

Barcsi Tamás

Gondolatok a méltóságról

1. Bevezetés

A következőkben, a méltóság vonatkozásában fogalmazok meg néhány gondolatot, egyúttal reflektálok Balázs Zoltán Emberi méltóság című írására (Jogelméleti Szemle, 2005/4), amelyben a szerző elveti az emberi méltóság fogalmát, illetve annak erkölcsi axióma-szerepét, és úgy véli, hogy a méltóság olyan érték, amely változó és egyenlőtlen fokban van meg hordozóiban. Balázs megvizsgálja, hogy létezik-e valamiféle egyenlően elosztott és egyenlő mértékben birtokolt emberi tulajdonság, hiszen lehet, hogy létezik, csak nem méltóságnak kellene nevezni. A Szerző először rögzíti azokat a vonásokat, amelyeket elvárunk ettől a tulajdonságtól, majd megpróbálja megkeresni azt a tényezőt, amelyet emberi értékességgel nevez. Az emberi értékességtől a következőket várjuk el: elvehetetlen, eljátszhatatlan, de mások, és csakis mások által sérthető legyen. Ezt követően Balázs sorra veszi a leggyakrabban említett tulajdonságokat: vajon rendelkezik-e valamelyik az előbb említett vonásokkal? A válasz nemleges, a megvizsgált tulajdonságok közül egy sincs olyan, amely valamennyi, az emberi értékességtől elvárt vonással rendelkezne. A *biológiai-genetikai* tulajdonságok esetében a sérthetlenséggel van probléma, az *alacsonyrendű képességek* (az élet és a szenvedés képessége) estében az elvehetlenség nem teljesíthető, a *magasabbrendű képességek* (intellektuális, morális, vallási-transzcendentális, kommunikációs képességek) esetében a legfőbb probléma az egyenlőséggel és az egyetemességgel van, hiszen nem minden emberi lény rendelkezik ezekkel a képességekkel, az *egyediség* esetében a sérthetlenség értelmezhetetlen elvárás. Az emberi értékesség, méltóság fogalmának adhatunk normatív értelmet is (az emberi értékesség, méltóság velünk született jog), az így felfogott méltóság a Szerző szerint egy merőben technikai fogalom, amelyet nem alapoznak meg semmivel. Balázs szerint, mivel az emberi értékesség mibenléte nem ragadható meg sem a filozófia, sem a jog eszközeivel, ezért az csakis vallásos-metafizikai tulajdonság lehet (bár ez a nem vallásos embert aligha nyugtatja meg – ismeri el a Szerző). Balázs a valláson keresztény vallást ért, és úgy véli, hogy: „A vallásos ember számára az istenképmásítás elegendő ok arra, hogy minden embert (és csakis az emberi fajhoz tartozó lényeket) egyenlő tiszteletben részesítsen abban az értelemben, hogy fölöttük a végső ítéletet Istennek tartsa fenn.” A Szerző végül az emberi értékesség/méltóság említett lehetséges alapjai erkölcsi relevanciájának kiterjedtségével, illetve abszolút prioritásként való kezelésével szemben hoz fel érveket. A végkövetkeztetés: *az emberi méltóság fogalmát el kell vetnünk*, de helyette sem vezethetünk be egy olyan tulajdonságot, amelyre az emberi értékességet alapozhatnánk, tehát *egyenlő emberi értékről nem beszélhetünk*, különbséget kell tennünk értékes és értéktelen között az emberek esetében is, automatikus tisztelet nem jár senkinek. A méltóság és egyenlő emberi érték fogalmai helyett a bennünk lévő *könyörületet*, a *szájalmat*, a *szeretetet* és az *irgalmat* ajánlja a Szerző, például a bűnözőkkel vagy a fogyatékosokkal való bánásmód során.

2. A méltóság jelentései. Emberi méltóság

Nem értek egyet Balázs megállapításaival, végkövetkeztetésével, annak ellenére sem, hogy a Szerző számos elgondolkodtató problémára mutat rá. Ugyanakkor Balázs *összemosza a méltóság fogalmának különböző jelentéseit*. A filozófiai méltóság-fogalom etimológiai gyökereit a latin *dignitas* szóig vezethetjük vissza. A kifejezés az ókori Rómában *a kiválóságok, a kiemelkedő személyek*, a tisztségviselők megnevezését szolgálta. A dignitasszal rendelkező személy felsőbbrendűségét mindenki elismerte, a tekintély (*auctoritas*), a fenség (*maiestas*), és a humanitas a dignitashoz kötődő fogalmak, mindez utal arra, hogy a kifejezésnek morális és esztétikai színezete is volt, az ilyen ember morálisan feddhetetlen és méltósága külső megjelenésében, viselkedésében is megnyilvánul.¹ Ezt a jelentést a sztoikus iskolához tartozó Cicero kitágítja. Cicero azt írja, hogy az ember lelke kiválósága miatt emelkedik ki a többi élőlény közül, ez teszi az embert istenhez hasonlónak. Ilyen gondolatokat a görög filozófusoknál is olvashatunk, Cicero azonban hangsúlyozza, hogy természete révén minden ember hasonló istenhez, tehát minden ember azonos méltósággal rendelkezik, ezért minden ember egyforma tiszteletet érdemel: „Tisztelnünk kell tehát az embereket, nemcsak a legelőkelőbbeket, hanem a többieket is”.² A *kiemelkedő személyek méltóságából egyetemes emberi méltóság lesz*. A későbbiek során, ha filozófusok emberi méltóságról írnak, ezt a jelentést értik alatta. Egyes szerzők még jobban kiterjesztik a méltóság értelmét, amikor *a természet értékeit* jelölik ezzel a szóval, pl. Petrarcanál olvashatjuk: „Pedig mily sok minden van a természetben, amelynek megnevezésére hiányzik a szó, továbbá mily sok dolog van, amit ugyan meg lehet nevezni, mégis érzed, hogy méltóságukat az emberi ékesszólás képtelen visszaadni, ha nem tapasztalta azokat.”³ A későbbiekben én is használok a természet méltósága kifejezést, a természeti entitások belső értékéről szólva, de azt az álláspontot nem fogadom el, hogy az ember és a többi élőlény azonos méltósággal rendelkezik, az emberi méltóság más minőséget jelöl, mint a természet méltósága, így más jellegű kötelezettségeink vannak a természettel szemben, mint embertársaink irányában, így pl. az élet tiszteletben tartásának előírását is másképp értelmezzük.

A méltóság szót ma is használjuk eredeti értelmében: rangos személyek megnevezésére (közjogi méltóságok, egyházi méltóságok, stb.). Ugyanakkor a méltóságnak van egy, az eredeti jelentéséből származó másik értelme is: ekkor *erkölcsi, emberi tartást* értünk a kifejezés alatt (pl.: valaki a legnehezebb helyzetben sem veszíti el méltóságát, méltósággal viseli a gyászt). Ezzel a méltósággal az emberek különböző mértékben rendelkeznek, ez a méltóság valóban változó és egyenlőtlen fokban van meg hordozóiban. De az egyetemes emberi méltóság doktrínájának éppen az a lényege, hogy minden ember, függetlenül attól, hogy „jó vagy rossz ember”, hogy erkölcsileg milyen fokon áll, jogosult egy minimális szintű tiszteletre, pusztán azért, mert emberként létezik, mert sajátja az emberi méltóság, egy alapvető belső érték. Hogy létezik-e ez az érték, valóban vita tárgya lehet. Kiemelkedő gondolkodók vélték-vélik úgy, hogy nem létezik, vagy már a kérdésfelvetés is rossz (természetesen a görög filozófusok nem beszéltek egyenlő emberi méltóságról, azonban gondolataikkal sok mindent „előkészítettek” annak elismeréséhez, néhány név azok közül akik nem fogadják el az egyetemes méltóságot: Hobbes, La Mettrie, Nietzsche, Singer; akik szerint már a kérdésfelvetés rossz: Wittgenstein, Derrida, Foucault). Ugyanakkor szép számmal vannak olyan gondolkodók is, akik megkísérlik megalapozni az egyenlő emberi méltóság doktrínáját, ide nem csak a Balázs Zoltán által többször hivatkozott Kant sorolható, bár kétségtelen, hogy a legnagyobb hatású „világi”

¹ Vö. Adamik Tamás: Az emberi méltóság fogalma Cicerónál (PoLiSz, 2004 dec.-2005 január)

² Cicero: A kötelességekről (In: Cicero válogatott művei, Európa, Bp., 1987, válogatta és az idézett művet fordította: Havas László)

³ Francesco Petrarca: Kétségeim titkos küzdelme, Secretum (fordította: Lázár István Dávid, LAZI Bt., Bp., 1999) 42. o.

méltóságfogalom a német filozófusnak köszönhető, amely fogalom számos mai szerző gondolkodásának alapjául szolgál. A keresztények az ember istenképűségében látják méltóságának alapját, számos keresztény teológus foglalkozott ennek kifejtésével (hogy csak a legnagyobbakat említsük: Szt. Ágoston, Aquinói Szt. Tamás), az emberi méltóság ma is a teológia egyik központi fogalma (ld. II. János Pál pápa enciklikáit). Az önteremtés gondolatára alapozott híres méltóság-koncepciót fejtett ki Pico della Mirandola, de az ateista egzisztencialista Sartre a XX. században egy teljesen más elméletben, szintén erre a gondolatra épít. De megemlíthetjük itt Marxot és Heideggert is. Marx ebben az értelemben is beszél méltóságról, de emberi lényeg alatt az egyes ember „kiteljesedésének” lehetőségét érti. Heidegger úgy véli, hogy az ember lényege abban áll, hogy több, mint puszta ember, amennyiben ezt, mint eszes élőlényt képzelik el. Amit a metafizika nyelvén az ember „lényegének” neveznek ek-szisztenciáján alapul. Az ember nem a létező ura, hanem a lét pásztora. A XX. században számos, az ember lényegét-méltóságát feltárni igyekvő elméletet találhatunk, pl. a német filozófiai antropológia képviselőinél (különösen Scheler koncepciója érdemel figyelmet), kortársaink közül is többen foglalkoznak a méltóság kérdésével filozófiai-etikai, vagy jogi szempontból, pl: Biernbacher, Fukuyama, Kis János, Sólyom László.

E számos koncepció több vonatkozásban különbözik egymástól, de abban a legtöbb elméletalkotó egyetért, hogy *van egy olyan tényező* (nevezzük ezt Fukuyama után X tényezőnek), *amellyel pusztán embervoltánál fogva minden ember egyenlő mértékben rendelkezik, ez adja lényegét, méltóságát.* Az X tényezőnek lehet alapja az ember istenképűsége (keresztény koncepciók), az önteremtés lehetősége (Pico della Mirandola, Sartre), az emberi szellem (Scheler), az ember természete (Cicero, Fukuyama), a morális autonómia (az ember méltósága abban a képességében rejlik, hogy általános törvényhozó tud lenni, de csak azzal a feltétellel, hogy egyúttal alá is van vetve ennek a törvényhozásnak: Kant). Ennek a tényezőnek a megléte miatt legalább minimális szintű tiszteletet minden ember megérdemel (hogy ez mit jelent, az viták tárgya lehet, ezzel foglalkozik: Kis János, Sólyom László, Biernbacher, illetve az előbb említett szerzők közül etikai elméletet is ad: Cicero, Kant, Scheler, Fukuyama).⁴

Balázs Zoltán úgy véli: nem létezik ilyen X tényező. Megpróbálja megkeresni annak lehetséges alapjait, de mindegyiket elveti. Egyetért abban a Szerzővel, hogy önmagában véve egyik általa említett tényezőben (amit ő tulajdonságnak nevez), sem találhatjuk meg az X tényező alapját. Nem találhatjuk meg a biológiai-genetikai tényezőkben, a szenvedés (illetve az öröm – teszem hozzá) és az élet „képességében”, a magasrendű emberi képességekben: az intelligenciában, a moralításban, a transzcendentális és kommunikációs képességekben, továbbá az egyediségben. De Fukuyama nyomán úgy vélem, hogy megtalálható ezek összességében: *Az X-tényezőt az értelem, a morális választás, a nyelv, a szociabilitás, az érzések, az érzelmek, a tudat és más hasonló, embervoltunk vonatkozásában elengedhetetlennek tételezett minőségek emberi egészként érvényre jutó összjátéka alkotja.* Aki bírja az X-tényezőt, az rendelkezik emberi méltósággal. Az emberi méltóságot eredményező minőségek tehát egységet alkotnak és feltételezik egymást, egyik sem létezhet a másik nélkül: pl. az emberi értelmet érzelmek hatják át, a morális választás alapja a racionális megfontolás, de létrejöttében az érzelmek is szerepet játszanak (pl. a büszkeség, harag, a szégyen, vagy az együttérzés). Fukuyama szerint az evolúciós elmélet elfogadása mellett el kell ismernünk, hogy az evolúció során egy minőségi, ontológiai ugrás következett be, amely megvetette az ember sajátos méltóságának alapját. Ezt nem feltétlenül kell isteni beavatkozásként felfognunk, leírhatjuk a „részekről az egészig” történő ugrásként is. Számos sajátosnak mondott emberi képességhez hasonló képességet találhatunk az állatvilágban, de pl. az emberi politika és bármely más faj társas viselkedésének egy kalap alá vétele a részek és egészek összetévesztésének tekinthető. Fukuyama azon a véleményen van, hogy az emberi jogok is az emberi természetből vezethetők

⁴ Az elméletekről bővebben írok Az ember méltósága című könyvemben (Attraktor, Máriabesnyő-Gödöllő, 2005)

le. A kettő közötti kapcsolatot az emberi célokról folytatott racionális eszmecsere, tehát a filozófia teremti meg.⁵

Az *emberi személy* emberi méltósággal rendelkező individuum. Minden ember bírja az X tényezőt, de minden ember a maga egyedi módján valósítja meg képességeiből adódó emberi lehetőségeit: mindenki saját genetikai struktúrával, élet-környezettel, személyiséggel, élettörténettel rendelkezik: ezek a tulajdonságok határozzák meg az emberi személyt. A cinikus gyermekrabló (aki éjszaka elrabolja gyermekemet, és egy másikat tesz a helyébe, mondván minkét gyermek abszolút értéke ugyanaz), valóban két azonos emberi méltósággal bíró személyt cserélt ki, azok azonban éppen személy-voltuk miatt különböző genetikai-biológiai struktúrával, környezettel, személyiséggel, kapcsolatokkal, stb. rendelkeznek, egyediségüket, megismételhetetlen voltukat ezen tényezők csak rájuk jellemző összessége adja, így nem fogadhatjuk el a rabló érvelését (a szülői ragaszkodáson túl, ami beilleszthető ebbe a logikába: számomra valóban fontosabb, értékesebb a saját gyermekem, akit szeretek, akihez erős kapocs fűz, de ez nem érinti a másik gyermek személyvoltában megtestesülő *alapvető értékét*, amely engem legalább minimális szintű tiszteletre kötelez vele szemben).

A legtöbb említett szerző hangsúlyozza, hogy az *emberi méltóság alapérték*. Kant úgy véli: a célok birodalmában mindennek vagy ára van, vagy méltósága, aminek ára van, annak helyébe egyenérték gyanánt másvalamit is állíthatunk, ami viszont minden fölött áll, annak belső értéke, vagyis méltósága van. Az eszes lénynek, mint törvényhozónak nincs más értéke, mint amit a törvény határoz meg számára, éppen ezért a törvényhozásnak feltétlen, hasonlíthatatlan értékkel kell bírnia. Ennek megfelelően csak a személy rendelkezik abszolút értékkel, minden másnak vagy feltételes, vagy viszonylagos értéke van.⁶ Scheler szerint a személy az értékek végső hordozója, és a kanti formalizmust elvetve egy materiális értéketika kifejtésére tesz kísérletet. Mindettől eltérő nézetet fejt ki Heidegger, aki az értékek ellenében gondolkodik: ez a gondolkodás nem állítja, hogy mindaz, amit „értéknek” nyilvánítunk, így az „emberi méltóság” (vagy a „kultúra”, a „művészet”, a „világ”, az „Isten”) érték nélküli, inkább annak belátásáról van szó, hogy éppen valaminek „értékként” való megjelölése fosztja meg az így értékelt méltóságától, hiszen ha valamit értéknek tekintünk, az így értékelt az emberi megítélés függvénye lesz, mert minden értékelés, a pozitív is, szubjektív tétel. De az, ami önnön létében valami, nem merül ki tárgyiasságában, a leginkább akkor nem, ha a tárgyiasság érték jellegű: „Isten” „legfőbb értékként” való kinyilatkoztatása is csak Isten lényegének lefokozása – véli Heidegger –, de ugyanezt mondhatjuk, ha az emberi életet, vagy méltóságot tartjuk a legfőbb értéknek.⁷ Hasonló nézetet fejt Enrique Dussel, aki szerint az emberi élet és méltóság nem érték, hanem az értékek alapja.⁸ Az emberi méltóságot tehát értékalapként vagy alapvető értékként ragadhatjuk meg, elismerve az X tényező „titokzatosságát”, azaz egyik elmélet sem képes tökéletesen megragadni azt. De mégis fontos leírni azt, mert csak ennek értékalapként vagy alapértékként való tudatosítása biztosíthatja, hogy minden embernek, morális megítélésétől, cselekedeteitől függetlenül, legalább minimális szintű tiszteletet biztosítsunk. A cselekedetek megítélése különböző erkölcsi mércéktől függhet, illetve ha elfogadjuk azt, hogy vannak értéktelen emberek akiknek semmilyen tisztelet nem jár, ez óriási veszélyeket hordozhat magában, hiszen az értéktelenség alapjaként akár hivatkozhatnak bürszínre, népcsoporthoz való tartozásra, valamilyen vallás gyakorlására is, erre az emberi történelemben sajnos számos példa akad.

⁵ Francis Fukuyama: Poszthumán jövődönk (fordította: Tomori Gábor, Európa, Bp., 2003)

⁶ Vö. Immanuel Kant: Az erkölcsök metafizikájának alapvetése (fordította: Berényi Gábor, In: Az erkölcsök metafizikájának alapvetése, A gyakorlati ész kritikája, Az erkölcsök metafizikája, Gondolat, Bp., 1991)

⁷ Martin Heidegger: Levél a „humanizmusról” (fordította: Bacsó Béla, In: „...költőien lakozik az ember”, válogatott írások, T-Twins Kiadó/Pompeji, Bp.-Szeged, 1994)

⁸ Enrique Dussel: Dignity: Its Denial and Recognition in a Specific Context of Liberation (In: Concilium, 2003/2, SCM Press, London)

Balázs utal rá: tagadhatatlan, hogy nem minden ember rendelkezik a magasabbrendű képességekkel, máshol azt írja: „Mindent megtehetünk a fogyatékosokért akkor is, ha nem az emberi méltóság fogalmára támaszkodunk. Csak nem feltétlenül *őbelőlük* kell kiindulni.” Most akkor mi a Szerző álláspontja? Egyetértek azzal, hogy nem a speciális esetekből kell kiindulni, de mindenképpen foglalkozni kell azokkal. Egy magzat esetében mondhatjuk, hogy potenciálisan hordozza az X tényezőt, illetve, hogy X tényezővel rendelkező emberi lényektől származik. Ez utóbbi megállapítás igaz egy súlyosan fogyatékos, a magasrendűnek mondott képességek egyikével sem rendelkező emberre is. Ugyanakkor ezek az esetek megmutatják az előbbi meghatározás korlátait is. Vitatott, mikortól beszélhetünk az emberi élet és méltóság kezdetéről (fogantatás; fogantatás és születés között; születés), tehát vitatott a magzat morális státusza. Ez a kérdés abortuszprobléma kapcsán éleződik ki: mivel a vélemények filozófiai-vallási-világnézeti okok miatt különböznek, ezért az államnak a semlegesség álláspontját kell képviselnie: lehetővé kell tennie a terhesség-megszakítást, amelynek vállalása vagy elutasítása lelkiismereti-morális kérdés (amelynek hátterében az áll, hogyan vélekedünk az emberi élet kezdetéről). Mindez nem jelenti azt, hogy az állam bizonyos korlátozásokat ne vezethetne be (illetve mindent meg kell tennie a megelőzés vonatkozásában, továbbá a gyermekvállalás támogatása terén), hiszen a magzat „érdekére” akkor is tekintettel kell lenni, ha elutasítom ember-voltát, mert emberi méltósággal bíró személyektől származó, és egy ilyen személyben fejlődő potenciális emberi lény. A pár napos újszülöttek vagy a súlyos fogyatékosok esetében fel sem merülhet, hogy nem emberi méltósággal rendelkező lények: *emberként ismerem fel őket*, ezzel elismerem alapvető értéküket, méltóságukat. A méltóság ebben a megközelítésben tehát nem a személyre jellemző rendkívüli tulajdonságban, hanem egy kapcsolatban, vagy inkább gesztusban fejeződik ki: úgy viszonyulunk másokhoz, hogy annyiban tekintjük embernek őket, amennyiben magunkat is annak tartjuk, még akkor is, ha nem rendelkeznek a magasrendű képességekkel. Ebben az együttérzésen alapuló erkölcsiségben a kölcsönösség abban nyilvánul meg, hogy felelősséget vállalunk közös emberségünkért, és azon alapul, hogy mindannyiunknak szüksége van a másikra a lét minden fókán. Az ilyen kölcsönösség „közös emberséget” feltételez, de nem írja elő a megfelelő viselkedést: a szituációk megértésére törekszik és érzékenységet mutat a megfelelő viselkedésforma megtalálására.

Az így felfogott méltóságot elvenni, elpusztítani, „eljátszani” nem lehet (ez az ember belső lényegét jelenti, amellyel minden ember embervoltánál fogva rendelkezik), de lehet tagadni, úgy tenni, mintha nem létezne. Lehet úgy kezelni embereket, mintha nem méltósággal bíró egyedek lennének. A radikális tagadás mellett sokszor érezzük úgy, hogy méltóságunk sérelmet szenvedett, ekkor a méltóságból következő valamely jogunk megsértéséről van szó. Ez ellen természetesen fel kell lépünk: ez a mai világban már könnyebb, hiszen nemzetközi dokumentumok, nemzeti alkotmányok részesítik védelemben az emberi méltóságot, jogvédelmi szervek állnak rendelkezésre, és a méltóság jogi fogalma is kidolgozott.

Kis János értelmezése szerint *a morális jogok alapja, hogy az egyének bizonyos erkölcsi tulajdonságait önmagukért tiszteletben kell tartani*. A tiszteletet követelő tulajdonságok különböző természetűek lehetnek, és vannak morális jogigények, amelyeket egyszerűen embervoltunkkal igazolunk: az egyik ember nem bánhat így a másik emberrel, államok nem bánhatnak így emberi lényekkel stb. Egy morális jog emberi jog, ha a tiszteletet kívánó tulajdonság azzal függ össze, hogy a jogalany emberi lény. Kis János harmadik utat ajánl a természetjog és a kulturális relativizmus között az emberi jogok értelmezési alapjaként. A szerző szerint az emberi jogok – akár a jogok általában –, társadalmi alkotások, tudomásul kell vennünk továbbá, hogy keletkezésük, fejlődésük a nyugati civilizációhoz kötődik, de a nyugati civilizáció morális alapjait nem kell történelmi adottságként elfogadnunk: racionális vitában kell megvédenünk azokat, anélkül, hogy valamiféle társadalmon kívüli mércéhez folyamodnánk. Az elmélet a kanti hagyományon alapszik, azonban ettől eltér abban, hogy az erkölcsi méltóság fogalma nem közvetlenül az ember racionális és autonóm mivoltát jelenti. Az

elemzés tovább nem bontható egysége nem az egyén morális képességeivel, hanem az egyének közötti morális viszony: tehát az erkölcsi méltóság az emberek közötti, normatív társadalmi viszonyként határozható meg. A morális személy voltunknak kijáró tisztelet azt ismeri el, hogy valamennyien egyenrangú résztvevői vagyunk a morálról folyó vitának – írja Kis János.⁹ Ha az emberi méltóságot másképp határozzuk is meg, abban egyetérthetünk, hogy a minden embert megillető erkölcsi jogokról *morális vitát kell folytatnunk*. Meglehetősen nagy a konszenzus abban, hogy a következő erkölcsi jogok minden embert megilletnek: az élethez való jog, a szabadsághoz való jog, az egyenlőséghez való jog, az önbecsüléshez és a személyiség integritásához való jog, amelyek további jogok levezetési alapjául szolgálnak.¹⁰

Alkotmányunk alapvető jogként garantálja az élethez és méltósághoz való jogot. Sólyom László a halálbüntetés alkotmányellenességét megállapító AB. határozathoz (89/B/1990/7) fűzött párhuzamos véleményében a következőket írja: „Az emberi méltósághoz való jog nem pusztán erkölcsi értékdeklaráció. Az, hogy az emberi méltóság a jog előtt és felett létező érték, amely a maga teljességében a jog számára hozzáférhetetlen, nem zárja ki azt, hogy ezt az értéket jogok forrásának tekintsük.”¹¹ Az emberi méltósághoz és élethez való jog az alapjogi hierarchia legmagasabb fokán álló, az ember jogi státuszát kifejező, abszolút, tehát korlátozhatatlan szubszidiárius alapjog, „anyajog”. Az „anyajog” jelleg azt jelenti, hogy az emberi méltósághoz való jogból funkcióinak biztosítására számos további jog vezethető le az emberi személyiség egyes aspektusainak, és az önrendelkezés védelmében.¹² Sólyom László szerint az emberi méltósághoz való jognak két funkciója van. Egyrészt azt fejezi ki, hogy *van egy abszolút határ, amelyen sem az állam, sem más emberek kényszerítő hatalma nem terjedhet túl*, vagyis az autonómiának, az egyéni önrendelkezésnek egy mindenki más rendelkezése alól kivont magja, amelynél fogva az ember alany maradhat, és nem válik eszközzé vagy tárggyá. A méltósághoz való jog másik funkciója az *egyenlőség biztosítása*. A „minden ember egyenlő méltósága” történelmi vívmánya az egyenlő jogképességet jelentette, azaz a formálisan egyenlő esélyt. Erre a jogra épülhetnek további jogok, de elvenni belőle nem lehet. Ez egyben azt is jelenti, hogy a méltóság oszthatatlan és redukálhatatlan, az emberi státusz minimális feltétele, amely egyetlen embertől sem vehető el.¹³ Az ember élethez való jogát az emberi méltósághoz való jogban bennefoglalt érinthetlenség és egyenlőség teszi sajátosan az emberi élethez való joggá, másrészt a méltóságnak, mint alapjognak az egyén számára nincs értelme, ha már nem él. Sólyom László rámutat, hogy a fenti felfogás szerint az emberi méltósághoz és az élethez való jog alapvetően különbözik minden más jogtól. Ez a jog oszthatatlan és az egész embert érinti, míg más jog csak részaspektusokat szabályoz. Az Alkotmány 8.§-a alapján az alapjogok „lényeges tartalmukban” nem korlátozhatóak, az élethez és méltósághoz való jog viszont fogalmilag korlátozhatatlan, csak teljesen és végérvényesen lehet tőlük megfosztani az embert, tehát nem lehet különbséget tenni korlátozható rész és „lényeges tartalom” között. Az egyenlő méltósághoz való jognak az élethez való joggal való egysége azt biztosítja, hogy ne lehessen különbözően „értékes” életet jogilag másként kezelni. Nincs az életre méltóbb és méltatlanabb. Az egyenlő méltóság miatt egyaránt érinthetetlen a nyomorék és az erkölcsi szörnyeteg bűnöző élete és méltósága is. Az emberi méltóságban mindenki osztozik, aki ember, függetlenül attól, hogy mennyit valósított meg az emberi lehetőségből, és miért annyit.¹⁴ Az AB. az emberi élethez és méltósághoz való jog egységét tételező felfogását több kritika érte, így pl. jogpozitivisták alapon kifogásolták, hogy az AB. az Alkotmány értelmezésekor

⁹ Vö. Kis János: Vannak-e emberi jogaink? (Stencil Kulturális Alapítvány, Bp., 2003)

¹⁰ A felsorolt jogok értelmezését ld. Az ember méltósága c. könyvben.

¹¹ Ld. Sólyom László párhuzamos véleményének 3. pontját.

¹² Vö. Tóth Gábor Attila: Az emberi méltósághoz való jog és az élethez való jog (In: Emberi jogok, Osiris, Bp., 2003, szerkesztette: Halmai Gábor-Tóth Gábor Attila)

¹³ Sólyom: i.m. 4. pont

¹⁴ Sólyom László: i.m. 3. pont

meghatározott értékrendszerhez igazodik. Mások ezt elfogadva a jogok különbözőségének elve mellett érvelnek, mert úgy vélik, hogy az egységes szemlélet védhetetlen, többek között azért, mert a világnézeti semlegesség követelményét sértő módon a test és lélek kapcsolatának egyfajta bölcséleti értelmezésen alapul, amely értelmezés a keresztény tanítással rokon; az élet szentségének, az emberi élet abszolút értékének gondolatát nem köteles mindenki elfogadni. Továbbá az oszthatatlansági elv egyéni jogok, pl. az önrendelkezési jog sérelméhez vezethet.¹⁵ Véleményem szerint nehezen képzelhető el olyan alkotmánybíráskodás, amely nem értékek mentén történik, a bölcséleti érvelés pedig itt nélkülözhetetlen, hiszen alapjában véve filozófiai problémáról van szó. Az AB. felfogása védhető, sőt az emberi élet méltóságának védelmét jobban szolgálja, ez azonban nem azt jelenti, hogy a dualista emberfelfogás és az ezen alapuló jogok különbözőségének elve mellett ne lehetne felhozni releváns érveket. Az élet szentségének elve nemcsak keresztény alapon értelmezhető, ennél tágabb jelentést találhatunk pl. Dworkin életszentség-elméletében. Az AB. egyébként következetesebb a test és lélek egységéből levezetett következményeket illetően, mint a hivatalos katolikus álláspont, amely (bár csak kivételes esetben) lehetővé teszi a halálbüntetést (ugyanígy, a dworkini életszentség-elmélet is kizárja ennek a büntetési nemnek az alkalmazását). Ehhez tenném még hozzá, hogy a test és a lélek egysége nem csak a keresztény, hanem pl. a darwini emberképből is következik. Az oszthatatlansági elv pedig nem járt az önrendelkezési jog sérelmével, erre utal az AB. eutanázia-határozata, amelyben a testület kimondta, hogy a saját életével mindenki maga rendelkezik, egy világnézeti semleges alapokon álló jogrendszer sem helyeslő, sem helytelenítő álláspontot nem foglalhat el az ember saját életének befejezését elhatározó döntésével kapcsolatban.

Véleményem szerint egy „méltóság-elmélet” alkalmas lehet az egység és különbözőség dichotómiájának (emberi faj egysége-különbözősége, ember és természet egysége-különbözősége) feloldására. Az emberi méltóság kategóriájában az ember egyik lényegi dimenzióját ragadjuk meg úgy, hogy ebből alapvető etikai elvárások következnek. Ez azt is jelenti, hogy nem elég csak kinyilvánítani, hogy az ember méltósággal rendelkező lény, és ez a méltóság védelmet érdemel, hanem meg kell próbálnunk kibontani a méltóság tartalmát. Mindezt nem tehetjük meg korunk egyik vezető tudománya, a biológia eredményeinek figyelembevétele nélkül: az emberi egység alátámasztására alkalmas emberi méltóság fogalmának meghatározásakor a biológia alapvető törvényeire tekintettel kell lenni, ezzel viszont tarthatatlanná válik az ember és a természet radikális szembeállítás. Ugyanakkor az emberi méltóság elmélete a különbségek megragadására is alkalmas, mert felismeri, hogy minden ember egyszeri és megismételhetetlen individuum, másfelől, hogy van egy olyan minőség az emberben, amely egyetlen más élőlényben sincs meg (ennek magyarázatára viszont képtelenek a természettudományok), ezért kiemelkedik a természetből.

Ha emberi méltóságról van szó, akkor egységről és különbözőségről beszélünk: az ember (emberi faj) természettel való (biológiailag is alátámasztható) egységről és ettől való különbözőségéről, az emberek közötti (biológiailag is alátámasztható) egységről és az emberi individuumok (és kultúrák) különbözőségéről. Ilyen alapon tisztázhatjuk az emberek egymással szembeni alapkötelezettségeit, ugyanakkor megkísérelhetjük feltárni, hogy milyen etikai kötelezettségek következnek az ember (emberi faj) számára a természettel, a többi élőlényel szemben.

A méltóság fogalmának több jelentése van. A kifejezés eredetileg társadalmi-állami rangot, státuszt jelentett, ma is használjuk ilyen értelemben, de az idők során ezt meghaladó jelentéseket is felvett a fogalom. Használjuk emberi méltóság értelemben, ezzel az emberi státuszt jelöljük és arra a minőségre utalunk, amely miatt minden embernek kijár a tisztelet. Ez jelentheti az emberi lényegét, az ember „belső magját”, vagy az ember lényegi jellemzőjét, tulajdonságát. Ezt nevezem *az emberi méltóság lényegfogalmának*. Az ember lényegéről

¹⁵ A kritikákat részletesebben lásd: Tóth Gábor Attila: i.m. 309-313. o.

számos elmélet született, de a legtöbb szerző az emberi lényeg leírásakor nem ad méltóság-elméletet, így nem vezet le etikai követelményeket a meghatározásból. Egy méltóság-elméletben a lényegfogalomra „épül” a *méltóság etikai értelmezése*, amelyet az egyenlő emberi méltóság elvének, vagy a méltóság tiszteletben tartása elvének nevezhetünk. Ezt (és az elvből levezetett további etikai kívánalmakat) sértjük, ha nem emberként (emberi méltóságának megfelelően) bánunk egy emberrel. Ennek az elvnek morális abszolútumként kell érvényesülnie az emberi társadalomban. Az ebből következő erkölcsi jogok az emberi autonómia és az emberek közötti egyenlőség tiszteletben tartásának követelményeit mondják ki, ezt erősíti meg a jogi értelmezés, az emberi méltósághoz való jognak az alkotmányokban és a nemzetközi dokumentumokban való kinyilvánítása, és az erre való hivatkozás lehetőségének biztosítása. Az emberi méltóság tiszteletben tartása elvéből következik az emberi élet tiszteletben tartásának, vagy az élet szentségének elve, amely kizárja a halálbüntetés alkalmazását. Olyan megközelítéseknek kell prioritást adni, amelyek alkalmasak az emberi egység és különbözőség együttes értelmezésére: képesek megragadni az ember természettel való egységét és attól való különbözőségét, az emberi nem egységét és az egyes ember mindenki mástól való különbözőségét, továbbá a lényegfogalom leírása mellett etikai konzekvenciákat is levonnak (legjobban ezt az elvárást az általunk tárgyalt szerzők közül Cicero felfogása, a keresztény méltóság-elmélet, Kant, Scheler, illetve Fukuyama koncepciója közelítette meg).

Az itt csak néhány gondolat erejéig bemutatott problémákkal részletesebben foglalkozom Az ember méltósága (Attraktor, 2005) című könyvemben. Az ember és a természet viszonyának kibontásáról, a természet méltóságának mibenlétéről azonban e dolgozatban nem esik szó, ezért a kortárs ökológiai irodalom alapján nézzünk meg röviden néhány elméletet, amely gondolkodásunk kiindulópontja lehet.

3. A természet méltósága

Az ember a természet uraként cselekszik, és a természet emberi szolgálatba állítását, kizsákmányolását magától értetődőnek veszi. Az újkor természet-felfogása a modern kor természet-pusztításának hivatkozási alapjává vált. Descartes különbséget tett az anyagi és szellemi szubsztancia között (az anyagi szubsztancia attribútuma kiterjedés, a szellemi szubsztancia attribútuma a gondolkodás), az ember vonatkozásában pedig azt állította, hogy a kiterjedt testből és a gondolkodó szubsztanciából, a tudatból tevődik össze (csak az emberben áll kölcsönhatásban a két szubsztancia). A természet, mint anyagi kiterjedés, a mechanika törvényszerűségei alapján működő gépezet, amely belső értékkel nem rendelkezik (az állatok is bonyolult gépeknek tekinthetők). Az ember, akit a szabad akaratban megnyilvánuló értelem jellemez, a természet felett áll. Julien Offray de La Mettrie Az ember-gép című művében úgy véli, nincs igaza Descartes-nak amikor két szubsztanciáról beszél, az egész világmindenségben csupán egy, de különbözőképpen módosult szubsztancia létezik. Descartes az állatokat gépnek tartotta, ebben igaza volt, bár a téves szubsztancia-felfogás miatt nem állítja, hogy az állatok is rendelkeznek lélekkel. La Mettrie szerint ez így van, sőt az emberek is gépnek tekinthetők, az állatoktól csak bonyolultságukban különböznek. Az emberek „alapjában véve nem egyebek, csak Állatok, és merőlegesen mászó Gépek.”¹⁶ Tóth I. János rámutat: Descartes metafizikája, John Locke gazdaságfilozófiája és Adam Smith gazdaságtani nézetei szerves egységet

¹⁶ Julien Offray de La Mettrie: Az ember-gép (In: Filozófiai művek, Akadémiai Kiadó, Bp., 1968, fordította: Horváth Henrik és Zigány Miklós) 395-457.o., idézet: 451.o.

alkotnak. A „kartezianus közgazdaságtan” a természeti javakat bőségesen rendelkezésre álló szabad javaknak tekinti.¹⁷ Nyilván ma már ez az álláspont nem tartható. A környezetpusztítás az ember életfeltételeit veszélyezteti a Földön. Hans Jonas az ember cselekvés megváltozott természetéről ír, és utal arra, hogy az ember felelőssége hatalmával együtt nő, illetve a felelősség új dimenziói jelennek meg. Nem az individuális cselekvő és cselekvés, hanem a kollektív cselekvő és cselekvés játszik szerepet; sokkal inkább a meghatározatlan jövő, mint a cselekvés egykorú tere adja a cselekvés releváns horizontját; a cselekvés helyét az előállítás foglalta el, így az erkölcsnek be kell hatolnia erre a területre is. A hagyományos etika újragondolására van szükség, a kanti kategorikus imperatívusz helyett Jonas a következő imperatívuszt fogalmazza meg: „Cselekedj úgy, hogy cselekvésed hatásai összeegyeztethetők legyenek a valódi emberi élet földi megmaradásával.” Ugyanakkor Jonas utal arra, hogy a természet önmagáért is tiszteletet érdemel. Mivel a jövő generációk és a természeti lények nem rendelkeznek jogokkal, ezért velük szembeni kötelességeink függetlenek a viszonyosságtól: az emberi felelősség alapvetően gondoskodó jellegű.¹⁸ Napjainkra számos ökológiai irányzat (Gaia-elmélet, állati jogok, holisztikus megközelítések: pl. föld-etika, mélyökológia, ökofeminizmus, társadalmi ökológia, ökofenomenológia, stb.) alakult ki, melyek képviselői újragondolják az ember és természet viszonyát és hangsúlyozzák, hogy a természetnek nemcsak instrumentális, hanem belső értéke is van. Sokan az ökológiai elméletek előfutárának tekintik Spinozát, aki Etika című művében azonosítja a szubsztanciát, a természetet és Istent, a természetet egyetlen individuumként gondolja el, amelynek részei változnak, anélkül, hogy az egész individuum változna. A szubsztancia attribútumai a gondolkodás és a kiterjedés, a szubsztancia megnyilvánulásai a moduszok, amelyeket önfenntartási törekvés jellemez. Az ember is csak egy modusz a többi között, az észhasználat miatt sem emelkedik ki a természetből, mert ez az önfenntartás egyik eszköze (bár csak az ember, a bölcs ember képes Isten, azaz a természet értelmi szeretetére, azaz a boldogságra).¹⁹ Ma is számos „egység-elméletet” találunk. Ilyen pl. a James Lovelock által megfogalmazott Gaia-konceptió, amely szerint az élet, a Gaia (a Föld bioszférája, légköre, vizei, kőzetöve, talaja) önszabályozó képességgel rendelkező összetett egység, „egy globális méretű élőlény”.²⁰ Az etikai elméletek közül a humán szubjektum-fogalom kiterjesztését végzik el az állatjogi koncepciók. Peter Singer támadja az emberi méltóság doktrínáját, az embereket fajsovinizmus vádolja, és az utilitarizmus – amely az öröm és a fájdalom érzésének képességét tartja az erkölcsi figyelembevétel alapjának – logikáját követve, azt állítja: a magasabb rendű állatokat, amelyek szintén rendelkeznek ezekkel a képességekkel, az emberrel azonos módon kell megítélni.²¹ Tom Regan az emberek elidegeníthetetlen, belső értékéből indul ki, amelynek alapját abban látja, hogy az emberi lények nemcsak életben vannak, *nekik életük van*, sőt egy olyan életnek vagyunk alanyai, amely *lehet jobb vagy rosszabb számunkra, függetlenül attól, hogy más hogyan értékeli minket*. Ugyanez az érvelés alkalmazható, azon állatok esetében, amelyek olyan élet alanyai, amely *jobb vagy rosszabb számunkra, függetlenül attól, hogy más értékeli-e őket*.²² Lényegében itt is a magasrendű állatok jogainak alátámasztásáról van szó. Ezek az individualisztikus elméletek korlátozottak, semmit sem mondanak a többi élőlény értékéről, és

¹⁷ Tóth I. János: Fejezetek a környezetfilozófiából (JATEPress, Szeged, 2005) 29-64.o.

¹⁸ Hans Jonas: Az emberi cselekvés megváltozott természete (fordította: Györffy Miklós, In: Környezet és etika. Szöveggyűjtemény, szerkesztette: Lányi András és Jávor Benedek, L'Harmattan Kiadó, Bp., 2005), ill. Tóth I. János: i.m. 178-191. o., idézet: 180. o., ld. még: Hans Jonas: Miért tárgya a technika az etikának? Öt ok (In: Legyenek-e a fának jogaik? Környezeti-etikai szöveggyűjtemény, Typotex, 1999, szerkesztette és fordította: Molnár László)

¹⁹ Benedictus de Spinoza: Etika (fordította: Szemere Samu, Gondolat, Bp., 1979), környezetfilozófiai szempontú elemzését lásd: Tóth I. János: i.m. 43-67. o.

²⁰ Tóth I. János: i.m. 102-121. o.

²¹ Peter Singer: Minden állat egyenlő (fordította: Körmeny Pál és Mund Katalin, In: Környezet és etika)

²² Tóth I. János: i.m. 153-159. o

az ökológiai közösség egészéről. Az utóbbi védelmére helyezi a hangsúlyt Aldo Leopold *föld-etikája*, amely hangsúlyozza, hogy az etikának ki kell terjednie a terjednie az embernek a földhöz, az azon élő növényekhez és állatokhoz való viszonyára. Az élet piramisáról ír, amelyben az ember egy a piramis magasságát és bonyolultságát adó elemek közül, az életközösséget energia-szökökútként ragadja meg, mely a talaj, a növények és állatok láncolatain keresztül tör a magasba, az energiát felfelé vezető ágak a táplálékláncok, a halál és a lebomlás a „visszahulló víz”. A föld-etika alapelve a következő: „*Valami akkor jó, helyes, ha segít megőrizni az élő közösségek egységét, stabilitását és szépségét. Rossz, ha nem így cselekszünk.*”²³

Rendkívül jó megközelítésnek tartom Holmes Rolston III szintetizáló elméletét. Rolston rámutat, hogy a vadonban nincsenek jogok, a természet közömbös az egyes egyedek jólétével szemben. Egy környezeti etika az emberitől eltérő ismérvekkel rendelkezik: a kultúra jó az embereknek, viszont gyakran rossz az állatoknak, a túl sok emberi gondoskodás vadságukat mesterséges alkotássá változtatná. Rolston hivatkozik a Yellowstone Park környezeti etikájára, amely a természetnek szabad utat engedve pl. megtiltotta, hogy megmentse azt a bölényt, aki alatt beszakadt a jég egy folyón való átkelés során. A Szerző úgy látja, hogy az állatok elfogyasztása az ökológiai rendszer törvényeinek megfelelően történik, amelyben az ember kifejlődött: úgy evolválódtunk, hogy mindenevők legyünk, de a táplálkozás során minimalizálni kell az állatok szenvedését. Felfedeztük, hogy az állatok erkölcsileg számítanak, de a „hogyan” problémájának megoldása még előttünk áll. Ugyanakkor felismerhetjük azt is, hogy *minden organizmus önmagában való értéket képvisel*: az organizmus spontán, önmagát megtartó rendszer, amely fenntartja és reprodukálja magát, véghez viszi programját, tehát több pusztá fizikai okok összességénél. Létezik az okokat felügyelő és igazgató információ, ez végcél, egyfajta öntudatlan cél, teloszt ad az organizmusnak. Mindezt az információt a DNS hordozza. Az a fizikai állapot, melynek elérésére az élőlény törekszik, amire programozva van, értékes állapot: értéke ebben a teljesítményben mutatkozik meg. *Minden lénynak megvan a maga-módján-való-java* és minden lény úgy védi a maga javát mint jó dolgot. Az érték nem emberi eredetű, hanem az élet természetéből fakad. Rolston további érvekkel támasztja alá, hogy nemcsak az élő egyed, hanem *a faj is értékes* és védelmet érdemel: a genetikai állomány, amelybe a telosz kódolva van, legalább annyira a faj tulajdona, mint az egyedé, melyen keresztülhalad. Az ökoszisztémák esetében nem beszélhetünk törekvésekről, szerveződési központról, genomról. Az ökoszisztémának nincs feje, de fejlődésének van iránya, ez pedig a minél nagyobb fajdiverzitás felé mutat, *az ökoszisztéma nem szuperorganizmus, de valamiféle vitális mező*. Ezt egy új fogalommal, a *rendszer-érték* fogalmával írhatjuk le: kötelességeink vannak magával a rendszerrel szemben, amely létrehozza és védelmezi egy élőlényközösség alkotórészeit. Rolston saját értékelméletet dolgozott ki, amelyben a van-kell problémát túlságosan nagyvonalúan hidalja át, amikor arról ír, hogy a természet értékes, mielőtt az ember értékelné azt ami van, mivel az értékelés lehetőségét a természetes és ökológiai evolúció teremtette meg. Az a mód, ahogy a világ van, felvilágosítást nyújt arra nézve, aminek lennie kell, valójában a legyen-t nem is származtatjuk a van-ból, hanem azzal egyidejűleg fedezzük fel.²⁴ Hasonló véleményt fejt ki Arne Naess: a tények és az értékek már az észlelés pillanatában összekapcsolódnak. Naess, a mélyökológia atyja, a Gestalt-alapú világlátást ajánlja a redukcionista szemlélet helyett: ez a kapcsolatokat tekinti elsődlegesnek, mivel a bioszféra egymással kölcsönös függőségben lévő elemek hálózata, amelyek csak együtt életképesek.²⁵

²³ Aldo Leopold: Föld-etika (fordította: Ortmann-né Ajkai Adrien, In: Természet és szabadság, Osiris, Bp., 2000, szerkesztette: Lányi András), idézet: 115.o., ld. még: J. Baird Callicot: A föld-etika fogalmi megalapozása (In: Környezet és etika)

²⁴ Holmes Rolston III: A környezeti etika időszerű kérdései (fordította: Csipes Zoltán és Scheiring Gábor, In: Környezet és etika), ld. még: Holmes Rolston III.: Van-e környezeti etika? (In: Legyenek-e a fának jogaik?)

²⁵ Tóth I. János: im. 199- 230.o.

Naess önmegvalósításon a személyiség kitágítását és elmélyítését érti, a természettel való azonosulást, az ökológiai én kialakítását, túllépve az élőlényeket elválasztó különbségeken.²⁶

4. Befejezésül

Minden élőlényben belső értéket (a biotikus közösségben „rendszer-értéket”), az emberben sajátos belső értéket, amelyet emberi méltóságnak nevezünk, ismerünk fel. Az ember része a természetnek, de megkülönböztető sajátosságokkal is rendelkezik. *A természet az ember számára Élet-közösséget jelent.* Az Élet minden megvalósulási formájában tiszteletet érdemel. Ez nem azt jelenti, hogy az ember nem használhatja fel a természeti létezőket élete fenntartásához, de ezt az Élet csodálatos és titokzatos rendjének, a biotikus közösség és az egyes élő természeti entitások méltóságának tiszteletben tartásával kell tennie. Az élettelen természet erőforrásainak kiaknázásakor is az Élet fenntartásának biztosítása ill. a természeti képződmények, tájak szépségének megőrzése jelenti a korlátozó tényezőt.

Az ember és ember közötti viszony etikai minimál-követelménye az emberi élet és méltóság tiszteletben tartása, amely az emberek szabadságban való egyenlőségnek elismerését jelenti. Egy súlyos fogyatékoszt nem szánalomból kell segítenem, hanem mert felismerem emberi értékét, egy súlyos bűncselekményt elkövető ember nem könyörületből vagy irgalomból nem kaphat halálbüntetést, hanem azért, mert életét, sajátos méltóságának „hordozóját” az igazságszolgáltatás sem veheti el, bármit is tett. Az élet szentsége elleni cselekedetet nem tesszünk jóvá azzal, ha elpusztítunk még egy emberi életet. A szeretet fontos érték, de az elmúlt századok tapasztalatai alapján azzal is elégedettek lehetnénk, ha a „másik ember” életének, méltóságának tisztelete általánossá válna, és talán jobban bízhatunk az alkotmányokban, illetve nemzetközi okmányokban deklarált élethez és emberi méltósághoz való jog érvényesülésének állami és nemzetközi jogi kikényszerítésében, mint a szeretet erejében.

²⁶ Arne Naess: Önmegvalósítás (fordította: Pusztai Dóra, In: Környezet és etika)

Bencze Mátyás

Jogelmélet, jogszociológia és szociológiai jogelmélet. Egy elhatárolási kísérlet

I. A keretek kijelölése

Ebben az írásban a jogelméleti és a jogszociológiai tudományos vizsgálódások egymáshoz való viszonyának néhány szempontját szeretném tisztázni, mégpedig arra tekintettel, hogy mindkét diszciplínát oktatják a hazai egyetemeken. Emiatt fontosnak tartom annak meghatározását, hogy mi tartozik az egyik, és mi a másik tudományág területéhez. A két tárggyal szemben oktatási követelmény, hogy a leendő jogászok összefüggő képet kapjanak a jogról, és az többé-kevésbé koherens egységgé álljon össze. Így pontosabb fogalmaik, kategóriáik lesznek arról a gyakorlatról, amelyben részt vesznek. Erre a célra tekintettel kell azt vizsgálni, hogy miként épülhetne egymásra, illetve egészíthetné ki egymást a jogelmélet és a jogszociológia.

Az elhatárolás lehetőségei összefüggenek azzal, hogyan definiáljuk a jogelmélet és a jogszociológia tudományait. A kifejtés azt a logikát követi, hogy először számba veszi a két tudomány elkülönült tárgyán, módszerén, és célján alapuló elhatárolási kísérletek közül azokat, amelyek a szakirodalomban, illetve a tudománytörténetben leggyakrabban megjelennek. Ennek során igyekszem röviden, tézisszerűen kitérni azok gyengeségeire és erősségeire. Végül pedig szeretnék megmutatni egy olyan összefüggést, amely a jogelméleti és a jogszociológiai szemléletmód megkülönböztethetőségén alapul. Úgy vélem ennek segítségével láthatóvá válnak egy bizonyos jogszociológia körvonalai, és ez az elhatárolás megmutathatja a szociológiai jogelmélet helyét is ebben a tudományos kontextusban.

A konkrét elemzés megkezdése előtt azonban tisztázni kell a két diszciplína jogtudományon belül elfoglalt helyét, az egyetemi oktatás struktúrájára figyelemmel pedig elsősorban azt, hogy mi köti össze a két tudományterületet, és miben különböznek a tételesjogi tudományoktól.

A tételes jogtudományok megkülönböztető sajátossága lehet az, hogy a *jognak mint szakmának* bizonyos részeire koncentrálnak, az egyes jogágakra jellemző szakmai szabályok kifejtését, működésüknek magyarázatát, összefüggéseiket helyezik előtérbe vizsgálódásaik során (jogdogmatika). A jogászai gyakorlattal ez a tudományos szféra áll a legközvetlenebb kapcsolatban. Funkciója elsősorban az, hogy megmutassa a szakmai kommunikáció (jogászai érvelés) bevett módjait, illetve lehetőségeit, fejlődési irányait. Ily módon nem az a fő célja, hogy a jog egészének elméleti reflexióját nyújtsa, nem a jog sajátosságait kutatja.

Mindez nem zárja ki, hogy egy bizonyos jogterület szabályozásának történetét, illetve társadalmi hatásait, következményeit vizsgálja, de ezt az adott jogág keretein belül teszi meg. E vizsgálódások így nem tisztán a megismerést szolgálják, hanem a hatályos szabályzás jobb megértését, illetőleg fejlesztését segítik elő (*jogági jogszociológia, jogági jogtörténet*). A jogfejlesztő tevékenység azonban megköveteli még ebben a szférában is, hogy a jogtudós

figyelembe vegye a jog társadalmi összefüggéseit, és reflektáljon az egyes jogintézmények céljára, értelmére.

A jogelméletet és a jogszociológiát (vagy a jogági jogszociológiától elhatárolva: általános jogszociológiát) az különbözteti meg a tételes jogtudományoktól, hogy feladata a jog általános jellemzőire történő tudományos reflexió, és nem közvetlenül egy adott jogág fejlesztése, hatékonyabbá tétele. A célja tehát elsősorban megismerési, és nem gyakorlati. A tételes jogtudományokhoz képest ezek az elemzések más szinten helyezkednek el, a tételes jogtudományok mögé képesek látni, és a jog olyan típusú magyarázatára törekednek, amelyek csak közvetve állnak összefüggésben a jog hatékony működtetésének feladatával. A kétféle megközelítés különbségét egy analógiával úgy lehetne érzékeltetni, mint a gyógyászat (=jogász gyakorlat) és az orvostudomány (=tételes jogtudomány) viszonyát a humán biológiához (=jogelmélet, jogszociológia). Az előbbi elsősorban egy szakma, melynek sajátos technikai fogásai, szabályi, professzionalistái vannak, és bizonyos értelemben művelhető biológiai alapismeretek nélkül is (pl. népi gyógymódok), ugyanakkor létezik egy, ezt a tevékenységet segítő, hatékonyabbá tevő, fejlesztő tudomány: az orvostudomány. A biológia pedig magának a gyógyászatnak a tárgyát térképezi fel, ilyen értelemben a gyógyászati szakma mögé lát, és nincs is mindig közvetlen összefüggésben a gyógyászattal.

A következőkben azt veszem szemügyre, hogy a megismerési cél hasonlósága mellett, melyek azok a jellemzők, amelyek segítségével elhatárolható egymástól a jogelmélet és a jogszociológia.

II. Az elhatárolás hagyományos útjai

1. A tárgy szerinti elhatárolás

A hagyományos, és a mai napig bevettnek számító felfogás szerint a jogszociológia a jog és társadalom közti kapcsolatot vizsgálja.¹ Ez az állítás azt a tételt implicálja, hogy a jogszociológia a vizsgálandó tárgyát tekintve határolható el a jogelmélettől.

A jogszociológia tudatos művelésének megjelenése, és relatíve önálló tudománnyá válása a XIX. század végére tehető.² Ekkor úgy tűnt, hogy az elhatárolás egyértelmű és problémamentes lehet. A jogszociológia a jogászok jogával, a jogi normával és jogdogmatikával foglalkozó jogtudománnyal, és az erre épülő jogelmélettel szemben határozható meg.³ Mivel a jog ezen

¹ Lásd A. Javier Treviño: *The Sociology of Law*. St. Martin's Press, New York, 1996. 6-7. o., illetve magyarul: Kulcsár Kálmán: *Jogszociológia*. Vince Kiadó, Budapest, 2002.

² A szociológizáló jogelméletek, melyek már nem a jog céljaira, hanem okaira helyezték a hangsúlyt természetesen korábban jelentek meg (történeti-jogi iskola, a marxizmus jogelmélete, az érdekkutató irányzat). Ezek tudományos helyét majd lentebb igyekszem tisztázni.

³ Ehrlich a csak az állami jogra és a „jogászjogra” figyelő jogtudománnyal szemben fogalmazta meg, hogy „*a jogtételt nem merev dogmaként, hanem eleven erőként kell kezelni*. A tudománynak az a feladata, hogy úgy ábrázolja a jogot, ahogy érvényesül” (Eugen Ehrlich: Szabad jogtalálás és szabad jogtudomány. (Ford.: Endreffy Zoltán) In: Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981. 95. o.). Kantorowicz szerint a „jogtétel” mögött a realitás áll, és nem a „fogalmi jogászat” hozza létre a jogot. (Hermann Kantorowicz: *Küzdelem a jogtudományért*. (Ford.: Endreffy Zoltán) In: *Jog és filozófia*... 112. o.).

jelenségeinek (a jogi normáknak és a jogdogmatikai kategóriáknak) nincs fizikailag előforduló, tapasztalati úton vizsgálható formája, egyértelműnek látszott, hogy a jog e területe élesen elhatárolható a tapasztalati úton megismerhető résztől. Ebben az értelemben jogelmélet egyik „tisztá” megjelenésének tekinthetjük a német „fogalmi jogtudomány”-t, amely a jogot összefüggő fogalmak rendszereként gondolta el,⁴ de a legkövetkezetesebben Kelsen vitte végbe az elválasztást a jog „Sollen” jellegének hangsúlyozásával. A jogelmélet feladata a jogi normának mint szellemi létezőnek a vizsgálata, a jogszociológia ezért nem is a jogot, hanem a joggal összefüggő „természeti jelenségeket” kutatja.⁵

A jogszociológia feladata a normaként, és/vagy fogalmak rendszereként felfogott jog és a társadalmi valóságban lejátszódó események összevetésében,⁶ továbbá a mindennapi életben érvényesülő szabályszerűségek feltárásában áll.⁷

Ez a tárgy szerinti felosztás tartható volt egészen addig, amíg a jogelméletbe be nem épült egyfajta „szociológiai minimum”.⁸ Herbert Hart már maga is hivatkozott arra, hogy fő műve tekinthető „leíró szociológiai” jellegűnek, és ő már nem is a jogi norma sajátosságait vizsgálta, hanem a társadalom tagjainak a szabályokhoz való viszonyára alapozta a jogelméletét.⁹ De ha nem az angolszász, hanem a kontinentális jogelmélet legmodernebb képviselőire figyelünk, akkor azt láthatjuk, hogy a II. világháború után itt is felhagytak azzal a próbálkozással, hogy a jogot mereven elválasszák a társadalom világától. Közismert, hogy akár Luhmann rendszerelméletét, akár Habermas diszkurzus-felfogását emeljük ki a kortárs törekvések közül, azt láthatjuk, hogy a jogelmélet egy általános társadalomelmélet részeként kerül kifejtésre.

Azzal, hogy a jogelméletbe beépült a társadalmi mozzanat, az az elhatárolási mód is elvesztette létjogosultságát, amelyik az eszmei-szellemi szinten létező (érvényes) jog (illetve jogi norma), és a társadalmi élet valóságában realizálódó (érvényesülő) jog megkülönböztetésén alapult. A jogelmélet többé nem határolható el azon az alapon a jogszociológiától, hogy elvonatkoztat a jog társadalmi jelenség mivoltától, és a jogot valamilyen, a realitástól elszakított akarattal, paranccsal, vagy normával azonosítja. Ebben az értelemben nem beszélhetünk akkor arról sem, hogy a jognak lehet „szociológiai” és „jogelméleti” fogalma.¹⁰

⁴ Bemutatásához lásd: Pokol Béla: *Jogelmélet*. Századvég Kiadó, Budapest, 2005. 277-280. o. Kialakulására: Helmut Coing: *A jogfilozófia alapjai*. (Ford.: Szabó Béla) Osiris kiadó, Budapest, 1996. 231-234. o.

⁵ Hans Kelsen: *Tiszta Jogtan*. (Ford.: Bibó István) ELTE Bibó Szakkollégium Budapest, 1988. 6. o.

⁶ Weber szerint a jogszociológia, szembeállítva a jogdogmatikai tevékenységgel: „azt kérdezi: mi történik valamely közösségen belül *ténylegesen* azért, mivel *valószínű*, hogy a közösségi cselekvésben részes emberek – közöttük különösen azok, akik helyzetüknél fogva társadalmilag számottevően ténylegesen befolyásolhatják a közösségi cselekvést – ezt vagy azt a rendet *szubjektíve* érvényesnek tekintik és gyakorlatilag akként kezelik, azaz saját cselekvésüket eszerint irányítják.” (Max Weber: *Jogszociológia* (Ford.: Józsa Péter – Sajó András) In: *Jog és filozófia*... 141. o.

⁷ Lásd: Eugen Ehrlich: A jogszociológia megalapozása. In: *Modern polgári jogelméleti tanulmányok*. MTA, Budapest, 1977. 63-79. o.

⁸ A kifejezést Szilágyi Pétertől vettem át.

⁹ Herbert Hart: *A jog fogalma*. (Ford.: Takács Péter) Osiris kiadó, Budapest, 1995. 9. o., 101-120. o.

¹⁰ Ezt azért is érdekes kiemelni, mert a legújabb jogszociológiai elméleti alapozások is fontosnak tartanak rögzíteni egy elkülönült „szociológiai” jogfogalmat. Lásd: Roger Cotterrell: A jog szociológiai fogalma. (Ford.: Szilágyi István) In: Szabadsfalvi József (szerk.): *Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések*. Bótor Kiadó, Miskolc, 1996. 57-73. o.

2. A módszer szerinti elhatárolás

Szintén kézenfekvőnek tűnik az az elhatárolás, amelyik aszerint tesz különbséget, hogy a jogszociológia empirikus kutatási módszert követ, míg a jogelmélet metafizikai vagy spekulatív vizsgálódásokat folytat. Ez a megkülönböztetés részben összefügg a tárgy szerinti elhatárolási kísérlettel, mivel a társadalmi élet valós folyamatainak (az „okozatosság” szférájának) tudományos megfigyelésére az empirikus módszer kínálja magát, a „szellemi” szféra létezőit viszont szellemtudományos módszerrel ismerhetjük meg.

A gond ezzel a megközelítéssel az, hogy az a fajta jogelmélet, mely nem metafizikai típusú, és nem „szellemi létezőnek”, hanem emberi cselekvések vagy kommunikációk egy bizonyos típusának tekinti a jogot, szintén használhatja az empirikus módszert, amikor a gyakorlat résztvevőinek cselekvéseiből bontja ki jogelméletet. Hasonlóan járt el Herbert Hart, aki a gyakorlat résztvevőinek nyelvhasználatából, és az azt körülvevő kontextusból vont le általános következtetéseket.¹¹ Habár ez a módszer nem kérdőíveken, statisztikákon, reprezentatív mintákon alapuló számszerűsített adatokon nyugszik, mégis, mivel létező jogi gyakorlatokból, illetve az ezekkel kapcsolatos tapasztalatból indul ki, és nyer általános következtetéseket, nehéz az alkalmazott módszerek terén alapvető különbséget találni.

A másik probléma a módszertani eltéréseken alapuló elhatárolással az, hogy ilyen módon a jogszociológiának csupán egy redukált változatát lennének képesek „előállítani”, amely pusztán a ténygyűjtésre szorítkozik, és távol tartja magát a magasabb elvontsági szintű általánosításoktól. A jogszociológiai megközelítés sem redukálható azonban az empirikus ténygyűjtésre. Ahogyan ma már a szociológia sem az kizárólag a társadalom „természettudománya”, úgy a jogszociológia sem az „okozatosság” tudománya. Az általános szociológia is behatóan foglalkozik értelmi struktúrákkal, a nyelvvel, eszmékkel, és azzal, hogy ezek miként konstituálják a társadalmi valóságot.¹² Így a jogszociológiát sem lehet attól elzárni, hogy hasonlóképpen „megértő” módszerrel vizsgálja a jogi jelenségeket, és ezekből képezze az elméleti általánosításait.¹³

3. A fennálló joghoz való viszonyulás szerinti megkülönböztetés

Meg kell vizsgálnunk azt a lehetőséget, hogy azon az alapon különítsük el a jogelméletet és a jogszociológiát, mely szerint a jogelmélet csupán magyarázni, megérteni akarja a „jogi jelenséget”, míg a jogszociológiai megközelítéshez egy erőteljes kritikai attitűd kapcsolódik. Ez a megkülönböztetés gyakran azon alapul, hogy a jogelméletet a jogász szakma önmagáról alkotott képeként jeleníti meg, ehhez képest a jogszociológia egy külső, kritikai nézőpontot vesz fel, amely ezt a jogász önképet veti össze a jog valódi társadalmi szerepével és hatásaival.¹⁴

¹¹ Hart: i. m. 9-10. o.

¹² Példaként lásd: Peter L. Berger – Thomas Luckmann: *A valóság társadalmi felépítése. Tudásszociológiai értekezés.* (Ford.: Tomka Miklós) Jósöveg Műhely Kiadó, Budapest, 1998. különösen 71-179. o.

¹³ A „megértő” módszert kimondottan analitikai jellegű jogelméletek is használják. A „megértő” és az „interpretív” módszer kapcsolatára lásd: Stephen Perry: Értelmezés és módszertan a jogelméletben. (Ford.: Bódig Mátyás) In: Bódig Mátyás et al. (szerk.): *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái.* Bóbor kiadó, Miskolc, 2004. 205. o.

¹⁴ Ilyen célt ad a jogszociológiának Cotterrell: i. m. 60. o., illetve ezt a kritikát gyakorolja Kantorowicz: i. m. 117-119. o.

Korántsem azt akarom mondani, hogy a jogszociológia vagy a jogelmélet művelőinél nincsenek, vagy nem lehetnek jelen e fenti beállítódások, és azt is elismerem, hogy a jogszociológia történetében nyomon követhető egy markáns kritikai attitűd. De azt semmiképp nem kerülheti el a figyelmünket, hogy ez a kritikai beállítódás nem a tudományág fogalmi sajátossága. A jogszociológia kritikai attitűdöt nélkülöző művelésének éppúgy megvan a lehetősége, mint a kritikai beállítódású jogelméletnek. Az önkényes elhatárolási ismerv lenne, hogy egy elmélet kritikai jellegű vagy pusztán magyarázatra törekszik. Ez felforgatná a tudományos nyelvhasználatunkat, bevett kategóriáinkat kellene átrendezni, mivel például kritikai él nélküli empirikus vizsgálatok tömegét kellene jogszociológián kívülinek minősíteni, de az olyan elméleteket mint Weberé sem lehetne jogszociológiának nevezni. Nem is beszélve arról, hogy azokat a jogelméleteket, amelyek nem pusztán leírják, hanem kritizálják a fennálló jogot, át kellene sorolni a jogszociológiához.

III. Egy lehetséges elhatárolási szempont

A fent ismertetett kísérletek mellett azonban érdemes fontolóra venni egy olyan elhatárolási lehetőséget, amelyik számomra ígéretesnek tűnik, mivel jól használja ki a jogszociológia és a jogelmélet tudományos teljesítőképességét.

1. A racionális emberi cselekvésre építő megközelítés

A társadalmi világ jelenségeit többféle módon magyarázhatjuk, de ezek közül elsősorban két megközelítési mód van jelen a hazai jogtudományban. Az egyik középpontjában egy cselekvéseit racionális igazolással ellátni képes (tudatosan cselekvő) ember áll, aki az így általa létrehozott társadalmi gyakorlatoknak, intézményeknek mindig képes valamilyen racionális célt, értelmet tulajdonítani, illetve képes ezen intézményeket, gyakorlatokat az őket igazoló célokkal szembesíteni.¹⁵ Mindebből az is következik, hogy az ilyen intézményeket, gyakorlatokat is csak úgy magyarázhatjuk meg, ha feltárjuk, hogy milyen igazoló elveken nyugszanak, milyen értelmet, célt tulajdonítanak a résztvevők azoknak. Mindez például egy politikai önkénytől mentes szabad, demokratikus társadalomban azt jelenti, hogy a különböző társadalmi intézmények (amilyen a jog) addig maradnak fenn, amíg a többség racionálisan igazolhatónak tartja azokat, az önkényes politikai hatalmon alapuló társadalmakban pedig a súlyos igazolási deficit vezet a forradalmakhoz, vagy a tömeges ellenállás más módozataihoz.

Így a vélelem egy politikai önkifejezés lehetőségét biztosító társadalomban amellet szól, hogy a fennálló intézmények a többség számára – valamilyen széles körben osztott mérce alapján – racionálisan igazolhatóak (máskülönben elvetnék azokat).

Ez a megközelítés a jogelmélet vonatkozásában azt a követelményt hordozza magában, hogy keressük azokat az elveket, amelyek igazolhatóvá teszik a jognak nevezett társadalmi gyakorlatot, és találjuk meg a jog célját és értelmét. A jogelmélet ebben a megközelítésben tehát azzal foglalkozik, hogy milyen igazolásai vannak a jognak, a társadalmi berendezkedés milyen

¹⁵ Úgy látom, hogy ilyen emberkép áll Bódig Mátyás elméleti vizsgálódásainak hátterében. Lásd: Bódig Mátyás: *A deskriptív jogelmélet és a gyakorlati filozófia kihívása: jogelméleti módszertani témák Gerald Postema Hart kritikájában*. Miskolc University Press, Miskolc, 2003. 46. o.

eszméjének feleltethetőek meg a létező jogi gyakorlatok, és ezek milyen kapcsolatban állnak a gyakorlat egyes részeivel.

Ennek a felfogásnak a mélyén az a meglátás, húzódik meg, hogy a jog értelmes cselekvők alkotása, így a jog megismerése nem szakadhat el teljesen attól az értelemről, melyet a joggal kapcsolatba kerülő személyek annak tulajdonítanak. A jog értelmét kutató felfogások igazsága az, hogy a jog nem véletlenszerű fejlődés során jött létre, hanem van valamilyen értelme annak, hogy létrehozták. Kérdés azonban, hogy a szoros kapcsolat az adott társadalmi intézmény sajátosságai és annak értelme között mindig fennmarad-e, vagy az adott intézmény képes elválni ettől.

2. A társadalmiság egyéb összetevőire is figyelő megközelítés

A másik felfogás szerint a különböző társadalmi intézmények, gyakorlatok igen jelentős mértékű önállósodásra képesek az őket létrehozó emberi értelemről.¹⁶ Olyannyira, hogy bizonyos mechanizmusok révén akkor is fenn tudnak maradni, ha eredeti értelmükkel már össze nem egyeztethetően működnek. Ilyen mechanizmus lehet a hagyomány ereje, mely bizonyos cselekvéseknek olyan tehetetlenségi nyomatókat kölcsönöz, hogy az emberek szokásosan nem teszik racionális vizsgálódás tárgyává ezek értelmét. Vagy éppenséggel az emberek konformitási hajlama is lehet olyan ok, amely az eredeti értelemről függetlenül képes fenntartani az adott intézményt (példa lehet a vallás, amely gyakorlat esetében az olyan tényezők mint a hagyomány, vagy a konformitás erősebb jelenléte magyarázhatja azt, hogy kisebb településeken nagyobb a vallást gyakorlók aránya, mint a nagyvárosokban.). De ugyanilyen ok lehet az, ha valaki olyan pozitív érzelmi viszonyulás fűz egy intézményhez, amely alapvetően elzárja azt az utat, hogy racionálisan fel tudja mérni, hogy hosszú távon mennyire szolgálja az intézmény az általa is vallott elvek megvalósulását. Az is előfordulhat, hogy az egyes ember nem is tudja teljesen átlátni egy adott gyakorlat vagy intézmény minden aspektusát, így a gyakorlatban való részvétel rutinszerűvé válik, e részvétel teljes értelme zárójelbe kerül.

Az e horizont előtt folyó vizsgálat arra irányul, hogy a társadalmi élet ilyen jelenségei hogyan képesek fennmaradni, milyen módon képesek hatni az emberek tudatára ahhoz, hogy létezésüket ne kérdőjelezzék meg, sőt olyan evidenciának tartsák azt, amely magától értetődően van jelen és működik egy társadalomban.

E felfogás mögött olyan emberkép bontható ki, amelyik szerint az ember, bár ésszerű, racionális lény, de számos olyan megnyilvánulása is van, amelyekkel kapcsolatban nem törekszik racionális igazolásra, és nem mindig igényli azt mások részéről sem.

A jog vonatkozásában így főként abban fog különbözni, az előző megközelítéstől, hogy a jogot fenntartó, a jog érvényességét biztosító alapnak nem csupán a jogi gyakorlatban résztvevők számára belátható, ésszerű, igazolható elveket, célokat tekint, hanem számol azokkal az egyéb, nem a jog céljával, értelmével összefüggő tényezőkkel, amelyek minden más társadalmi gyakorlat

¹⁶ Úgy gondolom, hogy Pokol Béla erre a belátásra alapozza társadalomelméleti jogfelfogását: „Hibás tehát a társadalmi képződmények – kommunikatív gyakorlattól független – »objektív« létének tézise, de tévedés teljesen tagadni e képződményeknek az egyedi gondolati és nyelvi aktusoktól való függetlenségét is.” Pokol Béla: i. m. 12. o.

vagy intézmény esetében is szóba jöhetnek fennmaradást biztosító, illetőleg a sajátosságaikat meghatározó okként.

Ez a felfogás nem csupán annyiban szociológiai, hogy kiindulópontját az összehangolt emberi cselekvésekben találja meg, hanem azokat a ténylegesen ható társadalmi mechanizmusokat keresi, amelyek fenntartják a jogot.

IV. Következtetések

Azt állítom, hogy e két felfogást lehetne valahogyan ötvözni. A társadalmi intézmények célját, és a gyakorlatukat igazoló elveket nem szabad figyelmen kívül hagyni, ha működésüket minden szempontból meg akarjuk érteni. Az embernek megvan a képessége, hogy racionális bírálat alá vegyen bármilyen intézményt, és mindenki számára érthetően mutasson rá fogyatékságaira, vagy elvetendő mivoltára. Ez az emberi sajátosság hozzájárul a társadalmi változások megfelelő magyarázatához. Ugyanakkor azt sem tagadhatjuk, hogy a társadalmi életnek vannak olyan aspektusai, amelyek a tudatos, racionális cselekvések és megfontolások mezeje nem fed le, és ezekkel az aspektusokkal is számolni kell, ha a társadalmi intézmények fennmaradásának, tartósságának okát keressük.

A vizsgált probléma szempontjából az a körülmény a fontos, hogy e két perspektíva elválasztása segít megalapozni a jogszociológia és a jogelmélet egy bizonyos fajtájának elhatárolását. Ez a fajta jogelmélet a jog racionalitását, és a jog racionális igazolhatóságát helyezi előtérbe. Azt vizsgálja mind a jog egészének, mind az egyes jogi intézmények vonatkozásában, hogy mi az értelmük, azok milyen racionális igazolásokkal állnak összhangban.

A jogszociológia egyrészt vállalkozhat arra, hogy feltérképezze, az egyes államokban ténylegesen létező jog mennyire felel meg azoknak az igazoló elveknek, amelyeknek a létezését köszönheti, hogyan működik valójában a gyakorlat, milyen diszfunkciói és esetlegességei vannak. Egy alkotmányos demokráciában vizsgálható ilyen elv lehet a joguralom (jogbiztonság), a jog semlegessége, a jog előtti egyenlőség, a kiszámíthatóság, joghoz való hozzáférés, a demokratikus jogalkotás, etc., mivel ezekben a politikai berendezkedésekben az ilyen elvek legitimálják a formális-racionális jogot.

Kutathatja azt is, hogy ezen elvek mellett, vagy éppen helyett milyen más társadalmi tényezők azok, amelyek meghatározzák egy adott állam jogának, jogi intézményeinek fő jellemvonásait (hagyományok, konformitás, szocializáció, gazdasági tényezők, politikai viszonyok etc.).

Ezen jogszociológiai elemzések általánosítása révén juthatunk egy szociológiai jogelmülethez, amely úgy különböztethető meg a jogszociológiától, hogy míg az utóbbi az egyes intézmények, jogi jelenségek vizsgálatát végzi, addig az előbbi a jog egészének magyarázatát kívánja nyújtani a fentebb említett tényezőket is bevonva e magyarázatba.

Bódig Mátyás – Győrfi Tamás

Néhány szó a legitimitás normatív problémájáról: Válasz Löffler Tibornak

A *Jogelméleti Szemle* közelmúltban megjelent számaiban Löffler Tibor, *Autoritás és legitimitás* címmel, egy kétrészes tanulmányban tett kísérletet az általa ortodoxnak nevezett legitimitáskonceptió kifejtésére.¹ A két tanulmány nagy hangsúlyt fektetett a témával kapcsolatos magyar nyelvű szakirodalom kritikai elemzésére. Ennek köszönhető, hogy Löffler második szövege nagy terjedelemben foglalkozik az általunk szerkesztett és jórészt általunk írt ‘miskolci’ államelmélet jegyzettel.² Ami azt illeti, a nekünk szentelt rész mintegy két szerzői ívet tesz ki, és akár önálló tanulmányként is megállná a helyét. Ez önmagában is arra utal, hogy Löffler Tibor nagyra értékelte azokat az erőfeszítéseket, amelyeket a kortárs autoritáselmélet magyarországi recepciója érdekében tettünk. Ki is nyilvánítja, hogy munkánkat az autoritáselméleti irodalomban végrehajtott átütő fordulatnak és áttörésnek tekinti. Hálával tartozunk Löffler Tibornak ezért a megbecsülésért, ami talán túl is értékeli a hozzájárulásunkat a téma magyarországi szakirodalmához.

Am nyilvánvalóan nem az készített bennünket ennek a szövegnek a megírására, hogy köszönetünket fejezzük ki a ránk irányuló, kitüntetett figyelem miatt. Sokkal inkább az, hogy Löffler elemzése végül is erőteljes bírálattal illeti könyvünk egy sor kulcstételét. Válaszunkban nem törekszünk arra, hogy Löffler kritikájának minden egyes pontját tételesen megválaszoljuk, és nem térünk ki a szerző saját autoritáselméletére sem. Pusztán a bírálat néhány kulcsfontosságú tézisét kívánjuk cáfolni, illetve azt akarjuk alátámasztani, hogy Löffler több ponton alapvetően félreérti elméletünket, s olyan álláspontot tulajdonít nekünk, melyet nem képviselünk.

Államelméletünk minden valószínűség szerint számos hibát tartalmaz. Ez bizonyos szempontból elkerülhetetlen volt, mert álláspontunk mozgásban volt abban az időszakban, amikor a könyvön dolgoztunk, és számos ponton csak vitákon keresztül és kompromisszumok árán őrizhettük meg a könyv szemléleti egységét. Még ennek ellenére sem tűntek el mindenhol az egyenetlenségek. A figyelmes olvasó észreveheti például, hogy a politikai kötelezettség igazolhatóságának a kérdésében van bizonyos feszültség a Győrfi Tamás által írt ‘Politikai kötelezettség’ fejezet és a Bódig Mátyás által jegyzett ‘Szuverenitás és joguralom’ fejezet között.³ Ez talán azt indokolta volna, hogy külön-külön válaszoljunk meg Löffler érveit. Ez már csak azért is kézenfekvő lett volna, mert bírálónk is külön-külön kritizálta az általunk írott fejezeteket. Azért döntöttünk mégis az együttes válasz mellett, mert az ellenvetések jórészt az autoritással kapcsolatos elemzéseink módszertanát, ezen keresztül pedig fogalmi stratégiáinknak egészét kérdőjelezzik meg. Ehhez képest pedig a minket megosztó igazolási kérdések marginálisak. Fontos leszögezni, hogy a Löffler által kifejtett kritikának nem pusztán mi vagyunk a célpontjai: az általunk alkalmazott fogalmi keret fő elemeit illetően ugyanis a

¹ Lásd Löffler Tibor: ‘[Autoritás és legitimitás I.](#): Ortodox tézisek politológiai alapfogalmak jogelméleti megközelítéséhez’. 6 (2005) 2 *Jogelméleti Szemle* (jesz.ajk.elte.hu/loffler22.html); [Autoritás és legitimitás II.](#) 6 (2005) 4. *Jogelméleti Szemle* (jesz.ajk.elte.hu/loffler24.html). A másképpen nem jelölt idézetek ez utóbbi szövegből származnak. Mivel a szöveg nem tartalmaz olyan tagolást (oldalszámok, alfejezetek, alpontok), ami megkönnyítené az idézetek forrásának megtalálását, kénytelenek vagyunk mellőzni a pontosabb hivatkozásokat.

² Bódig Mátyás – Győrfi Tamás (szerk.): *Államelmélet. A mérsékelt állam eszméje és elemei. II. Alapelvek és alapintézmények*. Miskolc: Bíbor Kiadó, 2002. A továbbiakban AE II.

³ Lásd különösen AE II. 66-81. és 106-110. o.

mainstream angolszász politikai filozófiában viszonylag széles körű egyetértés alakult ki. Így amennyiben Löfflernek igaza van, megállapításai jóval túlmutatnak a mi álláspontunk (vagy álláspontjaink) kritikáján.⁴

A.

Fogalmi rendszerünkben központi szerepet játszik a *de facto* (empirikus) és a *de iure* (normatív) legitimitás közötti megkülönböztetés. Értelmezésünk szerint az a kérdés, hogy egy állam *de facto* legitim-e, a politikai szociológia tárgykörébe tartozó ténykérdés, mivel ilyenkor arra vagyunk kíváncsiak, hogy az állampolgárok legitimnek hiszik-e államukat, s ha igen, akkor miért. Vagyis nem vonjuk elemzés alá, hogy az állampolgárok legitimitásba vetett hite megalapozott-e. Ezzel szemben amikor az állam *de iure* legitimitását vizsgáljuk, akkor az állampolgárok vélekedései mögé kívánunk hatolni, s arra keressük a választ, hogy e vélekedések megalapozottak-e: alkalmasak-e a hatalom igazolására.⁵ Mivel, itt nem részletezendő indokok miatt, a politikai filozófiai kérdés állt érdeklődésünk homlokterében, értelemszerűen az utóbbi kérdésre adott válaszokkal behatóbban foglalkozik könyvünk. Ez a fogalmi megkülönböztetés, és különösen a *de iure* legitimitás általunk használt fogalma vált Löffler kritikájának egyik fő célpontjává. De mi is a baj a megkülönböztetéssel?

Az olvasónak két állítást kell ahhoz elfogadnia, hogy a fenti megkülönböztetés értelmes legyen. Egyrészt azt, hogy az állam elfogadása bizonyos indokokon alapszik. Hogy csak néhány lehetséges példát említsünk: azért fogadom el az állam autoritását, mert így kerülhető el az anarchia; azért uralkodhat II. Rex, mert ő az elhunyt I. Rex törvényes örököse; azért fogadom el a törvény autoritását, mert a többség megszavazta azt. Mármint bizonyos esetekben cselekvésünk olyan gyakorlati indokokon alapul, melyet nem vethetünk alá racionális kritikának. Ha valaki jobban szereti a vanília-fagyaltot a csokoládénál, visszatetsző lenne további indokokat várni tőle döntése alátámasztásához; az ilyen preferenciák pusztán ízlésítéleten alapulnak. Ha azonban az állam elfogadása nem pusztán ízlésítéleteken alapul, akkor ezek az indokok racionális elemzésnek és kritikának vethetők alá. Ebben áll második konstitutív feltevésünk. Amikor egy állam *de facto*, illetve *de iure* legitimitására kérdezzük rá, akkor nem ugyanannak a legitimitás-fogalomnak két különböző szintjét vagy összetevőjét írjuk le, hanem két különböző elméleti érdeklődés vezérel bennünket: két különböző kérdésre keressük a választ. Ha a *de facto* legitimitás indokairól szólnak, akkor célunk bizonyos elméletileg releváns tények *magyarázata*, ha viszont a *de iure* legitimitás felé fordulunk, akkor bizonyos *igazolási* kérdéseket próbálunk tisztázni. Ha az állam legitimitását alátámasztó indokok racionális vizsgálatnak vethetők alá, akkor a legitimitással kapcsolatos kétféle megközelítésnek egyaránt megvan a maga létjogosultsága.

⁴ Ezt mutatja, hogy megközelítésünk, ha nem is normatív következtetéseiben, de fogalmi keretében számos ponton egybevághat a konceptuális sémával, amit Huoranszki és Wolff kritikusunk által is feldolgozott tanulmányai alkalmaznak. Így nem csoda, hogy Löffler kritikája is kénytelen többször ismételni ugyanazokat az érveket. Érdemes megjegyezni, hogy könyvünk sokat merített Jürgen Habermas legitimitásra vonatkozó felfogásából is.

⁵ A két legitimitás-fogalom különbségének bemutatásakor könyvünk a következő példát hozza: „Vitatható empirikus kérdés például, hogy a sztálini Szovjetunió, vagy a hitleri Németország rendelkezett-e története során bármikor *de facto* legitimitással. Ha feltételezzük is, hogy ezt a kérdést igenlően lehet megválaszolni, aligha állíthatjuk azt, hogy ezek az államok *de iure* értelemben legitimek lettek volna.” (AE II, 49. o.) Löffler a következő módon próbálja ezt az állítást cáfolni: „A két rendszer *de facto* legitimitásának tagadásával kvázi azt mondják, hogy a két rendszernek lényegében nem volt társadalmi bázisa, ami viszont történelmileg nem igaz.” A szöveg Löffler állításával szemben nem tagadja, hogy e két állam *de facto* legitim lett volna. Állításunk az, hogy ez egy nyitott kérdés, amit empirikus bizonyítékokkal lehet alátámasztani. De még ha ezt állítottuk volna, ebből akkor sem következne, hogy ne lett volna társadalmi bázisa e két rendszernek. Az állam *de facto* legitimitása azt feltételezi, hogy az állampolgárok többsége legitimnek hiszi az adott berendezkedést. Az az állítás, hogy egy hatalomnak van társadalmi bázisa, viszont csak annyit követel, hogy egy jelentékeny társadalmi réteg álljon a hatalom mögött. Ez utóbbi követelmény akkor is kielégíthető, ha ez a bázis nem alkotja a társadalom többségét.

A legitimitás két fogalma közötti megkülönböztetés fogalmilag lehetségessé teszi, hogy az emberek tévedjenek a legitimitás kérdésében: legitimnek tartsanak valamit, ami valójában nem az. A megkülönböztetés fontosságát Löffler is érzékeli, ám ő egy lényegesen radikálisabb tézist tulajdonít nekünk. Ami azt illeti, Löffler már a kifejtés egy korábbi szakaszában, jóval a mi szövegünk kritikája előtt, Wolff elméletének elemzésekor felveti azt a szempontot, amit aztán ellenünk fordít. Az alapvető félreértés már ezen a ponton kitapintható: „Ebből az is következik, hogy normatív (politikai filozófiai) vizsgálódás tárgyát képező elvek (normák) nem lehetnek empirikus, az államhatalmat vagy autoritást birtokló, avagy azt elismerő szubjektumok által empirikusan osztott elvek és normák. Legfeljebb — gondolom én — az empirikus emberek empirikus elveinek és normáinak egy olyan (platonikus?) *ideája, ideális változata*, amit csak a politikai filozófia képes felismerni, megalkotni vagy rekonstruálni. Egy állam vagy autoritás »de jure« minősítése ezért a politikai filozófia privilégiuma marad.”⁶

Löffler értelmezése szerint tehát álláspontunk — Wolff felfogásához hasonlóan — az, hogy az állampolgár és a politikai filozófus számára a legitimitás kérdésében az érvek két külön tartománya vagy halmaza áll rendelkezésre, és mi még az elméleti lehetőségét is kizárjuk annak, hogy az emberek ugyanazon indokok miatt fogadják el az állam legitimitását, mint a filozófusok. Az érvek két halmaza nem egyszerűen eltérhet egymástól: nem is lehet közös metszetük. Sőt, mint Löffler írja, „a szerző kizárja azt, hogy amikor az állampolgárok legitimnek hiszik államukat, akkor az »ésszerű indokokon« alapulhat.” Majd később: „Györfi Tamás szerintem ott téved, hogy a legitimációs hithez *csak negatív* forrásokat vagy alapokat rendel (megtévesztés, manipuláció)...”⁷

A *de facto* és *de iure* legitimitás elhatárolását tárgyaló kulcsfontosságú szöveghelyekkel azonban lehetetlen ezt az olvasatot alátámasztani: „A legitimáció e két oldala között azért kell különbséget tenni, mert ezek *nem feltétlenül* esnek egybe. A tényleges elismerés önmagában nem igazolja az államot, és nem igazol minden lehetséges államot. Könnyen *elképzeltető* ugyanis, hogy a hatalmat a neki alávetettek annak ellenére is elismerésre méltónak tartják, hogy az nem rendelkezik olyan igazolással, amely autoritását alátámasztaná.”⁸ Majd később: „egy állam *lehet* egyszerre *de facto* legitim, ha az állampolgárai legitimnek *hiszik*, ugyanakkor *de jure* illegitim, ha az állampolgárok hite nem alapul ésszerű indokokon. Ha a kettő egybeesne, akkor nem lehetne rákérdezni egyik *de facto* legitimitással rendelkező állam normatív igazolására sem.”⁹ S végül: „A hatalom legitimitásába vetett hit tartalma közel sem világos, s emellett számos forrása lehet: *alapulhat* megtévesztésen, manipuláción és sok más tényezőn.”¹⁰

Löffler azt az egyszerű, de álláspontunk végletes eltorzításához vezető logikai hibát véti, hogy a tévedés elvi lehetőségét szükségképpeniséggként értelmezi. A fenti szöveghelyek azonban, melyek következetesen a ‘lehet’, ‘elképzeltető’, ‘nem feltétlenül’, ‘alapulhat’ kifejezéseket használják, megítélésünk szerint egyértelműen jelzik, hogy az állampolgárok tévedését nem szükségszerűnek, hanem esetleges lehetőségnek gondoljuk. A mi érvrendszerünkben tehát nem az indokok két tartománya, hanem a legitimitás két *fogalma* különül el egymástól. A két legitimitás-fogalom különbözőségéhez még csak azt sem kell

⁶ Egyébként teljességgel alaptalan kritikuskunk azon állítása is, miszerint „Wolff (anarchista) autoritás- és legitimitásmélete meghatározó szerepet vívott ki magának a magyar (liberális) politikai filozófiában.” A legitimitás két fogalma közötti megkülönböztetés a modern politikai filozófiában széles körben elfogadott distinkció, az egyes legitimitás-elméletek normatív álláspontjától függetlenül. Kíváncsiak vagyunk viszont, hogy kik a magyar politikai filozófiának azok a meghatározó alakjai, akiről kimutatható, hogy Wolff álláspontja, amit a mai irodalom a priori filozófiai anarchizmusnak nevez, meghatározó befolyást gyakorolt rájuk.

⁷ S még később: „A *de facto* legitimitás anitéziseként definiált *de jure* legitimitás alapján, fogalmilag kell nemet mondanunk a kérdésre: *a de jure legitimitás fogalma olyan s csakis olyan igazolásokra utal, amivel az állam nem rendelkezhet és/vagy ami nem képezheti az állampolgári elismerés alapját.*”

⁸ AE II, 48-49. o.

⁹ AE II, 67. o.

¹⁰ AE II, 67-68. o.

feltételeznünk, hogy akár egyetlen esetben is tévedjenek az emberek az állam normatív legitimitásának a kérdésében: elég, ha a tévedés elvi lehetőségét elismerjük. Semmi sem zárja ki, hogy ugyanannak az indoknak két funkciója legyen: egyszerre igazoljon és magyarázzon egy bizonyos cselekedetet.

Úgy véljük továbbá, hogy ha valaki a legitimitás két fogalmának eltérésére akar rámutatni, akkor szükségszerűen olyan példákhoz kell folyamodnia, amelyek megvilágítják azokat a lehetőségeket, amikor a *de facto* és a *de iure* legitimitás különbözik egymástól, vagyis amikor egy indok megmagyaráz egy cselekedetet, de nem adja annak jó igazolását. Az az értelmezés azonban, mely a két fogalom eltérésének elvi lehetőségét illusztráló példákat (megtévesztés, manipuláció) úgy állítja be, mintha azok elméletünkben az empirikus hit kizárólagos forrásai lennének, súlyosan félreértelmezi álláspontunkat. Ebből következően nem igaz kritikusunk azon állítása sem, hogy könyvünk a 'hit' fogalmát negatív kontextusban, mint valami eleve irracionális jelenséget, ideológiát, vagy hamis tudatot használja. Itt a kritikának végképp hiányzik minden szövegszerű alapja. A legitimitásba vetett hit szóösszetételben a 'hit' a 'vélekedés' szinonimája, ami természeténél fogva nem szükségszerűen igaz, vagy igazolt, s így racionális kritika tárgyává tehető.

B.

A fentiekből is látszik, hogy Löffler tanulmánya valójában igen kevés érdeklődést mutat az iránt, amit mi *de facto* legitimitásnak nevezünk. Inkább az álláspontjának lényege, hogy mi rosszul fogjuk fel azokat a körülményeket, amelyek közt helyesen állíthatjuk, hogy egy berendezkedést normatív értelemben (*de iure*) legitim. Löffler nem azzal vádol bennünket, hogy pontatlanul magyarázzuk az állampolgárok vélekedéseit, hanem azzal, hogy rosszul válaszolunk meg egy igazolási kérdést. Ő ugyanis úgy tartja, hogy az állampolgárok ténylegesen fennálló legitimitási hitét (vagyis a *de facto* legitimitást) a normatív legitimitás önmagában elégséges kritériumának kellene tekintenünk. Ha az állampolgárok legitimnek hiszik az államot, akkor az normatív értelemben vitán felül legitim lesz. Mi több, Löffler szerint az az álláspont, amely megkérdőjelezi az emberek legitimitáshitének feltétlen igazolóerejét, valójában megkérdőjelezi autonómiájukat. A következőképpen fogalmazza meg (e vonatkozásban) legalapvetőbb, Wolffnak címzett, de ellenünk is érvényesnek tekintett érvét: „Az empirikus egyén (állammal, kormányzattal szembeni) autonómiáját hirdető, de az államok és kormányzatok *de jure* és/vagy legitim autoritását nem az empirikus emberek empirikus elismeréséből levezető elméletek leggyengébb láncszeme az, hogy a legitimitás megítélése során valójában elvitatják az egyének autonómiáját.”

Nem látjuk, hogy az általunk képviselt elmélet hogyan is hozhatná a politikai filozófust abba a helyzetbe, hogy az elvitathatná vagy veszélyeztethetné az egyének autonómiáját. Ha Löffler elismeri azt, hogy az emberek indokok alapján fogadják el az állam autoritását, s ezek az indokok nem pusztán ízlés-ítéletek, akkor ezek az indokok ki vannak téve a racionális kritika lehetőségének. A politikai filozófia művelője ezeknek az indokoknak a milyenségéről alkot ítéletet. Ha nem találja ezeket az indokokat meggyőzőeknek, akkor arra következtet majd, hogy az állam *de iure* illegitim. Ítéletével azonban nem csorbítja semmilyen értelemben az empirikusan létező állampolgárok autonómiáját — minthogy nem dönt el semmit helyettük.

Álláspontunk lényege jól érzékeltethető egy konstruált példával. Tételezzük fel, hogy *E*, az empirikusan létező állampolgár azt gondolja, hogy *K*, a király uralkodását kifejezetten és kizárólagos jelleggel az teszi legitimé, hogy *K* kivételes képességek birtokában van, mondjuk esőt tud fakasztani, és ez a képessége a közösség jóléte szempontjából igen fontos. *F*, a filozófus úgy véli, hogy a karizmatikus képesség valóban megalapozza a legitimitást, de tudja azt is, hogy *K* sarlatán, és még sosem volt képes esőt fakasztani. *E* vélekedése tehát tévedésen alapul. Mivel *E* szerint *K* uralmát kivételes képessége alapozza meg, ezért *F*, tudván, hogy *K* nem rendelkezik kivételes képességekkel, megpróbálhatja meggyőzni arról *E*-t, hogy neki sem kell *K* parancsait

követnie, hiszen engedelmessége nem alapul ésszerű indokokon. Ha *F*-nek igaza van, akkor *E*-nek valóban nincs ésszerű indoka arra, hogy legitimnek tekintse *K*-t, hiszen számára a kivételes képesség volt a legitimitás igazolóelve. Ha nincs ésszerű indoka *K* uralmának, akkor az normatív értelemben illegitim. Az azonban, hogy *F* megkérdőjelezi *K* uralmát, semmilyen értelemben nem érinti *E* autonómiáját. *F* nem hozhat *E* helyett döntéseket, és nem kényszerítheti őt semmire.

Löfflernek az állampolgárok autonómiáját féltő aggályai tehát alaptalanok. Érvelése talán azért tűnhet első ránézésre plauzibilisnek, mert a 'legitimnek hisz' fordulattal gyakran egyenértékűnek tekintjük, ha elmondhatjuk, hogy az illető elfogadja, illetve elismerésre méltónak tartja a hatalmat. Löffler egy helyen az alábbi módon parafrázálja álláspontunkat: „Az állam polgárai *önmagukban elégtelenek ahhoz, hogy elismerési aktusaikkal a de jure állam minőségével ruházzanak fel* egy olyan államot, amit legitimnek tartanak (hisznek) és ezért engedelmeskednek neki.” A 'legitimnek hisz', 'elismerésre méltónak tart', 'elfogad' kifejezések végső soron itt az *elismerési aktus* fogalmával kerülnek összefüggésbe. Löffler megfogalmazása az állampolgárok autonóm döntésének paradigmátikus esetét, a 'beleegyezést' idézi meg, minket pedig úgy tüntet fel, mint akik a beleegyezés analógiájára értelmezendő elismerési aktusnak az érvényességét vitatjuk el.

Mint az közismert, a politikai filozófia egyik igen vértetes hagyománya az állam legitimitásának alapját az állampolgárok beleegyezésében látja. Amikor az állampolgár a beleegyezését adja valamibe, döntését valószínűleg bizonyos indokok vezérlik, de a beleegyezés megadásának pillanatától fogva az állam legitimitása mellett szól egy önálló, az alapul fekvő indoktól független normatív indok is. A beleegyezési elméletek szerint ez lesz a legitimitás konstitutív indoka. Löffler ezt az analógiát próbálja ellenünk fordítani. Erre persze többféleképpen is kísérletet lehet tenni. Próbálkozhatna például azzal, hogy rámutat az állampolgárok olyan aktusaira, amelyek szerinte a hallgatólágos beleegyezés fogalma alá foglalhatók. Ő azonban nem ezt az utat választja: nem kapcsolódik a hallgatólágos beleegyezés elméleti irodalmához, s kísérletet sem tesz az ott felvetett nehézségek tárgyalására. Ehelyett a legitimitási hit meglétét általában és automatikusan a beleegyezéssel egyenrangú legitimáló tényezővé avatja. Ezáltal a *de facto* legitimitást a *de iure* legitimitás általános kritériumává teszi, és felszámolja a két fogalom közötti kontextuális különbséget.

Löffler azonban itt alapvetően téved. Vegyük észre, hogy a pusztá legitimitási hit és a beleegyezés között van egy igen fontos különbség: ha valaki beleegyezését adta, akkor a beleegyezésnek konstitutív szerepe van a legitimitás szempontjából. A pusztá legitimitási hit azonban nem *konstitúálja* az állam normatív legitimitását, hanem pusztán *jelzi*, hogy az illető azt hiszi, hogy az állam normatív legitimitását alátámasztó konstitutív indokok fennállnak.

Az összefüggés rögtön nyilvánvaló lesz, ha visszatérünk előbbi példánkhoz: *E* nem azt gondolja, hogy *K* uralma normatív értelemben attól legitim, hogy ő annak hiszi. Ő azért hiszi *K* uralmát normatív értelemben legitimnek, mert *K* kivételes képességekkel bír. Ha *K* nem rendelkezik kivételes képességekkel, akkor *E* szemében nincs olyan racionális indok, amely legitimálná *K* uralmát. Ha *E* a beleegyezését adja *K* uralmába, akkor *F*, a politikai filozófus bizonyos keretek között gondolhatja úgy, hogy *E* számára *K* legitim uralkodó, még akkor is, ha megítélése szerint *E*-nek nem kellett volna a beleegyezését adnia. Amennyiben *F* annak ellenére is kétségbe vonná *K* uralmának legitimitását *E* fölött, hogy ahhoz *E* a beleegyezését adta, akkor *F* álláspontja valóban vitatható lenne — ez Löffler ellenvetésének racionális magva. Ám *F* még ilyenkor sincs abban a helyzetben, hogy *E* autonómiáját fenyegetse. Ha viszont *E* nem adta beleegyezését, csupán hisz *K* legitimitásában, és *F* tudja, hogy *E* vélekedése téves, úgy *F* szerint *E*-nek nincs ésszerű indoka *K* uralmát legitimnek gondolni. Ha kétségbe vonja *K* *E* fölötti uralmának legitimitását, úgy álláspontjában nincs semmi kifogásolnivaló.

Érdemes leszögezni, hogy a fentiek miatt Löfflernek a pusztá legitimitás-hitre alapozott normatív legitimitás-felfogása valójában alkalmatlan annak az igazolási funkciónak a

betöltésére, amire a politikai filozófia hagyományos legitimitás-elméletei szolgálnak. Mint azt John Simmons írja, az igazolás bizonyos értelemben mindig egy defenzív eljárás:¹¹ nem azok előtt kell igazolnunk intézményeinket, akik egyetértenek velünk; éppen ellenkezőleg, a más véleményen levőket kell próbálnunk meggyőzni azok erényeiről. Ha valaki például a fair-play elméletével próbál meggyőzni egy másik személyt az állam legitimitásáról, akkor, bármi is legyen egyébként a végső kimenete ennek a diskurzusnak, elismerhetjük, hogy a fair-play elméletnek van legalább egy minimális plauzibilitása. Ugyanakkor a „miért tekintsem az államot legitimnek?” kérdésre teljességgel inadekvát válasz, ha azt mondjuk, „tekintsd legitimnek, mert én legitimnek hiszem”; a „te miért tekinted legitimnek az államot?” kérdésre pedig inadekvát az a válasz, hogy azért, mert legitimnek hiszem. Márpedig abból az elméletből, amelyik a pusztá legitimitási hitet avatja a normatív legitimitás konstitutív forrásává, ez a válasz következik.

C.

Könyvünkben, elsősorban Joseph Raz nyomán, azt az álláspontot képviseljük, hogy az autoritativ indokok tartalom-független, preemptív indokok. Ezek a fogalmi jellegzetességek nem mindig rajzolódnak ki világosan. Ha az állam egy morális kötelezettséget emel törvényi rangra, például azt követeli, hogy tartózkodjunk az emberöléstől, akkor úgy is tűnhet, azért kell betartanunk az emberölés tilalmát kimondó büntetőjogi rendelkezést, mert van egy erre vonatkozó, érvényes erkölcsi kötelezettségünk. Az állam sajátos autoritásigénye inkább olyankor válik világossá, amikor utasításai mögött nem állnak erkölcsi megfontolások: ekkor kitűnik, hogy az állam azzal az igénnyel lép fel, hogy utasításait abban az esetben is kövessük, amikor annak tartalmát nem támasztja alá valamely morális elv, vagy az adott kötelezettség éppen ellenkezik morális meggyőződésünkkel.

Az autoritativ indokok preemptív és tartalom-független jellege Löffler számára egy újabb támadható pontot tár fel elméletünkben: rámutat autoritás-elméleti álláspontunk ellentmondásosságára. Mint kritikusunk megjegyzi: „Ezen állítások azonban maximálisan ellentmondanak Bódig Mátyás felfogásával, miszerint az autoritativ intézmények »úgy gyakorolnak hatást az emberek cselekedeteire, hogy olyan gyakorlati indokokkal állnak elő, amelyek ésszerűségét értelmes cselekvők maguktól is beláthatják«.” Mivel könyvünk szempontjából mind a tartalom-függetlenségnek, mind pedig az autoritativ indokok igazolhatóságának központi jelentősége van, valóban nagy bajokat jelez, ha itt igaza van Löfflernek, és a két állítás „maximálisan ellentmond egymásnak”. Löffler azonban nem indokolja részletesen, hogy miben látja az ellentmondást. Kizárja, vagy inkább egyáltalán nem mérlegeli azt a lehetőséget, hogy időnként ésszerű lemondani arról, hogy mi magunk mérlegeljük a cselekvésünkre vonatkozó indokokat: néha racionális az autoritás által szolgáltatott indokokat követni. Holott Joseph Raz autoritáselméletében, amelyből az álláspontunk táplálkozik, az ún. normál igazolási tézis (amit egyébként részletesen tárgyalunk is), éppen ezen a lehetőségen alapul.¹²

Általánosítva úgy fogalmazhatjuk meg a válaszunkat, hogy nincs abban semmi ellentmondás, hogy egyfelől azt mondjuk, ahhoz, hogy valaki autoritativ pozícióba kerüljön, morális felhatalmazásra van szükség; másfelől pedig azt, hogy ez a felhatalmazás éppen arra vonatkozik, hogy az autoritás kötelező utasításokat adjon a címzetteknek: olyan utasításokat, amelyeket a címzettek azok tartalmától függetlenül is kötelesek követni. A felhatalmazás erkölcsi indokokkal való alátámasztása az autoritással rendelkező *pozíciójára*, míg a tartalom-független jelleg *az egyedi utasítások* kötelező erejére vonatkozik. Ha például beleegyezésem révén autoritással ruházok fel egy uralkodót, akkor a felhatalmazása kiterjed arra, hogy olyan

¹¹ Lásd John A. Simmons: 'Justification and Legitimacy'. In: uő: *Justification and Legitimacy*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 124. o.

¹² Lásd AE II, 59-60. o.

esetekben is kötelező utasításokat adjon számomra, amikor éppen nem értek egyet az utasítás tartalmával. Ugyanakkor az uralkodó autoritása abból a morális igazolásból táplálkozik, amit beleegyezésem biztosít számára.

Fontos leszögezni, hogy Löffler Tibor tévedése ezen a ponton egy további probléma tünetének is tekinthető. Végző soron arról van szó, hogy vesz az egyik fejezetből egy mondatot, amely történetesen Raz autoritás-elméletéből parafrázálja a preemptív tézist, aztán vesz egy másikat, ami ugyanabból az elméletből a normál igazolási tézist parafrázálja, majd, anélkül, hogy érzékelné, hogy a két tézis ugyanabból az elméleti forrásból származik, kinyilvánítja az azok közötti ellentmondást. Ez annak a jele, hogy Löffler Tibor nem vonatkoztatta vissza az álláspontunkat azoka az angolszász politikai filozófiai és jogelméleti vitákra, amelyekből főbb autoritáselméleti téziseinket merítettük. Kiderül például, hogy nem járatos Raz autoritáselméletében, illetve a körülötte folyó vitákban. Félreértés ne essék, még ha igaz is, hogy ezen a ponton Löffler Tibor olyan kérdéseket érint, amelyeket az utóbbi évtizedek politikai filozófiai, illetve jogelméleti vitái igen alaposan feldolgoztak, semmiképpen sem szeretnénk azt állítani, hogy nekünk és kritikusainknak itt Magyarországon muszáj ismernünk és muszáj készpénznek vennünk az angolszász viták (rész)eredményeit. Helye lehet annak, hogy ugyanezeket a kérdéseket a magyar szakirodalom is végigtárgyalja és megvitassa, mi pedig nyitva állunk az efféle viták előtt. De azért törekednünk kell arra, hogy vitáink ne maradjanak messze alatta annak a színvonalnak, amit a téma nemzetközi irodalma már elért.

D.

Befejezésül muszáj néhány szót szólni egy módszertani kérdésről, amely okvetlenül felmerül Löffler Tibor kritikájával összefüggésben. Löfflert (az első tanulmány tanúsága szerint) részben éppen az készítette álláspontjának kifejtésére, hogy nézete szerint a magyar politikatudomány nem kezeli a kellő elméleti komolysággal az autoritás elméleti problémáját. Azt állítja, hogy az államelméletben következett be az a fordulat a kérdés tárgyalásában, ami a politológia számára is irányadó lehet — megtermékenyítheti például az legitimitás-probléma tárgyalását. Az is nyilván több egyszerű gesztusnál, hogy második tanulmányban a vonatkozó politológiai irodalom tárgyalását politikai filozófiai álláspontok elemzése (például Huoranszki Ferenc és Robert Wolff magyar nyelven megjelent műveinek feldolgozása) előzi meg. Sőt, a mi könyvünk kapcsán egy sor jogelméleti összefüggést is tárgyalás alá von a szövegében.

Ilyen körülmények között azt várná az ember, hogy Löffler számára különösen fontos az a kérdés, hogy milyen lehetőségei és korlátai vannak az eszmék és elemzési módszerek mozgásának az említett diszciplínák között. Ez a várakozás annyiban teljesül is, hogy Löffler több ponton is érint módszertani kérdéseket: rákérdez például, hogy milyen szerepet játszik nálunk a módszertani individualizmus, vagy hogy mit is értünk gyakorlati filozófián. Ám a releváns módszertani kérdések szisztematikus feldolgozása mégis elmarad. Löffler ugyanis, furcsa módon, teljesen reflektálatlanul hagyja *Államelméletünk* módszertani megalapozását, holott ennek egy egész fejezetet szenteltünk az első kötetben.¹³ Ott fejtjük ki egyebek közt azt is, hogy az általunk feldolgozott tematika milyen viszonyban áll a politikai szociológiával. Ennél is fontosabb az, hogy Löffler említést sem tesz az *interpretív* módszertan eszméjéről, pedig az határozza meg, hogy könyvünk milyen módon támaszkodik a politikai filozófiára.

Mindez azért fontos, mert nagyon úgy tűnik, éppen az áll a fentebb tárgyalt félreértések alapjánál, hogy Löffler Tibor nem vetett komolyan számot könyvünk módszertani sajátosságaival és tudományos programjával. Sok vonatkozásban úgy olvasta a könyvünket, mintha abból a magyar liberális politikai filozófia anatómiáját lehetne vagy kellene kiolvasni. Fontos leszögezni, hogy könyvünkkel nem a magyarországi liberális politikai filozófia

¹³ Lásd Bódig Mátyás – Görfi Tamás: 'Bevezetés'. In: Bódig Mátyás — Görfi Tamás (szerk.): *Államelmélet: A mérsékelt állam eszméje és elemei. I. Elmélettörténet*. Miskolc: Bíbor, 2002, 7-13. o.

irodalmát akartuk gyarapítani, és meggyőződésünk, hogy nem is ezt tettük.¹⁴ Nem vezetnek messzire könyvünknek azok az olvasatai, illetve értelmezései, amelyek figyelmen kívül hagyják azokat a sajátos összefüggéseket, amelyek meghatározták az igazolási kérdések szerepét az általunk elfoglalt autoritáselméleti, illetve legitimitás-elméleti álláspont formálódásában.

¹⁴ Érdemes itt tenni egy tisztázó megjegyzést. Van egy mozzanat az *Államelmélet* jegyzetben, ami már többször okoz gondot nekünk, mert sokan azt olvassák ki belőle, hogy mindent egy liberális politikai filozófia nézőpontjából vettünk szemügyre. A 'Totalitarizmus' c. fejezet tartalmazza azt az állítást, hogy „a totalitárius berendezkedést nem lehet legitimálni”. Lásd AE II. 305. o. Ezt sokan, közöttük Löffler Tibor is, úgy fogják fel, mint egy külső és felettes (liberális) nézőpontból megfogalmazott értékítéletet, amely azt jelzi, meg sem próbáljuk elfogulatlanul szemügyre venni azok álláspontját, akik annak idején hittek az efféle berendezkedések igazolhatóságában. A helyzet azonban az, hogy ez az állítás nem ilyesféle értékítélet, hanem utalás egy kulcsfontosságú interpretív adatra, amely sok mindent megvilágít a totalitárius gyakorlatból. Az ismert totalitárius rendszerek ugyanis pontosan tisztában voltak azzal, hogy gyakorlatuk bizonyos vonásait egyszerűen nem lehet nyilvános igazolással ellátni. Nem lehet kiállni az emberek elé ilyesféle politikai megnyilatkozásokkal: „Milliókat dolgoztatunk börtöntáborokban, távoli vidékeken. Pontosan tudjuk, hogy ezeknek az embereknek a túlnyomó része büntetőjogi értelemben ártatlan. És persze bárkivel, bármikor megtörténhet, hogy különösebb ok nélkül egy ilyen börtöntáborba szállítjuk.” „Ukrajnában soha nem látott éhínség szedi az áldozatait. Nem volt különösebben rossz a termés, de mi begyűjtöttünk szinte minden mezőgazdasági terméket. Részben azért, hogy így biztosítsuk a városi lakosság elfogadható ellátását, részben pedig azért, hogy exportbevételekre tegyünk szert, és tovább finanszírozhassuk iparfejlesztési programunkat.”. „A zsidókkal, akik eltűnnek az emberek szeme elől, valójában az történik, hogy a végkimerülésig dolgoztatjuk, majd gázkamrákban megöljük, végül pedig elégetjük őket.” Az ilyen tényeknek természetesen hatalmas delegitimáló potenciálja van: elképzelhetetlen, hogy egy berendezkedést sikeresen legitimáljunk a politikai közösség tagjai előtt, ha közismertté és elismerten igazzá válnak efféle állítások. A totalitárius rendszerek egyik markáns sajátossága, hogy felhalmozódnak bennük olyan politikai témák és olyan tények, amelyeket, súlyos delegitimáló erejük folytán, titkolni kell az emberek elől. Ezt pedig éppenséggel a totalitárius rendszerek vezetői tudják a legjobban, akik minden esetben ki is építik azokat a mechanizmusokat, amelyek biztosítják, hogy az ilyen tények legfeljebb lokálisan, nehezen ellenőrizhető híresztelések formájában terjedhessenek. Ez a titkolózás gyakran olyan jól sikerül, hogy még a rendszer magas rangú képviselői is komoly képpel hivatkozhatnak arra, hogy nem tudtak az elhallgatott szörnyűségekről. Közismert például (a náci hadigazdaságot irányító) Albert Speer esete, aki következetesen állította, hogy nem tudott a Holocaustról. Csak komoly kutatómunkával lehetett rábizonyítani, hogy muszáj volt tudnia róla. Nos, az efféle összefüggések kifejezésére szolgál az inkriminált mondat a totalitarizmus-fejezetben. Kétségtelen, hogy a megfogalmazás lehetne pontosabb is, és utalhatna egyértelműbben is az alapot képező összefüggésre. Ami azt illeti, a hiba itt abból fakadt, hogy az *Államelmélet* jegyzet előtt nem sokkal jelent meg a miskolci politikai szociológia jegyzet, amelyben (egészen pontosan a 'Nyilvánosság, kommunikáció, közvélemény' című fejezetben) Bódig Máttyás részletesebben is leírta ezt a mechanizmust. Lásd Kéri László (szerk.): *Societas Politica: Fejezetek a politikai szociológia köréből*. Miskolc: Bíbor, 2001, 213-215. o. Amint azonban a könyv hatástörténete mutatja, tévesnek bizonyult az a várokozás, hogy itt egy már világossá tett összefüggésre lehet támaszkodni.

Bódig Mátyás
Néhány tézis a gyakorlati filozófiai irányultságú jogelmélet
módszertani alapjairól*

1.

Hadd kezdjem néhány bevezető megjegyzéssel, amelyek valamelyest tisztázzák ennek az előadásnak a célkitűzéseit. A 2006. februárjában tartott szegedi jogelméleti konferenciára nem készültem előadással — pláne nem ezzel az előadással. Mivel azonban az egyik előadó nem tudott megjelenni, Pokol Béla megkért, hogy töltssem be az így keletkezett rést, és foglaljam össze az álláspontomat. Ezt először visszautasítottam. Az első napon lezajlott vita hatására azonban megváltoztattam a döntésemet, és a második nap délelőttjén mégiscsak rögtönöztem valami előadásfélét. Az indított erre, hogy immár sokadszorra került egy hazai konferencián a kritikák kereszttüzebe az a fajta jogelmélet, amelynek én magam is az egyik művelője vagyok. Úgy éreztem, hogy a vitában (megint csak nem először), nem jutnak érvényre azok a szempontok, amelyek alapján meg lehet ítélni ennek a fajta jogelméletnek az erőnyeit és hibáit. Nem mondhatnám, hogy szerény hozzájárulásom nagy újdonságokkal szolgált volna, hiszen korábbi műveim egész sora foglalkozik az inkriminált jogelméleti megközelítés módszertani alapjainak és teoretikus ambícióinak feltárásával. Újdonságot talán csak az jelent, hogy ezúttal másképpen csoportosítottam az érveimet. Lehet, hogy így jobban hozzáférhetőek lesznek egyesek számára.

Fontos megjegyezni, hogy az alábbi szöveg természetesen nem azonos a Szegeden elhangzott előadással. Ott egy néhány szavas kézíratos vázlatra támaszkodtam, ezért sok esetlegesség jellemezte az érvelésemet. Éppen ezért igyekszem most lényegesen pontosabb lenni. Ugyanakkor ragaszkodom az eredeti előadás tematikájához és főbb téziseihez.

Előadásom tehát a *gyakorlati filozófiai irányultságú jogelmélet* módszertani alapjairól szól. Belátom, hogy ez a kérdés egyáltalán nem ‘találja telibe’ azt a kérdéskört, amit a szervezők a szegedi jogelméleti konferencia témájaként jelöltek meg: a jogelmélet diszciplináris önreflexióját. Ugyanakkor azt is gondolom, hogy előadásom nem független a jogelmélet diszciplináris önreflexiójának problémájától. Ezt az is mutatja, hogy Pokol Béla nyitóelőadása,¹ amely arra volt hivatott, hogy meghatározza a konferencia tematikáját, úgy ábrázolta a jogelmélet tematikai és módszertani jellegzetességeit, hogy abban az általam művelt jogelméletnek nem jutott hely. Részben talán éppen ezért alakult ki egy olyan vita, amelyben a gyakorlati filozófiai irányultságú jogelmélet problematikájának fontos szerep jutott.

Az alábbiakban igyekszem igazodni azokhoz a mozzanatokhoz, amelyeket kritikusaim a hozzászólásaikban kihangsúlyoztak. Amennyire látom, a konferencián három felvetés hangzott el újra meg újra az angolszász analitikai filozófia talaján álló és gyakorlati filozófiai orientációjú jogelméleti kezdeményezésekkel szemben. (1) Ez egy ‘zárt’, a saját módszertani megfontolásai által emelt falak közé szorult megközelítésmód, és aki más elméleti alapon áll, az nem tud vele mit kezdeni. (2) Olyan jogelméleti megközelítésmódról van szó, amely összefonódik valamiféle naív társadalomképpel, amely egyetlen modern társadalom leírására sem alkalmas. (3) Ez a megközelítés túlzottan szorosan ‘köti egymáshoz’ a jogot és az erkölcsöt. Ezekre a felvetésekre kell tehát reagálnom. Úgy vélem azonban, hogy nem sok

* Bódig Mátyás egyetemi docens, ME ÁJK Jogelméleti és Jogszociológiai Tanszék; tudományos főmunkatárs, MTA Jogtudományi Intézete. E-mail: mbodig@mailbox.hu. A jogelmélet és a gyakorlati filozófia közötti kapcsolatra vonatkozó kutatásaimat Bolyai János Kutatási Ösztöndíj segíti.

¹ Lásd Pokol Béla: ‘A jogelmélet diszciplináris önreflexiója’ 7 (2006) 1. *Jogelméleti Szemle* (jesz.ajk.elte.hu).

értelme lenne egyszerűen nekiesni a jelzett három tézisnek. Érzésem szerint ugyanis az ellenvetésekben alapvetően a kritikusoknak az a törekvése nyilvánul meg, hogy megmutassák egy *társadalomelméleti* megközelítés fölényét a gyakorlati filozófiai irányultságú jogelmélettel szemben. Éppen ezért helyesebbnek tűnik, ha mindennek előtt arra teszek kísérletet, hogy rámutassak arra a jogelméleti problémára, amit szerintem kifejezetten egy gyakorlati filozófiai alapokon álló jogelmélet képes megfelelően kezelni: aminek vonatkozásában a társadalomelméleti megközelítés nincsen fölényben. Ennek az elemzésnek a háttére előtt válaszolok majd a felsorolt ellenvetésekre. Igyekszem megvilágítani azokat a szempontokat, amelyek, reményeim szerint, a rivális megközelítésmódok képviselői számára is hozzáférhetőek, és rámutatnak, hogy miért merülhet fel igény az olyan jogelméletek iránt, amelyek a gyakorlati filozófiából merítik teoretikus energiáikat.

2.

Először is szeretnék teljesíteni egy kifejezett kérést. Pokol Béla felszólított, hogy világítsam meg, mit értek a 'jogászi' és a 'nem jogászi' jogelmélet közötti megkülönböztetésen, amit az ő előadása utáni vitában tettem utalást. A kérdés nem mellékes a saját előadásom szempontjából sem, hiszen én amellet érvelek, hogy az, amit konceptuális jogelméletnek nevezek, kénytelen megnyitni egy gyakorlati filozófiai perspektívát, márpedig a konceptuális jogelmélet az én terminológiám szerint a jogászi jogelmélet egyik része.

Nos, az, amit *jogászi* jogelméletnek nevezek, rácsatlakozik arra a gyakorlati diskurzusra, amelyet a jogi gyakorlat résztvevői alakítanak ki, és kifejezetten azzal az igénnyel lép fel, hogy képes közvetve vagy közvetlenül hozzászólni a *gyakorlatimmanens* jogi problémák megoldásához. A *nem jogászi* jogelméletek ezzel szemben nem szólnak hozzá a gyakorlatimmanens jogi problematikához: nem érdekli őket, hogy a jogászok között folyó gyakorlati vitákban melyik álláspont tartható, és melyik nem. Fontos leszögezni, hogy a nem jogászi jogelméletek sok vonatkozásban kifejezetten fontosak. A nem jogászi jogelmélet körébe sorolom például azokat a teoretikus erőfeszítéseket, amelyeket a jogi ontológia, a jogi szemantika, a jogi antropológia és a legtöbb szociológiai jogelmélet kínál.²

A tisztánlátás kedvéért érdemes tovább bontani a jogászi jogelmélet területét. Amint arra a fenti meghatározás is utalást tett, a jogászi jogelmélet a jogi gyakorlat *argumentatív* dimenziójához kapcsolódik. Éppen ezért némi leegyszerűsítéssel azt is mondhatjuk, hogy a jogászi jogelmélet a *jogi érvelés* elméleti problematikája körül forog. A jogi érvelés *par excellence* gyakorlati tevékenység, amely gyakorlati jogi igények megfogalmazására, megvitatására és eldöntésére irányul. A jogi gyakorlatokban való részvétel szempontjából meghatározó, hogy az ember képes legyen felismerni, mi minősülhet egyáltalán jogi igénynek, és hogy egy adott helyzetben mi minősülhet megalapozott jogi igénynek. Ez a képesség a gyakorlati okosság (vagy bölcsesség) egyik formája: egyfajta *phronészisz*, illetve *prudentia*.³ A jogelméletek egy része igényt tart arra, hogy birtokba vegye, megalapozza, tisztázza, fejlessze ezt a gyakorlati bölcsességet. Úgy is mondhatjuk, hogy a maga eszközeivel hozzájárul ahhoz, hogy a jogászok kompetensen ítélhessenek meg jogi igényeket. Az ilyen jogelméletet nevezem *tartalmi jogelméletnek*. A tartalmi jogelmélet többfeleképpen is megfeleltethető a jogtudományi tevékenység megszokott mintáinak, és én nem szeretnék ezek egyikének sem kiemelt jelentőséget tulajdonítani a többihez képest. Különböző kontextusokban ilyesféle jogelméletként fogható fel az egész tételes jogtudomány, az általános (tehát nem jogági)

² Vö. Bódig Mátyás: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia*. Miskolc: Bíbor, 2004, 436-437. o.

³ Vö. Hans-Georg Gadamer: *Igazság és módszer*. Budapest: Gondolat, 1984, 221-228. o. Bódig Mátyás: 'Megértés, racionalitás, gyakorlati ész: Jogfilozófiai reflexiók a gadameri hermeneutikáról'. In: Szabó Miklós (szerk.): *Ius humanum: Ember alkotta jog*. Miskolc: Bíbor, 2001, 289-293. o. Szabó Miklós: 'Jogi episztemológia. Avagy „Hogyan ismerhető meg a jog?”'. In: Szabó Miklós (szerk.): *Jogbölcséleti előadások*. Miskolc: Bíbor, 1998, 48-50. o.

jogdogmatika, de a jogdogmatika megalapozása is. Érdemes kihangsúlyozni azt a meggyőződésemet, hogy a tartalmi jogelmélet eredményei és erényei a jogdogmatikában nyilvánulnak meg.⁴

A jogász jogelmélet túlnyomó része természetesen tartalmi jogelmélet, de mégsem szeretném azonosítani a két módszertani konstrukciót. A jogász jogelméletéhez sorolom ugyanis azokat az elméleti perspektívákat is, amelyek a tartalmi jogelmélet megalapozására irányulnak. Az ilyen elméletek azért tartoznak a jogász jogelmélet fogalma alá, mert a tartalmi jogelméletre gyakorolt hatásuk folytán, ha közvetve is. De tudatosan befolyásolják a gyakorlatimmanens jogi problémák megítélését. A tartalmi jogelmélet többféleképpen is igényelhet megalapozást.⁵ Ám itt csak arra a perspektívára mutatnék rá, amely a saját kutatásaim szempontjából meghatározó jelentőséggel bír: a tartalmi jogelmélet megalapozását részben a *konceptuális* jogelméletnek kell elvégeznie. A konceptuális jogelmélet a jog fogalmának a tisztázásával foglalkozik, illetve azoknak a további fogalmaknak az elemzésével, amelyekre a jog fogalmának tisztázásakor támaszkodnunk kell (például 'jogosultság', 'kötelezettség', 'érvényesség', 'szabály', 'jogrendszer', 'normativitás', 'jogalkalmazás').⁶

A Szegeden lezajlott vita tapasztalataiból okulva fontosnak tartom itt leszögezni, hogy az imént felvázolt jogelméleti módszertani konstrukciók nem az egyes jogtudományi diszciplínák megnevezését célozzák.⁷ Eszem ágában sincs azt állítani például, hogy a tartalmi jogelmélet egyetlen tudományágat alkotna. A jogelméleti módszertani kérdések, amelyekről beszélek, természetesen kihatással vannak a tudományrendszertani problémákra, ám nem ölelik fel azoknak a szempontoknak a teljességét, amelyek alapján a jogtudomány vagy bármely társadalomtudományi terület diszciplináris tagolódását tisztázni lehetne.⁸

3.

Lássuk mármost, hogy a jogász jogelmélet (azon belül pedig a konceptuális jogelmélet) hogyan válik képessé rá, hogy a funkcióját betöltse. Kiindulópontként Gerald Postema egyik sokat idézett tézisé fogom használni: a jogelméletnek úgy kell megbirkóznia tárgyával, hogy egyszerre juttat érvényre két, látszólag ellentétes „igazságot”. Az egyik oldalról azt, hogy a jog a gyakorlati érvelés formája, amelynek sajátos *normatív* karaktere van, a másik oldalról pedig azt, hogy a jog *társadalmi tény*, vagyis társadalmi intézményként való létezése ténykérdés.⁹

Úgy tűnik, hogy nekünk, akik a hatalmasra nőtt szociológiai gondolkodás árnyékában végezzük a munkánkat, lényegesen könnyebb annak megragadása, hogy a jog miképpen fejeződik ki tényszerűen megragadható összefüggésekben. A *normativitás* problémája nehezebben kezelhetőnek látszik. Ez komoly problémát okoz a jogász jogelméleteknek, mert ezek szempontjából éppenséggel a jog normatív jellege bizonyul meghatározónak. Annak például, aki a jogértelmezés módszereit foglalja valamilyen elméleti keretbe, értenie kell, hogy az értelmezett gyakorlatok, illetve jogi szövegek cselekvések meghatározására irányulnak, azaz

⁴ A jogdogmatika mibenlétére vonatkozó felfogásom közel esik Szabó Miklós elképzeléseéhez, aki szerint a jogdogmatika a joggyakorlathoz kötődik, és alapvetően a nehéz esetek megoldásához kíván segítséget nyújtani. Lásd Szabó Miklós: *A jogdogmatika előkérdéseiről*. Miskolc: Bíbor, 1996, 1-3. és 45-46. o. Bár én nem tulajdonítok olyan nagy jelentőséget a jogi érvelésben a szövegek autoritásának, mint Szabó Miklós. Vö. uo. 39. o.

⁵ Vö. Bódig: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* 437. o.

⁶ Itt valamelyest pontosítottam a korábbi műveimben többször is használt formulán.

⁷ Az, amit ez a bekezdés tartalmaz, nem hangzott el a szegedi konferencián.

⁸ A diszciplináris tagolódást ugyanis befolyásolja egyebek közt az a Pokol Béla által kihangsúlyozott összefüggés is, hogy a tudósok mentális kapacitása határt szab az egy tudományágba sűrítendő információtömegnek. (Lásd Pokol: 'A jogelmélet diszciplináris önreflexiója'.) Egyebek közt ezért sem lehet a tartalmi jogelmélet egyetlen tudományág.

⁹ Lásd Gerald J. Postema: 'Coordination and Convention at the Foundations of Law'. In: 11 (1982) *Journal of Legal Studies* 165-203, 165. o. Lásd még Gerald J. Postema: 'The Normativity of Law'. In: Ruth Gavison (ed.): *Issues in Contemporary Legal Philosophy*. Oxford: Clarendon, 1987, 81. o.

normatív igényeket támasztanak. Ha nem vagyunk képesek megragadni azt a sajátos módot, ahogy a jogi gyakorlatok az érintettekkel szemben normatív igényeket támasztanak, akkor elméleti tételeink sohasem járulhatnak hozzá érdemben a gyakorlatimmanens jogi problémák körül forgó diskurzushoz. Nem véletlen, hogy az angolszász világban a konceptuális jogelmélet vitái nagyrészt éppen arról szóltak az utóbbi mintegy négy évtizedben, hogy milyen elméleti keretben lehet adekvát módon megragadni a jog sajátos normativitását.

Mivel ezen a ponton is felmerülhetnek ellenvetések az álláspontommal szemben, és a félreértések lehetőségével is számolnunk kell, talán nem árt, ha leszögezem, mit értek normativitás alatt. A kiindulópontot a cselekvés *intencionális* jellege képezi. A normatív állítások, illetve a normatív mechanizmusok az emberi cselekvés befolyásolására irányulnak, de nem közvetlen fizikai kényszerítés révén (merthogy az irrelevánssá teszi azt az intenciót, amely alapján az ember 'magától' cselekedne), hanem úgy, hogy befolyást gyakorolnak a cselekvésben megnyilvánuló intenció formálódására. A normatív cselekvésvezetés nem váltja ki a cselekvő saját döntését, ám egy sajátos értelemben hatást gyakorol annak formálódására. Az általam preferált elméleti keretben ezt szokás úgy kifejezni, hogy a normatív cselekvésvezetés úgy valósul meg, hogy a cselekvőknek 'gyakorlati indokokat' szolgáltatunk. Olyan indokokat, amelyek képesek megváltoztatni a cselekvés igazolási feltételeit a cselekvő és a releváns mások szemében. Ebből rögtön adódik, hogy a normatív cselekvésvezetés csak értelmes lények közötti viszonyokban válik lehetségessé, akik képesek indokokat felismerni, mérlegelni, és az indokok fényében alakítani cselekvési intencióikat. A jog normativitása a jog 'indok-keletkeztető' jellegében áll.

Kézenfekvőnek tűnik ezen a ponton az a megközelítés, amely a konceptuális jogelmélet problematikája, különösen pedig a normativitás kérdése szempontjából a *jogpozitivizmus* és a *természetjogtan* szembenállását tekinti meghatározónak. Elvégre a jog normativitásával kapcsolatban az egyik legfontosabb kérdés az, hogy milyen a viszony a jog és az erkölcs indok-keletkeztető jellege között. Én azonban azt gondolom, hogy egyáltalán nem ez a helyzet. A konceptuális jogelmélet problematikájára a legnagyobb hatást az gyakorolta az elmúlt százötven évben, hogy kialakult a *szociológia* tudománya, és a jogszociológiai vizsgálódások, illetve a szociológiai jogelméletek révén behatolt a jogtudomány területére. Hamar világossá vált, hogy a szociológiai vagy szociológiailag iskolázott megismerés szinte minden jogelméleti probléma szempontjából releváns. Joggal merült fel az a kérdés, hogy a szociológia vagy a társadalomelmélet nem arra hivatott-e, hogy a jogelméleti gondolkodás univerzális megalapozása legyen. A XX. század közepén már sokan gondolták, és ma is sokan gondolják, hogy a jövő okvetlenül a szociológiai jogelméleteké lesz. Úgy tűnik számomra, hogy Magyarországon ez a szemléletmód nyilvánul meg Pokol Béla műveiben.

Pontosan miről is van itt szó? Miféle megismerési ideálnak juttat középponti szerepet a szociológiai alapon álló jogelmélet? Nos, ha a vonatkozó megismerés episztemológiai jellemzői felől fogjuk meg a dolgot, akkor, amennyire látom, a szociológiai alapon álló jogelmélet egyfajta *leíró és 'távolságtartó'*¹⁰ *elemzési módszert* ajánl a jogelmélet művelőinek. A társadalom valóságos viszonyaira vonatkozó leíró állításokkal ragadja meg a jog (elméleti szempontból) fontos összefüggéseit is.

Mint fentebb is jeleztem, úgy vélem, egy ilyen megismerési módszer nagyon sok mindent képes megragadni a jog összefüggésében. De talán nem mindent. Közismert, hogy Kelsen már a két világháború között amellett érvelt, hogy van a jogban valami, aminek a megragadására a szociológiai módszer nem lehet alkalmas: a szociológiai megismerés előtt

¹⁰ Amikor 'távolságtartó' elemzési módszerről beszélek, arra gondolok, hogy az elemzés szempontjait meghatározó elmélet kívül marad az elemzett gyakorlat résztvevői között zajló vitákon. A 'távolságtartó' elmélet nem foglal állást azokban a vitákban, amelyek a gyakorlat értékéről, illetve a gyakorlat egyes mozzanatainak értékeléséről folynak a résztvevők között. Vö. H. L. A. Hart: 'Comment [on Dworkin]'. In: Ruth Gavison (ed.): *Issues in Contemporary Legal Philosophy*. Oxford: Clarendon, 1987.

rejtve marad a normativitás jelensége.¹¹ Persze a magam részéről óvakodnék éppen Kelsenre támaszkodni ebben a vonatkozásban, mert úgy vélem, állításának filozófiai alapjai igencsak problematikusak, ráadásul ő maga inkább összezavarta, mint tisztázta a normativitás fogalmi problémáját. Ám ha némi figyelmet szentelünk a kortárs angolszász jogelmélet tendenciáinak, könnyen juthatunk arra a következtetésre, hogy ebben a kérdésben Kelsennek történetesen igaza volt. Én magam mindenesetre, a saját kutatásaim alapján, eljutottam ehhez a következtetéshez.

Ha jellemezni akarjuk a folyamatot, amely ehhez a felismeréshez vezetett a jogelméletben, a történetet nyilvánvalóan Herbert Harttal kell kezdenünk. Ő ugyanis egy bizonyos értelemben éppen arra tett kísérletet, hogy megcáfolja Kelsen említett tételét a normativitás problémájának jellegéről. Azt igyekezett megmutatni, hogy a jog sajátos normativitását éppenséggel egy olyan (konceptuális) jogelmélet képes a legjobban megragadni, amelynek leíró és 'távolságtartó' metodológiája van. Közismert, hogy Hart válasza a normativitás problémájára a 'szabályok gyakorlatközpontú elmélete' volt. Megalkotta a 'társadalmi szabály' fogalmát, és ennek alapján egyfajta jogelméleti konvencionalizmus mellett érvelt. A társadalmi szabály olyan szabály, amely annak köszönheti normativitását, hogy egy közösségben gyakorolják, hogy a közösség tagjainak legalább egy része egy bizonyos attitűdöt vesz fel vele szemben ('belső nézőpontból' tekint rá). Hart azt állította, hogy a jog normativitása egy ilyesféle társadalmi szabályból fakad: az 'elismerési szabályból'.¹²

Mármost ha Hartnak ebben igaza lenne, akkor valóban azt kellene mondanunk, hogy a normativitás jelensége (legalábbis a jog esetében), megragadható tisztán leíró állítások segítségével. A társadalmi szabály létezésének kérdése ugyanis tisztán *társadalmi tények* kérdése, és ha tényleg ez lenne a normativitás kulcsa, akkor a konceptuális jogelmélet lehetne egy kifejezetten szociológiai vállalkozás. (Ugyancsak közismert, hogy maga Hart is felvetette, hogy elemzését szociológiaként is lehet olvasni.¹³) Csakhogy az a helyzet, hogy Hartnak a társadalmi szabályokra vonatkozó elméleti álláspontja (a 'társadalmi normativitás' koncepciója) tarthatatlan. A koncepció igen hamar a kritikák kereszttüzébe került. Nemcsak Dworkin¹⁴ és az olyan természetjogászok, mint Fuller¹⁵ és Finnis¹⁶ fejtették ki, hogy ez az elmélet nem lehet képes tisztázni a jog sajátos normativitását, de még Hart közvetlen tanítványi köréből is sokan jutottak erre a következtetésre. Mint például a Hart utáni pozitívizmus legnagyobb alakja, Joseph Raz.¹⁷ Hart élete végéig küzdött azért, hogy valamilyen formában érvényesítse a jogelméleti vitákban eredeti álláspontjának lényegét,¹⁸ és egyes követői (mint Jules Coleman) ma is folytatják ezt a harcot.¹⁹ Ám a magam részéről úgy vélem, nagyjából az 1990-es évek végére tisztázódott, hogy Hart és követői ezt a vitát elveszítették.

Fontos leszögezni, hogy nem egyszerűen arról van szó, hogy Hart tévedett, és a jog normativitásának az elismerési szabályra alapozott magyarázata megbukott. Ha csak ennyit mondhatnánk el, akkor semmi akadálya nem lenne annak, hogy más elméletek, más szempontú elemzések révén sikere vigyék azt a gondolatot, hogy a konceptuális jogelméletnek tisztán leíró

¹¹ Lásd Hans Kelsen: *Tiszta jogtan*. Budapest: ELTE Bibó Szakkolégium, 1988, 6. o. Lásd még Hans Kelsen: 'Tiszta Jogtan és az analitikus jogelmélet'. In: Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia: Antológia a XX. század jogi gondolkodása köréből*. Budapest: Szent István Társulat, 2001, 173. o.

¹² Az elismerési szabály funkciójának alapvető (és eredeti) tisztázásaként lásd H. L. A. Hart: *A jog fogalma*. Budapest: Osiris, 1995, 115-120. o. Lásd még uo. VI. fejezet. Vö. Jules Coleman: *The Practice of Principle*. Oxford: Clarendon, 2001, 70-72. o.

¹³ Lásd Hart: *A jog fogalma* 9. o.

¹⁴ Lásd Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978, 3. fejezet.

¹⁵ Lásd Lon L. Fuller: *The Morality of Law*. 2nd ed. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1969, 215-216. o.

¹⁶ Lásd John Finnis: 'The Truth in Legal Positivism'. In: Robert P. George (ed.): *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford: Clarendon, 1996, 203-204. o.

¹⁷ Lásd Joseph Raz: 'The Purity of the Pure Theory'. In: Richard Tur – William Twining (eds.): *Essays on Kelsen*. Oxford: Clarendon, 1986.

¹⁸ Lásd különösen H. L. A. Hart: *Essays on Bentham*. Oxford: Clarendon, 1982, p. 256-267. o.

¹⁹ Nagyrészt erről szól Coleman könyve, a *The Practice of Principle*.

és távolságtartó tézisek formáját kell öltenie. Nem zárhatnánk ki azt a lehetőséget, hogy a konceptuális jogelmélet kizárólag a szociológiából merítse teoretikus energiáit. Ennél lényegesen többről van szó. Hart mindenképp előtt azt a módszertani vitát veszítette el, ami a konceptuális jogelmélet karakteréről szól. Az a tézis bizonyult hamisnak, hogy a jog normativitását képes lenne egy leíró elmélet megfelelően megragadni. Ez pedig kihat minden olyan konceptuális jogelméletre, amely egy leíró és ‘távolságtartó’ módszertan talaján áll.

4.

Többféleképpen is elő lehet tárni azokat a filozófiai érveket, amelyek alapján belátható, hogy Hart kísérlete eleve kudarcra volt ítélve. Korábbi műveimben magam is több kísérletet tettem a vonatkozó érvek bemutatására.²⁰ Most, mivel csak az a célom, hogy jelezzem álláspontom filozófiai jellegzetességeit, megelégszem egyetlen érv megfogalmazásával. Egy *szemantikai* évről van szó, amit az általam is használt formában egy kortárs erkölcsfilozófus, Simon Blackburn fejtett ki.²¹ Egyszerűen arról van szó, hogy a normatív állításoknak megvannak a maguk szemantikai sajátosságai. Ezeket a szemantikai sajátosságaikat pedig nem képes megfelelően leképezni egy kizárólag leíró állításokkal operáló elemzés. Ha egy egyenlet egyik oldalára leírunk egy normatív proposíciót, akkor az egyenlet másik oldalán hiába halmozunk fel tetszés szerinti mennyiségben leíró állításokat, azok soha nem lesznek képesek maradéktalanul kifejezésre juttatni a normatív állítás szemantikai tartalmát. A normatív állítások nem bonthatóak le tisztán leíró állítások egy halmazára.

Hadd jegyezzem meg, hogy itt alapvetően ugyanazzal az összefüggéssel állunk szemben, amit annak idején még David Hume sejtett meg.²² Azzal az összefüggéssel, amit gyakran fejeznek ki a következő tézis formájában: abból, ami ‘van’, nem lehet arra következtetni, aminek ‘lennie kell’. Azért tértem el a probléma hagyományos megfogalmazásától, mert az azt a benyomást kelti, hogy itt egy következtetési szabályról (vagyis egy logikai törvényszerűségről) van szó, holott a probléma inkább szemantikai természetű.

Úgy vélem, ez az érv megalapoz valamit, amit a magam részéről *a gyakorlati filozófiai perspektíva teoretikus önállóságának* neveznék. Az általam preferált terminológia szerint ugyanis a gyakorlati filozófia (pontosabban annak konceptuális része) foglalkozik a normatív állítások karakterének megragadásával. A fentiekből pedig az következik, hogy a gyakorlati filozófiai elemzést ebben a vonatkozásban semmilyen leíró elmélet nem helyettesítheti. Egyebek közt a szociológiai elméletek sem.

Talán érdemes megjegyezni, hogy ezen a ponton álláspontomra nagyon nagy hatást gyakorolt Habermasnak az az elemzése, amelyben megfogalmazódik a *Faktizität und Geltung* alapvető problematikája.²³ Habermas ott azzal érvel, hogy a szociológiai gondolkodás az idők folyamán egyre inkább elveszítette a gyakorlati filozófia perspektíváját, és hogy ez a tendencia Luhmann munkásságában érte el teljes kibontakozását. Én magam arra jutottam, hogy ez a tézis megállja a helyét. Ugyanakkor, éppen a Blackburntól merített érvehhez hasonló filozófiai megfontolások alapján, elutasítottam azt a módot, ahogy Habermas a maga módján megpróbált hidat verni a társadalomelméleti és a gyakorlati filozófiai perspektíva között (a beszédaktusok pragmatikai sajátosságainak megragadása révén). Elfogadom Habermas diagnózisát, az általa ajánlott gyógymódot azonban nem. Úgy vélem, a gyakorlati filozófiai perspektíva elvesztése

²⁰ Lásd különösen Bódig: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* 4-6. és 32. fejezet.

²¹ Lásd Simon Blackburn: *Ruling Passions: A Theory of Practical Reasoning*. Oxford: Clarendon, 1998, 3. fejezet.

²² Lásd David Hume: *Értekezés az emberi természetről*. Budapest: Gondolat, 1976, 641-642. o.

²³ Lásd Jürgen Habermas: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: Polity, 1996, 47-56. o.

a szociológiai megismerés módszertani sajátosságaiból fakad, és annak belátásra kényszerít, hogy a társadalomelméleti, illetve szociológiai reflexiónak is megvannak a maga határai.

Mi következik ebből a jogelméletre nézve? Nos az, hogy az olyan jogelméletek, amelyek számára a jogi érvelés jelenti a középponti problémát, amelyeknek tehát képesnek kell lenniük rá, hogy normatív állítások (például jogi igényeket) plauzibilitását mérlegeljék, illetve hogy normatív állításokat elemezzenek, kénytelenek legalább részben a gyakorlati filozófiából meríteni teoretikus energiáikat. Ez nem jelenti azt, hogy Gerald Postemával együtt azt állítanám, hogy a jogelmélet gyakorlati filozófia.²⁴ Azt azonban igen, hogy úgy vélem, vannak olyan jogelméletek, amelyeknek be kell fogadniuk bizonyos gyakorlati filozófiai szempontokat, és tudatosítaniuk kell gyakorlati filozófiai pozíciójukat. Ilyenek például azok a jogelméletek, amelyeknek fentebb a jogász jogelmélet nevet adtam. És ilyenek természetesen a konceptuális jogelméletek is. Mint említettem, a konceptuális jogelméletek egyik meghatározó feladata a jog sajátos normativitásának megragadása. Ha a fenti érvelés megállja a helyét, akkor ez nem képzelhető el egy gyakorlati filozófia perspektíva megnyitása nélkül.

Ebből számomra az is következik, hogy a konceptuális jogelmélet feladatát egy társadalomelmélet vagy szociológiai alapon álló jogelmélet nem képes önmagában betölteni. Sohasem állítanám, hogy a társadalomelméleti vagy a szociológiai meglátások nem relevánsak a konceptuális jogelmélet szempontjából.²⁵ Elvégre a konceptuális jogelméletnek is tekintettel kell lennie arra, hogy a jog társadalmi jelenség. Ám ettől igaz marad, hogy a konceptuális jogelmélet csak akkor képes megfelelően kezelni azokat a konceptuális összefüggéseket, amelyekre a jog fogalmának tisztázásakor tekintettel kell lennie, ha megnyit egy gyakorlati filozófiai perspektívát. Azoknak a fogalmaknak a nagy része ugyanis, amelyek a jog fogalma szempontjából meghatározóak (mindenek előtt a 'kötelezettség' és a 'jogosultság' fogalma), akkor töltik be sajátos, a jog szempontjából is fontos szerepüket, amikor normatív állításokba foglalják őket.²⁶ Az ilyen állítások megfelelő elemzése pedig gyakorlati filozófiai kérdéseket is felvet. Így például, mint ahogy ezt korábban már kifejtettem,²⁷ azok között a feltételek között, amelyek teljesülése nélkül a normatív állításokat nem fogalmazhatjuk meg értelmesen, vannak igazolhatósági feltételek is.

Muszáj itt megjegyezni, hogy mindez nem jelenti azt, hogy a jogelméletnek egyfajta nyelvi vizsgálódássá kellene válnia, vagy hogy a gyakorlati filozófiai orientációjú jogelméletnek valamiféle 'szemantikai jogelmélet' formáját kellene öltenie.²⁸ A gyakorlati filozófiai perspektíva önállóságának szemantikai érvek alapján való felmutatása egy mögöttes módszertani problémáról szól. Nem határozza meg a gyakorlati filozófiai alapon álló jogelmélet tematikáját. Pusztán kijelöli az elméleti problémáknak egy olyan körét, amelyeket a gyakorlati filozófiai orientációjú jogelméletek képesek megfelelően kezelni.

5.

Mindebből talán már látható, hogy mit válaszolok a fentebb megjelölt ellenvetésekre. Az első ellenvetésre, mely szerint ez a megközelítés túlzottan 'zárt', illetve elzárkózik az alternatív jogelméleti koncepciók szempontjaitól, azt mondanám, hogy szó sincs ilyesféle zártságról. Legfeljebb azt mondhatjuk, hogy ez a fajta jogelmélet tudatosan összpontosítja az érdeklődését

²⁴ Gerald J. Postema: 'Jurisprudence as Practical Philosophy'. In: 4 (1998) *Legal Theory* 329-357.

²⁵ „Minden jogelméletnek szüksége van bizonyos leíró tételek támogatására. Ilyen tételek kapcsolják hozzá a jogelméletet azoknak a társadalmi gyakorlatoknak a tényeihez, amelyeket magyaráznia kell.” Bódig: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* 117. o.

²⁶ Ez Hart egyik fontos meglátása volt, amit azonban, nézetem szerint, ő maga nem volt képes adekvát módon érvényre juttatni. Vö. Hart: 'Meghatározás és elmélet a jogtudományban' In: Szabó Miklós és Varga Csaba (szerk.): *Jog és nyelv*. Budapest, 2000.

²⁷ Lásd Bódig: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* 6. fejezet.

²⁸ Ez a bekezdés válasz Cs. Kiss Lajosnak arra a szegedi konferencián elhangzott felvetésére, hogy az általam pártolt jogelmélet egy nyelvi-nyelvfilozófiai vizsgálódás alapján áll.

azokra a kérdésekre, amelyeket saját módszertanának keretei között képes kezelni. Ugyanakkor komoly mondanivalója van néhány elméleti problémáról, amelyekre minden jogelméletnek válaszolnia kell, amely komolyan veszi a saját lehetőségeire és korlátaira vonatkozó kérdéseket. Így például minden jogelmélet számára fontos kérdés, hogy milyen módon kell viszonyulnia a jog normativitásának problémájához, és az a válasz, amit erre a kérdésre adnak a jogelméleti szerzők, jelentős mértékben meghatározza, hogy vizsgálódásaik milyen elméleti funkciók betöltésére lesznek alkalmasak. Úgy vélem, éppen az angolszász analitikai jogelmélet tette a legtöbbet azért, hogy a normativitás problémájának elméleti-módszertani jelentőségét tisztázzuk. A gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet, de legalábbis annak az a változata, amit magam is művelek, ezekből a tisztázó erőfeszítésekből nőtt ki.

Azt is itt érdemes leszögezni, hogy éppenséggel ez az a jogelméleti perspektíva, amelyen keresztül a jog elméleti problémáira irányuló diskurzus érintkezik és kommunikál az analitikai filozófia hagyományaival és kortárs teljesítményeivel. Éppenséggel ez az a jogelméleti perspektíva, amelyen keresztül egyebek közt a modern metaetika, a filozófiai szemantika, az analitikus hagyományhoz kötődő politikai filozófia hatást gyakorol a jogelméleti gondolkodásra. Nem egészen látom, hogy ez a megközelítésmód mihez képest is lenne 'zárt' vagy elzárkózó.

A második vádat illetően, mely szerint ez a megközelítésmód a társadalom egy naiv felfogásán alapul, megint csak egy módszertani szempontra kell alapoznom a válaszomat. Először is le kell szögezni, hogy általában véve a gyakorlati filozófiai irányultságú jogelméleteknek nincs sajátos társadalomképük. Ne feledjük, hogy amiről most beszélünk, csak egy módszertani konstrukció, amit az egyes jogelméleti felfogások sokféleképpen tölthetnek meg tartalommal. És a különbségek fakadhatnak éppenséggel a társadalomképek eltéréseiből is. Talán ennél is fontosabb, hogy mindaz, amit elmondtam, konceptuális téziseken alapult (mint például a gyakorlati filozófiai perspektíva teoretikus önállóságának tézise), amelyek mellett filozófiai érveket hoztam fel. Ha ezek a filozófiai érvek helytállóak voltak, akkor az alapjukra állított jogelméleti módszertani konstrukció nem állhat ellentétben semmilyen realisztikus társadalomképpel. Egyebek közt azért, mert a társadalom realisztikus ábrázolásainak is plauzibilis filozófiai alapokra kell támaszkodniuk.

6.

Külön elemzést igényel a harmadik vád, mely szerint a gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet túlzottan szorosan 'köti egymáshoz' a jogot és az erkölcsöt. Ezt a felvetést nehéz megfelelően kezelni azokkal az analitikai eszközökkel, amelyeket eddig felvonultattam, hiszen a módszertani alapok feltárásánál nem is beszéltem az erkölcs problematikájáról. Ráadásul joggal merül fel a kérdés, hogy mihez képest lenne itt túl közeli a kapcsolat. Így hát némileg bizonytalan vagyok abban, hogy pontosan mivel szemben is kell itt védelmezni az általam pártolt jogelméleti módszertani konstrukciót. De azért a szegedi konferencia tapasztalatai alapján egy feltételezést megkockáztatnék. Amennyire látom, a kritikusok (főleg pedig Pokol Béla) itt arra gondolnak, hogy ha átjárást biztosítunk az erkölcsi és a jogi érvelés között, akkor ez teret nyit bizonyos társadalmi csoportoknak, amelyek a jogot a saját erkölcsi vélekedéseikkel akarják felülírni.

Ha válaszolni akarunk erre a felvetésre, akkor először is egy közhelyszerűen ismert tételt kell felidézünk. Az erkölcs és a jog (illetve a közösség erkölcsi és jogi élete) között többféle fogalmilag releváns kapcsolat állhat fenn. Ezért több összefüggést is takarhat az a tézis, hogy a jog és az erkölcs között *szükségszerű fogalmi kapcsolat* áll fenn. Így aztán az is előfordulhat, hogy egy megközelítésmód állítja ugyan a jog és az erkölcs közötti fogalmi kapcsolatot, de tagadja, hogy ennek számottevő kihatása lenne a jogi érvelés gyakorlatára. Abból a tényből tehát, hogy valaki erkölcsfilozófiai szempontokat is érvényesít a jog fogalmi elemzése során,

igen elhamarkodott dolog volna közvetlenül arra következtetni, hogy az illető utat enged a jogi rendelkezések erkölcsi érvelés útján megvalósuló relativizálásának vagy éppen kisajátításának.

Mármost azt gondolom, hogy ez a következtetés az én esetemben is kifejezetten elhamarkodott lenne. Én valóban kiállok amellett, hogy a jog és az erkölcs között van fogalmi kapcsolat. Egészen pontosan azt állítom, hogy a jog normativitásának tisztázása olyan kérdéseket is felvet, amelyek relevánssá tesznek bizonyos *erkölcsi igazoló érveket*.²⁹ Ebből azonban távolról sem következik, hogy pártolnám, vagy akár konceptuális érvekkel megalapoznám a jog erkölcsi érvek révén történő felülírását. Nem látom be, hogy az álláspontomnak miért kellene olyasmit implikálnia, amire egyes kritikusok gondolnak.

Szerencsére a kritika problematikus jellegére anélkül is rá lehet mutatni, hogy belemennék az általam pártolt jogelméleti megközelítésmód részleteibe. Abba is elég belegondolni, hogy az általam is pártolt gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet határai között található a *normatív pozitivizmus* is, amely elismeri, hogy a módszertani pozitivisták szeparabilitási tézise (konceptuális állításként) hibás, de ugyanakkor kitart amellett, hogy a jogi érvelés nem tűri a nyers erkölcsi érvelést,³⁰ és hogy a jog akkor képes betölteni társadalmi szerepét, ha a jogi érvelés elvállja az erkölcsi érveléstől.³¹ Bár én magam nem vagyok normatív pozitivistá, álláspontom nem esik messze ettől a nézettől. Én is azt gondolom, hogy semmi akadálya nincs annak, hogy a jogalkalmazói jogi érvelést a forrásalapú jogra korlátozzuk, sőt, jó érvek szólnak amellett, hogy a legtöbb vonatkozásban pontosan így járjunk el.³²

Befejezésként szeretnék rámutatni, hogy van itt egy fontos módszertani probléma, amit meglátásom szerint a kritikusok szisztematikusan figyelmen kívül hagynak. A gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet igen nagy rugalmasságot mutat abban a kérdésben, hogy a jogalkalmazói jogi érvelés keretei között mennyi teret engedjünk az erkölcsi érveknek, és akár azt is lehetővé teszi, hogy az erkölcsi és a jogi érvelés teljes szétválasztása mellett érveljünk. Ez pedig annak tudható be, a jogi érvelésnek az erkölcsi érveléssel szembeni autonómiája *intézményelméleti* kérdés, nem pedig konceptuális probléma. Egyebek közt erkölcsi és politikai filozófiai érvek is szólhatnak amellett, hogy a jogalkalmazói jogi érvelésből teljesen vagy túlnyomórészt zárjuk ki az erkölcsi érveket. Ezt a módszertani összefüggést hagyják figyelmen kívül azok, akik azt állítják (vagy azt sejtetik), hogy az általam is hangoztatott konceptuális tézis közvetlen összefüggésben áll egy bizonyos intézményelmélettel, a jogi érvelés egy bizonyos modelljével. A gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet identitását konceptuális szempontok határozzák meg, nem pedig az, hogy képviselői egy bizonyos intézményelméleti konstrukciót pártolnak.

²⁹ Lásd uo. 529-531. o.

³⁰ Lásd Neil MacCormick: 'Why Cases Have Rationes and What These Are'. In: Laurence Goldstein (ed.): *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987, 168. o.

³¹ Lásd Neil MacCormick: 'The Ethics of Legalism': In: 2 (1989) 2. *Ratio Juris* 184-193, 186. o.

³² Egészen pontosan arról van szó, hogy a jogalkalmazói jogi érvelést illetően a legalizmus híve vagyok, és a szabályalapú érvelés alól csak néhány jól körülhatárolt kivételt tartok igazolhatónak (például a polgári engedtlenség eseteiben). Lásd *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* 567-577. o.

Bódig Mátyás

Társadalomelmélet, gyakorlati filozófia, jogelmélet

1.

A 2006-os szegedi jogelméleti konferencián lezajlott eszmecsere, amelynek letisztázott és stilizált változatához most a *Jogelméleti Szemle* olvasói is hozzáférhetnek, fontos dokumentuma egy évek óta zajló vitának, amely mindinkább meghatározza a magyarországi jogelméleti diskurzus arculatát. Pokol Béla, a konferencia szervezője és a *Jogelméleti Szemle* egyik szerkesztője felajánlotta, hogy az érintettek, a vita folytatásaként, további hozzájárulásokat tegyenek ehhez a vitához. Úgy érzem, ez jó alkalom néhány fontos kérdés további tisztázására. Mivel a legtöbb összefüggést, amit kiemelésre érdemesnek tartok, már megfogalmaztam a konferencia-előadás írott változatában,¹ itt igyekszem olyan felvetésekre szorítkozni, amelyekre ott nem találtam alkalmat.

Talán nem árt egy rövid történeti áttekintéssel kezdeni, amely valamelyest feltárja azt a kontextust, amelybe a szegedi vita ágyazódik. A magyar jogelmélet már évtizedekkel ezelőtt hozzálátott, hogy lebontsa azokat falakat, amelyeket még az ötvenes években épített köré a hivatalos ideológiává avatott marxizmus. Ez a törekvés természetesen sok különböző elméleti kezdeményezés formáját öltötte, ám mégis elmondhatjuk, hogy a nyolcvanas-kilencvenes években alapvetően két irányban tapogatóztak a magyar jogelméleti szerzők. Egyesek a kelsen-i *normativizmushoz* visszanyúlva próbáltak korszerű jogelméleti álláspontokhoz eljutni. Ennek eredményei láthatóak az olyan szerzőknél, mint Szilágyi Péter és Bragyova András. Mások arra a következtetésre jutottak, hogy a jogelméletet a korszerű *társadalomelmélet* háttére előtt kell művelni. Ennek a megközelítésnek a két emblematisz figurája nyilvánvalóan Varga Csaba és Pokol Béla. Varga világosan kinyilvánította, hogy erőfeszítései a jog társadalomelmélete felé mutatnak.² Pokol Béla pedig a II. világháború utáni német (főleg luhmanni) társadalomelmélet felől érkezett meg a jogelmülethez. Ő ráadásul nem is korlátozza tevékenységét a jogelmülethez: társadalomelméleti munkássága legalább olyan jelentős, mint a jogelmületi.³

Úgy tűnik számomra, hogy a két megközelítmód közül a társadalomelméleti bizonyult befolyásosabbnak. A kilencvenes évek első felében kétséget kizáróan Pokol Béla jogelmületi kezdeményezése (a jog többbrétegtű koncepciója) volt a legnagyobb jogelmületi esemény.⁴ A fiatalabb nemzedék tagjai közül is sokakra gyakorolt komoly befolyást Pokol munkássága. A társadalomelmélet orientációjú jogelmület pozícióit erősítette az az értékes munka is, amit a kortárs német társadalomelmélet jogelmületi recepciója érdekében végeztek az olyan szerzők, mint Karácsony András és Cs. Kiss Lajos.⁵ De Szigeti Péter jogelmületi munkássága is fontos pontokon kötődik a társadalomelméleti megközelítéshez.⁶

¹ Lásd Bódig Mátyás: 'Néhány tázis a gyakorlati filozófiai irányultságú jogelmület módszertani alapjairól'. In: 7 (2006) 2. *Jogelmületi Szemle* (jesz.ajk.elte.hu).

² Varga Csaba: *Politikum és logikum a jogban: A jog társadalomelmülete felé*. Budapest: Magvető, 1987. Varga Csaba: *A jog társadalomelmülete felé*. Budapest, 1999.

³ Lásd Pokol Béla: *Szociológiaelmület*. Budapest: Századvég, 2004.

⁴ Pokol Béla: *A jog szerkezete*. Budapest: Gondolat — Felsőoktatási Koordinációs Iroda, 1991.

⁵ Cs. Kiss Lajos — Karácsony András (szerk.): *A társadalom és a jog autopoietikus felépítése*. Budapest, 1994. Karácsony András: *Jogfilozófia és társadalomelmület*. Budapest: Pallas Stúdió — Attraktor, 2000.

⁶ Itt egyáltalán nem Szigeti Péter közismert marxista elkötelezettségére utalok. Sokkal inkább arra, hogy Szigeti kifejezetten egy szintetikus jogelmületi álláspont kifejtésére jelentett be igényt, amelyben a társadalomelmületi megfontolásoknak is fontos szerep jut. (Jogelmületi módszertani krédójának kifejtéseként lásd Szigeti habilitációs előadását: 'Szintetikus jogfelfogás és a jogállamiság érvényességtartománya'.

Az ezredforduló táján aztán felbukkant egy harmadik kezdeményezés is. Ez olyan jogelméleti szerzők munkásságához köthető, akik a kortárs, *mainstream*, angolszász (azaz harti és Hart utáni) jogelmélet vitáira reflektálva láttak hozzá a saját kutatásaikhoz. Itt kell megemlítenünk Győrfi Tamás nevét, és persze rám is éppen ez a jellemzés illik a legjobban. Ez az elméleti irány szorosan kötődik az angolszász analitikai filozófiához, és jogelméleti módszertani arculatát a *gyakorlati filozófia* szempontjai határozzák meg. Ez utóbbi kezdeményezés sorsa még meglehetősen bizonytalan, hiszen itt fiatalabb szerzők próbálkozásairól van szó: a hazai jogelmélet legbefolyásosabb tagjai közül, akik már kikerült jogelméleti felfogásokat képviselnek, egy sem erősíti a gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet táborát. (Szabó Miklós, aki a már beérett jogelméleti szerzők közül szakmailag és emberileg a legközelebb áll az ilyesféle jogelmélet hazai művelőihez, nem vállal közösséget ezzel a kezdeményezéssel.⁷)

Ehhez képest meglepőnek tűnhet, hogy az utóbbi mintegy öt évben a hazai jogelméleti viták arculatát egyre inkább a társadalomelméleti és a gyakorlati filozófiai megközelítés képviselői közötti viták határozzák meg. Fontos látni, hogy a vitának egy sajátos fajtájáról van szó. Győrfi Tamás és jómagam, illetve azok, akikre ilyen vagy olyan módon hatottak az elképzeléseink (mint az utóbbi időben Bencze Mátyás⁸), folyamatosan defenzív pozícióban vagyunk. Amint azt a konferencia-előadásomban is kihangsúlyoztam, kezdeményezéseinknek sohasem volt része a társadalomelméleti alapon álló jogelméletek elutasítása. A vita tétje, legalábbis a gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet hívei részéről, nem az, hogy két rivális felfogás közül melyik maradjon a porondon, hanem az, hogy milyen kérdések vonatkozásában van meg létjogosultsága a gyakorlati filozófiai alapokon álló jogelméletnek — egyéb jogelméleti módszertani konstrukciók mellett.

2.

Amint azt a konferencia-előadásomban is jeleztem, több olyan vonatkozása is van a gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet elleni kritikáknak, amelyre érdemes reflektálni. Az aktuális vita folytatásaként azonban a jelen írásban csak két mozzanatról ejtek szót. Mindkettő igen erőteljesen nyilvánult meg a szegedi jogelméleti konferencián. Egyrészt arra összpontosítok, hogy egyesek (például Pokol Béla) szerint ez a fajta jogelmélet valamifajta *visszalépést jelent*: nem éri el a jogelméleti reflexiónak azt a szintjét, amelyre a társadalomelméleti alapon álló jogelméletnek sikerült felemelkednie. A másik motívum, amit nem szívesen hagynék szó nélkül, abban a felvetésben ölt testet, hogy a gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet egy bizonyosfajta *politikai meggyőződés* (egy liberális politikai meggyőződés) térhódításával fenyeget a magyar jogelméleti gondolkodásban.

Bár a kritikák nem egyedül az én álláspontomat veszik célba, az alábbiakban mégis kifejezetten a magam nevében beszélek majd. Egyrészt nem akarok senki fogadatlan prókátora lenni, másrészt használok olyan érveket, amelyekkel például Győrfi Tamás nem okvetlenül

www.ajk.elte.hu/TudomanyosProfil/Kiadvanyok/elektronikus/academia/SzigetiPeter-Jogfelfogas.pdf) Az alább tárgyalt összefüggések szempontjából az a legfontosabb, hogy a jog normativitását Szigeti az ún.

‘normakontinuum-elmélet’ segítségével ragadja meg, amely kifejezetten társadalomelméleti magyarázatot ad a normák kialakulására és differenciálódására. (Lásd Szigeti Péter – Takács Péter: *A jogállamiság jogelmélete*. Budapest: Napvilág, 1998, 3. fejezet.) Szigeti éppen ezen a ponton tér el az általam is képviselt jogelméleti megközelítésmódtól, amely a normativitás kérdését gyakorlati filozófiai problémaként kezeli.

⁷ Ennek talán néhány vonatkozásban ellentmond Szabó 2004-es győri konferencia-előadása, amelyben kimutatható a gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet bizonyos hatása. Lásd Szabó Miklós: ‘Jogelmélet és jogdogmatika’. In: Szigeti Péter (szerk.): *Államelmélet, politikai filozófia, jogbölcselet*. Győr: Universitas-Győr Kht, 2005. Ám a következő évben kiadott jogdogmatikában, amely Szabó jogelméleti nézeteinek is a legpontosabb összefoglalása, én már nyomát sem látom a gyakorlati filozófiai szemléletmódnak. Lásd Szabó Miklós: *Ars Iuris: A jogdogmatika alapjai*. Miskolc: Bíbor, 2005.

⁸ Lásd különösen Bencze Mátyás: ‘Az érvényes jog szerepe a jogalkalmazásban — az ítélkezés-elmélet a jogi oktatásban’. In: *Bibó István Szellemi Műhely tanulmányai*, 2005 (www.law.klte.hu/jati/bibo).

azonosulna. Abban is biztos vagyok, hogy a gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet egyéb képviselői az én közreműködésem nélkül is képesek megvédeni magukat.

Először tehát arról a sugallatról mondanék valamit, mely szerint a gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet nem eléggé jó jogelmélet. A konferencia-előadásom írott változatában már kifejtettem ezzel kapcsolatos álláspontom lényegét. Most csak azért térek vissza rá, hogy kiemeljek valamit, ami éppen a szegedi vitában nyilvánult meg kézzelfoghatóan.

Amint azt a konferencia-előadásomban is kihangsúlyoztam, az általam képviselt módszertani meggyőződések kifejezetten *filozófiai* megfontolásokon alapulnak. Nyilvánvaló tehát, hogy ha ennek az álláspontnak súlyos hibái vannak, akkor azok a megalapozó filozófiai okoskodások hibáiban rejlenek: ha ez a megközelítés valóban visszalépést jelent a társadalomelméleti alapon álló jogelméletekhez képest, akkor azt képesnek kell lennünk egy filozófiai kritika formájában kimutatni. Az álláspontommal szemben nem bizonyulhat eredményesnek az olyan kritika, amelynek nincs meg a kellő filozófiai relevanciája. A kritikusoknak tehát vagy azt kell megmutatniuk, hogy súlyos hibákat vétettem az általam elvégzett filozófiai elemzések során, vagy azt, hogy eleve hibás az a filozófiai keret, amelyben a problémákat megfogalmaztam és elemzés alá vontam.

Mármost az eddigi viták egyik markáns sajátossága az, hogy kritikusaim többnyire vonakodtak komoly filozófiai érvek formájába önteni a velem szembeni ellenvetéseket. Ez jellemző módon vagy azt jelenti, hogy filozófiai érvekre nem filozófiai érvekkel válaszoltak, vagy azt, hogy olyan *ad hoc* felvetésekre szorítkoztak, amelyek egy-két mellékes összefüggést érintenek csak. Ez utóbbira jelent beszédes példát az az eset, amikor a szegedi konferencián (arra a tézisemre reagálva, hogy a normatív állításoknak más a szemantikája, mint a leíró állításoké, és ezért normatív állítások tisztázása nem történhet meg tisztán leíró tételek megfogalmazásával) Szigeti Péter azt vetette fel, hogy ha igazam lenne, akkor a normatív állításoknak lenne *saját logikája*, márpedig a deontikus logika kifejtésére irányuló kísérletek közismerten kudarcot vallottak. Ez az érv még csak kísérletet sem tesz arra, hogy a filozófiai szemantikai tézist szemantikai tézisként tegye mérlegre, inkább egy másik filozófiai területre vonatkozó, vitatható állítást fogalmaz meg, és, anélkül, hogy tisztázná a kapcsolatot a szemantika és a deontikus logika között, megelégszik valamilyen összefüggés pusztá sejtetésével.⁹

Leginkább Pokol Bélánál látható a másik megközelítésmód, amely kifejezetten tartózkodik filozófiai érvek megfogalmazásától. A szegedi konferencián elhangzott hozzászólások során (különösen a Bencze Mátyás előadását követő vitában) meglepve tapasztaltam, hogy Pokol egyik legfontosabb érve velünk szemben az, hogy mi egy *naïv társadalom-felfogást* képviselünk. Ez nyilvánult meg akkor is, amikor Pokol Béla, az én előadásom utáni vitában, szociológiai téziseket fogalmazott meg az általam képviselt felfogás társadalmi következményeiről.¹⁰

Kétlem, hogy ezek az argumentációs stratégiák szolgálják a legjobban a kritikusok céljait. Biztos vagyok benne, hogy az általam képviselt jogelméleti megközelítésmódnak vannak filozófiai érzékeny pontjai. Ám az említett és a hozzájuk hasonló érvek nem alkalmasak rá, hogy eljussunk az érzékeny pontokhoz, és komoly vitákat folytassunk róluk.

Hadd szóljak még egy szót a naïv társadalom-felfogás vádjáról. Bár én úgy látom, módszertani okokból kizárt, hogy jogelméleti álláspontom ellentétbe kerüljön a társadalmi

⁹ Nagyon hasonló dolgokat lehetne elmondani Cs. Kiss Lajosnak arról az ugyancsak Szegeden elhangzott fejtegetéséről, mely szerint van nálam valami zavar a szemantikai és a pragmatikai vizsgálódások közötti viszony körül.

¹⁰ Kétséges, hogy Pokol tézisei valóban megmaradtak-e a szociológiai érvelés keretei között. Itt azonban eltekintek ettől a problémától, és úgy utalok a felvetésre, ahogy azt Pokol Béla prezentálta. Arról, hogy Pokol Béla konkrét milyen téziseket vetett fel, és felvetéseinek milyen gyakorlati filozófiai implikációi vannak, lásd a vita folytatását Győrfi Tamás részéről: 'Gyakorlati filozófia, liberális morálfilozófia és a jog autonómiája'. In: 7 (2006) 2. *Jogelméleti Szemle* (jesz.ajk.elte.hu), 3. §.

valóság bármely realiztikus leírásával, le szeretném szögezni, hogy ez egy olyan kérdés, amelynek kiemelkedő módszertani jelentősége van a kezdeményezéseim szempontjából. Ha valóban bebizonyosodik, hogy az általam képviselt felfogás akadályát jelenti annak, hogy realiztikusán írjuk le a társadalmi szerkezeteket, akkor kétségkívül nagy baj van vele. Ebben az esetben el kell ismernem, hogy az általam kidolgozott módszertani konstrukció összeomlott, hiszen az álláspontom implikációi messze túlmutatnak azon a problémakörön, amelyre a megalapozási szerepet játszó módszertani tézisek érvényessége kiterjed. Éppen ezért ebben a kérdésben nyitva állok a tudományos vita előtt.

3.

Hadd térjek rá most arra, hogy néhányan láthatóan úgy kezelnek engem és néhány kollégámat, mint akik egy bizonyos típusú *liberalizmus* számára akarnak teret hódítani a jogelméletben. Ez a nézet már a 2001-es miskolci jogelméleti konferencián hangot kapott. Akkori előadásomra Cs. Kiss Lajos egy olyan hozzászólással reagált, amely újra meg újra ahhoz a fordulathoz tért vissza, hogy „az a baj a liberálisokkal...” A szegedi konferencián ugyanez abban nyilvánult meg, hogy Szigeti Péter ‘liberális morálfilozófiaként’ jellemezte a Györfi Tamás által és általam művelt jogelméletet. Amint a vita olvasói láthatják, Pokol Béla is a magáévá tette ezt a karakterizálást. Pokol azt mondja, én a gyakorlati filozófia neve alatt egyfajta liberális morálfilozófiát művelek.

Ismét olyan kérdésről van szó, amelynek meghatározó jelentősége van számomra. Nem azért, mert kínosnak érzem, hogy a liberalizmussal kapcsolják össze a nevemet. Ám az, ha valamiféle liberális elkötelezettségből meg lehet magyarázni a jogelméleti álláspontomat, annak bizonyítéka lehet, hogy jogelméleti módszertani álláspontom egyfajta öncsaláson alapul. Éppen ezért nagy várakozással tekintek az elé, hogy kritikusaim rámutassanak, mi az a jogelméleti álláspontomban, ami miatt helytállónak gondolják ezt a jellemzést. Nem is próbálom kimondani a végső szót ebben a kérdésben: az alábbiakban csupán megadom azokat a szempontokat, amelyek relevánsak ennek a kérdésnek a megítélése szempontjából.

Nyilvánvaló, hogy van ennek a felvetésnek egy olyan oldala, hogy egyesek szerint az általam is képviselt álláspont oda vezet, hogy morális érvek alapján relativizáljuk, ezáltal pedig bizonyos csoportok befolyásának szolgáltassuk ki a pozitív jogot. (Pokol Béla a szegedi vitában explicitte is tette ezt az ellenvetést.) Ez az ellenvetés egy sor igen bonyolult elméleti kérdést érint, amelyeket ez alkalommal nem tudok megfelelően tárgyalni. Részletesen tárgyaltam azonban máskor (mindenek előtt jogelméleti módszertani témájú könyvemben), és a szegedi konferencián elhangzott előadásomban, illetve annak írott változatában is jeleztem ezzel kapcsolatos nézeteim körvonalait. Meggyőződésem, hogy az említett ellenvetés nagyjából a legalizmussal kapcsolatos álláspontom félreértésén vagy figyelmen kívül hagyásán alapul.¹¹

Több értelme lesz, ha ezúttal inkább a jelzett kritika módszertani vonatkozásairól beszélünk. Erre egyébként kiváltképpen alkalmas a ‘liberális morálfilozófiával’ kapcsolatos felvetés. Először is azt gondolom, hogy a ‘liberális morálfilozófia’ kifejezés zavaróan pontatlan. Ha el akarjuk helyezni a gyakorlati filozófia területén belül, akkor azt kell mondanunk, hogy a liberalizmus *politikai filozófiai*, nem pedig *morálfilozófiai* konstrukció. Ráadásul a politikai filozófia terepét sem fogja át teljesen: igazából a *politikai elvek* bizonyos konstellációit jelöli, amelyeket a liberális politikai filozófusok *intézményelméleti problémák* egy halmazára alkalmaznak. Gondolhatjuk persze, hogy a liberális politikai filozófia szoros kapcsolatban áll egy bizonyos morálfilozófiai meggyőződéssel, ezért mindegy, hogy a liberalizmust a politikai filozófiai vagy az erkölcsfilozófiai végén fogjuk-e meg. Ám ez nézetem szerint téves felfogás. A liberalizmusnak nincs karakterisztikus morálfilozófiai megfelelője.

¹¹ Vö. Bódig Mátyás: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia*. Miskolc: Bóbor, 2004, 567-577. o.

Persze talán jobb, ha nem ezen a klasszifikációs problémán lovagolunk. Úgy is felfogható az ellenvetés, hogy megjelenik nálam egy bizonyos fajta morálfilozófiai meggyőződés, amit többnyire egyébként a liberálisok vallanak a magukénak, és ez határozza meg a jogelméleti állásfoglalásomat. Mit mondhatunk a felvetésnek erről a változatról? Nos, a kérdésről pontosabb képet kapunk, ha alkalmazunk egy fontos megkülönböztetést. A morálfilozófia itt jelenthet konceptuális morálfilozófiát (azaz *metaetikát*) és *tartalmi morálfilozófiát*.¹² A kérdés tehát az, hogy igaz-e rám valamilyen értelemben, hogy liberális színezetű morálfilozófiai nézetek irányítják a jogelméleti elemzéseimet.

Ha valaki elolvassa a műveimet, azt fogja találni, hogy azokban valóban megjelenik egyfajta metaetikai állásfoglalás. Egészen konkrétan kiállok egy metaetikai konstrukció mellett, amit 'prezumpatív objektivizmusnak' neveztem el.¹³ A vonatkozó konstrukció *objektivista* és *kognitivistista* álláspontot takar, és tényleg fontos szerepet játszik a jogelméleti felfogásomban. Mondhatjuk róla, hogy kifejezetten liberális színezete van? Úgy vélem, hogy a válasz egyértelműen nemleges. A liberálisok gyakran képviselnek *nonkognitivistista* nézeteket; nem véletlen, hogy gyakran vádolják őket azzal, hogy álláspontjuk egy bizonyos fajta erkölcsi relativizmussal kapcsolódik össze. Ezzel szemben a liberalizmus ellenfelei gyakran éppúgy objektivisták és kognitivisták, mint én magam. John Finnis-t aligha nevezné bárki is liberálisnak, márpedig metaetikai szinten az ő álláspontja közelebb esik az enyémhez, mint például a Herbert Harté, aki tartalmi politikai filozófiai megnyilvánulásaiiban kifejezetten liberális volt.¹⁴ Úgy vélem, álláspontom metaetikai vonatkozásai nem támasztják alá Szigeti Péter és Pokol Béla felvetését.

Marad akkor az a lehetőség, hogy a felvetést úgy értelmezzük, hogy megjelenik nálam egy tartalmi morálfilozófiai álláspont, és kapcsolatba kerül a jogelméletemmel. Ezzel az értelmezéssel az egyik gond az, hogy tartalmi morálfilozófiai álláspontot sohasem fejtettem ki, tartalmi morálfilozófiai állításokra egyáltalán nem alapoztam soha semmit a jogelméletemben. Ennek fényében nehezen tartható fenn az az álláspont, hogy egy bizonyos fajta morálfilozófiát *művelek* a gyakorlati filozófia neve alatt. Persze mondhatja erre valaki, hogy egy morálfilozófiai elkötelezettség akkor is meghatározhatja a jogelméletemet, ha ezt sohasem fejtettem ki. Ez igaz is, csak hogy itt rá kellene mutatni, hogy mi ez a háttérben mozgó meggyőződés, és hogyan nyilvánul meg a műveimben. Ezt pedig azért tartom problematikusnak, mert jogelméleti elemzéseim megmaradnak a *konceptuális elemzés* szintjén, márpedig meglehetősen egyértelműnek tűnik számomra, hogy a tartalmi erkölcsi állásfoglalások önmagukban nem determinálják a konceptuális álláspontokat, mint ahogy konceptuális álláspontok sem a tartalmi erkölcsi megfontolásokat.¹⁵ Nem tudom, hogyan lehetne megmutatni, hogy azt a konceptuális álláspontot, amit én magam például a jog autoritását illetően a magaménak vallok, csak egy bizonyos tartalmi erkölcsi meggyőződés háttére előtt lehet elfogadni.¹⁶ De ha valaki megmutatja, akkor hálás leszek neki.

¹² Némi leegyszerűsítéssel azt mondhatjuk, hogy az előbbi az erkölcsi állítások és felfogások *filozófiai karakterének* tisztázásával foglalkozik, míg az utóbbi az *igazolható* erkölcsi állítások és felfogások felkutatásával.

¹³ Lásd Bódog: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia* 357-361. és 501-504. o.

¹⁴ Vö. H. L. A. Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. Budapest: Osiris, 1999. Arról, hogy Hart a normatív állítások nonkognitivistista megragadása mellett állt ki, lásd H. L. A. Hart: *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon, 1982, 158-160. o.

¹⁵ Ez pesze itt egy elnagyolt megállapítás. Ha pontosabban akarunk fogalmazni, azt kell mondanunk, hogy a determináció itt legfeljebb *negatív jellegű* lehet. Vagyis előfordul, hogy egy tartalmi gyakorlati filozófiai nézet összeegyeztethetetlen egy konceptuális állásfoglalással, vagy éppen fordítva. Az azonban nem fordul elő, hogy egy konceptuális álláspontot csak azok képviselhetnek, akik egy bizonyos tartalmi gyakorlati filozófiai nézetet vallanak a magukénak, vagy hogy egy konceptuális álláspontból egyértelműen kiolvasható lenne a szerző tartalmi gyakorlati filozófiai elkötelezettsége.

¹⁶ Az is lehet (és erre voltak utalások a szegedi vitában is), hogy egyesek szerint a gyakorlati filozófiai orientációjú jogelmélet esetleges liberális elfogultságának megítélése szempontjából a módszertani

individualizmus problémájának van meghatározó szerepe. Kétlem azonban, hogy ezen a nyomvonalon haladva sikerre vihető a kritikusok álláspontja. Amit a módszertani individualizmusból az álláspontom felhasznál, az nem erkölcsfilozófiai, de még csak nem is politikai filozófiai megfontolásokon alapul, hanem mélyebb konceptuális szempontokon: az igazolási helyzetek pragmatikájának bizonyos vonatkozásain. A kérdésre azért nem térek ki részletesebben, mert szinte teljesen egyetértek azzal az elemzéssel, amit Györfi Tamás adott a módszertani individualizmus karakteréről. Az érvek megismétlését pedig fölöslegesnek tartom. Lásd ‘Gyakorlati filozófia, liberális morálfilozófia és a jog autonómiája’ 2. §.

Cs. Kiss Lajos
Opponensi vélemény
Gedő Éva *Carl Schmitt decizionista politikafilozófiája* című doktori
értekezéséről

[Az értékelt kézirat formai-stilisztikai-tartalmi jellemzői: A dolgozat (147. o.) Bevezetésből (1-18. o.), egy fejezetekre (2.1-2.3.) és alfejezetekre (2.3.1-2.3.4.) tagolt főrészből (19-119. o.) és Konklúzióból (120-129. o.) áll. A hivatkozások a hivatkozott művek pontosan megjelölt helyeire utalnak. A dolgozatban az értelemzavaró gépelési hibák száma elenyésző. A dolgozatot 2 oldal (lapszámozás és oldalszám-megjelölés nélküli) *Köszönetnyilvánítás* és *Tartalomjegyzék*, valamint részletes *Irodalomjegyzék* (130-147. o.) egészíti ki. A dolgozat sem a címdalán, sem a *Köszönetnyilvánítás*ban nem tünteti fel a konzulens nevét. Az *Irodalomjegyzék* a dolgozat terjedelméhez viszonyítva akár túlzottnak is tekinthető. A megírás stílusa néhol túlbonyolított, előfordulnak ismétlések; az elemzést, a disszertáns saját álláspontjának érvekkel történő kifejtését néhol az idézés helyettesíti; előfordul, hogy a dolgozat gondolatmenete szempontjából fontos hivatkozások és érvek a lábjegyzetbe kerülnek – mint például a politikai fogalmának változatairól, a politikai és az állam fogalmainak összefüggéséről szóló (102. o.) – s ezzel a főszöveg terjedelme és érvelésmenete „elvékonyodik”, veszít meggyőző erejéből. A dolgozat határozott gondolati szerkezetű, eredeti interpretációs stratégiáját következetesen érvényre juttató színvonalas alkotás, amely egy önálló filozófiai döntés-elmélet kidolgozására tesz kísérletet. A disszertáns jól ismeri és kellő helyi értékén kezeli a témára vonatkozó szakirodalmat.]

Tisztelt Bíráló Bizottság!

Gedő Éva dolgozatának alapproblémája a jogtudós Carl Schmitt filozófiához való viszonyának mint paradoxonnak a kifejtése. Carl Schmitt, aki a filozófia radikális megtagadója – vagy Heinrich Meier megfogalmazását átértelmezve: a filozófia kérlelhetetlen „ellensége”¹ – nem kerülheti el a filozófia (és a filozofálás) egzisztenciális kényszerét: a közjogász akarva, nem akarva filozófiai álláspont megfogalmazására kényszerül. A filozófia elkerülhetetlenségét mint a jogtudomány paradoxonát nevezi a disszertáns „Schmitt-rejtvénynek”,² melynek megfejtéséhez a megtagadott – ám a tagadás által újratételezett és azonnal el is hallgatott – filozófiai mozzanat³ rekonstrukciója adja a kulcsot. E filozófiai mozzanat feltárásával Gedő Éva arra vállalkozik, ami Carl Schmitt-től egész életében idegen volt: az életmű elméletei

¹ Heinrich Meier megfogalmazása a jogtudomány és a filozófia közötti szellemi versengés *politikaivá* válásának lehetőségére utal. Ugyanakkor nem mindegy, hogy a filozófus (filozófusok) vagy a filozófia (filozófiák) az ellenség, illetve hogy az ellenséggé nyilvánítás milyen szellemtörténeti helyzetben történik.

² A disszertáns különböző nézőpontokból és problémásikokon ábrázolja a „Schmitt-rejtvényt”: 1. Carl Schmitt önértelmezése mint a rejtvény kiindulópontja (1. o.); 2. a semleges interpretáció lehetetlensége (1-2. o.); 3. a filozófiai, elméleti-módszertani önreflexió töredékessége, illetve hiánya (4. o.); 4. a gondolkodás és megismerés kivételesen következetes, precíz, világos, rendszerező stb. módja és konkrét történelmi-társadalmi helyzethez kötöttsége, a fogalom(elmélet)alkotás formalizáló (elvont) általánossága és annak szituatív (konkrét) egyszerűsége, amely mindenkor dönt a fogalom(elmélet)alkotás perspektívájáról (13-14. o.); 5. az elvont-általános és a konkrét-egyedi ellentmondásos kapcsolatában megjelenő hermeneutikai probléma (12. o.);

³ A „filozófiai mozzanat” kifejezésen, a disszertáns álláspontjával összhangban, a jogtudomány a filozófiára vonatkozásának szerkezetét értjük.

„mögött” vagy „előtt” rejtőzködő „tulajdonképpeni”, „eredeti” filozófiai álláspont nevesítésére, pozicionálására és kifejtésére.

I. Az értekezés feladatvállalása

A disszertáns tehát – megítélésem szerint *helyesen* – meg van győződve arról, hogy Schmitt filozófiával kapcsolatos „mély ellenszenv”⁴, illetőleg „érett korszakában” saját filozófiai „metaelméletének” elhallgatása jellegzetes, jól körülhatárolható és explikálható filozófiai álláspontot takar. Ennek megfelelően a dolgozat arra a kérdésre keresi a választ, hogy az erkölcsfilozófiai normativizmustól elszakadó és önállósuló jogi gondolkodás és jogtudományi megismerés (5. o.) milyen metaelméleti (filozófiai) előfeltevéseken nyugszik, vagy másként: a „Schmitt-rejtvény” kulcsát jelentő *jogászi szemlélet* milyen nem-jogi és nem-tudományos nézőpontot, fogalmiságot és módszertant rejt magában.

Ezzel a kérdésfeltevéssel a disszertáns az általam képviselt felfogáshoz közelít, mely szerint Schmitt jogtudománya a politikafilozófia modern fordulatát hajtja végre, s eközben szigorúan a jogászi (das Juristische) perspektíváján belül marad;⁵ vagy másként: a jogtudomány filozófia-kritikája, illetve a filozófia jogtudomány általi meghaladása szükségképpen maga is filozófiai tett.

A disszertáns a filozófia és tudomány viszonyának változására tekintettel a következőképpen periodizálja az életművet: Schmitt szellemi teljesítménye az első alkotói korszakban (1910-1916) még *explicit* módon filozófiai jellegű, sőt a válság idején (1916-1919) az „individuum problémájával”, „a cselekvés és dualitás dilemmájával” küszködve „filozófiai fordulatot” hajt végre (17. o.); ezzel szemben az érettség korszakában (1919-1933), amikor „cselekvésre orientálódó decizionista jogfilozófiája”⁶ kialakul, munkássága már csak *implicit* módon filozófiai jellegű, a korábban látható filozófiai előfeltevések elrejtőznek, sőt ekkor már, írja a szerző, „saját látásmódjának filozófiai és módszertani alapjaira való reflexiót” szinte „tabuszerűen kerülte” (41. o.). A disszertáns megfogalmazásainak „erős” értelmezése alapján azt mondhatjuk, hogy Schmitt nem egyszerűen kerülte vagy elhallgatta a filozófiai mozzanatot, hanem elfojtotta, közjogászi tudattalanjának mélyére száműzte. A filozófiai rejtőzködése, elfojtása elsődlegesen az elméleti-módszertani önreflexió hiányában nyilvánul meg.

Ezzel összefüggésben a disszertáns Günther Maschke értelmezésére hivatkozva (4. o.) a következőket állítja: 1. Schmitt életművét nem lehet a jogtudomány felől megérteni; 2. „Schmitt leghatásosabb művei nem jogi jellegűek”, azaz a „jogászi szemlélet” – amely egyébként a dolgozatban a rejtvény megfejtésének a kulcsa – nem pusztán a szaktudományos tárgymegragadás, hanem egy filozófiai világlátás kifejeződése is. Tézisszerűen megfogalmazva a disszertáns álláspontját: Carl Schmitt filozófiája nem a jogtudományi megismerés konkrét teljesítményeiben („az írások tárgyában”), hanem a jogászi szemlélet formális szerkezetében

⁴ A filozófiával szembeni ellenszenv nem személyes hajlam, hanem a modernitás konkrét szellemtörténeti helyzetének, a szellemi pluralizmus és konkurencia adott szerkezeti állásának a habituális kifejeződése.

⁵ E politikafilozófiai fordulat háttérösszefüggését a teológia, filozófia és tudomány, a tudományon belül a természet- és szellemtudomány, a szellemtudományokon területén pedig a jogtudomány és szociológia között folyó szellemi versengés jelenti. E versengés tétje a lét(világ) nyilvános értelmezésének a monopóliuma, a társadalom és kultúra tulajdonképpeni értelmének a meghatározása. (Vö. Cs. Kiss Lajos: *A jogtudomány eszméje és hivatása*, ELTE ÁJK, Budapest, 2004.)

⁶ Ez a jogfilozófia a politikai (das Politische) vagy a jogi (das Juristische) schmitti fogalmának a filozófiai kifejtése? A dolgozat ingadozó és következtetlen fogalomhasználata arra enged következtetni, hogy a disszertáns nem tisztázta egyértelműen a jogi (das Juristische) és a politikai (das Politische) problémái, illetőleg e problémák fogalmi megragadásának tudományos és filozófiai módjai közötti viszonyt. Feltehetőleg ezért marad homályban a *tárgyszerű* filozófiai reflexió típusai közötti különbség. Vajon a „jogi szemlélet bűvös formulájával” dolgozó Carl Schmitt hogyan értelmezi a jogi és a politikai „filozófiái”, azaz a jogfilozófia és a politikafilozófia közötti viszonyt? A jogi szemlélet jelentené a *das Politische* megragadásának „tulajdonképpeni” módját? Carl Schmittnek a jogfilozófiája vagy a politikafilozófiája decizionista – vagy mindkettő az? Milyen értelemben?

rejlük, amely az egyidejűleg *formalizáló* (elvont/általános) és *helyzethez kötött* (konkrét/egyedi) perspektivikus gondolkodás és fogalomképzés ideáltipikus megnyilvánulása (13-14. o.)

A disszertáns tehát ebben az értelemben állítja, hogy a Schmitt-interpretáció nehézségei – a semleges tárgyalásmód lehetetlenségén, a konkrét helyzethez (tárgyhoz) kötődő formalizáló gondolkodásmód általánosságán és interdiszciplináris irányultságán⁷ túlmenően – mindenekelőtt a filozófiai önreflexió hiányából, annak tudatos és öntudatlan elfojtásából⁸ erednek. Itt azonban meg kell jegyezni, hogy a dolgozat jóllehet konstatálja Schmitt filozófiával szembeni ellenszenvének és távolságtartásának tüneteit – különös tekintettel Nietzschére (4-6. o.) –, de nem utal azokra a lehetséges okokra, illetve a Schmitt által felhozott érvekre, ami miatt a jogtudomány általában problematikusnak tartja a filozófiai önreflexiót és következetesen távoltartja magától.⁹

II. Az abszolút-önreferenciális döntés filozófiai elmélete

A filozófia, s különösen a saját filozófiája ügyében tehát nem kell Schmittre hallgatni, mert hiszen ez a jogász szemlélet formális szerkezetébe beépített paradoxon¹⁰ kifejtésével rekonstruálható, s a teoretikus végeredmény hipotézisként (120. o.) megfogalmazható: „A szituativitás és formális következetesség összekapcsolódását (tehát magát a paradoxont – Cs. K. L.) ... – írja a disszertáns – akkor tehetjük érthetővé (és ezzel Schmitt filozófiai álláspontját „láthatóvá” – Cs. K. L.), ha feltárjuk, hogy Schmitt miként viszonyul bizonyos, a szabadság és rendszer elgondolása kapcsán” ugyancsak „paradoxonok, dilemmák” formájában „fellépő” problémákhoz. (14. o.) Schmitt életművének kulcsfogalmai – különös tekintettel a szuverenitás és a politikai fogalmára – így a szabadság (individuális cselekvés) és rendszer (jogrendszer, személytelen normativitás) viszonyának, pontosabban a kettő összekapcsolódásának mint *döntésnek* a nézőpontjából kerülnek értelmezésre. „Az egész vázolt problémakör centrumában az a kérdés áll, hogy az *egyén* miként szerezheti meg az aktivitás képességét, illetve hogyan tételezheti magát ’konkrét alanyként’... Schmitt legfőbb, ám rejtett törekvése abban áll, hogy az *egyén*, az *individuum* cselekvőképességét elméletileg tételezze, biztosítsa.” (16., 120. o.) A disszertáns az előfeltételezett filozófiai intenciónak megfelelően a következőképpen jellemzi Schmitt „rejtett”, „elhallgatott”, „elfojtott” filozófiai felfogását. Az érvelésmenetet tézisekre egyszerűsítve a következőképpen ábrázolható:

1. Schmitt filozófiája *egzisztenciafilozófiai cselekvésemélet*, amely a modern európai ember számára képes „az aktivitás, a konkrét cselekvőképesség terét és feltételeit” történelmileg-társadalmilag körülhatárolni. Ez a cselekvésemélet egyfelől *egzisztenciafilozófia*, mert „nem általában az emberi cselekvés transzcendentális feltételeit, vagy ehhez hasonló keresett, hanem a konkrét cselekvés lehetőségfeltételeit”, másfelől *transzcendentálfilozófia*, mert „a háttérben mégis ott munkáltak transzcendentálfilozófiai előfeltételezések”, melyeket a disszertáns a *konkrét cselekvés önmagára vonatkozásának* paradox formulájával kísérelt meg értelmezni. A konkrét cselekvés önmagára vonatkozása teoretikusan csak a döntés – pontosabban a döntésakarással vagy a döntésről való döntés mint abszolút döntés stb. – fogalmának a

⁷ A módszer és a tárgy meghatározásával kapcsolatos nehézséget a disszertáns „a konkrét tárgy kiemelt jelentősége” formulával jellemzi: „az éppen kifejtett elméleti álláspont kizárólag a konkrét tárgy közvetítésével, a konkrétan keresztül fogalmazódik meg. Ezért nem lehet elkülöníteni olyan szférát, amelyben a Schmitt által képviselt elmélet önállóan jelenne meg, mindenféle járulékos elem nélkül.” (6-7. o.)

⁸ Feltehetőleg lehet érvelni amellett is, hogy a filozófiai mozzanat elhallgatása vagy elfojtása voltaképpen a jogász szemlélet (jogtudomány) ideológiája.

⁹ Ezen okok ugyanis nyilvánvalóvá tennék, hogy itt nem egyszerűen ellenszenvről, személyes hajlamról, hajlandóságról van szó, hanem egy szerkezeti problémáról, amely nélkül valóban érthetlenné válik Carl Schmitt személye és műve.

¹⁰ A paradoxon a jogi gondolkodás, illetve, a jogtudományi fogalom(elmélet)képzés „egyidejűleg” *formalizáló* és *szituatív* intencionalitásában, vagy másként: a két irányultság összekapcsolódásának specifikus módjában rejlik.

bevezetésével értelmezhető. A döntés önreflexív fogalma vezet át a *konkrét* cselekvés elméletének transzcendentálfilozófiai síkjára,¹¹ s ezáltal kap Schmitt életműve „filozófiai szempontból transzcendentális jelleget” (16. o.) – s a gondolatmenet paradox jellegének szemléltetése érdekében tegyük hozzá – anélkül, hogy eközben függetlenné válna a konkrét helyzetben aktualizálódó társadalmi-történelmi tapasztalattól.

2. Schmitt filozófiája tehát ebben a meglehetően paradox értelemben *transzcendentálfilozófiai döntésemélet*, amely a döntés önreflexív fogalmával megnyitja a transzcendentalitás Schmitt által elhanyagolt és csak a filozófiai öneszmélet számára hozzáférhető horizontját. Feltehetőleg nem esik távol a disszertáns álláspontjától azon értelmezés, mely szerint ez a transzcendentális horizont – mint a filozófiai gondolkodás (megismerés) jogtudomány által leárnyékolta metaelméleti „tere” – a jogász szemlélet mélyén rejtőzik. Megítélésem szerint ez következik a dolgozat gondolatmenetéből, és a döntésemélet ilyen vagy ehhez hasonló filozófiai értelmezésével lehet kielégítően indokolni a disszertáns teoretikus célkitűzését.¹²

Az életmű korszakolása, a dolgozat kompozíciója, s egészében a disszertáns hermeneutikai eljárása a döntésfogalom transzcendentálfilozófiai előfeltételezett (!) szerkezetéhez igazodik. A művekben tárgyalt problematikák és fogalmak értelmezése így a döntés formális-transzcendentális szerkezetének *elemeit*¹³ aktualizálja, pontosabban: szemlélteti és bizonyítékkul szolgál arra, hogy Schmitt szellemi fejlődése a döntés abszolúttá – vagy másként: önreferenciálissá – válásának irányába mutat, azaz politikafilozófiája (vagy jogfilozófiája?) decizionista. A disszertáns által hipotézisként javasolt (120. o.) és a zárófejezetben kifejtett filozófiai döntésemélet némileg egyszerűsített szerkezetben a következőképpen ábrázolható.

1. *A döntés mint közvetítés.* A döntés a normativitás és fakticitás területei, az „általános” (eszmék, értékek mint abszolútumok) és a „konkrét” (cselekvés/helyzet) közötti közvetítés fogalmaként Schmitt első alkotói korszakának műveiben jelenik meg.¹⁴

2. *A döntés mint megsemmisítés és teremtés.*

A disszertáns ezzel a döntés alanyra és tárgyra vonatkozásának módozatait írja le, és az így nyert megkülönböztetések segítségével értelmezi a döntés önreferencialitásának problémáját.

A *Politikai teológia* szuverenitásfogalma azt szemlélteti, illetve bizonyítja, hogy a döntés teremti meg az alanyiságot, ti. magát a döntéshozót. „A schmitti koncepció megértése szempontjából nagyon lényeges, hogy lássuk, Schmitt ezt az alanyiságot is, meghatározatlanul hagyja, pontosabban a *döntés által definiálja*. Az alanyiság a döntés révén formálódik meg, Schmitt gondolatiságának ellentmondana, ha *először próbálnánk az önazonos alanyt meghatározni, amely később vagy döntést hoz vagy elmulasztja azt*. Döntés nélkül nincs

¹¹ A disszertáns megfogalmazásaiból úgy tűnik, mintha a cselekvés és a döntés fogalmainak kapcsolata esetleges lenne: „A döntés fogalma nyilvánvalóan a cselekvőképesség vonatkozásában is (?) meghatározó jelentőségű.” (121. o.)

¹² Ez az egzisztenciál- és transzcendentálfilozófiai döntésemélet akár annak a paradoxont sejtető tényállásnak az egyik lehetséges értelmezéseként is felfogható, amelyet a disszertáns a következő megállapításban problematizál: a Sein és Sollen, a fakticitás és normativitás aspektusai „teljesen összemosszók a schmitti fogalmiságban” (12. o.)

¹³ A döntés formális szerkezeti elemei megkülönböztetések és vonatkozások: az érték-norma és tény-helyzet megkülönböztetése mint a döntés értékvonatkozása és helyzetvonatkozása; az alany és tárgy megkülönböztetése mint a döntés alanyvonatkozása és tárgyvonatkozása; a megsemmisítés és teremtés megkülönböztetése, amely a döntés rendszervonatkozásának és individuumvonatkozásának a megkülönböztetésével kombinálva lehetővé teszi a döntés önreferencialitásának a teoretikus megindokolását.

¹⁴ A döntés az én fogalmával együtt fokozatosan önállóvá válik. Az 1916-1919-es válság korszakában „az én fogalma áll a vita középpontjában, és jelenik meg már a későbbi gondolkodás központi fogalma, a döntés. E két fogalomnak az egyidejű jelenlétével sem korábban, sem később nem találkozhatunk. Az én, illetve az individuum fogalma az, amely összeköti a korai Schmitt-tet a válság időszakával. Ugyanakkor a döntés mozzanatának előtérbe kerülése már elválasztja a két korszakot egymástól, és a válság időszakot inkább a későbbi gondolkodáshoz kapcsolja”. (59. o.)

alanyiság, ez viszont azt jelenti, hogy a döntést hozó személyt *nem köti önazonossága, múltja; itt és most az aktuális szituációban kell önmagát és a tárgyat szuverén módon megteremtenie.*” (123. o.) Eszerint a döntés mint az abszolút szabadság aktusa egyfelől kibocsátja magából az alanyt, másfelől megteremti a döntéshozó számára azt a tárgyat, amelyről döntenie kell. A döntés *alanyra vonatkozása* azonban csak teremtést előfeltételez, azaz nincs ellenállás a konkrét alany, a döntéshozó személye részéről, mert az alany nem *Gegen-stand*, hanem maga a tiszta cselekvőképesség, amely éppen a döntés által kel életre, vagy másként: a döntés az *egyéni* cselekvőképesség tiszta aktualitása.

A döntés *tárgyra vonatkozása* mint a tárgy megteremtése azonban már a tárgy (jogrendszer/ellenség) ellenállásába ütközik, ezért azt a *rendszer* „újra”-teremtése, illetve az *individuum* „ön”-teremtés érdekében meg kell semmisíteni. A döntés tárgyra vonatkozása tehát már mozgásba hozza a megsemmisítés (radikális megkérdőjelezés) és teremtés dialektikáját. A döntés tárgyra vonatkozása abszolút, vagyis minden a döntés tárgya lehet. A disszertáns, mint az előbbieken jeleztük, a tárgyra vonatkozás problémásikján vezeti be a rendszer és egyén megkülönböztetését, amely a társadalmi-kulturális értelemben felfogott univerzumot tagolja. A *Politikai teológiában* a döntés az egészre vonatkozik a *normativitás* síkján, a jogrendszer és elemei megkülönböztetésének nézőpontjából. A *politikai fogalmában* a döntés az individuumra vonatkozik az *egzisztencialitás* síkján, az én és másik megkülönböztetésének nézőpontjából. (96. o.)

Az egészre vonatkozás problémásikján a döntéshozó (szuverén) egyidejűleg van belül és kívül a jogrendszeren, azaz a döntés mozgástere mérhetetlenül kitágul, amelyet a diktatúra lehetősége belülről (komisszárdiktatúra), illetve kívülről (szuverén diktatúra) határol. A jogrendszerre vonatkozó döntés által létrehozott alany (szuverén) önazonossága azonban meghatározatlan marad: egyfelől, mert a rendszer mint olyan nem cselekszik, másfelől, mert a rendszer önazonosságának érdekében, tehát a rendszer helyett cselekvő szuverén a döntésével nem a saját egzisztenciális önazonosságát teremti meg, hanem a helyzet stabilizálásával, pontosabban a rendkívüli helyzet normalizálásával a rendszer *tisztán normatív önazonosságát*. Ezért az egészre (jogrendszerre) vonatkozó döntés, bár a rendszer nézőpontjából abszolút (ti. a normativitás „újra”-teremtése értelmében), de *nem* önreferenciális. A szuverén abszolút döntése azért nem önreferenciális: 1. mert nem hagyja el a normativitás síkját, pontosabban mint rendszer-elem a rendkívüli helyzet „pillanatnyi” egzisztenciális kitérője után szükségképpen visszatér a normativitás síkjára, vagyis nem tiszta politika, hanem csak jog, amely kizárólag normákból épül fel (!); 2. mert jóllehet abszolút döntésként tiszta *képességet* és *aktualitást* jelent, azonban nem képes arra, hogy a döntés a tárgyra vonatkozással egyidejűleg és egyenértékűen az alanyra is vonatkozzék¹⁵ s ezzel önmaga teremtsen meg az önmagára vonatkozás, azaz a „döntésről való döntés” feltételét; 3. mert a szuverén nem konkrét személy, nem individuális egzisztencia, hanem csak egy elvont rendszer*funkció*, amely közömbös a döntéshozó konkrét alanyiségával szemben. A rendszer elemeként végső soron *jogi* döntést hozó szuverén – funkcionális, logikai és egzisztenciális okokból következően – képtelen konkrét alanyként *politikailag* meghatározni önmagát.

Az abszolút és önreferenciális döntés lehetőségének a feltétele nem a jogi normativitás, hanem a politikai egzisztencialitás dimenziójában határozható meg, mégpedig a következőképpen: 1. a döntés alanya és tárgya *ugyanaz* a tagadás mint állítás (önmeghatározás) „dialektikája” értelmében; 2. a konkrét politikai döntés (a barát vagy ellenség

¹⁵ A szuverenitás fogalmában, mint láttuk, az a döntő, hogy maga a döntés hozza létre az alanyt mint meghatározatlan, mert szükségképpen a rendszerelemként konstituálódó identitást. Mindebből az következik, hogy a disszertáns szerint lehetetlen, hogy a szuverén, mint konkrét egzisztencia, a jogrendszeren keresztül határozza meg önmagát, saját személyes identitását a „Ki vagyok én?” kérdésre válaszolva, miközben döntésével kívülről/belülről fenntartja és újrateremti azt. A döntéshozó személyes identitása lehetetlen, ha egyidejűleg a rendszer egyik eleme (belül-lét) és maga a rendszer (kívül-lét), pontosabban annak reprezentációja.

megkülönböztetése és csoportosítása értelmében) a *tiszta* – minden normativitástól mentes – egzisztencialitás síkján, tehát az *én* és a *másik* interakciójában az alany/tárgy megkülönböztetés kölcsönös alkalmazásaként (körforgásszerűen) vonatkozik önmagára mint az individuális létezésben önazonosságot teremtő „egyik legfontosabb” „helyre”: „a döntést úgy képzelhetjük el – írja a disszertáns –, hogy a tárgyi és az alanyi oldalt is az ’rántja össze’, a döntés konstituálja mindkét pólust.” (126-127. o.). Egyszerűen szólva: akkor lehetséges abszolút (önreferenciális) döntés, ha az alany dönt a tárgy sorsáról és ezáltal önmagáról, és a tárgy megsemmisítésével hozza létre a saját önazonosságát. Az ilyen döntésre azonban a létezésében politikailag fenyegetett rendszer nem képes, csak a létezésében politikailag fenyegetett *egyén*, amikor a politikai közegében döntést hoz arról, hogy ki az ellenség. „A politikum lényege Schmitt szerint az ellenség meghatározása, döntést kell hoznunk arról, hogy kit tekintünk ellenségnek, ki fenyegeti létünket, akit ha kell, meg is ölünk. E konstrukcióban az önazonosság tételezése éppen a tagadás, az ellenség kiválasztása révén történik meg. ... (A konstrukció körforgásszerű, azaz vagy a barát (én/mi) vagy az ellenség (másik/mások) mondja meg, hogy ki/kik vagyok/vagyunk – Cs. K. L.) ... (ezért) mindkét esetben az önazonosság konstitúciója a tagadás, az ellenség közvetítésével történik.” (15. o.) A disszertáns ebben az összefüggésben fejti ki álláspontját, amelyet – jobb híján és hangsúlyozottan minden irónia nélkül – a politikai fogalma „vám-pír-interpretációjának” lehetne nevezni: „minden embernek magának kell eldönteni, hogy ki a barát és ki az ellenség (ti. az idegen)”; a barát és ellenség meghatározásának kérdésében való döntés az emberi individuális egzisztencia „egyik legmélyebb” döntése, „s ennyiben a politikum valójában átfogja egész életünket”; „bármely megkülönböztetés, ellentét (gazdasági, vallási, tudományos, művészi, erkölcsi (!) – Cs. K. L.) politikaivá válhat, ha az illető(k) úgy dönt(enek), hogy a konfliktusuk ’vére megy’, azaz ha egzisztenciálisan beleadják magukat”; „Figyeljünk fel rá, hogy Schmitt nem azt állítja, hogy az ölés az ellenségeskedés végső megnyilvánulása, hanem azt, hogy az ellenséghez való viszony *igazi értelmében az ölés*. Az ölés jelenti az ellenségeskedés reális tartalmát, vagy más szóval az esszenciáját... Ez a döntés, hasonlóan a kivételes állapotról szóló döntéshez, a semmiből jön¹⁶ ... elsősorban ... (az) önazonosság megteremtéséről van szó... ellenségünk identitásunk ... elemévé válik... A fenyegetés által határozza meg magát az individuum, illetve bizonyos embercsoport, legyen az osztály, vagy nép, vagy faj, s így mintegy a *kijelölt ellenség létéből, tegyük hozzá, a véréből táplálkozik az önmeghatározás, az identitásképzés aktusa...A döntés teremtés, mégpedig két vonatkozásban is megteremti az ellenséget, s megteremti önmagunkat.*” (89-96. o.)

III. Antitézisek és korrekciók

A kifejtettetekre tekintettel a disszertáció alapkérdése számomra a következő: az abszolút-önreferenciális döntés elmélete valóban Schmitt rejtőzködő filozófiai álláspontjának szerkezeti logikáját tükrözi? És nem az történik, hogy a disszertáns bizonyos pontokon, akarva, nem akarva, a saját filozófiai nézőpontját és koncepcióját interpretálja „bele” Schmitt jogról, államról és politikáról alkotott jogtudományi elméleteibe? A dolgozat kompozíciója, illetve az alkalmazott hermeneutikai eljárás akár azt is sugallhatja az olvasó számára, hogy a disszertáns fejében esetleg már előzetesen megszületett az abszolút-önreferenciális döntés elmélete – feltehetőleg a szerző által igen alaposan feldolgozott szakirodalomban hemzsegő számtalan értelmezés és félreértés sűrítvényeként és a közkedvelt decizionizmus-toposz egyfajta túllícitálásaként.

Egy ilyesfajta gyanú óhatatlanul felmerül,¹⁷ ha egy interpretátor, mint Gedő Éva, a lehető legnagyobb magától értetődőséggel állítja a következőket Schmitt jog- és

¹⁶ Azzal a különbséggel, hogy a döntéshozó individuum önazonossága megteremtődik a tagadás által.

¹⁷ A belevetítés gyanúját idézi fel a disszertáns kompozíciós technikája és hermeneutikai eljárása, amikor például a 2.3.1. alfejezetben (*Jogrendszer és döntés*) a *Politikai teológiából* kiemeli az abszolút döntés elméletét

politikaelméletéről: 1. a jog *lényege* szerint döntésekből, nem pedig normákból épül fel; a jogrendszer „felépítésében rejlő paradoxon kialakulásában végső soron az emberi szabad *döntés* játsza a kulcsszerepet” (68. o.); a jogrendszer a döntésből keletkezik; a döntések abszolút jellegűek és a normatív renddel szemben a semmire vonatkoznak: a döntés oldalán „a kötöttségektől való *teljes* eloldottság, a semmi táton, amely, mint valami fekete lyuk, bármikor magába temetheti az aktuális berendezkedés érvényes világát” (71. o.), a döntésfogalom a semmi és az abszolútum egzisztenciális végleteit sűríti magában (70. o.) – és így tovább¹⁸; 2. a politikai fogalma azt a folyamatot és szerkezetet írja le, amelyben az individuális egzisztencia a szabad döntés által, a megölt ellenség véréből táplálkozva felépíti önmagát, a tagadás (megsemmisítés) által megteremti énazonosságát; 3. a normativitás (rendszer) és egzisztencialitás (individuum), normativitás (Sollen) és fakticitás (Sein) „aspektusai teljesen egybeesnek Schmitt fogalmiságában” (12. o.), s ezt a diffuzitást csak a filozófiai reflexió képes megszüntetni az értekezésben kifejtett döntéselmélet keretében.

Ezzel kapcsolatban a következő téziseket szeretném a disszertáns – és egyúttal minden magyar filozófus Schmitt-kutató – figyelmébe ajánlani megfontolásra.¹⁹

A. Az abszolút-önreferenciális döntés elmélete csak abban az esetben összeegyeztethető Schmitt jogelméletével, vagy másként: Schmitt jogtudománya és jogfilozófiája csak akkor minősíthető decizionistának, ha az a jogot tisztán mint döntést fogja fel. Ez azonban több mint kérdéses. Ha ugyanis ez igaz lenne, akkor a disszertáns lényegében Hans Kelsen tiszta *normativista* jogtanával funkcionális értelemben párhuzamos elméletként konstruálja meg Schmitt tiszta *decizionista* jogtanát. Míg Kelsennél a norma válik, önreferenciálissá az abszolút norma („Grundnorm”) formális-transzcendentális fogalmában, amely a jog felépülése számára végső, feltétlen és megalapozó alap, addig Schmittnél a döntés válik önreferenciálissá az abszolút döntés („Grundentscheidung”) formális-transzcendentális fogalmában, amely a jog felépülése számára a végső, feltétlen és megalapozó alap. Ez a párhuzam természetesen csak akkor áll meg, ha elfogadjuk a disszertáns gondolatmenetét.

Azonban ezzel a hipotézissel szemben le kell szögezni – eltekintve természetesen a Kelsen és Schmitt közötti korszakos vita egészének összefüggésétől –, hogy Schmitt egyszerűen csak a következőket állítja Kelsen normatív jogtanával szemben:

1. A társadalom *normál* helyzetében a norma jelenik a *jog mint forma* (jogrend) konstitutív szerkezeti alapelemét, azaz ilyenkor a döntés mintegy „láthatatlanná” válik, vagy másként: pusztá normaaktualizációnak tűnik; a döntés mint alapelem önállósága azonban csak látszólag, a pozitivizmus normativista jogszemléletének horizontján enyészik el, létszerűen-funkcionálisan nem szűnik meg. Schmitt szerint Kelsen tiszta normativista jogtana – amely a jogrendet az „a priori transzcendentális forma” fogalmával értelmezi – egyszerűen csak a normál helyzet teoretikus kifejeződése és így a jogtudományi megismerés racionalitásigényének megengedhetetlen korlátozása. A tiszta jogtan és jogállamelmélete – mivel a kivételt pusztá „irracionalitásként” értelmezi, pontosabban megbélyegzi, és mint

alátámasztó idézeteket, s csak a második alfejezetben (2.3.2. *Politikai teológia*) kezdi meg a politikai teológia fogalmának elemzését, melynek során megismétli a döntés abszolútságáról korábban már elmondottakat (81. o.) Erre utal egyébként a diktatúra-probléma zárófejezetben történő kifejtése (2.3.4.).

¹⁸ A *Politikai teológia* szuverenitás fogalmában az emberi szabad döntés abszolúttá válik, olyan abszolútummá, amely a semmiből teremt. (67-72., 85. o.) A disszertáns itt idézi a közismert szöveghelyeket, és magyarázatként hozzáfűzi: „Semmi és abszolútum – e két véglet sűrűsödik össze Schmitt döntésfogalmában, s véleményem szerint e két pólus pontosan ki is fejezi azt az egzisztenciális mozgást, amely Schmitt döntésfogalmának háttérében van.” (70. o.)

¹⁹ Itt a decizionizmus-toposz reflektálatlan alkalmazásának, illetve szöveghelyekkel való önkényes bizonyításának a veszélyeire szeretném felhívni a figyelmet.

teoretikusan hozzáférhetetlent kizárja a racionális jogászi (jogi és jogtudományi!) megismerés területéről – alkalmatlan a rendkívüli helyzet megragadására.²⁰

2. A társadalom *rendkívüli* helyzetében ellenben a döntés jelenik meg a *jog mint forma* (jogrend) konstitutív szerkezeti alapelemeként, s ilyenkor a kivétel megragadására képtelen norma szükségképpen a háttérbe szorul. A szuverén döntése azonban mindig a jogászi (das Juristische) érvényességi tartományán belül marad, s ezért nem véletlen, hogy Schmitt „határfogalomnak” nevezi a szuverenitás fogalmát. Mindebből az következik, hogy Schmitt a jogot mindig a normális és a rendkívüli helyzet kettős nézőpontjából „egyidejűleg” szemléli és *sehol* nem állítja azt, hogy a jog szerkezete lényegszerűen csak döntésekből mint alapelemekből épül fel. A jog mint rend – azaz mint *szubsztanciális forma*, szemben Kelsen transzcendentális forma-fogalmának üres a prioritásával – mindig normából és döntésből áll mint létszerűen-funkcionálisan egyenértékű szerkezeti alapelemekből. A jogtudomány számára a kivétel²¹ és a döntés *ismeretelméleti-módszertani funkciója* az, hogy – szemben a pozitivista jogtanok tiszta normativizmusával vagy „félreértett” decizionizmusával – láthatóvá teszi a jogot mint szubsztanciális formát, amely mindig „a jogi-jogászi konkrétból keletkezik.”²² Ezzel összefüggésben egyébként el kellene gondolkodni azon a tényen is, hogy Schmitt saját jogtudományi álláspontját soha nem jellemezte decizionizmusként. Mint közismert, a decizionista jogi gondolkodás tiszta példáját számára Hobbes-felfogása jelentette, a politika/jogfilozófiában, pontosabban az „államfilozófiában” pedig csak „az ellenforradalom államfilozófiáját” minősítette decizionizmusnak, a sajátját azonban nem. Megítélésem szerint az állítólagos fordulat (1933-34) a rendgondolkodás institucionalista jogfelfogása irányában már a *Politikai teológiában* „lejátszódott”, azaz Schmitt 1919-től már tipikus rendgondolkodónak tekinthető.

B. Az abszolút-önreferenciális döntés elmélete csak abban az esetben összeegyeztethető Schmitt politikaelméletével, vagy másként: Schmitt politikatudománya (=jogtudomány?) és politikafilozófiája (=jogfilozófiája?)²³ csak akkor minősíthető decizionistának, ha a politikai problémájának teoretikus vizsgálata során eltekintünk a tudományos megfigyelő és a gyakorlatilag cselekvő nézőpontjainak *fundamentális* különbözőségétől: az egyik a tudományos diskurzus, a másik a politikai diskurzus kommunikatív-cselekvési logikájának van alávetve. Azonban ha figyelmesen olvassuk *A politikai fogalmát*, azt kell tapasztalnunk, hogy Schmitt következetesen különbséget tesz a politikai jogtudományi fogalma és a politikai mint gyakorlati probléma között, s ezzel a tudományos megfigyelő és a gyakorlati cselekvő nézőpontjai között. A gyakorlati politikában pedig minden cselekvő, így vagy úgy, decizionista. Ha pedig az értelmezők ragaszkodnak ahhoz az állásponthoz, mely szerint Schmitt decizionista volt, akkor *A politikai fogalmának* teoretikus konstrukciója, mint azt a disszertáns idézetei bőségesen illusztrálják (96-97. o.), nem az *individuális* egzisztenciális döntés (Kierkegaard,

²⁰ Carl Schmitt nézőpontjából ezért Hans Kelsen jogtudománya ezért csak egy hasznos előfok, mondhatni bevezető stúdium a jogi (das Juristische) szerkezetének elméleti megragadása számára.

²¹ A kivétel a konkrét helyzet specifikus, egzisztenciális „általánossága”(!), amely a konkrét helyzet rendkívüliségének pillanatában válik láthatóvá és racionálisan, azaz *joglogikailag* megragadhatóvá. Az egzisztencialitásnak és normativitásnak ez a közvetítés nélküli összekapcsolódása az, ami a pozitívizmus tiszta normatív jogszemlélete számára örök rejtély marad.

²² Carl Schmitt: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, München–Leipzig, 46.o. A *Politikai teológia* II. fejezete elemzésének, amely *A szuverenitás problémája mint a jogi forma és a döntés problémája* címet viseli, a disszertáns nem szentelt különösebb figyelmet.

²³ *A politikai fogalmának* alapp problémája az államfogalom meghatározása: az állam mint jogi és politikai szerkezeti fenomén hogyan gondolható el és írható le a jogtudomány nézőpontjából és fogalmaival. Ennek megfelelően, mint azt Schmitt az *Előszóban* nyomatékosan leszögezi és evidenciaként kezeli, a „das Politische” fogalma jogtudományi fogalomképzés eredménye, amelyet természetesen a disszertáns is előfeltételez, amikor a jogászi szemléletnek kiemelt módszertani szerepet tulajdonít Schmitt rejtett filozófiai álláspontjának rekonstrukciójában.

Sartre), hanem a *kollektív* egzisztenciális döntés (Heidegger, Lukács) paradigmájára²⁴ épülne. Mindezek alapján úgy vélem, hogy az abszolút-önreferenciális döntés filozófiai elmélete – amely lényegében az individuum szabadság általi önteremtésének a liberális elmélete, vagy másként: liberális egzisztencializmus²⁵ – csak igen komoly hermeneutikai áldozatok árán olvasható ki Schmitt jogtudományi álláspontjából.

C. Schmitt szerint a döntés mindig a *metafizikai* és *műveleti* „vagy–vagy” (antinómia/antagonizmus) közötti választás, vagyis ahol döntés van, ott nincs közvetítés. A romantika és a liberalizmus metafizikai problémája éppen a közvetítésben rejlik, ami a döntés kitolásában, halogatásában nyilvánul meg. Közvetítés csak ott van, ahol a tézis és antitézis „közé”, pontosabban „fölé” egy harmadik szintézisre – a két végletet magasabb szinten „összebékíteni” – képes tagot illeszteni: a döntés nem szintézis, hanem egy megkülönböztetés alkalmazása, amely nem szünteti meg a megkülönböztetést, hanem mindig újabb döntésekre (megkülönböztetésekre) kényszerít. Ez a döntés abszolút-önreferenciális elméletének az egyik alapproblémája: hogyan egyeztethető össze a *döntés mint közvetítés* (szintézis), illetve a *döntés mint megkülönböztetés* (vagy–vagy: antinómia/antagonizmus). A másik alapprobléma a következő: a döntés csak akkor lehet valóban önreferenciális és abszolút, ha ugyanúgy vonatkozik a rendszerre és az egyénre, ha ugyanúgy feltétele a rendszer és az egyén önazonosságának. Ebben az esetben a döntés fogalma csak tautologikusan határozható meg, mondjuk ebben a formában: a döntés döntés, a döntés döntés, és így tovább; de ekkor már magunk mögött hagyjuk a liberális egzisztencializmust és átlépünk az egzisztenciális funkcionalizmus területére.

IV. Értékelés

A decizionizmus-toposz kritikája, illetve a belevetítés gyanújának a felemlegetése természetesen nem érinti a disszertáció mint PhD-dolgozat értékeit. A disszertáció ebben a formájában alapos, érdekes és fontos interpretációs kísérlet, vitathatlanul *eredeti* munka, amely hozzájárul Carl Schmitt „veszélyes” elméleteinek elmélyültebb és egyre tárgyyszerűbb megértéséhez. A disszertációnak ez az eredetisége – tekintettel a magyar Schmitt-irodalomban eddig még ismeretlennek számító interpretációs stratégiára – különösen öröndetes és üdvözlendő, mert kétségkívül emelni fogja a magyar filozófiában és tudományban ma már remélhetőleg elkerülhetetlennek és evidenciának számító Schmitt-recepció színvonalát. Ehhez még hozzá kell tennem, hogy az abszolút-önreferenciális döntés filozófiai elméletének a kidolgozásán túlmenően a disszertáns eredeti értelmezését nyújtja annak a filozófiai fordulatnak is, amely Schmitt első alkotói korszakában játszódtott le.

A dolgozat egészének áttekintése alapján az a véleményem, hogy a disszertáció *megfelel* azon követelményeknek, amelyeket a tudományos minősítéssel kapcsolatos jogszabályok, illetve belső szabályzatok a PhD minősítéshez megkövetelnek. Minderre tekintettel javaslom a disszertáció nyilvános vitára bocsátását, továbbá azt, hogy a Bíráló Bizottság az ELTE

²⁴ Vö. Heller Ágnes: *A politikai fogalmának újragondolása*; in Fehér Ferenc–Heller Ágnes: *A modernitás ingája*, Twins-Kiadó, Budapest, 188-204. o.; Cs. Kiss Lajos: *Találkozások Carl Schmitt-tel*, in. Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitt-ről*, Gondolat Kiadó, Budapest, 2004, 68-70. o. A disszertáns nem említi Heller Ágnes tanulmányát.

²⁵ Az emberi egzisztencia *individuális* konstitúciója a liberalizmus alapproblémája, s így mérlegelni kellene azt a lehetőséget is, hogy a liberalizmus-pluralizmus radikális kritikájának interpretációja mennyiben vihet közelebb Schmitt rejtőzködő filozófiai álláspontjának megértéséhez és rekonstrukciójához. Az kétségtelen, hogy az antropológiai perspektíva megkerülhetetlen, de itt figyelembe kell venni a fogalom(elmélet)képzés menetét is, vagyis azt a tény, hogy *A politikai fogalmában* a politikai antropológia problémája a 7. fejezetben (*A politikai elméletek antropológiai kiindulópontja*) kerül kifejtésre, mintegy előkészítve a liberalizmus kritika 8. fejezetben (*Depolitizálódás az etika és ökonómia ellentétességén keresztül*) történő lezárást. A mű a következő a tézissel kezdődik: „Az állam fogalma előfeltételezi a politikai fogalmát.” S ez nem véletlen.

Bölcsészettudományi Kar Kari Doktori Tanácsához, illetve az ELTE Egyetemi Doktori Tanácsához intézendő állásfoglalásában javasolja Gedő Évának a *doktori fokozat* (PhD) odaítélését.

Erdei Krisztián
Németh György–Nótári Tamás:
Hogyan nyerjük meg a választásokat?
Quintus Tullius Cicero – A hivatalra pályázók kézikönyve.¹

Ha napjainkban a választásokról esik szó, szinte mindenki az egyre jobban elmérgesedő kampányra és az ahhoz tartozó különböző manipulatív trükkökre gondol. Talán azt hihetnénk, hogy a cél elérése érdekében alkalmazott opportunisták elsősorban korunkra jellemzők, azonban ha megvizsgáljuk a történelem eseményeit, találunk példát hasonló esetekre már az ókorból is.

Stílusosan, az országos képviselőválasztásokra időzítve jelentette meg Nótári Tamás legújabb munkáját, Quintus Tullius Cicero “*Commentariolum petitionis*” vagyis “A hivatalra pályázók kézikönyve” című művének magyarázatokkal és utótanulmánnyal ellátott magyar nyelvű fordítását, amelyhez a kötet szerkesztője, Németh György is írt egy értékes kísérőtanulmányt. Eredetileg a művet az író a bátyjának, a szónoklatairól ismert Marcusnak Tullius Cicerónak szánta, amikor az a *consuli* tisztségért indult harcba.

A hazai közönség számára modern szövegkiadás alapján készített fordításban a teljes mű most vált először kézbe vehetővé – bizonyos szemelvények napvilágot láttak korábban Havas László és Borzsák István fordításában, a Fejér- és a Fábrián Gábor-féle fordítás azonban majd másfél évszázaddal korábban keletkezett, nyelvezete elavult, és nehezen hozzáférhető.² A jó kétezer éve született iromány nem csupán a jelöltek számára nyújthat előnyt ígérő tippeket, hanem a választók is tájékozódhatnak belőle arról, hogy milyen események zajlottak akkor is a színpalak mögött. Ugyanakkor a szakmai érdeklődők is – más szempontok alapján – jelentősnek tarthatják a művet.

A fordító precizitása mellett, a történelemben kevésbé jártasak számára a szokásosnál gazdagabb magyarázó jegyzetapparátussal dolgozott; a bőséges magyarázatokon kívül hozza az érintett tisztségek és jogi fogalmak, latin kifejezések meghatározásait is. A fordítás Günter Laser szövegkiadása alapján készült.³ A fordító munkája során arra törekedett, hogy a szöveg értelmét a legpontosabban adja vissza.

A kiadvány második részében található utótanulmányban a levélformában megírt alkotás szerkezetével, műfajával, szerzőjével kapcsolatos kérdéseket tárgyal az író. Áttekinti Marcus és Quintus Tullius Cicero karrierjét, majd rátér a választási csalás (*crimen ambitus*) témájára, illetve terítékre kerülnek a szerzőséggel kapcsolatos problémák is.⁴

¹ Hogyan nyerjük meg a választásokat? Quintus Tullius Cicero – A hivatalra pályázók kézikönyve. Fordította, a jegyzeteket, az előszót és az utótanulmányt írta Nótári Tamás. Szerkesztette és a kísérő tanulmányt írta Németh György. Szeged, Lectum Kiadó, 2006. 156 oldal

² Havas L.-Öbis H.-Szűcs G.-Ujlaky I.: Róma. Egy világbirodalom politikai, erkölcsi és történelmi eszméi I-II. Debrecen 1998; Borzsák István: Római Történelmi Chrestomathia. Budapest 1963; Marcus Tullius Cicero levelei időrendes sorozatban. 1861-64; Fejér L.: Quintus Cicero levele bátyjához, Marcus T. Ciceróhoz a consulválasztásról. A Mezőtúri ref. főgymnasium 1914-15. évi értesítője.

³ Günter Laser: Quintus Tullius Cicero, *Commentariolum petitionis*. Darmstadt 2001.

⁴ Ehhez bővebben lásd Nótári Tamás: *Studiorum atque artium contentio* (Cic. Mur. 22-30). *Aetas* 1999. 1–2. 224. skk.; *Quaestio de ambitu*. *Collega* 2001. 5. 43. skk.; *Jogtudomány és retorika - Cicero pro Murena* 26. *Jogtudományi Közöny* 2001. 12. 470. skk.; *Jogtörténeti megjegyzések Cicero pro Murenájához*. *Jogelméleti Szemle* 2001. 4; *Megjegyzések a modern büntetőeljárás alapelvei római előzményeihez*. In: *A Büntető Törvénykönyv és a Büntető Eljárási Törvény módosításának elméleti és gyakorlati kérdései*, Budapest 2003. 97.

Nótári Tamás munkáját – az eddigieket kiegészítve és ezáltal megkoronázva – Németh György kísérő tanulmánya követi,⁵ aki a köztársaságkori Róma választásait vizsgálja, áttekintést nyújtva a kampánytól kezdve, a procedura menétén keresztül, egészen a könyv főszereplője, Marcus Tullius Cicero megválasztásának kérdéséig.

A „*Commentariolum petitionis*”-ban Quintus tanácsokkal látja el Marcust a vetélytársak legyőzéséhez vezető út eszközeivel kapcsolatban. Önmaga is tisztában volt fivére szónoki képességével, tapasztalatával, ezért inkább kifejezetten Marcus személyére szabva gyűjtötte össze a politikai tisztségek megnyeréséhez szükséges ismereteket. Az utolsó fejezetben ezt egyértelműsíti is: „Noha ezeket úgy írtam le, hogy ne minden hivatalra pályázóra, hanem kifejezetten rád és pályázatodra legyenek érvényesek...” Elmondja, miként „manipulálhatja” a tömegeket, hogyan érhet el náluk népszerűséget, ezzel biztosítva saját maga számára a szavazatokat. „A fáradozás harmadik válfaja a rokonszenvet célozza meg, amit oly módon kell majd megerősíteni, hogy hálásnak mutatkozzon, olyan témákról szóló beszélgetésekbe kapcsolódssz be, amelyek miatt mindenki lelkes támogatódnak fog tűnni, s észrevehetően azonos jóakaratot tanúsítasz mindenki iránt, és barátságokat kötsz azokkal, akiknek segítségével felcsillanod, hogy veled mindennapi baráti kapcsolatba kerülhetnek.”⁶ A sorokat olvasva önkéntelenül is Machiavelli jut az eszembe, aki hasonlóképpen fogalmazta meg az „A fejedelem” című munkájában Lorenzo de Medici számára, miként tarthatja meg hatalmát az uralkodó.

A római állam egyik legmagasabb tisztségért való küzdelem Marcus Tullius Cicero számára azért is lehetett különösen nagy feladat, mert nem az arisztokraták soraiból került ki, hanem ún. „*homo novus*” volt, tehát felmenői között nem találunk olyat, aki az állami élet szempontjából jelentős tisztséget töltött be. Quintus tanácsait felhasználva vagy csupán saját tudásának köszönhetően Marcus elérte célját, és a polgárok megválasztották egyik *consul*juknak.

A fordítás után következő, már említett részben Nótári Tamás először azt fejtegeti, hogy vajon melyik műfajhoz áll legközelebb a „*Commentariolum petitionis*”. Majd rátér a szerző meghatározásának problémájára, összehasonlítja a különböző kutatói nézeteket. A továbbiakban külön fejezetekre bontva tárgyalja a lovagrendi családból származó testvérpár életútját.

Az ötvennyolc paragraphusból álló művet – Günter Lasert követve – a fordító hat szakaszra osztja a szerkezetét ismertető fejezetben. A megszokott „bevezetés” mellett kiemeli a „tagolást”, amiben Quintus három pontban sorolja fel, hogy milyen hangsúlyos szempontokra kívánja felhívni fivére figyelmét. A fordító megtartva Quintus által felkínált szerkezet részeit (a pályázó, mint „új ember”, *homo novus*; az elérendő cél: a consuli hivatal; a helyszín jelentősége: Róma;), végül a „felkérés a kiegészítő javaslatok és javítások megtételére” című szakaszt, mintegy befejezésként hozza.

A következő oldalakon részletesen elemzi a politikai vetélytársak – Antonius és Catilina – *Commentariolum*-ban található jellemzését. Majd megismerkedhetünk az egyesületek (*collegium*) szerepével, illetve elénk tárja a *patronus–cliens* viszony változását és hangsúlyosságát a tárgyalt korban. Zárógondolatként a vesztegetést (*ambitus*) illetve annak finomabb formáját, a „választók kegyeinek elnyerését” (*ambitio*) kérdését vizsgálja meg. A rövidítések feloldását források, valamint szakirodalom szerint csoportosítva találjuk meg a második fejezet végén.

Pompei városának falain fennmaradt választási hirdetések ugyancsak betekintést engednek a közel kétezer évvel ezelőtti kampány stílusába. A korunkban megismert plakátokhoz csak elméletben hasonló, de lényegében ugyanolyan jelentőségű falfeliratok stílusainak

skk.; Cicero – Négy védőbeszéd. Fordította, a bevezetést és a jegyzeteket írta Nótári Tamás. Szeged 2004. 19. skk.; Jog vallás és retorika – Studia Mureniana. Szeged 2006. 20. skk.

⁵ Egyébként lásd Németh György: Hogyan nyerjük meg a választásokat? Médiakutató 2005. 2. 7. skk.

⁶ *Commentariolum petitionis* 23.

boncolgatásával kezdi Németh György a könyv utolsó szakaszában a köztársaságkori Róma választásairól összegyűjtött gondolatait. Majd rátér a választási eljárás menetére, és a népgyűlések kialakulását, fejlődését valamint rendszerét tárja elénk. Összehasonlítja – többek között – a királyság korától alakuló gyűlések funkcióit és felépítését, amelyek megértését táblázatokkal segíti. Tisztázza, hogy milyen feltételekkel lehetett valaki jelölt (*candidatus*), és milyen eszközöket kellett bevetnie a magát megmérettetni kívánó polgárnak, ahhoz, hogy sikereket érjen el a választók körében. Végül ismételten elérkezik a konkrét tanácsokat osztogató Quintus Tullius Ciceróhoz; ezzel zárva a kiadvány gondolatsorát.

A kötet nem csupán a jog- és az ókortörténészek, hanem a szélesebb közönség érdeklődését is méltán keltheti/kelthette fel, amint ezt az ELTE Állam- és Jogtudományi Karán március 23-án hatalmas érdeklődés mellett megtartott könyvbemutató is jelezte, amelyen Adamik Tamás, Hamza Gábor és Kukorelli István méltatták e munkát.

Farkas Tibor

Munkajogi szabályok a globalizált világban

(R. Blanpain, M. Colucci: *The Globalization of Labour Standards - The Soft Law Track*,
Kluwer Law International, 2004 (168 o.)

Roger Blanpain a belga Leuveni, Limburgi és a holland Tilburgi Egyetem professzora. Tagja a Belga Királyi Akadémiának, amely mellett sok más nemzetközi szervezet munkáját segíti. Blanpain professzornak magyar kötődése is van, a Szegedi Tudományegyetem 1997-ben „Doctor Honoris Causa” címet adományozott neki. A mű társszerzője Michele Colucci az olasz Salernoi Egyetem kutatója, valamint az Európai Bizottság munkatársa. A Kluwer kiadó gondozásában két éve megjelent könyvükben a globalizált világ egyik központi kérdésére – nevezetesen, hogy megvédhetőek a munkavállalók jogai a nemzetközi tőke túlkapásaitól – adott egy lehetséges választ, a puha jogi eszközök alkalmazását vizsgálják.

A világ gazdaságának egyre inkább a globalizáció a meghatározója, így a munkajogi alapkövetelményeknek is e szinten kell megjelenniük. Ennek alátámasztására a gazdaság, illetve a társadalom egyes szeleteit kell görcső alá vennünk. A 2004-ben megjelent mű a kereskedelem, a tőkebefektetés, a kommunikációs és információs technológia, illetve technika bemutatásával támasztja alá a globalizáció kiszélesedését. Csak néhány adatot kiragadva a könyvből: az export 1970-től a 90-es évekig duplájára nőtt, azonban megfigyelhető, hogy ezek, illetve a tőkebefektetések is a fejlett országokban realizálódnak. A kommunikációs és információs fejlődést mutatja, hogy ma már a világot behálózó rendszer működik, amelyet 300 millió ember használ. A nemzetközi cégek terjeszkedését nagymértékben elősegíti a koordináció könnyebbé válása az Internet által. Napjainkban több mint 65 ezer ilyen cég működik, amelyek számos munkahelyet teremtenek, így pl.: az amerikai befektetés az Európai Unióban-ban 10 millió, míg az EU-s az Amerikai Egyesült Államokban 11 millió állást teremt. Ezek, illetve a könyvben megjelölt további adatok elősegítik a nemzetközi cégek térhódítását, így a mű szerzői bátran jelenthetik ki, hogy gazdasági téren teljes a globalizáció, viszont társadalmi szinten ez koránt sem mondható.

A kormányok, de még a nemzetközi szervezetek (pl.: EU, NAFTA) sem tudják teljes mértékben befolyásolni a határokon és a kontinenseken átnyúló gazdaságot. A munkajogi szabályozás - beleértve a kollektív szerződéseket - megmaradnak nemzetközi szinten. Mint arra a szerzők rámutatnak, még az Európai Unióban is, amely a különben legfejlettebb regionális szervezet a világon, nehéz döntést hozni a szociális biztonság vagy a munkahelyek biztosítása kérdésében, mivel ezek csak minden tagország beleegyezésével szabályozhatóak, amely egyre inkább nehezebbé válik, ahogy a taglétszám bővül. A problémák megoldásához nemzetközi szabályokra van szükség, ilyenek az alapvető munkajogi követelmények (Core Labour Standards). Ezen alapjogok biztosítása és hatékony érvényesülése a gazdaság minden szereplőjének érdeke. Az alapvető követelmények a nemzetközi szervezetek, a cégek, a kormányok és a szakszervezetek közös érdekeik mentén jöttek létre.

A Nemzetközi Munkaügyi Szervezet (ILO) a szociális fejlődés világkonferenciáján 1995-ben a következő kategóriákat állította fel a munkajogi alapelvek között: az egyesülés szabadságát és a kollektív szerződéshez való jogot (freedom of association and the right to collective

bargaining), a gyermekmunka megszüntetését (the elimination of child labour), a kényszersmunka megszüntetését (the abolition of forced or compulsory labour), a diszkrimináció megszüntetését a foglalkoztatás és a munkaviszony tekintetében (the elimination of discrimination in occupation and employment).

Más nemzetközi szervezetek is élen járnak a szabályok fejlesztésében, illetve a gazdasági elfogadottságának szélesítésében. Ilyen szervezetek: az Egyesült Nemzetek Szervezete (UN), az Észak-amerikai Szabadkereskedelmi Egyezmény (NAFTA) és a Gazdasági Együttműködési és Fejlesztési Szervezet (OECD).

A Global Compact (UN), Tripartite Declaration on Multinational Enterprises, Declaration of 1998 Rights and Principles at Work of the ILO és a NAFTA Agreement of Labour Cooperation (NAALC) című dokumentumokat a melléklet tartalmazza teljes egészében. A könyv ezen dokumentumokon keresztül vizsgálja az alapjogok megjelenését, a nemzetközi gazdasági világban való szerepét, illetve keresi a megoldásokat az esetleges jövőbeli szabályozás mikéntjére.

A második fejezet a nemzetközi szervezetek bemutatásával kezdődik, majd intézményrendszerük, illetve működési és döntéshozatali mechanizmusaik részletezésével folytatódik. A következőkben a szerzők kiemelik annak fontosságát, hogy a kormányok megtalálják az egyensúlyt a célok elérése (a külföldi tőke beáramlásának elősegítése) és az alapjogok érvényre juttatása között, valamint a nemzetközi döntések és az ország szuverenitása között.

A könyv az említett dokumentumok vázlatát részletesen vizsgálja, majd rátér a címzetteikre. A címzettek a nemzetközi vállalatok, a nemzeti vállalatok, a kormányok, a munkavállalók szervezetei és a szakszervezetek. A területi hatály az ILO, az OECD és az UN irataiban az egész világra kiterjed, míg az NAALC viszont csak a NAFTA országaira (Kanada, Mexikó, USA). A területi hatály meghatározása után az alapjogokat veszi számba, az egyes dokumentumok vonatkozásában. Egy szemléletes táblázatot is találunk, amely sorra veszi az ajánlott minimum követelményeket, és megmutatja, hogy mely egyezmény milyen terjedelemben szabályozza azt. Ilyenek pl.: a gyermekmunka, a kényszersmunka, a diszkrimináció, az egyesüléshez való jog, a kollektív szerződés, a sztrájkhoz való jog, az előmenetelhez való jog, a dolgozók biztonsága, a tájékoztatás, a konzultáció. Az OECD és az ILO ezen dokumentumai jogilag csak azokat kötik akik az egyezményt elfogadják, így akik nem lépnek be az egyezménybe azok számára ezek csupán ajánlások. A Global Compact (A kezdeményezés 2000 július 26-án megtartott ENSZ ülésen Kofi Annan főtitkár vezetésével alakult, amelyen 50 nagy cég vezetője állapodott meg annak létrehozásában. A kezdeményezéshez bármely cég csatlakozhat, amely tenni kíván az alapjogok érvényesülése érdekében) esetében sem kényszeríthető a cégek belépése, azonban a szabályok betartása mind a cégek, mind a társadalom saját érdeke. Ezekkel szemben az NAALC egyezménye mindenkire kötelező aki a NAFTA országaiba tevékenykedik.

Megállapítható, hogy a dokumentumok a puha jog (soft law) körébe tartoznak, így méltán merül fel a kérdés, hogy milyen mértékben jelenik meg a való élet gazdasági gyakorlatában. A nemzetközi cégek saját érdeke, hogy jó hírnevét növelje, így igyekeznek a társadalmi elvárásoknak (az alapjogok betartásával) megfelelni. A nemzeti jogba az implementációt a kormányok által az évek során kifejlesztett gyakorlati megoldások könnyítik. A szerzők a következő módon kategorizálják ezen módszereket: „jelentéstevés” - „reporting” (Az ILO dolgozta ki ezt a módszert, amelynek az a lényege, hogy az irányító szervezet döntést hoz, és

ennek hatásáról a kormányok a munkaadókkal és a szakszervezetekkel konzultálva meghatározott időnként jelentéseket tesznek.), „problémamegoldás” – „problem solving” (Az OECD iránymutatásainak implementációját ún. „National Contact Points”(NCP) segítségével teljesítik.), „tisztázás” – „clarification” (Az OECD-nél és az ILO-nál is szerepet kap. Az iránymutatás általánossága sok esetben további magyarázatot igényel, különösen speciális gazdasági és üzleti szituációkban. Ha ilyen kérdés felmerül, akkor az NCP-hez lehet fordulni, ha azonban e szerv magyarázata nem kielégítő, akkor a Nemzetközi Befektetések és Multinacionális Vállalatok Bizottsága (CIME) az illetékes.), és a „vállalati akciók” – „corporate action”. A fejezet a továbbiakban ezeket a metódusokat részletezi.

A harmadik részben a szerzők a problémák megoldására a puha jog térnyerésének lehetőségeit vizsgálják. A globalizáció azt vonja maga után, hogy rengeteg munkahelyről és emberek sorsáról távoli központokba döntenek. A munkajog nemzetközi szinten szabályozott, államilag kikényszeríthető formája nem alkalmas ezen helyzet normalizálására, és be kell látniuk az államoknak, hogy nem tudnak igazi befolyást gyakorolni a nemzetközi vállalatok döntéseire. Az óriási tőke, amellyel a vállalatok rendelkeznek, lehetővé teszi, hogy a szakszervezetektől, a munkásoktól és a kormányoktól függetlenül dönthessenek, így a munkások kiszolgáltatott helyzetbe kerülnek, és csak reménykedhetnek a számukra kedvező döntés meghozatalában. Megoldás lehet a puha jog által képviselt alapvető munkajogi szabályok betartása, amelyeket azonban a nemzetközi cégeknek is tiszteletben kell tartaniuk. Az első lépéseket a puha jog fejlesztése érdekében az OECD és az ILO tette meg a 1970-es években. Mára a mellékletben is megtalálható okiratok foglalják össze a munkajogban betartandó alapvető követelményeket.

Az utolsó fejezetben a szerzők konklúzióként megállapítják, hogy semmi kétség afelől, hogy az ENSZ-nek, az ILO-nak, az OECD-nek és az NAALC-nek a gyakorlati életben is komoly hatása van a munkával kapcsolatos alapjogok érvényesülésében. Ezt a hatást úgy érték el, hogy az ILO és az OECD szorosan együttműködtek az üzleti világ szereplőivel, valamint a munkavállalókkal és az őket képviselő szervekkel, ennek eredménye, hogy nagymértékű támogatást kapnak a munkáltatóktól, a munkavállalóktól és a szakszervezetektől. Az kooperáció hatása, hogy a címzettek számára ésszerűek és elfogadhatóak a kidolgozott alapelvek. A kormányok számára politikai siker volt a puha jog érvényesülése, így ezáltal ez a szabályozási forma hitelességet nyert.

Kétségtelen azonban, hogy a gazdaság különböző szereplőinek érdekei eltérnek, így a munkavállalók érdeke, hogy az alapjogok minél szélesebb skáláját élvezhessék, és ezeket a cégek beépítsék a belső szabályaikba. Néhány kormány és szakszervezet azt akarja elérni, hogy mintegy „bírósként” vizsgálhassák a cégek magatartását. Mint mindig, ebben az esetben is kompromisszumos megoldás jött létre, köszönhető ez a „reporting, problem solving, clarification” módszereknek.

A szervezetek által létrehozott puha jog természetesen nem garantálja, hogy minden vállalat követni fogja ezeket a standardokat, ezt csak a kikényszeríthető normákkal érhetnék el. Minden kétséget kizár, hogy nagymértékű segítséget nyújt, hogy megtalálják a megfelelő választ a transznacionális gazdaság fejlődésére. A mű végkövetkeztetése alapján világos, hogy a munkaadó és a munkavállaló közti erőviszony megváltozott, a nemzetközi vállalatok szinte korlátlan hatalommal rendelkeznek. Az egyoldalú erőviszonyt az iránymutatások nem kompenzálják, de mindenképpen segítséget nyújtanak a gazdasági és szociális fejlődés előmozdításában.

A könyv hasznos kiindulási pontot nyújthat azok számára, akik a globális jog fejlődésének e kérdéskörével szeretnének megismerkedni. Ugyanakkor a viszonylag rövid terjedelem, és a sokszor csak ténymegállapításokra korlátozódó tartalom miatt a mélyebb elmélyüléshez ajánlott más, átfogóbb művek elolvasása is.

Fekete Orsolya

Zámbó Géza: A gyermekvédelmi gyámság. Történeti gyökerek, jelenkori problémák, lehetséges jövőképek című könyvének ismertetése

Nemrégiben jelent meg könyv formájában a Pólay Alapítvány kiadásában a Szegedi Tudományegyetem docensének, dr. Zámbó Gézának doktori értekezése „*A gyermekvédelmi gyámság. Történeti gyökerek, jelenkori problémák, lehetséges jövőképek*” címmel.

Előjáróban ...

A gyámság témakörében egy hiánypótló műről van szó, amely a címben foglaltaknak megfelelően a téma múltbeli, jelenbeli, és jövőbeli aspektusainak feltárására egyaránt törekszik. A mű komplex jellege folytán sokak érdeklődésére tarthat számot. Megtalálja számítását a téma jogtörténeti vonatkozásait kutató olvasó, de az is, akinek a jelenleg hatályos szabályok, alkalmazásuk során felmerülő problémák, és a rájuk adott megoldási javaslatok állnak érdeklődése középpontjában.

Kiemelendő, hogy a szerző a közjogi és magánjogi elemeket egyaránt tartalmazó, „kettős arculatú” gyámsági jogot nem csak a „tudomány fellegvárából” vizsgálta, hanem a korábbi években mint jogalkalmazó kísérté figyelemmel a gyámügy terén felmerülő kérdéseket. A téma hazai szakirodalmának és joganyagának teljes körű feldolgozását ötvözte a korábbi saját tapasztalataival, a gyámhivataloknál és szakszolgálatoknál lefolytatott konzultációkkal.

Mindezek alapján megállapítható, hogy a szerző értékes javaslatokkal szolgál jogalkotók és jogalkalmazók számára. A gyámsági jog mára már történetivé vált megoldásainak és a külföldi példáknak a bemutatásával a szerző segítséget nyújthat a jelenlegi szabályozást kiegészítő alternatívák felkutatásához is.

A hazai gyámsági jogunk egyik mérföldköve az 1997. évi XXXI. tv., amelynek megalkotását hosszas jogi, szakmai és politikai viták előzték meg. Elmondható, hogy e törvény megalkotása óta eltelt nyolc év sem volt elegendő az új gyermekvédelmi rendszer teljes megszilárdítására; e folyton változó alakuló rendszer, és a hozzá kapcsolódó joganyag méltán tekinthető aktuális témaválasztásnak.

A szerkezetileg öt fejezetre és ezen belül részekre osztott dolgozat jól tagolt és áttekinthető, könnyű eligazodást tesz lehetővé.

A gyámság története

A mű mintegy egyharmadát képező – tehát rendkívül részletes – első fejezet tartalmazza a gyámság átfogó jogtörténeti elemzését.

A kiindulópontot a római jogi szabályok jelentik, majd ezek továbbélését vizsgálja a szerző a germánoknál és a frankoknál. E vonatkozásban támaszkodik a Szegedi Tudományegyetem korábbi (Both Ödön, Pólay Elemér) és jelenlegi (Homoki Nagy Mária, Jakab Éva, Molnár Imre Ruszoly József) elismert kutatóira is.

Ugyanezen fejezet keretein belül, a harmadik részben kerül sor a magyar gyámsági jog kezdeti formáinak ismertetésére. A honfoglalást követően az egyéni tulajdon megszilárdítása állt az istváni reformok középpontjában, amely újszerű volt a korábbi a törzsközösségi rendszeren belül érvényesülő vagyonszövetségi elvhez képest. (A vizsgált téma szempontjából ez azt jelentette, hogy az elhalt családfő vagyonát nem a legidősebb férfi családtag, hanem a fia örökölte.) Az uralkodó e törekvéseinek legfőbb támogatója az egyház volt, amely számára az árvák védelme nem volt újszerű feladat, Európa-szerte ismertek voltak ennek hagyományai.

A szerző rámutat arra, hogy a XIII. században a gyámságot elsősorban hasznosító jogként fogták fel, amely oda vezetett, hogy a gyám korlátlanul rendelkezhetett gyámoltja vagyonával. Ezt még az egyre szélesebb körben érvényesülő revokációs (visszavonási) jog sem tudta megakadályozni.

Kiemelten foglalkozik a szerző ebben a részben Werbőczy István Hármaskönyvének gyámságot tárgyaló 22. cikkével. Ezekben egyértelmű római jogi hatás figyelhető meg például a gyámság fogalmának meghatározása, a fajtáinak római jogból ismert hármas felosztása kapcsán.

A mohácsi vészt követő közel három évszázadnyi időszakot – az árvák sorsát illetően – talán a legkedvezőtlenebb korszakként jeleníti meg a szerző. Ennek okaként azt jelöli meg, hogy a nagycsaládi keretek felbomlásával megszűnt az a közeg, amely a vagyon megőrzésének szempontjain túl az árva személyét is figyelembe vette. Egyértelmű különbségek mutathatók ki a nemesi, a polgár és a jobbágy árvák helyzetében a rendi hovatartozás szerint. (Megjegyzendő, hogy a jobbágy árvákra vonatkozó törvényi szabályozással csak viszonylag később, Mária Terézia Urbáriumában találkozhatunk.) Az azonban közös volt, hogy a gyámok az árva személyéről való gondoskodás helyett mindenütt a vagyoni előnyök kiaknázására törekedtek. A szerző kiemeli, hogy a kialakult helyzetért nem kizárólag a „lelkiismeretlen” gyámok tehetők felelőssé, hanem az egységes szabályozás, és az ezt következetesen érvényesíteni tudó szervezetrendszer hiánya is.

Az 1848-at követő rövid átmeneti időszak az ösiség eltörlésével és az úriszéki bíráskodás megszüntetésével gyakorolt közvetett hatást a gyámsági jogra, de a tervezett magánjogi kódex létrehozására az idő rövidsége miatt már nem volt lehetőség.

A szerző ezt követően áttekinti a szabadságharc bukásától a kiegyezésig terjedő korszakot, amelyre megállapítása szerint a teljes bizonytalanság volt a jellemző. 1853. május 1-től az Osztrák Polgári Törvénykönyv – a magyar hagyományoknak idegen – szabályait kellett alkalmazni. Később az Októberi Diploma hatályon kívül helyezett minden addig bevezetett osztrák jogszabályt. A kaotikus helyzetet némileg rendezte az 1861-ben összehívott Országbírói Értekezlet. Az Ideiglenes Törvénykezési Szabályok az 1848 előtti magyar törvényeket állították vissza a gyámjog terén is. A gazdasági-társadalmi változások, az életviszonyok megváltozása miatt ezek a jogszabályok azonban már anakronisztikusak voltak, egyre sürgetőbbé vált egy az anyagi és eljárásjogot egyaránt átfogó kódex megalkotása.

A szerző teljességre törekedve mutatja be az akkori idők Európájának egyik legmodernebb gyámtörvényeként számon tartott 1877. évi XX. törvényt, a Gyámtörvény rendelkezéseit. Kitér a törvény megalkotása kapcsán felmerült politikai vitára, amelynek központi kérdése a gyámhatósági hatáskör elhelyezése volt. Rámutat arra, hogy Tisza Kálmán miniszterelnök politikai törekvéseinek a hatáskörök gyámhatóságokhoz, azaz közigazgatási szervekhez történő telepítése felelt meg, hiszen egész politikája a vármegyék megerősítésére irányult. A törvény rendelkezéseinek részletes bemutatását jogtörténeti jelentőségén túlmenően a szerző azzal is indokolja, hogy olyan – később jól működő, és akár a mai viszonyokra is adaptálható – jogintézmények bevezetésére került sor, mint például az ideiglenes gyámság. A Csongrád Megyei Levéltárban végzett kutatásai eredményeként a szerző a Csanád Megyére vonatkozó eredeti dokumentumok és jogesetek bemutatásával teszi szemléletesebbé az ábrázolt időszakot.

A fejezet végén kerül sor a Magánjogi Törvényjavaslatok (Mtj.) rendelkezéseinek a Gyámtörvény rendelkezéseivel való összevetésére. Az 1928-ban előterjesztett Mtj.-t ugyan nem fogadta el a törvényhozás, de a szerző felhívja olvasója figyelmét arra, hogy a Gyámtörvény 1945-ben végrehajtott rendeleti módosításában (10470/1945. ME rendelet) fellelhetők szabályai, így gyakorlati jelentősége nem elhanyagolható.

A Családjogi törvény rendelkezései és külföldi országok gyámsági szabályai

A könyv második fejezete a Gyámtörvényt felváltó *A házasságról, a családról és a gyámságról* szóló 1952. évi IV. törvény (közismert rövidítése: Csjt.) eredeti rendelkezéseivel és annak a gyámságra vonatkozó valamennyi módosításával ismerteti meg az olvasót. A szerző a változásokat bemutatva gyakran visszautal a Gyámtörvény korábbi rendelkezéseire, így például arra, hogy a Csjt. szabályozza a rokonok jogait és kötelezettségeit, de a családtanács intézményét már nem ismeri. Összeveti továbbá

a Csjt. rendelkezéseit más országok gyámságra vonatkozó hatályos szabályaival. Kiemelésre kerül, hogy hazánkban a gyámrendelés közigazgatási szerv hatáskörébe tartozik, míg Európa más országaiban többnyire valamilyen szintű rendes vagy speciális bíróságokhoz, gyámbíróságokhoz telepítették, bár hozható példa a közigazgatási szervekhez telepített hatáskörre is.

Ebben a részben részletesen megismerhetjük a különféle országokban a gyámrendelésre, gyámság fajtáira, a gyámok feladataira vonatkozó szabályokat. A szerző szól továbbá a gyámság és a gyámi tisztség megszűnéséről és megszüntetéséről, az érvénytelenségi okokról. A gyámrendelés kapcsán már itt megemlíti a szerző, hogy a szülői felügyelet nélkül maradt kiskorú nem kerül ipso iure gyámság alá, a gyámhivatal kötelezettsége, hogy hatósági határozattal, tehát egy külön aktussal gyámot rendeljen. Ez alól csak az intézeti gyámság képezett kivételt.

Ezen fejezet második részében a szerző tizenhárom ország (Ausztria, Bulgária, Finnország, Franciaország, Lengyelország, Németország, Olaszország, Oroszország, Portugália, Románia, Svájc, Svédország, Törökország) gyámságra vonatkozó joganyagának általa fontosnak tartott elemeit mutatja be. A joganyagok azonos szempontok szerint való ismertetése könnyen összevethetővé teszi az olvasottakat, de már maga a szerző is levon bizonyos következtetéseket.

A gyermekvédelemről általában, az intézeti gyámság

A gyámsági jogunkat több, mint fél évszázadon keresztül meghatározó intézeti gyámságnak szentelt harmadik fejezet a gyermekvédelem fogalmának és fejlődési szakaszainak bemutatásával kezdődik. A szerző megállapítása szerint a gyermekvédelem és az intézeti gyámság összetartozó fogalmak, az intézeti gyám a gyermekvédelem megvalósításának egyik eszköze, a hozzárendelt gyermekvédelmi feladatok megvalósítója volt.

A különféle szakirodalmi álláspontok ismertetésével utal a szerző arra is, hogy a Csjt.-ben szabályozott „hagyományos” és a Gyermekvédelmi törvényben megjelenő gyermekvédelmi gyámság elhatárolása, jogági hovatartozása a gyámsági jog interdiszciplináris jellege miatt nem egyértelmű.

Az intézeti gyámságot az egyes személyi és családi jogi rendezések tárgyában született 10.470/1945. (MK 198.) ME számú rendelet vezette be. (Az egyéb gyámsági formák tekintetében ekkor továbbra is a Gyámtörvény maradt hatályban.) Előzményei a munkásotthon vezetők által ellátott „tömeges” gyámságban lelhetők fel, de találunk az intézeti gyámságra vonatkozó rendelkezést a jogszabállyá nem vált Mtj.-ben is.

Az intézeti gyámság egyik legfőbb sajátossága, és egyben hibája, hogy az akár több ezer gyermek gyámságát is ellátó intézeti gyám és gyámoltja között közvetlen, individuális kapcsolat nem állt fenn. Kifejti a szerző, hogy a gyámságot törvény erejénél fogva, hatósági kirendelő határozat nélkül vette át és látta el az erre hivatott szerv, amíg a gyámhatóság másként nem intézkedett. Ez a szabály nővumként jelent meg a gyámjogban, hiszen korábban a szülői felügyelet nélkül maradt kiskorú nem kerülhetett ipso iure gyámság alá.

Az intézeti gyámságra vonatkozó szabályok folyamatosan változtak az idők folyamán. Megtudhatjuk, hogy a jogalkotó csak 1948-ban nevesítette az intézeti gyám személyét, aki kezdetben csak az állami gyermekmenhely igazgató főorvosa vagy ennek igazgatási ügyekben eljáró helyettese lehetett. Később ez a szabály változott, és nem kellett feltétlenül orvosi képesítéssel rendelkezni az intézet vezetőjének.

A szerző elemzi az állami gondozásba vételt kiváltó anyagi, erkölcsi vagy egészségügyi okokat, azok együttes jelenléténél fennálló problémákat. A fejezet részletesen áttekinti az intézeti gyám gondozáshoz, neveléshez, törvényes képviselőhez és vagyonkezeléshez kapcsolódó feladatait, időrendben bemutatva a vizsgált területet érintő jogszabályi változásokat.

A szerző arról is szól, hogy az intézeti gyámság megszüntetése egy reformfolyamat eredménye volt. Idézi Filó Erikát – a téma kiemelkedő szakértőjét –, aki szerint „az intézeti gyámság fokozatos átalakítása a gyermekvédelem megújulásának egyik kulcskérdése.” A Csjt.-nek a kiskorúakról való állami gondoskodásra, valamint az intézeti gyámságra vonatkozó rendelkezéseit a Gyermekvédelmi törvény helyezte hatályon kívül. Hatályban maradtak azonban a gyámsági formákra vonatkozó általános szabályok, és a hagyományos gyámra vonatkozó rendelkezések. A fejezet lezárásaképp a szerző részletesen megismerteti az intézeti gyámság megszüntetéséhez vezető okokkal, kitérve az

állampolgári jogok országgyűlési biztosának e tárgyban keletkezett ajánlásaira is. E körben most csak azt emelném ki, hogy az állami gondoskodásban lévő gyermekek nevelése elsődlegesen bentlakásos intézményekben történt, és csak másodlagosan nevelőszülőknél. Az elhelyezés körülményei itt nem tették lehetővé a családi otthonokhoz közelítő, önálló lakótér kialakítását, nem voltak alkalmasak a gyermek érdekeit középpontba helyező gondozási-nevelési elvek megvalósítására.

A gyámsághoz vezető új szakellátási formák, a gyermekotthonban elhelyezett kiskorúak gyámsága, nevelőszülői és hivatásos gyámság

A negyedik fejezetet a gyámsághoz vezető új szakellátási formák, a gyermekotthon-vezetői, nevelőszülői és hivatásos gyámság bemutatásának és bírálatának szenteli a szerző.

Elsőként az *ideiglenes hatályú elhelyezés* jellemzőit ismerhetjük meg, amelyre a Gyermekvédelmi törvény szerint akkor kerül sor, ha a gyermek szülői felügyelet nélkül marad, vagy testi, értelmi, érzelmi, erkölcsi fejlődését családi környezet vagy önmaga súlyosan veszélyezteti, és emiatt szükséges az azonnali elhelyezése. A szerző a fenti meghatározás kapcsán értelmezi a veszélyeztetettség fogalmát, és rámutat a jogalkalmazás egy visszasságára is. Ismert, hogy az ideiglenes hatályú elhelyezés elrendelésétől számított 30 napon belül szükséges annak felülvizsgálata, melynek eredményeként a kiskorú visszakerülhet vér szerinti családjába, vagy átmeneti nevelésbe vételére kerül sor. Amennyiben az ideiglenes hatályú elhelyezés – 30 napon belül – megszüntetésre kerül, akkor sok esetben nem valószínű, hogy annak elrendelésekor a kiskorú vonatkozásában a közvetlen életveszély fennállt. Ebben az esetben az alapellátásban tevékenykedők mulasztása mutatható ki és egy felesleges tortúrának teszik ki a kiskorút.

Ezt követően az *átmeneti és a tartós nevelésbe vételre* vonatkozó szabályok kerülnek terítékre. A szerző – Herczog Mária véleményével összhangban – hangsúlyozza, hogy az egyes szakellátási formák csak a fennálló problémák korrekciójára alkalmasak, nem képesek a bekerülés okát megszüntetni. A probléma oka csak a forrásnál, tehát a családban szüntethető meg. Elsődlegesen tehát arra kell törekedni, hogy a családból való kiemelés elkerülhetővé váljék az alapellátásban nyújtott preventív intézkedésekkel.

A műben ezt követően a gyermekvédelmi rendszerben központi szerepet betöltő *gyermekotthonok formáinak és az itt elhelyezett kiskorúak gyámságának* ismertetése következik. Megtudhatjuk, hogy a gyermekotthon elnevezés összefoglaló jellegű; ide sorolhatók a hagyományos, nagy létszámú gyermekotthonok, a lakásotthonok, speciális gyermekotthonok, különleges gyermekotthonok az utógondozói otthonok és a Minisztérium gyermekotthonai. Ezen ellátási forma kapcsán szinte kínálja magát az intézeti gyámsággal való összevetés, amelyre a szerző kísérletet tesz.

A könyv ugyanezen fejezetében kerül sor a *nevelőszülői gyámság* bemutatására és bírálatára. Ezen ellátási forma specifikuma, hogy a nevelőszülő befogadja, és saját háztartásában gondozza a gyermeket, ellátja a törvényes képviselőt és saját vállalkozása alapján a gyámi teendőket is.

Pozitívumnak tartja a szerző, hogy a nevelőszülő saját otthonában való gondozás révén közvetlen kapcsolat alakul ki a nevelőszülő és a kiskorú között, így biztosítható a családközei nevelés, gondozás. Azonban éppen ez a közvetlenség válhat forrásává egy sajátos problémának, amelyet a szerző burkolt örökbefogadásnak nevez. Ilyenkor a nevelőszülő sajátjaként neveli a gyermeket, a cél nem gyermek vérszerinti családba történő visszakerülése. Ez a jelenség főként az „egyszemélyes” nevelőszülők esetében fordul elő, melynek következtében a jogintézmény nem az eredeti céljának megfelelően működik.

A nevelőszülő tevékenysége során együttműködik a működtetővel, a különféle tanácsadókkal, a gyámhivatallal és – ha a gyámságot nem ő látja el – a hivatásos gyámmal. A szerző az együttműködést nehezítő körülményekre javaslatát megfogalmazásánál visszatér.

A fejezet utolsó részében megismerhetjük a *hivatásos gyámság* bevezetésének körülményeit, fejlődését és a jogintézmény jelenlegi működését. A hivatásos gyámokat a hatályos szabályozás szerint a szakszolgálatok működtetik, ugyanakkor a gyámhivatalok irányítása és felügyelete alatt állnak. Számuk a gyermekvédelmi reformot követően jelentősen emelkedett, azonban a szerző továbbra is problémásnak tartja, hogy akadályoztatásuk esetén a helyettesítésük nem megoldott, a gyámolttal való kapcsolat ez idő alatt teljesen szünetel.

Következtetések, javaslatok, de lege ferenda

Az ötödik fejezet első része a szerző a *gyámi tanácsadó*sall kapcsolatos dilemmáival ismerteti meg az olvasót. A szerző kifejti, hogy a gyámi tanácsadó a gyám és a gyámhivatal közé épül be, tevékenysége így kétirányú: egyrészt a gyámhivatal meghosszabbított karjának tekintendő, másrészt a gyám szakmai segítőjének. A szerző rámutat arra, hogy a Gyermekvédelmi törvény és az ezt kiegészítő rendeletek az eredeti szabályozás szerint meghatározták ugyan a gyermekvédelmi szakszolgáltatás feladatait, de ezen belül nem került sor a gyámi tanácsadók feladatainak nevesítésére. Ez súlyos problémát jelentett, hiszen nem volt megállapítható, hogy pontosan mit vár a jogalkotó a szakszolgáltatás keretén belül tevékenykedő gyámi tanácsadótól, így a jogintézmény gyakorlati életben való működése is kétségessé vált. A hiányosságot a 46/2003. (VIII.8.) ESZCSM számú rendelet (a 15/1998. (IV. 30.) NM számú rendelet módosító rendelete) lényegében megszüntette azzal, hogy nevesítette a gyámi gondozói tanácsadó feladatait. A gyámi tanácsadó feladata a szakszolgáltatás nyújtása és ellenőrzés. A szerző ezek közül a szakszolgáltatás nyújtását tekinti elsődlegesnek, míg az ellenőrzést másodlagosnak.

A gyámi tanácsadó kapcsán a továbbiakban még jó néhány problémafelvetéssel találkozunk, ezek közül azt emelném ki, hogy a szerző álláspontja szerint a jogalkotó továbbra sem végezte el teljes körűen a feladatok összevetését, pontosítását. Továbbra is tapasztalhatók párhuzamosságok a nevelőszülői tanácsadó, a gyámi tanácsadó, illetve a hivatásos gyám nevelőszülők irányában kifejtett tevékenységében, ami eligazodási nehézségeket okozhat a nevelőszülőknek.

A mű következő részében a – saját maga által is bevallottan eretnek gondolatként – a *helyettes szülői ellátással* kapcsolatos kételyeibe avatja be az olvasót. A problémafelvetés azért érdekes, mert a helyettes szülői ellátás esetén a szülői felügyeleti jogok élnek, így a gyámság szóba sem kerül. A jól működő külföldi példákat is felvonultató részben a szerző főként arra keresi a választ, hogy képes-e a szülő gyakorolni a szülői felügyeleti jogait az akár másfél éven keresztül elhúzódó akadályoztatása esetén? A helyettes szülő nem gyakorolhatja a szülő jogait, gyámként sem rendelhető ki; ez különösen a szülő hosszabb tartamú, tényleges akadályoztatása esetén, vagy gyors döntést igénylő helyzetben jelenthet problémát. A szerző megoldásként javasolja a helyettes szülői gondozás időtartamának jogszabályban való korlátozását, és – az általa már korábban ismertetett magyar és külföldi példák alapján – a helyettes szülő ideiglenes (helyettes) gyámul történő kirendelését.

Az ötödik fejezet utolsó részében a szerző a korábban kifejtettek szintéziseként javaslatot tesz a Csjt.-beli gyámsági fajták újragondolására, pontosítására. Minden gyámsági fajta esetében szükségesnek tartja a törvényi szintű fogalom meghatározást. Indokoltnak látja az ideiglenes vagy helyettes gyám jogintézményének szabályozását, hiszen pontosan körülírt esetekben ezek alkalmazása a kiskorú feltétlen érdekét szolgálja.

Összegzésül...

A fentiek alapján alátámasztást nyert az a kijelentésünk, hogy egy komplex jellegű műről van szó, amely a gyámságot a maga teljességében igyekszik bemutatni. Megismerhetjük a gyámságra vonatkozó jogszabályanyagot (a változások nyomon követésével), ütköztetve látjuk a téma hazai szakirodalma képviselőinek véleményét. Megfontolásra érdemes külföldi példák bemutatására és kodifikációs javaslatok megtételére kerül sor.

A szerző teljes mértékben kielégíti azokat a várakozásokat, amelyeket a bevezetőben célként fogalmazott meg. Mindezek alapján a mű méltán keltheti fel a téma iránt érdeklődő joghallgatók és a problémákat testközelből érzékelő jogalkalmazók érdeklődését, fontos és hasznos olvasnivalót tartanak majd kezükben.

Gedő Éva
Carl Schmitt decizionista politikafilozófiája
(doktori értekezés tézisei)

Carl Schmitt politikai elméletének filozófiai rekonstrukciója rendkívüli módszertani nehézségeket támaszt. Tartalmi szempontból az életművén belül három különböző vonatkozásban is az álláspontok változásaival és ellentmondásosságával szembesülünk: az egyes korszakokon belül íródott különböző művek gyakran ellentétes álláspontokat fogalmaznak meg, amellet Schmittnek a különböző alkotói korszakaiban képviselt koncepciói alapvető pontokon szembeállnak egymással, ezenkívül Schmitt műveiben az egyes fogalmak is több alapjelentéssel rendelkeznek.

Schmitt *filozófiai* értelmezésének további nehézsége, hogy Schmitt politikai elmélete *nélkülözi* a filozófiai-önreflexív tevékenységet, ráadásul szándékosan „önrejtjelező” stratégiákat” (Selbstverschlüsselungsstrategien, Ruth Groh kifejezése) is alkalmaz, ami a mindenkori történelmi szituációhoz való alkalmazkodásban, a polemikus jellegben, az eszmetörténeti és a szisztematikus megközelítésmódok villódzó egymásba kapcsolódásában mutatkozik meg. A filozófiai interpretációnak ezért itt nincs meg az a lehetősége, hogy Schmitt módszertani-filozófiai önreflexióit szembesítse a kifejtett tartalmi állításokkal.

Schmitt elméletét a fenti nehézségek miatt szinte lehetetlen azon a hagyományos, megszokott úton interpretálni, hogy az egyes tézisek lépésekben történő rekonstrukciója után összegző szintézist hozunk létre, amely ezen elmélet kulcselemeit *leíró* módon tartalmazza; a schmitti teória esetében a lineáris tartalmi ismertetés megoldhatatlan nehézségek elé kerül.

Az előfeltevések elrejtőzése dacára mindazonáltal jelen vannak az életműben azok a támpontok, amelyek alapján kialakítható egy olyan filozófiai perspektíva, mely alkalmasnak bizonyulhat e rejtélyes gondolkodó jobb megértésére. A schmitti életmű által támasztott nehézségek véleményem szerint akkor küzdhetők le, ha *nem a tartalmi összefüggésekre* összpontosítunk elsősorban, *hanem a Schmitt által alkalmazott fogalmi sémák formális rendjére koncentrálunk*. A fogalomképzés módját, a fogalmi struktúrák formális rendjét, a rendszeresen felmerülő paradox összefüggések sematikáját tekintve Schmitt kivételesen következetes gondolkodónak bizonyul.

A disszertációban kifejtett fő tézisek éppen a schmitti elmélet fogalmi struktúráit meghatározó formális összefüggések természetére vonatkoznak. Az egész vázolt problémakör centrumában az a kérdés áll, hogy az egyén miként szerezheti meg az aktivitási képességét, illetve, hogyan tételezheti magát 'alanyként'. Schmitt tézisei voltaképpen mindig ugyanazt mondják, csak mindig máshogyan: a pozícióváltások éppen az egzisztenciális alapállás megőrzése érdekében történnek.

A szerteágazó Schmitt-szakerődalomban megkülönböztethetünk néhány alapvető interpretációs stratégiai irányt, melyek eltérő válaszokat jelentenek a fent körvonalazott nehézségekre. Tematikus szempontból elkülöníthetők a szisztematikus rekonstrukciók és az eszme-, illetve hatástörténeti megközelítések. A szisztematikus rekonstrukciók között pedig éles választóvonal tapasztalható aszerint, hogy a schmitti életművet saját mércéje alapján interpretálják, avagy olyan rekonstrukcióra vállalkoznak, amely a schmitti szemléletmódhoz képest külső szempontot választ az értelmezés vezérfonalául.

A schmitti megközelítésmódba belehelyezkedő rekonstrukciókat általában az jellemzi, hogy valamely gondolatot vagy fogalmat kiemelnek a schmitti politikaelméletből és azt az egész életműre kiterjesztik, általános értelmezési kulcsként alkalmazzák. A schmitti koncepciók módosulásait immanens fogalmi fejlődés eredményének tulajdonítják, az ellentmondásokat teoretikusan feloldhatónak tekintik. E szemléletmód hatja át Böckenförde, Koselleck, Maschke, Schwab, Huber, Campagna, Holczhauser, Neumann, Altmann, Kaiser és Barion írásait; e szerzők többsége a késői – 1945 utáni – Schmitt önértelmezését tekinti mérvadónak az egész életmű számára. A schmitti életmű immanens fogalmi kontinuumként történő értelmezése azért tűnik problematikusnak, mert, mint már említettem, a schmitti fogalmiság eleve kétarcú, azaz egyazon művön belül egy fogalomnak egyidejűleg több, egymással szembenálló jelentése is van, továbbá a schmitti életműben néhány igen alapvető pozícióváltás is lezajlott, s e fordulatok során a korábbi fogalmak jelentése alapvetően módosult, illetve új kifejezések tűntek fel.

Másfajta szisztematikus megközelítésmód jelentkezik azokban a művekben, amelyekben egzisztenciafilozófiai szempontból történik a rekonstrukció. E munkák szerzői általában utalnak *a schmitti fogalmiság formális jellegére és kétértelműségére*, és egyúttal a schmitti gondolkodásmód mögött húzódó *egzisztenciafilozófiai összefüggésekre* is felhívják a figyelmet. Az egzisztenciafilozófiai indítatású értelmezések között egyaránt találhatók Schmitttel polemizáló rekonstrukciók – többek között Hofmann, Krockow, Kaufmann, Kramme, Groh és Bielefeldt művei –, illetve születtek a schmitti elgondolással rokonszenvező interpretációk is, mint Balke, Kennedy írásai. Agamben politikafilozófiai műveit, amelyeket disszertációm elkészülte után ismertem meg, ugyancsak az utóbbi szemlélet jellemzi.

Az egzisztenciafilozófiai értelmezések között mindazonáltal számos olyan mű található – Groh, Kennedy, Balke, Mehring, Agamben írásai –, amely nem ragaszkodik az alkotói korszakok kronológiai egymásra következés szerinti tárgyalásmódjához, eltekint a schmitti életmű történetiségétől. A disszertáció szemléletmódja Krockow és Hofmann – a schmitti életmű történetiségével számot vető – rekonstrukcióihoz áll a legközelebb, ugyanakkor mindkét interpretációtól el is tér néhány lényegi ponton. Hofmann az egész életművet jogelméleti szempontból elemzi, és a jogmegvalósítás problémáját állítja a középpontba. Hofmann aláhúzza, hogy Schmitt a faktikus egzisztenciát formális módon fogja fel, véleményem szerint azonban Hofmann nem veszi eléggé tekintetbe Carl Schmitt fogalomképzésében az interszubbektivitás szerepét, a normativitás jelentőségét. Krockow a döntés schmitti fogalmát filozófiai szempontból elemzi, rekonstrukciója során ugyanakkor némiképp háttérbe szorul a schmitti gondolkodás szituativitása. Krockow megfogalmazta ugyan, hogy a schmitti elmélet végső egzisztenciális értelme az aktivitásra vonatkozik, a végkövetkeztetése azonban kétségesnek tűnik, mely szerint a schmitti elgondolás végső lényege abban állna, hogy mindennemű aktivitást elutasít.

Tematikai szempontból a másik nagy csoportot azok az értelmezések jelentik, amelyek a schmitti életművet hatástörténeti szempontból vizsgálják. Számos olyan munka született, amelynek teljesítménye elsősorban filológiai téren jelentős, ide tartozik Rüthers könyve Schmittnek a nemzetiszocializmus időszakában kifejtett tevékenységéről, vagy Laak nagy monográfiája, amely Schmittnek a második világháború után a német szellemi életre gyakorolt hatásáról szól. Mások a Schmittnél felbukkanó, sokszínű eszmetörténeti hivatkozások valamely mozzanatát követik nyomon, mint Maschke Leviatán-tanulmánya. A hatástörténeti kutatások számára Schmitt életművében rendkívül széles lehetőségek nyílnak, mivel Schmitt előszeretettel fogalmazta meg saját téziseit eszmetörténeti kontextusba ágyazva, továbbá változékony szituatív önmeghatározásaiban mindig is kulcsszerepet játszott saját szellemi elődjének jellemzése.

A disszertáció két irányból közelíti meg Schmitt elméletét. Először is kísérletet tesz a *schmitti gondolkodásmód kialakulásának* ábrázolására és értelmezésére. Másfelől pedig az értekezés egy reprezentatív időszak, a *weimari korszak gondolati eredményeit* vizsgálja; ebben az időszakban a schmitti gondolkodás mintegy teljes fegyverzetben jelenik meg, Schmitt ekkor írta azokat a műveit, melyek a modern politikai gondolkodás nagy hatású képviselőjévé tették. E művekben a maga teljességében érhető tetten a korábban említett formális gondolkodási struktúra. A schmitti gondolkodásmód kialakulásának ábrázolása során a disszertáció a diakrón perspektívát érvényesíti, weimari köztársaság különböző alkotásait ezzel szemben „egyidejűként” vizsgálja. A weimari korszak koncepcióira jellemző transzcendentális szemléletmódban a történetiség – az esztétikátörténet alakjában – a fogalomképzés eszközeként elsősorban funkcionális szerepet játszik.

Carl Schmitt gondolkodását ezért két területen vizsgáltam: 1.) Schmitt korai, 1916-19-ben bekövetkezett antiromantikus fordulatát, illetve 2.) a weimari időszak (1919-33) írásait meghatározó fogalmi struktúrákat próbáltam az általam választott megközelítésmód segítségével értelmezni.

A 16-19-es időszak gondolati és egzisztenciális krízisnek tekinthető; a krízis és az arra adott válasz kiemelkedő jelentőségű, mivel itt tör át az az egzisztenciális és gondolati alappozíció, amely Schmitt későbbi munkásságát meghatározza. Ez a válság nem csak abban a tekintetben jelentős, hogy ekkor szilárdul meg Schmitt gondolkodásmódja, hanem azért is, mert a válság önreflexív megfontolásokra készítette Schmittet, melyek az elemzés számára hozzáférhetővé teszik azokat az egzisztenciafilozófiai dimenziókat, amelyek az államelméleti művekben korábban és később is rejtve maradtak. A krízis a korabeli császári Németország válságához kapcsolódik, amely megkérdőjelezte a korai Schmitt gondolkodásának előfeltevéseit. Schmitt számára ekkor az a dilemma kerül előtérbe, hogy *miként lehetséges a szuverén, aktív politikai cselekvés belső, intellektuális és egzisztenciális feltételeit újratemetni, ha ezek a feltételek korábban egyértelműen és mélyen a császári Németország hierarchiájához, stabil rendjéhez kapcsolódtak.*

A disszertáció a válság vonatkozásában három szinten kísérli meg Schmitt gondolkodásának átrendeződését jellemezni: 1.) az átmenet stádiumainak, 2.) az átrendeződés végeredményének 3.) a fordulat egzisztenciális értelmezésének tekintetében.

1.) A Däubler értelmezés (1916) és a *Politische Romantik* (1919) tekinthetők a fordulat legfőbb dokumentumainak, míg a *Politische Theologie* (1922) már az új pozíciót képviseli. Az átalakulás első szakaszában a Däubler-interpretáció során Schmitt saját korábbi előfeltevéseit tematizálja, az 1914-ben megjelentetett *Wert des Staates*-ben képviselt duális modellt a romantikus szubjektivitás perspektívájából értelmezi. A duális világmodell, amely a válság előtti Schmitt gondolkodásának előfeltevéseként szolgált, a Däubler-értelmezésben már a romantikus szubjektivitás kivetüléseként jelenik meg. A romantikus szubjektivitás tematizálása és a duális világmodellel való összekapcsolása által létrejön a terep, amelyen Schmitt újragondolhatja előfeltevéseit. A *Politikai romantikában* aztán Schmitt leszámol a romantikus szubjektivitással, vagyis tulajdonképpen korábbi önmagával. Ahhoz, hogy Schmitt a válságon felül tudjon emelkedni, a történeti események által megkérdőjelezett duális világmodell előfeltevéseihez kellett visszanyúlnia, s a tematizált előfeltevéseket kritikusan felülvizsgálnia. A bírálat következtében a politikai döntés a romantikus szubjektivitás ellenfogalmaként jelenik meg, s a politikai konzervativizmus így már a romantika alternatívájaként áll elő.

2.) Az átalakulás végeredményeként átrendeződik az egzisztencia és a normativitás viszonya a schmitti gondolkodásban. A politikai döntés fogalma elsődlegessé válik a normativitással szemben, egyfelől abban az általános, filozófiai értelemben, hogy a döntés Schmitt szerint kívül esik minden normativitáson, másfelől pedig a konkrét intézményes értelemben is, amennyiben a politikai döntés transzcendentális értelemben megelőzi a jogrendet, az államot. A döntés elsődlegessé tétele azzal a következménnyel jár, hogy az

alanyiság bármikor tételezhető az adott jogrenddel szemben – az összeomló társadalmi berendezkedés nem temeti maga alá az individuumot, az alanyiság tételezése az új konstrukcióban már nem függ a történetileg adott hierarchiától, a duális világrendtől.

3.) Az átalakulás egzisztenciális szempontból *önmegtagadásként* értelmezhető; Schmitt kikapcsolja a romantikus szubjektivitásba rejlő hasadtságot, melyet a válság során döntésképtelenségként élt meg. Az önmagában kétkedő szubjektivitás kikapcsolásával és a döntés középpontba állításával Schmitt hallgatólagosan megváltoztatja az alanyiság státuszát. Ezáltal Schmitt *sajátos mozgásszabadságot nyer, melynek lényege, hogy elméleti konstrukciójában a döntés a szubjektivitás tartalmi meghatározottságaiból kioldódott – Schmitt szavaival: a döntés a semmiből jön.* A döntés schmitti fogalma formálisan kijelöli az alanyiság pozícióját, azonban az alanyiság csak a döntés aktusa által konkretizálódik. A schmitti teória az *alanyiságot formális fogalomként, az önazonosság történeti dinamikájáról leválasztottan* határozza meg, amely döntésről döntésre válik csak konkrétta.

A disszertáció második része a weimari időszak írásaival foglalkozik; e korszak írásaira jellemző fogalmi struktúrákat abban a tekintetben vizsgálja, hogy azok mennyiben jelentik az alanyiságnak meghatározott szituációra vonatkoztatott tételezését.

Az alany aktivitásának a problémáját a schmitti életműben tulajdonképpen a szuverenitás fogalma képviseli. A szuverenitás, amely a weimari időszakban egyaránt vonatkozhat individuumra és kollektívumra is, két alapvető összefüggésben jelentkezik: a *Politikai teológiában* a jogrend felfüggesztésének kérdéseként merül fel, *A politikum fogalmában* pedig egzisztenciátagadásként mutatkozik, ami elsődlegesen a másik megölésének lehetőségét jelenti. A szuverenitás tételezése mindkét esetben az önmagára vonatkozás mozzanatát tartalmazó döntés problematikájával van kapcsolatban, s itt az önreferencialitással összefüggő paradoxonok is játékba kerülnek: paradox összefüggések érvényesülnek e fogalmi szerkezetekben, amikor a szuverén döntése a jogrend egészére vonatkozik, és akkor is, amikor a döntés magára a döntésre vonatkozik, illetve a döntést meghozó egzisztenciára. Lényeges azonban, hogy Schmitt nem tematizálja ezeket a paradox nehézségeket, hanem kiaknázza a paradoxonok által létrejött mozgásteret. A paradoxonok véleményem szerint nem az elmélet ellentmondásmentes felépítésének vonatkozásában játszanak szerepet, hanem *a paradox viszonyok által keltett ellentmondások hozzák létre azt a mozgásteret, melyet a schmitti elmélet a praxis számára felkínál.*

A disszertáció fő tézise szerint a schmitti elmélet nem pusztán a politikai és jogi viszonyok leírását vagy értelmezését jelenti, hanem egyben az alanyiság tételezését is magában foglalja. A schmitti elmélet felépítését ezért a disszertáció abból a szempontból vizsgálja, hogy az mennyiben tételezi – formálisan – azt az alanyi pozíciót, amely a politikai praxis egyik fontos feltételét jelenti. Az alanyi pozíció formális kijelölése Schmittnél együtt jár a konkrét történeti szituációra vonatkoztatott mozgástér meghatározásával is.

A *Politische Theologie*-ban az alanyi pozíció kijelölése a szuverenitás fogalmának meghatározása által történik. Azzal, hogy a jogrendszer a kivételes állapot felől írja le Schmitt, meg tudja mutatni, hogy a döntés alapvető szerepet játszik a jogrendszer működésében. A kivételes állapot problémája továbbá rávilágít arra, hogy a jogrendszer keletkezésének és felfüggesztésének kérdése *túlnyúlik a jogrendszeren magán.* A szuverén ezért különleges pozíciót foglal el, kívül is van a jogrendszeren és mégis hozzá tartozik.

A szuverén fogalmának meghatározásával Schmitt nem csupán a lehetséges politikai praxis alanyiságát határozta meg formális módon, *a jogrendszer egészére vonatkozó döntésből következő paradox helyzet* feltárásával rendkívüli mozgásteret is kirajzol ezen alanyiság számára. A rendkívüli mozgástér abból adódik, hogy eldöntetlen marad, vajon a szuverén a fennálló jogrend védelmezőjeként lép-e fel e rendet fenyegető tényezőkkel szemben, avagy az adott jogrendet felfüggeszti és új rendet hoz létre. A szuverénnek kitüntetett pozíciója van a

jogrendhez képest, amely nem kötheti meg a kezét, hiszen a jog létrehozásához és felfüggesztéséhez nincs szükség jogra. Az intézkedésre képes szuverén egzisztenciális fölényben van a mindenkori normativitással szemben.

A szuverenitásként tételezett alanyiség tehát Schmittnél formális és – a normativitáshoz képest – abszolút. A döntésnek kulcsszerepe van abban, hogy az alanyiség konkretizálódjon – úgy is fogalmazhatnánk, hogy ezen az elméleti konstrukción belül csakis a mindenkori döntés ad identitást a szuverénnek. A döntés ennyiben nem csupán a normativitással szemben élvez kitüntetett pozíciót, hanem *identitáskonstitutív* szerepe is van.

A normatagadás hasonló identitáskonstituáló szerepre tesz szert *A politikum fogalma* 1932-es változatában is, ahol Schmitt megkísérli, hogy a politikum dimenzióját újraértelmezze és meghatározza. Az újraértelmezés kiindulópontjául a barát-ellenség megkülönböztetés középpontba állítása szolgál; az ellenségeskedés Schmitt értelmezése szerint normatív elvek által nem uralható, végső jellegű. A politikai ellenségeskedés az élet *minden más szféráját felülmúlhatja*, a konkrétan adott viszonyokat politikai ellenségeskedéssé transzformálhatja. „Minden vallási, erkölcsi, gazdasági, etnikai vagy más ellentét politikai ellentétté változik, ha elég erős ahhoz, az embereket barátok és ellenségek szerint hatékonyan csoportosítsa.” (Schmitt 1932a: 25. o., magyarul: 25. o.) A végső jelleg abból származik, hogy Schmitt az ellenségeskedés értelmét „a fizikai ölés reális lehetőségére” (uo. 20. o., 32. o.) vonatkoztatva határozza meg.

A barát-ellenség megkülönböztetés egyik fő vonása, hogy *teljesen formális jellegű*. A megkülönböztetés szempontjait az egzisztenciális döntés határozza meg, s ezt a döntést semmiféle előzetes tartalmi meghatározás nem korlátozhatja. A formális jelleg annak nyitva hagyását is magában foglalja, hogy az ellenségről hozott döntés *lehet individuális és kollektív is* – államok, osztályok, fajok, különböző társadalmi csoportok is tételeződhetnek, mint az ellenségeskedés alanyai és tárgyai. Az ellenségeskedés formálisan meghatározott viszonyt jelent, amely kijelöli a szereplőket (ellenség, barát), ám rendkívül tág körben konkretizálódhat a barátok és az ellenségek köre.

A disszertáció a barát-ellenség megkülönböztetés középpontba állítását hasonlóképpen értelmezi, mint a szuverén problematikáját a *Politische Theologie*-ban. Schmitt ebben az esetben is az alanyiságot tételezi, amely formális módon jelöli ki azt a pontot, amely a politikai praxis kiindulópontjául szolgál. A kulcsmozzanat itt is *a szituációra vonatkoztatott aktivitás fenntartása*. Az alanyiség kijelölésének formális jellege szoros összefüggésben van a barát-ellenség viszony identitásképző funkciójával és szituatív jellegével. Az alanyiség ugyanis meghatározásakor még nincs tartalmilag betöltve, csakis a konkrét döntés meghozatalakor kap tartalmi meghatározást, amely két irányban is konstitutív: az önmeghatározás és az ellenség meghatározása *egy döntési aktus két elválaszthatatlan mozzanata. Az ellenségképzés segítségével egy személy vagy kollektívum önazonosságának meghatározása történik*.

Mind a *Politische Theologie*, mind a *Der Begriff des Politischen* koncepciója úgy épül föl, hogy szerkezetileg tartalmazza a többértelműség, a jelentésbeli átrendeződés a szituációhoz való alkalmazkodás lehetőségét. A disszertációban ezt a szerkezeti jellegzetességet *billenékenységné* neveztem. A billenékenység metaforája olyan fogalmi-strukturális sajátosságra utal, amely az átrendeződés és a pozícióváltások lehetőségében nyilvánul meg. A pozícióváltások éppúgy megnyilvánulhatnak a fogalmak kétértelműségében, mint a fogalmi kontextusok átrendeződésében, ami a különböző művek illetve a korszakok vonatkozásában jelentkezik. A billenékenység *negatív* értelemben a fogalmi tartalmak, valamint a pozíciók rögzíthetőségének a hiányára vonatkozik, a billenékenység azonban egyúttal *pozitív* értelemmel is rendelkezik, amennyiben a fogalomtételezés során a normativitás különféle dimenziói hallgatólagosan – filozófiailag reflektálatlan módon – megfeleltetődnek egymásnak. A billenékenység a fogalmi struktúrákba épített különös, paradoxonokban megnyilvánuló *önreferenciális kapcsolódásokkal* függ össze.

E paradox viszonyok azonban nem tekinthetők a schmitti elmélet csődjének, mert az elmélet által a praxis számára a mozgásteret jelölik ki. Ez azért lehetséges, mert a schmitti elméletben a filozófiai leírás és a praxisra orientált alanyiség kijelölése nem különíthető el egymástól. Így például az a kérdés, hogy a szuverén a jogrend része-e, avagy sem, hogy a diktatúrának a jogrendszer megőrzésére, vagy felszámolására kell-e irányulnia, vagy hogy az ellenség kijelölésével az önazonosság konstitúciója történik-e, vagy épp ellenkezőleg, az ellenség határozza meg a másikat és a politikai szerepét azáltal, hogy a másik életére tör, eldöntetlenek, pontosabban újra és újra eldöntésre kerülnek a schmitti életműben az egyes gondolatmenetek során.

Gedő Éva
Válasz Geréby Györgynek, Karácsony Andrásnak és Cs. Kiss Lajosnak

(Előzetes megjegyzés: Geréby György – kihagyásokkal, betoldásokkal, illetve bevezetéssel – a védés után módosította az opponensi véleményét, ezért szükséges néhány rövid megjegyzést tennem.

Természetesen nem írom át utólag a Doktori Iskolának eredetileg benyújtott válaszomat, ezért az abban szereplő idézetek értelemszerűen Geréby eredeti bírálatából származnak (a megadott oldalszámok viszont a továbbfejlesztett verzióra vonatkoznak).¹

Geréby utólag írt bevezetésében félreértésre adhat okot, hogy – miután az elővédések hasznát taglalja – a következőket írja: „Erre az elővédésre Gedő Éva disszertációja esetében – tudomásom szerint – nem került sor.” (1. o.) Az ELTE Filozófiai Doktori Iskolájában, amelynek tanári karához Geréby is tartozik, nem létezik az elővédés intézménye. Ezért nem csak az én disszertációm, hanem a többi, e doktori iskolában benyújtott disszertáció is elővédés nélkül kerül az opponensekhez.

Az utólagos betoldásokkal kapcsolatban Geréby azt írja, hogy „a betoldásokat dőlt betűvel (kurzív) jelzem” (2. o.). A módosított szövegben azonban semmiféle jelzés nem található, amely megkülönböztetné az utólagos betoldásokat az eredeti szövegtől.² Ezért a követhetőség érdekében felsorolom a Geréby által utólag betoldott komplett bekezdések³ első néhány szavát: „Erre a problémára nem” (3. o.), „Ha a Politische Romantik” (5. o.), „Fejből idézve” (6. o.), „Általános probléma rejlik” (6. o.), „A dolgozat utolsó mondata” (6. o.), „A világosság kedvéért” (7. o.), „Ez az ellenvetés” (8. o.), „Az egy következő lépés” (8. o.)

Geréby bevezetőjében azt hangsúlyozza, hogy három típusú módosítást eszközölt az eredeti bírálatán: kihagyott néhány tévedést, meta-szintű megfontolásokat fogalmazott meg „a doktori disszertációk elkészítési és bírálati folyamatára, illetve tartalmi kritériumaira” vonatkozóan (1. o.) és „végül a szűkebb közönség előtt elhangzó bírálat jelzéseit és csak odavetett utalásait a szélesebb közönség számára” (2. o., kiemelés tőlem, G. É.) is bővebben kifejtette. A betoldások többsége azonban más természetű: az a funkciójuk, hogy elébe vágjanak az opponensi véleményre adott válasznak.)

Szeretném megköszönni Geréby Györgynek opponensi véleményét: nagyon tanulságos volt számomra. A válasz első részében az opponensi kritika azon pontjairól lesz szó, amelyek tárgyi szempontból egyértelműen eldönthetőek. A második rész elsősorban interpretációs jellegű kérdéseket érint.

Az első részben többek között Schmitt munkásságának korszakolásával foglalkozom, illetve néhány fogalomnak az életműben betöltött helyével és szerepével. Ezenkívül azokra kritikákra válaszolok, melyek idézési, illetve fordítási problémákkal fűgenek össze.

Az opponens nem ért egyet azzal, hogy a disszertációban 1933 szerepel alkotói korszakhatárként: „az 1933-as év korszakhatárnak tekintése önmagában is vitatható lenne, amint arra M. Dahlheimer könyvének címében foglalt évszám is utal. 1933 helyett az 1936-os

¹ Ellenőriztem a válasznak azokat a részeit, melyek a Geréby által kihagyott szövegrészekre vonatkoznak, ezek az olvasó számára ebben a formában is teljesen érthetőek.

² A dőlt betűvel jelzett szövegrészek már az eredeti véleményben is ugyanígy szerepeltek.

³ Azokat a szöveghelyeket nehézkes lett volna jelölni, ahol Geréby egy-egy kifejezést, félmondatot szúrt utólag az eredeti szövegébe.

határ ugyan látszólag kevésbé szimbolikusan, mégis precízebben utal Schmitt alkotói életútjának határkövére: hiszen ekkor válik kegyvesztetté az NSDAP-ben, és ettől számítható visszavonult tudósi korszaka.” (2. sk.) Erősen vitatható véleményem szerint, hogy 1936-tól lenne számítható Schmitt „visszavonult tudósi korszaka”; továbbá Dahlheimer könyve a disszertációban alkalmazott korszakolást támasztja alá; Dahlheimer szerint is ’33-ban alapvető fordulat következett be Schmitt gondolkodásában - ’36-ban ezzel szemben inkább csak tematikus irányváltás történt.

Schmitt ’36 után továbbra is nyilvánosan részt vállalt az antiszemita propagandában. Erre a tevékenységre éppen Geréby 2004-es cikke hívja fel a figyelmet: Schmitt „1938-ban belerúg az ’alkotmányosságba’, és ezzel újabb stiláris gesztust tesz a vezér-elvűség mellett, [...] a ’front’ vagy a ’hadműveleti terület’ kifejezéssel a zsidóság ellen már folyó belső harcot, melynek lehetőségét már 1932-ben megalapozta, e stiláris eszközzel tovább legitimálja.” (Geréby 2004: 269. o.) Azt gondolom, hogy a náci állam zsidóság elleni harcának nyilvános legitimálása nem tekinthető visszavonult tudósi tevékenységnek – 1938-ban, a kristályéjszaka évében járunk. A „visszavonult tudós” képét a következő, 1941-ből származó Schmitt-kijelentés sem erősíti: „A zsidó nép voltaképpen torz viszonya mindenhez, ami a talajra, földre és területre vonatkozik, politikai egzisztenciájának módjában van megalapozva. Egy nép viszonya a saját települési és kultúrmunkája által kialakított talajhoz és az ebből adódó hatalmi formákhoz felfoghatatlan a zsidó számára.” (Schmitt 1941: 317. o., v.ö. Rüthers 1990: 114. o.)

A náci hatalom tevékenységét nem csak a zsidóság üldözésével kapcsolatban legitimálta Schmitt, hanem sokkal szélesebb körben is: 1933 és 36 között a náci állam jogi szerkezetének kialakításával és legitimációjával volt elfoglalva, a kérdéses időponttól, 1936-tól pedig – a náci állam aktuális célkitűzéseinek megfelelően – elsősorban külpolitikai és nemzetközi jogi problémák felé fordult az érdeklődése.⁴ 1939-42⁵ között publikált írásaiban fejtette ki az úgynevezett „nagyterrend-elméletet”,⁶ amely a második világháborús német politika szellemi alátámasztását jelentette. Schmitt 1941-ben azt írta: „Az új nemzetközi jog új rendfogalmát a birodalom-fogalmunk jelenti, amely egy nép által hordozott, népi (volkhaft) nagyterrendből indul ki. [...] A Führer cselekedete birodalmunk gondolata számára politikai valóságot, történelmi igazságot és nagy nemzetközi jogi jövőt teremtett.” (Schmitt: 1941: 306. o.) 1936-ban Schmitt életművén belül tematikus váltás következett be, amely azonban nem tudósi visszavonultságra, hanem épp ellenkezőleg, a további politikailag elkötelezett tevékenységre utal.⁷

⁴ 1936 és 1941 között Schmitt három kötetet jelentetett meg, amelyek egyaránt nemzetközi jogi tematikára vonatkoznak. (Schmitt 1938b, 1939a, 1940a) Schmitt ekkor publikált nemzetközi jogi tematikájú cikkek közül különösen a következő írások fontosak: Schmitt 1937, 1938c, 1938d, 1938e, 1939b, 1939c, 1939d, 1939e, 1940b. Schmitt 1936 utáni írásaiban a külpolitika előtérbe kerüléséről ír Bendersky 1983: 250. o., Hofmann 2002: 191. sk., 206-217. o., Mehring 1992:115., 117-118., 120., 121., 123. o., Laak 1993: 28. o., Karácsony 2000: 59. sk. o.

⁵ Az új birodalom-fogalom első alkalommal egy beszédben szerepel, amelyet Schmitt két héttel azután tartott, hogy Németország megszállta Csehszlovákiát (Schmitt 1939c). E beszédben jelentkezik először az a motívum, hogy a birodalom eszméje „e nagyter számára alapvetően” kizárja „a téridegen hatalmak intervencióit” (Schmitt 1939c: 303. o.). Schmitt beszédében a Közép-Kelet Európára vonatkozó német hegemonia igényét fogalmazta meg. Az előadás jelentette a kiindulópontot Schmitt későbbi tanulmánya, a *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte* (Schmitt 1939a, 1941) számára. V. ö. Motschenbacher 2000: 183. o., Neumann 1980: 188. o., Bendersky 1983: 252. o.

⁶ Kifejezetten a nagyterrendre és birodalomra vonatkozó írások: Schmitt 1939a, 1939b, 1939c, 1939d, 1939e, 1940b, 1941. Mindenekelőtt Maschke alapos, adatközlő összefoglalása tájékoztat a témáról: Schmitt 1995: 343-371. o. V. ö. Bendersky 1983: 252-261. o., Lauermaann 1988: 47. o., Claes 1998: 330-333. o., Mehring 1988: 169-177. o. Rüthers 1990: 109-113. o., Hofmann 2002: 206-217. o., Cs. Kiss 2004a: 21., 22. sk., Noack 1993: 214-221. o., Neumann 1980: 178-197. o., Motschenbacher 2000: 182. skk., utal a kérdésre: Pethő 1993: 209. o.

⁷ A *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte* (Schmitt 1939a, Schmitt 1941) című mű egykorú népszerűsége érzékletesen mutatja Schmitt elgondolásának politikai aktualitását. Schmitt 1939 november 26-án Mussolinihez írt levelében kijelenti, hogy „miután Excellenciája az

Ami Dahlheimer könyvét illeti, a mű címében szereplő évszámok (1888 és 1936) életrajzi adatokat jelölnek, nem alkotói korszakhatárokat: 1888 Schmitt születési dátuma, 1936 pedig az az időpont, amikor Schmitt tudománypolitikai tisztségeinek nagy részét elveszítette.⁸ Véleményemet, hogy itt életrajzi adatokról van szó, az opponens a fent már idézett 2004-ben megjelent cikkében megerősíti: „Ezt az utat választotta a történész Manfred Dahlheimer, aki lényegében az életrajz két fontos dátuma, 1888 és 1936 között elemzi Schmitt német katolicizmushoz fűződő kapcsolatát.” (Geréby 2004: 263. o.) Ami azonban különösen lényeges, hogy Dahlheimer könyvében, amelyre az opponens mint „kulcsfontosságú”, „igen alapos” munkára utalt, a vitatott kérdésben *a disszertációban is követett alkotói korszakoláshoz tartja magát*. Dahlheimer külön fejezetet szentelt az 1933-ban kezdődő, úgynevezett „konkrét rendgondolkodásnak” (v.ö. Dahlheimer 1996: 396-410. o.), s e korszak jellemzőjeként „a decizionizmus és a normativizmus meghaladásáról”, tehát alapvető teoretikus fordulatról beszél (v.ö. uo. 396. o.); ezzel szemben az 1936-os cezúrával kapcsolatban „Schmitt pártpolitikai karrierjének vége” mellett pusztán „más témák előtérbe kerülését” említi (uo. 16. o.).

A korszakolás kérdésével függ össze az is, hogy az opponensi vélemény hiányolja, hogy a disszertáció nem vizsgálja „a *katechon* Schmittnél állandóan visszatérő, és szisztematikus szerepet betöltő” fogalmát (8. o.). Az opponens két szakirodalmi alkotásra hivatkozik, mint amelyek alátámasztják kritikáját. Egyik munka sem igazolja azonban ezt az állítást. „A *katechon* kifejezése, fogalma, eszméje első alkalommal 1942-ben bukkan fel Schmitt írásaiban” – írja Bernd A. Laska *'Katechon' und 'Anarch'.* *Carl Schmitts und Ernst Jüngers Reaktionen auf Max Stirner* című művében (Laska 1997: 35. o.).⁹ Felix Grossheutschi *Carl Schmitt und die Lehre vom Katechon* című könyve úgyszintén többször hangsúlyozza, hogy e fogalom először 1942-ben tűnik fel Schmitt szövegeiben.¹⁰ Eszerint az egész, általam vizsgált időszakban Schmittnél egyetlen alkalommal sem fordul elő ez a kifejezés;¹¹ nem igaz, hogy e fogalom Schmitt életművében állandóan visszatér és szisztematikus szerepet tölt be.

Az opponensi vélemény félreértésnek tartja, hogy a disszertáció a barát-ellenség viszony részének tekinti az ellenség kriminalizálását; szerinte az ellenség kriminalizálásáról „szó sincs Schmittnél, hiszen az alapító megkülönböztetéshez képest a büntetőjog sokszorosan derivált

elmúlt évben örömmel fogadta 'Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff' című írásomat, kérem, engedje meg, hogy ma ugyanannak a tiszteletteljes érületnek a jeleként átadhassam egy másik, ebben az évben megjelent értekezésem, melynek címe 'Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte' (Schmitt 1995: 342. o.).” A mű 1941-ben Japánban valamint – a római „Istituto Nazionale di Cultura Fascista” gondozásában – Olaszországban is megjelent. Luigi Vannutelli Rey a mű olasz kiadásához írt előszavában nemcsak a schmitti koncepciót foglalta össze, hanem egyúttal üdvözölte Albániának Olaszországhoz történt csatlását is, mint az olasz birodalom kialakítása felé tett lépést. (Schmitt 1995: 341. sk.) A szöveg Németországban 1939 és 1941 között *öttször* jelent meg különféle változatokban.

⁸ A Schmitt elleni támadásoknak – amint Dahlheimer is írja – valószínűleg az volt az oka, hogy „magas SS-körökben 1936 nyarán attól féltek, hogy egy következő kormányátalakítás során Schmitt államtitkár lehet a birodalmi igazságügyi minisztériumban. Ezt akarták Schmitt ellenségei megakadályozni.” (Dahlheimer 475. sk., v.ö. Rüthers 1990: 104-108. o., Lauermann 1990: 123. sk.)

⁹ A *katechon* - feltartóztató – alakja 1942-ben két írásban tűnik fel utalásszerűen, a *Land und Meer* (Schmitt 1942a: 19, 80. o.) című könyvben, valamint egy cikkben (Schmitt 1942b: 436., v. ö. 438. o.) A *katechon* kifejezés jelentkezésével párhuzamosan, 1943-tól kezdve Schmitt részéről bizonyos távolságtartás tapasztalható a kortárs politikai szituáció vonatkozásában is, erről az az előadás is tanúskodik, amelyet Schmitt 1943-ban éppen Magyarországon tartott, az „Az európai jogtudomány helyzete” címmel (V. ö. Rüthers 1990: 116. skk., Cs Kiss 2004a: 23. sk., Karácsony 2000: 60. o.). A Schmitt szemléletmódjában bekövetkezett módosulás bizonyára annak köszönhető, hogy „azt, hogy a háborút elvesztették, Schmitt 1943 óta tudta” (Noack 1993: 248. o.).

¹⁰ Grossheutschi 1996: 58., 104-107., 116., 118. o. Grossheutschi utal Schmitt 1948 január 11-i naplóbejegyzésére, melyben Schmitt azt állítja, hogy a *katechon* már 1932-ben, azaz a nemzetiszocializmus felé fordulása előtt is foglalkoztatta, Grossheutschi azonban sajnálattal megállapítja, hogy Schmitt műveiben ennek semmi nyomát nem találjuk. (Grossheutschi 1996: 57. o.)

¹¹ A tágabb Schmitt-szakirodalomban ugyancsak egyetértés van abban a tekintetben, hogy a „*katechon*” kifejezés 1942 után jelenik meg Schmittnél. V.ö. Maschke megjegyzése: Schmitt 1995: 438. o., Laak 1993: 28. o., Neumann 1980: 223. o., Mehring 1988: 175. o., Motschenbacher 2000: 187. o., Schindler/Scholz 1983: 173. o.

eleme a joghierarchiának, azaz számára ez a tétel módszertani hibát tükrözne.” (8. o.) Csakhogy a „Kriminalisierung des Feindes” és a „Kriminalisierung” kifejezés Schmittnél igen sok helyen, számos fontos könyvében és cikkében szerepel. Az ellenség kriminalizálását Schmitt néhol általános lehetőségként mutatja be: „Senki sem fog az ellenség kriminalizálásáról lemondani, ha az hatékony fegyvernek bizonyul.” (Schmitt 1991: 122. o.) A *partizán elmélete* című írásban pedig ezt írja a partizánról: „az ellenséget bűnözővé nyilvánítja és ideológiai csalásként leplezi le az ellenség jogról, törvényről és becsületről alkotott valamennyi fogalmát. [...] az ellenség kriminalizálásának forradalmi robbantó hatása azzal a következménnyel jár, hogy a partizán válik a háború igazi hőisévé.” (Schmitt 1963b: 35. sk., Schmitt 2002: 121. o.) Arra viszont nem találtam utalást, hogy Schmitt a büntetőjogot a joghierarchia sokszorosan (sic!) derivált elemének tekintené és ezért az ellenség kriminalizálását módszertani eltévelyedésnek tartaná.

Maga a „Kriminalisierung” kifejezés – jellemzően a „Kriminalisierung des Angriffskrieges”, „Kriminalisierung des Aggressors”, illetve „Kriminalisierung des Störers” kifejezések szerepelnek – Schmitt könyveiben számtalan helyen előfordul, többek között: Schmitt 1991: 58., 121., 122., 123., 167., 191., 194., 195., 196., 218. o. 229., 270., 271., 303., 311. o., Schmitt 1950c: 234., 235., 237., 239 sk., 243., 244., 245. o., Schmitt 1994: 17., 26., 28., 30., 31., 35., 49., 53., 63., 69., 79. o. A kriminalizálás témájánál azt is tekintetbe kell venni, hogy más fogalmak szintén ugyanezzel problémakörre vonatkoznak, elsősorban az „hors-la-loi”, „diskriminierender Kriegsbegriff”, „Pönalisierung”, „Feind als Verbrecher”, „gerechter Krieg”¹² kifejezésekről van szó.¹³ E fogalmi gazdagság annak köszönhető, hogy e problémakör Schmitt gondolkodásának alapjait érinti,¹⁴ az ellenség bűnözővé nyilvánítása és a háború kapcsolatának Schmitt – nagyszámú cikke¹⁵ kívül – négy önálló könyvet is szentelt (Schmitt 1939a, Schmitt 1938b, Schmitt 1950c, Schmitt 1994).¹⁶

A következő néhány pontban a bírálat azon megjegyzéseire válaszolok, amelyekben idézési vagy fordítási kérdések merültek fel. Az opponens azt írja, hogy „egy valószínűleg hibás idézet kétszeri előfordulása említést érdemel, a 82. és a 123. oldalakon is utal disszerens a *Politische Theologie II.* 41. oldalára. Nos, az egyébként Schmitthez képest figyelemreméltóan lapos gondolatmenetet hiába kerestem a többször olvasott *PT II*-ben. [...] Ha jól értem, Schmitt volna az utolsó, aki arra hivatkozna, hogy mindegy, hogy a sokféle vallás közül melyikről van szó, hiszen sokféle a politika is.” (a módosított verzióból törölve) A válaszomhoz csatolom a disszertációm irodalomjegyzékében megadott kiadás 41. oldalának másolatát, ebből kiderül, hogy e „figyelemreméltóan lapos gondolatmenet” megtalálható Schmitt könyvének általam megjelölt oldalán.

Az opponensi bírálat kevesli a teológiai problematika jelenlétét. Ennek kapcsán ír arról, hogy „a korai jogászok [...] miként mentik át a megszülető európai nemzetközi és közjogba a 'szent javakat' (*Bergung heiligen Gutes* – amint Schmitt költőien mondja az *Ex captivitate salus*ban), az egykori teológiai fogalmakat” (5. o.); Schmitt megadott művében

¹² „Az igazságos háború bellum politicum; az igazságos háború győztese megszünteti (aufhebt) az ellenség és a bűnöző különbségét”. (Schmitt 1991: 70. o.)

¹³ A szekunder irodalomban a kriminalizálás kérdését legújabban Schmitt egész életművének összefüggésében tárgyalja Campagna 2004: 221-249. o. A kriminalizálás fogalmát kiváltképp a *Glossarium* vonatkozásában vizsgálja: d'Ors, 2001: 267-275. o. V.ö. még Hofmann 2002: 198., 201., 204. o., Altmann 1968: 415. o., Altmann 1991: 729. o., Schwab 1968., Neumann 1980: 184. sk., Mehring 1988: 205. o.

¹⁴ Nemcsak a *Glossarium*ban, hanem Schmitt más személyes hangvételű írásaiban, leveleiben is visszatérnek ezek a fogalmak. (Schmitt 1950a: 71., 84. o., Kiesel 1999: 222. sk., 232. o.) A „kriminalizálás” kifejezés még 1960-ban is megjelenik, az *Ex Captivitate salus* spanyol kiadásának előszavában. (idézi: Noack 1993: 257. o.)

¹⁵ Schmitt 1926, Schmitt 1937, Schmitt 1938c, Schmitt 1938d, Schmitt 1938e, Schmitt 1940, Schmitt 1955

¹⁶ A *Der Begriff des Politischen* 1963-as bevezetőjében Schmitt utal korábbi műveire, a *Nomos der Erde* és a *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff* című írásokra, mint amelyek igazolják, hogy az ellenség és a jog viszonya életművének központi, kontinuos problémáját jelenti. (Schmitt 1963a: 13. o., magyarul: Schmitt 2002: 10. o.) A *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff* című művet részletesen elemzi Campagna. (Campagna 2004: 217. sk.o.)

azonban ilyen mondat nincs, csupán a kevésbé költői „Bergung kostbaren Gutes” szerepel (Schmitt 1950a: 72. o.).¹⁷ Az érvelés szempontjából nem közömbös, hogy Schmitt a „szent” (heilig), vagy az „értékes” (kostbar) kifejezést választotta-e.

Végül itt még egy olyan kérdést szeretnék érinteni, amely bizonyára nem tartozik a Schmitt-kutatás vezető problémái közé. Mivel azonban az opponens „apróbb tárgyi tévedések”-nek értékelte, hogy Schmitt első világháborús katonai rangját (Unteroffizier) altisztnak fordítottam, válaszolnom kell a kritikájára. Az opponens szerint ugyanis az altiszt „nem katonai rendfokozat”, s az „Unteroffizier” kifejezést tiszthelyettesnek kell fordítani (a módosított verzióból törölve). Jelenleg tényleg nincsenek a magyar hadseregben altisztek, ám ez nem volt mindig így. Talán elég itt arra utalnom, hogy a dualizmus óta érvényben lévő magyar törvények szerint léteztek katonai altiszti rendfokozatok, egészen 1941-ig. Eszényi József: *A magyar királyi honvédség altiszti kara 1920-1944* című munkájában (Püski Kiadó, Budapest 1994) a következőket írja: „Nagy jelentőséggel bírt az ’altiszt’ megnevezés megváltoztatása (1941-ben) ’Honvéd tiszthelyettesi karra’ (Honvédségi Közlöny (Szabályrendeletek) 1941/49.sz). Az altisztek régi sérelme nyert orvoslást ezáltal – ti., hogy a megnevezésük megegyezett a különböző alantás munkát végző polgári altisztekével.” (46 o.) Az első világháborús Unteroffizier rangot ezért természetesen hibás anakronizmus lenne tiszthelyettesnek fordítani.

A válaszom második részét az opponens fő ellenvetésével kezdem: „Szerzőnek nincs olyan tézise, amivel igazából vitába lehetne szállni.” (2. o.) Geréby tényleg nem vitázik a legfontosabb állításaimmal, mi több, meg sem említi őket. A disszertáció legfontosabb állításai, tézisei, kulcsfogalmai, -kifejezései gyakorlatilag elő sem fordulnak az opponensi véleményben. Az egzisztencia, alanyiség, önazonosság, közvetítés, normativitás és a történetiség kifejezésekre gondolok. A számítógép segítségével megnéztem, a norma, normativitás kifejezések 163, az önazonosság fogalma 20, a történeti, történetiség szavak 83, közvetít, közvetítés kifejezések 59, az alany, alanyiség fogalmai 18, az egzisztencia, egzisztenciális kifejezések pedig 25 alkalommal fordulnak elő a disszertációban. E fogalmaknak, illetve e fogalmak segítségével megfogalmazott állításaimnak nyoma sincs a bírálatban. Téziseimet az utolsó, „Konklúzió” címet viselő fejezetben foglaltam össze, az opponens gyakorlatilag nem foglalkozott a „Konklúzió”-ban foglaltakkal.

A disszertáció arra tesz kísérletet, hogy Schmitt gondolkodását egzisztenciális-hermeneutikai perspektívából értelmezze és rekonstruálja azt a formális sematikát, amely e gondolkodást meghatározza. Az értelmezés a fent felsorolt fogalmak segítségével történik. E feladatmeghatározásból az is következik, hogy a dolgozat súlypontját nem Schmitt elméletének tartalmi ismertetése, hanem egy értelmezési modell bevezetése képezi.

A disszertáció két témakörben fogalmaz meg Schmitt politikai filozófiáját értelmező téziseket: 1.) Schmitt korai, 1916-19-ben bekövetkezett antiromantikus fordulatával kapcsolatban megpróbálja e gondolkodásmód áttörését és megszilárdulását ábrázolni, illetve 2.) azokat a weimari időszakból származó Schmitt-műveket értelmezi, amelyekben a maga teljességében tetten érhető ez a formális gondolkodási struktúra.

A disszertáció a ’16-19-es időszakot gondolati és egzisztenciális krízisnek fogja fel; a krízis és az arra adott válasz kiemelkedő jelentőségű, mivel itt tör át az az egzisztenciális és gondolati alappozíció, amely Schmitt későbbi munkásságát meghatározza. A krízis összefügg a korabeli császári Németország válságával, amely megkérdőjelezte a korai Schmitt gondolkodásának előfeltevéseit. *A fő probléma Schmitt számára az, hogy miként lehetséges a szuverén, aktív politikai cselekvés belső, intellektuális és egzisztenciális feltételeit*

¹⁷ Ugyanez az idézési tévedés fordul elő Alfred Schindler és Frithard Scholz „Die Theologie Carl Schmitts” című írásában is (Schindler/Scholz 1983: 173. o., v.ö. Geréby György „Carl Schmitt teológiája” című írását, Geréby 2004: 278. o.).

újrateremteti, ha ezek a feltételek korábban egyértelműen és mélyen a császári Németország hierarchiájához, stabil rendjéhez kapcsolódtak.

A disszertáció a válság vonatkozásában három szinten kísérli meg Schmitt gondolkodásának átrendeződését jellemezni: 1.) az átmenet stádiumainak; 2.) az átrendeződés végeredményének; 3.) a fordulat egzisztenciális jelentőségének vonatkozásában.

1.) A Däubler-értelmezést és a *Politische Romantik*-ot tekinthetjük a fordulat legfőbb dokumentumainak, míg a *Politische Theologie* már az új pozíciót képviseli. Az átalakulás első stádiumát az jelenti, amikor a Däubler-interpretáció során Schmitt saját korábbi előfeltevéseit tematizálja, a *Wert des Staates*-ben képviselt duális modellt a romantikus szubjektivitás perspektívájából értelmezi. A *Politikai romantikában* Schmitt továbblép, és az első stádiumban tematizált előfeltevéseit, elsősorban a romantikus szubjektivitást már kritikusan elutasítja. A romantikus szubjektivitás ellenfogalmaként megjelenik a politikai döntés fogalma, és ezzel összefüggésben a politikai konzervativizmus mint a romantika alternatívája tűnik fel.

2.) Az átalakulás végeredményeképpen átrendeződik a döntés és a normativitás viszonya. A politikai döntés két vonatkozásban is elsődlegessé válik a normativitással szemben: egyfelől abban az általános, filozófiai értelemben, hogy a döntés Schmitt szerint kívül esik minden normativitáson, másfelől pedig a konkrét intézményes értelemben is, amennyiben azt állítja, hogy a politikai döntés a jogrend és az állam lehetőségfeltételét képezi.

3.) Az átalakulás egzisztenciális szempontból önmegtagadásként értelmezhető; a romantikus szubjektivitást, amely Schmitt számára a bensőségességet, önmagára vonatkoztatottságot, sőt, a meghasonlást jelentette, előbb tematikus tárggyá tette, majd megtagadta. A romantikus szubjektivitás felsorolt vonásait ugyanis Schmitt a válság során döntésképtelenséggé élte meg, amelyektől az aktivitási képességének fenntartása érdekében megszabadult. A válságra adott válasz egzisztenciális értelemben abban áll, hogy a létrehozott új fogalmi összefüggés az új történelmi helyzetben biztosítja az egzisztencia aktivitási képességét.

A disszertáció második része az úgynevezett weimari korszak írásait elemzi; e korszak írásait meghatározó fogalmi struktúrákat abból a szempontból vizsgálja, hogy e fogalmi összefüggések mennyiben jelentik az alanyiség tételezését, amely a mindenkori szituációra vonatkoztatottan az individuum mozgásszabadságát biztosítja. A schmitti teória az *alanyiságot üres fogalomként, az önazonosság történeti dinamikájáról leválasztottan* határozza meg, amely döntésről döntésre válik csak konkrétta.

A *Politische Theologie*-ban az alanyi pozíció kijelölése a szuverenitás fogalmának meghatározása által történik. Azzal, hogy Schmitt a jogrendszert a kivételes állapot felől írja le, meg tudja mutatni, hogy a döntés alapvető szerepet játszik a jogrendszer működésében. A kivételes állapot problémája továbbá rávilágít arra, hogy a jogrendszer keletkezésének és felfüggesztésének kérdése *túlnyúlik a jogrendszeren magán*. A szuverén ezért különleges pozíciót foglal el, kívül is van a jogrendszeren és mégis hozzá tartozik.

A szuverén fogalmának meghatározásával Schmitt nem csupán a lehetséges politikai praxis alanyiságát határozta meg formális módon, *a jogrendszer egészére vonatkozó döntésből következő paradox helyzet* feltárásával rendkívüli mozgásteret is kirajzol ezen alanyiség számára. A rendkívüli mozgáster abból adódik, hogy eldöntetlen marad, vajon a szuverén a fennálló jogrend védelmezőjeként lép-e fel e rendet fenyegető tényezőkkel szemben, avagy az adott jogrendet felfüggeszti és új rendet hoz létre. A szuverénnek kitüntetett pozíciója van a jogrendhez képest, az nem kötheti meg a kezét, hiszen a jog létrehozásához és felfüggesztéséhez nincs szükség jogra. Az intézkedésre képes szuverén egzisztenciális fölényben van a mindenkori normativitással szemben.

A szuverenitásként tételezett alanyiség tehát Schmittnél formális és – a normativitáshoz képest – abszolút. A döntésnek kulcsszerepe van abban, hogy az alanyiség konkretizálódjon – úgy is fogalmazhatnánk, hogy ezen az elméleti konstrukción belül csakis a mindenkori döntés

ad identitást a szuverénnek. A döntés ennyiben nem csupán a normativitással szemben élvez kitüntetett pozíciót, hanem *identitáskonstitutív* szerepe is van.

Hasonló identitáskonstituáló szerep jelentkezik *A politikum fogalmában* is, ahol Schmitt arra tesz kísérletet, hogy a politikum dimenzióját újraértelmezze és meghatározza. Az újraértelmezés kiindulópontjául a barát ellenség megkülönböztetés középpontba állítása szolgál. Schmitt egzisztenciális értelmezése szerint az ellenségeskedés normatív szabályozás által nem uralható, végső jellegű. A politikai ellenségeskedés Schmitt koncepciójában az élet *minden más szféráját felülmúlhatja*, az ottani viszonyokat politikai ellenségeskedéssé transzformálhatja. Schmitt az ellenségeskedés egzisztenciális értelmét „a fizikai ölés reális lehetőségére” (Schmitt 1932a: 20. o., magyarul: 32. o.) vonatkoztatva határozza meg.

Éppúgy, mint a *Politische Theologie* szuverenitás-koncepciójában, a barát-ellenség megkülönböztetés során is alanyiség-tételezés történik, amely formális módon jelöli ki azt a pontot, amely a politikai praxis kiindulópontjául szolgál. A kulcsmozzanat itt is *a szituációtól független aktivitási képesség fenntartása*.

Az alanyiség kijelölésének formális jellege összefügg a barát-ellenség viszony szituatív jellegével és identitásképző funkciójával. Az alanyiség a meghatározásakor még nincs tartalmilag betöltve, hanem csakis a konkrét döntés meghozatala során kap tartalmi meghatározást, amely két irányban is konstitutív: az önmeghatározás és az ellenség meghatározása *egyazon döntési aktus két elválaszthatatlan mozzanata*. Az ellenségképzés segítségével egy személy, vagy társadalmi csoport, legyen az nép, osztály, faj, egyúttal *saját önazonosságát határozhatja meg*. E modell *előfeltételezi a döntés normatív kötetlenségét* – a barát-ellenség megkülönböztetésére vonatkozó döntés szintén a semmiből jön. A döntés egyszersmind konkrét szituációhoz kötött, s a szituáció megváltozásával módosítható.

Akár a *Politische Theologie*, akár a *Der Begriff des Politischen* konceptuális felépítését tekintjük, az szerkezetileg tartalmazza a többértelműség, a jelentésbeli átrendeződés, a szituációhoz való alkalmazkodás lehetőségét. A schmitti gondolkodásnak ezt a szerkezeti jellegzetességét neveztem a disszertációmban *billenékenységgnek*. A billenékenységet véleményem szerint összefüggésbe lehet hozni e fogalmi struktúrákba épített *önreferenciális kapcsolódásokkal*, melyek paradox viszonyokat eredményeznek. A paradox viszonyokat Schmitt érvényesíti, kihasználja, ám filozófiailag nem reflektál rájuk. *E paradox viszonyok a praxis számára rendelkezésre álló mozgástér kialakításában játszanak szerepet*. A schmitti elméletben a tudományos-filozófiai leírás és a praxisra orientált alanyiség kijelölése nem különíthető el egymástól. Így például az a kérdés, hogy a szuverén a jogrend része-e, avagy sem, hogy a diktatúrának a jogrendszer megőrzésére, vagy felszámolására kell-e irányulnia, vagy hogy az ellenség kijelölésével az önazonosság konstitúciója történik-e, vagy épp ellenkezőleg, az ellenség határozza meg a másikat és a politikai szerepét azáltal, hogy a másik életére tör, eldöntetlenek, pontosabban újra és újra eldöntésre kerülnek a schmitti életműben az egyes gondolatmenetek során.

A téziseim összefoglalását Cs. Kiss Lajosnak és Karácsony Andrásnak adott válaszomban több ponton is folytatom, illetve kiegészítem.

Az opponensi bírálatban téziseimről szó sem esik, egyedül a billenékenység fogalma kerül terítékre. E kifejezést metaforaként használtam, amely nem az elmélet naiv hibájára utal, hanem olyan fogalmi-strukturális sajátosságra vonatkozik, amely az átrendeződések könnyűségében, a pozícióváltások lehetőségében nyilvánul meg. Schmitt a következőket írja a *Glossarium*-ban: „Sebezhetetlenségem nem vastag bőrömben, hanem a rögzíthetetlenségemben (Nicht-Fixierbarkeit) rejlik. Az ellenség, aki rám lő, legjobb esetben azt a pontot találja el, ahol egy másodperccel korábban álltam.” (Schmitt 1991: 190. o.) A billenékenységről a későbbiekben még részletesen fogok beszélni.

Az opponens argumentatív hibának tekinti, hogy körköröséget feltételezek Schmitt liberalizmus értelmezésében. Véleményem szerint a körköröség ott jelentkezik a döntés és a

liberalizmus kapcsolatában, hogy Schmitt a liberalizmus fogalmát a döntés *hiányaként* határozza meg, a döntés fogalmi konstitúciója során azonban *ellenfogalomként* alkalmazza a liberalizmust. A döntés véget vet a liberalizmus örök diszkussziójának, a reflexió gyakorlásának – a döntés félretolja a liberalizmust, ám e mozdulat egyúttal az önkonstitúció nélkülözhetetlen eleme is. Az első esetben a liberalizmus gyengeként és önpusztítóként jelenik meg, a másik esetben viszont nagyon is virulens, aktív ágensként, fenyegető erőként lesz ábrázolva. Két igen eltérő funkcióról van szó Schmitt elméletében, a döntés hiánya és a döntés tagadása nem esik egybe.

A további észrevételekre röviden válaszolok. Az opponens szerencsésnek találná, ha a címben fel lennének tüntetve a vizsgált időszak évszámai. Teljesen egyetértek, az évszámok csak azért nem szerepelnek a dolgozat címében, mert a Doktori Iskola szabályzata értelmében a szigorlat előtt megjelölt disszertáció-címen később nem lehet változtatni. A cím tehát még akkor lett rögzítve, amikor elkezdtem írni a dolgozatot és szándékosan választottam olyan címet, amely a későbbiekben nem köti meg a kezemet.

Az opponens súlyos hiányosságnak tartja „Schmitt történelmi kontextusa szorosabb feltárásának” elmaradását. (4. o.) A dolgozatban számos hivatkozás történik az esztétörténeti háttérre, a neokantianizmustól kezdve, a historizmuson és a konzervatív forradalmon át egészen az expresszionizmusig és Kierkegaardig igen sok utalást tettem. Gerébynek igaza van abban, hogy Schmitt dadaista recepciójáról, illetve a kor katolikus szellemi mozgalmairól nem írtam, de szerintem e kérdések nem igazán lényegesek a disszertáció szempontjából. Interpretációm súlypontját nem a hatástörténeti összefüggések vizsgálata, hanem a schmitti fogalmiság strukturális elemzése képezi. Ezek a megközelítésmódok véleményem szerint nem zárják ki, és nem is helyettesíthetik egymást – nem tartom súlyos hiányosságnak, ha egy értelmezés a strukturális elemzés mellett köteleződik el.

Däubler *Nordlicht* című könyvének bibliográfiai adatai azért nem szerepelnek az irodalomjegyzékben, mert az internetről töltöttem le őket, s nem gondoltam arra, hogy a weboldal címét is megadhatnám, ez az én hibám, s majd pótolni fogom. Däubler 3000 oldalas költeményéről igencsak nehéz lenne tartalmi ismertetést adni. Az idézetekben szereplő furcsaságok hű képet adnak a költeményről, mely inkább csak alkalmat adott Schmitt számára, hogy saját elgondolásait kifejtse, amint írtam, „*Schmitt saját reflexióit, gondolatait fejezi ki a költemény interpretációja által.*” (43. o.)¹⁸

Az opponens kritikusan jegyzi meg, hogy „a magyarul meg nem jelent műveknél [...] előre, vagy esetenként meg kellett volna” (9. o.) mondani, hogy az idézeteket én fordítottam. Azt gondolom, magától értetődő, hogy ha egy műnek nincs magyar nyelven megjelent fordítása és nincs további utalás, akkor a tanulmány szerzője maga fordította le az idézett passzusokat. Egyébként a mai magyar filozófiában és filozófiatörténetírásban széleskörűen elterjedt az opponens által kifogásolt gyakorlat (v.ö. pl. Bence 1990, Boros 1998, Erdélyi 1993, Fehér 1992, Karácsony 2000, Kelemen 2002, Ludassy 1999, Steiger 1999).

(Válasz Karácsony Andrásnak) Köszönöm Karácsony Andrásnak gondolatébresztő véleményét, melynek megállapításait fel fogom használni, amikor a dolgozatot publikációra készítem elő. Külön köszönöm, hogy Karácsony András a kialakult nem könnyű szituációban elvállalta a disszertáció értékelését. Az opponensi vélemény négy fontos kérdést vetett fel: a

¹⁸ A Schmitt-hagyatékban egy másik rövid értelmezés is található Däubler *Nordlicht* című művéről, amely 1912-ből származik. E korábban íródott interpretációra sem az apokaliptikus hangvétel, sem a krízis éles, eleven megjelenítése nem jellemző. Míg 1912-ben a „közvetítő” – vagyis az állam – halálának kérdése csak mint esetleges jövőbeli veszély merül fel (Schmitt 1912: 353. o.), addig az 1916-os értelmezésben a közvetítő halála már adottságként előfeltételeződik.

„billenékenység” metaforájának, az ellenség „kriminalizálásának”, a Russell-paradoxon analógiájának és a *Gesetz und Urteil*-ban szereplő döntésfogalomnak a problémáit.

A „billegés”, „billenékenység” kifejezések alkalmazását az opponens nem tartja szerencsésnek, ezért szeretném megindokolni, miért használtam előszeretettel e fogalmakat. A billenékenység metaforájával Schmitt *fogalmképzésének egyik fő jellegzetességét* szerettem volna leírni. A schmitti fogalmiságnak azt a sajátosságát, hogy a struktúrák rendkívül könnyen átrendeződnek, új és új alakot öltenek, az alábbiakban példák segítségével szeretném megmutatni.¹⁹

Mindenekelőtt különbséget kell tennünk olyan fogalmi átrendeződések között, amelyek egy-egy művön, illetve korszakon belül lépnek fel, és azon átrendeződések vonatkozásában, melyek paradigmatiszus jelentőségűek, Schmitt alkotói korszakhatárait jelölik.

A billenékenység egy-egy művön, illetve korszakon belül abban mutatkozik meg, hogy *a fogalmak egymáshoz képest elfoglalt helyzete, jelentősége, értelme több viszonylag stabil összefüggésben is megjelenik*. E sajátosság többek között abban fejeződik ki, hogy *Schmitt szinte minden alapvető tézise, kulcsfogalma lényegileg kétértelmű*. E kétértelműség végső soron abban áll, hogy a tézisek és kulcsfogalmak az alanyiség pozícióját két alapvető módon határozhatják meg: az egyik esetben az alanyiség pozíciója egy hozzá képest külső aktivitásra vonatkoztatottan konstituálódik, az *elszenvedés* által lesz meghatározva, a másik esetben pedig éppen ellenkezőleg, a fogalmak értelme az *aktív* alanyiség szempontjából lesz meghatározva.

Lássunk néhány példát. A kivétel kifejezése például kettős értelemben szerepel a *Politische Theologie* és a *Die Diktatur* című művekben.²⁰ 1.) *A kivétel mint krízis*: ebben az esetben a krízis a fennálló rendet fenyegeti, amelybe egzisztenciálisan belehelyezkedünk, az alanyiség tételezése a külső fenyegetés által történik. A diktatúra bevezetésének egyértelműen az a célja, hogy a korábbi normál állapotot helyreállítsa.²¹ 2.) *A kivétel mint a fennálló jogrend felfüggesztése*: itt viszont a kivételes állapot bevezetéséről a normativitás fölött álló szuverén dönt.²² Az alany aktivitása ekkor előfeltételként tartozik a kivétel fogalmának értelméhez. Mindkét műben felfedezhető mindkét jelentés, *A diktatúrában* azonban a kivétel főleg a krízis értelmében szerepel, míg a *Politikai teológiában* a kivétel fogalma elsősorban a fennálló jogrend felfüggesztéseként jelentkezik.²³ Ennek megfelelően alakul a többi kulcselem pozíciója, *A diktatúrában* Schmitt eszmetörténeti anyag alapján mutatja be a diktatúra fajtáit – mint ahogy más műveiben is az alany passzív meghatározásával párhuzamosan mindig az

¹⁹ A schmitti fogalmiság egyértelműségének hiánya kiváltképp Maschke és Hofmann írásaiban fogalmazódik meg: Maschke 1988: 193., 194. o., Maschke 1982: 194. o., Schmitt 1995: 344. o., Hofmann 2002: 166., 167. o.

²⁰ Schmitt *A diktatúra* és a *Politikai teológia* koncepciójának összetartozását megfogalmazza: Schmitt 1934: 15. o., magyarul. Schmitt 1992: 3. o., Schmitt 1996: 24. o.

²¹ „Az, hogy minden diktatúra egy norma alóli kivételt tartalmaz, nem jelenti egy tetszőleges norma véletlenszerű tagadását.” (Schmitt 1921: VIII. o.) *A diktatúrában* Schmitt a norma tagadásának aktusát tehát a norma perspektívájából ragadja meg, *a norma tagadását mint a normára való pozitív vonatkozást határozza meg*. „Az olyan diktatúra, amely nem teszi függővé magát egy normatív elképzelésnek megfelelő, de konkrétan előidézendő sikertől, amelynek eszerint nincsen célja, annak önmagát kell feleslegessé tennie, az tetszőleges despotizmus.” (Schmitt 1921: VIII. o.) Campagna új monográfiájában előtérbe állítja a schmitti diktatúra-fogalom normatív mozzanatát. (Campagna 2004: 20. sk.)

²² „Az állam léte ebben az esetben minden kétséget kizáró bizonyítéka annak, hogy a jogi normák érvényessége fölött fölényben van. A döntés megszabadul minden normatív köteléktől, és a szó tényleges értelmében abszolúttá válik.” (Schmitt 1934: 19. o., magyarul. Schmitt 1992: 5. o.) „Normális állapotot kell teremteni, és az a szuverén, aki megállapítja, valóban normális állapot uralkodik-e.” (Schmitt 1934: 20. o., magyarul. Schmitt 1992: 5. o.)

²³ Amikor Schmitt *Politikai teológiában* visszautal *A diktatúra* című könyvére, akkor azt hangsúlyozza, hogy az eszmetörténetben a diktatúra fogalma hagyományosan a kivételes állapotról szóló döntés problémájaként jelent meg. (Schmitt 1934: 15. o., magyarul. Schmitt 1992: 3. o.) Schmitt itt már hallgat arról, ami valójában *A diktatúra* központi tézisének jelentette, hogy a diktatúrának eszmetörténetileg két különböző válfaját lehet elkülöníteni, a komisszári és a szuverén típusú diktatúrát.

eszmétörténeti perspektíva kerül előtérbe. A *Politikai teológiában* ezzel szemben a történetiség nem eszmétörténeti alternatívák alakjában jelenik meg, hanem a közvetítés formális elveként szerepel. A *diktatúrában* a politikai cselekvés célracionális oldala kerül előtérbe, ezzel szemben a *Politikai teológiában* a döntés aktusa játszik központi szerepet.

A barát-ellenség viszony felfogása is kétértelmű, ami mögött úgyszintén az alanyiség pozíciójában rejlő kettős lehetőség áll. Az alany tételeződhet passzív módon, az ellenségeskedés leírható úgy, hogy a másik kezdeményezi a támadást, az alanyiség tételezése itt is a külső fenyegetés által történik. A másik leírásmód pedig az, hogy az aktív döntésre kerül a hangsúly, valaki megválasztja az ellenségét, s ezáltal tételezi a saját egzisztenciáját.²⁴ E perspektívából újraolvasva a *Der Begriff des Politischen*-t, váltások, „billenések” sora tapasztalható. A „politikai minőség” (politische Größe) fogalma például helyenként az önálló háború kezdeményezésének képességét jelenti: „Ha elég erősek, hogy az állami irányítás által akart, érdekeiknek és elveiknek ellentmondó háborút megakadályozzák, de nem elég erősek, hogy önmaguktól saját döntésük alapján határozzanak el egy háborút, akkor már nem létezik politikai minőség.” (Schmitt 1932a: 27. o., magyarul Schmitt 2002: 27. o.) Két bekezdéssel korábban ellenben az fogalmazódik meg, hogy a politikai minőséghez már az is elegendő, ha egy csoport képes elhárítani a külső támadást. „Már akkor is politikai minőség, ha [...] abban a helyzetben van, hogy [...] a híveihez intézett tilalommal háborúkat akadályozzon meg, vagyis mértékadó módon tagadja az ellenfél ellenségminőségét.” (Schmitt 1932a: 25. o., magyarul Schmitt 2002: 25. o.)

Példák sokaságát lehetne még felidézni, itt csak néhány kulcsfogalomban rejlő kétértelműségekre utalnék: a döntések lehetnek rendmegalapozó, illetve rendfelfüggesztő jellegűek, a szuverenitás fogalma jelentheti a személyes alanyiságot, illetve a kollektívumot, a történetiség pedig jelentkezhethet történetfilozófiaként, illetve politikai teológiaként.

A schmitti életműben nem csupán egy-egy fogalom instabilitása, rögzíthetetlensége figyelhető meg, hanem mélyebbre ható, paradigmatiszta jelentőségű strukturális átrendeződések is tapasztalhatók. Az átrendeződés ebben az esetben is az alapvető egzisztenciális attitűdök váltakozásaként ragadható meg. A két attitűd itt is az alanyiség tételezésének két lehetséges alaptípusához kapcsolódik. Az egyik lehetséges magatartás a személyes aktivitás pozíciójába való behelyezkedés, a másik lehetőséget pedig a fennálló politikai rendbe való behelyezkedés jelenti, amely természetesen más fogalmi összefüggést eredményez. Az alapvető egzisztenciális érdek azonban mindkét esetben a cselekvőképesség fenntartása, olyan fogalmi összefüggés kiépítése, amely az adott történeti konstellációban lehetővé teszi az alanyiség tételezését – akár aktív, akár pedig passzív módon.

Schmitt fő korszakai rendpártiként, illetve aktivistaként írhatók le, a korszakokon belül azonban az egyes művekben további kisebb jelentőségű átrendeződések sora játszódott le. Az átrendeződések következményeként Schmitt életműve rögzíthetetlen álláspontok sokaságát tartalmazza. Utalnék Schmitt korábban már idézett kijelentésére, mely szerint sebezhetetlensége rögzíthetlenségében (Nicht-Fixierbarkeit) rejlik. Azt gondolom, a „Nicht-Fixierbarkeit” kifejezés arra a jellegzetességre vonatkozik, amelyet a „billenékenység” kifejezéssel szerettem volna megragadni.

A disszertációban a kriminalizálás problémájára sajnos tényleg csak egy utalás történt, s e téma bővebb magyarázatot kíván. Itt szeretném megemlíteni, hogy az opponensnek igaza van abban, hogy néhány helyen szükség lett volna az elemzett tematika bővebb kifejtésére.

Az ellenség kriminalizálását Schmitt az ölés, az erkölcsi normativitás és az intézményesség (állam, jogrend) kapcsolattrendszerében fogja fel. E komplex problematika

²⁴ Schmitt azt írja, hogy „minden résztvevő egyedül maga döntheti el, hogy az idegen más-léte a konkrétan fennforgó konfliktushelyzetben az egzisztencia saját fajtájának tagadását jelenti-e és ezért az idegent elhárítja vagy harcban legyőzi, hogy megőrizze az élet saját, létszerű fajtáját.” (Schmitt 1932a: 15. o., magyarul Schmitt 2002: 19. o.)

interpretációjakor véleményem szerint abból lehet kiindulni, hogy Schmitt az ellenségeskedést mindenekelőtt az ölés felől értelmezi: „A barát, ellenség és harc fogalmai azáltal nyerik el reális értelmüket, hogy kiváltképp a fizikai ölés reális lehetőségére vonatkoznak és e vonatkozást meg is őrzik.” (33. o., magyarul: 23.o.) Az ölés végső lehetőségére vonatkoztatott ellenségeskedés bármilyen normarendet maga alá gyűrhet, adott esetben a tudomány normarendjét éppúgy átírhatja, ahogy a jogi normarendet is átalakíthatja.²⁵

Schmitt pontosan látta azt a jogban rejlő lehetőséget, hogy az kiváló eszközként szolgálhat az ellenség kiiktatására – amint már idéztem: „Senki sem fog az ellenség kriminalizálásáról lemondani, ha az hatékony fegyvernek bizonyul.” (Schmitt 1991: 122. o.) A bűnöző és az ellenség viszonyát élete különböző szakaszaiban Schmitt eltérő módon értékelte; azonban akár polemikusan,²⁶ akár elfogadóan²⁷ közelített a kriminalizálás kérdéséhez, az ellenség fogalmának jogi relevanciáját egész életművében szem előtt tartotta.²⁸ A *Der Begriff des Politischen* ’63-as előszavában azt írja saját könyvéről, hogy „egy ilyen beszámolónak át kellene fognia a politikai bűncselekményekre és a politikai menedékre, a politikai cselekmények igazságszolgáltatásban történő megítélhetőségére [...] vonatkozó nézetek fejlődését is” (Schmitt 1963: 13. o., magyarul Schmitt 2002: 10. o.).

Schmitt paradox gondolkodását azonban jól szemlélteti, hogy sok helyütt az *hors-la-loi*-vá tétel, azaz a törvényen kívül helyezés fogalmát alkalmazza, amely majdhogynem inverz módon kezeli az ellenség gonosztevővé nyilvánításának problémáját. Az *hors-la-loi* fogalma ugyanis eredetileg azt jelentette, hogy az állam által gonosztevővé nyilvánított személy elpusztítója mentesül a gyilkosság büntetnének vádja alól. Az „állam mint politikai egység, ameddig fennáll, önmagától határozza meg a ’belső ellenséget’. Ezért valamilyen formában minden államban létezik [...] az *hors-la-loi*-vá tétel, egyszóval az államon belüli *ellenséggé nyilvánítás*” (Schmitt 1932a: 34. o., Schmitt 2002: 31. o.). Az *hors-la-loi*-vá tétel szoros értelemben nem jelent kriminalizálást,²⁹ de az sem állítható, hogy az ellenség fogalmának itt nincs jogi relevanciája. Figyelemre méltó, hogy itt nem pusztán arról van szó, hogy az ellenségfogalom jogi értelmet is nyer, hanem az *ellenség meghatározása a jogrend létrehozását szolgálja*. Schmitt elgondolására támaszkodva Giorgio Agamben *Homo sacer* című – az utóbbi években nagy feltűnést keltett – könyvében azt a tézist fogalmazza meg, hogy a nyugati értelemben vett állam és jogrend konstitúciójának esszenciális része bizonyos embercsoportok kizárása, megsemmisítéssel való fenyegetése.

²⁵ „Azonban az emberi élet és gondolkodás többi szférájához hasonlóan, a jogot is fel lehet használni más szférák támogatására vagy megdöntésére.” (Schmitt 1932a: 53. o., magyarul Schmitt 2002: 45. o.)

²⁶ A jogi eszközökkel folytatott politikai ellenségeskedés egyik szélsőséges huszadik századi példája „a politikai ellenség erkölcsi és fizikai megsemmisítés céljából rendezett koncepciók per.” (Schmitt 1963: 12. o., magyarul: Schmitt 2002: 9. o.) „A háború utáni genfi politikai egyezményeinek rendszerében a *támadót* mint *ellenséget* határozzák meg. [...] A nemzetközi jogi fogalomalkotás itt szemmel láthatólag kriminalizálódott és büntetőjogi jellegűvé vált.” (Schmitt 1940: 245. o., magyarul: Schmitt 2002: 74. o.)

²⁷ Schmitt 1935-ben az analógia tilalmának megszüntetése mellett foglalt állást, azt képviselte, hogy a „’nulla poena sine lege’ pozitívista-jogállami tételét” váltsa fel a „’nullo crimen sine poena’ igazságos alapelve”. (Schmitt 1935: 115. sk., v. ö. uo. 119. o., Lauer mann 1988: 45. o.) Ugyanakkor Schmitt mind az 1928-as *Verfassungslehre*-ben, mind pedig 1945 után a „nulla poena sine lege” elv alkalmazását támogatta. (Schmitt 1928: 156. o., Schmitt 1994)

²⁸ Schmittnél már a weimari köztársaság idején több írásban megjelenik az a motívum, hogy az ellenség fogalma egyidejűleg rendelkezik politikai és jogi vonatkozásokkal is. Legtöbbször nemzetközi jogi szempontból tárgyalja a problémát, a versailles-i békerendszer és a pacifista ideológiára hivatkozó genfi népszövetség bírálata során. (Schmitt 1925)

²⁹ Bizonyos helyeken Schmitt együtt alkalmazza a két kifejezést: „Mindenesetre az emberek közötti ellenségeskedés sok fokozatra és fokozásra képes. A vallás- és polgárháborúkban éri el a forrponjtját, a jogi, morális és ideológiai kiközösítésekkel, azaz a *saját* jognak az abszolutizálásával és az ellenfélnek ezzel összekapcsolódó kriminalizálásával és *hors-la-loi*-vá tételével, akit már nem ismernek el emberként, hanem akit zavaróként, kártevőként és a világbéke utolsó akadályaként el kell tenni láb alól.” (Schmitt 1955: 533. o.)

Az ellenségfogalom jogi vonatkozásai tehát egyidejűleg két ellentétes értelemben is felmerülnek. Az egyik értelmezés szerint az ellenségeskedés a jogrenden *belül*, a jog eszközeivel folyik, ezt többnyire a kriminalizálás kifejezés írja le, a másikban pedig az ellenséget az érvényes jogrenden *kívül* helyezik – ezt az eljárásmódot Schmitt műveiben főként az *hors-la-loi* fogalma képviseli.

Az opponens vitatja, hogy a disszertáció a szuverén fogalmának megvilágítására a Russell-paradoxon analógiáját alkalmazta. Az analógia véleményem szerint abban áll, hogy mind a Russell-paradoxon, mind pedig a szuverén schmitti meghatározása esetében adott egy összefüggésrendszer, ahol az egyik elem önreferenciális módon az egészre vonatkozik, miközben ez az elem egyúttal az egésznek a részét is képezi. Schmittnél ez az önreferenciális mozzanat az egész felfüggesztését, illetve megteremtését jelenti, a halmazelméletben pedig a tartalmazást. A paradoxon mindkét esetben létrejön, erre vonatkozott a hasonlatom. E ponttól természetesen az utak elválnak. A matematikusok az ellentmondásmentes elmélet kialakítására törekszenek, Schmitt pedig a politikai praxis lehetőségfeltételeit és ezen belül a szuverén mozgásterének elméleti kiterjesztését szeretné kidolgozni. Az állításom az, hogy *a szuverén Schmitt által leírt paradox pozíciója éppen e praxis mozgásszabadságát növeli meg.*

A dolgozat lezárása után ismertem meg Agamben írásait, amelyek több tekintetben is alátámasztják a disszertáció megközelítésmódját. A szuverenitás problémáját ő is halmazelméleti fogalmakkal értelmezi: a szuverén kivétel (*souveräne Ausnahme*) „*az, amelyet nem lehet abba az egészbe belefoglalni, amelyhez tartozik és nem tartozhat ahhoz a halmazhoz, amelybe már mindig is bele van foglalva.*” (Agamben 2002: 35. o., a halmazelméleti megközelítésről lásd uo. 34-36. o.) Ezenkívül Agamben úgyszintén az ölést tekinti kulcsmozzanatnak a szuverenitásfogalom szempontjából: „*Szuverén az a szféra, amelyben anélkül lehet ölni, hogy gyilkosságot követnének el [...]*” (Agamben 2002: 93. o.).

Két rövid megjegyzést szeretnék közbevetőleg tenni: valóban Moeller van den Bruck eredeti írására kellett volna hivatkoznom, ezt pótolni fogom. Abban is igaza van opponensemnek, hogy sokszor fontos megjegyzések kerültek a lábjegyzetbe. A lábjegyzeteket éppoly fontosnak tartom, mint a főszöveget, azonban Karácsony András mellett Cs. Kiss Lajos is jelezte ezzel az eljárással kapcsolatos elégedetlenségét, ezért átgondolom a gyakorlatomat.

Egyetértek opponensemvel abban, hogy Schmitt 1912-es *Gesetz und Urteil* című írása figyelmet érdemel, hiszen itt már igen korán megjelenik a döntés és a kivétel fogalma, amely a weimari korszakban olyan nagy szerepet játszik. A mű azért szerepel lábjegyzetben, mert hosszú évekig nem sikerült beszereznem ezt a könyvet; annak ellenére, hogy a művet 1969-ben újra kiadták, még a német könyvtárakban is rendkívül nehéz megtalálni. Nem sokkal a dolgozat leadása előtt jutottam hozzá, s akkor már nem tudtam fontosságának megfelelő módon foglalkozni ezzel az írással.

A disszertáció gondolatmenete szempontjából a perdöntő kérdés abban áll, hogy az a döntésfogalom, amely 1912-ben a *Gesetz und Urteil*-ban körvonalazódott, kétségsbe vonja vagy megerősíti-e azt a dolgozatban megfogalmazott állítást, mely szerint 1916-19 között alapvető fordulat Schmitt zajlott le gondolkodásában. A kérdés tehát az, hogy a *Gesetz und Urteil* döntés-felfogása milyen viszonyban áll a weimari periódus elgondolásával.

A *Gesetz und Urteil*-ban már megjelenik a későbbi döntésfogalomnak az az alapvető eleme, hogy a bírói döntés helyessége nem függ a törvény betűjétől, sőt, a döntés ténye fontosabb, mint a döntés tartalma.³⁰ E döntésfogalom azonban még normatív kötöttségekkel rendelkezik, ami a későbbi Schmittre már nem jellemző. Schmitt e művében a bírói döntés *helyességének* a kritériumait keresi, a bírói döntés önigazolásra szorul. A bírói döntése során saját kollégái beállítottságához, elvárásaihoz igazodik, az ítélezés során úgy dönt, ahogyan

³⁰ Schmitt azt írja: „fontosabb, hogy egyáltalán döntsenek, mint az, hogy egy bizonyos módon döntsenek” (Schmitt 1912: 63. o.).

feltételezi, hogy bírótársai hasonló helyzetben döntenének – a bírói döntés egzisztenciális kötöttségét tehát Schmitt az interszubjektivitás szférájában fedezi fel. A bírói döntés megjósolhatósága, kiszámíthatósága jelenti a jogrend stabilitásának a garanciáját.³¹ A *Gesetz und Urteil*-ban kifejtett bírói döntés-fogalomban tehát a normativitás három vonatkozásban is megjelenik: az önigazolás követelményében, a döntés interszubjektív jellegében valamint a kiszámíthatóság igényében.

1919 után a döntés leoldódik a normatív kötöttségekről, az egzisztencialitás szembekerül a normativitással.³² A döntés immár nem a jogrenden belül tételeződik, nem a jogi normák érvényesítésére vonatkozik, hanem a rend és jogrend egészét érinti, a jogrend felfüggesztéseként jelentkezik.³³ A Schmittet kiválóan ismerő Günter Maschke – kérdésünkre választ adó – kijelentését idézem: más a „bírói döntése, aki ugyan önállósággal rendelkezik a normával szemben, azonban mégis egy normára vonatkoztatja magát és ettől függő marad.” A bírói döntésénél „az új jelentősége és mértéke csekély, az előreláthatóság rendkívül nagy, csak *little decision*, nem *big decision*, amivel találkozunk.” (Maschke 1988: 194. sk. o.) Schmitt '12-es írásában tehát a bírói döntés az adott normarendszertől még *függő marad*, csak az általam leírt fordulat után beszélhetünk – Maschke szavaival szólva – „nagy politikai döntésről”, amely a jogrendszer *egészét* érinti.

A válságra adott válasz természetes módon nyúlt vissza a korábbi gondolati kezdeményekhez; ilyen értelemben e választ a már korábban is meglévő anyag elsajátításának tekinthetjük, ez az elsajátítás, következetesebbé tétel ugyanakkor a korai korszak normatív vonatkozásainak eltűnését eredményezte.

A bírói döntés tekintetében a weimari korszakban Schmitt éppen azt a felfogását képviseli, amelyet 1912-ben még elutasított.³⁴ Azt hangsúlyozza, hogy a bírót maradéktalanul köti az ítélet alapjául szolgáló norma;³⁵ és amennyiben a bírók önálló törvényértelmezésre vállalkoznak, akkor a politika eszközeivé válnak; a bírók függetlensége éppen a törvényhez való kötöttségből származik.³⁶ Az egzisztencialitás és a normativitás szembekerülése jegyében – a bírói döntés Schmitt bizonyos írásaiban egyenesen a politikum ellenfogalmának státuszára tesz szert, amennyiben a bírói döntés értelmét éppen a politikum elutasításában találja meg.³⁷

³¹ „Egy bírói döntés akkor helyes, ha előre látható és kiszámítható.” (Schmitt 1912: 111. sk., v. ö. 74. sk., 108. o.)

³² A döntésnek „nincs szüksége etikai vagy jogi norma által történő igazolásra, hanem a politikai egzisztenciájában van az értelme. Egy norma egyáltalán nem lenne képes arra, hogy itt bármit is megalapozzon. A politikai egzisztencia különös jellegének nem kell magát legitimálnia és nem is képes erre.” (Schmitt 1928: 87. o., v.ö. Mehring 1988: 31.o.)

³³ „A *Gesetz und Urteil*-ről szóló írásban éppen az nem merül fel, hogy a meggyőző jogi érveléseket lényegileg más szituációkra alkalmazzuk. Ez teljes világossággal először a Politikai teológiában fordul elő, amelyet a decizionizmus egyik központi művének tekinthetünk.” (Kaufmann 1988: 308. o.)

³⁴ „Azáltal, hogy a *Gesetz und Urteil* után tett közzétett írásaiban Schmitt a törvényhez köti a bírót, eltávolodik a korai írásában védelmezett téziséstől, hiszen az még megengedte a contra legem történő bírói döntést.” (Campagna 2004: 179. o.)

³⁵ „A bírói döntés lényegéhez tartozik, hogy tartalmilag levezethető az alapul szolgáló normából, a bírót köti norma tényleg mérhető és kiszámítható módon köti és nem csak felhatalmazza őt.” (Schmitt 1931: 39. o., v. ö. Schmitt 1928: 156., 192. skk., 273. sk.)

³⁶ A *Verfassungslehre*-ben Schmitt így fogalmaz: „A bírói függetlensége azonban nem lehet semmi más, mint a *törvénytől* való *függés* másik oldala” (Schmitt 1928: 274.o., v. ö. 131. skk., 276. o.). Schmitt ugyanezt az álláspontot fogalmazza meg a huszas években keletkezett más írásaiban is: „Politikailag és alkotmányjogilag egyaránt rövidlátás lenne, ha a jogállam diadalaként ünnepeelnék a bírói politikai hatalomnak a törvényhozóval szemben történő - ilyen bizonytalan 'normákra' támaszkodó - kitágítását. Hiszen megdönthetetlen alkotmányjogi axióma, hogy a bíró csak addig független, amíg a törvényekhez van kötve” (Schmitt 1929: 117. o., v.ö. Schmitt 1931: 19., 21., 33. o.).

³⁷ „A bírói függetlenségének (...) célja a politikum *elutasítása*. Minden, amit a bíró tesz, normatívan meghatározott és különbözik a politikum egzisztencialitásától”. (Schmitt 1928: 274. o.)

(Válasz Cs. Kiss Lajosnak) Szeretném megköszönni Cs. Kiss Lajosnak alapos és mélyreható kritikáját, s külön szeretném hangsúlyozni, hogy mennyire jólesett, hogy Schmitt elméletének interpretációjában és megítélésében fennálló nézetkülönbségek nem befolyásolták a disszertáció értékelését. Az opponens bírálata éppen azokat a döntő pontokat érinti, melyeken a disszertációban kifejtett értelmezés érvényessége múlik. Téziseim opponensem által kifejtett rekonstrukciója és kritikája szembesített azzal, hogy a disszertációban több helyen nem dolgoztam ki elég alaposan és körültekintően a mondandómat, de meg is erősített abban a tekintetben, hogy e tézisek jelen vannak a disszertációban. A kritikus megjegyzések valóban hasznosaknak bizonyultak számomra; disszertációm átdolgozásakor, publikációra való előkészítéskor komolyan támaszkodni fogok Cs. Kiss Lajos bírálatára.

Ha igazán alaposan szeretnék válaszolni e bírálatra, az a gyanúm, hogy minden terjedelmi korlátot túl kellene lépnem, ezért e helyen megpróbálok a legfontosabbnak tűnő kérdésekre összpontosítani. Az opponens legsúlyosabb kritikai észrevételében a túlinterpretáció gyanúját fogalmazta meg: miután rekonstruálta a disszertációban kifejtett Schmitt-értelmezést, annak legfontosabb pontjait kritikának vetette alá. Válaszomban magam is ezt a sorrendet követem, így elsőként e rekonstrukcióval kapcsolatos kérdésekre koncentrálok; azt sok ponton elfogadom, azonban van néhány fontos kérdés is, ahol módosítanám a felvázolt képet.

A túlinterpretáció gyanúja talán azért is merült fel, mert disszertációban szokatlan értelmezési módszert választottam. Schmitt elméletét véleményem szerint ugyanis szinte lehetetlen azon a hagyományos, megszokott úton interpretálni, hogy az egyes tézisek lépésekben történő rekonstrukciója után összegző szintézist hozunk létre, amely ezen elmélet kulcselemeit *leíró* módon tartalmazza. A schmitti elmélet fő sajátosságai (a mindenkori történelmi szituációhoz való alkalmazkodás, a polemikus jelleg, az eszmetörténeti és a szisztematikus megközelítésmódok összefonódása, az önreferenciális kapcsolódások jelenléte a fogalmi struktúrákban) mind-mind azt eredményezik, hogy a lineáris tartalmi ismertetés megoldhatatlan nehézségek elé kerül. Ezért nem tekinthető véletlennek, hogy a Schmitt-szakirodalomban *tartalmi szempontból* szinte semmiben nincs konszenzus, gyökeresen eltérő álláspontokkal találkozhatunk.

A kérdés úgy merült fel számomra, hogy lehetséges-e olyan perspektíva kidolgozása, ahonnan tekintve e kaleidoszkópszerű tartalmi sokféleség megragadhatóvá és értelmezhetővé válik. E keresés során terelődött a figyelmem a schmitti elmélet *formális jegyeire*, melyek az életmű kétségtelenül jelen lévő belső konzisztenciáját megadják. Schmitt elméletének formális sematikáját, melyet felfedezni véltem, a disszertációban csak részlegesen sikerült megmutatni. Nehéz pontosan megmondani, hogy milyen státuszt lehet e formális sematikának tulajdonítani: leginkább olyan filozófiai előfeltevéseknek tekinthetők, melyek bizonyos egzisztenciális alappozícióval vannak összefüggésben. A schmitti elmélet számtalan olyan megfogalmazást tartalmaz, mindenekelőtt a normativitás tekintetében, amelyeket ezen előfeltevések kifejeződésének tarthatunk, így ezek mégis egy rekonstruálható egzisztenciális döntésemélet körvonalait alkothatják. Azt gondolom, hogy e feltételezéssel *túlléptem* azon, amit Schmitt közvetlenül mond, ám e *túlinterpretációt* szükségesnek véltem ahhoz, hogy teret nyerjünk az egységes tárgyalásmód kialakításához.

Opponensem két fő jellemzővel határozta meg az általam rekonstruált schmitti elméletet: abszolút és önreferenciális. Mindkét meghatározással egyetértek, de kissé pontosítanám, hogy mire gondolok.

Schmitt az abszolút kifejezést sok helyütt, különféle összefüggésekben használja (pl. Schmitt 1919: 23. o., Schmitt 1928: 3. skk., 23., 259. o., Schmitt 1934: 19., 42. o. magyarul: Schmitt 1992: 5., 16. o.); az abszolútum schmitti fogalma nem tekinthető az isteni abszolútum-fogalom közvetlen megjelenésének, hanem 1919 után *gyakorlati* vonatkozásban jelentkezik.

Az abszolútum státuszát Schmittnél a döntés, a közvetítés és a normativitás kulcsfogalmainak kapcsolatán keresztül lehet megközelíteni.

A schmitti elmélet formális sematikájának egyik kulcseleme az alanyiség tételezése; e tételezés formális módon történik, az alanyi pozíció pontszerű meghatározást kap, amely az önazonosság *történeti* dinamikájáról el van választva. Schmitt kijelentését, mely szerint „a döntés megszabadul minden normatív köteléktől, és a szó tényleges értelmében abszolúttá válik” (Schmitt 1934: 19. o., magyarul Schmitt 1992: 5. o.),³⁸ e formálisan meghatározott alanyi pozíció egyik megnyilvánulásaként értelmezhetjük, az így meghatározott alanyiség ugyanis ki van oldva az emberi egzisztencia normatív összefüggéseiből. A disszertációban az abszolút fogalmát a fenti Schmitt-kijelentéshez és természetesen a kifejezés eredeti jelentéséhez kapcsolódva mindenekelőtt leoldottságként értelmeztem. A normatív kötésekről való leoldottság az előfeltétele a *Politische Theologie* szuverenitás-elképzelésének.

A döntés Schmittnél *közvetítést* is jelent, valamely általánosnak konkrét személyek által történő érvényesítését. A közvetítést egyfelől az jellemzi, hogy mindig konkrét személyre, azaz megvalósítóra utalt,³⁹ másfelől a közvetítés olyan eszmét valósít meg, amely nincs jelen, hanem *hiányzik*, és visszamenőlegesen, a cselekvés által *tűnik fel* csak eszmeként.⁴⁰ A döntés formális értelemben az általános és a konkrét közötti szakadékot hidalja át, csakhogy ebben az esetben a közvetítés formális jellegű: a közvetítés „honnan”-ja üres és csak a konkrét döntés tölti be ezt az űrt. A döntés ennyiben három irányban is konstituens: meghatározza az alanyt, aki dönt, természetesen meghatározza a döntés tárgyát, például a szükségállapot kihirdetését, ám azt is meghatározza, hogy *minek a nevében született meg a döntés*, azaz meghatározza azt az általánost is, amelyet mintegy a történeti valóságba injektál a döntést hozó személy.

A *közvetítés* fogalmában *találkozik* a normativitás alóli mentesség és a kötelező érvénnyel történő öntételezés mozzanata. Az abszolútum státusza ennyiben az *érvényességtételezés* problematikájához is kapcsolódik. A kijelölt alanyi pozíció kívül helyezkedik el a normativitás érvényességi körén, a szuverén *mentesül* a normativitás érvényessége alól – e pozíció azonban egyúttal *az érvényesség forrásaként* is tételeződik. A normatív kötöttségekről való leoldottság által az a pozíció jön létre, ahonnan lehetséges parancsolni és normatív rendet létrehozni.

A leoldottság másik alapvető jelentőségű megnyilvánulása abban fedezhető fel, hogy Schmitt a politikum szféráját az ellenségeskedés és végső soron *az ölés reális lehetősége* felől értelmezi. Ezáltal olyan szempont került előtérbe, amely az interszubjektív viszonyokat szabályozó normativitást felülmúlja és felfüggeszti.⁴¹ Az interszubjektív viszonyok normatív hálózatának a felfüggesztése abszolúttá teszi az ellenségeskedést, a leoldottság értelmében

³⁸ „Normatív szempontból a döntés a semmiből születik meg.” (Schmitt 1934: 42. o., magyarul Schmitt 1992: 16. o.)

³⁹ „Eminens értelemben véve reprezentálni csak egy személy, méghozzá – az egyszerű ’helyettesítéstől’ eltérően – csak egy autoriter személy képes, vagy pedig egy eszme, amely szintén megszemélyesül, mihelyt reprezentálódik.” (Schmitt 1923b: 44. sk. o.)

⁴⁰ A *Verfassungslehre* szerint „csak valami hiányzót, nem pedig jelenlevőt lehet reprezentálni.” (Schmitt 1928: 243. o.) „A reprezentáció dialektikája elsősorban abban rejlik, mint azt *Carl Schmitt* megmutatta, hogy képes a távollévőként (abwesend) előfeltételezett és ennyiben láthatatlan népet láthatóvá tenni és megjelteni. Az intézményesen reprezentált nép éppenséggel a reprezentáció aktusán keresztül helyeződik a távollét állapotába és a reprezentáns erre a helyre helyezkedik. A reprezentáció ezért *antitézis*” (Kaiser 1989: 72. o.)

⁴¹ Schmitt megfogalmazása nem mentes bizonyos kétértelműségtől: „Nem létezik semmiféle racionális cél, semmiféle mégoly helyes norma, semmiféle mégoly példászerű program, semmiféle mégoly szép társadalmi eszmény, semmiféle legitimitás vagy legalitás, amely igazolhatná, hogy az emberek ezért kölcsönösen megölik egymást. Ha az emberi élet fizikai megsemmisítése nem a saját egzisztenciaforma létszerű érvényre juttatásának az érdekében történik, e forma hasonlóképpen létszerű tagadása ellenében, akkor az emberi élet elpusztítása éppen nem igazolható. A háború etikai és jogi normákkal nem indokolható meg. Ha létszerű jelentésében, ahogyan itt tárgyaljuk, léteznek valóságos ellenségek, akkor értelmes, de csak politikailag értelmes ezeket szükség esetén fizikailag elhárítani és velük harcba bocsájtani.” (Schmitt 1932a: 37. o., magyarul Schmitt 2002: 33.o.)

véve. Az életre-halálra menő ellenségeskedés minden emberi viszonyt képes átírni, és *a normativitásnak új értelmet adni*. Ha a másikat és önmagunkat a lehetséges megöletés felől tekintjük, akkor ismét az alanyiség olyan formális tételezéséhez jutunk el, amely átírhatja az interszubjektív viszonyok történeti és normatív meghatározottságait.

A döntések *önreferenciális* jellegének kérdése is a fenti összefüggésben értelmezhető. A schmitti elméletben két vonatkozásban merül fel a döntések önreferenciális jellege: a döntés vonatkozhat a jogrendszer egészére, illetve arra a döntésre, amellyel politikaivá teszük létezésünket, azaz az ellenségünket meghatározzuk. A normativitásból való kioldottság mozzanata szoros kapcsolatban áll e döntések önreferenciális jellegével. A jogrend egészére vonatkozó döntés, legyen szó akár annak megteremtéséről, akár felfüggesztéséről, olyan alanyi pozíciót feltételez, amely bizonyos tekintetben kívül áll az adott jogrenden, abszolút a jogrend vonatkozásában. Ha döntést hozunk arról, hogy politikailag értelmezzük viszonyainkat és embertársainkat és önmagunkat az ellenség-barát viszonylatban helyezzük el, akkor e döntés egybeesik a történetileg adott interszubjektív normativitás felfüggesztésével. E döntés pedig önreferenciális: a másik ellenségként történő meghatározása egybeesik az önmeghatározás aktusával.

A bírálatban kiemelt szerepet játszik a normativitás problémája, amely különböző aspektusokban is felmerül: a norma és a jogrend viszonyaként, ezenkívül a döntés és a normativitás, valamint a tudományos leírás és a normativitás kapcsolatát illetően. Teljesen egyetértek az opponenssel abban, hogy a schmitti elméletben kulcsszerepet játszik a normativitás mozzanata, sőt, számomra úgy tűnik, az egész schmitti elmélet egzisztenciális értelmezése végső soron a normativitás jelentőségének felismerésén áll vagy bukik.

A norma több eltérő összefüggésben is jelentkezik a schmitti elgondolásban: a normativitás általános értelemben az erkölcsi elvek és a fogalmak univerzális jellegét jelenti, a normativitás mozzanata azonfelül feltűnik a normál állapot valamint a jogi normák értelmében is, továbbá a késői Schmittnél szerepet játszik a hagyományos intézményekhez és a fennálló jogrendhez igazodó emberi viselkedés leírásában is.⁴²

A rend problémája 1919 után a „normál állapot” fogalmával szoros összefüggésben jelentkezik, ezért a döntés és a rend viszonya jól vizsgálható a „normál állapot” schmitti fogalmán keresztül. A normál állapot fogalma Schmittnél azt a szituációt jelenti, amelyben a fennálló rend általánosan elfogadott, az intézmények magától értetődő módon, zavartalanul működhetnek. Schmitt politikafilozófiája szerint mindenekelőtt a rend helyreállításának feltételeit kell megteremteni, a normál állapot fogalma Schmittnél a megkérdőjeleződött rend *helyreállításának* feladataként jelentkezik.⁴³

A normál állapot fogalma már eleve tartalmazza a megkérdőjelezés lehetőségét. Az elméleti dilemma abban áll, hogy a schmitti elméletben *megfordul* a viszony norma és kivétel között, a rend felfüggesztése a norma létrehozásának lehetőségfeltételeként jelenik meg – így a rend felfüggesztése és megteremtése egybeesik.⁴⁴ A *döntésnek* azért van elsőbbsége a rendhez képest, mert a *felfüggesztés és a teremtés* mozzanata *transzcendentális* értelemben megelőzi a rendet. „A rendet helyre kell állítani ahhoz, hogy a jogrendnek értelme legyen. Normális szituációt kell teremteni és az a szuverén, aki definitíven dönt arról, ez a normális állapot valóban uralkodik-e. Minden jog ’szituációjog’. A szuverén az, aki megteremti és garantálja a

⁴² A normativitás különféle megnyilvánulásmódjaira utal: Schmitt 1934a: 9. o.

⁴³ „A diktatúra a jogi korlátoktól megszabadított állami hatalom, egy abnormális állapot, kiváltképp a háború és a lázadás legyőzése céljából.” (Schmitt 1926: 33. o., v.ö. még Schmitt 1919: 257. o., Schmitt 1958: 66. o.)

⁴⁴ A schmitti életműben vörös fonálként húzódik végig az a tétel, hogy *a normatagadás aktusa identitást konstituál*. A normatagadás *aktusának* identitáskonstituáló státusza a weimari időszaktól kezdve a döntés fogalmaként jelentkezik.

szituációt mint egészet a maga totalitásában.” (Schmitt 1934: 20. o., magyarul Schmitt 1992: 5. o., a magyar fordítást módosítottam.)⁴⁵

A döntés ellentétes viszonyban áll a normával, ez az *ellentét* azonban sokféle alakban jelentkezik. A döntés és a norma egyrészt kölcsönösen kizárják egymást, ugyanakkor a döntés – „dialektikus szükségszerűséggel”⁴⁶ – tartalmazza is a tagadott normát, ahol a tagadott mozzanatoknak konstitutív státusz jut.

A *Verfassungslehre*-ben nyomon követhető, hogy a jogrend vonatkozásában a döntés és a norma ellentétes viszonya milyen különböző jelentéseket ölthet. A *Verfassungslehre* arra az előfeltevésre épül, hogy az állam és az alkotmány egy nép döntésén alapul.⁴⁷ Minden törvény – az alkotmánytörvény is – csak akkor érvényes, ha politikai döntés előzi meg. „Minden normaalkotás (Normierung) előtt az *alkotmányadó hatalom hordozójának* alapvető *politikai döntése* található” (Schmitt 1928: 23. o.). A parlamentarizmus és a jogállam – az alkotmány összes többi eleméhez hasonlóan – szintén döntésen alapul.⁴⁸ A döntés normativitással szembeni felsőbbrendűsége abban is megmutatkozik, hogy a jogállam eszméje önmagában nem képes arra, hogy államformát alapítson.⁴⁹

A *Verfassungslehre*-ben ugyanakkor a döntés és a norma viszonyának tárgyalásmódja dualisztikus jellegű, Schmitt önálló létjogosultságú témaként vizsgálja az alkotmány jogállami alkotórészét is, a politikai alkotórész mellett.⁵⁰ Schmitt szerint weimari alkotmányt „kevert” jelleg, „kompromisszumkarakter” jellemzi, mivel a parlamentarizmusban a politikai és jogállami elemek együttesen vannak jelen. A „kevert jelleg” ugyanakkor számos eltérő jelentésben előfordul: a jogállami rész hol a politikai alkotórész egyenrangú partnereként mutatkozik,⁵¹ hol hierarchikusan alárendelt státuszban van a politikai alkotórészhez képest, a

⁴⁵ „Azonban egy normális állam teljesítménye mindenekelőtt abban áll, hogy az államon és területén *belül* [...] *normális* helyzetet teremtsen, amely előfeltétele annak, hogy jogi normák egyáltalán érvényesülhessenek, mert minden norma normális helyzetet előfeltételez és a jogi norma nem lehet érvényes a vele szemben teljesen abnormális helyzet számára.” (Schmitt 1932a: 34. o., magyarul Schmitt 2002: 31. o.)

⁴⁶ A „jogi fogalom minden mozgása dialektikus szükségszerűséggel a tagadásból ered. [...] Bármely eljárás mint jogi cselekvés csak akkor válik gondolatilag lehetségessé, ha valamilyen jogot tagadnak.” (Schmitt 1963: 14. sk., magyarul Schmitt 2002: 11. o.) A tagadás konstitutív státusza megmutatkozik továbbá a polemikus fogalommeghatározás schmitti módszerében is, ahol az egyik pólus a másikat *per negationem* határozza meg. (Schmitt 1928: 242., 275. o., Schmitt 1926: 36. o.)

⁴⁷ A *Der Begriff des Politischen* szerint is a döntésből származik a jogrend. „A jog mint olyan, legyen az magánjog vagy közjog, legbiztosabban a nagy politikai döntés árnyékában, tehát például a stabil államiség keretei között rendelkezik a saját relatív önálló területével.” (Schmitt 1932a: 53. o., magyarul Schmitt 2002: 45. o.)

⁴⁸ A weimari alkotmányra jellemző „a törvényhozás és a kormány alapvetően *parlamenti-reprezentatív formája* melletti döntés; végül a *polgári jogállam* és ennek alapelvei – az alapjogok és a hatalmi ágak megosztása – melletti döntés”. (Schmitt 1928: 24. o.) A „demokratikus felfogás szerint minden alkotmány, a jogállami alkotórészét tekintve is a politikailag cselekvőképes nép konkrét politikai döntésén alapul.” (Schmitt 1928: 238. o.)

⁴⁹ „A jogállami rész két elve: az alapjogok (mint elosztási elv) és hatalommegosztás (mint szervezési elv) önmagában tekintve nem tartalmaz államformát, hanem csak az állam gátjainak és ellenőrzéseinek sorozatát, a polgári szabadság garanciáinak rendszerét és az állami hatalom relativizálását. Az államot magát, amelyet ellenőrizni akarnak, előfeltételezik ebben a rendszerben. 'A szabadság semmit sem konstituál', ahogy Mazzini találóan mondta.” (Schmitt 1928: 200. o.)

⁵⁰ A politikai és jogállami törvényfogalom közül „a jogtudomány és különösen az alkotmánytan számára mindkét törvényfogalom ugyanolyan módon a tudományos tárgyalás tárgyát képezi. Mindkettő a modern alkotmánytanhoz tartozik, mivel a modern alkotmány nem létezik e két különböző – a jogállami és a politikai – alkotórész nélkül, amelyeknek a két törvényfogalom dualizmusa felel meg.” (Schmitt 1928: 146. o.)

⁵¹ „A polgári-jogállami alkotmány ezért mindenekelőtt kevert alkotmány, abban az értelemben, hogy az önmagában önálló és zárt *jogállami* alkotórész *politikai* formaelemekkel kapcsolódik össze.” (Schmitt 1928: 202. o.)

kevert jelleg továbbá értelmeződhet a döntés megkerüléseként,⁵² továbbá ellentétes elemek egyensúlyaként,⁵³ valamint össze nem illő mozzanatok heterogenitásaként is.⁵⁴

A decizionizmus kérdésével kapcsolatban mindenekelőtt egy terminológiai kérdés szorul tisztázásra. Úgy tűnik, az opponenssel nem ugyanazt értjük a „dezizionizmus” kifejezésen: „Schmitt jogtudománya és jogfilozófiája csak akkor minősíthető decizionistának, ha az a jogot mint döntést fogja fel.” (7. o.) A decizionizmus számomra nem azt jelenti, hogy a jog feloldódik a döntésben, hanem azt, hogy a döntésnek elsőbbsége van a jogrenddel és általában a renddel szemben. Ezzel szoros összefüggésben az opponens úgy értelmezte a disszertációban kifejtett álláspontomat, hogy szerintem Schmittnél „a jog lényege szerint döntésekből áll, nem pedig normákból” (6. o.). Nem volt szándékomban ezt állítani, mivel azt gondolom, hogy Schmittnél a normativitás mozzanatának kulcsszerepe van a jog felépítésében is. Minthogy írásom alkalmat adott erre a félreértésre, a publikációra való előkészítés során megfelelő kiegészítő magyarázattal fogom ellátni a szöveget.

Az életmű történeti alakulása során a döntés fogalmának státusza többször módosult, így például a weimari korszak és a '33 utáni időszak között is hangsúlyeltolódások tapasztalhatók. Schmitt a húszas években a parlamentarizmust bírálva fogalmazza meg elméletét, míg '33 után a fennálló rendet előfeltételezi. Ennek megfelelően a weimari korszakban a transzcendentális perspektíva érvényesül és a kivétel, illetve a szuverenitás fogalmai játszik a főszerepet. A transzcendentális perspektíva valamint e fogalmak előtérbe helyezése Schmitt számára lehetővé teszi, hogy a rendet alapvetően a *döntés által való megkérdőjelezés* szempontjából vizsgálja. *A jogrend felfüggesztése és megteremtése egyaránt a döntés aktusához kapcsolódik.* Ezért a weimari korszak gondolkodását – a fent meghatározott értelemben – decizionistának tartom.

Az 1933 utáni időszaktól kezdve ellenben nem a transzcendentális, hanem a történeti, történetfilozófiai megközelítésmód a jellemző. A rend (nomosz) kialakulásának kezdőpontján Schmitt *döntési ős-aktust* (Ur-Akt) feltételez, s az ősaktus megalapozó jellegű.⁵⁵ E történetfilozófiai perspektívában a rend átmenetinek és törekenynek van ábrázolva, amelyet a rendtelenség fenyeget. A megalapozott rend történeti és térbeli⁵⁶ kiterjedéssel is rendelkezik, magában foglalja a társadalmi-gazdasági viszonyokat, államot, jogrendet.

Az államot (1941 után) Schmitt – történeti megközelítésmódjának megfelelően – konkrét, történeti korszakhoz kötött fogalomként határozza meg. A modern állam a 16. században uralkodó zűrzavaros polgár- és vallásháborús állapotok legyőzéséből keletkezett,⁵⁷ s a schmitti történetfilozófiai sémában a történeti fejlődés dialektikájának köszönhetően a fennálló rend fejlődése saját megkérdőjeleződésének, a polgárháború kiújulásának az irányába

⁵² A weimari alkotmány szövegében „bizonyos kompromisszumok és tisztázatlanságok találhatók, amelyek nem tartalmaznak döntést, amelyekben a koalíciós pártok inkább éppen hogy el akarták kerülni a döntést.” (Schmitt 1928: 28. sk.)

⁵³ „Tehát valamennyi formaelem összetalálkozik, ám relativizálva és kiegyensúlyozva, és a modern polgári-jogállami alkotmány és a parlamenti rendszer szempontjából ez az összekapcsolás, kevertség a lényeges.” (Schmitt 1928: 220. o.)

⁵⁴ A „parlamenti rendszer *sajátos*, az egymással szembenálló politikai formaelveknek és struktúraelemeknek - a polgári jogállam érdekeinek megfelelő – *relativizálását, összekapcsolását és keverését* tartalmazza.” (Schmitt 1928: 218. o., v. ö. 200.)

⁵⁵ Schmitt szerint a tulajdon „jogilag a közösségi ős-aktusból származik” (Schmitt 1950: 16. o.), illetve a jog „nagy ős-aktusairól” beszél (uo. 15. o.). Schmitt több írásában is az elhatárolás, vétel (Nahme), földfoglalás (Landnahme) fogalmaival jellemzi a rendalapítás ősaktusát. (Schmitt 1950: 19. o., Schmitt 1953: 491. sk., Schmitt 1959: 577. sk.)

⁵⁶ Schmitt az „Ordnung” és „Ortung” összefüggését emlegeti, hogy e szójáttékkal érzékeltesse a rend- és a térkonstitúció kapcsolatát: Schmitt 1950c: 48., 66. o., v. ö. Agamben 1995: 47. o.

⁵⁷ „Az állam lényegében egy vallási polgárháború terméke” (Schmitt 1991: 19. o.).

mutat.⁵⁸ Így a jelen szituációt már az áthagyományozott rend és az állam bomlasztására elszánt erők konfliktusa jellemzi. E küzdelemben Schmitt maga a felbomlófélben lévő rend oldalán áll, s a legfőbb feladatnak az államot fenyegető erők feltartóztatását (lásd katechon) tekinti. A döntés tehát ott rejlik a tág értelemben felfogott rend konstitúciójának a kezdőpontján. A transzcendentális perspektíva hiánya ugyanakkor abban is megmutatkozik, hogy nincs egy olyan pozíció tételezve, ahonnan a fennálló rend bármikor megsemmisíthető, illetve újrateremthető lenne.

Az opponens – a *Der Begriff des Politischen*-re utalva – megfogalmazza, hogy ha egyáltalán decizionizmusról beszélünk Schmitt kapcsán, akkor a döntést nem individuális, hanem kollektív értelemben kellene érteni. Egyetértek az opponenssel abban, hogy *Der Begriff des Politischen*-ben megfogalmazott szuverenitás- és ellenségfogalom – Schmitt szándékai szerint – a kollektívumra vonatkozik. *A kollektív alanyiség fogalma azonban Schmittnél ellentmondásokkal terhelt.*⁵⁹ Ezeket a feszültségeket véleményem szerint éppen az egzisztencialitás és az interszubsztitívitás jelenlétének a módja, másként fogalmazva, a normativitás státusza okozza.

A *Der Begriff des Politischen* kollektívum-fogalma az interszubsztitívumon alapul, e műben a barát-ellenség megkülönböztetéshez kapcsolódik az identitáskonstitúció. Schmitt – a műben alkalmazott formális megfogalmazásmódok révén – elővigyázatosan kerüli azt, hogy az alanyiség tekintetében egyértelműen állást foglaljon. Az alanyiség tisztázatlansága két szinten jelentkezik, a barát-ellenség megkülönböztetés vonatkozásában, valamint a szuverenitás fogalmát illetően. A másik fél támadóként történő meghatározásának formulája, az ember „veszélyes” mivolta, a „fenyegetés” kifejezései nyitva hagyják azt, hogy a barát-ellenség megkülönböztetésekor ki szerepel a cselekvés alanyaként, illetve tárgyaként. A szuverenitás vonatkozásában szintén sokértelmű, hogy mit tekinthetünk a „mértékadó egység” kritériumának: a döntés aktusát,⁶⁰ vagy az egység faktikus jelenlétét.⁶¹

Az alanyiség elmosódottsága ellenére a schmitti politikum-felfogásban mégis jelen van a személyesség mozzanata. A *Der Begriff des Politischen*-ben a „másik fél támadóként történő meghatározásának” formális képlete – az én-perspektíva alkalmazásának tekintetében – aszimmetrikusnak bizonyul, és más értelmet nyer attól függően, hogy a meghatározás alanyának vagy pedig a megtámadott másik félnek a pozíciójából történik-e az ellenség meghatározása.⁶²

⁵⁸ „A külső háború és a polgárháború összekapcsolása, ez nem retorika, hanem a borzasztó valóság felismerése és kimondása, a háború és béke megkülönböztetethetlensége.” (Schmitt 1991: 3. o.) „Állam = szuverenitás = decizio = a polgárháború befejezése a (csak éppen ezáltal keletkező) államon belül. Világuralom éppen a polgárháború befejezése? Nem, hanem a nemzetközi jogon alapuló háború (völkerrechtlicher Krieg) és polgárháború kombinációja.” (Schmitt 1991: 1. o.)

⁵⁹ A *Der Begriff des Politischen*-ben jelentkező kollektív alanyiség problémája a schmitti életmű három igen különböző vonatkozásán keresztül is vizsgálható: megközelíthető a műben vázolt szuverenitás, vagy más szóval, a „mértékadó egység” fogalmán keresztül, ezenkívül *Der Begriff des Politischen*-t összehasonlíthatjuk a jóformán egyidejűleg keletkezett a *Verfassungslehre* kollektívum-fogalmával, valamint életműtörténeti szempontból megvizsgálhatjuk a politikum fogalmának a schmitti életműben később bekövetkezett jelentésmódosulásait.

⁶⁰ „Mindenestre mindig az a csoportosítás politikai, amelyik a rendkívüli helyzetre orientálódik. Ezért mindig az ilyen csoportosítás a mértékadó emberi csoportosítás, ennek következtében a politikai egység, már amennyiben egyáltalán létezik, mindig a mértékadó egység és 'szuverén' abban az értelemben, hogy a mértékadó esetről való döntés, még ha ez a kivételes eset is, fogalmi szükségszerűséggel mindig őt illeti meg.” (Schmitt 1932a: 26. o., magyarul Schmitt 2002: 26. o.)

⁶¹ A „politikai egység szükségszerűen vagy a barát- vagy az ellenség-csoportosítás számára mértékadó egység és ebben (a nem valamiféle abszolutista) értelemben szuverén, vagy egyáltalán nem létezik.” (Schmitt 1932a: 27. o., magyarul Schmitt 2002: 27. o.)

⁶² Az életmű későbbi alakulása során mindkét értelmezési lehetőség feltűnik, 1937 után megjelenik a „diszkrimináló ellenségfogalom”, s ezáltal a politikum-fogalom lényegi módosulása következik be: a fő ellentétpárt már nem a barát és az ellenség jelenti, hanem az ellenségeskedés illetve a háború különféle fajtái között kell különbséget tenni. A diszkrimináló háborúfogalom lényege abban áll, hogy „az igazságos háború bellum

Az egzisztencialitás perpektívája leginkább az ölés lehetőségének kiemelt jelentősége által határozza meg ezt az írást. Az ölés individuális aktus, még a háborúban is, amely pedig kollektív műfaj, egyes emberek ölik egymást, az individuumoknak kell vállalniuk az ölés terhét és a megöletés veszélyét. Amint Schmitt írja is: „A háború, a harcoló emberek halálra való készenléte, az ellenséges oldalon álló emberek fizikai megölése – mindezeknek nincs normatív, hanem csak egzisztenciális értelmük, és pedig a valóságos ellenséggel szembeni valóságos harc helyzetének realitásában [...]” (Schmitt 1932a: 37. o., magyarul Schmitt 2002: 33. o.)

Meg szeretném még köszönni opponensemnek, hogy felhívta a figyelmemet Heller Ágnes tanulmányára, amelyet nem ismertem a disszertáció megírásakor. Nem mernék most Lukács vagy Heidegger filozófiájának értelmezésébe belebocsátkozni, csak annyit szeretnék megemlíteni, hogy szerintem legalábbis Heidegger esetében nem magától értetődő a kollektív döntés elsődlegességének kérdése.

A decizionizmus kérdéséhez tartozik az opponens következő megfontolása is: a decizionizmus minősítés akkor lenne jogos, „ha a politikai problémájának teoretikus vizsgálata során eltekintünk a tudományos megfigyelő és a gyakorlatilag cselekvő nézőpontjainak *fundamentális* különbözőségétől” (8. o.). Kétségtelen, hogy Schmitt a *Der Begriff des Politischen*-hez 1963-ban írt előszóban már nem szituatívként határozza meg saját gondolkodását, s munkásságának tudományos jellegét hangsúlyozza. Úgy vélem, Schmitt életművében késői fejleményként, 1945 után jelentkezik az a szemléletmód, hogy saját tudományos tevékenységet elválasztja a kortárs politikai szituációtól, sőt, saját pozícióját az aktuális szituációhoz képest defenzívként határozza meg⁶³ és az 1945 utáni írásokra jellemző az is, hogy visszamenőleg saját életművét tisztán jogtudományos jellegüként tünteti fel.⁶⁴

A weimari korszakban azonban még erőteljesen érvényesül a schmitti gondolkodás azon vonása, hogy az elméleti tézisek mindig a pillanatnyi szituációra vonatkoztatottan fogalmazódnak meg. Itt a tudományos leírás, s az abban rejlő a szituációra vonatkozó cselekvésre buzdító elem reménytelenül összekeveredik. Amikor például azt írja, hogy egy nép, „ha eltűri egy idegentől, hogy az írja elő számára, ki az ellensége és ki ellen kell harcolnia vagy ki ellen nem, akkor már nem politikailag szabad nép és betagolódik egy másik politikai rendszerbe vagy alárendelődik annak.” (Schmitt 1932a: 38. o., magyarul Schmitt 2002: 34. o.) E gondolatot persze olvashatjuk leírásként, csak hogy a leíráson túl megfogalmazódik benne egy felszólítás: dönts, létezz politikailag, találd meg a saját ellenségedet, különben elveszted a szabadságod! E felszólítás viszont nem a tárgyilagos tudományos szemlélődő megnyilvánulása, hanem olyan személyé, aki behelyezkedik az adott nép pozíciójába.

politicum, az igazságos háború győztese megszünteti az ellenség és a bűnöző különbségét.” (Schmitt 1991: 70. o.) Günter Maschke egyik kommentárjában megjegyzi, hogy „számomra az a meglepő, hogy a politikum a *Begriff des Politischen* szerint nem az ellenség / bűnöző megkülönböztetés megszüntetését jelenti, hanem a barát / ellenség megkülönböztetésen nyugszik. [...] A Glossarium-ban található [...] bejegyzés és a *Begriff des Politischen* közötti ellentmondás egyértelmű.” (D’ Ors 2001: 267. o.)

⁶³ 1945 után Schmitt saját pozícióját „defenzív köztes helyzetként” jellemzi, s ehhez gyakran a jelenkori szituáció történelmi perspektívájú értékelése társul: „A győztes írja a történelmet”, írja az *Ex Captivitate Salus*-ban. (Schmitt 1950a: 25. o.)

⁶⁴ A tiszta tudományosság, a szellemi szabadság, valamint a bensőségesség értékei felé fordulás első schmitti dokumentuma az *Ex Captivitate Salus* (Schmitt 1950a: 13., 14., 16. o.). Schmitt 1945 után azt írja, hogy „mindig jogászként beszéltem és írtam és ezért voltaképpen csak jogászokhoz és jogászok számára.” (Schmitt 1991: 17. o. V.ö. Campagna 2004: 20. o., Schindler-Scholz 1983: 159. sk.) Az 1970-ben megjelent *Politikai teológia II* az 1922-es *Politikai teológiát* úgyszintén „tisztán jogi” írásként említi. (Schmitt 1970: 26. o., v. ö. Schmitt 1970: 24. o. A késői Schmitt jogi és politikai eszmefuttatásaiban a „reciprocitás” mozzanata előtérbe kerül (Schmitt 1958: 422. sk., Schmitt 1963: 12. o., Schmitt 2002: 9. o.), egyszersmind Schmitt gyakran utal a jogtudomány mint önálló diszciplína „tragikus dialektikájára”, krízisére is. (Schmitt 1991: 23., 311. o., Schmitt 1950a: 59., 74. o., Schmitt 1963: 16. o., magyarul Schmitt 2002: 12. o.).

Gellén Klára

A színlelt jogügyletek kauzalitása

Az érvénytelenség dogmatikai rendszerében a színlelt szerződés olyan speciális tényállást takar, amelyben a felek közös akarata arra irányul, hogy a nyilatkozataik szerinti kontraktust vagy egyáltalán ne kössék meg, vagy a nyilatkozataikban foglalttól eltérő tartalommal szerződjenek. Bár a jogirodalomban már többször felvetődött a kérdés, hogy az akarathiánnyal kötött szerződések voltaképpen tekinthetők-e létrejött ügyletnek, azokat a hazai magánjog -más nemzetek szerződési jogaihoz hasonlóan- hagyományosan és következetesen az érvénytelen szerződések csoportjába sorolja.

A színlelés esetében az akarathiánnyal olyan „súlyos fokával” találkozunk, amikor a felek mindegyike *tudatos* akarathiánnyal létesít egy látszólagos szerződéses kapcsolatot. A tudatosság azt jelenti, hogy mindegyikük tisztában van azzal, hogy a látszólag megkötött ügylet nem fedti tényleges akarataikat, illetve abból kifolyólag rájuk jogok és kötelezettségek nem hárulnak. Kérdés, mégis mi vezeti a feleket arra, hogy egy ilyen hibás ügylet létrehozatalához folyamodjanak?

Minden színlelt ügylet mögött meghúzódik egy *turpis causa*, amelynek elérésére a felek a színlelést, mint eszközselekményt használják. Tanulmányunkban kísérletet teszünk a színlelt jogügyletek létrehozását motiváló tényezők feltárására, és meghatározott szempontok szerint történő rendszerezésére.

Kiindulási pontként a szerződés előkészítési szakaszát a felek akarati motívuma szempontjából elemezzük. Érvényes szerződéskötésnél a feleket az ügylethez kapcsolódó, legális, a jog által támogatandó érdek kielégítésének a lehetősége vezérli. (Így pl. adásvétel esetében a tulajdonjog átruházása, bérlet esetében az érintett dolog használati jogának megszerzése, stb.) Színlelt ügyleteknél ez a fajta tiszta motiváció felborul azáltal, hogy a szerződés megkötésére vagy eleve illegális cél vezeti a feleket (szerződéskötési szándék nélküli színlelés), vagy a valóban létező belső érdekmotivációra ráépül egy külső, látszólagos jogcím (palástolás). Utóbbi esetben az érdekek legalitásának meghatározása legtöbbször nem egyértelmű. Előfordul, hogy pontosan a leplezett szerződésben foglalt elemek legálisak, és az abban foglalt célra építenek rá egy külső „illegálisan” elérni kívánt joghatást. (Pl. illetékcsoökkentés érdekében a leplezett szerződésben foglalt valós vételár helyett a színlelt kontraktusba építik bele a valótlan, illegális tényállási elemet.) Más esetekben a leplezett szerződés elemeit amiatt nem lehet „kívülre felmutatni”, mert azok valamely oknál fogva nem vállalhatók fel (pl. jogszabályba ütköznek), és ezért szükséges *a tényleges ügyletet elfedő*, „szabályos”, a jognak megfelelő szerződés megalkotása. Szalma József jogcímelméleti elemzése során a fentiekről így gondolkodik: „A színlelt és a palástolt szerződések kapcsolata tulajdonképpen két kauza-csoportot láttat, eltérően az érvényes szerződések egységes jogcímétől. A színlelt szerződéseknel megkülönböztetjük a felek „belső” (szerződéseken belüli) jogcímeit (indítékait), valamint a „külső”, mindkét szerződés joghatásain kívüli jogi célt. A „belső” jogcím nem más, mint a palástolt szerződés joghatásaiból következő jogosultság megszerzésének a lehetősége (pl. leplezett adásvétel alapján a tulajdoni jogosultság megszerzésének az érdeke). E jogcím szerves részét képezi az adott szerződéstípushoz tartozó rendszerinti jogi következményeknek. A „külső” jogcím, jogi cél ezzel szemben nem tartozik a palástolt szerződés joghatásaihoz, inkább a színlelt szerződés

következményeihez tartozna, amennyiben a színlelt szerződés a jogrend szemszögéből érvényes lenne. E „külső” jogi cél nem más, mint a palástolt szerződésre érvényes, sokszor a polgári jogon kívül álló kényszerítő jogi normák felek által, közös akaratlan kívánt kerülési szándéka.(agere infraudem legis)”¹

A színlelt jogügyletek kauza-rendszere

Ahhoz, hogy a belső, kifelé nem ismert érdekeket, a szerződés valódi kauza-rendszerét áttekinthetővé tegyük, a motivációkat két alapsoportra választhatjuk szét aszerint, hogy a csalárdság milyen sérelemre irányul.² Ilyen megközelítésben megkülönböztethetünk **jogszabály kijátszására** irányuló, illetőleg **harmadik személy érdekének megsértésére** kötött ügyletet.

I. A jogszabály megkerülését célzó színlelés

Az aktuális jogrendszereknek mindig lesznek olyan elvárásai, amelyeket egyes jogalanyok nehezményeznek, a megfelelő szabályokat nem kívánják betartani, s jogsértő, jogellenes magatartással, mintegy önkényesen ki akarják vonni magukat azok rendelkezései alól. Ennek érdekében gyakran folyamodnak a színleléshez is. Álláspontunk szerint éppen ezért a színlelt ügyleteknek ez a csoportja a jogszabályba ütköző, tiltott szerződések egyfajta alcsoportjának tekinthető, ahol az önálló semmisségi okot képező színlelés tartalmi elemként való megjelenése speciálissá teszi a tényállást. Ekkor a szerződés önmagában a színlelés, mint semmisségi ok miatt lesz érvénytelen, és csupán motivációként kapcsolódik hozzá a jogszabály megkerülése. Röviden: a leplezett jogkerülő magatartás a megkötött szerződés kauzájaként, nem pedig érvénytelenségi okaként merül fel. (Az más kérdés, hogy ha azért színlelték, mert a köztük egyébként létrejövő szerződés jogszabályba ütköző, akkor az önmagában megítélendő leplezett szerződés majdan jogszabályba ütközés címén semmis szerződésnek minősül.)

A színlelt ügyletek nem csak polgári jogi rendelkezésekbe ütközhetnek: a jogalanyok kerülő szándékukkal a jogrendszer bármely területéhez tartozó rendelkezések kijátszását megcélozhatják. Ezért a színlelt ügyletek gyakran képeznek kapcsolódási pontot különböző jogágak területei között. Jól példázza ezt az utóbbi években különös aktualitással bíró leplezett munkaszerződések esete: a munkaviszonyt polgári jogi szerződésekkel -megbízási, illetőleg vállalkozási szerződésekkel- leplezik, például az adó- és társadalombiztosítási járulék-fizetési kötelezettség könnyítése érdekében.

Alapkérdésként felvethető, hogy többnyire milyen motiváció vezeti a szimulált ügyletek létrehozásában a feleket, milyen jellegű jogszabályi rendelkezések színleléssel történő megkerülésében, kijátszásában érdekeltek általában. Ha sikerülne e kauzák kategóriáit in concreto behatárolni, akkor a hozzájuk kapcsolódó színlelések megvalósulásuk jellegzetessége, és következményeik vonatkozásában is élesebben szétválaszthatók lennének.

Véleményünk szerint a jogszabály kijátszását célzó színlelés alapvetően az alábbi „csalárd célok” elérését szolgálja:

*A jogszabály által előírt **kötelezettség** (pl. adófizetés, illetékfizetés) megkerülése.*

¹ Szalma József: A színlelt szerződések. (Jogtudományi Közlöny 1998/1.) 16.

² A szerződések színlelt voltának meghatározásakor annak nincs jelentősége, hogy melyik fél érdekkörében merült fel a színleléshez vezető belső motiváció. Előfordulhat, hogy csak az egyiknek áll érdekében, lehet, hogy mindkettőnek, de még az is felmerülhet, hogy akár mindkettőnek, de más-más okból. A kauzális kapcsolat vizsgálatában ennek nincs érdemi relevanciája, hiszen bármelyiknél is jelentkezik, mindketten elfogadják azt a színlelés motivációjaként.

*Valamely jogszabályban megfogalmazódó **tiltás** (pl. külföldi állampolgárok földszerzési tilalma) alól történő kivonás.*

*Jogszabály kijátszásával a felek számára valamilyen **előny** megszerzése.*

1. Jogszabályi kötelezettség megkerülése színleléssel

Amennyiben a jogi norma a felekre nézve valamely kötelezettséget rendel, céljuk a színleléssel a mentesülés, illetőleg a teher csökkentése lehet. A szerződések különválaszthatók aszerint, hogy magát a szerződéskötési szándékot is szimulálják-e a felek (A.), vagy valóban van közöttük szerződéses kapcsolat (B.) Utóbbi esetet még az is árnyalja, hogy a szerződők a valós ügyletbe kapcsolódó kötelezettség alól mentesülni kívánnak, vagy azt csupán enyhíteni igyekeznek.

A.

A jogszabály megkerülésére irányuló szerződések közül a színlelés **szerződéskötési szándék nélkül** megvalósuló eseteit leggyakrabban a kötelezettséget előíró rendelkezések illegális megkerülésének szándéka eredményezi. A felek egyébként nem akarnak szerződni, a színlelés tehát az ügyleti akaratot érinti. Ekkor szerződés nem jön létre köztük, hiszen a külvilág számára kötött látszólagos szerződéssel céljuk csupán a kötelezettség megkerülése. A felek azt a látszatot kívánják megteremteni, hogy nem is keletkezett a jogosulttal (tipikusan az állammal) szemben kötelezettségük, vagy az nem olyan mértékű, természetű, mint amelyet a közérdeket képviselő jogalkotó az adott jogviszonyhoz kapcsol.

Kifejezetten ide kapcsolódó gyakorlati példa, amikor a szerződő feleket az ingatlan eladásból származó bevételhez kapcsolódó adófizetési kötelezettség elkerülése motiválja. Csupán azért kötnek egy szimulált ingatlan adásvételi szerződést, hogy az eladásból származó bevételt az adójogszabályok fizetési kötelezettsége alól kivonják. A ténylegesen kapcsolódó kötelezettségek teljesítésére –így az ingatlan és a vételár átadására- nem kerül sor, a szerződés csak a jogszabályban foglalt terhek alól történő mentesülést biztosítja (természetesen amennyiben a látszatügylet pl. az érintett állami szerv felől elfogadást nyer).

Ilyen esetekben a felek kötelmi kapcsolatát kifejezetten a kötelezettség alól történő mentesülés (enyhítés) lehetősége generálja. Az egyedül felmerülő kauza maga a jogszabály kijátszása, s ez kifejezetten a színlelt szerződés megkötésével elégül ki. Csak a színlelt ügylet jogszabályi rendelkezéshez kapcsolódó hatásának elérése a cél, egyebekben a szerződés tényleges jogcímét, következményeit a felek nem kívánják (pl. valójában nem ruházzák át a tulajdonjogot). Éppen ezért olyan tartalommal kötik az ügyletet, aminek következményeként a jogszabályi kötelezettség megszűnik, vagy mérséklődik.

B. eset

Jogszabályi kötelezettség megkerülése érdekében gyakran fordulnak a felek a **palástolás** eszközéhez is.

Ilyenkor a köztük meglévő valós szerződéshez kapcsolódó kötelezettséget nehezményezik. Ekkor a leplezett szerződés szabályos, érvényes jogügylet, viszont az ahhoz kapcsolódó jogszabályi kötelezettséget a szerződő felek terhesnek találják, s a látszólagos ügylettel egy kedvezőbb pozíció elérésére törekednek.

Tipikusan ez mozgatja a feleket, amikor például illetékcsökkenés céljából a szerződésben a valósnál kisebb vételárat tüntetnek fel, vagy hasonló szándékkal az ajándékozást adásvételi szerződéssel leplezik. Alapvetően ez a motivációja a munkaszerződések polgári jogi szerződésekkel történő leplezésének is, hiszen ezzel a munkáltató pl. kedvezőbb társadalombiztosítási szabályok alá esik, nem terhelik a munkavállalóval szemben a

Munkatörvénykönyvében foglalt szigorúbb kötelezettségek, a munkavállalóra pedig esetlegesen kedvezőbb adózási szabályok vonatkoznak.

A felek csalárdsága ezeknél az eseteknél abban mutatkozik meg, hogy az egyébként szabályos szerződést alakítják át szabálytalanná a kedvezőbb pozíció megszerzése végett. A szerződő felek ilyenkor valójában pontosan a színlelt szerződés megváltoztatott elemeihez kapcsolódó joghatások beálltát kívánják. Céljuk itt nem csupán az, hogy a szerződés egy jogszabályi előírásnak, elvárásnak megfeleljen, hanem az ő elvárásait is kielégítse.

2. Tiltó jogszabályi rendelkezések megkerülése

A színlelt szerződéseken belül kifejezetten **palástolt szerződések** megkötését generálják a tiltó rendelkezések. A felek által kívánt szerződés ugyan az érdeküknek mindenben megfelel, de az, vagy annak egyes elemei **jogszabályi rendelkezésbe ütköznek**. A felek ennek ellenére nem lépnek vissza a szándékuktól, sőt, egy illegális síkra helyezkedve, a színleléssel az érintett jogszabálynak megfelelő legális látszatot teremtenek. Tipikusan ilyen az alanyszínlelés abban az esetben, amikor a kívánt szerződés megkötése csak meghatározott alanyi kör számára lenne biztosított (pl. termőföldre kötött zsebszerződések).

Szemben az 1.B pontban foglaltakkal, itt a palástolt ügylet lesz a jogszabályba ütköző, amit egy szabályos szerződéssel lepleznek, míg előbbinél a palástolt ügylet felel meg a szabályos szerződésnek, és a színleltbe építik bele a jogtalan elemet (pl. csökkentett vételár). Ott a leplezett szerződés érvényes lesz, míg itt jogszabályba ütköző, tiltott ügyletnek minősül.

3. Illegális előny elérése

Ennek a csoportnak speciális jellemzője, hogy a színleléssel elérni kívánt cél valamely jogtalan előny megszerzésére irányul. A felek olyan körülményeket teremtenek, mintha a jogszabályban foglalt feltételrendszernek megfelelnek. Ezt megcélozhatják úgy is, hogy a kapcsolatot csupán a cél elérésére hozzák létre, de előfordulhat az is, hogy az egyébként is szerződni szándékozó felek ezt a további illegális, leplezendő érdeket ráépítik az alapügyletre, azért, hogy a látszólagos ügylettel előnyre tegyenek szert.

(Pl. támogatott kamatozású hitel felvétele érdekében az erre vonatkozó jogszabályi rendelkezés feltételeinek szerepeltetése egy látszólagos ingatlan adásvételi szerződésben. A cél ekkor nyilván a hitel előnyösebb kamatokkal történő felvétele. De ugyanígy illegális előnyszerzésre vezet egy lakáscélú önkormányzati támogatás jogtalan igénybevételére irányuló színlelés, vagy mondjuk egy település önkormányzata által nyújtott előny igénybevétele érdekében kötött színlelt bérleti szerződés is.)

II. Harmadik személy érdekének megsértése

Színlelt szerződések megkötésének másik lehetséges fő motívuma **harmadik személy jogának, törvényes érdekeinek sérelme**, kijátszása. Kérdés, hogy ki lehet az érintett harmadik személy?

Írányulhat a színlelés bármely gazdasági, vagy privát jogalany ellen, de tágítva a kört, akár bármely hatóság is sérelmet szenvedhet. Ez utóbbi esetben azonban gyakran jogszabály megkerülése is társul a harmadik személy sérelméhez (pl. adóhatóság). Így ez utóbbiakat inkább csak tágabb értelemben sorolhatjuk a „harmadikak” sérelméhez.

A harmadik személy sérelméhez mindig társul a felek, vagy valamelyik szerződő fél titkolt érdeke is, melyet csak a harmadik személy sérelmével lehet a kívánt módon kielégíteni.

A harmadik személy vagy eleve rendelkezik valamely jogosultsággal, melyet e felek kijátszanak (elővásárlási jog, fedezetelvonási célzattal kötött színlelésnél más jogalapból származó követelés), de lehetséges az is, hogy egy majdan keletkező jogos igényének érvényesítését próbálják megakadályozni (pl. kötelesrész iránti igény kijátszása ajándékozási szerződés helyett kötött adásvételi szerződéssel).

A turpis causa olykor szerződéskötési szándék nélküli színleléssel, máskor palástolással érhető el.

Előbbire tipikus példa a fedezetelvonási célzattal kötött színlelés. A felek valójában nem szerződnek, pusztán a tartozás behajtásának megfiúsítása indokolja a kapcsolat létrehozatalát. Kifejezetten szerződéskötési szándék nélkül, pusztán a harmadik személy sérelmének motivációjából kötik meg a felek azt a **tartási szerződést is**, amely azt a célt szolgálja, hogy az ingatlanra a felperes ne szerezhessen özvegyi haszonélvezeti jogot. De más jogát sérti az az öröklési szerződés is, amelyet a felek nem tartási szolgáltatások nyújtása érdekében, hanem a kötelesrészre jogosult igényének megfiúsítása céljából kötnek.³ Palástolással valósul meg a sérelem, amikor a leendő örökös érdekét sértve az örökhagyóval ajándékozást leplező adásvételi szerződést kötnek, és így annak tárgya nem kerül a hagyatékba (vagy osztályrabocsátásra).⁴

Hangsúlyosan meg kell különböztetni a harmadik személy sérelmére kötött színlelést attól a szituációtól, amikor egy szerződés érvénytelenségéből kifolyólag más jogai sérülnek. Ekkor a szerződés érvényességében bízó, ezáltal sérelmet szenvedő jóhiszemű harmadik személy jogainak védelme áll a középpontban. Színlelésnél azonban kifejezetten a harmadik személy jogainak sérelme a látszatügylet indítéka, s a harmadik fél érdeke -épp ellenkezőleg- a szerződés érvénytelenné nyilvánításához kapcsolódik.⁵ Itt a szerződő feleket pontosan az a cél vezérli, hogy a kívülálló, aki quasi címzettje a színlelésnek, a látszatügyletből kifolyólag ne szerezhessen meg valamilyen jogot, vagy sérelmet szenvedjen valamely jogosultsága, míg párhuzamosan valamely szerződő fél érdekei realizálódnak.

A szerződések jogi sorsa

A színlelt szerződés minden esetben semmis, ahhoz az érvénytelenség jogkövetkezményei kapcsolódnak. Mivel a megkötött szerződés a színlelés okából érvénytelen lesz, ha nem húzódik meg egy leplezett ügylet a háttérben, a felek helyzete olyanná válik, mintha nem is szerződtek volna. Mivel fő következmény az eredeti állapot visszaállítása, a színleléssel elért jogkövetkezmények sem állnak be. Ennek megfelelően a felek a kötelezettségek alól nem mentesülhetnek, azt nem enyhíthetik, az elért előny nem illeti meg őket, s a harmadik személy jogai sem csorbulhatnak. Például fedezetelvonásnál a követelés jogosultja felléphet igényével az érintett vagyontárgy vonatkozásában, hiszen az továbbra is a kötelezett tulajdonát képezi; vagy a szimulált jogügyletben érintett harmadik fél gyakorolhatja azt a jogát, ami egyébként a szerződés megkötése nélkül megillette volna (pl. örökösödési igény).

Amennyiben viszont a felek ténylegesen szerződtek, a színlelt szerződés érvénytelenségének megállapítása után további kérdés -a fenti kauza-csoportokra figyelemmel- a leplezett szerződés jogi sorsának elbírálása.

1.

³ BH.2001.475.

⁴ BH.1998.177

⁵ A színlelt szerződések egyik sarkalatos problémája pontosan abban rejlik, hogy az a kívülálló számára érvényes szerződésként tűnik fel. Ennek megfelelően sokkal gyakoribb lehet- motivációtól függetlenül is- a jóhiszemű kívülállókkal szemben a sérelem okozása. Ez a harmadik személy az ügyletben bízva akár jogokat is szerezhethet, de akár kára is keletkezhethet abból kifolyólag, hogy az ügylet érvényességben jóhiszeműen bízott.

A színlelés kauzája csak a **tiltó jogszabályok** esetében van a leplezett szerződés érvényességére közvetlen kihatással, mivel itt a felek kifejezetten azért színleltek, mert a szerződés jogszabályba ütköző (azt megkerülő, vagy esetleg jó erkölcsbe ütköző) volt. Ilyenkor, mivel a szerződés önálló elbírálása alapján egyértelműen a tilos szerződések csoportjába sorolható, s mint ilyen a semmisséget vonja maga után, a szerződés érvénytelen lesz. A jogszabályi **kötelezettség** megkerülésére irányuló ügyletek vonatkozásában a feleket továbbra is olyan mértékű és természetű kötelezettség (illetékfizetés, adófizetés, járulékfizetés, stb.) terheli, amelynek teljesítésére a leplezett ügylet alapján kötelesek lettek volna. Amennyiben a felek a színlelés következtében valamely jogtalan **előnyhöz** jutottak, a valós ügyletnek megfelelően megvizsgálandó, hogy igényt tarthatnak-e, s ha igen, milyen jellegű és mértékű előnyre, viszont a jogtalan előny -járulékaival együtt- visszajár.⁶

2.

A **harmadik személy sérelmét okozó szerződések**nél nehezebb a bizonyítás, mint a jogszabályok megkerülését célzó esetekben. A színlelés bizonyítása mindig azt terheli, aki erre hivatkozik.⁷ Amennyiben ez a kívülálló, akkor igen nehéz helyzetben van amiatt, hogy a szerződő felekkel szemben az objektív tények feltárásán keresztül el kell jutnia a szubjektív akarathány bizonyításáig.

A **palástolt szerződés jogi sorsának** megítélésakor érdekes vizsgálni annak leplezett jellegét is. Lehet, hogy pontosan azért leplezték, mert annak a harmadik személyre nézve pozitív kihatása volt, arra vonatkozóan meglévő jogával élhetett volna (például elővásárlási jog kijátszása, vagy ajándékozás leplezése -osztályrabocsátás alól történő kivonás szándékával-adásvétellel). A leplezés által olyan megtévesztő helyzetet teremtettek, mintha nem a joggyakorlás feltételeként szabott tényállás valósult volna meg. Így, miután a leplezett ügylet érvényes lesz, az ehhez kapcsolódó jogát aktívan érvényesítheti. Amennyiben a jogait már nem tudja gyakorolni, illetőleg a színlelésből kifolyólag egyéb sérelmet szenvedett, a harmadik személy a jogszabályban meghatározott igényekkel (pl. kártérítés) élhet a felekkel szemben, akik egyetemlegesen kötelesek vele szemben helytállni.

Egyes konkrét esetekben a jog speciálisan rendelkezik a harmadik személyt megillető jogosultságról. Ezzel találkozhatunk az elővásárlási jog kijátszása esetén is, amikor a felek pl. ajándékozási szerződést kötnek adásvétel helyett, mert arra a jogosult elővásárlási jogát nem gyakorolhatja. Mivel a jogviszony a leplezett szerződés alapján ítélandó meg, az elővásárlási igényével élni szándékozó jogosult hivatkozhat a szerződés vele szembeni hatálytalanságának megállapítására. (Fedezetelvonási cézzal kötött színlelésnél nem ugyanezzel az esettel találkozunk. Ott ugyanis a személyi hatálytalanság magához a fedezetelvonó szerződéshez kapcsolódik. Ha azonban csak színlelték, akkor nincs egy mögöttes, palástolt szerződés a színlelt fedezetelvonás mögött, így a színlelt szerződés érvénytelen és az érvénytelenség jogkövetkezményei alkalmazandók.)

Összegzés

A feleket egy látszólagos szerződés megkötésére minden esetben valamely titkolt causa vezérli. Ez realizálódhat egy tiltó, vagy kötelezettséget előíró jogszabály rendelkezéseinek kijátszásában, illetőleg valamely előny jogszabály-ellenes megszerzésében, de ugyanígy egy harmadik jogalany sérelmében is. A szerződések kauzalitása a színlelésnek nem normatív eleme, a gyakorlatban többnyire annak színlelt jellege megítélésében játszik szerepet.

⁶ Amennyiben az ügylet jellege indokolja, a kötelezettség megsértése, illetőleg az illegális előnyszerzés még egyéb szankciók kivetését is indokoltta tehetik (pl. adóhatóság részéről bírság alkalmazása).

⁷ BH.1996.86.,BH.1999.9.

Meghatározó jelentősége inkább a leplezett szerződés jogszabályba ütköző, tilos voltának elbírálásában van.

Geréby György
Bírálat Gedő Éva, *Carl Schmitt decizionista politikai filozófiája* c.
bölcsestdoktori értekezéséről

Megjegyzés: Az alatt következő bírálati szöveg az eredeti módosított változata. A módosítás egyik, kisebb oka az, hogy a nyilvánosság tétele miatt az Olvasó érdekében kigyomláltattak a védés során tévesnek bizonyuló (kisebb) ellenvetések. Kevés haszon származik a figyelmetlenségek konzerválásából.

Ettől sokkal fontosabb ok a változtatásra az volt, hogy a disszertáció védésére történő utólagos reflexió során bizonyos előfeltevéseket és elvárásokat világosság kellett tennem. A doktori disszertációk elkészítési és bírálati folyamatára, illetve tartalmi kritériumaira vonatkozó megfontolások olyan meta-szintet jelentenek, amit a doktori védés aktusa során nem lehet megjeleníteni, viszont az utólagos reflexiónak tárgyát kell alkossák.

Az első ilyen elvárás magára az eljárás folyamatára vonatkozik. A dolgozatot olyan lépcsőben kaptam meg bírálatra, amikor már nem befolyásolhattam a szerzőt dolgozatának befejezésében. Eredeti bírálatomat ezért - legnagyobb sajnálatomra - nem ott, azon a helyen és időben mondhattam el a disszerensnek, ahol megfelelő lett volna. A nemzetközi gyakorlatot alapul vevő meggyőződésem szerint a tervezett disszertációnak először egy elővédésen kellett volna megmérettetnie. A disszertációk írásának és vezetésének bevett szokása szerint az (mint pl. a Közép-Európai Egyetemen, ahol magam is több doktori munkát vezettem és vezetek), hogy a fejezetek rendszeres időszakonkénti bemutatásra kerülnek. Ennek előnye, hogy a disszertáció folyamatos vitában alakulhat, és nem hirtelen kell egy esetleges komolyabb metodológiai vagy egyéb problémával szembesülni. E fejezet-prezentációk után az elkészült disszertációt elővédésen mutatja be szerzője, ahol az érintett doktori iskola tanárai, valamint felkért, lehetőleg külső bírálók még időben elmondhatják esetleges javaslataikat vagy akár fenntartásaikat. Erre az elővédésre Gedő Éva disszertációja esetében – tudomásom szerint – nem került sor. Kifogásaimat ezért egy teljesen más közegben kellett elmondanom, és ezért szükségképpen élesebbek lettek, mint amilyenek lehettek volna.

A másik explicite kimondandó előfeltevés a doktori dolgozatokkal szemben támasztott általános tartalmi követelményekre vonatkozik. Egy doktori disszertáció az alkotó tudományos munkára való képességet, a szakmai módszertani és formai készségek meglétét van hivatva bizonyítani. A bírálat során az a meggyőződésem alakult ki, hogy disszerens munkája a közrebocsátott formájában még nem érte el azt a szintet a fenti három szempont együttesében, hogy egy nemzetközi ekvivalenciát jelentő fokozatot kaphasson. Nem arról van szó, hogy egyáltalán, semmilyen szinten nem mutatott volna színvonalat, hanem arról, hogy még nem tartottam eléggé kiérleltnek a munkát, sem terjedelmében, sem mélységében, sem elemzési módszertanában. A nyomaték az „eléggé” határozószón van. A témaválasztás érdekes volt, az esetleges expresszionista irodalmi hatás talán valóban hozzájárulhat Carl Schmitt szellemi útjának korai fejlődésének megértéséhez, de mindez csak megfelelően kifejtve és elemmezve érheti el a kívánt eredményt.

Végül a szűkebb közönség előtt elhangzó bírálat jelzéseit és csak odavetett utalásait a szélesebb közönség számára valamelyest ki kellett fejtenem.

A kihagyásokat [...], a betoldásokat dőlt betűvel (kurzív) jelzem.

Gedő Éva disszerens dolgozata 129 oldalon tárgyalja Carl Schmitt politikai filozófiáját. A dolgozathoz 18 oldal bibliográfia tartozik.

Sajnos a dolgozat ebben a formájában még nem teljesíti a bölcsészdoktori értekezéssel szemben támasztott általános elvárásokat. A 129 oldalas értekezés egyrészt terjedelmében is alig üti meg a doktori disszertációkkal szemben támasztott követelményeket, másrészt tartalmilag nem tartom elégségesnek. A dolgozat maga elég koherens, tagolt, értekező stílusa is többé-kevésbé megbízható, irodalmi tájékozottsága elégséges. Számos kérdést jól fogalmaz meg és sok jó megfigyelés lelkesíti az olvasót. Ugyannakkor a leírásokon, parafrázisokon, idézeteken és információkon túl nem fogalmaz meg olyan tartalmi, önálló elemzésen alapuló állítást, ami a dolgozat gerincét alkothatná. Szerzőnek nincs olyan tézise, amivel igazából vitába lehetne szállni. A korszakolás – ezen belül pedig az expresszionista korszak kiemelése – érdekes ötlet, de kidolgozatlan marad. Az a módszertani-fogalmi elemzés pedig, ami Schmitt kulcscategóriáinak rejtélyességét, illetve többértelműségét volna hivatva értelmezni, nem jut túl bizonyos elemi és elégtelen általánosságon (ld. „billegés”).

Javaslom a dolgozat visszavonását, és alapos átdolgozását, valamint bővítését.

A továbbiakban ennek megfelelően elsősorban bizonyos hiányosságokra fogok rámutatni, amelyeknek a terjedelmi korlátok figyelembe vételével az a fő céljuk, hogy segítsék a szerzőt a szükséges revíziók elvégzésében.

Kezdjük a címmel, ami arra utal, hogy disszerens Carl Schmitt politikai filozófiáját általában tekinti tárgyul. A fejezetek Schmitt három korszakát, az 1910-16 közötti korai, az 1916-19 között „expresszionista”, végül az 1919 és 1933 között „weimari” korszakot jelölik ki. A korai korszakot a jogelméleti megközelítés, a normativitás, illetve az államnak az absztrakt norma és az egyén közötti közvetítő szerepe jellemzi. Második lépésként az 1916-19 közötti fordulat elsősorban az individuum-fogalom alakulása szempontjából fontos. Végül pedig a huszas évek problematikáját rekonstruálja disszerens, amelynek döntő összefüggése szerinte a „rendszer és szabad döntés”, illetve „szituativitás és decizionizmus” viszonyában érhető tetten, amit a politikai teológia fogalmában nyeri el elméleti megfogalmazását, ami a weimari korszak lényegének tekinthető.

Mivel azonban Schmitt 1985-ben halt meg, és számos írást publikált élete utolsó 52 évében (amelyeket természetesen disszerens is ismer és említ), talán szerencsésebb címet lehetett volna alkotni egy évszám-pár beillesztésével: „C. S. politikai filozófiája 1910 és 1933 között” vagy valami ehhez hasonló formában. Megjegyzendő persze, hogy az 1933-as év korszakhatárnak tekintése önmagában is vitatható lenne, amint arra M. Dahlheimer könyvének címében foglalt évszám is utal. 1933 helyett az 1936-os határ ugyan látszólag kevésbé szimbólikusan, mégis precízebben utal Schmitt alkotó életútjának határátkövére: hiszen ekkor válik kegyvesztetté az NSDAP-ben, és ettől számítható visszavonult tudósi korszaka. Ilyesféle önkorlátozás a disszertáció jobb fókuszálását is elősegíthette volna.

Erre a problémára nem válasz az, hogy Schmitt számos előadókörúton népszerűsítette, illetve képviselte a német külpolitikai elképzeléseket 1936 után is, illetve hogy például Benito Mussolinivel meleg hangulatú beszélgetést folytatott Rómában. Nemcsak Nicolaus Sombart visszaemlékezéseiből, hanem más forrásokból is tudható, hogy politikai állásfoglalása tekintetében – magyarul, az NSDAP és a Führer támogatásában – változás állt be Schmittnél. Másrészt a probléma a kérdésfelvetés általánosságával szemben merült fel. A disszertáció ugyanis a későbbi műveket kevésbé tárgyalja, inkább a schmitti gondolkodás eredetéről törekszik állításokat tenni. Az ellenvetés a címből hiányzó fókuszra utal.

A disszerens a következő állítások szisztematikus ellentmondásainak felismerése mentén alakítja ki kérdésfeltevését:

1. Schmitt rendkívül élesen és precízen fogalmaz, mindig konkrét és tárgyyszerű (1. o., 11. o., 8. o.). Schmitt „formálisan racionális”, „vaskövetkezetes gondolkodó” (13. o.), aki „tudományos és tárgyyszerű” (14. o.)
2. eközben Schmitt nem reflexív (amennyiben saját maga metodológiai előfeltevéseit nem vizsgálja), „az önreflexív, filozófiai szint hiányzik” (4. o.). Schmitt elveti „a filozófiát”, ellenszenvet érez a filozófia iránt, stb. (4. o.)

Az életműben található vélt vagy valós ellentmondások és Schmitt rendkívüli éleslátással és következetességgel megfogalmazott, ugyanakkor sokszor tudatosan homályos tartalmú állításai között jól ismert módszertani ellentét feszül. Ennek feloldására sok kísérlet született, mivel a kutatás egyetérteni látszik abban, hogy a schmitti életművel kapcsolatos egyik legérdekesebb problémáról van szó.

Schmitt gondolkodásának lényegét disszerens a „fogalomalkotás módjában” (17. o.) éri tetten. Ez roppant izgalmas, lényeglátóan kijelölt probléma. Sajnos azonban a feladat teljesítése nem nyugtatja meg az olvasót. Azt tudjuk meg, hogy Schmitt számára „jogrendszer és a szabadság közötti feszültségteli, paradox a viszony”, de ezzel még nemigen fogalmaztunk meg lényegi választ.

Disszerens kérdése, hogy van-e Schmitt szituativitásának, vagy Löwith nyomán „okkazonalizmusának” valamiféle magasabb szempontból vizsgálható konzisztenciája, helyes. Ugyanakkor megfogalmazása problematikus: „Vajon milyen strukturális oka van annak, hogy az elmélet által képviselt általánost mintegy beszippantja a konkrét, miért tűnik úgy, hogy a fogalmiság módosulásai valójában *nem belső intellektuális fejlődés eredményét jelentik*, hanem kizárólag a történeti szituáció változásaihoz való alkalmazkodásból fakadnak?” (11. o. – kiemelések az eredetiben).

Tegyük most félre azt a problémát, hogy nemigen értem, miképp „szippanthatná” be a konkrét az általánost, és értsük ezt a furcsa képet *ad meliorem* úgy, hogy az elmélet mindig az aktuális konkrét problémához alkalmazkodik. Ekkor első kérdésünk persze rögtön úgy merül föl, hogy baj-e ez, hiszen általában egy valamirevaló elmélet konkrét esetek értelmezésére való. Ha nem erről a triviális esetről van szó, akkor az volna a probléma, hogy Schmitt *ad hoc* elméleteket gyártana az egyes szituációk, az egyes konkrét esetek változásainak megfelelően? A kérdés felvetése ebben a formában nem igazán járható alternatívát vázol: azt az interpretációs alternatívát implikálná, hogy Schmitt egyszerű politikai szélkakas, vagy opportunista teoretikus lett volna, aki a „történeti szituáció változásaihoz alkalmazkodik” (v.ö. „akkor, elvtársak, azt kellett mondani”). Schmitt hatalmas gondolkodói hatására tekintettel talán zárjuk rövidre ezt az interpretációs alternatívát. (Az természetesen egészen más kérdés, hogy beszélhetünk Schmitt gondolkodásának *fejlődéséről*, sőt, *változásáról* is.)

Tudjuk továbbá azt is, hogy Schmitt nem az első, és valószínűleg nem az utolsó olyan gondolkodó, aki megfogalmazásainak szándékolt homályosságával valamilyen magasabb célt kíván szolgálni. Legyen elég itt a Schmitt számára is fontos Hérakleitosz homályos gnómáira vagy Maimonidész *Tévelygők útmutatójának* híres bevezetőjére utalni, ami a Schmitttel szoros szellemi „*Haßliebe*” jellegű kapcsolatban álló Leo Strausst is megihlette. A komplex helyzetnek megfelelő, komplex szerkezetű álláspontok indirekt állításokkal való kifejezése, sőt, sokszor az egyenesen egymásnak ellentmondó állításokba foglalása ugyan nem gyakori, de nem is teljesen ismeretlen módszer a filozófia történetében, és erről a gigantikus műveltségű és nagyszerű nyelvi készségű Schmitt nagyon sokat tudhatott. (Most ne is említsünk többeket Schmitt kortársai és tisztelői közül, csak Walter Benjamint vagy későbbről Jacob Taubest, e két eminensen teológiai érdeklődésű szerzőt, akik a gnómikust, a tudatosan sokértelműt, a gazdag rétegzettségű fogalmakat szintén nagyra értékelték.)

A kérdés túlzottan átfogó jellegének, illetve ebből következően nem elég precíz megfogalmazásának hátránya abból is látszik, hogy ekképpen disszerens nem tud mit kezdeni Schmitt gondolkodásának fentebb említett „szituatív” vagy „okkazonalista” jellegével. Pedig erre található válasz még magában a *Politikai teológiában* is, jelesül az a módszer, amit Schmitt „szociológiai” nevez: ti. az egyedi történelmi pillanatok illetve korszakok nem egy nagyobb séma belső logikát követő instanciái (mint mondjuk Hegelnél), hanem egyedi alakzatok, amelyek metafizikai-nyelvi-fogalmi önkifejezésüket a korra jellemző egyedi metafizikai képletben jelenítik meg. Ezek elemzése több oldalt tölt meg *Politikai teológiában*, és Löwith jellemzése is nyilván ennek a módszernek a felismerésén és értékelésén alapult.

Disszerens tehát egyenesen a probléma közepébe vágott: ez erénye és hibája lett egyszerre. Bírálóként elsősorban kérdezősi bátorságát és professzionalizmusra való törekvését helyeslem, miközben a feladat túlzott komplexitás miatt bizonyos szálakat láthatólag még nem tud végigkövetni.

Különösen súlyos hiányosság Schmitt történelmi kontextusa szorosabb feltárásának elmaradása. A német expresszionizmus, különösen annak keresztény, részben a *Kulturkampf* után szellemi vonzerejét visszanyerő katolikus szellemi mozgalmak környezetének rekonstrukciója sokban segíthette volna disszerensét. Egyetlen példaként: miért van az, hogy Schmitt *Politikai teológiájának* első komoly recepciója a dadaista (*Dionysius Areopagita*, *Dionysius Areopagita!*), és ekkorra már konvertita Hugo Ball által történik, aki a keleti kereszténységről ír máig újra és újra kiadott könyvet, illetve az egyházjogász Hans Barion és a bonni evangélikus egyháztörténész-patológus, majd katolikus konvertita Erik Peterson által? Ezzel szorosan összefüggeni látszik, hogy a disszertációban a teológiai kérdésfeltevések nem jelentőségüknek megfelelően elemeztetnek, illetve – különösen a késői Schmitt, a *Politische Theologie II.* szerzője számára oly fontos szekularizáció kérdései, mindenekelőtt Blumenberg szerepe figyelmen kívül hagyatnak. Természetesen nem azt kérem számon disszerensen, hogy a teológiai problémákat önmagukban kezelje, hanem csak azt, hogy rámutasson néhány, a korszak e kiválasztott gondolkodóinak eszmevilágát alapvetően befolyásoló eszmére, mint a nyilvánosság, a személyes döntés (v.ö. Kierkegaardnak és Dosztojevszkijnek Schmittre gyakorolt hatását) stb.

Ha a *Politische Romantik* problematikájában alapvető antropológiai kérdést a emberi természet eredendő jóságáról vagy bűnösségéről nem tudjuk összekötni az augusztínus hagyománnyal azonosított kereszténység illetve az önmagát a kereszténységgel szemben meghatározó felvilágosult-romantikus emberkép vitájához, ha az előszóban említett „eredendő bűn” fogalmat figyelmen kívül hagyjuk, akkor Schmittnek már korai korszakában is határozottan megjelenő egyik leglényegesebb hermeneutikai eszközét nem fogjuk érteni.

A korszakolás disszerens számára láthatólag igen fontos. A Schmitt-kutatás utalásait követve disszerens Schmitt Däublerrel írott munkájában látja az első és második korszak közötti határt. Címében is kifejező külön fejezete szól éppen Däubler Schmitt szempontjából vett jelentőségéről. Ennek fényében azonban nem érhető, miért nem szerepel Theodor Däubler *Nordlicht* c. könyve a bibliográfiában, de ami még fontosabb, miért nem szerepel egy saját olvasaton alapuló Däubler-elemzés a fejezetben. Däubler művét a világ már csak Schmitt írása okán tartja számon: szerencsés lett volna tehát, ha a *Nordlicht* valamiféle rövid bemutatását megkapjuk, hiszen Schmitt írása is ennek viszonyában válhat csak érthetővé. Ekképpen e fejezetben nagyon nem világos, hogy „az iraki parasztokra zúduló eső” képe hogyan kerül a dolgozatba, illetve mi is Ré napisten kultuszának jelentősége. Vagy Däubler mennyiben tekinthető „a hús feltámadása” költőjének (48. o. 14. l.)? Ez utóbbi esetben ugyanis legalább kétféle értelmezés lehetséges a kevésbé tájékozott olvasó számára: Däubler akár a szellem által elnyomott test, akár a testi feltámadás keresztény gondolatának képviselője is lehet. Hasonlóképpen bizonyos magyarázat feltétlenül szüksége volna „piramis és világsír” önmagában véve nem eléggé világos kapcsolatának megvilágításához. (48. o.)

Értelemszerűen a weimari korszakot elemző harmadik fejezet a disszertáció leghosszabb és legkidolgozottabb része, amely egy bevezető részre és négy fejezetre bomlik.

Itt azonban mindjárt egy fontos, és szerintem félreértett problémába bonyolódik disszerens. Schmitt számára a probléma disszerens szerint „jogrendszer és szabadság” (65. o) illetve „normatív rend és szabadság” (70. o) között feszül. Meglátásom szerint Schmitt decizionizmusát disszerens félreérti. Schmitt számára a szabadság problémája nem kérdés: a jogalanyok szabadsága a korszak lehetőségein belül nem problematikus Schmitt számára. Őt az egyetlen igazi, metafizikai értelemben vett szabad aktor érdekli teoretikusan, és pedig annak a szabadsága, aki a szuverén. Mindazok az idézetek, amelyeket disszerens idéz, alanyukként a szuverénre vonatkoznak! Ez a szuverenitás-fogalom valójában igen régi: és pedig a Schmitt által igen jól ismert középkori jogász-teológusok *abszolút isteni szuverenitás*-fogalmának örököse. Disszerens nem látszik érzékelni, hogy éppen ez a lényeg Schmitt szerint. Ebben a fogalomban érhető tetten, szinte legapróbb részleteiig, hogy a koraujkori jogászok, mint Albericus Gentilis, Jean Bodin vagy Hugo Grotius, miként mentik át a megszülető európai nemzetközi és közjogba a „szent javakat” (*Bergung heiligen Gutes* – amint Schmitt költőien mondja az *Ex captivitate salus*ban), az egykori teológiai fogalmakat. Azaz: amikor *szekularizálják* e jogi környezetben az eredetileg teológiai fogalmakat, akkor ezt bár azért teszik, hogy kiszabadítsák a fontos fogalmakat a vallásháborúk felekezeti rabságából, de az, amit elérnek, az egy immanens, szekularizáltságában is teológiai szerkezetet viselő jogrendszer. Érdekes a Schmitt-kortárs Ernst Kantorwicz-nak a *The king's two bodies* c. alapvető művéből végignézni mindazokat a példákat, amelyek egytől-egyig Schmitt elméletét igazolják. De a történeti kitérő miért is tettük? Mert Schmittet egyáltalán nem a jogrendszer által biztosított szabadságok rendszere érdekli, hanem az a probléma, hogy a jogrend, mint *nomoszok* együttese és egésze hogyan alapul egyetlen szuverén szabad döntésén, aki valójában a szabadság *kat'exochén* megvalósítója.

Fejből idézve a német szöveget tévedtem. Schmittnél „kostbaren” jelző szerepel a „heiligen” helyett. Ez igaz, de nincs jelentősége: a teológiai eredetű, de az új európai közjog számára hasznosítható kánonjogi fogalmakat az egyik irányból éppolyan jogosan lehet szentnek, mint a másik irányból becsesnek tekinteni. A „becses” ekként éppen a szekularizáció megtörténtének indikátora.

Sajnos, a dolgozat végső eredményét csak nagyon visszafogottnak tudom tartani. Kimondatik az, hogy Schmitt alkotói pályának korszakolásában kevés figyelem szenteltetett az 1916 és 1919 között keletkezett művekben tapasztalható fordulópontnak. Ez érdekes állítás, ugyanakkor roppant keveset tudunk meg arról, hogy tartalmilag miért is olyan jelentős ez az elhanyagolt időszak.

Általános probléma rejlik ebben a mulasztásban. Furcsa módon a történész disszerens nem mélyed el igazán Schmitt történeti-szellemi háttérének elemzésében. Nem beszél a német szellemi élet jellemzőiről, nem kísérli meg a szellemi csoportosulások, a nyelvi és gondolati környezet bemutatását, a kibontakozó nagy szellemi irányzatok Schmittre gyakorolt hatását. Egy alaposabb ilyen irányú elemzés pótolhatta volna a nem kellően sikeres filozófiai analízist.

Ami a filozófiai elemzést illeti, mint láttuk, disszerens abból indult ki, hogy Schmitt fogalomhasználat többértelmű. Ennek a szisztematikusnak és tudatosnak tekintett többértelmű fogalomhasználatnak a magyarázatát kereste a disszertációban. Az olvasóban azonban végig ott motoszkál a hiányérzet: valóban fel vannak téve, illetve helyesen vannak-e feltéve azok a további kérdések is, amelyek elvezethetnének valamiféle megoldáshoz.

A „perspektíva-váltás” (65. o) illetve a „billegés” fogalmát nem tartom alkalmas heurisztikus eszköznek a választott probléma megoldásához. Valójában egyik terminus sem mond többet, mint amit kiindulópontként a disszerens megállapított: tudniillik, hogy Schmitt fogalmai több lehetséges értelmet, vagy jelentésmezőt is hordoznak, és hogy az argumentáció

során hol egyik, hol másik aspektus kerül előtérbe. A disszerens által választott mindkét fogalom lényegében csak újrafogalmazza a kérdést, és nem mond semmit a lehetséges genetikus, vagy szisztematikus jelentéstani változásokról.

Különösen alkalmatlannak érzem a „billegés” fogalmának gyakori és kulcspozíciókban előkerülő használatát, pl. „... az általános és a konkrét közötti *billegés a schmitti fogalmak lényegi meghatározottsága*, sőt, *a politikai teológia fogalma végső soron éppen ennek a billegésnek, közvetítésnek a formális elvét jelenti.*” (79.o – kurzív az eredetiben) Ami ugyanis billeg, az bizonytalan, illetve nincs jól megcsinálva. A billegő dolog megbízhatatlan, legyen szó a forró leves alatt billegő asztalról, vagy hegymászás közben megragadott, és belekapaszkodásra hivatott szikláról. Schmittet pedig a disszerens nyilván nem akarja naiv, gyerekes hibákon rajtakapni és „billegésben” elmarasztalni.

A dolgozat utolsó mondata mutatja a hermeneutikai jelentőségűnek szánt „billegés” fogalmának problematikus voltát. „Az önazonosság történeti egysége helyére az ellenség által definiált önazonosság szituatív billegése lép.” Ezt az állítást Schmitt egyáltalán nem fogadhatta volna el. Tudvalevő, hogy Schmitt szerint a politikai az állammal tételezi fel kölcsönösen egymást, az állam viszont a jogrendben fejeződik ki (és persze a területiális integritásban). A jogrend (és a területiális integritás) azonban nem egy bizonyos ellenség „ellenképeként” jön létre, ahol az ellenségek változása az ellenképként létrejövőt is ennek megfelelően változtatná. Ez súlyos félreértés, mert a jogrend belső logikája szerint (és a szuverén akarata nyomán) jön létre, nem külső hatásra. Disszerens továbbá nem látszik alkalmazni azt a fontos elvet, ami Schmitt jogszociológiai módszeréből következik. Schmitt a különböző jogrendeket „történelmi alakzatokként” határozza meg, és minden ilyen alakzat éppen hogy egy metafizikai (és teológiai) alapokon nyugvó önazonosság, ami szükségképpen különböztet meg barátot és ellenséget. Ez a megkülönböztetési képesség azonban a lényegéhez tartozó követelmény, az alakzat természetéből adódik, és nem valamiféle esetleges konfiguráció, valamiféle partikuláris hatalmi szembenállás következménye. Ennek következtében nem „szituatív” (ugyanis lényegi), és nem „billeg” (mert a lényeget nem befolyásolja, hogy ki az aktuális ellenség).

Ha például a „politikai teológia” híresen komplex fogalmát csak „perspektíva-váltásokként” vagy „billegéseként” írjuk le, nem jutunk messzire. Schmitt, mint azt maga is hangsúlyozza, nem Varro klasszifikációját találja fel újra, nem az „isten kegyelméből” császári vagy a pápai világi hatalom „ideológiáját” porolja le, hanem egy vadonatúj fogalmat alkot, aminek persze az előbb említett két másik, eltérő értelmezés is történeti jelentéstartományát alkotja, de ettől nem többet. A fogalom, mint szociológiai forma, egy teljesen új korszakot, a szekularizáció korát jellemzi.

A dolgozatban több argumentatív tévedés is található. A 14. oldalon disszerens szerint a szuverén problémája analóg azzal, hogy „minden halmazok halmaza ellentmondásmentesen beilleszthető-e a halmazelméletbe”. Az analógia azonban helytelen, mert a Russell-paradoxon azt mutatja meg, hogy minden halmazok halmazának beillesztése a standard halmazelméletbe NEM lehetséges.

A világosság kedvéért: a Russell-paradoxon analógiát akkor lehetne azonosítani a szövegben, ha a szuverén akkor lenne szuverén, ha nem volna szuverén (pl. törvény alatti lenne), míg ugyanakkor a nem-szuverén csak akkor nem lenne szuverén, ha szuverén lenne (tehát a kivételes állapotról dönteni képes volna). Ez azonban Schmittnél egyáltalán nem így gondoltatik el, és pedig nem véletlenül. Nincs ilyen analógia a két eset között.

A hibás analógia sugallta képpel szemben Schmitt egyáltalán nem a szuverénnek a jogrendbe való beilleszthetőségének lehetetlenségéről szól, hiszen ez a probléma abszurd volna, hanem azt az általános elvet mondja ki, hogy minden jogrend, jogrendi természeténél fogva pontosan ezt a szuverént tételezi fel. Ha már így akarunk fogalmazni, akkor inkább azt mondhatnók, hogy a szuverén a jogrend transzcendentális feltétele. Amivel Schmitt problémája analóg lehetne, az az a fizikai probléma, hogy az alapvető fizikai állandók éppilyen értékére

irányuló kérdés fizikai kérdés-e vagy sem, mint ezt például Timothy Ferris asztrofizikus *A vörös határ* c. könyvének előszavában roppant világosan, (és tagadólag) meg is fogalmazza. Esetleg azt lehetne analógnak tekinteni, hogy az egyes matematikai rendszerek, például a hiperbolikus és az euklideszi geometriákra jellemző axiómarendszerek közötti döntés matematikai kérdés-e? Nyilván csak egyfajta konszekvencialista értelemben az: magyarul, hogy adott probléma kezelésére melyik rendszer alkalmasabb. A szuverén is lehetőségek között dönt: miként Isten is a *potentia dei absoluta* középkorban használt (és Schmitt számára is ismert) fogalmában.

Egy másik argumentatív hiba a 118. old-on található. A schmitti gondolatmenet nem válik „körkörösé” attól, hogy a liberalizmus lényegét a döntés tagadásában látja, míg a döntés fogalma a döntés tagadásának tagadását jelenti. Szerintem a két negációt visszahelyettesítve az első formulába azt kapjuk, hogy a liberalizmust a döntés (= a tagadás tagadása) tagadásában határoztatik meg, ezt a három negációt viszont egyszerűsítve visszakapjuk a döntés szimpla tagadását. A decizionizmus ekképpen a liberalizmus (normativitás) ellentéte, és pont ezt akartuk értelmezni. Nem egészen világos számomra, hogy miben is állhat itt a körköröség.

Fentebb már utaltunk a teológiai elemzés hiányos voltára. Ezt mutatja, hogy disszerens a 86. old-on „egy új istenkirályról, a modern diktátorról” beszél. Ez így túlságosan odavetett számomra. A modern diktátor *evilági* szuverén: éppen az a lényeg Schmitt számára is, hogy a diktátornak *nincs* transzcendens, csakis immanens legitimációja: éspedig a politikai teológia *tökéletesen és maradéktalanul szekularizált* fogalmán keresztül. Nem véletlenül hasonlítja S. Schmitttel vitázó Erik Peterson ezt a fogalmat a szekuláris római császár, illetve az Antikrisztus fogalmához. Ennek a transzcendens elemtől radikálisan megfosztott gondolatnak a megértése a kulcsa, szerintem, a Schmitt sámára roppant fontos – szintén teológiai – parabola, a *Nagy Inkvizítor* értelmezésének is.

A teológiai elem fontosságának illusztrálására Dosztojevszkij paraboláján túl utalhatnánk itt például a *katekhon* Schmittnél állandóan visszatérő, és szisztematikus szerepet betöltő fogalmára is, amelyet többen, mint Laska és mások, pl. Felix Grossheutschi, *Carl Schmitt und die Lehre vom Katechon*, Beiträge zur Politischen Wissenschaft Band 91, (Duncker & Humblot, Berlin, 1996) tárgyalnak.

Ez az ellenvetés természetesen tudatában van annak, hogy a katekhon fogalma Schmitt írásaiban relatíve később jelenik meg, bár Sombart visszaemlékezéseiből tudható, hogy a harmincas évek elején a kérdés már foglalkoztatja. Többen felvetették, hogy a fogalom jelentőségére valószínűleg Erik Peterson hívta fel Schmitt figyelmét, amikor Bonnban a 1924-től 1929-ig kollégák és heti rendszerességgel találkozó barátok voltak (és ezután is kapcsolatban maradtak 1933-ig). A dolgozat címének problémája miatt (hogy ti. nem specifikálja a periódust) lehet az ellenvetést megfogalmazni.

Félreértésnek tartom a 97. old-on azt a gondolatot, hogy a barát-ellenség alapító megkülönböztetése „kriminalizálná az ellenfelünket.” Erről szó sincs szerintem Schmittnél, hiszen az alapító megkülönböztetéshez képest a büntetőjog sokszorosan derivált eleme a joghierarchiának, azaz számára ez a tétel módszertani hibát tükrözne.

Az egy következő lépés, hogy a partizán-probléma, illetve a konfliktusok totálissá válása kapcsán kialakulhat (potenciálisan) egy ilyen eset is, de ez sokkal komolyabb elemzést kívánó kérdés, mint azt a disszerens odavetett megjegyzése sugallja.

[...]

Stiláris szempontból a dolgozat általában megbízhatóan oldja meg a nehéz helyzeteket is, de azért találkozunk olyannal is, hogy „Az ebben az időszakban lezajló mozgás eredményeképpen (sic!-GGy) megszületik az érett Schmitt” (39. o. 1. l.). Vagy: „az egész koncepció egy hatalmas felkiáltójel” (37. o.). Egy szakadék pedig nem lehet „legyőzhetetlen” (80. o.), hanem leginkább „áthidalhatatlan”. Nem hiszem, hogy „beleadnánk magunkat” a barát-ellenség megkülönböztetésének világába ... (98. o.) Nem egészen világos az sem, hogy milyen új belátásra jutunk Schmitt *Nordlicht*-elemzésének kapcsán tett azon megállapításból, hogy

„...Schmitt saját reflexióit, gondolatait fejezi ki a költemény interpretációja által” (43. o. – kurzív az eredetiben).

[...]

A dolgozatot disszerens gondosan készítette el, ami látható a gépelési hibák, elütések, vesszőhibák meglepően alacsony számából.

Bibliográfia

Végül néhány megjegyzés kell tennem a bibliográfiáról. A bibliográfia első ránézésre bőséges, míg másodikra talán túlságosan is az. A mintegy 60 tételes forrás-bibliográfiát mintegy 200 tételes szekundér bibliográfia követi. Összevetve a főszöveggel, illetve a lábjegyeket hivatkozásaival, mégis az a benyomásunk támad, hogy a bibliográfia bővebb, mint amire a szerző hivatkozik. Adorno, Arendt, Aris, Baxa, Nolte, Mommsen, stb. illetve számos több tétellel szereplő szerző nem minden munkája, (mint mondjuk a maga 10 címével felbukkanó Friedrich Meineckétől 2) szerepel a disszertációban magában. Természetesen nem azt vonom kétségbe, hogy disszerens ezeket a műveket mind ismerné, hanem azt, hogy érdemes-e ezeket mind felsorolni a hivatkozott irodalmat egységesen szerepeltetni hivatott bibliográfiában.

Theodore Däubler *Nordlicht* c. könyve viszont nem szerepel a bibliográfiában, miközben disszerens szerint Schmitt Däublerrel írott munkája alkotja az egyik korszakhatárt, és külön fejezet címében is jelezve szól éppen Däubler Schmitt számára vett jelentőségéről. Nem szerepel továbbá a bibliográfiában a Schmitt számára igen fontos Erik Peterson, de Hans Blumenberg sem, akik a *Politische Theologie II.* –t ihlették, hiszen az lényegében Peterson 1935-ös, a politikai teológia lehetőségét a korakereszténység felől cáfoló könyvére próbál válaszolni, Blumenberg szekularizáció-fogalmát hívva segítségül.

Ha pedig főleg az 1933 előtti korszakról beszél a disszertáció, akkor hiányolom a másodlagos bibliográfiából M. Dahlheimernek Schmitt korai korszakáról, illetve e korai korszaknak a korabeli, a német politikai és szellemi élet rekonstrukciója szempontjából kulcsfontosságú katolicizmushoz kapcsolódó aspektusairól írott igen alapos munkáját (M. Dahlheimer, *Carl Schmitt und der deutsche Katholizismus 1888–1936*. Veröffentlichungen der Kommission für Zeitgeschichte. Reihe B: Forschungen. Band 83 (Paderborn–Munich–Vienna–Zürich: Ferdinand Schöningh, 1998)).

Hasonlóképp fontos információkat lehetne nyerni a Schmitt rejtélyes utalásrendszerével kapcsolatban Laska, Bernd A., *Katechon und Anarch: Carl Schmitts und Ernst Jüngers Reaktionen auf Max Stirner*, LSR Verlag, Nürnberg, 1997. Stirner-Studien Band 3. c igen érdekes könyvéből.

Heinrich Meier „A filozófus, mint ellenség.” c. tétele az 5. o. 6.lj-ében nem szerepel a bibliográfiában, és kérdés, hogy miért idéztetik magyarul.

Végül talán meg kellett volna valahol említeni, hogy a magyarul meg nem jelent műveknél ki a fordító (nyilván a disszerens, de ezt előre, vagy esetenként meg kellett volna mondania - pl. az előszóban).

Mindezeket összegezve: bár a disszerens témaválasztása jó, tájékozottsága és felkészültsége kielégítő, valamint számos részletproblémát is jól oldott meg, a dolgozatot jelen formájában mégsem tartom alkalmasnak a fokozat odaítélésére. Egyelőre ugyanis több hibáját, mint erényét láttam. Számos tekintetben a dolgozat még nem elég kiérlelt. A doktori fokozat odaítélését még nem támogatom, de egy komolyabb átdolgozással, illetve kibővítéssel a disszertáció erre alkalmassá tehető.

Budapest, 2005. március 26.

Győrfi Tamás

Gyakorlati filozófia, liberális morálfilozófia és a jog autonómiája (A vita folytatása)

1. A konferenciát követően két olyan felszólalásra szeretnék e rövid írásban reagálni, melyek nem saját előadásom után, hanem a későbbi vitában hangzottak el, s melyekre az idő rövideje miatt nem volt módom érdemben válaszolni. Az egyik ellenvetést Pokol Béla, a másikat Szigeti Péter tette, ez utóbbi Bódig Mátyás álláspontjával kapcsolatban fogalmazódott meg.

Mielőtt az ellenvetések érdemi tárgyalására térnék, hadd tegyek egy rövid kitérőt arra vonatkozóan, hogy miért gondolom fontosnak a vita folytatását. Magam a 2001-ben Miskolcon tartott „Természetjogtan és jogpozitivizmus” című szimpózium óta vagyok rendszeres résztvevője és előadója a jogelméleti közösség országos konferenciáinak. Az ez idő alatt tartott viták arról győztek meg, hogy a legmarkánsabb törésvonal a hazai jogelméletben jelenleg a jogelmélet társadalomelméleti és gyakorlati filozófiai megközelítései között húzódik. Az előbbi irányzat elsősorban a német társadalomelmélet, míg az utóbbi az angolszász analitikus jogfilozófia irodalmán orientálódik. Ez természetesen nem jelenti azt, hogy ne lennének más jogelméleti törekvések, vagy hogy ez a két irányzat feltétlenül értékesebb lenne más megközelítésekénél. Pusztán azt állítom, hogy a mai magyar jogelméletben ez a szembenállás generálja a legszenvedélyesebb vitákat. Magam a gyakorlati filozófiai megközelítés híve és képviselője vagyok, így előljáróban hadd jelezzem saját pozícióm: soha nem gondoltam vagy állítottam, hogy egy társadalomelméleti keretben gondolkodó jogelméletnek ne lenne létjogosultsága. Csupán azt gondolom, hogy vannak olyan kérdések, mindenekelőtt a jog normativitása, amelyeket egy gyakorlati filozófiai kiindulópontból lehet adekvát módon kezelni. Számomra nem egészen világos, hogy a társadalomelméleti paradigma képviselői milyen érvényességi igényt tulajdonítanak saját megközelítésüknek, s miként határolnák körül az egyes irányzatok kompetenciáját. Mivel különböző indíttatású szerzők tartoznak e táborba, ezért talán értelmetlen is lenne valamilyen közös módszertani álláspontot tulajdonítani nekik. A vitát nehezíti, hogy az nem egy világosan megfogalmazott kérdés körül forog. A gyakorlati filozófiai megközelítéssel szemben változatos ellenvetések fogalmazódnak meg, ezek közül szeretnék most két tipikus érvet megvizsgálni, abban a reményben, hogy ez előrébb visz bennünket legalább a fontosabb nézeteltéréseink lokalizálásában. Céлом, hogy a vitát tehermentesítsük néhány olyan nézetkülönbségtől, melyek nem érintik közvetlenül a gyakorlati filozófiai indíttatású jogelmélet lehetőségét.

Pokol Béla ellenvetése a következőképpen hangzik: [Bódig Mátyás és Győrfi Tamás] „a jog és a morál erősebb összekötését állítja, és erről sok vita folyt már a mi kis magyar jogelméleti közösségünkben. Én is szemben állok ezzel, nagyon röviden azon véleményem alapján, hogy a társadalomban létező plurális morális felfogások miatt a mindenkre egységesen kötelező, ám csak a domináns csoportok morális akcentusait tartalmazó jog követésének előírása - az egyes jogszabályok és ez alapján hozott eseti ítéletek túlzottan nyílt morális felhangja és ítéleti érvelése esetén - a nem domináns morális közösségek tagjai számára morálisan lenne megalázó, míg a morálisan semleges érvelésre és fogalmi rendszerre törekvés esetén össztársadalmilag elviselhetőbb ez a gond.”¹ A következőkben a könnyebbség kedvéért *autonómia-tézisnek* nevezem azt az álláspontot, amelyet Pokol Béla védelmébe vesz, s amelyet Bódig Mátyás és én pedig – állítólag – elutasítok, hiszen Pokol Béla a jognak az erkölccsel szembeni autonómiája mellett áll ki. Szigeti Péter ellenvetése némileg más természetű. Állításának lényege az volt, hogy a gyakorlati filozófiának az a változata, amelyet Bódig Mátyás képvisel, lényegében egy liberális morálfilozófia, mégpedig az értelmes önzés elvének módszertani vetülete. Ez a *gyakorlati filozófia liberális elkötelezettségének tézise*. A jelentős különbség dacára van egy fontos párhuzam a két érv között: állításom az, hogy

¹Az idézetet Pokol Béla hozzászólásának saját maga által rögzített változatából vettem át.

mindkettő elvét, hogy hol és milyen formában lépnek be erkölcsi és politikai filozófiai szempontok abba a gyakorlati filozófiai indítatású jogelméletbe, amelyet mi is képvisünk. A vita tétje részben az, hogy ezek az ellenvetések lokális vagy globális kihívást jelentenek az általunk preferált jogelméleti hagyománnyal szemben.

2. A gyakorlati filozófia azon kérdések elméleti vizsgálatával foglalkozik, amelyekben felmerül a „mit tegyek?“, vagy „miként döntsek?“ problémája. Néha egyszerűen csak azt tesszük, amihez kedvünk van, gyakran azonban döntésünk során indokokat mérlegelünk. A gyakorlati filozófiának éppen ezért a cselekvési indok az egyik legfontosabb fogalma. Az indokok többféle funkciót tölthetnek be: irányítják, értékelik és magyarázzák tetteinket. Ráadásul, mint azt Joseph Raz írja, az indokok fogalmának e többcélú használata interdependens.² Azért lehet magyarázó ereje annak, hogy A pénzért ölt, mert a pénzszerzés irányíthatta A cselekedetét. Máskor B magatartását azért vezérli az az indok, hogy segítsen bajba jutott barátjának, mert előzetesen úgy értékelte, hogy ezt lenne helyes tennie. A gyakorlati indokok elméletében kitüntetett helye van az igazolás fogalmának, mely az indokok cselekvés-értékelő funkciójához kapcsolódik. Az indoklásnak vagy igazolásnak akkor van helye, amikor cselekvésünkről mások előtt akarunk, vagy mások előtt kell számot adnunk.

A jog gyakorlati filozófiai megközelítése azt vizsgálja, hogy a jogi indokok miként kívánnak belépni, és miként lépnek be értelmes cselekvők gyakorlati deliberációjába. Ehhez szükség van a gyakorlati érvelés szerkezetének a feltárására és a gyakorlati indokok tipológiájára. Fontos feltárnunk, hogy milyen módon ütközhetnek az indokok, s miként oldhatjuk fel az indokok kollízióját. Tudjuk, hogy a cselekvési indokokat többféleképpen lehet befolyásolni: adhatunk barátainknak tanácsot, kérhetünk tőlük szívességet. A jog azonban jellemző módon „más nyelven” szól hozzánk: arra tart igényt, hogy normáit különösen fontos cselekvési indoknak tekintsük. Vagyis a jog gyakran a kötelezettségek nyelvét beszéli. Nem lehet adekvát az a jogelmélet, mely nem ad számot a jognak erről a jellemvonásáról.

A jog maga egy gyakorlati vállalkozás, nem magyarázza, hanem értékeli, és bizonyos esetekben irányítja a magatartásunkat. Az értékelés és az irányítás funkciójának interdependenciája a jog működésében is kitapintható. Gyakran ugyanis úgy törekszik magatartásunk irányítására, hogy negatív értékítéletet és szankciót fűz e magatartáshoz. Ugyancsak fontos része a jogi diskurzusnak az igazolás: tipikus esetben ugyanis a jog gépezete akkor lendül mozgásba, amikor valaki azt állítja, hogy egy másik személy megszegett egy jogi normát: ilyenkor az illető abba a helyzetbe kerül, hogy mások előtt kell igazolnia cselekedetét. Másfelől a jogi indokok kitüntetett (kötelező) jellege és a jogi szankciók sajátos minősége is aláhúzza az igazolási funkció szerepét e diskurzusban: legalábbis a modern államokban igazolásra szorul az, hogy valaki kötelezettségeket fogalmazzon meg másokkal szemben, büntetendővé tegyen bizonyos magatartásokat, és az is, hogy egyedi esetekben szankciót szabjon ki másokkal szemben.

Érdemes e rövid vázlat után megállnunk: itt értünk el ugyanis egy fontos teoretikus elágazáshoz. A gyakorlati filozófia liberális elkötelezettségének tézise ugyanis azt állítja, hogy a gyakorlati filozófiának fentebb bemutatott fogalmi kerete per definitionem liberális elkötelezettségű. Ha ez így van, akkor egy gyakorlati filozófiai jogelmélet eleve csak a liberálisok számára lehet meggyőző. Nem kívánok egyáltalán azzal foglalkozni, hogy milyen értelemben liberális Bódig Mátyás jogelmélete, vagy a saját felfogásom. Ha Szigeti Péternek igaza van, akkor jogelméleti nézeteltérésünk globális kell hogy legyen: elméleteink állítólagos liberális jellegének elutasítása szükségszerűen magával rántja a gyakorlati filozófiai megközelítés egészét. Mint a szóbeli vitában is leszögeztem, úgy gondolom, Szigeti Péter tézise nem tartható. Állításom az, hogy még ha elméleteink bizonyos értelemben liberálisak is lennének, ebből akkor sem következne a gyakorlati filozófiára alapozott jogelmélet tarthatatlansága. Ha a gyakorlati filozófia, vagy legalábbis annak általunk képviselt formája és a liberális elvek sorsa elválhat egymástól, akkor jogelméleti vitánk - legalábbis amit ez az ellenvetés generált - lokális természetű, elméletünket csak abban a részben érinti, amennyiben az

² Joseph Raz: *Practical Reasons and Norms*. Princeton: Princeton University Press, 1990, 16. o.

liberális.³

Be kell vallanom, első pillantásra ez a tézis számomra teljesen implauzibilisnek tűnt, rögtön ki is fejtem miért. Ám mivel mind államelméletünkkel, mind jogelméleteinkkel szemben többen is hasonló vádat fogalmaztak meg, ezért érdemes e vádat komolyan venni.⁴ Amiért számomra a gyakorlati filozófia liberális elkötelezettségének a tézise eredendően implauzibilisnek tűnt, a következő: a liberalizmus értelmezésében tartalmi politikai elvek és intézmények egy bizonyos együttesének elfogadását jelenti. Az a gyakorlati filozófiai keret, amit itt felvázoltam, viszont nem kötelez el senkit ilyen elvek mellett. A gyakorlati filozófia liberális elkötelezettségének igazolásához nem tartom elegendőnek sem annak kimutatását, hogy bizonyos szerzők személyes politikai meggyőződése liberális volt, sem annak bizonyítását, hogy bizonyos liberális nézeteik és jogelméletük között léteznek hatástörténeti összefüggések. (Köztudomású például Herbert Hart vagy Joseph Raz liberális kötődése. Megítélésem szerint azonban pusztán ez a tény egyikük jogelméletét sem teszi liberálissá.) Úgy gondolom, a tézis alátámasztásához annak bizonyítására lenne szükség, hogy bizonyos liberális meggyőzések konstitutív szerepet töltenek be a gyakorlati filozófia itt felvázolt fogalmi keretében. Am a gyakorlati filozófia e fogalmi kerete igen különböző jogelméleti felfogásokkal kompatibilis:⁵ összeegyeztethető egy ilyen fogalmi kerettel az az imperatív jogszemlélet, mely a jogi normák kényszerjellegét hangsúlyozza, s a szankciókat az emberi magatartás irányítására szolgáló prudenciális indokoknak tekinti. Ugyancsak összeegyeztethető ezzel például Hart gyakorlatközpontú szabályelmélete, ahol a társadalmi szabályok belső szemlélete hivatott e szabályok indokkeletkeztető természetét magyarázni. Mint a vitában is hangot adtam e nézetemnek, összeegyeztethető a gyakorlati filozófia e felfogásával a jog gazdasági elemzése, mely az emberi cselekvéseket és a jogintézményeket az eszközracionális szempontjából értékeli. Továbbá jól összeegyeztethető a gyakorlati filozófiai megközelítés olyan tomista természetjogi felfogásokkal, mint amilyen például John Finnis elmélete. Sőt úgy gondolom, az itt felvázolt fogalmi keret elég átfogó ahhoz, hogy az arisztotelianus gyakorlati filozófia, és az erre támaszkodó jogelméleti törekvések is otthont találjanak benne. A vitában Szigeti Péter megerősítette, hogy a jog gazdasági elemzését valóban egy liberális morálfilozófiának tekinti. Ezt én egy nehezen képviselhető álláspontnak tartom, de érteni vélem az állítás mögött meghúzódó megfontolásokat. De mi bizonyítaná a többi, itt idézett gyakorlati filozófiai megközelítés liberális elkötelezettségét? Szigeti Péternek vagy amellet kellene érvelnie, hogy például John Finnis morálfilozófiája liberális, vagy amellet, hogy módszertana radikálisan különbözik az itt felvázolt gyakorlati filozófiai megközelítéstől. Ha csak egyetlen ellenpéldám is meggyőző, az elégséges annak bizonyításához, hogy a jogelméleteink alapjául szolgáló gyakorlati filozófiai keret és a liberális morálfilozófia között nincsen szükségszerű összefüggés.

Szigeti Péter ellenvetéséből azonban kibontható egy absztraktabb ellenérv a gyakorlati filozófiai megközelítéssel szemben, amit nem lehet ellenpéldák felmutatásával elhárítani. Az érv a következő lépésekben haladna: (1) A gyakorlati filozófiai megközelítés módszertanát tekintve individualista: (a) *egyének* gyakorlati indokait vizsgálja, (b) mivel az a kérdés áll érdeklődése homlokterében, hogy a jog milyen szerepet tölt be egyéni cselekvők deliberációjában, így e személyeket *racionális* lényeknek tekinti. (2) Az individualizmus a liberalizmus politikai antropológiáját jellemzi. (3) A gyakorlati filozófiai megközelítés, ha nem is tartalmi politikai elveit, de előfeltevéseit tekintve liberális.

Úgy gondolom, hogy amennyiben a gyakorlati filozófia fentebb vázolt módszertana bizonyos értelemben individualista, úgy ez a gyakorlati filozófia természetéből következik. Fontos, hogy ezt

³Az itt kifejtett érveim miatt a vita szempontjából irrelevánsnak tartom Pokol Bélának azt a kétségtelenül igaz állítását is, miszerint a liberalizmusnak markánsan eltérő, és a piachoz másképpen viszonyuló irányzatai vannak.

⁴Hasonló vádat fogalmazott meg álláspontunkkal szemben Cs. Kiss Lajos és Löffler Tibor. Lásd Cs. Kiss Lajos (szerk.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitt-ről*. Budapest: Gondolat, 2004, 426-427.o; illetve Löffler Tibor: *Autoritás és legitimitás II. Jogelméleti Szemle*, 2005, 4. szám. (<http://jesz.ajk.elte.hu>)

⁵Egy ilyen áttekintésre nézve lásd Steven J. Burton: *Law as Practical Reason*. 62 *Southern California Law Review* (1988-89) 747.

az állítást ne keverjük össze a társadalomtudományokban alkalmazott módszertani individualizmus kizárólagosságával. Láttuk, hogy az indokoknak több funkciója is van: magyarázzák, irányítják és értékelik a cselekedeteket. Azt a felfogást, amely egyéni cselekedetek terminusaiban magyarázza a társadalmi intézményeket és a társadalmi változásokat, módszertani individualizmusnak szokták nevezni a társadalomtudományokban.⁶ A módszertani individualizmus bizonyos értelemben a társadalmi jelenségek strukturalista, vagy funkcionalista magyarázatának alternatíváját jelenti. A társadalmi jelenségek magyarázatának tehát több, rivális felfogása van, amelyek közül a módszertani individualizmus csak az egyik. A gyakorlati filozófia, mint azt korábban állítottam, azonban normatív természetű, s nem a cselekedetek magyarázatával, hanem azok irányításának és értékelésének elméleti problémájával foglalkozik. Ez magyarázza, hogy miért van a racionális egyénnek kitüntetett szerepe egy ilyen elméletben. Az indokok csak egyének cselekedetét irányíthatják, mert csak egyének rendelkeznek azzal a kognitív képességgel, hogy indokokat mérlegeljenek, és ez alapján cselekedjenek. Továbbá, az indoklás folyamatában egyének, vagy egyének csoportjai az igazolás címzettjei, ugyanezen összefüggés miatt. Csak racionális egyének rendelkeznek azzal a képességgel, hogy cselekedeteikről számot adjanak, illetve rákérdezzenek mások cselekedeteinek helyességére, s csakis ilyen személyeket lehet meggyőzni egy cselekedet helyességéről vagy helytelenségéről.

Ebből azonban nem következik, hogy a cselekvési indokok tartalmi politikai filozófiai értelemben is individualisták lennének. Ha egy abszolút uralkodó azt állítja magáról, hogy Isten kegyelméből uralkodik, ugyanúgy egyéneknek címzett indokokkal próbálja a címzetteket meggyőzni uralkodásának legitimitásáról, mintha valaki az egyéni jogok tiszteletben tartásával vagy a morális egyenlőséggel próbálja az autoritás demokratikus formáit igazolni. Az igazolási folyamat a fenti értelemben egyformán individualista lesz, ha valaki az utilitaristák hasznossági kalkulusára, a munkásosztály vagy a nemzet érdekeire hivatkozva akar egy intézményt bevezetni, vagy éppen a tradíciókra hivatkozva akarja a változást megakadályozni. Ugyanez áll a funkcionáliszmusra. Ha például valaki azzal próbál meggyőzni egy anarchistát az állam szükségességéről, hogy az elengedhetetlen bizonyos funkciók betöltéséhez, akkor ugyanúgy racionális egyéneket szólít meg az igazolás során, mintha az egyének beleegyezésének individualista érvét használná. Az individualista jelleg, ha egyáltalán találó ez az elnevezés, tehát az igazolási folyamat belső logikájából, vagy mélyszerkezetéből, és nem valamely liberális elkötelezettségből fakad. Akár strukturalista, akár funkcionalista módon magyarázza valaki a világot, ha a mit tegyek kérdésre keresi a választ, le kell fordítania ezeket a strukturalista vagy funkcionalista állításokat egyéneknek címzett indokokra. Következésképpen azt gondolom, hogy a gyakorlati filozófiának az az elmélete, mely jogelméleti törekvéseink háttérében áll, nem eleve elfogult a liberális eszmék javára. Ha egy jogelmélet bizonyos értelemben tehát liberális, akkor ez a vonás egy későbbi szinten lép be az elméletbe. Az elmélet liberális jellemvonása elleni érv, bármi legyen is az, nem képes érvényteleníteni a gyakorlati filozófiai megközelítés létjogosultságát általában.

3. Ha helyes az eddigi érvelésem, akkor abból az következik, hogy a gyakorlati filozófiai indíttatású jogelméleti módszer önmagában agnosztikus abban a kérdésben is, hogy van-e szükségszerű fogalmi kapcsolat a jog és az erkölcs között. Még azok is azonban, akik igenlően válaszolják meg ezt a kérdést, különböző dimenziókban vélhetik a szóban forgó kapcsolatot felfedezni. Austin talán nemlegesen válaszolta volna meg a fenti kérdést, míg Hart, Fuller, vagy Raz igenlően. Az igenlő válasz azonban három különböző megoldást rejt: Hart a jog és az erkölcs szabályainak szükségszerű átfedése miatt látta a két szféra közötti lényegi kapcsolatot megállapíthatónak. (Ez a természetjog minimális tartalmának tézise) Fuller úgy gondolta, az emberi magatartások szabályok alá rendelése önmagában szükségszerűen hordoz valamilyen erkölcsi értéket. (Ez a derivatív természetjog eszméje.) Raz azt állítja, a jog lényegéhez tartozik, hogy erkölcsi természetű igényt támaszt a címzettjeivel szemben. A fenti példák is azt támasztják alá, hogy a jog és az erkölcs közötti kapcsolatnak számos dimenziója van, s az, hogy egy bizonyos dimenzióban kapcsolat van a két szféra között, nem vonja maga után feltétlenül egy másik típusú kapcsolat létezését.⁷ Éppen ezért egy elméletet általánosságban azzal

⁶Vö.: Jon Elster: *A társadalom fogaskerekei*. Budapest: Osiris, 1997, 21. o.

⁷A lehetséges kapcsolatok tárgyalását lásd például Győrfi Tamás: 'Jog és erkölcs kapcsolata a pozitivista

vádolni, hogy összeköti/szétválasztja a jogot és az erkölcsöt, nem sokban viszi előrébb a vitát: a jog és az erkölcs közötti lehetséges kapcsolatok analitikus feltérképezése nélkül nem tudunk értelmesen állást foglalni abban a kérdésben, hogy egy elméletben valamilyen értelemben túl szorosnak, s így nemkívánatosnak minősíthető-e a két szféra közötti kapcsolat.⁸

Pokol Béla most pontosította a jog és erkölcs túl szoros összekapcsolásának a vádját. Álláspontja szerint két ponton problémás ez a kapcsolat: egyrészt, nem kívánatos, hogy valamely domináns társadalmi csoport sajátos erkölce emelkedjen a jog rangjára, s kapjon jogi minőséget. Másrészt nem kívánatos, hogy az erkölcsi normák közvetlenül befolyásolják az ítélkezési gyakorlatot. Rövidre zárva azt mondhatjuk, hogy jog és az erkölcs szétválasztására Pokol Béla szerint mind a jogalkotásban, mind a jogalkalmazásban törekedni kell. Előadásomban azonban egyik kérdést sem érintettem. Két olyan tézist fogalmaztam meg, melyek összefüggésben állnak a jog és az erkölcs viszonyával. Egyrészt azt állítottam, hogy a jog erkölcsi igényeket támaszt a címzettjeivel szemben. (Ennek az állításnak a pontosabb tartalmát előadásomban kifejtettem.) Másrészt azt állítottam, hogy ezen igény igazolási feltételeinek a tisztázása is a jogelmélet feladatai közé tartozik. Ebből valóban következik, hogy a jogelméletnek közvetlenül kapcsolódnia kell a politikai filozófiához. Ám önmagában ez nem jelent állásfoglalást sem a törvényhozás, sem az ítélkezés bizonyos módozatai mellett. Megfordítva a tételt: akár a Pokol Béla által favorizált törvényhozási és ítélkezési gyakorlat nyer teret egy jogrendszerben, akár ennek az ellenkezője, egyik sem cáfolja a jogra vonatkozó azon konceptuális állítást, hogy az erkölcsi igényeket támaszt címzettjeivel szemben. Ez a konceptuális állítás vagy ettől függetlenül igaz, vagy ettől függetlenül hamis. A jog és az erkölcs egy bizonyos kapcsolatának (a jog erkölcsi igényeket támaszt) elfogadásából tehát nem következik automatikusan egy másik fajta kapcsolat (a törvényhozás és az ítélkezés erkölcsi szempontokkal való átítatásának) elfogadása.

Vizsgáljuk meg azonban a szeparáció melletti érvet érdemben is. A jog és erkölcs bizonyos értelmű szétválasztására vonatkozóan Pokol Bélának két típusú érve van. Az egyik érv funkcionális rendszerelméletéből következik: a jog a társadalom egy elkülönült, professzionális intézményrendszere, melynek autonómiáját meg kell őrizni. Ennek a szemléletmódnak az üzenete viszonylag világos a jogalkalmazás vonatkozásában: a bírónak a jogos/jogtalan értékduált kell elsősorban szem előtt tartania, s nem szabad azt erkölcsi szempontoknak alárendelnie. E funkcionális szemléletmód azonban már nem képes bennünket eligazítani akkor, amikor az a kérdés, hogy milyen erkölcsi vélekedések emelkedjenek a jog rangjára. Büntetnünk kell-e a kábítószer fogyasztását? Meg szabad-e engednünk az eutanáziát? A középrétegeknek, vagy a legszegényebbeknek kedvezzen-e szociálpolitikánk? A jog képes szabályozni saját megalkotásának eljárását, de nem képes saját tartalmát meghatározni. Ha vannak is bizonyos dogmatikai kötöttségei annak, hogy mi illeszkedik a már meglévő jogrendszerbe, a dogmatikai illeszkedés szempontjából a jog tartalma aluldeterminált. Annak sincs akadálya, hogy egy dogmatikailag koherens rendszert egy másik, politikai tartalmában eltérő, de dogmatikailag éppoly koherens másik rendszerrel helyettesítsen a törvényhozó. Azok a funkcionális rendszerelméleti érvek, amelyek jó eligazítást adnak a jogalkalmazás tekintetében, tehát nemigen képesek a jognak az erkölctől való autonómiáját biztosítani a törvényhozás vonatkozásában. Éppen ezért itt Pokol Béla, megőrzendő a jog autonómiáját, egy másik érvehöz folyamodik.

Az érv lényege, hogy azokat az erkölcsi nézeteket kell a törvények rangjára emelnünk, amelyeket az empirikus népakarat (a parlamenti többség akarata) szentesít. Csakhogy ilyenkor nem állíthatjuk azt komolyan, hogy a jogot függetlenítettük az erkölctől (abban az értelemben, ahogy a bíró döntését függetlenítjük az erkölctől akkor, amikor az általa felhasználható érvek körét leszűkítjük és a jogszabályokhoz kötjük). Vagy azok vélekedését emeljük a törvények rangjára, akik büntetnék a kábítószer fogyasztását, vagy azokét, akik nem. Vagy azok vélekedését, akik megengednék az

jogelméletekben.' In: Szabó Miklós (szerk.): *Ius Humanum. Ember alkotta jog. Műhelytanulmányok*. Miskolc: Bíbor Kiadó, 2001.

⁸Pokol Béla kritikája szóhasználatát tekintve is sok közös vonást mutat Cs. Kiss Lajos ellenvetéseivel, aki korábban idézett szövegében a politika és az erkölcs összemosásával vádolja meg államelméletünket. Vö.: Cs. Kiss im. 427. o.

eutanáziát, vagy azokét, akik nem. Vagy azokét, akik a középrétegeknek, vagy azokét, akik a szegényebbeknek kedveznének. Fontos látnunk, hogy miért vonzó a Pokol Béla által javasolt megoldás: nem azért, mert elválasztja a jogot az erkölctől, hanem azért, mert úgy tűnik, *méltányosan* rendezi, aktuálisan miért éppen az egyik erkölcsi nézet emelkedik a hatályos jog rangjára, s miért nem a másik. Tartalmát tekintve ez egy komoly, és tiszteletreméltó álláspont. Úgy gondolom azonban, az álláspont természetét tekintve Pokol Béla tévedésben van. Ez a felfogás ugyanis nem feleslegessé teszi, vagy elveti, hanem éppenséggel előfeltételezi a politikai filozófiai érvelést. Ez maga egy politikai filozófiai pozíció, mely a demokrácia egy meghatározott felfogásán nyugszik.⁹ Legmeggyőzőbb formájában ez az elmélet arra épít, hogy a világnézeti pluralizmus körülményei között a jog autoritása akkor igazolható, ha a versengő erkölcsi felfogások közül az emelkedik a törvények rangjára, amelyik tiszteletben tartja az állampolgárok egyenlőségét. Mivel a többségi elv biztosítja a szavazatok egyenlő súlyozásának az elvét, ezért indokolt a törvények autoritását ehhez az elvhez kötni.¹⁰ Pokol Béla a jog és erkölcs szétválasztásával kapcsolatos kritikájának fő érvét tehát nem egy semleges társadalomelméleti megfontolásra alapozza, amelynek tudományos magaslatáról elutasíthatná a politikai filozófiát, hanem maga is kilépett a politikai filozófia küzdőterére, s egy végső soron erkölcsi természetű argumentumra hivatkozik. Ellenünk fordított érve nem annyira a társadalomelméletet alkotó Luhmann-t, mint inkább a filozófus Hobbes, vagy Bentham munkásságát idézi. Alkotmánybíróságokkal szembeni kritikájában nemcsak Bentham-nek a common law-val szembeni szenvedélye, hanem részben Bentham érvrendszere is megelevenedik. Mint tudjuk azonban, Bentham a normatív pozitivizmus képviselője volt, normatív érveket hozott fel arra vonatkozóan, hogy a jog érvényességi kritériumát miért helyes az erkölcsi szempontoktól eloldani.

⁹Ennek a politikai filozófiai pozíciónak legexplicitebb kifejtését lásd Pokol Béla: Empirikus kontra intellektuális demokrácia. *Politikatudományi Szemle*, 1994, 4. szám. Aktuális jogelméleti vitánkat túlterhelné ennek a demokrácia-koncepciónak a tartalmi bírálata, célom a főszövegben az érv *természetének* megvilágítása, nem *tartalmának* bírálata volt; nem tudom azonban megállni, hogy legalább egy lábjegyzetben ne tegyek néhány vázlatos tartalmi megjegyzést is. Először is, Pokol Béla nem teszi kellően világossá, hogy ő maga miért gondolja a demokráciának ezt a felfogását vonzónak. Az, hogy azt a demokrácia-felfogást, amely mellett a voksát leteszi, *empirikusnak* nevezi, ugyanakkor a fentebb idézett szövegében Habermast emeli e felfogás egyik paradigmatisztikus képviselőjévé, alapos fejtegetést okoz számomra. Az empirikus demokrácia-felfogás egyik kézenfekvő értelmezése, hogy az állampolgárok preferenciáit önmagában tiszteletre méltónak és aggregálandónak tartjuk, csak azért, mert az valakinek a preferenciája. Ezzel szemben viszont a Habermas által képviselt *deliberatív* demokrácia-felfogás legfontosabb jellemvonása, hogy nem azért jó valami, mert azt valaki preferálja, hanem azért indokolt valamit preferálnunk, mert az jó. Vagyis aktuális, vagy ha úgy tetszik, empirikus preferenciáink racionális kritika tárgyává tehetők, felülvizsgálhatók. Másképpen megfogalmazva, a deliberatív demokrácia *konceptuálisan* helyt kell hogy adjon az *illegitim empirikus preferenciáknak*. Az igaz, hogy Habermas is fontosnak tartja a nép (képviselek) akaratát, csak hogy míg a demokrácia fenti értelemben empirikusnak nevezett típusa szerint a nép akarata *konstituálja* egy döntés helyességét, addig a Habermas-féle deliberatív demokráciában a nép akarata ideális körülmények között csak *jelzi*, vagy valószínűsíti azt. A többségi döntés ideális esetben racionálisan motivált, de fallibilis eredménye annak a vitának, amelyet időlegesen — a döntéshozás kényszere miatt — fel kellett függeszteni. „A konszenzus és a többségi szabály csak akkor összeegyeztethetők, ha az utóbbi inherens kapcsolatban áll az igazság keresésével: a nyilvános diskurzusnak kell az ésszerűség és az akarat, az összes állampolgár vélemény-formálása és a képviselők többségének akarat-formálása között közvetítenie.” - írja Habermas. (Lásd Jürgen Habermas *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: Polity 1996, 475. o.) Úgy gondolom, Pokol Béla álláspontját erősítené, ha maga is elfogadná a deliberatív demokrácia-felfogásnak a preferenciák felülvizsgálhatóságával kapcsolatos álláspontját. Ellenkező esetben magyarázatot kellene adnia arra, hogy bizonyos emberek pusztán akarata miatt lehet a másokkal szemben támasztott kötelezettségek érvényes forrása. Másrészt, ahhoz, hogy álláspontja a világnézeti pluralizmusra adott adekvát válasz lehessen, feltételeznie kell, hogy a törvényhozásban versengő álláspontok erkölcsi (vagy legalábbis indokokon alapuló) álláspontokként kvalifikálják magukat, nem „csupasz preferenciák”. Az empirikus demokrácia-felfogás melletti egyik lehetséges érv, mely megkerülhetné a preferenciák mögötti indokok feltárását, az az elv lehetne, mely szerint fontosabb egy szabály léte, mint annak tartalma. Csakhogy ezt az elvet a többségi szabály mellett kielégíti a pénzfeldobás, vagy az egyszemélyi hatalom parancsa is. Másrészt, ez az elv maga is erkölcsi igazolásra szorul, s csak a gyakorlati filozófia keretén belül válaszolható meg, hogy igazolható-e.

¹⁰Ennek a felfogásnak a legjobb kifejtését lásd Jeremy Waldron: Törvényhozás, autoritás és szavazás. In: Bódog — Györfi — Szabó (szerk.): *A Hart utáni jogelmélet alapproblémái*. Miskolc: Bódog, 2004. A világnézeti pluralizmusra adható alternatív válaszokra nézve lásd: Györfi Tamás: A jog autoritása az „ésszerű pluralizmus” körülményei között. In: Szigeti Péter (szerk.): *Államelmélet – Politikai filozófia – Jogbölcselet*. Levátán (különszám). Universitas-Győr, Győr, 2005. 123-144 p.

Bentham esete is jól illusztrálja a fentebb kifejtett tételemet: a jog gyakorlati filozófiai vizsgálata, s annak erkölcsi alapú elemzése nem zárja ki, hogy valaki a jogalkotás szintjén a Pokol Béla által favorizált álláspontot képviselje. Sőt éppenséggel egy ilyen kiindulópont szolgáltatná a jogalkotás e koncepciója melletti legerősebb érvet.

Hegedűs Andrea

Az élettársi jogviszony szabályozásának áttekintése a jelenben, és annak jövőben várható alakulása

I. Előzmények

A kormány 1998. áprilisában hozott határozatában **új Polgári Törvénykönyv** megalkotását tűzte ki célul, melynek hatására a Kodifikációs Főbizottság 2001.11.08-i ülésén elfogadta „**Az új Polgári Törvénykönyv koncepciója**”-t (**I. Koncepció**).¹

Egy évvel később a Főbizottság ismételt összeült, ahol a szakmai vitákban felmerült módosító javaslatokat összegezve, és az észrevételeket figyelembe véve egy a részleteiben alaposan átdolgozott Koncepciót (**II. Koncepció**), alkotott. Ezt a változatot terjesztették a Kormány elé, melyet a Kormány az 1003/2003. (I.25.) számú határozatával fogadott el.² Kiegészítésként elkészült a normaszöveg kidolgozásának vezérfonalául szolgáló szabályozási **Tematika** is, mely a Kodifikációs Bizottságok munkája során folyamatosan átalakult, kikristályosodott. (Továbbiakban: az I. és a II. Koncepció együtt: Koncepciók).

A Koncepciók egyik sokat vitatott, sarkalatos kérdése, hogy eddig önálló jogágak, mint pl. a családi jog, a Kódex tartalmi határain belülre kerüljenek-e, vagy sem. A válaszok egyértelműen az igen irányába tendáltak. **A családi jog** tehát a Koncepció szerint elveszíti önálló jogági jellegét, **beintegrálódik a polgári jogba**, bár mindvégig hangsúlyozva, hogy a családjogi viszonyok sajátosságait megfelelően kifejezésre kell juttatni, szükség esetén sajátos, csak e viszonyokra vonatkozó alapelvek felállításával.

A szerkezeti felépítést tekintve a **Kódex öt könyve** közül a második viselné a Családjog címet.³

A Családjogi Könyv első **normaszöveg tervezetét** (továbbiakban: Tervezet) és az ahhoz fűzött indokolást a Kodifikációs Szerkesztőbizottság a 2005.06.07-i ülésén megtárgyalta, mely az új Ptk. többi Könyvével együtt 2006-ban kerül majd, ismételt megvitatásra.⁴ A Koncepciókhoz képest a Tervezet már jó néhány helyen eltérő elképzeléseket fogalmaz meg, melyek közül – bár ez részben tekinthető csak érdemi változtatásnak, mint inkább formainak – a Családjog, a korábbi elképzelésektől eltérően, immár nem a Második, hanem a Harmadik Könyvbe kerül, tekintettel arra, hogy a Bevezető rendelkezéseket nem – az eredeti terveknek

¹ A Kormány 1061/1999. (V.28.) Korm. határozatával módosított 1050/1998. (IV.24.) Korm. határozata alapján elkészült az új Polgári Törvénykönyv Koncepciója, amelyet a Kodifikációs Főbizottság 2001. november 8-i ülésén elfogadott. A Kormány az 1009/2002. (I.31.) Korm. határozatával elrendelte a koncepciónak a Magyar Közlönyben történő közzétételét. (Megjelent a Magyar Közlöny 2002. év 15. II. (külön)számában.)

² Az új Polgári Törvénykönyv Koncepciója, a Kormány 1003/2003. (I.25.) Korm. határozatával elfogadott szöveg, amely e határozat mellékleteként megjelent a Magyar Közlöny 2003. évi 8. számában. A/I/1.

³ Ld. I. és II. Koncepció A/V/4. pontja

⁴ Kőrös András: A családjog jövője „Fontolva haladás” – az új Ptk. Családjogi Könyve 1. Rész: Az élettársi jogviszony szabályozásának szakértői javaslata, Családi jog 2005. évi 2. szám 1. old.

megfelelően – a Kódex élén a könyvek előtt, hanem önálló Könyvben helyezték el⁵.

Reményeink szerint, egy a XXI. század követelményeinek megfelelő, korszerű és a gyakorlati igényeket is kielégítő Családjogi Könyvvel gazdagodhatunk.

A családi jog részt érintő változások közül, az **élettársi jogviszonyra** vonatkozó szabályozás várható alakulása, mind a szakma, mind a laikusok számára az érdeklődés középpontjába került.

II. Hatályos szabályozás

1. Polgári Törvénykönyv (1959. évi IV. tv.)

A hatályos szabályozás szerint az **élettárs fogalmát, és az élettársi kapcsolat vagyoni jogi hatásait is** a Polgári Törvénykönyv tartalmazza, előbbi a záró rendelkezések körében,⁶ utóbbit pedig a Kötelmi jogban, a társaságról szóló XLVI. Fejezetében, az építőközösséget követően és a jogi személyiség nélküli gazdasági társaságokra vonatkozó rendelkezések előtt.⁷

Az élettárs **fogalmát** a hatályos Ptk. az alábbiak szerint határozza meg: „az élettársak – ha jogszabály másként nem rendelkezik – két, házasságkötés nélkül közös háztartásban, érzelmi és gazdasági közösségben együttélő személy”. Ezt a fogalmat azt követően iktatták be ily formában a törvénybe, hogy az Alkotmánybíróság 1995-ben kimondta, hogy azonos neműek között is létrejöhét élettársi jogviszony⁸ (ellentétben a házassággal).

Az élettársi kapcsolatot jelenleg nem regisztrálják. Amikor szükséges ennek az igazolása, akkor a felek közokiratban, egymást élettársként elismerő nyilatkozatot tehetnek, vagy e kapcsolatukról a jegyzőtől kérhetnek tanúsítványt pl. egy hitelkérelem elbírálásához.

Az élettársi viszony **vagyoni jogi vonatkozásai**: a házastársakra vonatkozó közös vagyon védelme helyett, közöttük csupán élettársi vagyontársaság keletkezik, mely esetén az élettársak olyan arányban lesznek tulajdonosai a közös vagyonnak, amilyen arányban annak megszerzésében közreműködtek. A háztartásban és a gyermek nevelésében végzett munka a szerzésben való közreműködésnek számít.⁹

Ha az élettársak házasságot kötnek, akkor a bírói gyakorlat szerint: az élettársi viszony alatt szerzett és a házasságba bevitt vagyon a házastársi közös vagyon része lesz, melyre már a házastársi vagyontársaság szabályai vonatkoznak.

A hatályos szabályok szerint az élettársnak törvényes **öröklési joga nincs**; élettárs csak végrendeleti örökös lehet, vagy öröklési szerződés alapján válhatnak az élettársak egymás örökösivé.

Tartási igény sem léphet fel az élettárs élettársával szemben.

Ezekon kívül a Ptk. az élettársat **hozzátartozónak** tekinti,¹⁰ rájuk vonatkozóan egyéb

⁵ A Ptk. Kódex egyes Könyveit elsőként – „hivatalosan” – az Igazságügyi Minisztérium honlapján (www.im.hu) lehet majd fellelni. Eddig az első két Könyv került csak fel a honlapra. A Családjogi Könyv lesz a következő, várhatóan április végén.

⁶ Ptk.685/A.§.

⁷ Ptk. 578/G.§.

⁸ 14/1995. (III.12) AB. határozat

⁹ Ptk.578/G.§.

¹⁰ Ptk. 685.§.b) pontja

rendelkezést nem tartalmaz.

2. Családjogi Törvény (1952. évi IV. tv. – A házasságról a családról és a gyámságról)

A hatályos Családjogi Törvényünk egyáltalán nem említi az élettársi jogviszonyt, egészen az 1997. évi CLIV. törvénnyel történt módosításáig, amikor is az apasági vélelmek körében, a 43.§-ban minden előzmény nélkül úgy rendelkezik, hogy „Az apaság vélelmét meg lehet támadni, ha az, akit a vélelem alapján apának kell tekinteni, a gyermek anyjával a fogamzás idejében nemileg nem érintkezett, vagy a körülmények szerint egyébként lehetetlen, hogy a gyermek tőle származik, illetőleg ha a származás reprodukciós eljárás következménye, és az anya férje, illetve **élettársa** az eljáráshoz nem járult hozzá.”

III. A változások indoklottsága

A jogintézmény ezen **rendszerbeli elhelyezkedése tarthatatlan**, nem felel meg sem az élettársi kapcsolatok jellegének, sem azok társadalmi megítélésének.

Az élettársi kapcsolatban ugyanis az együttélés **érzelmi**, de **gazdasági elemei** is sokkal inkább **hasonlítanak a házasság elemeihez**, mint a polgári jogi társaságéihoz, másrészt az élettársi kapcsolat nem tekinthető pusztán közös tulajdoni (dologi jogi) viszonynak sem, ugyanakkor az élettársakat szülői minőségben ma is ugyanazok a jogok illetik és kötelezettségek terhelik, mint a házastárs szülőket. Mindezek ellenére a Koncepciók tervezetének vitája során sok ellentétes vélemény hangzott el, álláspontjuk szerint ugyanis az élettársak jogainak erősítése a házasság és a család intézményének gyengítését eredményezheti.

Egyre több **külföldi példa** támasztotta alá a változásokat támogatók elképzeléseit, ugyanis a korábban „jogon kívüliekként” kezelt élettársak számára, számos országban pozitív elmozdulás történt a szabályozást illetően, amely magában foglalt bizonyos társadalombiztosítási juttatásokat, a magánjogban pedig tartási, lakáshasználati és vagyoni jogosultságokat egyaránt.¹¹

Nyilvánvalóan a „jogalkotó pozitív hozzáállásánál” is nagy szerepet játszott a tartós élettársi kapcsolatok **számának nagymértékű növekedése** (Magyarországon a rendszerváltozáskor 125 ezren, napjainkban pedig már háromszázezret meghaladóan élnek élettársi kapcsolatban),¹² és annak felismerése, hogy ma már nem feltétlenül azért létesítenek élettársi kapcsolatot, hogy ahhoz semmiféle joghatás ne fűződjék. A több országban ismert és elismert **regisztrált** élettársi kapcsolat szinte a házastársakéival egyenlő jogokban részesíti az élettársakat. (Van, ahol a regisztráció lehetősége csak az egynemű élettársak részére van fenntartva pl. a Dániában).¹³

A magyar jogban az utóbbi időben egyre **szaporodik** azoknak a **jogszabályoknak a száma**, amelyek az élettársakat a házastársakéihoz hasonló jogokkal ruházzák fel (pl. özvegyi nyugdíj, családi pótlék azonos mértékben illeti meg a házasságból, illetve élettársi viszonyból született

¹¹ Dánia, Németország, Hollandia, Franciaország

¹² KSH 2005. adatok, forrás: www.nepszamlalas.hu

¹³ Kőrös András: i.m. 2. old.

gyerekeket, lakásépítési, vásárlási kedvezmények, szoc. pol. kedvezmény igénybevételi lehetőség, eljárásjogi mentességek, összeférhetetlenségi és kizárási szabályok). 2002. szeptemberében hatvanöt hatályos jogszabály (törvény, kormány- és miniszteri szintű rendelet) használja – többféle értelmezésben – az „élettárs” fogalmat.¹⁴

A **bírói gyakorlat** is azt támasztja alá, hogy az élettársi kapcsolatban igenis szerepet játszik a szolidaritás, az egymás támogatásának kölcsönös kötelezettsége, ezért a kapcsolat megszűnésekor az együttéléssel szükségszerűen együtt járó tevékenységért, ápolásért, gondozásért ellenérték nem igényelhető. (ld. BH. 2002. 268; BH. 2004. 280; BH. 2005. 141;)¹⁵

Mindezek arra utalnak, hogy az élettársi jogviszony „kinötte” a kötelmi jogi kereteket, vagyis a jogintézmény, jellege alapján, elsősorban családjogi szempontok szerinti szabályozást kíván, anélkül, hogy ez a házastársi kapcsolattal azonos szabályozás lenne.

IV. Szabályozás de lege ferenda, avagy a Konceptió és a normaszöveg Tervezet egybevetése

A fenti jogszabályi, társadalmi és gazdasági háttér ismeretében a Konceptiók úgy foglalnak állást, hogy az élettársi kapcsolat magánjogi szabályai az új Ptk.-ban, ne a kötelmi vagy a dologi jog körében, hanem a **Családjogi Könyvben** kerüljenek szabályozásra, és a jelenlegi, kizárólag a közös vagyonszerzésre korlátozott rendelkezések bővüljenek ki – hosszabb élettársi kapcsolat esetén – a tartási, és lakáshasználati jogokkal. Míg a **Konceptiók** az élettársakra vonatkozó vagyoni jogi szabályokat a házassági vagyoni jogot követően, az élettárs tartáshoz való jogát, pedig a házastársi tartást követően helyezték rendszerbe, a fogalmát valamint a lakáshasználati jogot illetően pedig nem kívántak kimunkált megoldási javaslatot, addig a Családi jogi könyv normaszöveg **Tervezete** már teljesen külön, a házasságra vonatkozó szabályokat követően¹⁶, önálló címet szentel az élettársi jogviszonynak, beleértve annak minden vonatkozását.¹⁷

A **Tervezet Családjogi Könyve négy címre osztja** az élettársi jogviszony témakörét, így:

1. az általános rendelkezésekre,
 2. az élettársi tartásra,
 3. az élettársak vagyoni viszonyaira, és
 4. az élettársak lakáshasználatának rendezésére.
1. Az **általános rendelkezéseken** belül először az **élettárs fogalma** kerül meghatározásra, mely szerint: „Az élettársak két olyan, házasságkötés nélkül közös háztartásban, érzelmi és gazdasági közösségben (életközösségben) együtt élő személy, akik közül egyiknek sem áll fenn mással házassági életközössége és akik nem állnak egymással egyenesági rokonságban vagy testvéri (féltestvéri) kapcsolatban.”¹⁸
- Az élettársi jogviszony az életközösség kezdetétől az életközösség végéig illetve az esetleges házasságkötésük napjáig tart.

¹⁴ Kőrös András: i.m. 2. old.

¹⁵ Kőrös András: i.m. 2. old.

¹⁶ Kőrös András: i.m. 2. old.

¹⁷ A Tervezet szövegének élettársakra vonatkozó rendelkezései, tekintettel arra, hogy a Családjogi Könyv jelen tanulmány megírásáig még nem került fel az Igazságügyi Minisztérium honlapjára (ld. 5. lábjegyzet) Kőrös András korábban idézett tanulmányában lelhető fel.

¹⁸ Tervezet 86.§

A **Koncepció** még nem javasolta regisztrált élettársi kapcsolatok bevezetését, a **Tervezetben** ugyanakkor már megjelenik, a regisztrálás lehetősége, mégpedig az élettársak közös kérelmére, a helyi önkormányzat jegyzője által vezetett nyilvántartásba, azzal a megkötéssel, hogy ugyanannak a személynek egy időben egy nyilvántartott élettársi kapcsolata lehet.

A nyilvántartás tanúsítja az élettársi kapcsolat fennállását, annak időtartamát, illetve megszűnését. Bármelyik élettárs kérheti a saját élettársi kapcsolata nyilvántartásának megszüntetését, erről a jegyző a másik élettársat természetesen értesíteni köteles. A nyilvántartás az ellenkező bizonyításáig tanúsítja az élettársi kapcsolat fennállását, annak időtartamát illetve megszűnését. A nyilvántartás részletes szabályai nem a Kódexben, hanem külön törvényben nyernek majd elhelyezést.

Az általános rendelkezések között találjuk továbbá a fogalmon, valamint az élettársi jogviszony **létrejöttén és megszűnésén** kívül, az élettársak **jogait és kötelezettségeit**, melyek a közös célok érdekében való együttműködés, és egymás kölcsönös támogatási kötelezettsége, illetve a kapcsolat megszűnését követően a tartás, a közösen használt lakás használatának, valamint a vagyoni viszonyaik rendezésének kötelezettségét jelenti.

2. Az élettárs **tartáshoz való jogának** témakörénél a **Koncepciók** még csak óvatosan mertek állást foglalni, bár abban végül kialakult az egyetértés, hogy a hosszabb időn át fennállt élettársi kapcsolat esetén, ismerjék el az élettársi kapcsolat megszűnése esetére, az erre rászoruló élettárs tartáshoz való jogát. Persze hozzá kell tenni, hogy sem a házastárs, sem az élettárs tartásra való rászorultsága nem általános. Az élettárs tartásra való rászorultságát nagyrészt ugyanazok a körülmények tehetik indokolttá, mint a házastárs tartásra való rászorultságát. Így nem ritka, hogy az élettárs – a házastárshoz hasonlóan – azért nem folytat önálló kereső tevékenységet, mert közös gyermeküket neveli, gondozza, sőt az is előfordulhat, hogy élettársa gyermekét neveli, gondozza; illetve esetleg élettársa gazdasági tevékenységében vagy más foglalkozása gyakorlása körül fejti ki tevékenységét, esetleg élettársa gondozása, ápolása körüli teendőket lát el stb.

Amennyiben ezek miatt önálló kereső tevékenységét hosszabb ideje feladta, a mai gazdasági, piaci viszonyok mellett, nem túl könnyen tud újból elhelyezkedni és saját megélhetéséről önállóan gondoskodni. Ezen körülmények felett, a mai társadalmi-gazdasági viszonyok között nem lehet szemet hunyni.

A körülményektől függően az élettársi tartás is lehet természetesen csak meghatározott időre szóló, és nyilvánvalóan az élettársi tartásnak is feltétele a tartásra kötelezett oldalán a tartás nyújtására való képessége, valamint önmagában az az objektív körülmény, hogy az életközösség hosszabb időn át álljon fenn. A Koncepciók tudatosan nem foglaltak állást abban a kérdésben, hogy mi minősüljön a tartáshoz való jog szempontjából „hosszabb időn át fennállt” élettársi kapcsolatnak. Ennek a kérdésnek az eldöntését a Koncepciók a bírói gyakorlatra akarták bízni.

A **Tervezet** már **konkrét időtartamokat** jelöl meg, vagyis azt mondja, hogy az **önhibán kívüli rászorultság** mellett további feltétel, hogy az élettársi kapcsolat legalább tíz évig fennállott, vagy amennyiben az élettársi kapcsolatból gyermek született, elegendőnek tartja az egy évet is. A bíróság indokolt esetben a tíz évnél rövidebb időtartamú élettársi kapcsolat esetén is megállapíthatja a tartási kötelezettséget. Az életközösség megszűnését követő egy év után történő rászorultság esetén pedig már csak különös méltánylást érdemlő esetben követelhető a tartás.

A Tervezet meghatározza az **érdemtelenység** azon eseteit, amelyek a tartásra jogosultságot kizárják. Mellékesen megjegyzem, hogy a hatályos Csjt., a házastársi tartásra való érdemtelenység részleteit nem tartalmazza, hanem arról csupán a Legfelsőbb Bíróság V. sz. Polgári Elvi Döntése rendelkezik.

Visszatérve a Tervezethez, érdemtelennek tekintendő a tartásra az a volt élettárs, akinek életvitele, magatartása járult hozzá alapvetően az élettársi kapcsolat megszűnéséhez, valamint az aki az életközösség megszűnését követően volt élettársának, vagy vele együtt élő hozzátartozójának érdekeit durván sértő magatartást tanúsított. Természetesen az érdemteleniségre hivatkozó fél magatartását is figyelembe kell venni az érdemtelenység elbírálásánál.

A tartás feltétele, hogy a **kötelezett arra képes legyen**, vagyis ezáltal saját szükséges tartását, illetve kiskorú vagy nagykorú gyermekének tartását ne veszélyeztesse. Figyelemre méltó szabály továbbá, hogy a tartásra az élettárs a különélő házastárssal és a volt házastárssal egy sorban jogosult, tehát a Tervezet etekintetben egyenlőség jelet tett a házastárs és az élettárs közé.

A tartással összefüggésben, végezetül egy **utaló szabályt** találunk a Tervezet szövegében, azonban érdekesség, hogy az utalás nem a házastársi tartásra, hanem a rokontartásra vonatkozik. Eszerint a „tartás mértékére, szolgáltatásának módjára és időtartamára valamint ezek megváltoztatására, a tartási igény visszamenőleges érvényesítésére, továbbá a tartáshoz való jog megszűnésére és a tartás megszüntetésére a rokontartás közös szabályait kell megfelelően alkalmazni azzal, hogy az élettársi tartáshoz való jog megszűnik akkor is, ha az arra jogosult újabb élettársi kapcsolatot létesít vagy házasságot köt.”¹⁹

3. Ami az élettársi kapcsolat **vagyoni jogi hatásait** illeti, azoknak a **Koncepciók** szerint a jövőben sem kell a házassági vagyoni jogi hatásokkal azonosnak lenniük, a vagyoni jogi hatások között az a megkülönböztetés, amit a Ptk. ma – a szerzés arányát illetően – megtesz, főszabályként a jövőben is fenntartandó. Mindemellett az élettársak vagyoni viszonyaira vonatkozó szabályozás, a jelenleginél részletesebb szabályokat igényel, melyek a **Tervezet** szerint a következők:

Továbbra is fennáll a vagyoni viszonyok **szerződéssel** való rendezésének lehetősége az élettársi együttélés idejére, viszont ennek törvényi kimondására is sor kerülne, a korábbiakkal ellentétben. A szerződés érvényességéhez, a házassági vagyoni jogi szerződéshez hasonlóan, annak **közokiratba** foglalása szükséges.

A szerződésben bármely olyan vagyoni jogi rendelkezés tehető, amely – akár szerződés, akár a törvény alapján – a házastársak között érvényesülhet, így kiköthetik az élettársak vagyoni közösséget is. A szerződés regisztrálását a Tervezet nem tartja szükségesnek, de harmadik személyekkel szemben csak annyiban hatályos, amennyiben a harmadik személy a szerződés fennállásáról és annak tartalmáról tudott.

Szerződés eltérő rendelkezése hiányában az élettársak az együttélés alatt **önálló vagyonszerzők**. Kapcsolatuk megszűnése esetén azonban bármelyik élettárs követelheti a másiktól az együttélés alatt keletkezett vagyonszaporulatnak a megosztását. Nem számítható a vagyonszaporulathoz az a vagyon, ami házastársak esetén különvagyonnak minősülne.

Az élettársat a vagyonszaporulathoz a **szerzésben való közreműködése arányában** illeti

¹⁹ Tervezet 93.§

meg részesedés, melyre elsősorban természetben tarthat igényt. A háztartásban, a gyermeknevelésben valamint – eltérő megállapodás hiányában – a másik élettárs vállalkozásában végzett munka a szerzésben való közreműködésnek minősül.

Ha a szerzésben való közreműködés aránya nem állapítható meg, azt egyenlőnek kell tekinteni, kivéve, ha az bármelyik élettársra nézve méltánytalan vagyoni hátrányt jelentene.²⁰

4. Az élettársak lakáshasználatának rendezése

A **Koncepciók** ugyancsak hosszabb élettársi viszonyt követően tartották elképzelhetőnek az élettárs részére a volt élettárs tulajdonában lévő lakás – határozott vagy határozatlan ideig tartó – használatának biztosítását. Mindemellett kidolgozandóknak tartják az élettársi közös lakásban lakó kiskorú gyermek – különösen az élettársak közös gyermeke – lakáshasználati jogosultságát védő szabályokat.

A **Tervezet** már konkrét jogszabályi rendezést javasol a témával kapcsolatban.²¹

Elsőként leszögezi, - a vagyoni viszonyokhoz hasonlóan, - hogy az élettársak az élettársi jogviszony létrejöttékor vagy annak fennállása alatt, az életközösség megszűnése esetére, a közösen használt lakás további használatát **szerződéssel** rendezhetik, melynek érvényességi feltétele szintén a **közokiratba** foglalás.

Szerződés hiányában, az életközösség megszűnése esetén bármelyik élettárs kérheti a bíróságtól az általuk közösen használt lakás további használatának rendezését.

Ha a lakáshasználat **jogcíme közös**, akkor a házastársak ugyancsak közös jogcímű lakásuk használatának rendezésére vonatkozó szabályokat kell alkalmazni, a kiskorú gyermek megfelelő lakáshoz fűződő jogát is figyelembe véve.

Ha valamelyik élettárs **kizárólagos jogcíme** alapján használták közösen a lakást, a bíróság a volt élettársat ilyen esetben is feljogosíthatja a lakás további használatára, elsősorban osztott használat formájában, amennyiben

a) az élettársi kapcsolat legalább tíz évig tartott, vagy

b/ egy évig állott ugyan csak fenn, de az élettársi kapcsolatból származó kiskorú gyermek lakáshasználati jogának biztosítása érdekében ez indokolt.

Kivételesen indokolt esetben, ha a lakáshasználatra jogosult közös kiskorú gyermek illetve legalább a gyermekek egyike feletti szülői felügyeleti jog gyakorlása ezt a volt élettársat illeti meg és a közös kiskorú gyermek lakáshasználatát másként nem biztosítható, a másik élettárs kizárólagos tulajdonjoga vagy haszonélvezeti joga alapján használt lakás kizárólagos használatára is feljogosíthatja a bíróság a volt élettársat.

A bíróság az osztott, illetőleg kizárólagos használatot meghatározott időre, vagy feltétel bekövetkezéséig is biztosíthatja.

A lakás kizárólagos használatára feljogosított volt élettársat a bérlő jogállása illeti meg azzal, hogy lakáshasználati joga rendes felmondással csak megfelelő cserelakás felajánlása esetén szüntethető meg.

Nem tarthat igényt a másik élettárs kizárólagos jogcíme alapján használt lakás osztott vagy kizárólagos használatára az a volt élettárs, akinek más beköltözhető, vagy egyoldalú nyilatkozatával beköltözhető tételesen lakása van.

A bíróság döntését követően, bármelyik volt élettárs kérheti a lakáshasználat **újrendezését** arra történő hivatkozással, hogy az alapul szolgáló körülményekben oly mértékű változás

²⁰ Tervezet 95.§

²¹ Tervezet 96 – 100. §§.

következett be, melynek folytán a használat módjának változatlan fenntartása lényeges jogos érdekét vagy a közös kiskorú gyermek érdekét sérti. Ez a rendelkezés nem érinti a volt élettársnak azt a jogát, hogy a használat megosztását követően volt élettársa bérlőtársi jogviszonyának megszüntetését a törvénynek a bérlőtársakra vonatkozó rendelkezései alapján kérje.

A **Kódex fenti Könyvén kívül egyéb helyen** is találhatunk konkrétan kimondott, vagy éppen csak kikövetkeztethető szabályt az élettársak öröklési jogi helyzetéről, az általuk gyakorolt szülői felügyeleti jog, valamint az élettársak általi örökbefogadás lehetőségeiről vagy azok kizártságáról.

5. **Törvényes öröklési jogot** – az **Öröklési Jogi Könyvre** vonatkozó javaslatokkal összhangban – az élettársaknak nem kívántak a Konceptciók biztosítani, azonban a hosszabb időn át fennállt élettársi kapcsolat esetén öröklési jogi jogcímen kívánja a túlélő élettársnak az általa élettársával közösen lakott, a hagyatékhhoz tartozó lakás továbbhasználati jogát biztosítani (kivéve ha az élettársnak ugyanabban a földrajzi helységben megfelelő beköltözhető lakása van), valamint a lakás berendezési és felszerelési tárgyainak továbbhasználati jogát akkor is, ha ez adott esetben elhasználódással jár.²²

A fenti rendelkezéseket a **Kötelmi Jog Különös részének** a lakásbérleti jogviszony folytatását szabályozó rendelkezések egészítik majd ki.²³

6. A **Családjogi Törvény** szabályaiban nem expressis verbis kimondva, de a szülői felügyelet szabályaiból kikövetkeztethetően megállapítható, hogy családjogi vonatkozásban a Csjt. nem tesz különbséget a **szülői felügyeleti jogok** tekintetében aszerint, hogy házastárs vagy élettárs szülőkről van-e szó. Együttélő élettársak közös gyermeke felett az élettársak mindegyike teljes joggal gyakorolhatja a szülői felügyeleti jogokat. Az apa szülői jogait – ez esetben általában – teljes hatályú apai elismerő nyilatkozat vagy emberi reprodukcióra irányuló eljárásban való részvétel alapozza meg. Külön költöző élettársak közös gyermekének elhelyezésére és a szülői felügyeletre vonatkozóan, a volt élettársat a volt házastárs apával (vagy anyával) azonos jogok illetik meg, illetve azonos kötelezettségek terhelik.

Ha egy elvált szülő létesít élettársi viszonyt, a szülő élettársa az anya vagy apa előző házasságából származó gyermeke felett nem rendelkezik szülői jogokkal; e jogok a vérszerinti szülőt illetik meg. Az élettárs pedig a hagyományos értelemben vett nevelőszülőnek minősül.

Ezen szabályok fenntartása a jövőre nézve is mindenképpen indokolt. Változtatást a Konceptciók sem terveztek.

7. Végezetül pedig, az **örökbefogadás** terén avonatközásban, hogy élettársak fogadhatnak-e együtt örökbe vagy sem, elmozdulás nemigen várható. A válasz: nem. Arra van csak lehetőség, hogy az egyik élettárs az örökbefogadó, de a gyermeket közösen nevelik fel. A másik élettárs csupán nevelőszülő lehet.

A fenti várható változások a társadalom széles körét érintik, és nagy érdeklődésre tartanak számot. Úgy tűnik a pozitív elmozdulás méltányos szabályozást ígér azoknak, akik a jogi szabályozás „mostohagyermekként” jellemzett, élettársi kapcsolati formát választják.

²² A II. Konceptcióhoz tartozó Tematika Ötödik Könyv IV/9. pontja tartalmazza az idevonatkozó elképzeléseket. Az ezzel kapcsolatos normaszöveg tervezet hivatalosan még nem lelhető fel.

²³ Kőrös András i.m. 2. old.

A II. Konceptió szerint az első normaszöveg tervezet 2005 végére készül el. Ez a Családi jogi könyvet illetően már megtörtént. 2006-ban folytatják le a szakmai vitákat és a közigazgatási egyeztetést, s majd csak ezután, 2007 nyarán kerülhet a törvénytervezet a kormány elé.

A Tervezet megvitatása, elfogadása a Parlament által, és annak hatályba lépése kapcsán pedig csupán jóslatokba lehet bocsátkozni.

HIDAS VIKTÓRIA

A JOGI MORALIZMUS MINT SZABADSÁGKORLÁTOZÓ ELV A MODERN POLITIKAI FILOZÓFIÁBAN

Bevezetés

Kis János szerint “az ember olyan lény, akinek a számára jelentősége van, hogy mit kezd az életével, hogy tartalmas és jó életet él-e vagy üres és sekélyes életet”. Ennek meghatározása tehát az ember erkölcsi feladata, ez az, ami “maradandó lényét alkotja”. Ebből levezethető a morális egyenlőség tétele: az említett tulajdonság minden emberre igaz, kivétel nélkül, “hisz megindoklása semmi olyasmire nem hagyatkozik, ami megnevezett egyéneket, vagy csoportokat kitüntetne a többi emberrel szemben”. Vagyis “senkinek az élete nem fontosabb, mint bárki másé”.¹

Az idézet a liberális egyenlőség-felfogást tükrözi, ugyanakkor ez az, amit a modern politikai filozófiai vitákban minden résztvevő fél elfogad, mint “liberális minimumot”. Minden különbözőségünk dacára “majdnem minden ember eléggé *racionalis* ahhoz, hogy saját életcélokat fogalmazzon meg, hogy megértsen erkölcsi indokokat, s képes legyen ezek alapján cselekedni”.²

Ha ez igaz, még akkor is igen valószínű, hogy az emberek jó életről kialakított felfogásai különbözőek lesznek (hiszen az említett tulajdonságon túl az egyes emberek is különböznek egymástól), s emiatt nyilván ütközni is fognak egymással az egyes felfogások. A liberálisok szerint az állam akkor kezeli egyenlően polgárait, ha semelyikük szubsztantív felfogását nem részesíti előnyben pusztán azért, mert azt jobbnak, értékesebbnek ítéli.³ (A perfekcionista liberalizmus is más indokok alapján enged bizonyos támogatásokat.)

Ez azonban nem jelenti azt, hogy korlátozó, rendező elveket ne vezethetne be az állam. Elsőként adódik az az elképzelés, hogy mindannyiunk szabadságát úgy tudja az állam leghatékonyabban s egyszerűslegesen megvédeni, ha csak olyan esetekben avatkozik be, amikor az egyén kárt okoz másnak. Más szavakkal: saját céljainak eléréséhez minden állampolgár rendelkezik cselekvési szabadsággal (egyenlő mértékben), de ezt a szabadságot az állam korlátozhatja más polgára cselekvési szabadságának megóvása érdekében, sőt joga van ehhez erőszakot alkalmazni, kikényszeríteni. “Az egyén szabadságának tehát korlátozottnak kell lennie: nem lehet más emberek kárára.”⁴

Az emberi szabadságot korlátozó elvek legáltalánosabbika J. S. Mill kárelve, melyben igen nagy konszenzus mutatkozik: ha egyáltalán alkalmazhat erőszakot az állam polgárával szemben, akkor a másnak való károkozás megakadályozása végett biztos. “Szinte senki nem tagadja az állam azon jogát, hogy ezen az alapon a szándékos emberöléshez, súlyos testi

¹ Kis János: ‘Liberális szemmel’. In: uő: *Az állam semlegessége*. Bp.: Atlantisz, 1997. 199. old.

² Györfi Tamás: ‘Liberalizmus’. In: Bódig M. – Györfi T. (szerk.): *Államelmélet. A mérsékelt állam eszméje és elemei. I. Elmélettörténet*. Miskolc: Bódog, 2002. 203. old.

³ “Kamm is, Dworkin is amellett érvel, hogy ha egy ember elköteleződik az élet (vagy az életben magunk elé tűzhető célok) értékének valamilyen vitatott felfogása mellett, akkor ez súlyos indok más emberek és az állam számára, hogy komolyan vegyék az illető személy elköteleződését, és ennek megfelelően bánjanak vele, akár igaz a kérdéses felfogás, akár nem. Azaz, tartsák tiszteltben az emberek jogát, hogy saját felfogásuk szerint éljenek, még ha az a koncepció helytelen, vagy hibás is. Ebben az értelemben várható el, hogy az állam legyen *semleges* a versengő felfogások között – feltéve, hogy a vita eldöntetlen, azaz egyik fél sem tud kényszerítő erejű érvet előterjeszteni, melyek ismeretében a másik fél nem tarthatja fenn többé »álláspontját« jóhiszeműen.” Kis János: ‘Abortusz: újabb érvek és ellenérvek.’ In: uő: *Az állam semlegessége*. Bp.: Atlantisz, 1997. 261. old.

⁴ John Stuart Mill: *A szabadságról*. (Ford.: Pap Mária) Bp.: Századvég, 1994. 66. old.

sértéshez és a rabláshoz hasonló káros cselekedeteket bűncselekménnyé nyilvánítsa.”⁵

Léteznek azonban egyéb elvek is, melyek alapján eldönthető, mikor igazolt valamely személy szabadságának állami korlátozása. Igen széles és pontos tipizálást találunk Joel Feinbergnél, aki hét ilyen elvet különböztet meg. A kár elvének két fajtáját említi meg, a *magánkár* és a *közkár elvét*; míg az előző a más személynek okozott kár megakadályozását jelenti, az utóbbi a “közérdekű intézményes tevékenységeket”. A kár elvének kiegészítő nézete a *sérelem elve*, amelynél jelentőségre tesz szert, hogy az elszenvedett sérelem vezet-e valamiféle további kárhoz, vagy kizárólag a sérelemmentesség érdekét sérti: utóbbi esethez sorolja pl. a nem színlelt undort, dühöt, bosszúságot, rossz szagokat és hangos zajokat, amelyek a “puszta sérelemhez” tartoznak a valódi kárral szemben. Negyedikként a *jogi paternalizmus elve* következik, amely alapján lehetővé válik, hogy az állam megakadályozza, ha valaki önmagának okozna kárt a cselekedetével. Feinberg sorrendjében ötödikként szerepel “az erkölcsök mint olyanok” kikényszerítése, vagyis az a nézet, amely alapján az állam köteles minden erkölcstelen cselekedetet – “bűnt” – megakadályozni vagy megbüntetni, vagy azért, mert az “önmagában rossz”, vagy pedig azért, mert ennek hiánya súlyos következményekhez vezetne (pl.: a társadalom összeomlása): ez a felfogás a *jogi erkölcsvédelem* vagy jogi moralizmus, melynek tartalma, a mellette és ellene szóló érvek adják ennek a dolgozatnak a témáját. Van azonban még két további elv: az egyik a *szélsőséges paternalizmus elve*, amely szerint megengedhető az olyan állami szabadság-korlátozás, ami által magának a cselekvőnek a javát kívánják elősegíteni. Itt is lehetőségünk van tenni egy elhatárolást: meg szokás különböztetni a paternalizmuson belül az akarati és a kritikai formáját. Az előbbi azokat az érdekeket engedné előmozdítani a kikényszerítés által, melyeket az egyén maga is eleve akar, az utóbbi pedig azon érdekeket is, amelyeket a társadalom nagy részének vélekedése szerint akarnia kellene.⁶ A másik elv pedig a mások javának elősegítését is lehetővé tévő *jóléti elv*. A szerző szerint ezek az elvek nem zárják ki egymást feltétlenül, lehet egyszerre többel is egyetérteni.

A jogi moralizmus egy adott társadalom erkölcsi nézeteinek, “erkölcsi kódexének” kikényszerítését szorgalmazza. Lord Patrick Devlin nagy vitát kiváltó művében⁷ amellett érvel, hogy az erkölcstelenség önmagában is alapot szolgáltat arra, hogy az állam büntető hatalmát bevetve megakadályozza az ilyen jellegű cselekményeket, a társadalom léte érdekében. Álláspontját olyan példákon teszteli, mint a homoszexuális cselekmények, a prostitúció, a házasságtörés, az öngyilkosság, vagy a vérfertőzés.⁸ Ezek némelyikével kapcsolatban a társadalom nagy részének erkölcsi vélekedése jelentősen megváltozott. Emiatt Lord Devlin sorait olvasva rögtön mást sug az intuíciónk, mint amilyen következtetésre ő jutott. Ez azonban nem jelenti nézeteinek cáfolatát. Társadalmunknak jelenleg is vannak erkölcsi elvei, általánosan elfogadott morális normái, amelyekkel az “átlagember” egyetért. De a népesség sokszínűségéből adódóan akadhatnak olyanok, akik nem osztanak valamilyen szabályt. Az elvi kérdés ezért ma is igen fontos: joga van-e az államnak – a büntetőjog szankciórendszerével is – beavatkozni az egyének cselekvési szabadságába pusztán azon az alapon, hogy erkölcstelenséget követnek el, miközben más szabadságkorlátozó elv nem támassza alá az állami aktust? (Tehát leginkább azokban az esetekben kell bizonyítani a korlátozás jogát, ahol nem található károsult.)

Lord Devlin válasza az előző kérdésre természetesen az, hogy igen, és – noha más okból,

⁵ Joel Feinberg: “‘Ártalmatlan erkölcstelenségek’ és sértő háborgatások”. (Ford.: Miklósi Z.) *Kézirat*. 2. old. A mű Bretter Zoltán könyvéhez elkészített fordításainak kéziratából való. A nemrég megjelent mű: *Politika a határon. A Devlin-Hart vita*. Pozsony Kalligram, 2004.

⁶ Ronald M. Dworkin: ‘Liberal Community’. In: uő: *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge-London: Harvard University Press, 2000, 217. old. Magyarul lásd: Miklósi Zoltán fordításában.

⁷ Patrick Devlin: *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press, 1965

⁸ Devlin: i. m. 7. old

de – ugyanígy gondolkodik J. F. Stephen is. Sokan azonban más, ellentétes választ adnak ebben az esetben. Ezért az elemzés a következőképp fog haladni:

- (1) Elsőként megvizsgálom, milyen filozófiai állásponthoz köthető a jogi moralizmus, és megpróbálom röviden bemutatni, honnan ered a kommunitárius gondolkodás.
- (2) Ezután vázolni fogom, milyen érvekre, milyen alapvető állításokra támaszkodik a jogi moralizmus két meghatározó képviselője, J. F. Stephen és Lord Patrick Devlin. Utóbbi gondolatainak nagyobb teret szentelek, mivel a rá adott liberális válasz is terjedelmesebb.
- (3) Végül megpróbálom összegezni, milyen irányból támadták ezeket a nézeteket, elsősorban a liberális kritikára figyelemmel.

A dolgozat tehát a jogi moralizmus hívei és ellenzői közötti vitára épül, és már itt érdemes leszögezni, mi a döntő különbség a két tábor között. Távolról sem az, hogy a liberális csapat ne látná helyesnek figyelembe venni a társadalom morális normáit. A különbség abban rejlik, *milyen* erkölcsöt tartanak fontosnak. A liberálisok elutasítják, hogy a jó életről vallott felfogások valamelyikét közös erkölcsként kényszerítse ki az állam; a kikényszeríthető erkölcsi normáknak a helyes elveire kell vonatkozniuk. A kommunitárius filozófiából kiinduló álláspont következtetése azonban első körben lehet az, hogy a jó élet egy adott formáját jogilag biztosítsuk. Amellett szeretnék érvelni, hogy ez a következtetés nem szükségszerű.⁹

I. A kommunitarizmus

A kommunitarizmus a liberalizmus antropológiáját kritizálja. Nem tartozik tehát a nagy uralkodó eszméáramlatok közé. Inkább egy kiindulópont, egy “érvelési stratégia”, ami egy igen befolyásossá vált emberképpel foglalkozik, azt tagadja.

A társadalom - egyén viszonyát taglalja, tehát egyik képviselője, Charles Taylor megkülönböztetését alkalmazva: kiindulópontja az ontológia, és nem az értékítéletek területén található.¹⁰ Taylor nem feltétlenül erre akar utalni, inkább arra szánja, hogy bebizonyítsa a szabadelvű – közösségelvű vita elnagyoltságát, hibáit, s új alapokon a meghaladására törekszik. Én azonban úgy látom, a közösségelvűség lényegi állítása, maga abban keresendő, hogy a kommunitáriusok *meghaladják* a liberális emberkép módszertani individualizmusát, vagyis azt az elképzelést, hogy a közösségi cselekvés csak egyéni cselekvések láncolataként fogható fel, továbbá azt is, hogy a közösségi javak csak egyéni javakban realizálódhatnak. Ehelyett a közösségi cselekvés különleges minőségére helyezik a hangsúlyt. Bizonyos cselekvések ugyanis csak közösségben gyakorolva nyerhetik el sajátos értéküket, valamilyen pluszt, amit pusztán az egyén nem tudna elérni. Paradigmatikus példája ennek a zenekar, ami rengeteg szerzőnél reprezentálja a közös cselekvés sajátos minőségét: Dworkinnál a közös gyakorlat megkülönböztető értékeit példázza¹¹, MacIntyre-nél azt, hogy a belső jó nem bontható vissza az egyes egyének javára,¹² Taylornál a közvetett javakként felfogott közös cselekvés öröme,

⁹ Ebből az előzetes megjegyzésből kitűnik, hogy Bretter Zoltán már hivatkozott művétől eltérő következtetésre törekszem. Nem feltétlenül ellentétesre, csak más jellegűre. Ettől függetlenül Bretter Zoltán sok fontos megállapításával foglalkozom, azokra igyekszem reflektálni, noha a dolgozat fő vonalainak kialakításakor e munka még nem állt rendelkezésemre. Ráadásul a dolgozat terjedelme sem enged meg ennél átfogóbb következtetéseket.

¹⁰ Charles Taylor: 'Ütköző szándékok: a szabadelvű – közösségelvű vita'. In: Horkay Hörcher Ferenc (szerk.): *Közösségelvű politikai filozófiák*. Bp.: Századvég, 2003. 153. old.

¹¹ Dworkin: 'Liberal Community'. 227. old.

¹² Alasdair MacIntyre: 'Politika, filozófia és a közjó'. In: Horkay Hörcher Ferenc (szerk.): *Közösségelvű politikai*

tehát amit a közös cselekedet ténye tesz jobba.¹³

A holizmus nem azt tagadja, hogy az egyének cselekszenek, hanem azt, hogy az (amúgy egyének cselekedeteiből összeálló) közös jónak ne lenne valamilyen megkülönböztető sajátossága, valami plusz tartalma abból, hogy közösen hajtjuk végre őket. (Taylor ezt úgy fejezi ki, hogy nemcsak egybeeső közös javak vannak, amelyeket azért kell közösen csinálni, mert egyedül nem érhetnénk el, hanem közvetett és közvetlen közös javak is, vagyis amelyek élvezetét felerősíti az, hogy közösségben tesszük, illetve amelyben a közös cselekvésnek magának önértéke van. A politikai közösség cselekvése közvetett, a barátok közös tette közvetlen jót hordozhat.)¹⁴ A politikai közös cselekvés értelme nem egyszerűen az, hogy bizonyos célokat csak közösen tudunk elérni, mint pl. Locke-nál a biztonságot, hanem az is, hogy mivel közösen érjük el, ezért annak értéke megnövekszik. Közösen *jobb* elérni. (Bódig Mátyás) Ilymódon a módszertani individualizmust nem tagadja, hanem meghaladja a holizmus.

Ennek belátása után már könnyebb azt a kijelentést tenni, hogy Dworkinnál a közös cselekvés erősebb értelmei is jelen vannak. A korábban említett zenekar példája kiválóan alátámasztja a közvetett közös jó elfogadását.

Úgy gondolom, hogy a közösségelvűség lényege az a versengő antropológia, amely a közösség fontosságát hangsúlyozza az egyénnel szemben, de csak abban a gyenge értelemben, hogy az egyén csak a társadalomba ágyazottan fogható fel, attól elszakítva nem. Taylornál ez – az általa holizmusnak nevezett állítás – az ontológia szintje (más terminológiával konceptuális szintnek nevezhető – Bódig Mátyás). Így az előző állításból a politikai filozófia értékítéleteire (gyakorlati kérdéseire) nem következik semmi kényszerítő erővel. Pontosabban kijelöl bizonyos válaszlehetőségeket, diszkvalifikál másokat, úgymond “átrendezi az értékítéletről szóló vitát”¹⁵, de nem deriválhatók belőle kizárólagosan kollektivisták gyakorlati válaszok.

Ha így fogjuk fel a közösségelvűség lényegét, rögtön látszik, amire ki akarok lyukadni: e filozófiai alapállásból rengeteg következtetés levonható, s ezeket a legkülönbözőbb eszmei áramlatokba lehet besorolni. Akár a liberalizmusba is. Taylor igyekezete a procedurális köztársaság bírálatára – még a republikánus elv elfogadásával is – végül egy liberális koncepciót eredményez, amelyben a közös jót a jogszerűség uralma¹⁶ jelenti. (Bebizonyítja, hogy a holizmusból következhet egy individualista értékítéleti pozíció is, ahogy az Humboldtnál és Millnél megtalálható:¹⁷ az egyén társadalomba ágyazottsága jól összefér az egyéni érdekek preferálásával, amennyiben a társadalom fejlődésének zálogát épp a szabadságban és a sokszínűségben látjuk – Hart érve Devlin ellen, aminek kapcsán Humboldt idézem majd, végső soron ennek gyakorlati leképezése.) Michael Sandelnél republikánus eredmény valósul meg, mivel az ő koncepciójában kulcsszerep jut egy kitüntetett jó életnek: a politikai életformának. MacIntyre-nél pedig igencsak antiliberalis megoldáshoz jutunk, hiszen a liberalizmus (azt hiszem, itt az intézményelméletére gondol)¹⁸ ott rontja el, hogy a közös jónak nem hagy helyet, a liberális demokrácia társadalmát Hobbes és Locke nyomán olyan társulásnak képzei el, aminek célja az olyan javak előmozdítása, amit egyedül az egyén nem érhet el, többen kellünk hozzá – de ez csak egyéni jókat fog eredményezni, nem megkülönböztetett minőségű belső jót! Továbbra is visszabontható egyéni jókra a befektetési társaság jellegű társadalom “közös java”, mint pl. a közbiztonság, nem határoz meg célokat az egyén számára, nem ad szorosabb köteléket, s így hiányozni fog az az elköteleződés az

filozófiák. Bp.: Századvég, 2003. 79. old.

¹³ Taylor: 'Ütköző szándékok'. 166. old. John Rawls-nál is a közös cselekvéshez kapcsolódik, de kissé más értelemben. Vö.: John Rawls: *Az igazságosság elmélete*. (Ford.: Krokóvay Zsolt) Bp.: Osiris, 1997, 607. old.

¹⁴ Taylor: 'Ütköző szándékok'. 165. old.

¹⁵ Lásd *uo.* 182. old.

¹⁶ Lásd *uo.* 175. old.

¹⁷ Lásd *uo.* 159. old.

¹⁸ Vö. Alasdair MacIntyre: *Az erény nyomában*. (Ford.: Bíróné Kaszás Éva) Bp.: Osiris, 1999, 262. old.

állampolgároknál, ami a közösség fennmaradását eredményezné. Mindenki “potyautas” stratégiára törekszik, nem lesz kellő mennyiségű áldozatkészség.¹⁹

A közösségelvűség, noha a liberális emberkép bírálatából indul ki, nem feltétlenül ellentétes azokkal a gyakorlati következtetésekkel, melyeket liberálisnak tekintünk szintén. Nem mindenáron áll szemben még a procedurális köztársasággal sem, ha annak lényegeként is elfogadunk valamilyen közös jót, a joguralmat. Nem szükségszerűen ellentétes az egyéni jogok előtérbe helyezésével sem, mint Humboldt példája jól mutatja. Sőt az állam semlegessége is tartható bizonyos távon. Utóbbi kijelentésnek már lehetnek korlátai,²⁰ de az biztosan nem következik kényszerítő erővel a kommunitarizmusból, hogy a vallás vagy a szexuális orientáció kérdéseiben az államnak állást kellene foglalnia. Lehetséges tehát elképzelnünk “liberális közösségelvűeket” is: ők nem a jó életre vonatkozó felfogások valamelyikét akarják közös jóként elfogadni, hanem a helyes elveit.

Egy másik ilyen dolgot is megérne a téma, hogy kellő részletességgel összehasonlítsuk a közösségelvű kiindulópontból adható gyakorlati válaszokat. Most azonban csak arra szerettem volna rámutatni, mennyire különböző eredmények szülehetnek. Természetesen levonható konzervatív következtetés is: a társadalomba ágyazottságtól eljuthatunk odáig, hogy az egyénnek szüksége van a társadalomra úgy, ahogyan az éppen fennáll. A kialakult társadalom önértéket képvisel, bebizonyította létjogosultságát pusztán azáltal, hogy fennmaradt. Ezért nem túlzás azt követelni az egyéntől, hogy segítse elő további fennállását saját érdekeinek háttérbe szorításával.

Devlin és Stephen elmélete mindazonáltal nélkülözi az ilyen általános megalapozás kifejtését, inkább csak sugallják. Erkölcsi konzervativizmusuk ugyanakkor teljesen explicit módon jelenik meg: a fennálló erkölcsök teljes körű kikényszerítését szorgalmazzák. Devlinnél az egyén érdeke csak akkor és annyiban vehető figyelembe, amíg a közösséget nem veszélyezteti vele, a közösséget pedig a közös erkölcs konstituálja, aminek megsértése felbomlaszthatja azt. Lényegében tehát szinte bármilyen cselekmény alkalmas arra, hogy a társadalmat dezintegrálja. Ez az elképzelés, mint több részletkérdésből is látható lesz, meglehetősen nagyfokú merevséghez, ha nem is megfagyáshoz, de a fejlődés lelassulásához vezet, a status quo fenntartásának következetes módját valósíthatja meg.

A kommunitárius elméletből azonban nem következik kényszerítő jelleggel a gyakorlati racionalitás hiánya vagy elcsökevényesedése, a kritikai önvizsgálat teljes feladása. Fontos látnunk, hogy a közösség előtérbe helyezéséből ez az eredmény nem feltétlenül következik, mindössze az egyik lehetséges reakció.

A liberális – kommunitárius vitában évtizedeken keresztül folyt (és folyik) a harc, a közösséget vagy az egyént kell-e előtérbe helyeznünk. Ebben könnyű felfedeznünk a Hart-Devlin vita meghosszabbítását vagy inkább háttérét. Ezen a ponton pusztán arra szerettem volna rámutatni, távolról sem olyan egyértelműen megfeleltethető és felcserélhető kategóriákról van szó a két ellentétpárban, még ha feszültségük oka és központi problémájuk hasonlít is egymáshoz.

II. A jogi moralizmus álláspontjai

(1) Mit állít Lord Devlin?

Lord Patrick Devlin az 1950-es évek végén, '60-as évek elején tartott előadásaiban fejtette ki

¹⁹ MacIntyre: 'Politika, filozófia és a közjó'. 82.old.

²⁰ Például a politikai nevelés területén. Lásd Taylor: 'Ütköző szándékok'. 176. old.

véleményét azzal a kérdéssel kapcsolatban, milyen mértékben avatkozhat be az állam az egyéni szabadságba, pontosabban: milyen viszony állítható fel a társadalom érdeke és a magánember törekvése között. Elméletét a homoszexualitás büntetőjogi fenyegetettségének a megszüntetésére irányuló 1957-es javaslat, a Wolfenden-jelentés kapcsán dolgozta ki, mintegy arra reflektálva. Előadásainak gyűjteménye 1965-ben jelent meg *The Enforcement of Morals*²¹ címmel. Ennek elsősorban második és harmadik fejezete tartalmazza Lord Devlin álláspontjának magvát, a további fejezetekben az erkölcsök és a jog egyes részterületeinek kapcsolatával foglalkozik, az utolsó két fejezet pedig a liberális kritikára válaszol.

Lord Devlin álláspontja előljáróban és röviden az, hogy a társadalmat az erkölcs kötelei tartják egyben, és ha ezt az erkölcsiséget megsérti valaki, azzal a társadalom létét veszélyezteti, azt pedig joga van a közösségnek megakadályozni. De mi ez az erkölcs, melynek sérelme ilyen súlyos következményekhez vezet?

H. L. A. Hart, amikor Lord Devlin nézeteinek kritikáját készítette, feltámasztott egy hasznos különbségtevést: elhatárolta a pozitív erkölcsöt a kritikaitól.²² A *pozitív erkölcs* “egy adott társadalmi csoport ténylegesen elfogadott és követett” erkölcsét jelenti, tehát egy adott időszakban és helyen létező társadalom fennálló erkölcsi elveit, intézményeit. Az ennek felülbírálatára szolgáló erkölcsi elveket foglalja magában a *kritikai erkölcs*, amely mindig utal valamiféle objektív értelemben ideális erkölcsi elveket tartalmazó kódexre (vagy legalábbis olyanokra, amelyeket annak tartunk). Utóbbit szokás racionális erkölcsnek²³ is nevezni, utalván arra, hogy leggyakrabban az ideális racionalitás értékeit sorolják ide.

Úgy tűnik, Devlin a társadalomban éppen fennálló erkölcsi elveket szeretné megóvni a sérelemtől, tehát a pozitív erkölcs képviseli a társadalom összetartó erejét.

A Wolfenden-jelentés különbséget tesz magánerkölcs és közerkölcs között, s ezek közül az elsőt kivonja a büntetőjogi szabályozás területéről. Ezáltal jogot és erkölcsöt, büntető törvényt és erkölcsi törvényt, evilági törvényt és isteni törvényt, *bűncselekményt és bünt* élesen kettéválaszt. “A Wolfenden-jelentés szerint a bűn megállapítása az erkölcs, a büntetetté a jog felségterülete, s e kettőt nem szabad összekeverni.”²⁴

Lord Devlin tagadja a szétválasztás lehetőségét. Rámutat, hogy az erkölcs és a vallás milyen szoros kapcsolatban áll egymással. Az erkölcsi normák nagy része ugyanis a keresztény vallásból származik. A szekularizáció (és végső soron a pluralizmus) miatt azonban a jog nem használhatja fel a vallást saját legitimációjához, az isteni eredetű természetjog nem nyújthat megfelelő támaszt.²⁵ Emiatt új igazoló elvet kell keresnie, ez pedig “a társadalom gördülékeny működése és a rend fenntartása” lehet.²⁶ E funkcionális megközelítés elégtelen lesz: a büntetőjog egy részét lehet így magyarázni, de marad egy terület, melyet nem fog lefedni az érv.

Teszteli elképzelését az angol büntetőjogon, és megállapítja, hogy annak már a kezdetektől részét képezik az erkölcsi elvek is. Példaként a beleegyezést hozza, mely nem mentesít (általában) a felelősségre vonás alól. Ebből azt a következtetést vonja le, hogy a büntetőjog kényszerének indoka nem lehet az egyén védelme, mert akkor az egyén beleegyezése esetén ezek a törvényi tényállások nem lennének alkalmazhatók. Ilyen kivétel azonban a törvényben nincs, tehát akkor valamilyen más okból kell büntetni ezen cselekményeket. Ez az ok pedig a társadalom védelme. (Természetesen szóba jöhetne az az elv is, hogy beleegyezés esetén az egyént *saját magától* kell megvédeni, de ezt Lord Devlin nem

²¹ Patrick Devlin: *The Enforcement of Morals*. Oxford: OUP, 1965

²² Herbert L. A. Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. (Ford: Krokóvay Zs.) Bp.: Osiris, 1999. 31. old.

²³ Feinberg: “‘Ártalmatlan erkölcsitelenségek’ ...” 14. old.

²⁴ Bretter Zoltán: ‘A Devlin-Hart vita. Társadalomfilozófiai megközelítés’. *Fundamentum* 2002/3-4 sz. 6. old.

²⁵ A szekularizált természetjog gondolata fel sem merül Devlinben – mutat rá Bretter Zoltán. (‘A Devlin-Hart vita’ 6. old.)

²⁶ Devlin: *i. m.* 5. old. Az első két fejezetet magyarul lásd: Miklósi Zoltán fordításában.

veszi számításba.)

Az angol büntetőjog aktuális állapota nem perdöntő érv Lord Devlin bevallása szerint sem, mégis erre alapozza másik bizonyítékát is, mely szerint “míg jó néhány erkölcstelenséget nem büntet a törvény, egyetlen olyan sincsen, amelyet elősegítene.”²⁷ Pl.: a jó erkölcsbe ütköző szerződés nem kényszeríthető ki a jog által (*naturalis obligatio*). Ennek oka sem lehet az egyén védelme és a magánerkölcs tiszteletben tartása, csakis a társadalom megóvása.²⁸

Ezek alapján bizonyítottnak veszi, hogy a büntetőjog összefonódott az erkölcsi elvekkel, s ezáltal a vallásos értékekkel. Belátja, hogy noha a társadalom erkölcsének védelme, mint a jog elsődleges funkciója a keresztény vallásból ered, nem igazolható többé ezen az alapon az autoritása. Nem ismerhetők meg többé az erkölcsi elvek a vallásra támaszkodva. Új forrást kell találni a számára, amelyet 3 lépésben kísérel meg.

(1) Elsőként azt kell tisztázni, van-e joga a társadalomnak morális ítéletet alkotni. Lord Devlin szerint abban az esetben igen, ha a “társadalom maga is érintett,”²⁹ tehát a társadalomra is valamilyen hatással van az adott erkölcsi nézet. (A többség vélekedése önmagában nem támasztaná alá.) Ekkor beszélhetünk kollektív döntésről. E döntések együttese a közerkölcs, amit a Wolfenden-jelentés is feltételez, különben nem lenne alapja Lord Devlin szerint a prostitúcióhoz kapcsolódó bűncselekmények tiltásához.

Ezután “a priori” úton is érvel a közerkölcs létezése mellett. Ebben a részben találhatók a híres metaforák, amelyek egész elméletének támasztékait, tartóoszlopait képezik. Állítása az, hogy a társadalom létezése önmagában bizonyítja, hogy a társadalom kötelessége morális ítéletet alkotni, mert csak így maradhat fenn. A társadalmat politikai és erkölcsi nézetek, intézmények tartják össze. Példaként a keresztény eredetű, de lényegi funkciója miatt megőrzött házasságot említi, mint elmozdíthatatlan “téglát” a társadalom építményében, ahol a változtathatatlanság oka és egyben biztosítéka – mondhatnánk, kötőanyaga – a társadalom egészének elfogadása. “Az intézmény, a szokás vitatható, de az nem, hogy a társadalomnak büntetnie *kell* például a házasságtörést.”³⁰ Bretter Zoltán azt kérdezi, ha az állam köteles tiltani a házasságtörést, ez miért nem fordul át pozitív szabállyá? Miért nem köteles kikényszeríteni a házasságot, s így büntetni a házasságon kívül együtt élőket?³¹ Egyszerűen azért mert a társadalom ítélete már nem támassza alá szerintem. Devlin hozzáállása nem kritikai, és nem logikai következetesség implikálja a megoldásait. A házasságon kívül élők magatartását nem követi olyan össztársadalmi méretű felháborodás, mint a házasságtörést, s így nem veszélyes a társadalomra. (Ha azzá válik, akkor természetesen tiltható.)³²

Másrészt a lázadást említi, mely szintén “nem olyan kérdés, amit az egyéni ítéletre lehetne bízni”.³³ Még ha jogos is volt, a társadalom akkor sem tűrheti el, különben megsemmisül. Az össztársadalmi egyetértés köteléke tartja egyben a társadalmat, melynek része pl. a közös erkölcsiség is, és ha ez a kötelék megereszkedik, az a társadalom széthullásához vezet. Következésképp a társadalomnak joga van erkölcsi ítéletet hozni az “önfenntartás” érdekében. A társadalom ugyanis Devlin szótárában nem más, mint e morális nézetek összessége. Aki benne akar élni, “úgy kell elfogadnia, amiképp azt megépítették,”³⁴ meg kell békélnie azokkal az erkölcsi ítéletekkel, melyek a társadalmat eggyé kovácsolják. Aki tehát a pozitívumait élvezni akarja, a negatívumokkal is meg kell barátkoznia: még ha el is tér a saját morális

²⁷ Lásd *uo.* 7. old.

²⁸ Lord Devlin itt figyelmen kívül hagyja, mekkora különbség van aközött, hogy “a jog a társadalom érdekében kikényszerít egy adott magatartást,” illetve hogy nem segít az érvényesítésében.

²⁹ Devlin: *i.m.* 8. old.

³⁰ Bretter: ‘A Hart–Devlin vita...’ 7. old.

³¹ Bretter: *Politika a határon...* 72. old.

³² Amint Bretter Zoltán magyarázza, valóban felfogható Devlin elmélete egy tágabb értelemben vett közkár elvének (a kár-elv társadalomra alkalmazásának), amint arra máshol utalok.

³³ Devlin: *i.m.* 9. old.

³⁴ Lásd *uo.*

felfogása a közerkölcsstől, kompromisszumot kell kötnie az utóbbival. “Ez az az ár, amit a társadalmi együttlétért meg kell fizetnünk.”³⁵

E gondolatmenet távolról hasonlít Rudolf von Jhering társadalmi utilitarizmusról alkotott felfogására. Jhering pályája második szakaszában úgy gondolta, az egyénnek alá kell vetnie magát a társadalmi céloknak, de csak azért, mert ezáltal a saját érdekeit is szolgálja. Az ember “zoon politikon is, és elfogadja az abból adódó korlátokat és lehetőségeket, hogy egy bizonyos alapértékre felépülő civilizáció része.”³⁶ Az egyénnek önmaga megvalósítására csak a társadalom keretei között van lehetősége. Az ár, amit ezért meg kell fizetni, a társadalmi lét korlátaival való alkalmazkodás.

Lord Devlin állítása tehát az, hogy a társadalomnak joga van morális ítéletet alkotni. Valószínűleg ebben érződik John Stuart Mill hatása,³⁷ aki *A szabadságról* című művében szintén elismeri a társadalom e privilégiumát. Lord Devlin azonban többet állít: a társadalomnak nemcsak joga, hanem kötelessége is ezt tenni, ez a jog (vagy kötelesség) abszolút (egyének felettségét tekintve), a társadalom egészét illeti meg, továbbá feltétlen.³⁸ “[Az] erkölcsöket a közösségnek mint egésznek a helyesre és helytelenre vonatkozó nézeteiből kell származtatni.”³⁹

(2) Az igazi eltérés Milltől a következő pontban jelentkezik azonban: következik-e az állam számára valamilyen feladat abból a tényből, hogy a társadalom ilyen ítéletet alkot.

Lord Devlin szerint a társadalom morális ítéletalkotási jogából valamelyest már következtetni lehet a válaszra: “Ha azonban a társadalomnak jogában áll erkölcsi ítéletet hozni, mégpedig azon az alapon, hogy az elismert erkölcsiség éppúgy szükséges a társadalom létrehozásához, mint például az elismert kormányzat, akkor a társadalom felhasználhatja a jogot az erkölcsiség megőrzésére éppúgy, ahogy felhasználja bármely másnak a biztosítására, ami létezéséhez szükséges.”⁴⁰ (Kiemelés tőlem. H. V.)

Bizonyításul ismét a jelentéshez kanyarodik vissza. A Wolfenden-bizottság is elfogadja a társadalom erkölcsi ítéletalkotási jogát, de a jog szankcióinak bevetéséhez különleges körülményeket követel meg, mint pl. a fiatalkort vagy a különös kiszolgáltatottságot. Az utóbbi kategóriát azonban Lord Devlin olyan bizonytalannak, tágan értelmezhetőnek tartja, hogy épp az ellenkezőjét támassza alá, mint amire Sir John Wolfenden és a bizottság többi tagja szánta: “(...) lehetetlen elméleti határt szabni az állam hatalmának az erkölcsitelenség elleni törvényalkotásban”.⁴¹ Devlin szerint a bordélytulajdonosi, szobáztatói tevékenység, a leányfuttatás – mely cselekmények kriminalizálását a büntetőjog más embereket, de még inkább az emberi gyengeséget kizsákmányoló szerepükkel indokolja – lényegüket tekintve nem különböznek attól a viszonytól, mely az impresszáriót és a színésznőt összefűzi. A “kizsákmányolás” tág fogalmának alkalmazása épp azt bizonyítja, hogy morális szempontokat emelünk be a jog hatókörének szűkítésekor, megfoghatatlan, széles értelmezési lehetősége pedig azt, hogy ilyen korlát felállítása lehetetlen: “a jog hatókörének meghatározási kísérlete fogja a legjobban bizonyítani, hogy a jog hatóköre, legalábbis elvi szempontból, korlátozhatatlan”.⁴²

³⁵ Bretter: ‘A Devlin-Hart vita...’ 7. old.

³⁶ Szabó Miklós (szerk.): *Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből*. Miskolc: Bíbor, 2004. 112. old.

³⁷ Amint arra maga Devlin is rámutat. Lásd: Bretter: ‘A Devlin-Hart vita...’ 5. old.

³⁸ Bretter: ‘A Devlin-Hart vita...’ 6. old.

³⁹ Devlin: *i.m.* 22. old.

⁴⁰ Devlin: *i.m.* 11. old. A mondat második fele talán kissé furcsa alátámasztásnak tűnhet, mivel nem világos, hogyan lehet elvi következtetést levonni abból a tényből, hogy az állam mit szokott csinálni. Devlin feltehetőleg azon későbbi kijelentését alapozza meg itt, hogy az autoritás forrása azonos az erkölcsök kikényszerítése és a közérdek védelmezése esetén. De még így is durva lenne, ha az állam bárminek a biztosítására felhasználná a jogot, nemcsak konszenzusos értékek megőrzéséhez.

⁴¹ Lásd *uo.* 12. old.

⁴² Bretter: ‘A Devlin-Hart vita...’ 8. old.

Az erkölcstelenséget afféle belső veszélynek tekinti Devlin, mint a lázadást: mindkettő ellen joga van a társadalomnak a jog eszközével védekezni, és egyik esetben sem lehet elméleti határokat szabni, pontosan meddig alkalmazható a jog hatóereje. Itt fejti ki bővebben az ún. “társadalmi dezintegrációs tézist”, mely szerint “ahol nem követnek közös erkölcsöt, dezintegráció fenyeget, és a történelem tanúsága szerint a belső kötelékek meglazulása a széthullás első fázisa, ezért a társadalomnak joga van ugyanazokat az intézkedéseket meghozni erkölcsi rendje védelmében, mint amelyeket a kormányzat vagy más létfontosságú intézmény védelmében megtesz”.⁴³ Fontosnak tartom leszögezni, hogy ehelyütt más alátámasztást, érvet nem szerepeltet, mint “a történelem tanúsága szerint” fordulatot, s így bírálói könnyen spekulációnak minősíthetik következtetéseit.⁴⁴

Nehéz lenne meghatározni, hogy a lázadás vagy az erkölcstelenség milyen foka veszélyezteti a társadalom egységét. Éppen ezért nem lehet azt mondani, hogy van az erkölcstelenségnek olyan köre, mely még nincs semmilyen hatással a társadalomra, s ezért ott a jognak semmi dolga, ahogyan ezt a Wolfenden-jelentés teszi, kivonva a jog hatóköréből a magánszférát. Amint egy ember lázadása veszélyt jelent a társadalom létére, úgy egy személy erkölcstelen cselekedete is veszélyezteti a társadalmat – mondhatnánk Lord Devlin logikáját követve. Bármilyen furcsán is hangzik, egyetlen ember elszigetelt részegsége vagy egyéb erkölcstelen tevékenysége is veszélyes lehet. Mert Lord Devlin szerint ez az erkölcstelenség semmiben sem különbözik attól, mintha sokan tennék ugyanezt. Ha pedig sokan csinálnák, akkor már könnyű lenne megindokolni, miért olyan félelmetes a lehetőség: akkor ki dolgozna, ha mindenki részegeskedik? “Nem lehetséges elméletileg kijelölni, hogy hány ember részegedhet le, mielőtt a társadalomnak joga lenne a részegeskedés ellen törvényt alkotni.”⁴⁵

Ezzel a válasszal azonban, ahogy Bretter Zoltán rámutat, nem bizonyította elméletben, hogy miért veszélyes egy ember erkölcstelen, de magányos és elszigetelt részegeskedése az egész társadalomra. Csak azt állította, az lenne, ha sokan tennék. Lord Devlin válasza a szerencsejátékkal foglalkozó bizottságtól vett idézetben rejlik, mely szerint az erkölcstelenség olyan káros hatással van a jellemre, ami a társadalom számára sem lehet közömbös. Bretter Zoltán kifejezésével élve “értéktelen emberré” válik az erkölcstelenség elkövetője.

Az erkölcsös életmód jogi kikényszerítése tehát az állam korlátlan joga, legalábbis első megközelítésben. Nincs elvi határ (pl.: magánszféra), meddig mehet el az állam e kérdésben: bármeddig.

(3) A harmadik kérdés pedig, hogy a jogot mint elvileg korlátlan erkölcsi kikényszerítő eszközt minden erkölcstelen esetben alkalmazni kell-e? De ha csak néha, akkor milyen elv szerint?

Mielőtt azonban erre válaszolna, tisztázni kívánja, *mi* az, amit ki lehet/kell kényszeríteni. Mi az erkölcstelenség? “Az erkölcstelenség a jog szempontjából tehát az, amit feltehetően minden jóérzésű személy erkölcstelennek tart.”⁴⁶ A válasz itt sem a többségi véleményt, a “demokratikus elvet” veszi alapul, hanem a jóérzésű ember véleményére épít. Ő szívesebben nevezi az “esküdtszék emberének”, a magyar fordításban azonban benne van a lényeg: az erkölcsi érzékére, az *érzéseire* alapozó “józan” átlagemberről van szó. Ki is emeli, hogy nem szabad összetéveszteni a racionális emberrel, mert a “hatos villamos utasától” nem várható el, hogy ítéletét érvekkel támassza alá. Csak az érzéseire támaszkodhat. Ugyanakkor – szerintem kissé ellentmondásos módon – megköveteli tőlük azt is, amit az esküdtektől általában: “vita

⁴³ Devlin: *i.m.* 13. old.

⁴⁴ E tézis legkézenfekvőbb cáfolata Richard Wollheimtől származik, akinek véleménye – Bretter Zoltán tolmácsolásában – az, “hogy egy társadalom identitása és folytonossága nem egyetlen moralitás közös birtoklásában áll, hanem különböző moralitások kölcsönös tisztelőben tartásán.” Richard Wollheim: ‘Crime, Sin and Mr. Justice Devlin’. *Encounter*, November, 1959, 38-39. old. *Idézi:* Bretter: *Politika a határon...* 115. old.

⁴⁵ Devlin: *i.m.* 14. old.

⁴⁶ Lásd *uo.* 15. old.

után egyöntetű véleményre juthat(nak).⁴⁷ Számomra nehéz elképzelni, hogyan győzik majd meg egymást az érzéseikről, amelyeket nem tudnak közös mércére, a racionalitásra alapozott érvekkel alátámasztani. “Vajon a konszenzus, amelyről említést tesz Devlin, (...) nem akkor érhető el legkevesbé, ha az embereket érzéseik, megszokásaik, félig-meddig tudatosított elképzeléseik befolyásolják a döntéshozatalban (...)?”⁴⁸ Lord Devlin azonban nyilvánvalóan a gyakorlati erkölcs tartományára gondol, amelynek elveiben, pontosabban inkább tapasztalataiban, társadalmi gyakorlataiban az esküdtek egyébként is egyet fognak érteni. “Amennyiben egy józan ember erkölcstelennek tart valamely tevékenységet, és arról is meg van győződve – nem számít, hogy e meggyőződés igaz-e vagy hamis, ha őszinte és szenvedélyektől mentes –, hogy társadalmának egyetlen jóérzésű tagja sem gondolhatja másként, akkor a jog szempontjából tevékenység erkölcstelen.”⁴⁹ Ez az idézet jól alátámassza, hogy Devlin nem ragaszkodott az objektíve helyes erkölcs kikényszerítéséhez. Kell valamilyen erkölcs, hogy a társadalmat összetartsa, de az nem feltétlenül az “igaz” erkölcs.⁵⁰

A probléma részletezését későbbre halasztva rátér a harmadik kérdés megválaszolására. Nem adható meg semmiféle általános elv arra nézve, mikor kell alkalmazni, bevetni a jogot az erkölcsök kikényszerítésére: “a büntetőtörvényt az erkölcsitől elválasztó határ nem adható meg semmiféle világos elv révén.”⁵¹ A Wolfenden-jelentés is itt rontotta el, mikor egyetlen ilyen elvet keresett (és talált), s ez Lord Devlin szerint az, hogy “a büntetőjog az egyén védelme érdekében létezik.”⁵² A jelentés elkülönített az egyéni életben egy olyan szférát, ami nem a jog dolga. S noha előbb Lord Devlin kijelentette, hogy nincs egyedül üdvözítő elv, most mégis azt állítja, hogy “a valódi elv szerint (...) a jog a társadalom védelméért létezik. Nem tölti be teljes funkcióját azáltal, hogy megvédi az egyéneket a testi sértéstől, a zaklatástól, a megrontástól, a kizsákmányolástól: a jognak az intézményeket és az erkölcsi vagy politikai eszmék ama közösségét is oltalmaznia kell, amelyek nélkül az emberek nem volnának képesek együtt élni.”⁵³

A magyarázat az, hogy nem látja elkülöníthetőnek a magánszférát és a közszférát, a magánerkölcsöt és a közerkölcsöt. Példaként a főútra nyíló háztulajdonos azon jogát hozza, hogy megállhat és várakozhat is az út szélén, ha fontos érdeke ezt alátámassza. Devlin szerint a *bíróságoknak* egyensúlyozniuk kell ebben az esetben a közös jog (főút akadálytalan használata) és az egyéni jog (megállás joga) között. Ezt nem úgy teszik, hogy felosszák az utat külön közút-részre és magánút-részre, hanem mindkét jogot korlátozzák, és mérlegelnek, hogy *adott esetben* mely szükségletet kell előnyben részesíteni. Az erkölcs szempontjából ezzel analóg módon nincsen magán- és közszféra, hanem csak a szerepet játszó magán- és közérdekek között lehet valamilyen egyensúlyt teremteni. Bizonyos “elvi állásfoglalások” persze megfogalmazhatók itt is az egyensúlyteremtéssel kapcsolatban:

(1) “A társadalom integritásával összeegyeztethető maximális egyéni szabadságnak kell lennie.”⁵⁴ Szerinte ez a büntetőjog nagy részében érvényesül mindaddig, míg egy bűn el nem éri a tolerancia határát. Ahol az intolerancia kezdődik, ott már nem lehet szerepe az egyéni

⁴⁷ Lásd *uo.*

⁴⁸ Bretter: ‘A Devlin-Hart vita...’ 11. old.

⁴⁹ Devlin: *i.m.* 22-23. old.

⁵⁰ Bretter Zoltán könyvének tanulsága szerint – és az iménti idézet is alátámassza – Robert P. George úgy gondolja, Devlin nem erkölcsi relativista, csak nonkognitivist, nem hisz az igaz erkölcs megismerhetőségében. (Bretter: *Politika a határon...* 160. old.) George egyébként Devlin elméletének konzervatív(abb) kiigazítására törekszik. A társadalom szétesését az egyének integrációjának csökkenésével azonosítja, s ezen integráció “belső értéke” mellett érvel, tehát ez nem pusztán instrumentális. Nehéz lenne nem észrevenni ebben MacIntyre-höz való hasonlóságát. Továbbá George csak az igaz erkölcsökön alapuló társadalom számára adná meg a morál kikényszerítésének lehetőségét. (Lásd *uo.* 165. old.)

⁵¹ Devlin: *i.m.* 21-22. old. Festői képpel élve a határ a szárazföld és a tenger választóvonalához hasonlít, melyben beszőgellések és hegycsúcsok is vannak.

⁵² Lásd *uo.* 22. old

⁵³ Lásd *uo.*

⁵⁴ Lásd *uo.* 16. old.

jogoknak és érdekeknek, mert ott már a társadalom integrációjáról van szó. De hol kezdődik az intolerancia? Ahol a közösség, pontosabban annak reprezentánsa, az átlagember valódi megvetést, „*undort*” érez valamilyen cselekedet iránt. Híres megjegyzése, hogy „egyetlen társadalom sem létezhet intolerancia, felháborodás és undor nélkül.”⁵⁵ Példája az állatokkal való kegyetlenkedés, amelyet szerintem nem lehet más alapon tiltani, mint hogy erkölcstelen, és a társadalmi megvetés az illető emberrel szemben olyan mértékű, hogy a jognak be kell avatkoznia az erkölcs ezt tiltó szabályának kikényszerítése végett.⁵⁶ Hasonló tesztnek vethető alá a homoszexualitás és „más” erkölcstelenségek is. Az átlagember undora és előítélete (pontosabban annak mértéke) határozza meg tehát, hogy mikor vehető figyelembe az egyéni döntés szabadsága.

Lord Devlin előítéletekről szóló megjegyzéseit Bretter Zoltán Edmund Burke erénytanához köti: „az előítélet az ember erényét *szokásává* teszi, s nem összefüggéstelen cselekedetek sorozatává” [Kiemelés tőlem: H. V.]⁵⁷ Jól tetten érhető itt a komunitárius filozófia társadalmi gyakorlatokra alapozó eszmevilága. Fel lehet fedezni a párhuzamot a két szerző között, amit az érzések jogi relevanciájáról mondanak. Burke szerint ugyanis „szükség van e nyilvánosan kimutatott, az erkölcsösséggel összefonódott érzelmekre, olykor a törvények kiegészítése, máskor kiigazítása, s mindig is azok támogatása céljából.”⁵⁸ Horkay Hörcher Ferenc ezt úgy magyarázza, hogy az érzelmekre a politika működésében van leginkább szükség. Ha a pusztán racionalitás köti össze a társadalom tagjait, akkor hiányozni fog az állampolgárok megfelelő elköteleződése, „az intézményeknek való engedelmességet nem kíséri a személyekhez való kötődés”, az érzelmi azonosulás.⁵⁹ Ez az érvelés - amellett, hogy nagyon hasonlít szerintem MacIntyre potyautas stratégiától tartó, korábban kifejtett gondolataira - önmagában természetesen nem feltételezi, hogy az átlagember erkölcsének meg kell jelennie a büntetőtörvényekben.

(2) A második kritérium, hogy „az erkölcsök kérdéseiben a tolerancia határai változnak”.⁶⁰ Fontos kiemelni, hogy Lord Devlin szerint nem az erkölcsi elvek alakulnak át, nem a társadalom erkölcsi felfogása alakul, hanem hogy melyek azok az erkölcstelenségek, amelyeket a társadalom adott állapotában (adott időben és helyen) még eltűr. Ezért a jognak lassan kell reagálnia egy-egy felmerülő új igényre, előbb meg kell bizonyosodni, hogy a társadalom felháborodása elég mély és általános ahhoz, hogy a jog beavatkozzon: hogy valóban olyan esetről van szó, amit a társadalom nem tud tolerálni.

(3) Harmadikként a magánélet (Devlin szóhasználatával: magánjellegű cselekedetek) lehető legnagyobb mértékű tiszteletben tartásának követelményét említi, és itt az adatvédelem különböző eseteivel példálózik. Ez azonban csak addig játszhat szerepet, amíg a társadalom toleranciája eltűri. Garanciáról természetesen itt sincs szó, ahogy az egyéni autonómia biztosításánál sem volt, jól mutatja ezt a kompromisszumkész megfogalmazás: „egyetlen egyén sem állíthatja, hogy a magánélethez való jogát ama sérelemmel szembe kell helyezni, amit törvénysértő módon másnak okozott. Ha azonban a cselekményben résztvevők valamennyien beleegyezésüket adták, és a sérelem az erkölcsökön esett, akkor az erkölcsi rendhez fűződő közérdek szembeállítható a magánélethez való joggal. (...) E megfontolások azonban nem zárják ki a magánerkölcs egészét a jog hatálya alól. (...) E tényezőt nem kifejezett

⁵⁵ Lásd *uo.* 17

⁵⁶ Valóban fogós probléma a liberálisok számára ez a kérdés, de korántsem egy válasz létezik rá: Joel Feinberg hármát is megkülönböztet, amelyekre az ő Devlin-kritikájának taglalásakor térek ki.

⁵⁷ Bretter: 'A Devlin-Hart vita...' 9. old.

⁵⁸ Edmund Burke: *Töprengések a francia forradalomról*. (Ford.: Kontler László) Bp.: Atlantisz-Medvetánc, 1990 168. old. *Idézi:* Horkay Hörcher Ferenc: „Értelmes szabadság.” A konzervatív felvilágosodás paradigmája Burke Töprengéseiben. In.: Dénes Iván Zoltán (szerk.): *A szabadság értelme - az értelem szabadsága. Filozófiai és eszmetörténeti tanulmányok*. Bp.: Argumentum, 2004 53. old.

⁵⁹ Horkay: *i. m.* 55. old.

⁶⁰ Devlin: *i. m.* 18. old.

korlátozásként, hanem mindössze figyelembe veendő körülményként kell számon tartani.”⁶¹

(4) Az utolsó iránymutatás (melyet legfontosabbnak tart), h. “a jogot a minimum és nem a maximum érdekli”, vagyis közkeletű jogelméleti szóhasználatkal élve a jognak nem a törekvés erkölcsét, hanem csak a kötelesség erkölcsét kell kikényszeríteni.⁶² Itt valószínűleg arra akar utalni Lord Devlin, hogy a társadalom által alkotott erkölcsi elvek hálózatának teljességét lehetetlen lenne (és nem is kell) a jog által kikényszeríteni, de azt a minimális erkölcsi tartalmat igenis ki kell, ami a társadalmat összetartja. A törvények betartása még nem feltétlenül eredményez erkölcsös embert, és ha csak épp annyit tesz meg az egyén, amennyit a törvény kikényszerít (mert pl.: Holmes bíró “rossz emberének” szemszögéből vizsgálja a világot), nem biztosítja magának a társadalom megbecsülését, az együttélést azonban nem veszélyezteti. Másrészt, amikor egy erkölcsi elvet törvényi úton ki kívánnak kényszeríteni, figyelemmel kell lenni arra is, hogy vajon ez e a legmegfelelőbb eszköz az erkölcstelenség visszaszorításához, illetve hogy egyáltalán alkalmas-e rá a törvényi büntetés.

Ezt a négy körülményt a jogalkalmazás során adott esetben mérlegeléskor latba kell vetni. Arról azonban Lord Devlin nem szól, hogy a bíró hogyan kényszeríthető rá, hogy figyelembe is vegye – hiszen ezeket nem törvény fekteti le, és a gyakorlatban nincs semmi eszköz az egyén kezében, hogy ellenőrizhesse ezen elvek érvényesülését saját ügyében. Az egyéni “szabadságjogok” biztosítékok nélkül maradnak. (Hacsak egy precedensértékű döntés nem segít az érvényesülésükben – ennek megszületésére azonban szintén nincs garancia.)

Elméletileg csupán a társadalom egyéni életbe való beavatkozásának joga alapozható meg Lord Devlin szerint, ezt pedig a common law hagyományai alapján teszi. “A common law-ban megtestesülő egyensúly és a common sense-ben megtestesülő józan emberi értelem felkínálja az ’egyszerű embert’, a ’köznapi embert’, hogy modellértékű elméleti szereplővé váljon”.⁶³

A válasz a jog igazolás-problémájára mindezek után egyszerűen kitalálható. A jog autoritásának forrása az erkölcsök kikényszerítésekor pontosan ugyanaz, mint a közérdek védelmekor, mégpedig hogy a társadalom széthullásának megakadályozása érdekében szükséges. A jog morális alapja első megközelítésben az utca emberének felháborodása, vagyis a társadalom bármely (jóérzésű) tagjának erkölcsi érzéke. Ez pedig Lord Devlin szerint nem táplálkozhat másból, mint a keresztény tanításból. A kereszténység és az erkölcsök olyannyira összefonódtak az évszázadok alatt, hogy lehetetlen elveiket szétválasztani. Korábbi hasonlata szerint (mely a jogalkalmazás által figyelembe veendő érvek negyedikénél található): “sok minden van a Hegyi beszédben, ami a Tíz Parancsolatban nem volna helyénvaló.”⁶⁴ S valóban: a büntetőjog alapját Lord Devlin szerint a Tíz Parancsolat kell, hogy képezze, míg a vallás dolga, hogy tanításával a Hegyi beszéd mércéjének megfelelő cselekvésre ösztönözzön. Így értelmetlenné válik elméletében állam és egyház szétválasztása, mi több felesleges veszélyforrássá is: az angol ember sérthetetlen lelkiismereti szabadsága is csak akkor képezhet mérlegelendő szempontot (az autonómiához és magánszférához hasonlóan), amikor nem jelent veszélyt a társadalom integritására. “A hangsúly a közösség erkölcsére tevődik át, és ennek létét, a közösség erkölcsi konszenzusának meglétét kell alapvetően fontosnak tekinteni.”⁶⁵ Az egyházi tanítások és a büntetőjog egymást feltételezik, egyik sem létezik a másik nélkül. (Már legalábbis az angol büntetőjog kialakulása esetében. Úgy vélem, a kapcsolat a vallás tanai és a

⁶¹ Lásd *uo.* 29. old. Tehát egy olyan területen, ahol az állam eddig tartózkodott a szabályozástól, mondhatnánk, amit a jog *szabadon hagyott*, nem az állapítható meg, hogy ott az állampolgárnak lehetősége van szabadon tevékenykedni, hanem az, hogy a törvényhozó eddig nem tartotta fontosnak a beavatkozást, de bármikor megteheti, ha kedve tartja, és az oknak nem is kell megfelelni semmilyen mérlegelési kritériumnak, hiszen az egyensúlyt úgyis a jogalkalmazásban fogják megteremteni az egyéni “jogok” és a köz jogai között.

⁶² Szabadfalvi József: ‘Lon Fuller’. In: Szabó M. (szerk.): *Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből*. Miskolc: Bíbor, 2004. 239. old.

⁶³ Bretter: ‘A Devlin-Hart vita...’ 10. old.

⁶⁴ Devlin: *i. m.* 19. old.

⁶⁵ Bretter: ‘A Devlin-Hart vita...’ 10. old.

büntetőjog között esetleges. Noha a keresztény vallás alakított ki sok olyan elvet, amit ma a büntetőjog is kikényszerít, valójában ma már az is erkölcsiségünk részét képezi, hogy senki sem kényszeríthető egy adott vallás gyakorlására. A felvilágosodás és a morális pluralizmus éppúgy hozzátartozik erkölcsi hagyományunkhoz, mint a keresztény vallás néhány alaptanítása. Ez az angoloknál is így lehet. Lord Devlin elméletében azért fontos a valláshoz kötni az erkölcs, és így a büntetőjog alapjait, hogy a széles társadalmi egyetértést alátámassza, vagyis hogy az emberek mélyen gyökerező erkölcsi érzékének forrást találjon.)

Lord Devlin az erkölcsök kikényszerítésének megalapozásához 2 modellt lát megfelelőnek:

(1)Platón tanai alapján “az állam azért létezik, hogy előmozdítsa az erényt a honpolgárok körében. “[A szuverén] joga és kötelessége lesz nyilatkozni arról, hogy az erkölcs mely normáit kell éretnesnek tekinteni, és legjobb belátása szerint gondoskodnia is kell ezekről.”⁶⁶ Ez a modell azonban nem egyeztethető össze a lelkiismeret szabadságának követelményével (értse ezt bármilyen szűken is Lord Devlin). Még ha a szuverén a demokratikus többség is, a kisebbség lelkiismereti szabadsága akkor is veszélybe kerülhet, még írott alkotmány ellenére is.

(2)A másik modell, mely Lord Devlin számára is követhetőnek tűnik, arra épül, hogy a társadalom joga dönteni, mi jó és mi rossz, és a rosszak közül mindazt megakadályozni, ami a társadalom létét veszélyezteti. Ebben az esetben nem a szuverén (pl. a törvényhozó mint a demokratikus többség képviselője) fog erkölcsi ítéletet alkotni, hanem csupán azt kell megállapítania, melyek azok az erkölcsi elvek, melyeket a társadalom elfogad, s ezek közül melyek szükségesek a társadalom integritásához, azután ezek védelmében törvényt kell alkotnia. Az erkölcs kikényszerítése tehát nem igényel normatív érvelést, mindössze egy ténykérdésben kell a szuverénnek állást foglalnia. Ekkor “az állam csupán jogszabályokba önti a társadalmi összetartozás tartalmait”.⁶⁷

Az utóbbi modellben tehát a döntés továbbra is a társadalom sajátja, a morális konszenzus pedig leginkább a már említett esküdszék emberének véleményéből ismerhető meg. Ez a vélemény, amint már említettem, jórészt érzésekből, előítéletekből, szokásokból áll, ugyanakkor kell, hogy rendelkezzen ésszerű megfontolásokkal is. Lord Devlin szerint 3 tényezőt kell figyelembe venni, melyek az esküdszék emberének morális ítéletalkotási folyamatát jellemzik:

1. A 12 esküdt egyhangú ítéletet hoz nemcsak az erkölcsi elv megállapítása tárgyában, hanem abban is, hogy megsértése büntetésre érdemes.

2. “Az esküdszék embere nem futtában hozza ítéletét, hanem érvelés, eligazítás és tanácskozás nyomán.”⁶⁸ Itt látszik jól, hogy ésszerű megfontolásai is vannak, hiszen hogyan tudna másképpen érvelni?

3. Az esküdtek mondják ki “az utolsó szót” a törvények alkalmazásával kapcsolatban: ha nekik nem tetszik, mert pl. túl szigorúnak tartják, akkor nem fogják alkalmazni sem, s így a törvény nem érheti el a törvényhozó által kívánt hatást. Ez az esküdtek egyfajta kontrolláló szerepét mutatja, mely által felülbírálhatják a törvényhozó olyan döntéseit, amelyek nem egyeztethetőek össze a társadalom erkölcsével. Mondhatnánk, ez az “utolsó rosta.” Lord Devlin szerint emiatt a három tulajdonság miatt alkalmasak igazán az esküdtek, hogy a morális törvény megismerésének forrásai legyenek. Bretter Zoltán azonban rámutat az esküdszék emberének belső ellentmondásaira.⁶⁹

Abból a már említett problémából indul ki, hogy az érzések és előítéletek alapján döntő esküdt hogyan fog érvelés, megfontolás útján egyetértésre jutni társaival racionális indokok

⁶⁶ Patrick Devlin: *i. m.* 89. old.

⁶⁷ Bretter: ‘A Devlin-Hart vita...’ 12. old.

⁶⁸ Devlin: *i. m.* 90. old.

⁶⁹ Bretter: ‘A Devlin-Hart vita...’ 11. old.

felhasználása nélkül? “Ha az utca emberének Devlin által rajzolt képét tekintjük, akkor éppen innen jutunk ahhoz, amit Devlin elutasít, azaz a filozófusok *elvont* »utca emberéhez«, akinek vitája másokkal alapvetően *megoldhatatlan*. Az “»utca embere« ugyanis azért csap össze másokkal világnézeti, erkölcsi kérdésekben, mert megismételhetetlen és egyedi”. Devlin egyszerű embere éppúgy fikció, mint John Rawls tudatlanság fátyla mögé bújó figurája, csak míg az előbbi szilárd erkölcsi érzéseiről képtelen vitatkozni (részint mert csak érzi, részint mert csak ő érzi, minthogy az egyénisége megismételhetetlen – “legfeljebb küzdeni [tud] saját igazáért”), utóbbi nem ismeri későbbi érdekeit és értékeit, preferenciáit, személyes erkölcsi érzékét, s így az igazságosságról racionális vitát tud folytatni.

Valószínűleg Devlin is látta, hogy ha egyszerű embere egyedi tulajdonságaiból, erkölcsi megérzéseiből olyan elméleti következtetéseket von le, melyek aztán megváltoztathatatlanul az ő erkölcsi-filozófiai alapállásához tartoznak majd, akkor vitának nem marad hely. Ezért ezzel a következtetési képességgel nem ruházza fel őt, tehát nem ésszerű lesz emberünk, hanem csak “józan”, “csak annyira képes, hogy rögzítse saját indulatainak (undor, ellenérzés, intolerancia) meglétét, de ezeket az indulatokat nem emeli világnézeti, vallási magaslatokba,” s így lesz képes “a többi emberrel egyetérteni legalább egy dologban, hogy ugyanazok az érzések vezéreltik őket is”.⁷⁰ Így lehetővé válik, hogy megegyezzenek, s az esküdtek egyhangú döntést hozzanak.

Az egyszerű ember tehát cseppet sem hasonlít az ésszerűen gondolkodó erkölcsfilozófusra. Véleménye azonban semmivel sem ér kevesebbet a filozófusétól: “Közhely, hogy a miénkhez hasonló típusú társadalmakban a nagy jelentőségű kérdéseket az egyszerű állampolgár nézete alapján döntenek el.”⁷¹

Lord Devlin jelentős terjedelmet szentel annak, hogy bebizonyítsa, nincs a tanultabb embereknek több joga a morális ítéletalkotásban való részvételre, mint az utca emberének. A probléma gyökere ismét a spirituális autoritás hiánya, a jog pluralizmus miatti megalapozatlansága. A vallás alapján nem tudjuk ellenőrizni, mi a helyes erkölcs, és az ész szuverenitásának elfogadása sem nyújt támaszt, ugyanis ha Aquinói Szt. Tamással tartunk, akkor Istennél kötünk ki ismét, ha pedig Kanttal, s azt állítjuk, “az ember értelmében önmagában képes megalkotni a törvényt”⁷² Isten nélkül, akkor pedig azt kell elismernünk, hogy *minden* ember elméje egyformán képes erre. Ha utóbbit mégis tagadnánk, úgy a tanult ember elméjét, s így ítéletalkotását többre tarthatjuk. De erre nézve (1) a tapasztalat bebizonyította, hogy a legképzettebb emberek sem jutottak mindeddig konszenzusra az erkölcsi törvények mibenlétét illetően; (2) ez az érv is egy felsőbb hatalom létezését feltételezi, a tanult emberek elitjét, s az semmivel sem teremt nagyobb szabadságot a társadalom számára, mintha Istennél maradtunk volna. Lord Devlin alapvető meggyőződése, hogy nincs abszolút igazság, csak az átlagember érzése jóról és rosszról, és “a jogalkotónak nem az igazi vélekedést, hanem a közösen osztott vélekedést kell feltárnia.”⁷³

Az iménti idézetből levonható tanulság, hogy a jogalkotó dolga az erkölccsel mint *ténykérdéssel* foglalkozni. Nincs más tennivalója, mint feltárni a társadalom erkölcsi kódexét, és a társadalom léte szempontjából nélkülözhetetlen szabályokat kikényszeríteni. Lord Devlin nem állítja, hogy ez az erkölcs feltétlenül jó erkölcs lesz: csak a társadalom adott időpontra kialakult, kivívott értékeinek összessége.

A demokrácia és a helyes erkölcs, az átlagember és a tanult elit összecsapásából tehát az előbbi kerül ki győztesen. A demokrácia fogalmából nem a többségi vagy a részvételi elvet emeli ki, bár kétségtelenül ezek is benne vannak, hanem az emberek értékítélet-alkotó képességének egyformaságát, ez az a morálisan releváns tulajdonság, mely alapján egyenlően

⁷⁰ Lásd *uo.*

⁷¹ Devlin: *i. m.* 91. old.

⁷² Lásd *uo.* 8. old.

⁷³ Lásd *uo.* 94. old. Ez az érv éppenséggel a nonkognitivismus ellen szól.

kell őket kezelni: “mindannyiunk rendelkezésére áll, mégpedig születéstől fogva azonos mértékben, a helyes és helytelen megkülönböztetésének képessége. Ez a demokrácia legfőbb jelentése (...)”.⁷⁴

E megállapítás viszont nem jelenti azt, hogy az erkölcsi kérdések eldöntése során nincsenek némelyest előnyben a tanultabbak: (1) képesek érvelni az igazuk mellett, sőt meggyőzni is másokat arról, amit helyesnek gondolnak; (2) a jogalkotó gyakran figyelembe veszi a képzettebb, bölcsőbb, tapasztaltabb ember véleményét. Így számbeli kisebbsége ellenére az értelmiségi réteg jelentős befolyással lehet a törvényhozásra. Példaként többek között a halálbüntetés eltörlésére irányuló törekvéseket hozza.

A demokrácia e felfogásából az sem következik, hogy a jog (és az erkölcs) elől el van zárva a tökéletesedés útja. Lord Devlin szerint a bíróságok azok, amelyek meghatározzák a fejlődés irányát, vagyis ők irányítják a jogot arra felé, “amilyennek szerintük a jognak lennie kell”.⁷⁵ Mindezt természetesen a precedensek és statútumok keretei között maradva kell tenniük, de ha jó irányba haladnak, könnyen lehet, hogy a törvényhozás is az általuk kijelölt cél felé fog elmozdulni, követve őket, míg ha rossz felé, akkor meg fogja akadályozni őket ebben.

A harmadik finomító megjegyzés pedig az esküdtek szerepével kapcsolatos. A Shaw-ügyből levont következtetései úgy foglалhatók össze, hogy az esküdtszék “negatív” funkciója a törvényhozás felé eddig is ismert volt (korábban említettem e jogosítványt, hogy az esküdtszék ellenállhat egy törvény kikényszerítésének, ha túl szigorúnak tartja), de most elismerték formálisan a “pozitív” funkcióját is: az esküdtszék kvázi-törvényhozói minőségbe kerül, a közerkölcs alapján törvény nélkül, sőt contra legem elítélheti a vádlottat. A végül érvényesülő törvénynek egy “tartalmi teszten” kell átmennie: az esküdtszéken. Formálisan persze nem érvényességi kellék, enélkül is törvénynek nevezhető, ha megfelel az “elismerési szabálynak.”

Ráadásul mindezt a közerkölcsre történő hivatkozással, önkényesen téve különbséget olyan esetek között, melyek között releváns szempontból nincs. Ha feltesszük, hogy a homoszexualitás nem bűncselekmény, s ezek után egy férfi és egy nő, valamint – mondjuk – két férfi is “nyíltan bűnben él”, az esküdtek megtehetik, hogy az előzőt felmentik, a második esetben pedig elítélik a vádlottakat pusztán azon érzésük alapján, hogy az egyik féle erkölcstelenséget el kell ítélni és meg kell büntetni, míg a másikat nem.⁷⁶ Ilyen módon az esküdtek nem is kis mértékben hatással vannak az erkölcsi folyamatok alakulására, megfosztva a törvényhozót (a demokratikus többség képviselőit) kizárólagos döntési jogkörétől.

Lord Devlin tehát ezt a három féket vezeti be a demokrácia-felfogása mellé. Nem azonos ez a nézet az egyszerű emberek többségének uralmával, mélyen elkötelezett valamilyen magasabb rendű erkölcs létezése iránt, s szerinte efelé halad a társadalom. Kikényszeríteni azonban a fennálló erkölcsöt lehet és kell, és Lord Devlin felfogásában már ez a jelenlegi is fejlettebb, értékesebb a régi korok erkölcséinél.

A vázolt elmélet sok megállapításával szemben fogalmaztak meg kritikát. J. F. Stephen szintén jogi moralizmushoz sorolható elképzeléseinek leírása után e kritikákat kívánom sorra venni, s ott fogom részletezni az eddig esetleg csak érintőlegesen említett kijelentéseket.

(2) Mit állít J. F. Stephen?

A bevezetésben szoltam arról, hogy a jogi moralizmus elméletének két formája ismeretes. Az egyik a már részletesen kifejtett Lord Devlin elképzelése, a másik pedig a XIX. században Millre reagáló James Fitzjames Stephen elgondolása, aki elsősorban a Liberty, Equality,

⁷⁴ Lásd *uo.* 100. old.

⁷⁵ Lásd *uo.* 94. old.

⁷⁶ Lásd *uo.* 99. old.

Fraternity c. művében fejtette ki nézeteit jog és erkölcs kapcsolatáról.

Ahhoz, hogy világosan el tudjuk különíteni Stephen és Devlin elméletét, be kell vezetnünk Joel Feinberg megkülönböztetését.⁷⁷ Feinberg professzor szerint kétféle értelemben beszélhetünk jogi moralizmusról. *Tág értelemben* ide tartozik minden olyan állítás, nézet, amelynek célja azt bizonyítani, hogy meg kell őriznünk egy tradicionális életmódot; ki kell kényszerítenünk közös erkölcsiségünk normáit; meg kell előznünk, hogy egyesek jogosulatlan előnyre tegyenek szert; valamint az emberi jellem fejlődéséért, javulásáért, tökéletesítéséért is tennünk kell valamit. *Szűkebb értelemben* ezek közül csak az erkölcsök kikényszerítésére kell koncentrálnunk: az ezen elmélet mellett érvelők állítása az, hogy a jog feladata nemcsak a nyilvános káros vagy sértő viselkedések tiltása, hanem az olyan erkölcsteleniségek és bűnöké is, amelyek nem okoznak kárt senkinek, magánjellegűen és beleegyezéssel “követik el” cselekményüket a felnőtt felek, mégpedig azon az alapon, hogy ezek a cselekedetek önmagukban erkölcstelenek. A jogi moralizmus mindkét értelmén belül tehető egy újabb megkülönböztetés, én azonban most a szűkebb értelemben vett elmületről fogok írni, mivel dolgozatom témája főképp erre irányul. Tehát a szűkebb értelemben vett jogi moralizmusnak létezik egy tiszta és egy nem tiszta formája. Utóbbit már könnyű definiálnunk. A *nem tiszta* [impure] moralizmus büntetni rendelné az önmagukban erkölcstelen cselekedeteket, tehát amelyeknek nem állapítható meg személy szerint károsultja, sem sértettje, de azon az alapon, hogy a tettnek van egyfajta közvetett károkozó hatása [indirect harmfulness]. Ilyen lehet például a társadalom integritására gyakorolt negatív, romboló hatás, ami jól tetten érhető Lord Devlin elméletében, melyben a társadalom széthullására figyelmeztet. A másik változat a *tiszta* [pure] erkölcsvédelem, mely nem kíván meg ilyen további kritériumot az erkölcstelen cselekvések tiltásához: egyszerűen azért bünteti meg az állam az ilyen tettet elkövetőt, mert az aktus önmagában véve bűn, és ezért ki kell irtani.

Nem szükséges, hogy legyen akár csak közvetett káros hatása is, egyszerűen az erkölcsteleniséget mint önmagában véve rosszat meg kell akadályozni. Ennek a felfogásnak a híve Stephen.⁷⁸

Milyen cselekményt rendelne büntetni Stephen? Természetesen minden olyan cselekményt, aminek meghatározott károsultja van; továbbá az olyan érdeksérelmet, ami nem nevezhető ugyan kárnak, de mégis van egy adott személy, akinek kellemetlenséget, sérelmet okoz; de még ennél is tovább megy: azon sérelmeket is kriminalizálná, amelyek nem sértenek semmiféle érdeket, és amelyeket Joel Feinberg “szabadon lebegő bűnöknek” [free-floating evils] nevez. Utóbbiak legfőbb jellegzetessége tehát az, hogy semmiféle hatást nem gyakorolnak senkinek az érdekeire, teljesen függetlenek attól.⁷⁹ A cselekmények igen széles körének tiltását ajánlja tehát Stephen, és elméletében teljességgel *irreleváns*, hogy van-e valamilyen hatása (pl. károkozó stb.) az adott tettnek. A lényeg mindössze annyi, hogy erkölcstelen legyen, s emiatt mindenképpen meg kell büntetni.

Természetesen mindezen kategóriákat Devlin is büntetni rendelné, de ő egy távolabbi cél, a társadalom fennmaradása érdekében. Ha ezt a célt nem látja veszélyben, mérlegelhető szempontnak tartja az egyén szabadságának, autonómiájának biztosítását, de vegyük észre, hogy Stephen elméletében ezeknek nem marad hely. A büntető jogszabályok megalkotásakor semmi más szempontot nem kell figyelembe venni, mint hogy az adott tett erkölcstelen avagy sem, míg Devlin, ha korlátozottan is, de mérlegelni rendeli, hogy pl. a törvényhozás és a

⁷⁷ Ezek leírását lásd Joel Feinberg: *The Moral Limits of the Criminal Law IV. Harmless Wrongdoing*. Oxford-New York: Oxford University Press, 1990 3-9. old.

⁷⁸ Érdekes lehet megfigyelni, hogy a szűk értelemben vett jogi moralizmusnak létezhet egy **liberális kimenete** is: vallhatja egy liberális minden további nélkül, hogy nem lehet kirekeszteni a jogot az erkölcs területéről, amennyiben az erkölcsteleniséget teljes mértékben azonosítja a károkozó cselekedettel. E nézet híve Woolley. Lásd Feinberg: *Moral Limits IV*. 125. old.

⁷⁹ Feinberg: *Moral Limits IV*. 20. old.

szankció e a legjobb módja az adott cselekmény visszaszorításának, vagy hogy valóban veszélyes-e a társadalom integritására, a morális konszenzusra nézve az erkölcstelenség, mert ha nem, akkor a büntetőjogi tiltás sem megalapozott.

Ezért – noha egy elmélet két aspektusáról van szó – Stephen állítása lényegesen tovább megy.

Itt is fel kell tennünk a kérdést, hogy mi is az, amit Stephen erkölcstelennek tekint, és honnan ismerhető az meg? A társadalom egyhangú ítélete által bűnösnek és erkölcstelennek tartott esetekben találná helyénvalónak a büntetőjogi kényszert. A cselekmény ellen közmegvetésnek kell irányulnia, melynek “élénknek és egyhangúnak” kell lennie.⁸⁰

Stephen művében az erkölcs két szférája (pozitív és kritikai) nem vált el egymástól élesen, valószínűleg azért, mert azonosnak tekintette a kettőt a saját korában. Úgy tűnik azonban, hogy a történelem megcáfolta e vélekedését, hiszen azóta jelentős változások mentek végbe az általános erkölcsi felfogás terén. Kritikusai már külön vizsgálják, hová vezetnek kijelentései attól függően, az erkölcs melyik fogalmának kikényszerítésére gondolt. Stephen elméletének alátámasztására – némiképp Devlinhez hasonlóan – a büntetőjog jelenlegi (korabeli) állapotát hozza fel: be kívánja bizonyítani, hogy abban mindig szükségképpen jelen vannak erkölcsi megfontolások. Abból, hogy a büntetés mértékének kiszabásakor a bírák gyakran figyelembe vesznek erkölcsi indokokat, azt a következtetést vonja le, hogy a büntetőjogi korlátozás célja “a súlyosabb bűnök üldözése”,⁸¹ mégpedig azért, mert belátjuk, hogy a bűn önmagában rossz, és a jog segítségével ki kell irtanunk.

Szintén párhuzamot mutat Devlin elméletével az az elképzelése, hogy a köz vélekedésére, az emberek érzéseire építi gondolatait: “a gyűlölet érzése és a bosszú vágya az emberi természet fontos eleme, amit ki kell elégíteni valamilyen szabályozott, nyilvános és törvényes módon (...).”⁸² Ahogy Hart rámutat, ebből egyfajta megtorló elméletre következtethetnénk, de Stephen nem ezen érzelmek *kielégítésére*, hanem azok *alátámasztó szerepére* helyezi a hangsúlyt: “a törvény által kiszabott büntetés végleges kifejezést, magasztos jóváhagyást és igazolást ad a bűncselekmény elkövetésével kiváltott gyűlöletnek, amely ugyanannak az erkölcsi kérdésnek a lelkiismeretétől megkülönböztethető erkölcsi vagy népi szankciója, s amit a büntetőjog is szankcionál.”⁸³

III. Liberális támadási irányok

(1) H. L. A. Hart

Hart volt az első, aki élesen reagált a jogi moralizmus mindkét fajtájának érveire, amikor Lord Devlin által ismét középpontba kerültek, feléledtek. Több cikke és előadása után mintegy összefoglalásként a Jog, szabadság, erkölcs c. könyvében jelentette meg nézeteit.⁸⁴

Érdemes először megvizsgálni, milyen előfeltevésekből indul ki Hart saját bevallása szerint.

(1) Feltételezi, hogy a társadalmi (pozitív) erkölcs kritizálható, tehát létezik valamilyen kritikai erkölcs, ami elvi szinten megalapozható.

(2) Feltételezi azt is, hogy az *emberi szabadság önmagában is érték*, s ennek korlátozása “rossz”, azaz valamiféle áldozat, ellensúly, mérlegelendő szempont. Ezt az elvet a kritikai

⁸⁰ Idézi Feinberg: “Ártalmatlan erkölcstelenségek”...’ 14. old.

⁸¹ Idézi: H. L. A. Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. 46. old.

⁸² Lásd *uo.* 69. old.

⁸³ J. F. Stephen: *A büntetőjog története*. Idézi H. L. A. Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. 71. old.

⁸⁴ H. L. A. Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. (Ford: Krokóvay Zsolt) Bp.: Osiris, 1999.

erkölcshez kapcsolódónak, annak részének tekinti.⁸⁵

Most nézzük, milyen érveket sorakoztat fel Hart Lord Devlinnel és Stephennel szemben!

Elsőként arra az aligha vitatható tényre mutat rá, hogy noha Lord Devlin és Stephen valószínűleg tisztában volt az elméleti igazolás szükségességével, elveiket mégis a korokban fennálló konkrét büntetőjogi normákkal, tehát a pozitív erkölcsöt kikényszerítő pozitív jog szabályaival igyekeznek alátámasztani. Sok példát sorolnak e körből, ezeket azonban Hart félreérthetőnek, sőt félrevezetőnek tartja. Devlin “belegyezéses” példája kapcsán – mellyel bizonyítani igyekezett, hogy a büntető jogszabályok háttérében nem az egyén védelme, hanem a közösség egyben tartására törekvés áll – megállapítja, hogy Lord Devlin elfelejtett vizsgálni legalább egyet a szabadságkorlátozó elvek közül: a jogi paternalizmust. Téved, amikor a kár-elvvel nem magyarázható szabályok esetén csak a jogi moralizmust tartja indoknak, mert példájának oka az is lehet, hogy az állam saját magától szeretné megvédeni pl. a még nem teljesen informált egyént (amilyen, teszem azt, a fiatalok is), ezért nem veszi figyelembe a bűncselekményhez való hozzájárulását.

A paternalizmust Hart “teljesen következetes” felfogásnak tartja.⁸⁶ Úgy gondolja, a modern törvényhozás gyakran alkalmazza ezt az elvet pl. a kábítószeres használatának korlátozásánál vagy a gazdasági élet szabályozásánál. Közhely, hogy a liberális gondolkodás védelemben részesíti az egyén szabad döntését, döntési autonómiáját. A klasszikus liberális emberkép-elképzelés alapján egy olyan megfontolt személyt kell elgondolni, aki minden esetben képes az érdekeinek és céljainak legmegfelelőbb döntést hozni, és ha semmilyen kényszerítő körülmény nem befolyásolta őt e folyamatban, akkor elhatározását tisztelnünk kell még akkor is, ha esetleg szerintünk nem ez felel meg legjobban adott esetben az érdekeinek.

Könnyen beazonosítható, hogy John Stuart Mill az utóbbi elképzelést tartotta szem előtt. Sok példájából talán nem a legalkalmasabb, de szerintem az egyik legkifejezőbb, hogy noha számos jó okunk lehet helyteleníteni a poligámiát, a mormon vallásban elfogadhatónak ítéli, mivel “éppoly önkéntes a benne részt vevő nők részéről, akiket elszenvedőinek lehet tekinteni, mint a házasság intézményének bármely más formája”⁸⁷, miközben tisztában van – a következő sorok tanulsága szerint – a nőkre nehezedő társadalmi nyomással, elvárással, az egyoldalú nevelés hatásaival stb. A nők szabad döntése még ekkor is védelmet élvez pusztán a döntés tisztelete miatt.

Millel szemben Hart már úgy gondolja, “ma már sokkal kevésbé hisszük, hogy saját érdekeiket az egyének maguk ismerik legjobban, s hogy egyre inkább tisztában vagyunk azzal a rengetek tényezővel, amely csökkenti a szabadnak tűnő választásnak vagy beleegyezésnek tulajdonított jelentőséget.”⁸⁸ Mill ezen Hart-féle kiigazítása viszont Rolf E. Sartorius szerint megfoszta a szabadelvűeket attól, hogy elvi alapon tagadják azt az állítást, miszerint minden (erkölcsi értelemben vett) rossz cselekmény megelőzhető, akár a büntetőjog által is. Amikor egy tett jogi státusza vita tárgyát képezi, csak olyan megfontolásokat ajánlhatnak majd a jogi moralisták figyelmébe, mint pl. a szabadság értéke, a kikényszerítés ára stb. Így elveszti abszolút jellegét Mill kár-elve. Tehát lényegében helyt ad annak a kritikának, melyet Devlin fogalmazott meg Harttal szemben: ha megengedi, hogy az egyéneket a jog megvédje a saját maguknak okozandó fizikai kártól, milyen alapon tagadja meg ezt a lehetőséget erkölcsi kár esetén? (Sartorius szerint Hart innentől kezdve vont a kétségbe érvelésében, hogy a homoszexualitás erkölcstelen.)⁸⁹

⁸⁵ Hart: *i. m.* 86. old.

⁸⁶ Lásd *uo.* 42. old.

⁸⁷ Mill: *A szabadságról.* 104. old.

⁸⁸ Hart: *i. m.* 43. old.

⁸⁹ Rolf E. Sartorius: ‘The Enforcement of Morality’. In: *Yale Law Journal* 81 (1972) 899. old. A szerző egyébként más megoldását szándékozik adni, hogyan lehet a paternalista esetek némelyikét a jogi szabályozás körébe vonni; ezt az általános szabály – kivétel analógiája által képzei el.

Visszatérve a jogi moralizmusához, Hart állítása tehát az, hogy Lord Devlinnek nem lett volna szabad figyelmen kívül hagynia azt a tényt, hogy az egyén védelmére épülő kár-elv és a társadalom szempontjait szem előtt tartó (nem tiszta) erkölcsvédelem nem kizárólagos alternatívák. Más indokok is szerepet játszhatnak az állam büntetőjogi szabályainak megalkotásakor.

Bár Bretter Zoltán szerint a Jog, szabadság, erkölcs “variációk Patrick Devlin ellen”⁹⁰, Hart jelentős teret szentel a moralizmus másik, tiszta formájának megcáfolására is. Bírálja pl. Stephen azon állítását, hogy a büntetéskiszabáskor megjelenő erkölcsi különbségtétel bizonyítékként szolgál arra, hogy a büntetőjog csakis erkölcsi elveket követ kriminalizáláskor. “Így ha helyesnek tartjuk (...) az egyes elkövetők közötti erkölcsi különbségek jelzését, miközben csakis a káros tevékenységeket büntetjük, ez nem jelenti azt, hogy helyesnek kell tartanunk a nem káros ténykedések megbüntetését is.”⁹¹ Sőt Hart érvei nemcsak az e dolgozatban tárgyalt Devlin és Stephen álláspontja ellen irányulnak, hanem a Devlinhez hasonló nézeteket valló Eugene Rostow ellen is, aki a bigámia “nyilvánvaló” erkölcstelenségéből próbálja levezetni a bűn büntetőjogi büntetésének szükségességét. Hart hasonló módon jár el, mint a legelső példánál (beleegyezés): bebizonyítja, hogy a bigámia nemcsak a jogi moralizmus tételeinek elfogadása, hanem más indokok alapján is büntethető. Pl. hogy a keresztény eredetű házasság intézményének védelmekor a vallásos érzéseket védi a jog, mivel nyilván sértő és megbotrántoztató lenne hagyományok iránt elkötelezett emberek számára, ha egyszerre három vagy négy ember mondaná ki a “boldogító igent” az anyakönyvvezető előtt.

A cselekmény lényege tehát a megbotrántoztatás, ami a szertartás “kicsúfolása” által következne be. (Ezt támassza alá az a tény is, hogy a jog csak a formális házasságkötést bizonyító okiratot és szertartást tagadja meg, míg az élettársként való együttélést nem tiltja.) Ekkor azt kell mérlegelni, hogy a megsértett vallásos érzelmekben okozott kár elegendő indok-e a cselekvési szabadság korlátozására.⁹² Lehet érvelni ellene és mellette is, de a kérdés már rég nem az, hogy a cselekmény erkölcstelen-e vagy sem.

A megbotrántoztatás elvének elismerése természetesen veszélyes lehet, hiszen a jogi moralizmus következtetései elérhetők rajta keresztül is, s így az “visszatér a hátsó ajtón”: ha minden erkölcstelenséget egyben megbotrántoztatónak is tekintünk, akkor lehetőség lesz tiltani is azokat. De egyrészt megbotrántoztató csak nyilvános cselekmény lehet, tehát a privát erkölcstelenségek rögtön ki is esnek a szabályozás köréből, másrészt határt szab neki mindjárt a gondolatmenet elején leszögezett mérlegelési szempont, a szabadság, melyet Hart természetes jognak tekint.

Itt emeli be Hart az érvelésébe azt a Devlin gondolatmenetéből ismerős momentumot, hogy az erkölcsnek nincsenek jól szétválasztható “köz- és magánterületei”. Az emberek érzelmei már azáltal is sérülhetnek, hogy tudatában vannak, egyesek otthon (házuk magányában) erkölcstelenségeket követnek el. Ezeknek az embereknek “kárt” okoz ez a tudat. Hart elismeri, hogy tényleg éri valamiféle hátrány őket, de ha mérlegre tesszük a magánéletbe avatkozás által előidézett negatívumokkal, kiderül, hogy a kettő szinte össze sem hasonlítható, a kikényszerítés oly súlyos szenvedést okozna.

Hart szándéka ebben a részben tehát az volt, hogy példáin keresztül ellehetetlenítse Devlin álláspontját, bebizonyítva, hogy alapvető tételei, melyeket lényegében csak tapasztalati úton, a büntetőjog aktuális állapotából vett esetek által bizonyított, megalapozatlanok.

A priori úton Devlin csak a társadalom morális ítéletalkotási jogát bizonyította, ezt azonban már Mill is elismerte. Lord Devlin legismertebb és legkifejezőbb gondolata viszont a társadalom széthullásáról szóló tétel, amit azonban, mint láttuk, kizárólag “a történelem

⁹⁰ Bretter: ‘A Devlin-Hart vita...’ 5. old.

⁹¹ Hart: *i. m.* 47. old.

⁹² Lásd *uo.* 51. old.

tanúsága szerint” homályos fordulatával támasztott alá.

Hart ellenvetései ezzel kapcsolatban a következők: Lord Devlin egy bizonyos módon definiálta a társadalmat (melyben a lényegi elem a közös erkölcsiség), majd megállapította, hogy az *éppen fennálló* erkölcsiség megsértése a társadalom létét veszélyezteti, mely által a már létező erkölcsi status quo-t kikényszeríthetővé tette.⁹³ A mondat első részéből azonban nem következik a második. A társadalom valóban lehet bizonyos közös erkölcsi normákat osztó emberi csoportosulás, de miért épp az adott időpontban fennálló erkölcsöt kellene kikényszeríteni? Ha azt mindig szigorúan kikényszerítették volna, akkor nem is változott, nem is fejlődött volna eddig, és ezután sem alakulhatna át már egyáltalán, csak ha egyben a társadalmat is felváltja egy másik. A társadalom és erkölce azonban változik (halad?), és ez nem rombolás, nem pusztulás, nem “felforgatás”, hanem “a kormányforma békés és alkotmányos megváltoztatásához” hasonló,⁹⁴ nem okozza a társadalom széthullását. A társadalom építményében tehát nem feltétlenül okoz kárt egyetlen téglá megmozdítása – ahogyan arra Alan Ryan szemléletes bírálata⁹⁵ is rámutat –, sőt az a természetes, hogy folyamatosan megújul és változik az erkölcsi szerkezet. Lord Devlin könyvének későbbi kiadásában lábjegyzetben már válaszol ezekre az érvekre: “Nem állítottam, hogy a társadalom közös erkölcsétől való *bármiféle* eltérés annak létét fenyegeti (...), csupán azt állítom, hogy (...) természetéből következően alkalmas arra, hogy a társadalom létét veszélyeztesse, ezért egyik sem kerülhet a jog hatókörén kívülre.”⁹⁶

Az eltérés mértéke pedig már fokozati kérdés, nem lehet tudni, hány erkölcsi szabálynak kell megváltoznia ahhoz, hogy új társadalomról beszélhessünk. Devlin tagadja, hogy az aktuális erkölcsi állapot megfagyasztásának megalapozására törekedett volna, ugyanis: “Amennyiben az erkölcs változik, a törvény is megváltoztatható.”⁹⁷ Ez éppenséggel alátámasztható korábbi kijelentéseivel, pl. gondolhatunk azon megállapítására, hogy a törvénynek lassan kell reagálnia az erkölcsi változásokra, teljesen meg kell bizonyosodni a változás tartalmáról és komolyságáról.⁹⁸

Devlin valóban ismeri egy útját az erkölcs megváltoztatásának. Ez pedig az, hogy az erkölcsi újtók szenvedjenek meg az igazukért. Aki komolyan szeretne valamilyen reformot bevezetni, mert így tartja helyesnek vagy igazságosnak, bizonyítsa be őszinteségét azáltal, hogy vállalja tette következményeit.⁹⁹

Van azonban némi hátránya is, ha elfogadjuk az erkölcs megváltoztatásának ezen módját. Az ember bátorsága nem korlátlan, és biztosan lesznek olyan kevésbé “lázadó” alkatú emberek, akik inkább hallgatnak újszerű erkölcsi felfogásukról, mivel nem szívesen vállalnák a büntetőeljárással együtt járó kellemetlenségeket. Így tehát mindenképpen lesz egy gátló hatása a fejlődésre. Másrészt mi a garancia, hogy bárki is célt ér majd újtó szándékával? Még az is elképzelhető, hogy olyan makacs lesz a jog (ha már ilyen hatalmat adunk a kezébe), hogy egymás után börtönözi be az (esetleg hasonló) őszinte gondolkodású reformereket, és nem hagyja érvényesülni egyetlen elvüket sem. Joel Feinberg ezzel kapcsolatban idézi Millt¹⁰⁰, én azonban úgy látom, hogy a társadalom fejlődésének biztosítékát az egyéniség szabad kibontakoztatásának lehetőségében látta. Wilhelm von Humboldt hatására az ember “valódi”

⁹³ Devlin: *i. m.* 13. old. 1. lábjegyzet

⁹⁴ Hart: *Jog, szabadság, erkölcs.* 59. old. Lényegében erre az állításra épül Joel Feinberg egyik megsemmisítő kritikája, amire később térek ki.

⁹⁵ Györfi Tamás: ‘A magánszféra elhatárolásának normatív kérdései’. In: Bódig - Györfi (szerk.): *Államelmélet. A mérsékelt állam eszméje és elemei II. Alapelvek és alapintézmények.* Miskolc: Bódog, 2002. 213. old. 39. lábjegyzet

⁹⁶ Devlin: *i. m.* 13. old. 1. lábjegyzet

⁹⁷ Lásd *uo.* 14. old. (előző lábjegyzet folytatása)

⁹⁸ Lásd *uo.* 18. old.

⁹⁹ Lásd *uo.* 116. old.

¹⁰⁰ Lásd *uo.* 12. old.

céljaként a fejlődést, az alkotást nevezte meg, és emiatt az államnak tekintettel kell lennie „a képességek és a kultúra egyediségére”, ehhez pedig „két dologra van szükség: »szabadságra és a helyzetek sokféleségére«, mivel ezek egységéből alakul ki »az egyénnek az az ereje és ama sokrétű különbözősége«, mely »eredetiségge« egyesül.” (Kiemelések tőlem: H.V.)¹⁰¹

A szabadság teremti meg a lehetőséget (a sokféleség perfekcionista jellegű fontosságán túl) az egyéniség szabad kibontakoztatásához, az pedig a fejlődéshez. Mill emiatt nem engedné pl. a csak önmagának kárt okozó egyén megbüntetését (megvédését) se, mert az ilyen sérelmet „a társadalomnak el kell viselnie egy nagyobb jó, az emberi szabadság érdekében”.¹⁰² Hasonlóan: fontos a társadalomnak, hogy ha nem is engedi az állam az erkölcsöt korlátlanul változtatni, semmiképp se szabjon ilyen szűk határokat számára, amivel már-már lehetetlenné teszi, mert akkor a fejlődést is beszűkíti, ami biztosan nem *hasznos* a számára.¹⁰³

Lord Devlin nem veti ugyan el az erkölcs megváltozásának lehetőségét, de azért kellőképpen megnehezíti azt. Az erkölcsiség megváltoztatása több szempontból is jelentős kérdés ebben az elméletben. Részben azért, mert – ahogyan már említettem – nem elsősorban az erkölcsi szabályok változására fókuszál, hanem kikényszerítésük alakulására. Nevezetesen: Lord Devlin azt vizsgálja, mikor éri el az intolerancia azt a szintet, amikor egy cselekmény már nem tűrhető, és jogi eszközökre is szükség van a megakadályozásukhoz. Szerinte ennek *határai* változnak az idők során, tehát hogy mikor mit képes eltűrni a társadalom, de lényegében az erkölcsi felfogások tendenciáiról nem szól semmit. Természetesen az is „erkölcsi változás”, ha a tolerancia határai változnak, így ez a megkülönböztetés csupán pontosítás.

Hadd említsem itt meg, hogyan értelmezi Hart Lord Devlin sorait az intoleranciáról. Bretter Zoltán idézi Hart egy cikkét, melyben az átlagember érzéseinek való kiszolgáltatottság ellen tiltakozik. A szerző szerint Hart félreérti ezen a ponton vitapartnerét, ugyanis Devlinnél az intolerancia határát az utca embere nem pusztán az undor által jelöli ki, hanem figyelembe veszi azt is, veszélyes-e az adott cselekmény a társadalomra: „Nemcsak undorodom valamitől, de arról is meg kell győződnöm, hogy undorom tárgya ártalmas-e a társadalmi együttélésre nézve.”¹⁰⁴ Úgy érzem, hogy az utóbbi ésszerűségi kritérium hiányzik az egyszerű ember döntéséből. Bár való igaz, hogy megkívánja Lord Devlin az esküdtektől az érvelést, megfontolást, amellelt foglaltam állást, hogy ezt alaptalanul teszi. Egy helyen explicit módon meg is fogalmazza: az undor „felbukkanása megfelelő utalás arra, hogy a tolerancia határaihoz érkeztünk. Ezek az erők mozgatják az erkölcsi törvényt (...)”¹⁰⁵, erkölcsi törvényt pedig akkor alkot az állam az egyén döntési szabadságának a korlátozására, ha az veszélyes a társadalomra. *De vajon nem attól veszélyes-e, hogy felbomlik az egyetértés, ha nem büntetik meg a nem tolerált viselkedés elkövetőit?* „Bármely erkölcstelenség képes kárt okozni a társadalomnak, sőt kisebb vagy nagyobb mértékben mindegyik ténylegesen kárt is okoz.”¹⁰⁶ Tehát úgy látom (és azt hiszem, Hart is), hogy amitől az átlagember undorodik („tűrhetetlennek tartja”), az már az intolerancia területén van, s *emiatt*, hogy a társadalom nem tolerálja, veszélyezteti a társadalom integritását, a morális konszenzust. Való igaz, hogy „hagyományok, érzések, előítéletek, no és persze ésszerű megfontolások alkotják”¹⁰⁷ az ésszerű embert, de ki garantálja, hogy használni is fogja racionális megfontolásait? Lehetséges, hogy engedni fog ésszerűtlen, de heves erkölcsi felháborodásának.

Az erkölcs változása másrészt azért is fontos pont, mert jól mutatja Devlin Burke-követő

¹⁰¹ Mill: *A szabadságról*. 67. old.

¹⁰² Lásd *uo.* 93. old.

¹⁰³ Másrészt – szintén haszonelvű megközelítésben – „az egyénnek okozott kár feltétlenül megvalósul, míg a társadalomnak nem származik kényelmes kára a tűrésből” – Mill szerint. (Bretter: *Politika a határon...* 46. old.) Természetesen tudjuk, Devlin nem ilyen optimista, a társadalom szétesésének lehetőségétől tart.

¹⁰⁴ Bretter: 'A Devlin-Hart vita...' 12. old.

¹⁰⁵ Devlin: *i. m.* 17. old.

¹⁰⁶ Lásd: *uo.* 15. old.

¹⁰⁷ Bretter: *Politika a határon...* 78. old.

gondolkodását. Előnyben részesíti a hagyományos erkölcs stabilitását az erkölcs *természetes* változásával szemben olyan módon, hogy mindenféle intézményes átalakulás *garanciáját* elveszi tőle. A fennálló erkölcs csak teljes önfeláldozás révén változtatható meg, és ha erre nincs hajlandóság, akkor marad a status quo. Ez azonban súlyos korlátozás, ami nem is feltétlenül tartozik a komunitárius elméletek lényegéhez. Azok ugyanis a hagyományokba ágyazott ember kritikus viszonyulását nem szükségszerű rossznak, hanem a haladás garanciájának tekintik.¹⁰⁸ A közösségelvű gondolkodó számára lehetséges az is, hogy a hagyományos erkölcsi elvek kiindulópontként szolgálnak ugyan, de hozzájuk az egyén viszonya *reflektív*, amibe a kritikai is belefér. A Burke nyomán gondolkodók azonban "egy szentesített múlt"hoz kötődnek, melyet nem bírálhat az egyén. MacIntyre ráadásul arra is rámutat, hogy ez az álláspont nem igazi alternatívája az individuális gondolkodásnak, mivel tulajdonképpen egy korábbi individualista nézőpontot védelmez.

Visszatérve Harthoz: láttuk, hogy úgy gondolja, a társadalom szétesésének tézise nem támasztja alá a fennálló pozitív erkölcsök kikényszerítésének szükségességét. De mi a helyzet azzal az elmélettel, mely nem kíván meg további következményeket, hogy alátámassza az erkölcsi kényszer értékét? Ehhez a büntetőjogi kényszer fajtáinak megállapításával lát. Amikor a büntetőjog úgy próbál minket az erkölcsös életmódra szorítani, hogy szankciórendszerével visszariaszt a bűnelkövetéstől (s természetesen továbbra is a károsult nélküli bűnök csoportjáról beszélünk), akkor az erkölcsök megőrzésének egy nagyon is lényegi mozzanata marad ki: cselekedetünk *önkéntessége*.¹⁰⁹ "A morálisan helyes cselekedetek csak akkor válhatnak a cselekvő dicséretére, ha azok szabad választásának következményei."¹¹⁰ Ha pedig azt gondoljuk, hogy a jogi fenyegetettség vezet el bennünket az erkölcsi szabályok önkéntes betartásához, és végső soron az erkölcsös életmódhoz, akkor ezt tapasztalati úton be is kellene bizonyítanunk. Nemhogy az erkölcsös életmódra nem neveli az embert a büntetés, de még az sem igazán bizonyított, hogy elrettentené a bűnelkövetőt. Cesare Beccaria többek közt épp ezen az erősen haszonelvű alapon érvelt a halálbüntetés megszüntetése mellett: a halál, mint pillanatnyi rossz, nem kellően elrettentő szankció, s ezért nincs is szükség rá.¹¹¹ Kérdéses lehet, hány embert tartana vissza a már sokszor felhozott homoszexuális cselekménytől az a tudat, hogy amennyiben kiderül, súlyos büntetésre számíthat. Mint ahogy az is kérdéses, mennyiben befolyásolná e személyt saját beállítódottságának megítélésében az a tény, hogy a törvény bünteti az ehhez kapcsolódó cselekményeket. Ettől tartaná bűnnek? Aligha. Ha annak tartja, az a társadalom ítélete miatt van, az már közömbös elem, hogy még jogi szankció is járul hozzá. Semmivel sem lesz erkölcsösebb az élete, amennyiben büntetés terhe mellett tesz/nem tesz bizonyos nem káros és nem sértő cselekményeket.

Másfelől a büntetést nemcsak nevelő célzatú, hanem megtorló funkciójú intézményként is felfoghatjuk. Hartnak az a véleménye, hogy a megtorló elmélet is "leginkább biztosan azokban az esetekben lesz meggyőző, ahol a bűn kárt okozott valakinek, ahol van tettes is, áldozat is."¹¹² Ekkor mintegy helyre állítja az egyensúlyt a büntetés, eltörli azt az aránytalanságot, hogy valaki más miatt szenved, miközben az okozó nem. Ahol azonban nincs károsult, ott nem hivatkozhatunk az osztó igazságosságra.

Jól látszik, hogy a büntetőjogi kényszer formáinak tárgyalása a nagy büntetéselméletekhez igazodik, és mindkettőnek feleslegességét bizonyítja: a károsult nélküli bűnőknél sem a prevenció, sem a megtorlás nem ér el eredményt, illetve nem állít helyre semmit.

¹⁰⁸ Alasdair MacIntyre: *Az erény nyomában*. 296. old.

¹⁰⁹ Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. 66. old.

¹¹⁰ Huoranszki Ferenc: 'Mitől erkölcsös egy cselekedet?' In: Dénes Iván Zoltán (szerk.): *i. m.* 221. old. Lásd ezen állítás filozófiai megalapozásának érveit pro és contra uo. 221-235. old, de különösen 233. old.

¹¹¹ Cesare Beccaria: *A bűnökről és büntetésekről*. (Ford.: Császár Ferencz) Zágráb: 1984 101-102. old.

¹¹² Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*, 67. old.

Kivéve talán a bosszúvágyat. Stephen elméletének e fontos eleme arra épít, hogy a megtorlás segít a gyűlölet és bosszú érzéseit lecsökkenteni, s ezáltal törvényes úton elégtételt nyújtani a “bűnös embert” elítélő tömegnek. Hart azonban megvédi Stephent az ilyen sarkos értelmezéstől, és az erkölcsi megvetés “erkölcsöt ratifikáló hatását hangsúlyozza.”¹¹³ A büntetés által fejezi ki a társadalom a megvetését. Ha ezalatt nem rituális emberáldozatokhoz hasonlít értünk, akkor arra kell gondolnunk, hogy a büntetés általi megvetés az emberekbe “bele tudja nevelni (...) a megsértett erkölcsi törvény tiszteletét”,¹¹⁴ úgy az elkövetőbe, mint a társadalom többi tagjába.

Észre kell vennünk, hogy itt nem a büntetés elrettentő funkciója domborodik ki, hanem a hatására esetlegesen bekövetkező erkölcsi “tisztánlátás”, változás. Az erkölcs jogi kikényszerítése tehát *megőrzi az erkölcsöt*. Természetesen feltűnő, hogy ez már nem az eredetileg “tisztá” értelemben definiált jogi moralizmus, hiszen az erkölcsök kikényszerítését nem önnön értékük, hanem egy *további cél*, a fennálló erkölcs megőrzése érdekében helyesli. Az olyan károsult nélküli bűnöket, melyek undort váltanak ki a legtöbb emberből, nem azért tartjuk azonban erkölcstelennek, mert a jog bünteti, sőt valószínűleg semmiféle szerepet nem játszik a jogi kényszer annak a társadalmi meggyőződésnek a kialakulásában, hogy adott tevékenység erkölcstelen. (Szerintem ez azzal a tapasztalati ténnyel is alátámasztható, hogy bizonyos cselekményeket sok országban tiltottak, mégis elfogadottá váltak a társadalom erkölcsi felfogásában idővel, és fordítva.) Hart rámutat, hogy a közös erkölcsöt valószínűleg épp az lazította leginkább, hogy egyes szabályai kritika tárgyaivá váltak.

Eljutottunk tehát az *erkölcsi konzervativizmusig*, mely az erkölcs megőrzésének indokával a fennálló erkölcsi szabályokat jogi kényszerrel védené.¹¹⁵ Eltekintve az e vállalkozás sikerére tett kétkedő megjegyzésektől, Hart alaposabban is megvizsgálja ezt a gondolatrendszert. Hart álláspontja az, hogy noha valóban vannak alapvető és lényeges egyetemes emberi értékek, melyeket jogi kényszerrel is biztosítani kell, ez távolról sem jelenti azt, hogy az éppen uralkodó erkölcstől eltérő magatartásokat minden alkalommal el kell fojtani, sőt az ilyenek akár hasznosak is lehetnek (amint arra már Mill is rámutatott). Ezek az alapvető emberi értékek az emberi természet és körülmények vizsgálata alapján állapíthatók meg,¹¹⁶ és azért kell a jogszabályoknak figyelembe venniük őket, mert különben nem tarthatnának számot az engedelmességre. Fontos megjegyezni, hogy Hart ezeket a szabályokat abból az előfeltevésből vezeti le, hogy a társadalom célja a fennmaradás, továbbá hogy az emberi természet és a körülmények valóban olyanok, amilyenek ő leírja. Amennyiben az említett vonások megváltoznának, úgy az alapvető szabályok is mások lennének (ha az ember páncélt növesztene, s ezáltal sérthetetlené válna, nem lenne szükség az emberölés vagy a testi sértés tilalmazására). Más szóval ezek “természeti szükségszerűségek”.¹¹⁷ Amennyiben ezen alapvető értékek kikényszerítését jelenti az erkölcs megőrzése, úgy az valóban szükséges. Az erkölcsi konzervativizmus azonban a fennálló pozitív erkölcs teljes tartományát megvédené jogi eszközökkel a változtatástól, ez pedig semmiképp sem következik Hart elképzeléséből, és a természetjog minimális tartalmának téziséből.

A konzervativizmus korábbi nagy képviselői (pl: Burke és Hegel) “az emberi természet és a történelem *elméletét* vonultatták fel álláspontjuk alátámasztására,”¹¹⁸ s nem önmagában bizonyítottak vették, hogy az erkölcs megőrzése szükséges. (Arra pedig MacIntyre nyomán korábban már felhívtam a figyelmet, hogy az erkölcs, melyet a konzervatívok megőrizni

¹¹³ Lásd *uo.* 71. old.

¹¹⁴ Lásd *uo.* 73. old.

¹¹⁵ Lásd *uo.* 78. old.

¹¹⁶ H. L. A. Hart: *A jog fogalma*. (Ford: Takács Péter) Bp.: Osiris, 1995. 224-231. old.

¹¹⁷ Györfi Tamás: ‘Jog és erkölcs a pozitivista jogelméletekben’. In: Szabó M. (szerk.): *Ius humanum. Ember alkotta jog. Műhelytanulmányok*. Miskolc: Bíbor, 2001. 211. old.

¹¹⁸ Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. 79. old.

szándékoznak, gyakran egy liberális alapkoncepciót feltételez, s erre Burke a legjobb példa.)

Hart szerint az erkölcs megőrzésének szükségszerűsége nem követeli meg a jogi kényszert, mert más eszközök is rendelkezésre állnak. Ismét Millhez fordul, akinek elméletét bírálói az erkölcsi közömbösség megnyilatkozásának tartották, pedig valójában tisztában volt a társadalmi meggyőzés fontosságával, sőt bizonyos közvetett társadalmi nyomást is megengedhetőnek tartott: véleményformálással, társaságának kerülésével “nagyon kemény büntetésben részesülhet valaki másoktól olyan hibák miatt, amelyek közvetlenül csak őt érintik, de ezek a büntetések csak mintegy természetesen, hibái spontán következményeként érik őt, s nem azért, mert mások céltudatosan büntetni akarják hibáiért”.¹¹⁹ Ha pedig nem a kényszer az egyetlen eszköz az erkölcs megőrzéséhez (még ha el is fogadjuk a szükségességét), hiszen rendelkezésre áll az érvelés, a tanácsadás, a buzdítás is, akkor nem látható be, hogy miért kellene a legsúlyosabb eszközt, a büntetőjogot felhasználni erre a célra: miért kellene feleslegesen emberi szenvedést okozni, elfeledkezni a mérleg másik oldaláról.

Végül Hart figyelembe vesz egy Stephent kritizáló érvet, mely szerint eszméinek alapja tulajdonképpen a populista demokráciába vetett hit. Maga Stephen is visszautasította, hogy az “elsőprő erkölcsi többség” fontosságának hangsúlyozásakor valójában csak a “népszerűsége” épített volna,¹²⁰ de tény, hogy szavainak valóban az a következménye, hogy a többségnek erkölcsi joga lesz megszabni az egyének számára, hogyan éljenek. Hart szerint meg kell azonban ettől különböztetni a demokratikus elv valódi lényegét: “a politikai hatalmat legjobb a többségre bízni”.¹²¹ Viszont, sok olyan dolog létezik, amit még egy demokratikus kormányzat sem tehet meg. Felfogása tehát lényegében eleve az ún. “alkotmányos demokrácia” elképzeléséből indul ki, a többség uralmát eleve az alkotmányosság keretei közé szorítva képzelel el. Ezt a James Dahl által “madisoni demokráciának” nevezett elgondolást az alapozza meg, hogy a demokrácia fogalmának összetevői (részvételi elv + önkormányzás elve) is a zsarnokság elleni küzdelem eszközei, akár az alkotmányos joguralmi biztosítékok, s így nem élvezhetnek elsőbbséget azokkal szemben.¹²²

Összefoglalva ezeket az érveket hozza fel Hart Devlin ellen. Én úgy látom, hogy noha Hart maga is megengedi bizonyos pozitív erkölcsi szabályok kikényszerítését azon célból, hogy a társadalom fennmaradjon, ugyanakkor jelentőséget tulajdonít a fejtegetésem kezdetén kifejtett kritikai elveknek, s a szabadság önértéke folytán semmiképpen sem engedné a társadalom erkölcsének minden szférájában a jog kényszerítő szerepének érvényesülését.¹²³

(2) Ronald M. Dworkin

A Hart-Devlin vita meglehetősen nagy érdeklődést váltott ki, hozzászólt pl. Ronald Dworkin is több művében. Elsőként vizsgáljuk meg általánosan, a közösségelvűség milyen kihívást jelent a liberális tolerancia számára!

Dworkin 4 csoportba sorolja a liberális tolerancia elleni érveket általában.¹²⁴ Az első a demokratikus elméletre alapozott érv, amely a többség erkölcsi uralmára épít. Ennek szemléltetésére a *Bowers v. Hardwick* ügyben White bíró döntést alátámasztó véleményét hozza, amit majd az ügy kapcsán rövidesen ki is fejték. Ezt azon az alapon lehet cáfolni, hogy a közösség erkölcsi környezetében – a gazdaságihoz hasonlóan – nem tartanánk helyesnek a “győztes mindent visz” elv alkalmazását, és a többség csak számarányának megfelelően

¹¹⁹ Mill: *A szabadságról*. 88. old.

¹²⁰ Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. 80. old.

¹²¹ Lásd uo.

¹²² Bódig Máttyás: ‘Demokrácia’. In: Bódig – Györfi (szerk.): *Államelmélet II.* 124-125. old.

¹²³ Ezzel ellentétes véleményként lásd Bretter: ‘A Devlin-Hart vita...’ 12-16. old.

¹²⁴ Ronald M. Dworkin: ‘Liberal Community’. 212-223. old.

követelhet vezető szerepet az erkölcs meghatározásában, nem tarthat igényt azonban a kizárólagos erkölcsi diktátor szerepére.

A második érv a paternalizmusra épít, amely e dolgozatnak ugyan nem témája, de egy dolgot le kell szögeznünk, hogy el tudjuk határolni a 4 érvtől: a paternalizmus kiinduló pontja az altruista egyén, aki polgártársa (akarati vagy kritikái) érdekét szem előtt tartva kényszeríti azt rá a helyes útra. Tehát nagyfokú önzetlenséget feltételez az állampolgár részéről, nem a saját érdekeinek szem előtt tartására apellál, ellentétben a következő két állásponttal, amelyeket általában is kommunitáriusnak szoktak nevezni.

A harmadik az önérdeken alapul. Lényege, hogy az egyén rá van utalva a közösség létrevalamilyen szempontból. E szempont lehet anyagi, intellektuális, továbbá építhet az objektivitás szükségességére. Az *első* csapatba tartozik Patrick Devlin, aki Dworkin szerint úgy gondolja, a liberális tolerancia elfogadása esetén a közösség kevésbé vagy egyáltalán nem tudja majd ellátni tagjai "változatos szociális szükségleteit".¹²⁵ A *második* csoport reprezentánsa Michael Sandel, aki szerint az anyagi okokon túl az egyén azért is rászorul közösségére, mert a közös kultúrában és nyelvben lehetséges csak saját identitásának megtalálása. Önmagamat csak a közösség részeként tudom elképzelni, az ilyen tulajdonságomtól megfosztva nem vagyok ugyanaz a személyiség, az összetől megfosztva pedig nem vagyok senki. Nem feltételezi, hogy a konstitutív személyi tulajdonságaitól megfosztott egyénnek is van lényegi magva, egy alapszemélyisége, mely nem függ a különböző tulajdonságoktól. De az, hogy én valamely közösség tagja vagyok, és ezen tulajdonságomtól nem lehet megfosztani, nem mondja meg, hogy milyen legyen az a közösség, nem következik belőle, hogy az legyen morálisan egynemű. Másféle, fenomenológiai értelmezésben pedig úgy írható le az érve, hogy a közösséghez való kapcsolata az egyén személyiségének konstitutív eleme, s azonosul annak közösen osztott moralitásával (mást el se tud képzelni). Ha ez a közös moralitás megszűnik vagy átalakul, akkor az egyén is elveszti saját identitását. Természetesen igaz, hogy nem tudjuk önmagunkat egyszerre megfosztani minden tulajdonságunktól, amikor a helyes életről gondolkodunk (tehát nem vonulhatunk be teljesen a tudatlanság fátyla mögé?), de egy-egy tulajdonságunktól ideiglenesen megszabadulhatunk elméletben, hogy mérlegre tegyük. Ha a politikai kapcsolatunkat vizsgáljuk, akkor pedig nem biztos, hogy az minden egyénnek ugyanazt jelenti, több felfogás is lehetséges, több viszonyulás. De még ha ugyanaz is lenne, s valamilyen változás megsértené ennek tartalmát, nem biztos, hogy a polgár elveszti rögtön az identitását, hiszen "az emberek meggyőződésének ereje nem függ szükségszerűen e meggyőzések kikényszerítésétől vagy akár népszerűségétől". De még ha függene is, akkor sem feltétlenül veszne el az identitásuk, hiszen az ember képes új alapokon felépíteni saját személyiségét "különböző és toleránsabb feltételek között" is.¹²⁶ Szerintem ráadásul az ember személyes meggyőződése élete során nem feltétlenül állandó, gyakran (bizonyos külső hatások vagy belső átalakulás eredményeképp) gyökeresen megváltozik (pl. valaki megtér). Tévedés azt gondolni, hogy a személy nem képes önmagát új meggyőződéseivel elfogadni, és identitását (részben) megújítani. A *harmadik* változat pedig az objektivitás szükségességét hangsúlyozók köre, akik közül Selznicket említi, aki szerint az egyénnek önmaga kialakításához szüksége van egy fix viszonyítási pontra, ezt pedig csak a közösség morálisan egynemű szabályai képezhetik. Utóbbi kijelentéssel, tehát a mondat második felével az a baj, hogy nemcsak a hagyományos erkölcsre alapozva gondolkodók igényelnek elméletüknek objektivitást, hanem azok is objektívnek tartják elgondolásukat, akik eltérnek a hagyományoktól. Ők tehát mást tekintenek objektív alapnak, nem a politikai közösség egységes moralitását. Ha utóbbiak e magatartását hibásnak tekintjük, akkor be kell bizonyítanunk, hogy a politikai közösség moralitása az egyetlen lehetséges fix pont, amire építkezve megalkothatjuk identitásunkat. A legtöbb ember azonban

¹²⁵ Lásd *uo.* 218. old.

¹²⁶ Lásd *uo.* 221. old.

kritikailag viszonyul a hagyományokhoz, saját ítéletükben azt felülbírálják, és *nem származtatják* abból döntésüket. A bírálathoz valahonnan máshonnan veszik az objektivitást. Ezáltal azonban épphogy csökken, és nem nő a közösségi gyakorlatok objektivitása.

S végül a negyedik érv az integráció fogalmára épül, mely egyenesen tagadja az egyéni és közösségi élet közötti különbségtevést. Alanya az integrálódott állampolgár, aki “felismeri, hogy saját jóléte a közösség jólétének származéka”.¹²⁷ (Tehát nem a polgártársak jólétéért aggódik - nem altruista.) Dworkin egyetért a kiinduló állítással, hogy a politikai közösségnek van közösségi élete, ami az egyén jó élete szempontjából konstitutív. A belőle levont következtetéseket azonban már nem tartja helyénvalónak, mert szerinte elvétik a közösségi élet jellegét. Látni fogjuk, hogy ezt jellegzetes dworkini módszerrel bizonyítja. Azért fontos azonban ennek az érvnek a részletesebb megvizsgálása, mert – ellentétben az előző hárommal – tökéletesen az egyén elé helyezi a közösség valamilyen valós létezését, s azon belül nincs külön-külön jó élet, csakis közösen lehet rá törekedni. Ilyenformán a közösségelvűségnek is egy különösen erős formája bontható ki belőle. Szerintem jól ideilleszthető pl. MacIntyre-féle “belső jókra” törekvés, amit szintén csak közösen lehet elérni, sőt csak ekkor lesz meg a közösségi gyakorlatnak az a különleges jellege, amit csak így valósíthatunk meg. Ennél az érvnél a közös jó nem bontható vissza az egyének javára, csak a közös tevékenységben értelmezhető és tökéletesíthető.

Megkülönbözteti az érv metafizikai felfogását a gyakorlatitól. Előbbi a közösséget valamiféle létező entitásnak fogja fel, utóbbi pedig a közösségi életet közösségi cselekvésekből, tevékenységekből álló gyakorlatnak tekinti. Az előbbi metafizikai elkötelezettsége és antropomorfizmusra hajló természete miatt rögtön elveti, utóbbit pedig meggondolja. Egy zenekar példáján mutatja be a legfontosabb tulajdonságokat, amelyekkel egy ilyen közösségnek rendelkeznie kell (cselekedetét kollektívnek tekintik; a tettek összehangoltak; a kollektív tettekből következik a közösség összetétele).¹²⁸ Ezután kénytelenek vagyunk belátni, hogy a szexuális tevékenység nem lehet e gyakorlati tevékenységek egyik területe, mert egyik kritériumnak sem tesz eleget. Helyette viszont nyilvánvalóan beletartozik a formális politikai cselekedetek köre. A gyakorlati felfogás tevékenységi köre tehát kifejezetten *korlátozott* jellegű lesz.

Az utóbbi – gyakorlati – felfogás lehet sikeres. Noha nem alkalmas pl. a szexuális tevékenység szabályozására (minthogy a közösségnek nincs saját közös nemi élete, legfeljebb statisztikailag, de attól még nem válik közösségi cselekvéssé), alkalmas lehet egyéb tevékenységek esetében. Igaz lehet az, hogy az egyén jó élete a közösség jó életétől, a közösségi élettől függ. Kérdés, hogy mi ez a közösségi élet. Sikertől tehát közös alapot találni, s ez a “közösségi élet” (concept). Ennek már lehet versengő értelmezéseit adni, mint pl. az a felfogás, hogy a közösségi élet széles körben foglalja magába a társadalmi tevékenységeket, és az is egy hasonló felfogás, hogy a közösségi élet csak a hivatalos politikai cselekedeteket tartalmazza (conceptions). A közösségelvű gondolkodók általában kevésnek találják ezt a felfogást, és az ebből következő közösségi integrációt. Egyéni jogok és szabad döntés helyett közös közjó felfogást, semlegesség helyett törődést, tolerancia helyett racionális párbeszédet javasolnak. (Megint nyilvánvaló lenne a hivatkozás MacIntyre-re.)¹²⁹ De ez a vita az integrációra alapozott érv különböző felfogásai között zajlik, és nem jelent új kihívást a liberálisok számára maga az érv jellege.¹³⁰

De még a liberális felfogás alanya is különbözni fog Dworkin szerint a liberalizmus emberképétől: az “integrálódott állampolgár” saját életének sikerét a politikai sikereitől is

¹²⁷ Lásd *uo.* 223. old.

¹²⁸ Lásd *uo.* 227. old. Érdekes, hogy MacIntyre is emlegeti példái között a vonós négyest. Lásd: MacIntyre: ‘A politika, a filozófia és a közjó’. 79. old.

¹²⁹ MacIntyre: ‘A politika, a filozófia és a közjó’. 95. old.

¹³⁰ Dworkin: ‘Liberal Community’. 232. old.

függővé fogja tenni, például hogy közössége megfelelően egyenlően alkalmazza-e szabályait. Ebben személyes érdekeltsége lesz, mert – platóni értelemben – csak az igazságos élet lehet jó élet. Így noha liberális következtetésekhez is vezethet ez az érv, az állampolgár más alakban tűnik fel, adott közösséghez tartozás sajátos minőséggel ruházza fel. Ennek okait a dolgozat első részében vizsgáltam meg.

Amint láttuk, Dworkin elég sok érvelési irányt megenged a közösségelvűek részéről a liberális tolerancia ellen. Most nézzük konkrétan az egyiket: mit válaszol Lord Devlin felvetéseire.

Az érvet két részre bontva az elsőhöz, a *társadalom önvédelemhez való jogához* mindössze annyit fűz, hogy az “intellektuális bűvészmutatvány”, ugyanis a “felháborodást” küszöbkritériumként vezeti be a jogi szabályozáshoz, de valójában “a beavatkozás rendelkező affirmatív indoka”,¹³¹ ha létezik, az elégséges a törvényi kényszerhez.

A második érv az, hogy a *társadalomnak jog van saját meggyőződéseit követni*. Az erkölcstelen cselekedetek közvetett társadalmi hatása megalapozza a törvényhozó megjelenését erkölcsi vitákban; mérlegeli, hogy szükség van-e a szabadság korlátozására a veszély miatt, és hogy a veszélyes cselekedet tényleg erkölcstelen-e. (Annyi korrekcióval, illetve kiegészítéssel igaz ez az állítás, hogy Devlin úgy tartja, a törvényhozás csak ténykérdésben dönt, tehát hogy az adott tettet erkölcstelennek tartja-e a társadalom vagy sem.) A törvényhozás a döntést a morális konszenzus alapján hozza meg. Dworkin szerint Devlin épp ennek mibenlétét érti félre.

A konszenzus a vita hátterére vonatkozik,¹³² az erkölcsi érvelés olyan szabályokból áll, melyeket valóban mind osztunk, s amely álláspont ezeket sérti, irreleváns. Pl. előítélet és személyes ízlés közömbös érvek egy erkölcsi kérdés megválaszolásakor, mint ahogy a hamis racionalizáció és mások pusztán visszhangozása is. Erkölcsi ítéletet ugyanis indokolni kell, mégpedig a cselekedet valamely általános vonásával, s őszintén, következtetlenség nélkül kell vallani azt az általános elvet vagy elméletet is, amely az ítélet alapját képezi. Néha ilyen elmélet nem is kell, mert vannak végső, “legabsztraktabb” erkölcsi normák, melyek bármiféle megszegése önkényessé teszi az erkölcsi érvelést. Pl. mentség nélküli súlyos ígéretszegés. Az erkölcsi alapállás valakinek olyan erkölcsi állításait foglalja magában, melyek nem sértik ezeket az alapszabályokat. A társadalomban lehet eltérés az alapszabályok mibenlétéről (pl. hogy mi az előítélet)¹³³, de a vita háttere (tehát hogy ebben kell dönteni) azonos.

Lord Devlin azonban nem ezekre a “*megkülönböztető értelemben vett erkölcsi álláspontokra*” gondol a morális konszenzushoz, hanem egyfajta *antropológiai* értelemben utal az erkölcsi ítéletre, melynek alapeleme az undor. A köznapi ember erkölcsi döntésekor nem kell, hogy kielégítse az előbbi alapvető kritériumokat, mert csak érzéseire hallgat. (Én legalábbis emellett érveltem, s úgy tűnik, Hart is így értelmezte a sorait, ellentétben Bretter Zoltánnal.) A Lord Devlin felfogásában kirajzolódó közös erkölcs sérti a megkülönböztető értelemben vett erkölcsi elveket, s Dworkin szerint a közösség joga, hogy saját meggyőződéseit kövesse, csak a közös kritériumokat kielégítő erkölcsi döntést hozókat illeti meg.¹³⁴

Dworkin kritikája – úgy tűnik – a fennálló erkölcsök elszánt őréből csinál a közös erkölcs ellen lázadó harcost: Devlin elképzelései nem férnek össze alapvető népi erkölcsiségünkkel, ellentétbe kerül a megkülönböztető értelemben vett erkölcsiség mércéivel!

A törvényhozó erkölcsi álláspontja magában kell, hogy foglalja tehát mindkét aspektus vizsgálatát, nemcsak az egyikét. “Nem az az elképzelése megdöbbentő és téves [Lord

¹³¹ Dworkin: ‘Lord Devlin and the Enforcement of Morals’. In: *Yale Law Journal* 75 (1996) 992. old. Újraközölve a *Taking Rights Seriously* 10. fejezeteként ‘Liberty and Moralism’ címmel (London: Duckworth, 1977). Magyarul lásd: Miklósi Zoltán fordításában.

¹³² Dworkin: ‘Lord Devlin...’ 995. old.

¹³³ Dworkin állampolgárának kritikája pl. alapulhat pont azon, hogy másként fogja fel az előítéletet, mint Lord Devlin. Vö.: Bretter: *Politika a határon...* 152. old.

¹³⁴ Dworkin: ‘Lord Devlin...’ 1001. old.

Devlinnek], hogy a közösség erkölcsisége számít, hanem hogy szerinte mi számít a közös erkölcsiségnek”.¹³⁵ Amit Dworkin szerint igazából ki kell kényszeríteni, az az erkölcs lényegi, “megkülönböztető értelemben vett” része. Sartorius szerint Devlin és Dworkin között a különbséget abból a szempontból fejezhetjük ki, hogy mi számít a közösség *pozitív* erkölcsének, és Dworkin amellet érvel, a homoszexualizmus, pornográfia, stb. iránti ellenérzés nem védhető mint elvekre alapozott erkölcsi ítélet.¹³⁶ Ekkor az antropológiai és a megkülönböztető értelemben vett erkölcsiség fogalma is csak a pozitív morál megfontolásainak egy-egy kategóriáját jelölik. Utóbbiak látszólag a kritikai erkölcs tartományához tartoznak, melyek – úgy tűnik – a pozitív moralitás kritikájául szolgálhatnak. Pl.: előítéleteken, hamis racionalizáción nem alapulhat erkölcsi megfontolás. Egész pontosan Dworkin szerint Devlin nem (objektív) “rossz” erkölcsöt akar kikényszeríteni, hanem félreérti az erkölcs mibenlétét. Az igazi “népi” erkölcsiségünket ugyanis pont a vita háttérére vonatkozó megfontolások alkotják. Így tulajdonképpen állítása arra vonatkozik, mi a pozitív erkölcs valójában.

Lássunk néhány “nehéz esetet” az eddig vázolt elméleti struktúra alapján! Két károsult nélküli bűncselekmény esetében többek közt azt is vizsgálom majd, hogy (1) fennáll-e az erkölcsi konszenzus az adott kérdésben; és ha igen, (2) megfelel-e a “megkülönböztető értelemben vett erkölcsi döntés” kritériumainak.

A Bowers v. Hardwick¹³⁷ az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának egyik igen vitatott döntése volt (1986). Amint már említettem, Dworkin az e döntést alátámasztó White bíró érvelését a liberális tolerancia kommunikatív kritikájának egyik válfajának, irányának tartja, miszerint a közösségnek joga van törvénnyel kikényszeríteni a többség által osztott erkölcsi nézeteket.

A Bíróság többsége ebben az ügyben úgy foglalt állást, hogy a beleegyezésen alapuló, felnőttek közötti szexuális tevékenység esetén szó sem lehet alapjogról, ugyanis – a Respondent állításával ellentétben – nem gyökerezik mélyen a nemzet történelmében, és nem része még implicit módon se a polgárok számára az Alkotmány által biztosított “ordered liberty”-nek. Épp ellenkezőleg, ez inkább e cselekmény tiltására igaz. Nem terjeszthető ki rá a Due Process klauzula (melyből a Bíróság korábban az Ötödik és Tizennegyedik Alkotmány-kiegészítés felhasználásával több részjogosítványt is kibontott, mint pl. a fogamzásgátlással és abortusszal kapcsolatos döntések meghozatalában való szabadság), a homoszexualitás nem tartozhat ugyanis a right of privacy által védett cselekmények közé, azoktól meg kell különböztetni. Az sem lehet mentség, hogy otthon történt, így meg kell különböztetni a Stanley v. Georgia döntéstől is, ugyanis nem minden illegális viselkedés menekülhet a jogtól, csak mert a privát szférában hajtották végre.¹³⁸ Így ha Stanley pornóújságok helyett drogokat, fegyvereket vagy lopott dolgokat birtokolt volna otthonában, nem mentesül a törvény szigorától. (Igaz azonban az is, hogy ezen újságok birtoklását nem, csak terjesztését tiltotta törvény, míg a többi dolognál a pusztá magánál tartás is bűncselekmény.)

Arra nézve, miért lehetett volna mégis az erősebb alapjogi tesztet alkalmazni, van olyan vélemény, mely szerint - az ultima ratio alapelvének értelmezéséből kiindulva - még ha a homoszexuális magatartást elítélő törvény nem is sérti (sértené) azok semmilyen alapjogát, mondjuk a right of privacy-t sem, a *büntetőjogi* tilalom sérthet más jogokat (pl. a személyi szabadsághoz való jogot), s emiatt alkalmazható a szigorúbb alapjogi teszt. Ez azonban az amerikai alkotmányvédelemben nem bejáratott út.¹³⁹

A homoszexuális tevékenységet tiltó törvényeknek White bíró szerint a racionális alapja a választók *többségének* feltételezett hite a tett erkölcsstelen jellegében és

¹³⁵ Lásd *uo.* 1001. old.

¹³⁶ Sartorius: ‘The Enforcement of Morality’. 895. old.

¹³⁷ 478 U.S. 186. (1986)

¹³⁸ Bowers v. Hardwick. 3-5. old.

¹³⁹ Györfi Tamás: ‘Dogfogyasztás és önrendelkezési jog’. *Fundamentum*, 2001/1. 27. old.

elfogadhatatlanságában. “A jog (...) folyamatosan az erkölcs eszményeire alapozott, és ha a törvényeket, melyek elsősorban fejezik ki a morális választásokat, érvényteleníti a Due Process Klauzula, a bíróságok valóban igen elfoglaltak lesznek.”¹⁴⁰ A bíró nem ért egyet azzal, hogy a többség *érzése* ne lenne fontos körülmény egy ilyen döntésben.

Dworkin itt azt válaszolja, hogy a többség által osztott döntést nincs joga az államnak a társadalom minden tagjára rákényszeríteni, ugyanis “a többség minden egyes tagjának csupán a befolyásolás méltányos mértékéhez van joga – ugyanakkorához, mint bármelyik másik egyénnek”.¹⁴¹ “Semmiféle gyakorlati ok nincs arra, hogy miért kellene e környezetnek pontosan olyannak lennie, amilyennek valamelyik csoport a legjobbnak tartja.”¹⁴² Az erkölcsi környezet hasonlít a gazdasághoz, nem tartjuk fontosnak, hogy “a győztes mindent visz” elve érvényesüljön benne (a hasonlóság alapja pedig az, hogy e két terület szorosan összefügg egymással, hatnak egymásra).

De a Bíróság hosszas bizonyítása arra vonatkozóan, hogy a “nemzeti gyökerek” tulajdonképpen a tiltáshoz kapcsolódnak,¹⁴³ talán éppen annak megalapozására is szolgált, hogy “az idők folyamán erőteljesen elítélték a homoszexualitást.”¹⁴⁴ Burger bíró egyetértő (párhuzamos) véleményében többek közt a vallási hagyományokat helyezi előtérbe. Blackmun bíró eltérő (külön) véleményében ennek helytelenségére hívja fel a figyelmet, hiszen egy meghatározott vallási csoport által elítélt viselkedés sem ad az államnak felhatalmazást, hogy ítéletét teljesen a polgárookra terhelje.¹⁴⁵

A többségi véleményben fontos helye van a többség *érzéseinek*, *előítéleteinek*, amelyek erkölcsi ítéleteit alkotják. Dworkin válasza természetesen itt is kézenfekvő, hiszen az ilyen erkölcsi döntés nem elégíti ki a “megkülönböztetett értelemben vett erkölcsiség” kritériumait, így nem is szolgálhat semmiféle morális konszenzus alapjául. A törvényhozó döntése szempontjából irreleváns kell, hogy legyen.

Az *érzések* fontossága ellen azonban Blackmun bíró is felhoz néhány ellenérvet. Úgy gondolja, hogy az egyszerű nyilvános intolerancia és gyűlölet nem alkotmányos indok egy személy fizikai szabadságától való megfosztásához.¹⁴⁶ Másrészt nem igazolható, hogy Georgia a köz érdekében alkotta a kifogásolt törvényt. A privát cselekedeteknek van hatása a társadalom szerkezetére, és lehet különbséget tenni, hogy a szexuális tett morális vagy sem, de “bőséges bizonyítékunk van azt hinni, hogy az emberek nem adják fel erkölcsiségüket, és nem gondolnak többször a gyilkosságra, kegyetlenségre és becstelenségre pusztán azért, mert néhány privát szexuális tevékenységet, amelytől ők undorodnak, nem büntet a jog”¹⁴⁷ – idézi egyetértőleg Hartot. A beadványozó és a Bíróság félreérti a különbséget, hogy a jog a közérzékenységet védi vagy a magánerkölcsöket kényszeríti ki. Nem ugyanaz megtiltani a nyilvános szexuális tevékenységet, illetve az otthon, privát jelleggel folytatott ilyen cselekménybe beavatkozni. Ennek a véleménynek egyébként szintén van textuális alapja Hartnál is: ugyanis pl. a házastársak közötti szexuális együttlét nem erkölcsitelen, de ha nyilvános, akkor közszeméremstétés. A felnőttek közötti, privát jellegű, konszenzuális nemi aktus erkölcsitelen (volt), de nem közszeméremstétés. (Ha nyilvános, akkor természetesen mindkettő.) Hart rámutat, hogy “ez a magatartás két vonatkozása és büntetésük igazolhatóságának is eltérő elveken kell alapulnia”.¹⁴⁸

¹⁴⁰ Bowers v. Hardwick 3-5. old.

¹⁴¹ Dworkin: ‘Liberal Community’. 214. old.

¹⁴² Lásd *uo.* 215. old.

¹⁴³ Bowers v. Hardwick 4. old.

¹⁴⁴ Straub Dániel: ‘Lawrence és mások kontra Texas (2003. június 26.)’ *Fundementum* 2003/3-4. 172. old.

¹⁴⁵ Bowers v. Hardwick 12. old.

¹⁴⁶ Lásd *uo.* 13. old.

¹⁴⁷ Hart: *Immorality and Treason*, újraközölve: *Law as Literature* 220-225. Idézi: Blackmun bíró, Bowers v. Hardwick. 13. old.

¹⁴⁸ Hart: *Jog, szabadság, erkölcs*. 53. old.

Blackmun bíró szerint tehát az embereknek meg kell hagyni a jogot, hogy megválasszák a privát szférájukban, melyen életet akarnak folytatni, még akkor is, ha ez különböző lesz az általánosan elfogadottól, és nem szabad emiatt rájuk törni a házuk ajtaját. Az ehhez való jogot pedig “a legmélyebben gyökerező értéknek” tartja a nemzet történelmében.¹⁴⁹

Két megjegyzést szeretnék itt tenni. Az egyik, hogy Blackmun bíró ehhez az eredményhez hosszas fejtegetésen keresztül jut, amit e dolgozatba nem emeltem be, de az a lényege, úgy gondolom, hogy mivel nem ért egyet “a múlt vak utánzásával a jelenben” (Holmes),¹⁵⁰ alaposabban megvizsgálja a Due Process klauzula alkalmazhatóságát, hogy a tényállásban jelölt cselekmény belefér-e a magánszférába, melyet a bíróság védelemben részesít. Megállapítja, hogy mind az autonóm döntés védelme, mind az otthon védelme megalapozza a jogot ahhoz, hogy az egyén intim kapcsolatait maga alakítsa ki. (Mellesleg ő mutat rá olyan fontos hibákra is, mint az, hogy a Bíróság ebben az esetben csak a homoszexuálisok tekintetében vizsgálta a kérdést, holott az intim kapcsolathoz való jog nem függ nemtől és szexuális orientációtól; valamint, hogy nem különböztethető meg jó szívvvel ez az ügy sem az addigi Due Process – ügyektől,¹⁵¹ hiszen azok is az egyén jó életéről alkotott fontos döntését védték, sem a Stanley v. Georgia ügytől,¹⁵² amit ráadásul félre is értettek, mert az Első helyett a Negyedik Alkotmánykiegészítésre lehet alapozni, amelyet az Alkotmány készítői “a boldogságra törekvés védelmére szántak,”¹⁵³ és emiatt jelenleg is fontos szerepet játszhat a Bowers ügyben.)

A másik – nem kevésbé hosszú – megjegyzésem az, hogy ezen ügy felülvizsgálatában, mely a közelmúltban történt meg a Lawrence v. Texas ügyben,¹⁵⁴ továbbra sem vált alapjoggá a felnőttek közötti, privát, konszenzuális nemi élethez való jog, pusztán annak elismerése képezte az overruling lényegét, hogy “a polgároknak a büntethetőség kockázata nélkül joguk van” az ilyen tevékenységhez, függetlenül attól, hogy “törvény kifejezetten feljogosítja-e őket” rá.¹⁵⁵ Ezzel elkerülték, hogy a szigorú alapjogi tesztet kelljen alkalmazniuk, és továbbra is lehetőségük van szűkebben értelmezni e jogot, ahol szükségesnek látják (s ez által több korlátozást megengedni a jogalkotásnak). Ebben az esetben azonban az egyszerű ésszerűségi teszt is eredményre vezetett, nem talált a testület olyan “racionális állami érdeket, amely alapján indokolt a magánéletbe való beavatkozás”.¹⁵⁶ Ami itt jelen téma szempontjából is jelentős, hogy e határozat kimondja: “a bíróság feladata azonban a mindenki számára elérhető szabadság határainak kijelölése, és nem a saját erkölcsi kódexének betartása”.¹⁵⁷ Irreleváns tehát – ha jól értem – a “nemzeti gyökerek” és a többség érzéseinek emlegetése, a bíróság erre alapozva nem tarthat alkotmányosnak egy döntést.

Térjünk vissza még egy kicsit Dworkinhoz! Azt láttuk, hogyan alakul a “többség dönt” típusú érv viszonya a “megkülönböztetett értelemben vett erkölcsiséghez” és a morális konszenzushoz. Szeretném ezt – jóval rövidebben – még egy károsult nélküli bűncselekmény esetében megvizsgálni, mégpedig a pornográf termékek forgalmazásának, terjesztésének tilalmával kapcsolatban. Ez a tilalom természetesen sérti a forgalmazók és az olvasók szabadságát is. Viszont a társadalom számára az engedélyezés olyan erkölcsi folyamatok, változások megindulásához vezethet, ami sokak számára szintén negatív. (A tilalom egyébként az Egyesült Államokban a Roth-próba alapján történt, ami morális kritériumokat

¹⁴⁹ Bowers v. Hardwick 13. old.

¹⁵⁰ Lásd *uo.* 8. old.

¹⁵¹ Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965), Eisenstadt v. Baird 405 U.S. 438 (1972) Roe v. Wade U.S. 113 (1973.)

¹⁵² 394 U.S. 557 (1969)

¹⁵³ Bowers v. Hardwick 19. old.

¹⁵⁴ A Lawrence ügy még nincs beszámozva.

¹⁵⁵ Straub: *i.m.* 172. old.

¹⁵⁶ Lásd *uo.*

¹⁵⁷ Lásd *uo.*

tartalmazott.)¹⁵⁸

Ebben az esetben a Dworkin által ajánlott elmélet alapján a közvélekedést kell megvizsgálni, hogy létezik-e a kérdésben morális konszenzus. Amennyiben a társadalmi egyetértés nagyfokú, akkor ennek alapjára kell rákérdezni, tehát hogy nem sérti-e meg a társadalom ezen ítélete a “megkülönböztetett értelemben vett erkölcsiség” kritériumait, vagyis nem előítéleteken, hamis racionalizációkon stb. alapul-e. “Ha (...) kiderülne, hogy a köznap emberek pornográfusok iránti ellenszenve ízlés vagy önkényes álláspont kérdése, akkor az érv nem tartható, mivel ezek nem elégséges indokok a szabadság korlátozására.”¹⁵⁹

Dworkin felfogása ezekről a valóban közös erkölcsi elvekről némelyest eltérő az átlagos erkölcsfelfogástól. Ő maga is érzi, hogy “a legtöbb ember számára az erkölcsiség veleje valamiféle szexuális kódex”¹⁶⁰; nem szabad azonban elfelejteni, hogy a pornográfiát tiltó rendelkezésről van szó, nem magának a szexuális cselekménynek a büntetéséről. A cselekmény elleni érveket nem használhatjuk fel a cselekmény rögzítésére, írására, elgondolására, mert ezekre nem igaz, hogy pl. fájdalmat okoznak. Persze ha már megvalósításra indít, és ezt be lehet bizonyítani, akkor Brennan bíró szerint – bizonyos feltételek mellett – jogos a tilalom.¹⁶¹

Ronald Dworkin ebben az elméletben arra tett kísérletet, hogy a Devlin által követett jogi moralizmusnak egy tarthatóbb megoldását nyújtsa. Számomra nem derült ki a szövegből, hogy azonosul-e ezzel a nézettel, vagy csupán mint helyesebb, meggondoltabb, elfogadhatóbb alternatívát említi. Bármi is a helyzet, elképzelése már távol esik a jogi moralizmus devlini felfogásától: noha elismeri, hogy a jognak indokolt feladata van a morál területén, az erkölcs egészen szűk szeletét engedné kikényszeríteni a jognak, és abba még véletlenül sem kerülne az egyének jó életéről alkotott felfogása.

(3) Joel Feinberg

Feinberg professzor részletesen foglalkozott a szabadságkorlátozó elvekkel 4 kötetes munkájában,¹⁶² amelyből itt a negyedik rész, a *Harmless Wrongdoing* lesz érdekes, továbbá fontos megállapításokra bukkanhatunk egyik legforgatottabb művében, a *Társadalomfilozófiában*,¹⁶³ és néhány tanulmányában is.

Már a szabadságkorlátozó elvek osztályozásakor is az ő tipológiájára támaszkodtam, és a jogi moralizmus fajtáinak megkülönböztetésénél is az ő megoldásait használom. Szó volt a tágabb és szűkebb értelemben vett jogi moralizmus jelentéséről: a továbbiakban nem kívánom részletezni a tágabb értelmét e fogalomnak, mivel sokkal többet foglal magában, mint az erkölcs jogi kikényszerítése, és minden aspektusának ilyen mélységű vizsgálata meghaladja a dolgozat kereteit. Leginkább a szűkebb értelmet fogom előtérbe helyezni, és a tágabb értelem tárgyalásánál bevezetett fogalmakra, összefüggésekre csak ott és annyiban utalok, ahol és amennyiben szükségesnek tűnik.

A sok említés ellenére Feinberg álláspontjával még adós vagyok. Liberalizmusába a kár-elv és a sérelem elvének elfogadása fér bele.¹⁶⁴ Megkülönbözteti a sajátjától eltérő extrém liberális álláspontot, mely csakis a kár-elvre támaszkodik.

Mi is ez a kár-elv? *Egyrészt* azt jelenti, hogy az állami kényszer alkalmazásához az egyetlen megfelelő indok az, hogy az adott cselekmény másnak kárt okoz. Millel szólva:

¹⁵⁸ Dworkin: 'Lord Devlin and the Enforcement of Morals'. 1002-1003. old.

¹⁵⁹ Lásd *uo.* 1004. old.

¹⁶⁰ Lásd *uo.*

¹⁶¹ Lásd *uo.* 1003. old.

¹⁶² Feinberg: *The Moral Limits of the Criminal Law I-IV*. New York-Oxford: OUP 1986-90

¹⁶³ Feinberg: *Társadalomfilozófia*. (Ford: Krokóvay Zs.) Bp: Osiris, 1999.

¹⁶⁴ Feinberg: *Moral Limits IV*. xix. old.

“minden olyan cselekedetet el szabad nyomni, amely igazolható ok nélkül kárt okoz másnak. (...) Az egyén szabadságának tehát korlátozottnak kell lennie; nem lehet más emberek kárára.”¹⁶⁵ Ez az álláspont abból a filozófiai elképzelésből fakad, hogy “az egyén csak annyiért felelős a társadalomnak, amennyi viselkedéséből másokat érint. Mindabban, ami csak őt érinti, jogos függetlensége korlátlan. Önmagának – saját testének és lelkének – mindenki korlátlan ura.”¹⁶⁶ Az elv *másik része* így tehát az lesz, hogy “különbséget lehet tenni az egyén csak (elsősorban, közvetlenül) önmagát és másokat is érintő cselekedetei között, s mivel az első csoportba tartozó cselekedetek bizonyosan nem okoznak kárt másoknak, ezért az ilyen cselekedeteket indokolatlan megtiltani.”¹⁶⁷ Az előző megfogalmazás persze az egyénnek okozott kárra vonatkozott Millnél, de Feinberg kimutatja, hogy Mill valójában a közkárt is beleértette, vagyis azt az esetet, amikor nem egy egyén, hanem a közösség egésze károsodik. “Bizonyosan nem törölte volna a törvénykönyvekből az olyan bűncselekményeket, mint az adócsalás, a csempészet és a bíróság megsértése, (...) [és ezek] olyan közintézményeket gyengítenek, amelyek épségében mindannyian érdekeltek vagyunk, akármennyire közvetett módon is.”¹⁶⁸ (Bár meg kell jegyezni, hogy ezek a közkárnak csak egyik fajtájára jelentenek példát, míg a másik “tipikus esete” a kútmérgezés, ami “több potenciális áldozat” “saját egészségét” veszélyezteti, lényegében bárki szenvedő alanya lehet.¹⁶⁹)

De mi a kár? Ezt az igen összetett kérdést hadd ragadjam meg most csak igen egyszerűen: a kár egyfajta érdeksérelem. A sérelem tehát egy nagyobb kategória tágabb értelemben, amelyen belül vannak olyan cselekmények, melyek további káros következményhez vezetnek, ezek lesznek a károk, és lesznek olyan sérelmek (szűkebb értelemben), amelyek “nem sértenek semmiféle érdeket, a sérelemmentesség érdekétől eltekintve.”¹⁷⁰ Utóbbihoz, a sérelemhez tartoznak majd pl. a kellemetlen, kényelmetlen elmeállapotok, irritáló érzetek, nem színlelt undor, viszolygás, közszemérmesítés stb. Feinberg a kár fogalmának még több fontos aspektusát emeli ki, amit itt nem részleteznék.¹⁷¹

Kis János szerint a kár fogalma “értelmezést kívánó, normatív fogalom”,¹⁷² bővebben “a kár fogalma és azonosítási ismérvei nem függetlenek a társadalmat megosztó vallási, erkölcsi, világnézeti vitáktól”.¹⁷³ Vannak a kárnak paradigmatis (ugyanakkor csak partikuláris, a mi társadalmainkban érvényesülő) példái, de léteznek vitatott esetei is. Az ő véleménye szerint további kritériumok bevezetése szükséges, hogy választ kapjunk, pontosan mikor megalapozott az állam számára kényszereszköz bevezetése. A későbbiekben az övével összhangban lévő véleménynek jelentősége lesz.

Hasonlóan fogalmaz Joseph Raz, amikor azt írja, “olyan normatív fogalomról van szó, amely sajátos jelentését abban az etikai elméletben nyeri el, amelybe beleágyazódik.”¹⁷⁴ Raz az autonómia egy tágabb felfogására alapozza a kár-elv relevanciáját; módszere számomra meglehetősen hasonlít Neil MacCormick később ismertetendő megoldására, aki szintén az autonómia erkölcsi szemszögéből nézve építi fel korlátozásait a jogi kényszerrel szemben.

Mint mondtam, a kár-elv önmagában nem állja meg a helyét Feinberg szerint, így kiegészíti azt a sérelem elvével. A kár-elv alapján nem tiltható következetesen pl. a nyilvános

¹⁶⁵ Mill: *A szabadságról*. 65-66. old.

¹⁶⁶ Lásd *uo.* 18. old.

¹⁶⁷ Györfi: ‘A magánszféra elhatárolásának normatív kérdései’. 207. old. (Az elv kettébontására nézve.)

¹⁶⁸ Feinberg: “Ártalmatlan erkölcstelenségek”...’ 2. old.

¹⁶⁹ Györfi: *i. m.* 208. old.

¹⁷⁰ Feinberg: “Ártalmatlan erkölcstelenségek”...’ 4. old. Feinberg azt is igyekszik bizonyítani, hogy Mill *A szabadságról* c. művében már a sérelem elvét is elfogadta.

¹⁷¹ Lásd Feinberg: *Társadalomfilozófia*. 45-52. old

¹⁷² Györfi: *i. m.* 208. old. 28. lábjegyzet

¹⁷³ Kis János: ‘Erkölc, hit, tolerancia’. In: *uo.: Az állam semlegessége*. Bp.: Atlantisz 1997. 44-45. old.

¹⁷⁴ Joseph Raz: ‘Szabadság és autonómia’. (The Morality of Freedom 14. fejezet) (Ford.: Babarczy Eszter) In.: Huoranszki Ferenc (szerk.): *Modern politikai filozófia*. Bp.: Osiris, 1998. 105. old.

meztelenség, mert mi jogon szól bele az állam, hogy hogyan (nem) öltözködöm? Ha zavargásokhoz vezet is e tett, a szólásszabadság bizonyos eseteinél ez nem elégséges indok a korlátozásra, az öltözködés pedig szintén egyfajta önkifejezés.¹⁷⁵ De az ilyesfajta cselekedetek érzelmi megrázkódtatást is okoznak, másokat zavarba hoznak, esetleg a szégyen érzetét keltik más emberekben, ami a háborgatás és zaklatás egyik formája.¹⁷⁶

Jól érzékelhető, hogy a sérelem elve Hart megbotránkoztatás elvéhez hasonlóan kissé parttalan. Ha kellőképpen tágan értjük, könnyen eljuthatunk a jogi moralizmus által igényelt következtetésekig is. A sérelem elve azonban nem korlátlan: Feinberg rögtön pontosítja elképzelését.

Először is: a sérelem elvének meg kell felelnie az univerzalitás követelményének, a közösség mint egész bármely véletlenszerűen kiválasztott tagja esetében fenn kell álljon az érzelmi megrázkódtatás (bármely jóérzésű tagja esetében?), vagyis a cselekménynek az egész közösséget kell sértenie, hogy tiltható legyen. (Ámbár a közösség egy részét is érhet olyasfajta sérelem, aminek következtében saját dühük kordában tartása okoz olyan bosszúságot, ami ellen az államnak meg kell őket védeni, még ha kisebbségről van is szó.) Másodszor: ki kell elégténnie az elvnek az ésszerű elkerülhetőség tesztjét, tehát az olyan sérelemtől, amit könnyen elkerülhet az állampolgár, nem kell megvédeni. Pl. az obszcén könyveket nem kell kinyitni, ha az ember sértve érzi magát tartalmuktól, lehetséges az előzetes tájékozódás. Gyermek védelme esetén pedig ugyanaz a megoldás követhető, mint a cigarettánál és alkoholnál: az ő védelmük nem indokolja a teljes betiltást.¹⁷⁷ Harmadszor: a közösség átlagos, *normális* tagja számára kell sértőnek lennie a cselekménynek. Ennek alapján zárja ki Feinberg a magánerkölcstelenségeket az elv hatóköréből, melyek ártalmatlanok, pusztán létezésük okozta kellemetlenség nem sérelem, mivel csak túlérzékenység lehet az oka a tiltakozásnak. “A hajótörést szenvedett jogi erkölcsvédő nem használhatja mentőcsónakként a sérelmi elvet.”¹⁷⁸ Negyedszer pedig: biztosítani kell valami alternatív utat a korlátozottnak a cselekedete céljának megvalósításához, ha lehetséges.

E kidolgozott, aprólékos tipizálás jól mutatja a sérelmi elv határait. Egy ponton mégis homályos marad a számomra: a “normalitás” pontosan mi is? A szöveg sugallja, hogy az átlagos ember átlagérzékenysége, de így az analógia ijesztően nyilvánvaló a hatos villamos utasának meghatározásával (különösen ha figyelembe vesszük, hogy itt is cselekmények kiváltotta *érzések* meglétét kell vizsgálnunk). Honnan tudjuk meg, ki az átlagember? Lehetséges úgy meghatározni, hogy a legtöbben ilyenek vagyunk. A példákat az intuíciónk sugja, szinte vitathatatlanok, de mégis hiányzik az objektív kritérium, hogy valaki érzékenysége végső soron mitől normális.

Igaz, hogy a sérelmi elv (a kár-elvhez hasonlóan) további értelmezést igénylő fogalom, de abban igaza lehet a szerzőnek, hogy a sértett érzékenység egy határig nem lehet irreleváns a jog számára. Azt hiszem, legtöbben igényt tartunk érzékenységünk akceptálására a másik ember által. Nemcsak a súlyos testi és pszichés károk megakadályozása alapozhatja meg jogi eszközök igénybevételét, hanem néha a sérelmek ellen is védelmet kell élveznünk. Sok függ attól, mi található a mérleg másik oldalán, milyen érdekekkel kell összemérnünk saját sérelmünket. Korlátok között e mérlegelésre megfelelő szerv lehet a bíróság. A sérelem figyelembe vételének is korlátokat kell azonban szabni. Nem szabad a közösség erkölcsi kohéziójához fűződő érdekünk csorbulását a sérelem olyan fajtájának tekinteni, ami minden esetben elégséges indok az egyéni döntési szabadság korlátozására.

Bretter Zoltán úgy látja, Feinberg “nem zárkózik el a közösségnek *nem tetsző* viselkedés száműzésétől a magánéletbe”, s így “a liberalizmusnak egyfajta közösségelvű változatát

¹⁷⁵ Feinberg: “Ártalmatlan erkölcstelenségek”...’ 22. old.

¹⁷⁶ Lásd *uo.* 23. old.

¹⁷⁷ Lásd *uo.* 26. old.

¹⁷⁸ Lásd *uo.*

képviseli büntetőjogi alapvetésében.”¹⁷⁹ Egyrészt korábban amellet érveltem, hogy utóbbi hozzáállás egyáltalán nem értelmetlen [lásd 'A kommunitarizmus' c. részben]; másrészt fontos hangsúlyozni, hogy a magánéletbe száműzni bizonyos másokat *sértő* cselekedeteket nem egyenlő büntetőjogi tiltásukkal. A mint láhattuk, Feinberg alaposan körülbástyázza a sérelem elvét garanciákkal. Bretter szerint egyébként a sérelem elve a Hart-féle közszemérmérsétség – erkölcstelenség elhatárolásra megy vissza, s így szükségessé teszi a közszféra és magánszféra, a magunkra és másokra vonatkozó tettek elhatárolását, ami gondot okozhat.¹⁸⁰ Ehhez mindössze annyit szeretnék fűzni, hogy ezek elkülönítésében biztosan lesznek problematikus esetek (amint azt a körülöttük zajló viták is bizonyítják), amint az a legtöbb határmegvonásban megfigyelhető. Azonban az esetek igen nagy részét, úgy gondolom, be lehet majd sorolni, mint paradigmátikus eseteket. Hart híres példája azt jelzi, nem tudni ugyan, pontosan hány hajsza kell ahhoz, hogy valakit már ne nevezzünk kopasznak, sok esetben mégis pontosan tudjuk, ki kopasz, ki nem.¹⁸¹

Feinberg széles körben osztott liberális álláspontjával szemben áll a jogi moralizmus elmélete. Pontosabban nem szemben, inkább sokkal szélesebb körben engedélyezné az állam beavatkozását, és teljesen más célok érdekében. Az állami kényszer akkor is igazolt lehet, ha nincs a cselekménynek sértettje, se egyéni, se közkárosultja. (Ámbár Devlin elmélete felfogható a közkar elvét kissé tágabban alkalmazó elgondolásnak is, csak az általa említett károk jövőbeliek, bizonytalanok és spekulatívak.)¹⁸²

A jogi moralizmus két fajtáját Feinberg is elkülönítve vizsgálja. Elsőként a Lord Devlinnel kapcsolatos álláspontját tekintem át. Az erkölcs megváltozásának Devlin által vázolt lehetőségéből indul ki, amelyet már Hartnál is tárgyaltam, tehát hogy őszinte reformáló szándékát az erkölcsi reformer csak úgy bizonyíthatja, ha vállalja a tiltó törvényekben foglalt szankciókat tettéért, és “emelt fővel megy a börtönbe”.¹⁸³ Devlin párhuzamot vont az erkölcstelen cselekedetek társadalomra gyakorolt hatása és a felforgatás között. Feinberg azonban rámutat, hogy nincsenek az erkölcsi szabályok megváltoztatásának olyan nyilvános, intézményes lehetőségei, mint a jogszabályoknak az alkotmányokban, nincs “erkölcsi alkotmány”, és így meglehetősen nehéz eldönteni, mikor és milyen módon engedhető meg az erkölcsi változtatás és mikor nem. Az intuíciónk persze azt súgja, hogy aki nyíltan, ésszerű érveket hozva igyekszik környezetét meggyőzni az erkölcsi változtatás szükségességéről, az erkölcsi értelemben “alkotmányosan” jár el, míg aki erőszakkal vagy csalással, az nem. De épp azt fogja bizonyítani ez a tény, hogy az állam az, ami tisztességtelenül jár el, mikor erőszakkal akarja tiltani az “ártalmatlan erkölcstelenségeket”.¹⁸⁴

Feinberg választ keres az állatkínzással kapcsolatos problémára is. Devlin egy ízben – amint már idéztem – azt a kijelentést teszi, hogy ez a cselekmény nem büntethető másként, csak a jogi moralizmusra alapozva. Van azonban egy további lehetőségünk is: a kár-elvet kiterjeszthetjük az állatokra, és így már tilthatjuk az állatokkal való kegyetlenkedést is. Az elv következetes betartása azonban a vágóhidak bezáratásához, sőt az állattenyésztés megszűnéséhez, és az emberiség vegetáriánussá válásához vezethet. Ha továbbra is fenn akarjuk tartani a haszonállatok felhasználására vonatkozó gyakorlatunkat, akkor az “a legjobb kompromisszum, ha az állatok egyetlen legfőbb érdekét ismerjük el, nevezetesen a kegyetlen és önkényes módon okozott fájdalomtól való mentesség érdekét, és *ennek* az érdeknek valamennyi sérelmét ‘kár’-nak tekintjük.”¹⁸⁵ Itt tehát a kár fennállásának megítélése kérdésében

¹⁷⁹ Bretter: *Politika a határon...* 139-140. old.

¹⁸⁰ Lásd *uo.* 140-141. old.

¹⁸¹ Hart: *A jog fogalma.* 14. old.

¹⁸² Feinberg: “Ártalmatlan erkölcstelenségek”...’ 8. old.

¹⁸³ Feinberg: *Társadalomfilozófia.* 61. old.

¹⁸⁴ Lásd *uo.* 62. old.

¹⁸⁵ Feinberg: “Ártalmatlan erkölcstelenségek”...’ 19. old.

a releváns szempont az lesz, feleslegesen szenved-e az állat vagy sem. Ugyanakkor a kár-elv erkölcsileg nem semleges voltát mutatja, hogy előzetesen kell hoznunk egy erkölcsi döntést: ez a meghatározó szempont. Erre rövidesen kitérek.¹⁸⁶

Stephennel kapcsolatban érvelésének lényege az, hogy a büntetés megtisztító, helyreállító funkciója az áldozattal bíró bűncselekményeknél igazolható leginkább. (Ez egybecseng némelyest Hart megtorló elméletekről alkotott felfogásával.) Rámutat a szörnyű következményekre is, amelyek a tiszta jogi moralizmus erkölcsi elveinek kikényszerítésével járnak, a hálószoa ajtajának az egyénre rátörésétől a szorongás és képmutatás társadalmat bénító hatásáig.¹⁸⁷

Stephen azonban nem ilyen könnyen "lerendezhető". Ugyanis elméletében nem lehet megállapítani, hogy a kritikai vagy a pozitív erkölcs kikényszerítését tartaná helyénvalónak. Utaltam már rá, hogy Feinberg szerint valószínűleg azonosnak tekintette e kettőt saját korában, de ez az állítás manapság nem tartható. Amennyiben a pozitív erkölcs, tehát az állampolgárok közvélekedésének kikényszerítésére tesz javaslatot, úgy figyelembe kell vennünk, hogy a közvélemény bizony tévedhet is, így pedig semmi értékes nincs a vélekedésének törvénybe foglalásában. Talán adhat a polgároknak valamiféle elégedettséget a büntetés ténye, de ez semmiképp sem állhat meg a mérleg másik serpenyőjében elhelyezkedő emberi szenvedéssel szemben, amit a szabadság e durva korlátozása okoz. Ha viszont a kritikai erkölcs kikényszerítése mellett érvként fogadjuk el Stephen állításait, akkor érvényes az a megállapítás, miszerint az áldozat nélküli bűncselekményeknél nehéz helyreállítani a bűncselekmény által megbontott rendet, nem érezzük annyira a megtorlás szükségességét. A büntetés általi fenyegetettségnek súlyos negatív hatásai lesznek, ahogyan a kikényszerítés hatékonyságának is. Az ezért nyert megelégedettség, hogy nincs annyi bűn, eltörpül a hátrányok mellett.¹⁸⁸ Stephen érvelésében fontos támasztékként szerepel az a megállapítás, hogy a büntetés kiszabásakor alkalmazott morális kritériumok bizonyítják, hogy a jog egy cselekmény kriminalizálásakor sem tekinthet el az erkölcsi megfontolásoktól. Amint korábban erről is szóltam már, Hart egyszerűen elhárította ezt az érvet annyival, hogy nem szabad összekeverni a büntetések igazolásának kérdését a büntetés mértékének meghatározásával. A két kérdés független egymástól. Lord Devlin azonban nem ért egyet. Úgy véli, hogy a büntető ítélet (melyben meghatározza a bíró a büntetés mértékét, s így erkölcsi szempontokat alkalmaz) igazolása csakis a törvényben lehet, a törvénynek pedig találkoznia kell az emberek erkölcsi ítéletével¹⁸⁹, amint az elméletéből nyilvánvalóan következik. Feinberg azonban Hart oldalára állva amellett érvel, hogy a két kérdés mégis elválasztható.

Megkülönbözteti egymástól egy társadalmi gyakorlat igazoló célját (justifying aim) és a tisztességes eljárás szabályait (rules of fair procedure). Míg az előbbi nem feltétlenül tartalmaz erkölcsi kritériumokat, addig az utóbbi igen. A liberálisok mondhatják (következetlenség nélkül), hogy a büntetőjog rendszerének igazoló célja a mások által okozott magán- és közkártól való megóvás, miközben ragaszkodnak ahhoz, hogy a rendszert irányító szabályoknak meg kell felelniük a fair eljárás követelményeinek.¹⁹⁰ A fair eljárást az arisztotelészi (formális) értelemben használja, tehát a releváns szempontból hasonló eseteket hasonlóan, a különbözőeket különbözőképpen kell kezelni. A releváns szempontot az eljárás célja fogja meghatározni, a funkcióból derül ki. E funkció lehet morális és erkölcsi tartalmat nélkülöző, de semmiképp sem fogja azt mutatni a minősége, hogy a végső igazoló célnak morálisnak kellene lennie. Az igazoló cél, hogy megvédjük az egyéneket a mások által okozott kártól vagy

¹⁸⁶ Bentham is az állati szenvedést tekinti vízvázalástónak. Ezzel kapcsolatos reflexiókat Graham Hughes fogalmazott meg. Vö.: Bretter: *Politika a határon...* 130. old.

¹⁸⁷ Feinberg: *Társadalomfilozófia*. 64. old.

¹⁸⁸ Feinberg: "Ártalmatlan erkölcstelenségek"...' 15-17. old.

¹⁸⁹ Feinberg: *Moral Limits IV*. 146. old.

¹⁹⁰ Lásd *uo.* 148. old.

sérelemtől az esetleg morális elvek alapján működő eljárás fenyegetése által.

Ezen érvelés hibája, hogy az igazoló cél igenis morális kritériumokat is tartalmaz. Feinberg szerint ezt a liberálisok is elismerik, a büntetőjog célja ugyanis, hogy az egyének jogait védje a rossz beavatkozásoktól. De abból az állításból, hogy "a büntetőjog minden morális célja tartalmaz erkölcsi megfontolásokat," még nem következik az, hogy "minden morális megfontolás részét képezi a büntetőjog igazoló céljának."¹⁹¹ A jogalkotónak tényleg törődnie kell erkölcsi szempontokkal, ahogy Devlin mondta, de nem mindennel, ami egy ember erkölcsiségét alkotja, hanem csak a mások jogait sértő cselekményeivel kell foglalkoznia.¹⁹²

Itt érdemes említést tenni egy jelentős kritikáról, amit, úgy érzem, Feinberg ezzel a megállapításával kivéd. Neil MacCormick, amikor arra keresi a választ, hogyan tarthatók távol a moralista megfontolások a törvényhozástól, az egyik megoldásnak a Mill- és Feinberg-féle kár-elvet tartja, mely szerint a jog megfelelő célja egyszerűen az, hogy megelőzze a károkozást a személyek között. Csakhogy a kár fogalma önmagában morálisan töltött.¹⁹³ A kár vagy a személy fogalma logikailag függ attól, hogy mi az elképzelésünk arról, mi a jó állapot egy személy számára. Kár az, amikor valakit rosszabb állapotba kényszerítenek, rossz hatással vannak az érdekeire. De milyen érdekeket tulajdoníthatunk egy személynek? Mik a legitim érdekek? A kanti autonómia hangsúlyozásával és a jólét maximalizálásának elméletével is épp ez a probléma. Bármely utat próbáljuk, végül úgyis állást kell foglalnunk arról, mi a jó állapot egy személy számára. "Senki sem tud választ adni [a törvényhozás megfelelő céljára vonatkozóan] anélkül, hogy bizonyos morális pozíciókat figyelembe ne vegyen. A kár, a szabadság vagy a jólét ideája (...) mind morálisan töltött fogalmak."¹⁹⁴

De ha nem ez lenne a helyzet, akkor is igaz, hogy a pozitív célok, melyeket ezek az elvek a jog feladatául tűznek, olyan célok, melyek a pozitív jog általi kikényszerítést, üldözést igénylik jelenleg ismert formájukban. Ez a tény együtt jár annak feltételezésével, hogy a kérdéses pozitív célok "szubsztantív igazolóerő"-vel rendelkeznek, amikor a büntetések és egyéb kikényszerítési formák igazolásáról van szó. A büntetés is morálisan töltött fogalom, így annak, amivel igazolni akarjuk, pozitív morális értéket kell tartalmaznia. Így bármelyiket is használjuk a három elmélet közül, valamilyen fokához jutunk az erkölcs kikényszerítésének.¹⁹⁵

MacCormick tehát feltételezi, hogy a kár-elv védelmezői - Kanthoz és a jólét maximalizálásának elméletét követőkhöz hasonlóan - egy morálisan semleges elméletet kívántak alkotni arról, mi a törvényhozó célja. A fenti Feinberg-idézet azonban már elismeri a morális kritériumok jelenlétét a (büntető)jog céljának meghatározásakor. (Nem kizárt, hogy MacCormick észrevételeire reflektálva.) Pusztán a felhasználható erkölcsi érvek körét igyekszik szűkíteni. MacCormick állításának lényegét abban látom, hogy rámutatott, ezt csak morális érvekkel teheti.

Feinberghez hasonlóan MacCormick is nyújt egy elméletet, az erkölcs mely területe tartozhat a jogalkotó szabályozásának hatókörébe. Kiindulópontja tehát az, hogy a jogalkotói vita nem jelent kilépést a morális megfontolásokból, de ez nem vonja maga után, hogy minden erkölcsi megfontolást el kell ismernünk, mint igazoló alapot a jogalkotó számára. Bizonyos (erkölcsi) elvek korlátozhatják, mint a lelkiismeret szuverenitása, autonómia mint alapvető erkölcsiség, "szabad piac" az erkölcsi elméletekben és a kölcsönös tisztelet egymás jó életéről alkotott felfogásai iránt.¹⁹⁶ Vannak olyan esetek, amikor nem lehet elkerülni a lelkiismeretünkből származó igények és a közösségünk igényei közötti összeütközést. Ilyenkor

¹⁹¹ Lásd *uo.* 153. old.

¹⁹² Lásd *uo.* 154. old.

¹⁹³ Neil MacCormick: 'A Moralistic Case For Amoralistic Law?' 20 *Valparaiso University Law Review* (1985), 19. old

¹⁹⁴ MacCormick: *i. m.* 20. old.

¹⁹⁵ Lásd *uo.* 30. old.

¹⁹⁶ Lásd *uo.* 31. old.

ki kell kényszeríteni a megegyezései erkölcsöt.

A kényszer azonban nem érintheti az erkölcs minden tartományát. Így nem szabad kényszerrel megoldani a törekvés ügyeit (matters of aspiration), melynek fogalma erősen hasonlít a Fullerrel kapcsolatban korábban már említett "törekvés erkölcsére", hanem csak a kötelesség kérdéseiben (matters of duty) szabad kényszert alkalmazni. Így elkerülhető, hogy a jog beavatkozzon az egyének legfőbb jókról kialakított nézeteibe. A kötelességek közül nem kényszeríthetők ki az önmagunkra vonatkozó kötelességeink, ahová témám minduntalan felbukkanó teszt példájának, a szexuális érintkezés megválasztásának kérdését is besorolja. A másokra vonatkozó kötelességek egy része azonban kikényszeríthető, mégpedig az igazságosság kötelességei, melyeknél az egyik félnek joga van a kötelesség teljesítéséből származó javakhoz, míg az ezzel ellentétes - és lényegükben fogva kikényszeríthetetlen - szeretet kötelességeinél egy meghatározott szellemben való teljesítés a fő. Utóbbiaknál a teljesítést egyedül, ha az igazságosság feltételei egyébként fennállnak, lehet kényszerrel biztosítani, de épp a lényegét veszíthetjük el ezáltal.¹⁹⁷

MacCormick véleménye tehát az, hogy a jogi kötelezettségek az erkölcsnek csak egyetlen szegmenséből származó kötelességeket tartalmazhatják, az igazságosság kötelességeit. A jog morális tartalmának korlátozottnak kell lennie.¹⁹⁸

E hosszú, de véleményem szerint fontos ismertető után térjünk vissza Feinberghez! Mi az indoka, hogy csak a kár és a sérelem elvével kell foglalkoznia a törvényhozónak? Ennek csak erkölcsi indokait lehet adni: az egyén morális autonómiáját értéknek tekintjük, amint azt láttuk Raznál és MacCormicknál.

Miután abban a kényelmes helyzetben van, hogy meglehetősen későn kapcsolódott be ebbe a vitába, lehetősége van Ronald Dworkin – előző pontban vázolt – elméletét is górcső alá venni. Bizonyos, hogy Feinberg nála jóval messzebbre megy a jogi moralizmus elutasításában. Dworkin elméletének gyenge pontját abban látja: "még a tényleges, 'megkülönböztető értelemben vett' népi erkölcs is lehet végeredményében *elhibázott*, és a jogi kikényszerítés gátolja a kritikai egyet nem értést, és megelőzi az előremutató javítást."¹⁹⁹

Feinberg elkülönít Dworkin antropológiai és "megkülönböztetett értelemben vett" erkölcsiségétől egy további szintet: az igaz/valós erkölcsiség (truly morality) objektív szintjét, és megmutatja, hogy az erkölcs mindkét dworkini formája tartozhat ehhez, de lehetséges mindkettőnél, hogy nem üti meg a szintjét. A különbség csak az, hogy a "megkülönböztetett értelemben vett" erkölcsiségnek nagyobb esélye van a valódi moralitáshoz kapcsolódni.²⁰⁰ Dworkin álláspontja azért hígított jogi moralizmus, mert a "megkülönböztetett értelemben vett" erkölcsiséget alkotó konszenzust tekinti bizonyítéknak arra nézve, hogy egy gyakorlat a valódi moralitás szintjén is erkölcsitelen.

Feinberg ugyanarra a hiányra utal, amire Sartorius rámutat korábban idézett művében, s a probléma gyökere továbbra is az, hogy Dworkin a kikényszeríthető pozitív moralitás egy versengő felfogását határozza meg. Kérdéses, vajon Dworkin egyáltalán törekedett-e objektív erkölcsi megfontolások kikényszerítése mellett érvelni. Én úgy érzem, nem. Annyit azonban leszögezhetünk, hogy abban az értelemben, ahogy jelen dolgozatban meg szeretném vonni a fő határvonalat moralisták és nem moralisták között, Dworkin nem tartozik a jogi erkölcsvédők táborához. Ennek okai az *Összegzésből* válhatnak világossá.

Feinberg tehát az utilitárius hagyományok talaján állva, a hagyományos milli fogalomkészlettel és terminológiával igyekszik védelmezni a jól bevált korlátozó elveket (a kár-elvet és a sérelem elvét), ugyanakkor a kritikusok nézeteit igen pontosan rekonstruálja és össze is foglalja saját írásában. A második elv, mint láttuk, nyit némi kiskaput számára az

¹⁹⁷ Lásd *uo.* 32-36. old.

¹⁹⁸ MacCormick; *i. m.* 37. old.

¹⁹⁹ Feinberg: "Ártalmatlan erkölcsitelenségek"...' 18. old.

²⁰⁰ Feinberg: *Moral Limits IV.* 143-144. old.

intuíciónkkal ellentétes példák kiküszöbölésére, de – Harttal ellentétben – korlátokat vezet be a túl széles értelmezés elkerülése végett.

Összegzés

Dolgozatom megírásának célja az volt, hogy áttekintsem a jogi moralizmus két jelentős elméletének állításait, és megvizsgáljam az ezekre adott legfontosabb reakciókat. Vizsgálódásom szükségszerűen korlátozott: részint mert e vita elsősorban az angolszász jogfilozófiai hagyomány keretein belül bontakozott ki, így az itt bejáratott fogalmakra és érvelési módokra támaszkodtam; másrészt egy bizonyos szempontból vizsgáltam több, átfogó elméletet is kidolgozó szerző véleményét, ezért sok helyen lehetetlen utalást tennem arra, hogyan viszonyul a vitában elfoglalt pozíciójuk elképzelésük többi részéhez.

Úgy látom, a jogi moralizmus támogatói és ellenzői között a fő határvonal *nem* abban áll, hogy a jogi moralisták kikényszeríthetőnek tartják az erkölcsi megfontolásokat, míg a nézet kritikusai - MacCormick szóhasználatával élve: az amoralisták - nem. Minden általam vizsgált amoralista elmélet valamilyen szinten elismeri az erkölcs relevanciáját a jogalkotásban. Azonban közös vonásuk, hogy mindannyian komoly korlátozásokat vezetnek be, az erkölcs *mely tartománya* kikényszeríthető ki a jog által.

Dworkin elmélete az erkölcsök kikényszerítésének egy igen szűk lehetőségét ajánlja ("megkülönböztető értelemben vett" erkölcsiség), kizárólag azokat a közösen vallott elveket találja alkalmasnak erre a célra, melyek az erkölcsi vita háttérére vonatkoznak, s melyekben komoly konszenzus mutatkozik. Világosan állást foglal abban a kérdésben, hogy a kritikai erkölcs méltó a kikényszerítésre.

Hart teret engedne az erkölcs kikényszerítésének, de két jelentős eltéréssel a jogi moralistáktól: ő a *minden* társadalom számára hasznos erkölcs egy *részének* kikényszerítését tartaná indokoltnak,²⁰¹ és az általa kikényszerítendő erkölcsi állítások a helyes elveit, és nem az állam jó életre vonatkozó felfogását tartalmazzák. Hart is a kritikai erkölcs kikényszerítése mellett foglal állást. Elképzelésében a jogi beavatkozás határvonalát a kár-elv és a megbotránkoztatás elve húzza meg. Széleskörű kritikájában nemcsak a jogi moralizmus példáinak hibáira mutat rá, hanem az elméleti bizonyítékok hiányára is.

Feinberg koncepciója a legliberálisabb hármójuk közül. Még a kritikai erkölcs Dworkin által javasolt verziójának kikényszerítését is elveti. Azonban már a törvényhozás igazoló céljánál kénytelen elismerni, hogy tartalmaz morális kritériumokat, s így az ő elméletében a kár-elv és a sérelem elve tölti be az erkölcs kikényszeríthető területének behatárolását.

Mindebből látható, hogy a jogi moralizmus szerint (az itt használt értelemben) "bármilyen, ami komoly erkölcsi kötelesség lehet (vagy annak kell lennie), egyben jogi kötelezettséget alkot,"²⁰² míg a moralizmus tagadói, elismerve, hogy a jog tartalmazhat erkölcsi megfontolásokat, ezen megfontolások korlátozására törekednek, mégpedig erkölcsi okokból.²⁰³

Számomra az utóbbi megoldás szimpatikusabb. Bármely megkülönböztetéseket alkalmazunk is, amikor a jogalkotás kezét igyekszünk megkötni erkölcsi kérdésekben, bizonyosan találunk olyan területeket, ahol nem tartanánk (erkölcsileg) helyesnek a jog beavatkozását. E - szubjektív - véleményemnek valószínűleg két oka van. Az egyik, hogy úgy gondolom, az erkölcs minden területén elsőbbséget kell(ene) biztosítani a jogon kívüli eszközöknek, amilyen például a nevelés vagy a meggyőzés; a kényszert csak mint végső eszközt tudom elfogadni. Másrészt azt hiszem, sok olyan élethelyzet van, amelyben nemcsak

²⁰¹ Bretter: 'A Devlin-Hart vita...' 14. old.

²⁰² MacCormick: *i. m.* 37. old.

²⁰³ Ilyen értelemben Robert P. George is amoralista lesz, hisz' ő is csak a társadalomra vonatkozó "konstitutív" morális kódex kikényszerítését tartja lehetségesnek (amennyiben az "igaz" erkölcs), noha ennek kritériumait nem tárgyalja. Vö.: Bretter: *Politika a határon...* 159. old.

nem fontos, de nem is érdemes kényszerítő eszközöket alkalmazni, mivel a pusztán kényszer a probléma valódi gyökerét nem oldja meg. Ezekben a helyzetekben az erkölcsi kérdések egyszerűen nem olyanok, hogy kényszer útján alakíthatók lennének. Egyetértek Montesquieuvel abban, hogy „amit nem tudunk az erkölcsök útján megtenni, azt nem szabad a törvények útján megtennünk.”

Homicskó Árpád

A személyek szabad mozgásának biztosítása az Európai Unióban az egészségügyi szolgáltatások vonatkozásában

A társadalom és az egyén szempontjából is meghatározó szociális kockázat - ami mindenkivel megtörténhet -, hogy megbetegszik, vagy megsérül, és ezért szükségessé válik az egészségi állapotának a helyreállítása. Minden európai országban kialakult a szükséges és elérhető egészségügyi rendszer, mivel az egyének sokszor önmagukban nem képesek az egészségi állapotuk helyreállítására. Az egész társadalom érdekelt abban, hogy a tagjai jó egészségi állapotban legyenek. Ez nemzetgazdasági szempontból is nagyon fontos, hiszen az egészséges emberek produktívan tudnak hozzájárulni a közös termelés minél magasabb szinten tartásához. Kutatások kimutatták, hogy egészségileg jó helyzetben lévő társadalom egyénei magasabb életszínvonalat tudnak biztosítani az egész társadalom számára. Fontos azonban, hogy amennyiben mégis bekövetkezik egy kockázati esemény - adott esetben megbetegszenek -, akkor hozzájussanak az egészségük helyreállítása érdekében szükséges és hatékony ellátáshoz. Habár az egészség elsődlegesen nagyon személyes dolog - az egyes egyén szempontjából meghatározó -, a társadalom is érdekelt abban, hogy azt sikerüljön megőrizni és fenntartani. Ez természetesen még inkább igaz az egészségügyi ellátórendszerre. Amikor valakinek szüksége van az egészségügyi ellátásra, akkor általában nagy mértékben függővé válik a többiektől, akik lehetnek a családtagok, a rokonok vagy a barátok, illetőleg leginkább azok a különlegesen szakképzett emberek, mint az orvosok, vagy adott esetben a nővérek.

Az egészség és az egészségügyi ellátás az egész társadalom ügye. Az egészségügyi rendszer fejlesztése mindenkit érint. Az egészségügy szerkezeti felépítése és működése mindenki számára meghatározó. Ahány ország van, annyiféleképpen próbálnak egy ideális megoldást találni az egészségügyi ellátórendszer helyes és általuk elfogadhatónak ítélt megoldása tekintetében. Az egészségügy ellátórendszer által való gondoskodásnak azonban meg vannak a maga határai és nehézségei. Az összes egészségügyi rendszer megpróbál választási lehetőséget nyújtani, hogy mi az, amit a hatálya alá tartozónak gondol és mi az, amiről úgy gondolja, hogy nem alapvető szükséglet a biztosítása. Ezzel azonban egy nagyon ingoványos területre érkezünk, mivel az egyének nagyon változatos problémákkal kerülnek szembe egészségük megóvása és helyreállítása során, míg a társadalomnak is ki kell dolgoznia azokat az alapvető elveket, amelyek alapján biztosítja a különböző egészségügyi ellátásokhoz való hozzájutást. Ezért fontos az, hogy egy ország biztosítsa a demokratikus részvételt az állampolgárai számára az egészségügyi politika kialakításakor. A demokratizmus érvényesítése az egészségügyben nagyon széles körben értelmezhető, érteni lehet alatta a demokratikus részvételt az egészségüggyel kapcsolatos rendelkezések kidolgozásánál, az egészségügyi igazgatás során, illetőleg a finanszírozással kapcsolatos kérdéseknél. Ugyanakkor a demokratizmus jelentheti az azonos elbírálást és hozzáférést is az egészségügyi ellátásokhoz, ami bizonyos esetekben nehézségeket okozhat a tényleges alkalmazáskor.¹

¹ Például rákbetegek esetén ki kaphat meg adott esetben egy olyan gyógyszert, ami az áránál fogva korlátozottan áll rendelkezésre, és ezért nem lehet minden embernek biztosítani a hozzájutást, vagy a szervátültetések esetében.

Az Európai Unió országaiban nagyon változatos megoldások születtek az egészségügyi ellátórendszer kialakítása vonatkozásában. Néhány európai országban az egészségügyi ellátórendszer a szociális védelmi rendszer része, míg másokban attól különállóan kezelik. Sok helyen az egész társadalom az egészségügyi ellátórendszer hatálya alá tartozik egységes szabályokkal. Lehetséges azonban az is, hogy változatos, eltérő azoknak a köre, akik a hatálya alá tartoznak egy országon belül is, és különböző szabályok vonatkozhatnak a munkavállalókra, önfoglalkoztatókra, közalkalmazottakra, köztisztviselőkre.

Az egészségügyi ellátórendszerek biztosítási alapja a nemzeti egészségügyi rendszereken nyugszik. Ez a különbségtétel hasonló az előbbihez, mivel az egészségügyi rendszerek sokszor kirekesztenek csoportokat a társadalomból, akik nem tudnak hozzáférni a megfelelő szintű ellátáshoz, mivel az ellátások jövedelem függőek (szemben az univerzális egészségügyi ellátásokkal, amikor az egész társadalom védelemben részesül). Az egészségbiztosítási rendszerek gyakran csak egy bizonyos foglalkozási csoportot foglalnak magukba, aminek alapja a jövedelem és az azután való járulékfizetés.

A fontos annak eldöntése, hogy az egyes egészségügyi ellátórendszerben a betegnek szabad választási lehetősége van-e abban a tekintetben, hogy döntsön arról melyik egészségügyi ellátást vagy intézményt veszi igénybe, vagy el kell fogadnia azt az egészségügyi ellátást vagy intézményt, amelyiket előírták neki. A két megoldás közötti választási lehetőség is létezik, vagyis alapvetően meghatározott, hogy az egyén melyik egészségügyi ellátást vagy intézményt veheti igénybe, azonban lehetősége van arra is, hogy bizonyos ellátások tekintetében maga döntse el, hogy hol kezelteti magát.

Az Európai Unióban jelenleg nem létezik egységes társadalombiztosítási jog, illetve egészségbiztosítási jog, vagyis a társadalombiztosítás keretében nyújtott egyes ellátások tekintetében az egyes tagállamok szabályai azok, amelyeket alkalmazni kell. Azonban természetesen vannak az egészségügyi ellátások körében Európai Unió jogforrások, amelyeknek az alkalmazása a tagállamok számára kötelező. Mind az elsődleges, mind a másodlagos jogforrások tartalmazznak rendelkezéseket, amelyek a tagállamokban szabadon mozgó személyekre vonatkozó rendelkezéseket tartalmazznak az egészségügyi szolgáltatások igénybevétele tekintetében.² Szociális jogi-társadalombiztosítási szempontból a másodlagos jogforrások tekintetében a rendeletek azok, amelyek kötelező és közvetlenül alkalmazandó szabályokat írnak elő a tagállamok számára. Az egészségügyi ellátások tekintetében ez az alapvető Európai Unió rendelet a 1408/71 EGK Tanácsi rendelet, valamint az ennek végrehajtására kiadott 574/72 EGK Tanácsi rendelet.³

A társadalombiztosítási ellátások⁴ területén (benne az egészségügyi ellátásokkal) alapvető elv a szubszidiaritás elve.⁵ A szubszidiaritás elve alapján az alapszerződés megosztja

² Várnay Ernő-Papp Mónika: Az Európai Unió joga. KJK-Kerszöv. Budapest, 2001. 145. p. Az alanyi jogforrások csoportosítása alapján megkülönböztetünk az Unióban elsődleges, illetve másodlagos jogforrásokat. Elsődleges jogforrások, amelyeket a tagállamok alkotnak alapvetően az alapító szerződések és azok módosításai, míg másodlagos jogforrások, amelyeket a jogalkotásra felhatalmazott intézmények, illetve szervek hoznak különösen az alapító szerződések felhatalmazása alapján kiadott rendeletek és irányelvek.

³ Meg kell említeni az új 883/2004 EK rendeletet, amelyet 2004 április 29.-én fogadott el a Tanács és az Európai Unió Parlamentje, és amely fel fogja váltani a fent említett két rendeletet, részben egyszerűsíti a bonyolult rendelkezéseket, részben pedig pótolja azokat a hiányosságokat, amelyeket a régi rendeletek nem voltak képesek megoldani. Jelenleg azonban még nem lépett hatályba, mert a 25 tagállam nem fogadta el.

⁴ Az Európai Unióban a pontos kifejezés „social security system”, ami tágabb kategória mint a magyar jogrendszerben használatos társadalombiztosítás. A hagyományos társadalombiztosításon kívül a 1408/71EGK rendelet vonatkozásában érteni kell alatta a munkanélküli ellátásokat és a családi támogatásokat is. A társadalombiztosítás (social insurance) szűkebb kategória.

⁵ Fazekas Judit: Az Európai integráció alapszerződésai 2. KJK-Kerszöv. Budapest, 2002. 25.p. Az Európai Közösség Nizzai Szerződéssel módosított Alapító Szerződésének (továbbiakban: **Szerződés**) 5. cikke 2 bekezdése

a jogalkotási hatáskört az Európai Közösség és a tagállamok között. Alapvető célja, hogy a Közösség maradjon meg azokon a határokon belül, amelyet a tagállamok számára rögzítettek. A Közösség csak a szükséges mértékben bocsát ki jogszabályokat. Megengedi a Közösség tevékenységének – hatásköreinek korlátain belüli – kiterjesztését, amennyiben ezt a körülmények megkövetelik, illetve annak korlátozását vagy megszüntetését is, amennyiben az már nem indokolt. A Közösség ezen rendelkezés alapján, akkor léphet fel, ha a javasolt fellépés célkitűzései nem valósíthatók meg kielégítően tagállami fellépése révén, azok nemzeti alkotmányos rendszerei keretei között, és így a Közösség fellépése által jobban megvalósíthatók. A Közösség abban az esetben avatkozhat be jogalkotói tevékenységével, ha és amennyiben – méretei vagy hatásai miatt – nyilvánvaló előnyökkel járna a tagállami szintű fellépéshez képest.⁶ A Közösség és a tagállamok közötti együttműködés tehát alapvető fontosságú, és a hatékony működés szempontjából nélkülözhetetlen, különösen így van ez az egészségügyi ellátások tekintetében. A Közösségi célkitűzések tekintetében a gazdasági teljesítmény és a politikai teljesítmény kéz a kézben realizálódik, egymással szorosan összekapcsolódik.⁷

A szociális biztonság – benne az egészségügyi ellátások – a gazdasági tevékenységet folytató vagy korábban folytatott személyek meghatározott kockázatok elleni védelmét szolgáló ellátásokat jelenti. A szociális biztonsági ellátások meghatározó jellemzője, hogy alapvetően a keresőtevékenységhez kapcsolódnak. A szociális biztonsági rendszer alá besorolhatók az egyes országok egymástól eltérő ellátásai. Az ellátások alapvetően hozzájárulás, járulék befizetésével megszerezhető jogosultságok,⁸ ugyanakkor természetesen vannak olyan szociális ellátások is, amelyek alanyi jogon járnak, vagy a rászorultságtól függően adhatók az egyének számára, ezek azonban alapvetően a tagállamok kizárólagos hatáskörében maradnak, és ezekre nem alkalmazhatók a koordinációs rendeletek csak kivételesen (pl.: munkanélküli ellátások, családi támogatások).

Az Európai Unió szociálpolitikájának fejlődési irányvonala két különböző technika mentén alakult ki. Az egyik a koordináció, a másik pedig a harmonizáció.⁹ Az egészségügyi szolgáltatások tekintetében a koordináció a meghatározó. A **Szerződés** 18., 39., 42., 43., és 49.,

szerint: „Azokon a területeken, amelyek nem tartoznak kizárólagos hatáskörbe, a Közösség a szubszidiaritás alapelvének megfelelően csak akkor és abban a mértékben avatkozik be, ha a tervezett tevékenység célkitűzéseit a tagállamok nem tudják kielégítően megvalósítani, és ezért ezek a célkitűzések a tervezett tevékenység terjedelme vagy hatásai miatt közösségi szinten jobban megvalósíthatóak.”

⁶ Várnay Ernő-Papp Mónika: Az Európai Unió joga. KJK-Kerszöv. Budapest, 2001. 153-154. pp.

⁷ Fazekas Judit: Az Európai integráció alapszerződése 2. KJK-Kerszöv. Budapest, 2002. 26.p. Ehhez kapcsolódik a Szerződés 10. cikke, amely kimondja, hogy „A tagállamok minden megfelelő általános és egyedi intézkedést meghoznak annak érdekében, hogy biztosítsák azon kötelezettségek teljesítését, amelyek a jelen Szerződésből fakadnak, vagy amelyeket közösségi intézmények tevékenységei eredményeznek. A tagállamok megkönnyítik a Közösség feladatainak teljesítését. A tagállamok minden olyan intézkedéstől tartózkodnak, amely a jelen Szerződésben előírt célok megvalósítását veszélyeztetheti.”

⁸ Kende Tamás-Szücs Tamás: Az Európai Unió politikái. Osiris Kiadó. Budapest, 2001. 96-97. pp.

⁹ Harmonizáció során a különböző jogrendszerek egységesítését próbálják megvalósítani, míg a koordináció esetében az eltérő nemzeti jogrendszerek sajátosságait megőrizve, egységes iránymutatások bevezetésével próbálják elérni az átjárást a különböző jogrendszerek alkalmazása tekintetében. Harmonizáció esetén egységes jogelvek és jogintézmények bevezetésére kerül sor, míg a koordináció esetében nem törekszenek egységes jogintézmények kialakítására, sokkal inkább annak biztosítását, hogy ne szenvedjenek hátrányt azok a munkavállalók és hozzátartozók, akik a Közösség több tagállamában kívánnak munkát vállalni, vagy munkavállalási céllal letelepedni. A harmonizáció alapvető eszköze a szociálpolitika területen (főleg a munkajogban) az irányelv, míg a koordinációt rendeletekkel valósítják meg a szociálpolitika területen.

cikke rendelkezik a személyek szabad mozgásának elősegítéséről az Európai Unió területén belül. Tilos a Közösségen belül mozgó munkavállalókkal szemben hátrányos megkülönböztetést alkalmazni, különösen arra való tekintettel, hogy nem az adott tagállam állampolgárai. Szociális területen a jogalkotás keretében megvalósuló koordináció keretében ennek érdekében a Közösség számos intézkedést fogantatott, amely révén gondoskodnak a munkavállalók szabad mozgásáról. Kiemelendő a **Szerződés 42. cikke**, amely szerint **„A Tanács – a 251. cikkben előírt eljárásnak megfelelően – meghozza a munkavállalók szabad mozgásának megteremtéséhez szükséges társadalombiztosítási¹⁰ intézkedéseket. Ennek során különösen olyan rendszert alakít ki, amely a bevándorló munkavállalóknak és igényjogosult hozzátartozóknak biztosítja:**

- a) **a különböző nemzeti jogszabályok szerint figyelembe vett minden időszak összevonását, amely a juttatásra való jogosultság megszerzése és megtartása, valamint a járadékösszeg kiszámítása szempontjából lényeges,**
- b) **a juttatások kifizetését a tagállamok területén lakó személyeknek.**

A Tanács a 251. cikkben előírt eljárás folyamán mindvégig egyhangúsággal dönt.”¹¹

Minden tagállamnak joga van eldönteni, hogy kik tartoznak a társadalombiztosítási rendszerébe, milyen feltételek mellett, milyen és mekkora juttatást kaphatnak, és mennyi hozzájárulást kell fizetniük. A Közösségi rendelkezések szabályokat és közös elveket fektetnek le, amelyeket minden tagállamnak meg kell tartania. A tagállamoknak biztosítaniuk kell, hogy a különböző nemzeti rendelkezések még véletlenül se legyenek diszkriminatívak azokkal szemben, akik egy másik tagállamba költöznek, illetve ideiglenesen ott tartózkodnak. A rendelkezések célja, hogy korrigálják azokat a feltételeket, amelyek kedvezőtlenül hathatnak a más tagállamból érkező munkavállalókra, illetve azok családtagjaira. Alapvető elvként fogalmazódik meg a **Szerződésben** az egyenlő bánásmód biztosítása az adott és más tagállamok állampolgárai részére, a munkavállaló által más tagországban szerzett társadalombiztosítási jogosultság elvesztésének elkerülése, valamint a munkavállaló társadalombiztosítási juttatásainak kiutalása, attól függetlenül, hogy melyik tagállamban tartózkodik. Az Európai Unióban nincs egységes európai egészségügyi jog a tagállami rendszerek helyett, vagyis nincs jogharmonizáció.¹²

Amikor a Római Szerződést megkötötték a tagállamok célja többek között a munkaerő-áramlás előmozdítása volt. A személyek szabad mozgása az Európai Gazdasági Közösségen belül az egészségügyi ellátások nélkül nem valósulna meg, az eltérő rendszerek összehangolása, koordinációja tehát szükséges. Az Európai Unióban fontos a rendelkezésre álló munkaerő lehető legjobb kihasználása. A személyek szabad mozgásával biztosítani lehet, hogy a Közösségben a munkavállalók eljuthassanak oda, ahol a munkájukra a lehető legnagyobb szükség van, és ennek következtében hosszú távon kiegyenlítődjenek a versenyfeltételek és a bérek. A szociális biztonsági rendszerek koordinációja a szabad mozgás érvényesülésének egyik legfontosabb előfeltétele. Az egységes európai munkaerőpiac – ahol minden Közösséghez tartozó polgár egyenlő esélyekkel rendelkezik – jelentős mértékben kihat a munkavállalók szociális helyzetére és egészségük megőrzésére. A személyek szabad mozgásának elve szerint a tagországok állampolgárai munkát vállalhatnak, vagy vállalkozási tevékenységet folytathatnak a Közösségen belül bárhol, egyenlő bánásmódban részesülve minden más tagállam polgáraival, mentesen az állampolgárságon alapuló diszkriminációtól.

A tagállamok területén szabadon mozgó munkavállalók szociális biztonságának garanciáját a 1408/71 EGK tanácsi rendelet valósítja meg (valamint a végrehajtására kiadott 574/72 EGK tanácsi rendelet). Ez a rendelet, a hozzá kapcsolódó terjedelmes Közösségi

¹⁰ Az eredeti angol szövegben: „the field of social security”.

¹¹ Fazekas Judit: Az Európai integráció alapszerződésai 2. KJK-Kerszöv. Budapest, 2002. 36.p.

¹² Meg kell jegyeznünk azonban, hogy részleges harmonizáció valósul meg az egészségügyi szolgáltatások igénybevétele tekintetében az Unióban az egységes Európai Egészségbiztosítási Kártya bevezetésével.

szabályanyaggal egyetemben minden tagállamban közvetlenül alkalmazandó és elsőbbséget élvez a belső joggal szemben. A koordinációs rendelet hatálya kiterjed az Európai Unió tagállamaira, továbbá Liechtensteinre, Norvégiára és Izlandra. Svájc esetében - egy külön az Európai Unióval kötött egyezmény alapján - szintén alkalmazni kell a rendelet szabályait, ez azonban az újonnan csatlakozó államokra nem vonatkozik, vagyis Magyarország és Svájc viszonyában továbbra is a magyar-svájci szociális biztonsági egyezmény alapján kell eljárni. Egyébként a rendelet főszabályként hatályon kívül helyezi a kétoldalú szociális biztonsági egyezményeket, azonban amennyiben azok magasabb szintű védelmet nyújtanak az állampolgároknak, akkor ezen cikkelyek tekintetében hatályában fenntartja. A rendelet főbb alapelvei, amelyek alapján el kell járni a részes tagállamok területén az egy ország jogrendszerének alkalmazása, az azonos elbírálás, a szerzett jogok megtartása és a biztosítási idők összeszámítása.

Az azonos elbánás elve alapján – amint már említettem - az Európai Unió polgárai ugyanolyan jogokkal és kötelezettségekkel rendelkeznek egy másik tagállamban, mintha annak állampolgárai lennének. Az egy ország jogrendszerének alkalmazása szempontjából főszabályként úgy kell eljárni, hogy annak a tagállamnak a szabályai szerint biztosítottak, amelyben kereső tevékenységet folytatnak. A szerzett jogok megtartása alapján az egyik tagállamban megállapított ellátásokat megszorítások nélkül akkor is folyósítani kell, ha a jogosult valamely más Európai Unió tagállamban tartózkodik. A biztosítási idők összeszámítása alapján pedig az egyik tagállamban megállapítandó ellátások nyújtásánál – amennyiben szükséges – biztosítási előzményként figyelembe kell venni az Európai Unió egyéb tagállamaiban biztosításban töltött időszakot is.

A rendelet személyi hatálya kiterjed a foglalkoztatottakra, az önálló vállalkozókra, a köztisztviselőkre, a közalkalmazottakra, mindhárom kategória családtagjaira, valamint a tagállamok területén állandó jelleggel lakó menekültekre, hontalanokra és családtagjaikra, továbbá a diákokra és családtagjaikra.

A rendelet a tagállamok szociális biztonsági rendszereinek koordinációja tekintetében kiterjed a betegségi-anyasági ellátásokra, a rokkantsági ellátásokra, az öregségi ellátásokra, az özvegyi és árvaellátásokra, a munkahelyi balesettel és foglalkozási megbetegedésekkel kapcsolatos ellátásokra, a haláleseti ellátásokra, a munkanélküli ellátásokra és a családi támogatásokra. Ezek közül most a betegségi ellátás az, amelynek a részletes elemzése szükséges. Amikor a tagállamok állampolgárai szabad mozgáshoz való jogukkal élnek fontos, hogy egészségük megőrzése biztosított legyen. Az egészségügyi ellátórendszerek finanszírozási megoldásai, valamint az egészségügyi szolgáltatások szabályozása minden tagállam saját joga. Az egészségügyi ellátások hazai igénybevételének részletszabályait is a tagállamok maguk alakítják ki. Azonban alapelv, hogy amennyiben a rendelet hatálya alá tartozó személy egy másik tagállamban betegedne meg, vagy érné baleset, akkor ugyanolyan feltételekkel tudja igénybe venni az adott ország egészségbiztosítási ellátásait, mint az adott tagállam saját állampolgára.

Az alkalmazandó jog szempontjából a *lex loci laboris* elve a meghatározó, vagyis annak a tagállamnak a jogszabályai szerint biztosított az egyén, amelyikben kereső tevékenységet folytat, ahol a foglalkoztatása történik. Ha egyéni vállalkozóról van szó, akkor annak a tagállamnak a joga irányadó, ahol ezen önálló kereső tevékenységét kifejti. A hajó fedélzetén foglalkoztatott munkavállaló esetében annak a tagállamnak a jogszabályait kell alkalmazni, amely tagország lobogója alatt a hajó közlekedik. A köztisztviselők és a velük azonos jogállású személyek azon tagország jogának a hatálya alá tartoznak, amelynek a hatósági foglalkoztatják.¹³ Ezekre az általános szabályokra csak akkor lehet támaszkodni, ha a rendelet 14-17. cikke nem állapít meg az általánostól eltérő különös szabályokat. Ezek az eltérő

¹³ 1408/71 EKG Tanácsi rendelet 13. cikk.

szabályok egyrészt a kiküldetésre vonatkozóan állapítanak meg eltéréseket, amikor is annak az államnak a jogszabályai kerülnek alkalmazásra, amelyik a kiküldetésről rendelkezett, másrészt, amikor egyszerre több tagállamban történik munkavégzés. Az egyszerre több tagállamban végzett munka speciális megjelenési formája a határmenti munkavállalók esete. A rendelet lehetőséget biztosít arra nézve is, hogy két vagy több tagállam, illetve ezek illetékes hatóságai közös megállapodással eltérjenek a fenti rendelkezésektől bizonyos személyek, vagy személyek bizonyos csoportjai érdekében. Magyarországon az illetékes hatóság az Országos Egészségbiztosítási Pénztár.

A fent írtakra tekintettel sürgősségi egészségügyi ellátást, teljes egészségügyi ellátást vagy hazai helyett külföldi gyógykezelést kaphatnak az Európai Unió területén a tagállamok állampolgárai, attól függően, hogy átmenetileg vagy végleges ottlakás céljával, illetőleg kifejezetten valamilyen gyógykezelés igénybevétele miatt tartózkodnak az adott tagállamban. Természetesen a legszélesebb körű ellátások a valamely tagállamban munkavégzés miatt átmenetileg vagy végleges céllal tartózkodó személyeket illeti meg. Ők valamennyi egészségbiztosítási ellátásra jogosultak, mind a természetbeni ellátásokra, mind pedig a pénzbeli ellátásokra (vagyis Németországban munkát végző magyar állampolgár, ha a német szabályok szerint biztosított, akkor teljes egészségügyi ellátásra jogosult Németországban). Amennyiben valaki nem abban az államban veszi igénybe az egészségügyi szolgáltatást betegsége miatt, amelyikben biztosított, abban az esetben az **Európai Egészségbiztosítási Kártya** révén az orvosilag szükséges ellátások igénybevételére jogosult. Az Európai Egészségbiztosítási Kártyával rendelkező, ellátásra jelentkező személyek a tervezett tartózkodásukra tekintettel orvosilag szükségessé váló szolgáltatásokban részesülhetnek az adott tagországban biztosítottaknak megfelelő feltételekkel. Az orvosi szükségesség fennállásáról – körülmények mérlegelésével – a kezelőorvos dönt. Orvosilag szükségesnek azonban nem csak az azonnal nyújtandó szolgáltatások minősülhetnek.

Amikor az igényelt ellátást a beteg állapotára való tekintettel nem feltétlenül szükséges rövid időn belül nyújtani, a szolgáltatónak figyelembe kell vennie, hogy az illető személy milyen hosszú időt kíván a tagországban tölteni. Az egészségügyi ellátás nyújtásának tehát alapvető kritériuma annak vizsgálata, hogy a tagállam biztosítottja külföldi tartózkodásának tervezett ideje alatt milyen gyógykezelésben kell részesíteni. A gyakorlatban ez azt jelenti, hogy minden egyes ellátás nyújtható egy másik tagállamban a magyar egészségbiztosítás terhére, amely a biztosított állapotára és tartózkodásának várható idejére tekintettel orvosilag szükséges. Fontos annak is a vizsgálata, hogy az ellátás oka (a betegség) az adott tagállamban való tartózkodás során jelentkezett, vagy olyan mértékben vált súlyossá, hogy a beavatkozás szükséges. Az eldöntés szempontjából fontos szerepe van az adott tagállam kezelőorvosának, és/vagy a tartózkodási hely szerinti és a költségek elszámolásában közreműködő biztosítónak. A gyógyszerek tekintetében, amennyiben a gyógyszer felírását a kezelőorvos szükségesnek tartja és az adott ország biztosított állampolgárának az a gyógyszer támogatással jár, akkor ugyanolyan feltételek mellett váltható ki az ott tartózkodó részéről, mintha helyileg biztosított lenne.

A magyar egészségbiztosítás alapján az Országos Egészségbiztosítási Pénztár mindazokat az ellátásokat kifizeti, amelyeket az Európai Unió tagállamainak állampolgárai tekintetében is a biztosítójuk fizet. Ezeket térítésmentesen lehet igénybe venni. Azokért az ellátásokért azonban, amelyekért az Európai Unió tagállamainak állampolgárai is maguk fizetnek, a magyar állampolgároknak is fizetniük kell az adott tagállamban. Ez az azonos elbánás elvének következménye. A magyar egészségügyi szolgáltatásokra jogosult személyek kérelemre a Megyei Egészségbiztosítási Pénztártól igényelhetik az **Európai Egészségbiztosítási Kártyát**, amely alapján az Európai Unió tagállamainak területén - átmeneti tartózkodásuk során - igénybe vehetik betegségük esetén a szükséges egészségügyi szolgáltatásokat. Az egészségügyi szolgáltatás igénybevételéhez szükséges, hogy a Kártyával

rendelkező jogosult az adott tagállam társadalombiztosítási-egészségbiztosítási szervével szerződéses kapcsolatban álló egészségügyi szolgáltatójához forduljon. A Kártya érvényességi ideje alapvetően a kiállításától számított 12 hónap végéig érvényes, azonban a saját jogú öregségi nyugdíjban részesülő személyek esetében 36 hónapig, míg a 17. életévüket be nem töltött. Magyarországon élő magyar állampolgárok esetében a nagykorúság betöltéséig, de legfeljebb 36 hónapig érvényes. A Kártyával csak egy másik tagállamban vehetők igénybe a szükséges egészségügyi szolgáltatások.

Lehetőség van arra, hogy a biztosított – amennyiben itthon nem jutna hozzá – akkor valamelyik másik tagállamban vegye igénybe a szükséges gyógykezelést. A Rendelet szerint *„az a munkavállaló vagy egyéni vállalkozó, aki az illetékes állam juttatásnyújtási követelményeiről szóló jogszabályainak megfelel, és aki az illetékes intézménytől engedélyt kapott, hogy más állam területére költözzön, hogy ott állapotának megfelelő kezelésben részesüljön jogosult”*¹⁴ egészségügyi szolgáltatásra, kezelésre. A Rendelet továbbá kimondja, hogy az előbbi engedélyt nem szabad megtagadni, ha *„az említett kezelés azon tagállam jogszabálya alapján járó juttatásokhoz tartozik, amelyben a jogosult lakik, és ha a jogosult egészségi állapota miatt a betegség előrelátható tartama miatt a kezelést ezen időszakon belül, amely azon országban, ahol a lakóhelye van, rendes körülmények között szükséges, nem kaphatja meg.”* Ebben az esetben tehát akkor lehet a külföldi gyógykezelés lehetőségével élni, ha az egészségügyi szolgáltatáshoz az általában szükséges időn belül nem lehet hozzájutni. A külföldi gyógykezeléshez indokoltságához támogató orvosi szakvéleményre (illetékes országos intézet) is szükség van, vagyis abban az esetben, ha a tagállam biztosítója engedélyezi – az ehhez szükséges formanyomtatványokkal, amelyek alapján a költségeket fedezi – és gyógykezelés céljával utazik valaki egy másik tagállamban, abban az esetben az ellátásért nem kell fizetnie, a költségeket az egészségbiztosítója egyenlíti ki. Aki azonban nem rendelkezik engedéllyel, annak saját magának kell a számlát kifizetnie.

Az Európai Unióban az egészségügyi ellátórendszerek kialakítása és működtetése tehát alapvetően tagállami hatáskörben van, az Unió elsődlegesen csak technikai-szabályozási eszközökkel avatkozik be az ellátások igénybevétele tekintetében. Azonban nem lehet figyelmen kívül hagyni, hogy az egységes piac (beleértve a munkaerőpiacot is) szempontjából szükséges lenne az egészségügyi rendszerek területén is a tagállamok szorosabb együttműködésére, és egységesebb intézmények kialakítására, hiszen az Európai Unió akkor tud versenyképes maradni, ha a munkavállalói egészségesebbek, és magasabb szociális védelemben részesülnek, ami vonzó lehet más országok polgárai számára is.

¹⁴ 1408/71 EGK Tanácsi rendelet 22 cikkely 1) bekezdés C) pont

Karácsony András

Jogelmélet – Jogszociológia (diszciplináris feszültségek)

Amennyiben a jog *elméleti* reflexióira vagyunk kíváncsiak, akkor igencsak széles területre kell figyelmet fordítani. E területen egyébként nagyon különböző jellegű munkákkal találkozhatunk, mint pl.:

- a jog szűken vett szakági reflexióival (pl. pénzügytan, magánjogi, büntetőjogi dogmatika),
- a jogról általános igénnyel érkező munkákkal, melyek a gondolkodástörténeti hagyományban különböző diszciplinaként is megjelentek, mint pl. jurisprudentia, jogfilozófia, jogtan, jogdogmatika, jogi módszertan, jogelmélet, jogszociológia,
- és végül a „társdiszciplinák” (etika, politikai filozófia, szociológia, társadalomfilozófia, társadalomelmélet) területén született elemzésekre is gondolhatunk, melyek ugyan a nevükben nem jelzik, ám mégis gyakorta kitekintenek a jog problematikájára.

Ebből az igencsak tágas horizontból előadásomban két összefüggést tárgyalok:

- a) a jogfilozófia, a jogelmélet és a jogszociológia diszciplináinak megjelenését,
- b) Niklas Luhmann elméleti kísérletét, mely a jogelmélet és a jogszociológia diszciplináit mintegy keresztbemetszve a jog szociológiai elméletét egy meghatározott társadalomelméleti keretben fejtette ki.

ad a)

Noha a 'jogfilozófia' fogalmának elterjedésében a göttingeni magánjogász Gustav Hugo tankönyve (*Lehrbuch des Naturrechts*, 1798) kulcsszerepet játszott, ám maga a fogalom mint könyvcím már korábban megjelent a latin nyelvű értekezésekben.

Először 1650-ben tűnt fel egy elméleti jellegű jogi disszertációk gyűjteményét kiadó lipcsei munka címében. A kötet szerkesztője arra törekedett, hogy a megszokott természetjogi tanulmányoknál a *pozitív joghoz* közelebb álló írásokat gyűjtsön a kötetbe. A következő munka Christian Thomasius egy korai munkája, mely jogfilozófia címszó alatt a gyakorlati filozófia és a római jog közötti egyensúlyteremtést célozta meg. Mindkét szerző jogász volt, és a jogfilozófia újonnan bevezetett fogalmával arra tettek kísérletet, hogy hidat verjenek a pozitív jog és az absztrakt filozófiai pozíció között. A következő jelentős munkaként Johannes Godofredus Hartungius disszertációja említhető, ami már kifejezetten a természetjog alternatívájaként fogalmazódott meg, és a szerző éppen ezért használta a 'philosophia juris' könyvcímet.

A fogalomhasználatban beálló fordulat jele Gottfried Achenwall műveiben figyelhető meg, melyekben a szerző a természetjogot gyakorlati filozófiaként, illetve 'jus philosophicum'-ként határozta meg. És ebben már a jogfilozófia fogalma elvesztette a pozitív joghoz való kapcsolódást.

Német nyelven Gottlib Hufeland használta először a jogfilozófia (Philosophie des Rechts) kifejezést, és itt újból megjelent a *pozitív joghoz* való kötődés. Hufeland a természetjogtól világosan elválasztotta a jogfilozófiát, és az utóbbit kifejezetten rendszertani illetve történeti összefüggésben alkalmazta. Rendszertani értelemben a *természetjog* és a *jogdogmatika* (pozitív jog) között helyezte el a jogfilozófiát. A jogfilozófia, ez az új tudomány a *természeti* állapotból, ahol a természetjog érvényesül, a *társadalmi* állapotba /Hufeland

fogalomhasználatában: állami állapot/, ahol a pozitív jog érvényesül, történő átmenetet vizsgálja, és annak meghatározásával foglalkozik, hogy mit szabad változtatni az államnak és mit nem.

Az ezerhétszázas évek legvégén már több könyv hordozta címében a jogfilozófia kifejezést, de széles körben ismertté a kantianus Gustav Hugo által vált, aki a *természetjog* és a *jogfilozófia* összekapcsolására tett kísérletet.

A 19. század elejétől már nagyon gyakorivá vált a jogfilozófia terminus, és széles sprektumban használták. Hegel 1821-es könyvében (*A jogfilozófia alapjai*) a jogeszmé és a jog megvalósulásának problematikáját egyaránt átfogta a jogfilozófia, ám a megvalósulás alatt nem a pozitív jog empirikus valóságát értette, hanem a jogeszmé fogalma által tételezett valóságot, azaz valamiféle ideális megvalósulást. És ezzel megnyílt az út – s a későbbi fogalomtörténet már ezt mutatja –, hogy a *jogfilozófia terminus a ténylegesen működő jogtól elszakadjon*.

Sem a jogelmélet, sem pedig a jogszociológia története nem nyúlik vissza a messzi múltba. A *jogelmélet* mint a jog sajátos elméleti reflexiója a jogfilozófiától, ami a 19. században gyakorlatilag a természetjog művelését jelentette, különült el. Először 1788-ban August Wilhelm Meyer használta a jogelmélet (Rechtstheorie) kifejezést. Jogelmétről akkor beszéltek, ha valaki a joggyakorlattól eltekintve csak elméletileg foglalkozik a joggal. Visszatekintve ezekre az évtizedekre, úgy is fogalmazhatunk – és ez nagyon karakterisztikusan mutatja a természetjogi irányultságú jogfilozófiától való különbözőséget –, hogy a jogelmélet kialakulása mint a *pozitivist* jogfelfogáshoz illeszkedő jogelmélet kialakulása ragadható meg. Amíg a jogfilozófia a jogról való gondolkodás normatív aspektusát emelte ki, addig a jogelmélet művelői arra törekedtek, hogy „a mindenkori jogrendszert a reális funkciómódjában megismerjék és leírják” (Rüthers 1999:7). Azaz a jogelmélet *tudományos* igényű vállalkozás. Ami azzal jár, hogy a tudományosság kritériumainak meg kell felelnie: rendszerezett, racionálisan felülvizsgálható (ellenőrizhető), más tudósok (más szándékkal és előfeltevésekkel) tesztelhetik, röviden: állításaival kapcsolatosan az igazság kérdés felvethető.

Nézzük a másik diszciplínát, a *jogszociológiát*. A 19. század közepén született szociológia alapítója Comte volt, ám az elmúlt másfél évszázados történetére inkább Durkheim és Weber munkássága nyomta rá bélyegét a szociológia tudományára.

Amennyiben a jogszociológiai látásmód előfutárait keressük, akkor a 'szerződéselméletekre' is gondolhatunk, mivel ezek a társadalom- és politikai filozófiai elképzelések a társadalmat meghatározott jogviszonyra (szerződésre) alapozták. Ha viszont nem akarunk ennyire a messzi múltba fordulni, akkor legalább Maine *Ősi társadalom* (1861) c. könyvét kell megemlíteni, ami szintén megfontolandó gondolatokat és történelmi anyagot szolgáltatott egy lehetséges jogszociológiai megközelítés számára.

Tudománytörténeti közhely, hogy a jogszociológia mint önálló tudományszak megalapítója a jogtudós Eugen Ehrlich volt. Ehrlich nem a szociológusként jutott arra a felismerésre, hogy a jogszociológia egy fontos részterülete a szociológiának, hanem *jogtudósként* (egyetemi állásában a római jog oktatója volt) fogalmazta meg azt a gondolatot, hogy a jog működésének magyarázatában, szakítva a jogelméleti konvencióval, nem a pozitív, hanem az 'élő' jog (szokásjog) elemzésére kell támaszkodni. Sőt, nem egyszerűen a jogszociológia keletkezése kapcsolható nevéhez, hanem Ehrlich a *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913) c. művében a jogszociológiát egyenesen mint a jogtudomány megalapozását fejtette ki. Ehrlich ugyan jelentős mértékben hatott a 20. század jogi gondolkodására, ám ennek ellenére az európai gondolkodástörténetben a szűken vett jogszociológia területén, illetve a német jogelméleti irodalomban – legalábbis évtizedeken keresztül – csekélyebb figyelmet kapott. Hogy a jogszociológia kutatói kevésbé támaszkodtak Ehrlichre, ez talán azzal is magyarázható, hogy a jogszociológusok elsősorban szociológusok voltak és nem pedig jogtudósok, s ebből következően sokkal fontosabbnak tűntek számukra a szociológia klasszikusai. A német jogtudományi recepció vonatkozásában pedig döntő jelentőségű volt,

hogy Ehrlich felvetésének első kritikusa éppen Kelsen volt, akinek elutasítása, nem kis mértékben Kelsen tudományos tekintélyének köszönhetően, évtizedeken át jelentős mértékben kihatott a német jogi gondolkodásra. Ezt mutatja egyébként sikertelen habilitációs próbálkozása is. Ugyanis 1919-ben érdeklődött Eugen Hubernél, hogy lehetséges-e Bernben jogszociológiából habilitálni, ám Huber elutasította a kérelmet.

A jogszociológia és a jogelmélet kompetenciavitájának első fordulója Ehrlich és Kelsen között a tízes években zajlott. Ehrlich, abból kiindulva, hogy a jog társadalmi jelenség, a jogszociológiát tartotta a jog tudományos elméletének. Kelsen viszont azt hangsúlyozta, hogy a jogi fogalomalkotásnak meg kell szabadulnia – többek között – a szociológiai jellegű elemektől, mégpedig azért, mert a jogtudomány *normatív* tudomány. Ehhez szolgált a „Sein” és „Sollen” határozott elválasztása, melynek alapján Kelsen a jogot csak mint normát vette figyelembe és csak mint ilyent tartotta a jogtudomány tárgyának. Kelsen nem vitatta, hogy a szociális valóságban a „Sein” és a „Sollen” összekapcsolódik, és ennek megfelelően nem tagadta a jogszociológia tudományos illetékességét, azonban módszertani szempontból megkerülhetetlennek látta az elválasztást, éppen azért, hogy fenntartsa egy a jogszociológiától különböző jogtudomány (a jogelmélet) lehetőségét. Kelsen azonban nemcsak a jogszociológia és a jogelmélet megkülönböztetését illetően vitázott Ehrlich-hel, hanem abban is, hogy szerinte Ehrlich jogszociológiája, legalább is részben, egyáltalán nem jogszociológia, mégpedig ott és annyiban nem jogszociológia, ahol nem követi a jogászt, ahol olyan társadalmi jelenségeket vont be a vizsgálatba, amiket a jogász a norma szempontjából nem vett figyelembe. És ezzel megfogalmazódott a jogszociológia szempontjából az a fontos kérdés, hogy a ’társadalmi összetevő’ tekintetében mire is kell figyelnie a jogszociológusnak? Arra, amit maga a jogász – legyen akár jogalkotó, akár jogalkalmazó – figyelembe vesz, avagy mindarra, ami a jog szociológiai (jogon kívüli) kutatója szemében releváns társadalmi tényező?

Ehrlich és Kelsen vitája tartósan meghatározta és egyértelműen elválasztotta a *jogszociológiai* és a *jogpozitivist* szemléletű *jogelmélet* kutatási irányát. Luhmann elméleti törekvése e polaritás átformálására irányult annyiban, hogy jogpozitivist álláspontból fejtett ki egy sajátos jogszociológiai felfogást, pontosabban a jogelmélet szociológiai felfogását.

Ad b)

Luhmann már az 1972-ben publikált *Rechtssoziologie [Jogszociológia]* című monográfiájában egyértelműen megfogalmazta, hogy munkája *nem* jogszociológiai igénnyel íródott, hanem a joghoz *társadalomelméleti* fogalmisággal közelít. És ez a megközelítésmód a későbbiekben is jellemezte elemzéseit, de nemcsak a jog, hanem a többi társadalmi részrendszer vonatkozásában is. A társadalomelméleti (vagy másként fogalmazva: szociológiaelméleti) látásmódot azért választotta Luhmann, mert hangsúlyozni kívánta, hogy a részrendszerek (a jog és persze a vallás, a politika, a gazdaság stb.) a *társadalom* részrendszerei, azaz a társadalomra tekintettel kell elemezni ezeket. S ebből a konkrét elemzési stratégia szempontjából az következett, hogy olyan fogalmakat kellett az elemzés során bevetni, melyek nem részrendszer-specifikusak, hanem mindegyik részrendszer működésében egyaránt vizsgálhatók (pl. kód, program, evolúció, funkció), s így lehetővé teszik az *összehasonlítást*. Ennek az elemzésmódnak azonban van egy komoly hátránya, mégpedig az, hogy az adott tárgyterület specifikumait csak másodlagosan képes megragadni. Nem véletlen, hogy a luhmanni jogfelfogással éppen a hagyományos jogelméleti, jogszociológiai álláspontok képviselői vitakoztak a legélesebben.

Az előzőekben említett *Rechtssoziologie* későbbi kiadásához írt utószóban Luhmann a saját elméleti pozícióját úgy határozta meg, hogy a *jogrendszer szociológiai elméletének* felvázolására törekedett, azaz tágabban: a jogelmélet, a jogdogmatika, a jogtudomány szociológiáját akarta adni. Szerinte a *jogelméletet*, a *jogdogmatikát* szociológiailag mint a jogrendszer *önleírásának* különböző formáit ragadhatjuk meg. „A jog szociológiai elméletét

nem szabad az ilyen önleírásokkal összecserélni. A szociológia a rendszert kívülről figyeli meg és kívülről írja le, és ezáltal többet és kevesebbet is lát mint a jogelmélet. A szociológia összehasonlít, de nem legitimál!” (Luhmann 1983:360).

A hetvenes években több írásban foglalkozott a diszciplináris kérdésekkel. Ezeket az elemzéseket gyűjtötte össze az *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981) tanulmánykötetbe, melynek az előszavában a szerző a következőképp összegzi saját elemzési pozícióját:

A *jogszociológiát* és a *jogelméletet* megszokott különböző diszciplinaként érteni. Az első esetben az empirikus szociológiai kutatás speciális területéről van szó, a másodikban pedig a jog alapjellemzőinek elemzéséről, ami a *jogtudomány* részdiszciplínája. Ez a választóvonal különböző perspektívákat, módszereket, kutatási gyakorlatokat választ el egymástól. E könyv tanulmányai ezen különbözőségekre kíváncsiak. „De nem azzal a szándékkal, hogy ezt a differenciát egy 'szociológiai jogelméletben' eltüntesse. – majd így folytatja Luhmann – „A szándék inkább az, hogy egy olyan szociológiai elméletet mutasson be, ami magában foglalja a jogelmélet (miként más gondolati képződmények) elemzésének lehetőségét” (Luhmann 1981:7).

Ebből a gyűjteményes kötetből számunkra különösképp két írás érdekes. Az egyik egy viszonylag korai publikáció */Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang*, első megjelenés: 1972/ (Luhmann 1981:191-240). Ez az írás a hagyományos (deduktív megalapozású univerzális) jogelmélet nehézségét abban látja, hogy a tudományos elvárás szerint egy efféle jogelméletnek minden lehetséges joggal (jogrendszerrel) kompatibilisnek kell lennie, azaz különböző jogrendek magyarázatára alkalmasnak kell lennie, s ebből következően fogalmait nagyon absztrakt szinten kell tárgyalnia. Ezzel szemben Luhmann egy másféle jogelméleti megközelítést tartott termékenyebbnek, egy olyant, ami kevésbé absztrakt, ha úgy tetszik 'realitás közeli' képes megragadni a jogrendszert.

Az általa ajánlott jogelméletet különböző kifejezésekkel írta körül: *problémaorientált jogelmélet, szociológiailag orientált jogelmélet, szociológiai funkcionális, funkcionális irányultságú jogelmélet*. Szerinte ez a funkcionista módon kérdező, rendszerelméleti megközelítésű és a kontingencia - problémát középpontba állító jogelmélet a problémák újféle artikulációját teszi lehetővé és nem kötődik a jogelmélet klasszikus kánonjához. Mint látható ekkoriban Luhmann még a jogelmélet fogalmát használta elemzési pozíciójának megjelölésére, igaz ezt korlátozó, pontosító jelzőkkel látta el.

A másik fontos tanulmány ebből a kötetből a *Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive* /első megjelenés: 1979/ (Luhmann 1981:419-450). Ebben az írásban Luhmann a jogelméletnek mint reflexiós elméletnek a helyzetét vizsgálta. A jog, noha funkcionálisan *elkülönült* a társadalom többi részétől, *teljesítményeit* a többi részrendszer számára rendelkezésre bocsátja. A jog biztosítja a gazdaságban a tőkeképzés lehetőségét, a népesség számára a tankötelezettséget, az alkotmányos korlátokat a politika számára stb. A jogelmélet mint a jog reflexiós elmélete (másként fogalmazva: a rendszer elmélete a rendszerben) *az elkülönült funkciót és az összekapcsolódó teljesítményt egyaránt tematizálja*. Ez a reflexiós elmélet tudományos igényű, s ezért a jogelmélet nem egyszerűen a joggal foglalkozik, hanem *tudományos* módon foglalkozik a joggal, azaz a jogelméletnek figyelmet kell fordítani a tudományelméletre is, mivel a tudományelméletben fogalmazódnak meg a tudományossággal kapcsolatos minták, normák (elvárások). A tudományelmélet egyébként szintén reflexiós elmélet, a tudomány reflexiója, és sajátos viszonya van más reflexiós elméletekhez – hangsúlyozza Luhmann. Egyfelől *kontrollként* (szabályozó instanciaként) jelenik meg más tudományos igényű reflexiós elméletek számára (pl. a jogelmélet, a pedagógia, a teológia esetében erről van szó). Másfelől a tudományelmélet reflexiós *modellként* is működik más reflexiós elméletek számára. E tekintetben nem mint szabályozó szerepel, hanem az összehasonlítás lehetőségét adja.

Fogalmilag letisztázottan és elméletileg a legkiérleltebb formában a társadalom részrendszereiről szóló monográfiák sorában publikált *Das Recht der Gesellschaft* c. munka fogalmazza meg ennek a sajátos elméleti pozíciónak jellemzőit. A jogtudományi és a szociológiai látásmód alapvető különbözőségét Luhmann úgy határozta meg, hogy a *jogtudomány* mindig a *normatív rendből* indul ki, s ebből következően az általános jogelmélet alapfogalma a *normafogalom* (azaz a jogelmélet a normák – tények különbségtévesztését tartja alapvetőnek), míg a szociológia a *szociális viselkedés*, az intézmények, a szociális rendszerek iránt érdeklődik, azaz aziránt, „*ami úgy van, ahogy van*” (Luhmann 1993:14).

A luhmanni elmélet szociológiaelmélet. Azaz a normára mint *tényleges* elvárásra tekint – ami vagy van, vagy nincs. „A szociológusok számára nincs 'jogeszme' a jog felett” – írja Luhmann (Luhmann 1993:31). De hasonlóképp nem foglalkozik a törvényfeletti joggal mint egy különös érvényességi szinttel az érvényesülő jogrend fölött, aminek alapján vizsgálhatná, hogy a jog egyáltalán jog-e avagy nem? Érvényességnek egyszerűen azt tekinti, amit a jogban érvényesként jelölnek meg. Ezzel szinkronban foglal állást a jog határait vizsgáló kérdést illetően is. Hogy mi tartozik a joghoz, és mi esik azon kívül – ezt Luhmann szerint kívülről nem dönthetjük el, mivel „maga a jog határozza meg saját határait” (Luhmann 1993:15).

A jogelméletnek mint a jogrendszer önreflexiójának művelője két világra tekint. Egyfelől hozzájárul a tudományos ismeretek gyarapításához, másfelől pedig a jogélet működtetőit is orientálni szándékozik. A jog szociológia vizsgálatát viszont csak az előbbi jellemzi. „Eltérően a jurisprudentiától, a jogfilozófiától vagy a jogelmélettől – melyek magában a jogrendszerben való használatot célozzák meg, vagy legalábbis azt megvilágítandó értelmet akarnak megjeleníteni és feldolgozni – a jogszociológia címzettje maga a tudomány, és nem a jogrendszer.” (Luhmann 1993:31) És ezért nem várhatja el, hogy eredményeit jogilag (azaz a jogrendszerben) relevánsként számba vegyék. Ám irritációk lehetségesek.

A jog szociológiai elmélete a társadalomra mint a jogrendszer szociális környezetére tekint, ám ugyanakkor a jogrendszer minden művelete mindig a társadalom művelete is. Része a társadalomnak: mert műveletei kommunikációk, viszont elkülönült a társadalom minden másféle részétől: mert műveletei meghatározott (speciális) kommunikációk. A jogrendszer szociológiai elemzése egyúttal mint a társadalomelmülethez való hozzájárulás is felfogható.

Irodalom

- Luhmann, Niklas 1981: *Ausdifferenzierung des Rechts*. Suhrkamp, Frankfurt a. M.
 Luhmann, Niklas 1983: *Rechtssoziologie* Westdeutscher Verlag, Opladen (2. bővített kiadás)
 Luhmann, Niklas 1993: *Das Recht der Gesellschaft* Suhrkamp, Frankfurt a. M.
 Rüthers, Bernd 1999: *Rechtstheorie*. München, Beck Verlag

Karácsony András
Opponensi vélemény
Gedő Éva: Carl Schmitt decizionista politikafilozófiája c. értekezéséről

Gedő Éva dolgozata Carl Schmitt gondolkodói pályafutásának „korai” és „első” szakaszával foglalkozik. Már ez a megkülönböztetés („korai” és „első” szakasz, vagyis miért nem „első” és „második” szakasz?) sejteti, hogy nem könnyű szakaszokra bontani a schmitti életművet – az ezzel kapcsolatos nehézségeket egyébként a szerző is jelzi. A konkrét tartalmat tekintve a disszertáció írója azt a kérdést állítja középpontba, hogy Carl Schmitt gondolatvilágában milyen módon jelent meg a döntés témája, s miként vált központi jelentőségűvé? Az elemzés a „Der Wert des Staates...” –tól a „Der Begriff des Politischen”-ig terjedő időszak (1914-1932) műveit tárgyalja.

Schmitt életművének periodizálási nehézségei abból következnek, hogy maguk az írások nehezen megragadhatók. Pontosabban – miként erre a szerző felhívja a figyelmet – első pillantásra egyértelműnek tűnik Schmitt álláspontja, ám amikor műveit egymásra és az őt körülvevő szellemi-politikai környezetre vonatkoztatva továbbgondoljuk, akkor már Schmitt nehezen sorolható be a konvencionálisan elfogadott elméleti pozíciók valamelyikébe. (Hozzátenném: legpontosabban talán tagadó kategóriákkal írhatjuk le pozícióját, pl. antiliberális, vagy nem jogpozitivist.) A besorolást eleve megnehezíti az az alapvető kettősség, amit Gedő Éva a „szituáció kötöttség” – „fogalmi következetesség” ellentmondásával jellemez. Ugyanis Schmitt, mindig is figyelt arra, hogy az írása milyen társadalmi-politikai kontextusban jelenik meg. Nem valamiféle „örök beszélgetés”-ben kívánt résztvevő lenni, hanem az *itt és most* - ban akarta befolyásolni a dolgok állását. Röviden: nem hátrált meg a döntéstől. Ez az aktivitás azonban az idők folyamán különböző módozatokban jelentkezett. Schmitt tehát mindig aktuális problémákhoz szólt hozzá, művei a mindenkori jelen szellemi-politikai kontextusába ágyazódtak, ugyanakkor az elemzések során kialakított fogalmi készletét nagyon következetesen használta a különböző szituációk megragadásakor. Egyébként szerintem ezzel függ össze Schmitt ún. „jogász szemlélete”, amiről a disszertáns is ír, ám sajnos tartalmilag nem bontja ki. A jogász ugyanis mindig egy absztrakt fogalmi rend és a konkrét szituáció együttlátására törekszik.

Az elemzésre kiválasztott művek sorával kapcsolatosan – tekintettel az értekezés címére és téma meghatározására – meg kell jegyezmem, hogy a „Gesetz und Urteil” (1912) kihagyása nem volt szerencsés döntés. Ugyan a 66. oldalon olvasható egy e műre utaló rövid gondolatmenet, ám – éppen a schmitti decizionizmus gondolat feltárása szempontjából – érdemes lett volna bevonni a vizsgálódásba. Ugyanis Schmitt e korai írásának alapkonceptiója az ezt követő „Der Wert des Staates...” ellentétéként is értelmezhető. Az 1914-es „Der Wert des Staates...” – ahogy ezt Gedő Éva is elemzi – az eszme és valóság dualizmusával, illetve a jognak (a jogeszmének) a hatalommal (az állammal) szembeni elsőbbségével jellemezhető. Míg az 1912-es „Gesetz und Urteil” – a bírói döntés szuverenitásának középpontba állításával – a hatalomra nem mint az eszme és a valóság közti közvetítőre tekint, hanem mint valamiféle kiindulópont, elsődlegesre. Ha ez az értékelés elfogadható, akkor nem arról van szó, hogy az 1914-es „Der Wert des Staates...”-t követően került a döntés problémája Schmitt látókörébe, hanem inkább azt mondhatjuk, hogy már a kezdetektől jelen volt a döntés súlyának felismerése (a hatalom elsődlegessége a joggal szemben), ám Schmitt kísérletet tett arra is, hogy ennek az ellentétét is végiggondolja (a jog elsőbbségét a hatalommal szemben).

A következőkben nem kívánom sorra venni és ismertetni a disszertáció fejezeteit – ezt nem is tartom feladatommak –, csupán egy-két általánosabb gondolatot fogalmaznék meg, majd ezt követően pedig néhány kritikai megjegyzéssel zárom mondandóm.

Az értekezés szerzője pontosan látja a schmitti életmű alapproblematikáját. Mégpedig azt, hogy egy olyan gondolkodói teljesítményt elemez, mely különösképp fogékony a kiélezett, azaz a korszellemre tekintve provokatív fogalmiságra, ugyanakkor a vizsgált szerzőre a rejtőzködés, a homályban hagyás is jellemző. Ugyanis nem tartja fontosnak kisebb-nagyobb koncepcionális elmozdulásai során, hogy korábbi írásaira utaló reflexióval segítse olvasóját. Meg kell említenem, hogy Gedő Éva ezekre a „fény-árnyék” játékokra, egymással szembenálló pozíciók együtt-tematizálására előszeretettel használja (többször) a „billeg” kifejezést, amit viszont kevésbé tartok szerencsésnek. Annak ellenére, hogy megérteni vélem, ezzel Schmitt esetleges egyensúlyozó szellemi-politikai akrobatikájára kíván utalni, ám ennek ellenére nem érzetem kielégítő stílár megoldásnak.

A disszertáció egyik legkidolgozottabb fejezete, melyben a szerző Däubler az „Északi fény” című költeményéről írt schmitti munkát (1916) és az egy évvel később született „Politische Romantik” c. könyvet veti egybe, és Schmitt antiromantikus fordulatát mutatja be. Gedő Éva elismerésre méltó alapos elemzésnek veti alá az említett két művet. Sőt a dolgozat érdeme, hogy Schmitt romantika értékelésének fordulatát nemcsak az 1916-1919 között született munkák elemzésével mutatja be, hanem a szerző az elemzésbe bevonja a későbbi írásokat, naplójegyzeteket is. Ám ezek a későbbi feljegyzések, s ezt sem feledhetjük, a fordulat következetességét illetően némiképp összetett képet mutatnak. Miről is van szó? A dolgozat pontosan bemutatja, hogy a Däubler-elemzésben Schmitt a romantikára mint „felmérhetetlen tartalékra” (52.) tekintett, ugyanakkor a „Politische Romantika”-ban a romantikus attitűdöt éles kritikával illette, mégpedig azért mert az a szubjektivitásból eltelve elutasítja az objektív normát, a rendet, és menekül a döntés elől (53.). Úgy tűnik tehát, hogy egy következetes és egyértelmű fordulatot látunk Schmitt gondolatvilágában. Azonban – s itt elsősorban az értekezésben nem vizsgált 1945 utáni időszakra gondolok – a későbbiekben mégis újra előbukkant, noha ezt csak megszorításokkal mondhatjuk, a romantikus attitűd Schmittnél. Az 1945-től haláláig tartó időszakban ugyanis elutasította azt az „objektív normát”, hogy a náci korszakot illető tevékenységéről önkritikát gyakoroljon. Nem alkalmazkodott a szellemi-politikai rend elvárásához. S ebben szerintem romantikus beállítódás fejeződött ki. Igaz, s ezért említettem, hogy megszorításokkal használhatjuk a romantikus kifejezést, ezen időszak Schmittjénél a jelzett „romantikusságra” csak a viselkedéséből következtethetünk, írásaiban erre nem reflektált.

A következőkben néhány – általánosabb érvényű és konkrét, pontosító – kritikai megjegyzést tennék az értekezéssel kapcsolatban (melyeket a szerző egy esetleges publikáció során talán hasznosíthat):

1) A disszertáció írója az elemzésre kiválasztott időszak szinte minden fontos művét tárgyalja, sőt – dicséretes módon – kitekint a schmitti életmű későbbi szakaszaira is, az elméleti pozícióban megfigyelhető néhány fontosabb elmozdulásra. És éppen az elemzés ily széles köre vetette fel bennem a disszertáció terjedelmével kapcsolatos kérdést. Röviden: szívesebben olvastam volna néhány részelemzést, fejezetet nagyobb terjedelemben. Egy konkrét példát hoznék erre: a 23. oldal 9-es lábjegyzetében olvashatunk a Schmitt életművében feszülő rendpártiság – aktivizmus ellentétéről. Ezt annál fontosabbnak tartom, hogy csak egy lábjegyzetben szerepeljen, sőt lényeges kiegészítője lehetne a főszövegben tárgyalt ’szituációkötöttség – fogalmi következetesség’ dichotómiának.

2) Annak a kérdésnek kapcsán, hogy a szuverén része-e a jogrendszernek vagy nem? Gedő Éva a 14. oldalon az ’összes halmaz halmaza’ paradoxonra utal mint analógiára (sőt ugyanezt a példát a 67. oldalon újfent olvashatjuk). Az analógia annyiban elfogadható, hogy a „kint és bent” paradoxonjával találkozunk Schmittnél is. Ám lényeges különbség, hogy az ’összes halmaz halmaza’ a halmazelmélet *ellentmondásmentessége* szempontjából érdekes, míg a szuverén pozíciójának meghatározásakor nem egy elmélet koherenciája a kérdés, hanem az, hogy képesek vagyunk-e azt a mozzanatot megragadni (s ez a *praxis* problémája), melyben a

politikai akarat (ha úgy tetszik a hatalom) belép a jog világába, akár tagadóként, akár teremtőként. Ha már analógiát keresünk, akkor szerencsésebbnek gondolom az Isten és az általa teremtett világ azonosságának és különbözőségének paradoxáját a schmitti szuverén helyzetének megvilágítására.

3) Az 50. oldalon Carl Schmitt és a 'konzervatív forradalom' kapcsolatára utaló bekezdésben Martin Greiffenhagen elméleti rekonstrukciójából idézi a szerző a konzervatív forradalom alaptörekvését: „olyan állapotokat kell létrehozni, amelyek érdemesek a megőrzésre” (51. oldal, 17. lábjegyzet). Ez konkrétan Moeller van den Bruck „*Harmadik Birodalom*” c. könyvéből származik. Ehhez kapcsolódva megjegyezném, hogy a 'konzervatív forradalom' gondolkodói közül egyedül Schmitt állt a napi politika szintjén is harci módon a nemzetiszocializmus mellé. Igaz csak egy-két évig, ám akkor teljes határozottsággal.

4) A 97. oldalon a következő megállapítás olvasható: Ha az ellenfélből merítjük létünk intenzitását, akkor nem kell csodálkoznunk azon, hogy az ellenfélből ellenséget alkotunk, mintegy *kriminalizáljuk az ellenfelünket*.” (kiemelés az eredetiben). A „kriminalizáljuk” kifejezés ehelyen pontatlan, mivel azt jelenti, hogy meghatározott viselkedést a büntetőjog normarendje alá sorolunk. Az 'ellenség' viszont politikai és nem pedig jogi fogalom.

Összegezve álláspontom: Gedő Éva az értekezés témájának forrásszövegeit és másodlagos szakirodalmát megfelelően ismeri. Jól látja Schmitt életművének feszültségeit. Kritikai megjegyzéseim fenntartása mellett is a PhD fokozat megadására ajánlom munkáját.

Konferencia-vita

(Pokol Béla előadásához)

Győrfi Tamás (a konferencián tett megjegyzés): Pokol Bélának az előadásban kifejtett álláspontját, miszerint a joggal való elméleti vizsgálódásnak három egyetemi tantárgy keretében kellene megjelennie az egyetemi oktatásban, nem tartom még ezen a ponton érdemben megvitathatónak, mert nem ismerem az álláspont mögötti érveket. Nem értem, hogy miért kellene pont háromra szűkíteni ezen tárgyak számát, és miért pont ezekre.

Nem értek teljesen egyet azzal az állásponttal sem, hogy általános tendenciának lehetne nevezni, hogy a jogelmélet művelői mindenütt tételes joggal is foglalkoznak. Látok ezzel ellentétes tendenciát is: az angolszász országok jogelméleti szerzőinek élvonalából igen sok szerző munkássága inkább a filozófia rokon diszciplínáival és nem a tételes joggal érintkezik.

Pokol Béla válasza: Győrfi Tamásnak a válaszütemben három dolgot említenék. Az egyik az, hogy én a jogon részben túlmutató átfogóbb elméleti összefüggésekre azért tartom megfelelőnek „A jog társadalomelmélete” c. egyetemi tantárgyat és ebben összefogni a teljes jogelméleti diszciplínának az átfogóbb társadalmiság felé mutató részét - a valamikori jogfilozófia elnevezés és tematika helyett -, mert a jogot is a társadalmiság részének tekintem és a többi társadalmi szféra összetevői (kommunikációk, cselekvések, értelemadások, hatalmi szerkezetek stb.) itt is megjelennek, és autentikusan a mai tudományos világban ezt - a jogot és a többi társadalmi szféra együtt tekintve - az átfogó társadalomelméletek elemzik, ahogy az 1900-as évek elejéig még a társadalomfilozófiák címszó alatt történt. De ebben a diszciplínarészben (vagy aldiszciplínában) a jog és a hozzá közvetlenül csatlakozó más társadalmi szférák kapcsolatai, behatásai is megfogalmazhatók, például a jogi szféra és a tudományos kutatás szférája közötti összefüggések, a jogi szféra és a politikai-hatalmi küzdelmek szférájának összefüggései, a jog szféra és az erkölcsi-morális szféra kapcsolatai stb. Másik megjegyzésemben, arra, hogy miért ez a hármat jelölöm meg, és nem mást, vagy többet, az általános jogdogmatikára utalok, mint a jogelmélet tudományos diszciplínájának lehetséges részterületére, melyek felvételét elvileg fel lehetne vetni. De ezt alaposan végig gondolva azért hagytam ki, mert egy általános jogdogmatika egyszerűen nem jött létre az egyes jogági dogmatikai készleteken túl, noha az 1900-as évek elején még voltak erre kísérletek. Elhalásukban nyilván közre játszott az is, hogy már az akkora létrejött jogági dogmatikák merevséget okozó hatásával szemben is olyan ellenállás bontakozott ki, hogy az ezeket átfogó, jogrendszer-szintű dogmatikába befogás végletesen lemerevítette volna a jog alkalmazási folyamatait, és ennek elviselhetetlensége robbanásokhoz vezetett volna a jogászságon belül, mint ahogy a szabadjogászok a jogági dogmatikák merevsége miatt már akkor is lázadoztak. Ezt végig gondolva - noha korábban pozitívabban álltam egy ilyen kutatás propagálásához - ma már nem látom ezt a vonalat feléleszthetőnek. Ezét nem is emeltem ezt be a jogelméleti diszciplína részei közé. Harmadik megállapításom az amerikai kollégák jogelméletet és ezzel párhuzamosan valamelyik tételesjogi részt művelésére - ahogy a németek estében is ez a fő szabály - szórványos megfigyelésekből adódik, pl. ahogy néha beütöttem a világ nagy könyvtárainak katalógusait egyesítő KVK-ba (Karlsruhe Virtuelle Kataloge) egy-egy amerikai kolléga nevét valamelyik könyvét keresve, az kiadta egész életművét, és így észlelhettem teljes

kutatási tematikáját. De Tóth Zoltán kollégám ezzel a módszerrel rendszeresebben végignézte több neves, amerikai jogelméleti kutató életművét, és azt hiszem hasonlókat állapított ő is meg.

Győrfi Tamás (a konferencián el nem hangzott utólagos megjegyzés): Továbbra sem látok kényszerítő erejű érvet Pokol Bélának az egyetemi diszciplínákkal kapcsolatos álláspontja mellett. A jog társadalomelmélete nem képes integrálni például azt a fajta jogelméletet, melynek háttérében az angolszász analitikus filozófia áll. A Pokol Béla által javasolt tantárgystruktúra kanonizálása nyomós okok nélkül kiszorítaná az egyetemi oktatásból ezt a fajta jogelméletet. (És minden mást, amit a társadalomelméleti megközelítés nem tud integrálni.) A jogelmélet általános címkéje viszont meghagyja az egyes műhelyek szabadságát, hogy arra az irányzatra helyezzenek nagyobb hangsúlyt, amelyet a leginkább képesek színvonalasan művelni.

(Győrfi Tamás előadásához)

Pokol Béla: Tegnap este már megkaptam Győrfi Tamás előadás-anyagát, és már az alapján két megjegyzést gondoltam ki. Az egyik arra vonatkozik, hogy ő a jogpozitivizmus közös tartalmi jellemzőjének véli a valamilyen szabály megadását arra, hogy mit tekint az adott elmélet jognak. Én úgy látom, hogy ez megfelelhet Hart elméletének és a vele vitatkozó, belőle kiinduló mutációknak, de pl. a német Begriffsjurisprudenz jogdogmatikai pozitivizmusát ez nem tudja befogni. Másik megjegyzésem azt érinti, hogy Tamás - ahogy szellemi partnere, Bódig Mátyás is - a jog és a morál erősebb összekötését állítja, és erről sok vita folyt már a mi kis magyar jogelméleti közösségünkben. Én is szemben állok ezzel, nagyon röviden azon véleményem alapján, hogy a társadalomban létező plurális morális felfogások miatt a mindenkire egységesen kötelező, ám csak a domináns csoportok morális akcentusait tartalmazó jog követésének előírása - az egyes jogszabályok és ez alapján hozott eseti ítéletek túlzottan nyílt morális felhangja és ítéleti érvelése esetén - a nem domináns morális közösségek tagjai számára morálisan lenne megalázó, míg a morálisan semleges érvelésre és fogalmi rendszerre törekvés esetén össztársadalmilag elviselhetőbb ez a gond. Konkrét megjegyzésem azonban az hogy ha valaki ilyen erősen összeköti a morális érvelés és igazolás fontosságát a joggal, akkor alaposabban elemzés alá kellene vennie magát a morált és az erkölcs szféráját, a modern társadalmakban betöltött szerepüket, ennek elméleti elemzéseit, egy időre zárójelbe téve a jogelméleti szerzők erre vonatkozó megállapításait. Én nem láttam, hogy Győrfi vagy Bódig ilyen tárgyú tanulmányt valaha is készített volna, pedig hadd jelezzem, hogy eléggé bevett az a Habermastól is olvasható megállapítás, hogy a mai posztkonvencionális erkölcsi fejlődési szakaszban már nem is lehet erkölcsi szabályokról beszélni, hanem az csak kulturális tudás szintjén jelenik meg. (Most hadd ne kelljen kifejtetni azt, hogy én ezzel egyetértek-e.)

Győrfi Tamás (a konferencián tett megjegyzés): Elfogadom Pokol Bélának azt a megjegyzését, hogy elképzelhető, hogy létezik olyan gondolkodó, aki nem fér be a jogpozitivizmus általam adott definíciójába. Megítélésem szerint ebbe a nehézségbe majd minden nagy jogelméleti irányzat definíciójánál beleütköznénk, és különösen igaz ez a jogpozitivizmus és a természetjogtan esetében. Aligha lehetséges olyan definíciót adni, amely minden, valaki által pozitivistának címkézett gondolkodót lefed. Ezért is cövekeltem ki néhány névvel, hogy kiket tekintek én a jogpozitivizmus központi alakjainak. A tartalmi pozitivizmus előadásomban vázolt definíciójának az volt egyébként is pusztán a szerepe, hogy a gondolatmenetem vonatkoztatási pontjait kijelöljem.

(Bencze Mátyás előadásához)

Pokol Béla: Tegnap este már megkaptam az előadásanyagot, és volt időm alaposan átolvasni azt. Az egyik megjegyzésem arra vonatkozik, hogy Bencze Mátyás a Bódig/Győrfi- páros által kifejtett, morális igazoláshoz kötött, gyakorlati filozófiába ágyazott jogelméleti beállítódáshoz látszik közeledni. A Debreceni Jogi Szemlében publikált korábbi anyagában is felmerült ez már, de akkor egyszerű félreértésnek gondoltam, mivel Bencze korábban a jogi elemzés gyakorlati irányultságát a szociológiai gyakorlati beállítódással kapcsolta össze - vagy legalábbis én véltem, hogy ő így érti azt – és a gyakorlati filozófia elnevezés a beavatatlan olvasó előtt rejthet egy ilyen félreértési lehetőséget. (Számomra már Bódig első írásai óta nyilvánvaló, hogy ő a gyakorlati filozófia alatt lényegében egy liberális morálfilozófiai irányultságot ápol, és ez a lehető legtávolabb áll mindenféle szociológiai gyakorlati fogalomtól és elemzési ösztönzéstől.) Nos, itt világosan kiderül, hogy Bencze tényleg ebben az értelemben közelíti meg a jogelméletet, és a jogelmélet feladatának az egyes jogi szabályok és jogi döntések igazolását, morális érvek fényében való elemzését teszi, ezzel szemben a jogszociológia azoknak a társadalmi intézményeknek és körülményeknek a vizsgálatát jelentené, melyek az eredetileg racionálisan igazolt szabályok tényleges hatását eltorzítják a későbbiekben. Az utóbbival - a jog egyes döntéseinek, érvelésének átmoralizálásával – szembenállásomat és ennek okát már jeleztem a fenti vitában. Most csak azt szeretném felmutatni, hogy Bencze egy naiv társadalomelméleti képet ápol implicite, amikor azt mondja, hogy a racionálisan gondolkozó és döntő emberek az egyes jogszabályokat racionális igazolások és okok fényében alakítják ki. (Ezt kellene vizsgálni a jogelméleti kutatóknak.) Ezzel szemben kiemelném, hogy a modern társadalom szerkezetével, nagy embercsoportjainak és tőkéscsoportjainak küzdelmével foglalkozó elméletek és empirikus leírások azt állítják, hogy a társadalomban nem az egyes emberek hozzák létre az össztársadalmi döntéseket, közöttük a jogi normákat, hanem egymással társadalmi előnyökért és más csoportok tartós alárendeléséért küzdő embercsoportok a domináns erőpozícióikra és a hatalomra támaszkodva, és a fő szabály szerint éppen hogy letakarják igazi motivációikat és érdekeiket ebben a folyamatban, illetve szublimált érveket és igazolásokat kapcsolnak egy-egy jogszabály kialakításának nyilvános bemutatásához. Egyáltalán: olyan naiv társadalomképet, amit Bencze az előadásanyagában vázol, legfeljebb az 1600-as évek elejének társadalmi szerződéselméletei ápoltak, de ők is csak egy őszállapot természetességét feltéve és az akkori állapotokat illetően, és már az 1800-as évek végén arról folyt a vita, hogy ezek a szerzők ezt tényleg ilyen naivan fogták fel, vagy csak szimbolikus értelemben szabad ezt érteni. Én Bencze Mátyás anyagában nem úgy láttam, hogy ő ezt a társadalomképet csak szimbolikusnak gondolná.

Ha már szónál vagyok, hadd jelezzem itt az eredetileg a Bódig/Győrfi páros által kifejtett nézetekkel az átfogó jogkoncepcionális szembenállásom okát. Ők a jog, és az egyes törvények népviseleti testület általi létrehozására (és az esetileg döntő bírák ehhez kötöttségére) utaló igazolása helyett az ezer és ezer eseti jogi döntés mindenkori morális érvekkel alátámasztási kötelezettségét és ezek morális diskurzusban való vitatását helyezik jogfelfogásuk középpontjába. A jogi vita átmoralizálásának veszélyességére a pluralista, több morális értékvilágot párhuzamosan élni hagyó társadalmakban már utaltam. Most egy másik ellenvetésemet szeretném megfogalmazni. Ezzel a jogfelfogással ugyanis a jog feletti parlamenti rendelkezés - és a pl. nálunk a mindenkori kb. hatmillió ember többségi szavazatával létrejött parlamenti többség - helyett azok a nagy tőkével rendelkező társadalmi csoportok kerülnének a jog meghatározó pozíciójába, melyek a tömegmédiumok, a szellemi vitákat meghatározó értelmiségi körök és mögöttes alapítványaik, újabban politikai agytrösztök és

folyóirataik, ösztöndíjhálózataik meghatározása révén dominálni tudnak a szellemi közvélemény felett. Persze ez a média-szellemi dominálás hat a választásokon résztvevők döntéseire is, de ott mégiscsak a sokmillió polgár közvetlenül dönt, és a parlamenti többség ennek igazolásával bír. Nagyon röviden: aki a jogot a folyamatosan a napi közvéleményformálás nyomása alatt álló szféra felé tolja el, gyakorlati filozófiai és morálfilozófiai igazolások magasabbrendűségére hivatkozva, az ténylegesen a jog feletti rendelkezést a médiaoligarchia és a véleményformáló értelmiség illetve a mögöttük álló tőkés csoportok dominanciája felé tolja el. Erre nem lehet az válasz, hogy ez pusztán az egyik tőkés csoporttól a másik felé való hatalmi szerkezeti eltolódást jelenti, mert a több millió ember választásához kötés a képviseleti demokráciát még mindig magasabb rendűvé teszi, mint amit a szűk értelmiségi csoportok eszközként felhasználásával működő mögöttes pénzügyi csoportok uralma jelentene. (Neo-gramscsiánus terminológiával itt „organikus értelmiséget” és mögöttes tőkéscsoportját kellene mondani.)

Bencze Mátvás válasza:

1) (az erkölcs és a jog kapcsolatáról) Az előadásom utolsó részében azt próbáltam vázlatosan bemutatni, hogy egy bizonyos jogelméleti megközelítés (amelyik a „Hart utáni” kortárs angol-amerikai jogelméletekben van jelen a legmarkánsabban) háttérében milyen emberképet, illetve, társadalom-felfogást találhatunk. Úgy gondolom, hogy e háttér-koncepció következtében ennek az elméleti áramlatnak az az igen jelentős teljesítménye, hogy a jogelméleti vizsgálódásokba – reflektáltan – be tudta vonni a jog által érintett személyek jogra vonatkozó attitűdjeit, azaz a fennálló joghoz való viszonyulásukat.

Ha a jogot emberi alkotásnak tekintjük, akkor ezzel a dimenzióval mindenképp számolni kell. Ha a jog magyarázatát kívánjuk adni, ha azt szeretnénk tudni, hogy egy társadalom tagjai miért tartanak fenn egy bizonyos fajta jogrendszert, miért engedelmeskednek a jog előírásainak, akkor számba kell venni, hogy miért tartják elfogadásra érdemesnek a jogot (ahogyan a politikaelméletnek is fontos terepe a politikai hatalom legitimációjának vizsgálata).

Úgy gondolom, hogy a jog fenntartásában – ezen előbb említett attitűdök részeként – szerepet játszanak erkölcsi megfontolások is arról, hogy a közösség tagjai mit tartanak „helyes” vagy „jó” jogi berendezkedésnek.

Ezt talán az is igazolja, hogy még a legkeményebb, legembertelenebb, legelnyomóbb diktatúrák vezetői is arra törekedtek, hogy intézkedéseiket (így az általuk hozott kötelezőnek szánt előírásokat is) mint a közösség számára „jó”-t fogadtassák el. Tehát mindenképp számolnak azzal, hogy az emberekben él egyfajta igény arra, hogy a fennálló jog ne ütközzön komolyan a közösség erkölcsével. Többek közt azokról az alapvető erkölcsi elvekről van szó, amelyeket Hart a „természetjog minimális tartalmának” nevezett (pl. óriási feszültséget okozhat egy társadalomban, ami akár a fennálló hatalom bukásához is vezethet, ha a jogszabályok alapján bizonyos emberek nélkül foszthatnak meg másokat életüktől, vagyonuktól másokat, hogy erre erkölcsileg elfogadható indokuk lenne).

Demokráciákban pedig a választások azok, amelyek lehetővé teszik, hogy az adott társadalom többségének morális értékítélete érvényesüljön, és ez az erkölcsi töltet is biztosítja a politika, és az általa alkotott jog legitimitását. Többek közt a demokratikus választás aktusával igazolhatja racionálisan a törvényalkotó a tevékenységét.

E példák alapján szerintem tartható az az állítás, hogy az egyes emberek nem közvetlenül a jogot fogadják el, hanem van egy többség által osztott erkölcsi felfogás (pl. arról, hogy helyes a demokratikus törvényhozás), amelyre a jog építhető. Természetesen vannak más tényezők is, amelyek közrehatnak a jog fennmaradásában (pl. rutinszerű cselekvések, konformitás,

egyéni érdekek, félelem etc.). Ezek az erkölcsön kívüli okok elég erősek lehetnek ahhoz, hogy az emberek egy darabig a hatalom erkölcsileg elfogadhatatlan utasításait is kövessék, de a tartós engedelmesség érdekében minden hatalom megpróbálta elérni, hogy erkölcsileg is elfogadottá váljon (ha oly módon is, hogy erőteljes propagandát folytatott a neki kedvező erkölcsi felfogás uralkodóvá tétele érdekében).

2) (a jogelmélet morális jellegéről és feladatáról) Az erkölcs és a jog ilyen összekapcsolása azonban még nem vonja maga után azt, hogy a jogelmélet feladatának a konkrét jogszabályok és jogi döntések igazolását tekinteném. Ebből a megközelítésből inkább az következik a jogelmélet számára, hogy meg kell próbálnia feltárni, milyen erkölcsi elvek játszanak (vagy játszhatnak) szerepet a jog elfogadásában (anélkül, hogy morálisan értékelnie kellene ezeket az elveket), de azt is vizsgálhatja, hogy az erkölcs mellett milyen más tényezők segítik elő a jog fennmaradását. Ezen – fentebb már példálózva említett – más tényezők jellege miatt az utóbbiakat szociológiai jogelméleteknek is tekinthetjük.

Azt az értékelést elfogadom, hogy úgy gondolom, a jogelmélet egyik feladata lehet az egyes jogszabályok morális elvek alapján történő elemzése. Ha az elemző nem a saját személyes erkölcsi felfogását tekinti az elemzés vezérfonalának, hanem azokat a morális tartalmú elveket, amelyekről jó oka van azt gondolni, hogy a közösség többi tagja is osztja, akkor az ilyen elemzéseknek fontos szerepe lehet a joggyakorlat fejlesztésében, és társadalmi elfogadottságának növelésében. Sokszor épp ilyen elemzés kell ahhoz, hogy világossá váljon pl. egy bizonyos bírói gyakorlat tarthatatlansága.

3) (a jogszociológia feladatáról) Az előadásomban jeleztem, hogy nem csupán azt tartom a jogszociológia feladatának, hogy feltérképezze, az egyes államokban ténylegesen létező jog mennyire felel meg a rá vonatkozó igazoló elveknek (azaz mennyire tér el ezektől a reális működés), hanem azt is, hogy vizsgálja: ezen elvek mellett milyen más társadalmi tényezők azok, amelyek meghatározzák egy adott állam jogának, jogi intézményeinek fő jellemvonásait. Az előadásom végén éppen amellett érvelek, hogy a jog működésének legteljesebb magyarázatához egy ezeket a tényezőket figyelembe vevő szociológiai jogelmélet és a „poszthartianus” jogelmélet ötvöztetésével juthatunk el.

4) (a társadalomképről) Elismerem, hogy adtam okot a kritikára, mivel nem tisztáztam a kellő alapossággal, hogy mi a viszonya az ember racionális, értelmes lény mivoltának a társadalmi intézmények kialakulásához. Azt sugalltam, hogy a társadalmi intézmények létrehozása – az általam vizsgált jogelméleti megközelítés szerint – mindig valamilyen tudatos emberi döntés eredménye, mintha csak akkor születhetnének társadalmi intézmények, ha azokat egy racionális gondolkodású „tervező” elképzelései alapján hozzák létre.

Természetesen nem vitatom, hogy a különböző intézmények adott történelmi kontextusban, számos politikai akarat és gazdasági érdek ütközése során születnek, ezért távolról sem tekinthetők minden vonatkozásban tudatos alkotásnak. Tény ugyanakkor az is, hogy ha ezen intézmények befolyásolják a közösség tagjainak életét, akkor e közösség tagjai előtt valamilyen módon igazolni kell helyességüket, különben – ahogyan fentebb próbáltam ezt bizonygatni – nem lesznek hosszú életűek. Úgy gondolom, hogy ilyen igazolást az intézmény, vagy a gyakorlat kétféleképpen kaphat.

Egyrészt az intézmény működtetői – amint arra Pokol Béla is utal – kitalálhatnak valamilyen manipulatív célzatú érvet, amelyik alkalmas arra, hogy a közösség tagjainak túlnyomó részét meggyőzze arról, hogy helyes volt az intézmény létrehozása. Azonban ahhoz, hogy ez az intézmény tartósan fennmaradjon, az is szükséges, hogy annak nyilvános gyakorlata ne vezessen elfogadhatatlan eredményre. Valamilyen módon tehát fel kell mutatnia olyan

teljesítményt, amely alapján értelmes emberek igazoltnak tekintik a működését (sokszor elég az is, ha nem kerül alapvető és mély ellentétbe az intézmény elfogadható céljára vonatkozó közfelfogással). Ez nem jelenti azt, hogy az intézmény létrehozatala mögötti rejtett okok titokban ne érvényesülhetnének továbbra is. Mindezzel csupán arra szerettem volna rámutatni, hogy az emberi cselekvők racionális igazolás iránti igénye, és a társadalmi intézmények létrejöttében közreható konkrét tényezők együttes jelenléte nem zárja ki egymást. A racionális igazolások és indokok így a hatalmi harcok mellett mindenképp szerepet játszanak a társadalmi intézmények karakterének kialakulásában.

A jog vonatkozásában ez azt jelenti, hogy a jogi gyakorlatokból kirajzolódik egy „keret”, amelyen belül a résztvevők bizonyos szabályokat, érveket, fogalmakat, cselekvéseket joginak (és így kötelezőnek) fogadnak el. Ezen a kereten belül sokféle tényező (személyes érdek, szimpátia) lehet meghatározó arra nézve, hogy konkrétan pl. milyen bírói döntés fog születni, azt milyen indokolással látja majd el a bíró, de ezeket a kereteket nem lépheti túl anélkül, hogy döntésének jogi mivolta (kötelező ereje) meg ne kérdőjeleződne. Így az igazolhatóság vizsgálatára hangsúlyt helyező jogelméletek segítségével megmondhatjuk, hogy milyen elemek minősülnek egy adott jogrendszer összetevőinek.

Végezetül arra szeretnék kitérni, hogy amennyiben a társadalmi intézmények, és a jogi szabályozás kialakulásában döntő szerepet tulajdonítunk a különböző embercsoportok által a domináns pozíció megszerzéséért folytatott küzdelmeknek, akkor napjaink „nyugati-típusú” politikai berendezkedéseit úgy is felfoghatjuk, hogy sikerült elérni azt, hogy a küzdelem szabályozott keretek között folyjon, bizonyos durva megkülönböztetésen alapuló szempontok, érvek már ne szolgálhassanak semmilyen hatalmi csoport ideológiájaként. Így a társadalmi intézmények létrehozói, vagy változtatói rákényszerülnek, hogy figyeljenek arra, mennyire lesz racionálisan igazolható a tevékenységük. Ilyen mértékben tehát – ha nem is közvetlenül – szerepet játszanak a társadalmi intézmények kialakulásában a racionális okok és igazolások.

Bódig Mátyás:

1) A kérdésem az volna Bencze Mátyáshoz, hogy a jogelméletéről adott leírása a tartalmi, vagy a konceptuális jogelméletekre vonatkozik-e? 2) Az egyik észrevételem az, hogy a jogszociológia feladatát, módszereit és lehetőségeit illetően az általános szociológia programja felől lenne inkább érdemes kiindulni. 3) A másik az, hogy a jognak mint társadalmi gyakorlatoknak a résztvevők igen sokféle és változatos értelmet, célt tulajdoníthatnak, olyannyira, hogy szerintem a jog lényegi jellemzőit nem is lehet a jognak tulajdonított értelem segítségével magyarázni.

Bencze Mátyás válasza:

Ad 1) Valóban nem tisztáztam elég világosan, hogy a jogszociológiát az általam adott elemzésben a jogelmélet melyik típusától kívántam elhatárolni. Azzal foglalkoztam, hogy egy bizonyos jogelméleti megközelítésnek, amely leginkább a Hart utáni angol-amerikai jogelméleteket jellemzi, milyen kiindulópontja van, azaz miként ábrázolja a társadalmat felépítő emberi cselekvéseket, és ebből adódóan, hogyan közelíti meg az egyes jogi intézményekkel, és magával joggal kapcsolatos problémákat. Úgy vélem, ezek a kérdések közelebb állnak a konceptuális jogelméletekhez, azok szemléleti háttérét igyekszik megvilágítani. Ezzel nem állítom azt, hogy a konceptuális jogelmélet érdemi kérdéseire szoltam volna hozzá, csupán azt szerettem volna tisztázni, hogy a konceptuális jogelmélet az emberi cselekvések milyen felfogására alapozza a kérdésfeltevéseit.

Mivel a tartalmi jogelméletek felhasználják a konceptuális jogelmélet által kidolgozott kategóriákat (de legalábbis rekonstruálható az egyes tartalmi jogelméletek mögött a szabály, a kötelezettség, a jog, etc. valamilyen fogalma, így kibontható belőlük valamilyen konceptuális elmélet), ezért a jogszociológiától történő elhatárolás a Hart utáni angol-amerikai tartalmi és konceptuális jogelméletekre egyaránt vonatkozik.

Ad 2) A jogszociológiát lehet szakszociológiaként is művelni, és a jogszociológia feladatát, módszerét általában a szociológia programja felől szokták meghatározni. Én azonban ebben az előadásban arra törekedtem, hogy a jogszociológiának egy olyan változatát határoljam el a jogelmélettől, amely a leendő jogászok számára összegzi és rendszerezi a joggal kapcsolatos szociológiai ismereteket. A jogászai tevékenység elemzéséhez használja fel a szociológia módszereit és eredményeit. Ebben a fajta jogszociológiában nem arra tevődik a hangsúly, hogy milyen összefüggésben áll a jog más társadalmi intézményekkel, vagy hogyan gyakorol a jog hatást a tőle elkülönülő társadalmi jelenségekre és viszonyokra. Inkább a jogászai tevékenység reális folyamataira koncentrálok, arra, hogy egy jogász a munkája során milyen problémákkal szembesül, milyen jogon kívüli tényezők befolyásolják a tevékenységének eredményességét. Mi az, ami megvalósul a jogszabályok előírásából, meddig terjed a jogászai érvelés hatóköre. Amíg ugyanis a tételes jogi tárgyak, és a jogelmélet egyaránt a jog sajátos működését tanítják, illetve magyarázzák (kiemelve azokat a jellemzőket, amelyek a jogot megkülönbözteti más társadalmi jelenségektől), addig az előbbi értelemben felfogott jogszociológia arra figyel, hogy a jog használata, működtetése során milyen más – jogon kívüli – társadalmi tényezőkkel kell számolnia egy jogásznak.

Ad 3) Az előadásomban a jogelméleti megközelítés ábrázolásakor összerosódott a jog magyarázatának két lehetséges módja. Az egyiket funkcionalista megközelítésnek nevezhetjük, és arra koncentrálok, hogy egy adott közösségben milyen szerepet játszik, milyen funkciót tölt be a jog. E megközelítés szerint ennek a funkciónak a feltárása visz közelebb a jog lényegének megértéséhez. Igaz azonban, hogy a joghoz igen sokféle szerep társítható, eltérő társadalmi és politikai berendezkedésekben igen változatosak lehetnek azok a célok, amelyek érdekében a jogot működtetik. Egy szekularizált alkotmányos demokráciában ilyen cél lehet, hogy a politikai közösség minden tagja számára a lehető legtöbb szabadságot, és ennek a szabadságnak a védelmét biztosítsa. Egy vallási alapon berendezkedő politikai rendszerben a jog célja a vallási előírások maradéktalan betartatása lehet, míg egy abszolút monarchiában az uralkodó akaratának megvalósítása.

Mondhatjuk azt, hogy egy általánosabb cél minden esetben körvonalazható, mégpedig a társadalmi rend fenntartása, az egyén és a közösség viszonyának szabályozása, így csupán a helyes társadalmi rendről, illetve az egyén és közösség viszonyáról kialakított koncepciók miatt különböznek egymástól a jog különböző megnyilvánulási formái. Ezért a jog általános, minden közösségben fellelhető sajátosságai meghatározhatóak a jog általános célja vagy funkciója segítségével. Egy ilyen kísérlet esetében azonban azzal a kihívással kell szembenéznünk, hogy az előbb említett funkciókat nem csupán a jog biztosíthatja, nem tekintünk minden olyan gyakorlatot jognak, amely egy közösség rendjének fenntartására irányul. A rend fenntartását szolgálhatja a nyers erőszak illetve a megfélemlítés, de a meggyőzés is, vagy akár a pszichológiai manipuláció eszközei (marketing, reklámok, etc.). Ezeket senki nem nevezné jognak, így a funkcionalista megközelítés nem elegendő ahhoz, hogy a jogot elhatároljuk más társadalmi jelenségektől. Ebben a vonatkozásban helytállónak tartom Bódig Mátyás kritikáját.

Ennek figyelembevételével pontosítanom kell az előadásomban kifejtetteken. Úgy gondolom, hogy a jog megismerésekor az emberi cselekvések értelmes mivoltát nem csupán azért kell figyelembe vennünk, mert ez a jognak tulajdonított értelem az, amelyik a jog célját, szerepét meghatározza. Az értelemnek szerepe van abban is, hogy a jogot az emberi közösségek a jogi koordináció sajátos jellemzőivel együtt, sőt éppen arra tekintettel fogadják el. Az emberekben – értelmes lény mivoltukból fakadóan – él az az igény, hogy tudják, mások milyen okból, indítékból cselekszenek, vagy miért adnak utasításokat számukra. Ebből az is következik, hogy a nekik szóló utasításokat, a számukra előírt magatartási mintákat csak akkor fogják követésre méltónak tekinteni, ha azokat racionális, számukra is belátható meggyőző indokokkal látják el. A politikai hatalom vonatkozásában ezt fejezi ki a politikai intézményekkel szemben támasztott legitimitás-igény. Ha a fennálló hatalom nem tudja a hatalom alá vetettek számára megfelelően indokolni lépéseit, akkor ez olyan válságot is eredményezhet, amely a bukását is okozhatja. Mivel a jog esetében arról van szó, hogy egyes emberek mások számára kötelezettségeket írnak elő, e társadalmi gyakorlat vonatkozásában is felvethető, hogy a kötelezettekben felmerül az az igény, hogy a jogi kötelezettség előírója racionálisan, értelmes emberek számára meggyőző módon indokolja, miért kell az ő utasítását követni. Így, ha a jog lényegi sajátosságát abban látjuk, hogy egy bizonyos módon – kitüntetett helyzetben lévő kötelezettségek előírásával – képes a társadalmi rendet biztosítani, akkor a jogi kötelezettségek iránti engedelmesség vizsgálata visszautal minket oda, hogy az emberi értelem meghatározó szerepet játszik a jog legitimitásának, és ezen keresztül fennmaradásának biztosításában.

(Ezen a ponton számomra további két tisztázandó kérdés merül fel számomra, de ezekre majd később, egy külön levélben igyekszem kitérni, a konferencián elhangzottakhoz már szervesen nem kapcsolódnak).

Szigeti Péter: Én azt hiszem, hogy Bódig Mátyás gyakorlati filozófia alatt tulajdonképpen egy liberális morálfilozófiához akarja kötni a jog meghatározását, de elnevezése eltakarja ezt a kötődést.

Györfi Tamás (a konferencián tett megjegyzés):

Nem gondolom, hogy az a gyakorlati filozófiai megközelítés, amely keretei között mi gondolkodunk, okvetlenül liberális morálfilozófia lenne. Ha Szigeti Péternek ezzel az egész fogalmi kerettel van gondja, akkor — mondjuk így — annak módszertani individualizmusát kellene kritizálnia. Ellenkező esetben viszont nagymértékben tehermentesíthetné a vitánkat, amennyiben a liberális morálfilozófia elleni speciális ellenvetéseit nem terjesztené ki a gyakorlati filozófia megközelítés egészére.

Szigeti Péter: Én úgy gondolom, hogy a módszertani individualizmus nem fedi a liberális morálfilozófia mondanivalóját és premisszáit, ahogy azt pl. Raymond Boudon megfogalmazta. De máskülönben is úgy emlékszem, hogy Bódig fenntartások nélkül használja a liberális jelzőt pl. a mérsékelt állam elméletének kötetében, ezért nem tudom, hogy most akkor miért lenne ez probléma a mai vitánkban?

Pokol Béla: Én is úgy gondolom, hogy Szigeti Péternek igaza van, a módszertani individualizmus nem fedi le a liberális morálfilozófia álláspontját. A liberalizmusnak eleve két gyökeresen szembenálló irányzata van az amerikai és az európai vitákban, amit nálunk sokszor kevernek, és például a Posner-féle piaci liberalizmust a jog gazdasági elmélete kapcsán inkább lehet individualistának nevezni, mint Dworkinék (bal)liberális morálfilozófiájának pozícióit.

(Habermas a Faktizitát-ben azt mondja egy helyen, hogy a balliberális irányzatra Európában szociáldemokratát mondanánk.) Dworkin és balliberális szellemi tábora alapvetően piacellenes, ezzel szemben a Posner tábora extrém módon piacpárti s a társadalom teljes elpiacosításának előnyei olvashatók ki írásaikból. Így Posner és Dworkin között már sok éve folyó - néha személyeskedésig menő - vita nem egyszerű szellemi vetélkedés, hanem éles elméleti és politikai értékválasztásbeli különbséget takar.

Győrfi Tamás (utólagos megjegyzés): Soha nem állítottam, hogy a módszertani individualizmus „lefedné” a liberális morálfilozófia egészét. Éppen ennek ellenkezője mellett érveltem. A külön csatolt reflexióm másik része a Szigeti Péter megjegyzéséből indult vitához fűződik.

Győrfi Tamás előadásához fűződő fontosabb hozzászólások és az ezekre adott válaszok tartalmi összefoglalása.

Szilágyi Péter: Vannak olyan jogszabályok, melyeknek nincs erkölcsi tartalmuk. Például a jegyzőkönyvvezetésre vonatkozó részletszabályok ilyenek.

Győrfi Tamás: Az állításom az volt, hogy a jog erkölcsi igényeket támaszt a címzettjeivel szemben. Ez egy vitatható konceptuális állítás, de csak azt vonja maga után, hogy minden jogrendszer támaszt erkölcsi igényeket is. Az azonban nem következik belőle, hogy minden egyes jogszabálynak erkölcsi tartalma kellene hogy legyen.

Szilágyi Péter: Gy. T. állítása az volt, hogy a jog erkölcsi igényének a megalapozásához politikai filozófiai érvekre van szükség. De milyen politikai filozófiára? (Ha jól emlékszem, két élesen eltérő irányzatot, vagy nevet hozott fel Péter példaként.)

Győrfi Tamás: Módszertani szempontból most ez teljesen mellékes. Az érvek természetére, nem annak tartalmára szerettem volna rámutatni. Módszertani szempontból annak van jelentősége, hogy ha igazam van, akkor ilyen jellegű kérdésekbe ütközik a jogelmélet, s ezek nem válaszolhatók meg értékmentesen.

Szigeti Péter: Gy. T. minden kötelezettséget erkölcsi alapon kíván megalapozni. Azt állítja, hogy ma már nem ért egyet Hart-tal. Szerintem azonban korábbi felfogása helyesebb volt, mert a kötelezettségeket Hart szociológiailag alapozta meg. Az erkölcsi kötelezettségek mellett léteznek ugyanis ilyen kötelezettségek is.

Győrfi Tamás: Két kérdést érint a vitánk, részint Hart elméletének értelmezését, részint a kötelezettségek általános kérdését. Hart-tal kapcsolatban azt állítottam, hogy korábban úgy véltem, a harti elméletnek erénye az, hogy elválasztotta egymástól a jogi érvényesség és a morális kötelezettség kérdését. Ma már úgy gondolom, ez inkább az elmélet gyengéire mutat rá. Ez azonban nem azt jelenti, hogy korábban elfogadtam, ma pedig már nem fogadom el azt, ahogy Hart megalapozza a jog normativitását. Ezen a ponton korábban sem tartottam Hart elméletét meggyőzőnek. Ami a kötelezettségeket általában illeti, nem egészen világos számomra a szociológia kötelezettség fogalma. Persze a kötelezettségek különbözőek, vannak, amelyek általános erkölcsi elvekből fakadnak, és vannak, amelyek csak bizonyos szociológiailag körülhatárolható esetben terhelnek bennünket. Az azonban, hogy egy szociológiai tény keletkeztet egy kötelezettséget, önmagában még nem fosztja meg a kötelezettséget erkölcsi tartalmától. De ha nincs igazam ebben a kérdésben, Szigeti Péter

állításuk akkor sem érinti az előadásban kifejtett pozíciójukat. Az, hogy a kötelezettségek különböző módon alapozhatók meg, nem cáfolja, hogy a jog erkölcsi igényeket támaszt címzettjeivel szemben. Ha a jog erkölcsi igényeket is támaszt, akkor egyes nem erkölcsi kötelezettségek létezése nem bizonyítja, hogy a jog normativitását nem erkölcsi érvekkel kell megalapozni.

Győrfi Tamás hozzászólása Karácsony András előadásához: Egy hevenyészett hipotézist szeretnék megfogalmazni Karácsony Andrásnak Ehrlich befolyására vonatkozó megállapításával kapcsolatban. Érdemes lenne talán a jogszociológiai elméleteken belül egy distinkciót tenni: léteznek olyan jogszociológiai elméletek, melyek más jogelméleti felfogásokkal, például a jogpozitivizmussal szemben egy versengő jogfogalmat dolgoznak ki. Más jogszociológiai elméletek viszont erre nem tesznek kísérletet, hanem pusztán előfeltételezik és használják a normatív jogtudomány jogfogalmát. Ehrlich az élő jog fogalmának a megalkotása miatt inkább az első típusú jogszociológiát művelte. Ezért lehet érdekesebb számunkra, a jogelmélet művelői számára, és ezért kevésbé fontos a jogszociológiában.

Győrfi Tamás hozzászólása Tóth Zoltán előadásához: Bizonyos értelemben méltatlannak tartom ezt a vitát, de miután külön is nevesítve lettem, mint bizonyos téves nézetek képviselője, megpróbálnám megvédeni az álláspontom. Az volt az állításom, hogy a Pokol Béla és Varga Csaba által felvázolt tendenciákkal szemben látok másfajta tendenciákat is. Az angolszász országokban számos jelentős jogfilozófus van, akinek tudományos-publikációs tevékenysége jellemzően a jogelmélet mellett nem valamely tételes jogtudományra, hanem a filozófia kapcsolódó diszciplínáira terjed ki. Bódig Máttyás említett az előbb néhány ilyen nevet. Huszat, huszonötöt biztosan fel tudnánk itt sorolni. Úgy lehetne meggyőzni arról, hogy téves az álláspontom, ha bizonyítanád, hogy ezek az emberek nem tartoznak az angolszász jogelmélet elitjéhez vagy mainstream-jéhez.

Nagy Zsolt:
Jogelmélet, jogtudomány, joggyakorlat – kapcsolódások és
elkülönültségek
(A jogelmélet a gyakorlatban és a jogi oktatásban)

Előadásunk témája elsősorban a jogbölcsélet, mint egyetemi diszciplína, és mint praktikus relevanciával bíró ismertek tárgyköre, azok összefüggései. A jogelméletnek a jogásztársadalomban betöltött szerepével kapcsolatosan beszélhetünk szakmai, társadalmi, sok esetben politikai előfeltételekről, okokról, illetve természetesen következményekről. A következőkben erre a kérdésre reflektálunk, és megpróbáljuk bemutatni, hogy milyen történelmi, társadalmi, jogásztársadalmi feltételei voltak a jogfilozófia oktatásának, s ehhez köthetően a jogelméleti kérdések hogyan váltak gyakorlati jelentőségűvé, s ebben a tekintetben milyen különbségek mutatkoztak az egyes európai régiók között. Végül a történeti fejtegetések után kitérünk napjaink jogelméletére, mint egyetemi tárgyra, illetve mint praktikus elemeket is tartalmazható kérdésekre. Ha röviden próbálnánk összefoglalni témánkat, azt mondhatnánk, hogy előadásunk „*a jogelmélet a gyakorlatban és a jogi oktatásban*” kérdéskörét történetileg elemezve napjaink jogbölcséleti praxisának és a joggyakorlatnak a kapcsolatára reflektál; a kettő közötti kapcsolat mélyítésére egyfajta - egyelőre még kidolgozatlan, s a jövőben komolyabban körüljárható – felvetéseket prezentálunk.

A jogelmélet meghonosodása a jogi oktatásban és annak hatása a jogi praktikumra

Jogtörténeti aspektusból a jogászság Európában, a különböző országokban kétféle módon volt jelen: egyes régiókban Bónis György szavaival a „*praktikusok*”, más helyeken – s a jogelmélet tekintetében ennek van fontosabb szerepe - a „*doktorok*” voltak túlsúlyban; előbbi esetben az egyetemeken képzett tudós jogismerők, az ott oktató jogtudósok kisebb szerepet játszottak, illetve más régiókhoz (például a XIII-XVI. századi Franciaországhoz, Itáliához) képest viszonylag későn jelentek meg, az utóbbi kifejezés pedig az egyetemeken képzett a római jogot és a filozófiát ismerő jogászokat illeti. Ám ez nem jelenti azt, hogy a jog „tudománya” nem gyakorolt komoly befolyást a praktikusok dominálta ország jogi életére, hiszen a jogot hallgatni vágyók külföldi egyetemeken is elsajátították az európai *ius communet*, a jog tudományának szofisztikált doktrínáit, s azt a fokozatosan kialakuló egyetemi jogi életben is meghonosították.

A középkori egyetem a városiasodás egyértelmű terméke volt, ahol az értelmiség - noha mesterségük a gondolkodás, a „*septem artes liberales*” mégis közel állt a kézművesség formáihoz (*artes mechanicae*) - céhek mintájára korporatív testületeket hozott létre, melyek diákok, és tanárok közösségévé formálódtak (*universitas*). A korabeli értelmiséget (klerikusok, kik inkább a privilégiumok megtartása érdekében, semmint vallási meggyőződésből kötődtek a klérushoz) más rétegektől elsősorban a latin írás-olvasás ismerete különböztette meg, és a birtokukban lévő irodalmi tudás magába foglalta a könyvírást (*litteratura*), a hétköznapi-használati írást (*nota*), továbbá az írott, jogi relevanciával bíró formulák szerkesztésének ismeretét.¹ A jogázképzés szempontjából a *trivium*, az irodalmi kifejezés eszközei, s ezen belül

¹ Vö.: Bónis György: A jogtudó értelmiség a középkori Nyugat- és Közép-Európában. Akadémiai kiadó. Budapest. 1972. A praktikusok a profán jogi ismereteket a gyakorlatban, tulajdonképpen a jogi tevékenység

a retorika volt fontosabb. Bolognában a XII. században oktatta *Hugo* kanonok *Rationes dictandi prosaice* c. művét, a diktálás elméleti és formulákat tartalmazó tananyagát; később az iratszerkesztés vált az *artes* alapjává. A korabeli „jogász” még csupán egy olyan - minden elméleti ismeretet nélkülöző - írástudót jelentett, aki ismeri a levélírás és egyéb iratok megszerkesztésének módját, továbbá a felek, illetve az hűbérurak számára létrehozandó okiratok adekvát szerkesztési módját.

Az *universitas*ok által kialakított egyes szervezetek fokozatosan erősödtek, egyre több diákot vonzottak, befolyásuk elsősorban a székhelyül szolgáló városokban növekedett, a XII-XIII. századra már az uralkodói és pápai autoritással is összekapcsolódott;² kialakultak a tanárok és diákok szabályalkotási autonómiával, tisztviselők megválasztásának jogával, az „*artes*” mellett legalább egy másik (jog, teológia, orvoslás) fakultással rendelkező intézmények.³

Az egyetemek még alapításuk kezdetén szorosan összefonódtak a kolostorokkal, a hittudománnyal és az ahhoz kapcsolódó filozófiával, különösen a dialektikával, mely hatással volt még a praktikus orvoslásra is⁴; a kolostori tudás zártságát fokozatosan felváltotta a tudomány mobilitása és kisugárzása. A kialakult intézmények a létező szakmák szerint specializálódtak és szereztek hírnevet maguknak, így *Salerno* orvosi fakultása vált Európaszerte ismertté, *Bologna* a jogi tanulmányok fellegrára lett, melynek jogi fakultását *Guarnerius* alapította, Párizs a filozófia, és teológia oktatás centrumaként működött. Anglia szellemi központja *Oxford* kiemelkedő jelentőségűnek volt mondható, és már a XII. században *studium generale*-vé vált, azonban (a kánonjogot leszámítva) inkább a természettudomány fellegrárának volt tekinthető, s csak száz év múlva vált a jog és teológia bástyájává, addig Angliában a jogtudomány oktatása az *Exeter*-i egyetemen szerzett hírnevet. A hét szabad művészet közül a „*grammatica*” (írás, olvasás) tanítása szükségképpen elsődleges volt, és az alapozó tanulmányok közé soroltatott, hiszen csupán ennek ismeretében lehetett elsajátítani a magasabb szintű jogi tudást, s az *artes* alaptanulmányok oly fontossá váltak a korabeli tudományos viszonyok között, hogy később még a glosszátorok munkái, sőt az oktatási metodikák is magukon viselik nyomait.

A fakultások folyamatos erősödésével párhuzamosan az arisztotelészi filozófia is az alaptanulmányok közé került, mivel nem sorolhatták egy „pogány” filozófus műveit a „magasabb rendű” keresztény teológia kategóriájába. Arisztotelész munkái a legmagasabb szintű elméleti tudás szintézisei voltak,⁵ s teljes filozófiai rendszerének megismerése ellenállhatatlanul vonzotta a „tudásvágytól hajtott diákságot”; miután oktatása elől minden

során sajátították el, illetve meglévő tudásukat ott bővítették, ezért bármiféle filozófiai, vagy akár tételes jogi elméleti tudás megszerzése szóba sem jöhetett.

² Ferencz Sándor: A középkori egyetem. Egyetem – Universitas – Studium Generale. In: Tóth Tamás (szerk.): A modern európai egyetemek funkcióváltozásai. Felsőoktatás-történeti tanulmányok. Professzorok Háza. Budapest. 2001. 33-46. Az egyetemetek jelölő *studium generale* fogalmának első fele a tanulásra alkalmas helyet jelölte, míg második része azt jelentette, hogy az egyetem vonzáskörzete túlnőtt az adott régióon. A *studium generale*hez különböző privilégiumok kapcsolódtak: nem helyben lakó klerikus oktatókat arra az időre is megillette a javadalom, mikor nem tartózkodott a stúdiumban, illetve ilyen volt a *ius ubique docendi*, mely szerint a tudományos fokozattal rendelkező októnak az adott diszciplínában joga volt tanítani – a *studium particulare*val ellenben - más egyetemeken is.

³ Ferencz Sándor i.m. 38. p.

⁴ Uo.

⁵ Rédl Károly: A fakultások vitájának előtörténetéhez. In: Tóth Tamás (szerk.) i.m. 57-72. 58. p.

akadály elhárult, az *artes* szak valójában filozófia fakultássá vált: már a XIII. század végétől a „*filozófia vagy artes*”⁶ kifejezést használták az alaptanulmányok művelésére hivatott szak elnevezésekor. A kialakult struktúra ellenérzéseket szült a „magasabb” fakultások oktatói körében,⁷ azonban a többszöri elítélő határozatok kihirdetésén túl tehetetlenek voltak; különösen zavaró tényezőnek tartották, hogy a filozófiai fakultás bármely tan igazságát vizsgálat alá vonhatja, és a magasabb szakok kénytelenek tétlenül nézni a nyilvános ellenvetéseket, a tanok iránt támasztott kételyeket.⁸ A filozófia, mint tudomány előretörésével összefüggésben az intellektuális elit előtérbe kerülése is megtörtént, így a tudás és képviselői társadalmi pozíciójának erőssége az államhatalom egyik fontos pillérévé emelte a „*studium litterarumot*” (a bölcsesség és tudomány forrását).⁹ A kor (és a későbbi korok) szellemi elitjeiének körében egyértelművé vált az álláspont, hogy a tudományos haladás és oktatás nem „az állam rendelte hivatalos jogtudósok”, hanem a jog tudorainak, azaz a filozófusoknak rendeltetett;¹⁰ más szavakkal az értelmiség, és tudás előtérbe kerülésében a filozófia és elméleti jelleg primátusa mutatkozott meg. S erre az időszakra tehető annak a folyamatnak a kezdete, mikor a jogász alakja már nemcsak egyszerű a formulákat is ismerő írástudót jelent, hanem ennél többet: a filozófia ismerőjét, illetve – s az európai doktorokra ez kiváltképp jellemzővé vált – egy kissé később már annak alkalmazóját is. Az európai egyetemek „katedrálisiskolai” eredetű elméleti-filozófiai túlsúlya nagyon sokáig fennmaradt és bizonyos, főleg a korán kialakult diszciplínáknál, így a jogászképzésben a mai napig is érezteti hatását.

Európában a hivatásos jogász alakja a XI. század végén kezd megjelenni, és ettől kezdve a különböző, elsősorban államközi konfliktusok rendezésében, az érvek-ellenérvek elméleti kidolgozásában egyre fontosabb szerepet töltenek be. Előtte bizonyos szempontokból jogi anarchiáról beszélhetünk – legalábbis abban az értelemben, hogy a különféle szokásjogi és törvényi rendelkezések keveredése ötvöződött a római jogi hagyományokkal: a Mediterráneumban a kifinomult római jog töredékei és a germán tradíciók keveredtek, míg Észak-Franciaországban és Angliában feudális jogi hagyományok uralkodtak, mindezek pedig ötvöződtek egymással és az egyházi regulákkal. (A XI. század előtti intézményes jogi oktatás kérdése vitatott: a Karolingok udvarában bizonyíthatóan átadtak jogi ismereteket is, ám az itteni képzés is többnyire retorikából és grammatikából állt, másképpen minden valószínűség szerint az európai jogtudomány a bolognai egyetem jogi fakultásán kezdődött.¹¹) A Római Birodalom bukása után az egyház kevés figyelmet fordított a jogra és a jogászképzésre, ez pedig kedvezett

⁶ Uo. 58. p.

⁷ Az *artes* és a „magasabb” fakultások közti – különösen a rektorválasztások idején felélénkülő – ellentétekre részletesebben ld.: Gabriel Astrik: *The Paris Studium. Robert of Sorbonne and his Legacy. Interuniversity Exchange between the German, Cracow and Louvain Universities and that of Paris in the Late Medieval and Humanistic Period. Selected Studies. A Parisian Heritage: Opposition between the Faculty of Arts and the Theologians.* University of Notre Dame. Notre Dame. Indiana. Verlag Joseph Knecht. Frankfurt am Main. 1992. 252-253. p.

⁸ Immanuel Kant: *Történetfilozófiai írások. A fakultások vitája három szakaszban (1794-98).* (Mesterházy Miklós ford.) Ictus. 1995-97. 360. p.; 335-507. p.

⁹ Lásd például IX. Gergely pápa IX. Lajos francia királyhoz írt levelét (1229. november 26.), melyben a bölcsesség forrását a hatalom és a katonai potenciál mellett említi; vagy *Tolomeo de Lucca* politikaelméleti művét, ahol az uralkodásnak három pillérét különbözteti meg: *divinus cultus* (istentisztelet), *sapientia scholastica* (tudós bölcsesség), *secularis potentia* (világi hatalom). Rédl Károly i.m. 60. p.

¹⁰ Immanuel Kant i.m. 427. p.

¹¹ Vö.: Bónis György i.m. 16-23. p.

a városias létformát leginkább megtartó Észak-Itáliai területeken kifejlődött jogi fakultások autonóm törekvéseinek; a régióban uralkodó municipiális világi jelleg a praktikus tudást, a grammatikai és retorikai jártasságot kívánta meg.¹² Az investitúraharc indukálta investitúrajog vitája során elsődleges kérdéssé vált a „legitimáció” és „primátus” fogalma, és ennek során a jogászok elméleti munkájára komolyabb igény merült fel, mely elvezetett a jogi oktatás uralkodói, illetve pápai támogatásához; a pápai hierokratikus doktrínáival szemben ugyanis a római jogon alapuló elvek és a filozófiai ismeretek jó elméleti fegyvernek számítottak. A professzionális jogászokra egyre nagyobb szükség lett, ezért mind a mediterrán vidéken, mind az Alpokon túl jogi iskolák jöttek létre: *Bologna* egyeteme, ahol az *ars dictandi* hozzájárult a jogi ismeretek terjesztéséhez, illetve *Montpellier* egyeteme, mely *Barbarossa Frigyes* bürokratikus hivatali apparátusának személyzetét, és elméleti-ideológiai munkák kidolgozására alkalmas tudósokat képzett.¹³

Ezek az egyetemek „felülről” kiépített intézmények voltak: uralkodói akarat folytán, az állam messzemenő támogatásával alakultak. A „szokás” alapján kialakult intézmények mellé felsorakoztak a fejedelmek, uralkodók, s ettől kezdve már nem a tudás önmagáért való átadása lett elsődleges feladatuk, hanem támogatóik politikai céljainak kiszolgálása; párhuzamosan a hatalom által nem támogatott egyetemek és az általuk preferált tudás a XIII. század folyamán hanyatlásnak indult. Az uralkodói politikai célok között kiemelkedő volt a császárság, pápaság rivalizálása, a tartományurak önállósulási törekvései, a városok polgárságának a feudális renddel szembeni igényei és a lovagság hatalmi harcai, melyek az egyetemek közti, illetve intézményeken belüli jogtudományi egyeduralmi versenyben is megmutatkoztak. II. Frigyes 1224-ben, Nápolyban nyilvánította ki egyetemalapítási szándékát, és a század végére az első Anjou uralkodó államapparátusa már az itt képzett jogászokkal töltődött fel, mi több az államszervezet vezető pozícióinak birtokosai is innen kerültek ki. Így például a Nápolyi és Szicíliai királyságban az ún. *logotheta* szerkesztette a jogszabályokat, fogadta a követeket; a *protonotarius* irányította a jegyzőket és referálta a kérelmeket: mindkét funkciót az egyetemi katedrát bíró doktorok töltötték be; s számukra a katedra ugródeszkát jelentett az állami hivatalokhoz.¹⁴ A *Toulouse*-i egyetem pedig a pápa kívánságára alakult a „az eretnokség elleni szellemi fegyverként”, vagy a XIII. század folyamán az 1303-ban alakult *avignoni* egyetemet szintén a pápai politika állította a maga szolgálatába, továbbá *Orleans* egyeteme szolgáltatta a francia udvar jogászutánpótlását, és két későbbi pápa is ezen az egyetemen végzett.¹⁵ A századfordulóra tömegesen jöttek létre az új jogázképző intézmények (Róma, *Perugia*, Lisszabon, *Alcala*, a *reconquista* nyomán *Coimbra*, *Salamanca*, *Valladolid*, etc.).

A *bolognai*, *salamancai*, és *Montpellier*-i egyetemeken a római jogi szakismeretek oktatásának primátusa érvényesült. A szaktudás pedig annál is fontosabb volt a praxisban, mivel az egyetemek az abszolút monarchia támasztékeként működtek, és ehhez már nem volt elégséges az átlagot meghaladó ismeret: a szaktudás, a jogi gondolkodás nélkülözhetetlenné vált. Ugyanakkor a különféle szakok ismeretanyaga, mint erre *Kant* is rámutatott, akkoriban talán éppúgy volt művészetnek, mint kifejezett szaktudásnak tekinthető, s az utóbbi irányába történő eltolódás fokozatos fejlődés eredményének; először a humanizmus és a reneszánsz

¹² Ld.: Ferencz Sándor i.m. 42. p.

¹³ Vö.: Králik Lajos: A magyar ügyvédség története I-II. Budapest. 1903. 71-77. p.

¹⁴ Bónis György i.m. 84-90. p. Az egyetemeken belüli jogtudományi elsőbbségre való törekvésre ld.: Kulcsár Kálmán: Politikai és jogszociológia. Kossuth. 1987. 92-93. p.

¹⁵ Bónis György i.m. 64-65. p., továbbá 99. p.

korának hatására a jog, a korábbi *ars* meghatározással szemben, mint *scientia* fogalmazódott meg.¹⁶

A XIV-XV. század folyamán folytatódott az egyetemalapítás: a bécsi jogi fakultás mindkét egyetemes jogrendszer (*facultas iuris canonici et civilis*) oktatására volt hivatott, majd Heidelberg, Köln, Erfurt, Lipcse, Würzburg, Rostock, később Trier, Freiburg, Ingolstadt, Tübinga, Greifswald, Mainz következett. Mindegyik a tartományurak privilégiumait élvezte, egyúttal azok a császár politikai céljait voltak hivatva támogatni, az uralkodó hatalmának elvi, ideológiai alátámasztására, illetve a városok virágzására szolgáltak. Előbbire példa az Orleans-i egyetemen tanult *legisták*, kik a francia király küzdelmeit támogatták a hűbérurak és a császár ellen, utóbbira pedig Padova egyeteme szolgált példát, ahol *civilisták*, mint diplomaták és tanácsosok szolgálták a várost. Németországban és Németalföldön egy kicsit megkésett a professzionális jogászképzés elismerése; a XIII. században még Itáliában, esetleg Franciaországban tanultak a német, illetve flamand diákok jogot, s onnan hazatérve az államigazgatásból csupán a XV. századra szorították ki praktikusokat a tanult doktorok; a Holland grófságban pedig érveket szolgáltattak a császárral szemben. A késés jelei voltak megfigyelhetők Csehországban (prágai egyetem) és Lengyelországban (krakkói egyetem) is; ám Prágában az egyház befolyása érvényesült, Krakkó esetében pedig a központosítás hiánya folytán a jogászok az igazgatásban a professzió nyugat-európai tagjaihoz képest szerényebb szerepet tölthettek be.¹⁷

A későbbiekben a jogászképzésben, illetve ezzel összefüggésben a jogászság ismerethalmozáiban már korábban gyökeret vert filozófia, mint a felülről létrehozott egyetemi struktúra fundamentuma egyre erőteljesebben befolyásolta a jogi stúdiumot, s a XV., XVI. századra nemcsak a jogi műveltség alapjául szolgált, hanem a jogi praxis meghatározó elemévé, alkalmazható segédtudományává vált. A Spanyolországot erőssé tevő „*mortal splendo*” építő jelleggel hatott a tudományok fejlődésére, így Salamanca is Európa egyik legjelentősebb jogi fakultásával rendelkezett; az itt oktató tudósok – kik a spanyol nemzetközi jogi iskola tagjai voltak – dolgozták ki az Új Világ felfedezésével járó társadalmi problémáknak vallási, erkölcsi, filozófiai, jogi kérdéseit.¹⁸ A jogi vitákban a római jogi hagyományokon kívül a filozófiai érvek domináltak és kimunkálták a különböző népek integratív jogelméleteit (a nemzetközi viszonyokat meghatározó *ius gentiumot*, a természetjogi doktrínákat, a népek közötti kapcsolat és forgalom alapjait: *ius communicationis*, *ius negotiandi*). A korabeli jogfilozófia sokszor fellépett a különböző állami és egyházi intézmények és azok szolgálatában állók gyakorlata ellenében: Francisco de Vitoria, Fray Bartolomé de Las Casas filozófiai és nemzetközi jogi tézisei; s némi eredményeket is elértek: például az Indiai Tanács felállítása, és annak a spanyol hódítókra vonatkozó szabályai. Ugyanakkor az Új Világ meghódítói is hasonló filozófiai és jogelméleti érveket használtak álláspontjuk megvédésére: Juan Ginés de Sepúlveda V. Károly

¹⁶ „Az orvos művész, aki – minthogy művészetét közvetlenül a természetből meríti, s ennek okán a természet valamely tudományából kell levezetnie...” Immanuel Kant i.m. 356. p. A reneszánsz korabeli változásokra ld.: Szabó Miklós: A jogdogmatika előkérdéseiről. Bíbor Kiadó. Miskolc. 1999. 60-61. p.

¹⁷ Uo. 68-69. p., továbbá 110-117. p.; 123. p.; Lengyelországban ugyan szintén „felülről” hozták létre a krakkói jogi fakultást, ám erős, központi, abszolút hatalom hiányában a joggyakorlat a praktikusokra támaszkodott és az igazgatásban a politikusoknak komolyabb szerep jutott, mint a jogászoknak. 128-139. p.

¹⁸ Marjorie Grice-Hutchinson: The School of Salamanca. Readings in Spanish Monetary Theory. 1544-1605. Oxford. Clarendon Press. 1952. Gajzágó László: A nemzetközi jog eredete, annak római és keresztény összefüggései, különösképpen a spanyol nemzetközi jogi iskola. Stephaneum. Budapest. 1942. Daniel Deckers: Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483-1546). Studien zur Theologischen Ethik 35. Universitätsverlag. Freiburg. Schweiz. Verlag Heider. Freiburg-Wien. 1991.

udvari papja Arisztotelészre hivatkozva állította, hogy a bennszülöttek (*servi a natura*) természettől fogva rabszolgák. Ez tulajdonképpen hasonlatos a pápaság-császárság harcához kapcsolódó elméleti vitákhoz, hiszen az ott felhozott filozófiai érvek mögött is tényleges hatalmi kérdések húzódtak, vagyis a két jelenség szociológiai szempontból egyfajta párhuzamos jelenségnek tekinthető. Az előbbi példákban is látható, hogy egyre nagyobb szükség lett a jogelméleti vitákban a filozófiai jártasságra, ezért annak oktatása fokozatosan jelentősebbé vált, illetve a jogi fakultásokon is az elméleti érvek hangsúlyosabbá váltak; a középkori teológiai nézetek áttörése tehát „a *studium* és a *ius gentium* sikján ment végbe”¹⁹, más kifejezéssel élve: a jogi fakultások autonómiája annyira megerősödött, hogy a teológia és az uralkodói hatalom ellenlábasává válhatott.²⁰ Az oktatás jellegét innentől kezdve nemcsak a „felülről” való kiépülés, de az elméleti túlsúly is determinálta. A filozófia nem csupán irreleváns, (a többnyire nemesi származású) hallgatók társadalmi érvényesülését szolgáló művészeti tudás körébe tartozó ismeretek összességét jelentette,²¹ hanem komoly szakmai jellege is volt, mely a praxisban alkalmazhatónak bizonyult: erre kiváló példa, hogy a spanyol jogfilozófia az egész amerikai kontinensre hatással volt, illetve a hegemoniáért folytatott harcok idején a szembenálló felek szellemi bázisául is szolgált. A XV-XVI. században pedig jelentősége talán az eddigiekhez képest is megnőtt: a humanisták – miközben a glosszatorok és kommentátorok munkáit bírálták – megindították a jogtudomány reneszánszát, egyúttal az oktatást újra kapcsolatba hozták a filozófiával; s e folyamatok eredményeképpen a jogtudományon belül a filozófiai ismeretek a mai napig komoly relevanciával bírnak. A fent ismertetett, az időszak jogi oktatásában meglévő ismertanyag minőségét, a filozófia és a szaktudományok viszonyát Immanuel Kant találóan írta le: „A szabadság mármost, melynek élvezetében az alsóbb fakultás meg nem rövidíthető, azzal az eredménnyel jár, hogy a magasabb fakultások (maguk is okulván) egyre inkább az igazság kerékvágásába zökkennek hivatalnokait”.²²

Annak ellenére, hogy az angol szigeten az egyetemeknek a jogásztársadalom szempontjából kisebb jelentőségük volt, a XIV. században alakult *Inns of Court* esszenciálisan tartalmazza az elitrendszer tudásátadási jellegzetességeit: a művészeti ismeretek tanítását. A jogáskollégiumokban elsődlegesen zenét, táncot (művészeteket), társalgást, illemszabályokat oktattak, a szakmai ismeretek szinte teljesen háttérbe szorultak;²³ a kimutatások szerint elsősorban a nemesi származásúak interakciós képességeik javítására szolgáló képzési struktúrával rendelkező szervezetek voltak, hallgatói a szakismeretet sokkal később a gyakorlatban sajátították el. Kialakulásában egyetlen lényeges különbséget találhatunk a kontinentális oktatási intézményekhez képest: a jogáskollégiumok a kezdetektől autonóm szervezetek voltak, és a képzés a kezdő hallgatótól a felsőbbíróság tagjáig az autonóm testület kezében maradt; ezért mondja Maitland, hogy az angol szokásjog fennmaradása a nemzeti jogi

¹⁹ Redl Károly i.m. 64. p.

²⁰ Szociológiai, politikai szociológiai és elitkutatói szempontból megmutatkozott, hogy a pápaság, az egyház, és a nemesség, világi hatalom közti kompromisszum mellé új elemként jelentkezik az értelmiség is. Ld.: Bónis György i.m.; Jaques Le Goff: Az értelmiség a középkorban. (Klaniczai Gábor ford.) Magvető. Budapest. 1979.

²¹ A művészeti tudásról ld Pierre Bourdieu: La Reproduction. La fonction idéologique du système d'enseignement. Ed. Minuit. Paris. 1970. In: Ferge Zsuzsa – Háber Judit (szerk.): Az iskola szociológiai problémái. Válogatott tanulmányok. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest. 1974. 65-91.

²² Immanuel Kant i.m. 360-361. p.

²³ Ld.: Nagy Zsolt: Az angolszász jogi oktatás történeti vázlata. Kézirat. Szeged. 2003.

iskoláknak köszönhető.²⁴ (A jogáskollégiumok nemcsak képzési, hanem ítélkezési feladatokat is elláttak, ami önmagában mutatja az oktatás és gyakorlat szoros összefonódását.) Csakúgy, mint az európai egyetemeken Angliában is oktattak római jogot, illetve kánonjogot; *Oxford Bracton* után is a római jog egyik központja maradt, a XII. században alakult *Cambridge* nemkülönben. A „kormányzati tanácsban” a XV. században kaptak helyet a jogi doktorok, és az angol abszolút monarchia – párhuzamosan a kontinentális uralkodókkal - már a római jogot, illetve azt közvetítő egyetemeket részesítette előnyben. Csakhogy a jogásképzés a praxis kezében maradt, a rekrutáció az ügyvédi kar kezében volt, s ők biztosították a belépéshez szükséges formális elismerést. A jogi praktikummal, a bírósági eljárással és az angol, praxisban dolgozó jogásztársadalommal összefonódott jog nem tudta adaptálni a filozófiai diskurzustól áthatott római jogot, s annak ismerete noha hátránnyal nem járt, ám a jogászság rekrutációja szempontjából előnyt sem szolgáltatott. Az angol ügyvédképzés letéteményeseit, a jogáskollégiumokat nem a tudomány templomaiként, de még csak nem is valamiféle diszciplináris, vagy hétköznapi tudásátadás intézményeiként tartották számon; bizonyos szempontból ennél kevesebbet, más szempontból azonban többet jelentettek: a barristerekhez való tartozás szocializációs, művészeti tudást átadó, csoportintegrációs funkcióját töltötték be. Így napjainkig marginális Angliában a felsőfokú jogi oktatás; az ipusztriális korszakban ugyan megnövekedett a szakemberigény, azonban a céhszerűen zárt jogásziprofesszió társadalmi privilégiumát féltve nem vált nyitottá, és zárt jellegét könnyen megőrizhette, hiszen nem a felsőfokú oktatás jelentette a formális elismerést, így az nem is lehetett hatással a végzetek professzionális társadalmi szerepére.²⁵ Ugyan a mai napig is fennálló egyetemeken oktatják a kontinentális jogi fakultásokon megismert elméleti tudást, ám a praxist intézményesen lezáró jogáskollégiumok nem engedték ezt a fajta információhalmazt a gyakorlatban érvényesülni.

A jogelmélet oktatásának kezdete és szerepe az abszolutista Magyarországon

A XVIII. században az osztrák birodalmi abszolút monarchia fő célkitűzése az ország bizonyos fokú modernizációja, a társadalom, gazdaság, és állam az akkori nyugati államokhoz képest kialakult elmaradottságának megszüntetése volt, s e feladatot az abszolút hatalom dirigista, központi irányítását preferáló eszközeivel kívánta elérni. A feladatok megvalósítása során a jogásképzés, mint az uralkodóhoz hű, az abszolút monarchiának engedelmes, a társadalom igazgatására felkészült szakemberek képzését megvalósító intézmény különösen a fókuszpontba került; talán egy kis túlzással megkockáztatható az a kijelentés, hogy a jogi felsőoktatás léte e régióban a felvilágosult abszolútizmusnak köszönhető, ugyanakkor ez a tény meghatározta a jogi képzés arculatát is.²⁶

Az állami felügyelet erősítéseként, a centralizált politikának megfelelően Mária Terézia királynő 1760-ban kötelezte a nagyszombati jogi fakultás oktatóit, hogy előadásait írják le és terjesszék fel hozzá, továbbá tankönyvírási kötelezettséget rótt rájuk, meghatározta az

²⁴ Bónis György i.m. 151-152. p.

²⁵ A kollégiumokban kapott tudás a végzett hallgatók társadalmi szerepe, struktúrában elfoglalt helyük szempontjából komoly relevanciával bírt, hiszen az adott társadalmi rétegben való érvényesülést elősegítette, azonban a jog, mint szakma tekintetében már irreleváns volt.

²⁶ Természetesen már korábban is létezett Magyarországon felsőfokú jogi oktatás. Egyfelől több intézményben oktattak egyházjogot, másfelől a nagyszombati katolikus intézetben 1667. január 2-án megkötött ún. „megállapodás” egyfajta alapítólevélnek is tekinthető, melyben jogi fakultás létrehozásáról határoztak; az okirat szerint a fakultáson a képzést négy tanár oktatása tette teljessé: római jogot, kánonjogot, két oktató pedig „Magyarország szokásjogát, a *Decretum Generale*t, amelyet *Tripartitum*nak nevezünk” Eckhart Ferenc: A Jog- és Államtudományi Kar története. A Pázmány Péter Tudományegyetem kiadása. Budapest. 1936. 5. p.

oktatandó tananyag forrásait.²⁷ A korabeli jogbölcselet oktatása a római jog keretei között folyt, mely tárgyból – *Philipp Reinhard Vitriarius Institutiones iuris naturalis* című művén alapuló természetjog (*jus naturae*) oktatása mellett – *Heineccius* és *Westenbergius* munkáinak ismertetése vált nélkülözhetetlenné. A jogbölcselet és a római jog kapcsolata egyáltalán nem volt véletlenszerű (másképpen: nem költségvetési vagy személyi okokból oktatták a két diszciplínát a római jog alatt), ugyanis a korabeli jogtudósok a jogra elsősorban nem, mint igazgatási eszközre – mivel ez a korabeli elvek szerint a királyi, császári hatalomhoz kötött közigazgatás szervezetére tartozott –, hanem, mint az „igazság”, „az igazságra való törekvés művészetének” tekintett, a filozófiához, teológiához közel álló tudományra tekintettek. Az egész középkor folyamán a tudomány internacionalizált, a latin nyelv által generális úton közvetített volta megakadályozta a nemzeti jogok kizárólagos oktatását, annál is inkább, mivel a végletekig felaprózott partikuláris szokásjogot a nagyfokú hallgatói mobilitásra tekintettel felesleges lett volna ismertetni,²⁸ s az akkor kézenfekvőnek tűnő és egyben az európaiak által többé-kevésbé ismert római jog, mint általános „igazságossági princípiumok” váltak a jogászképzés racionális alapjává. A *római, pozitív joganyag természetjogi felhangokkal dúsítva*, elég flexibilisnek mutatkozott, hogy generális, több kultúrára, jogi kultúrára alkalmazható elvek gyűjteményévé váljon.²⁹

Tehát a jogelmélet és a pozitív szabályok kapcsolata a középkor folyamán – nemcsak a jogászképzésben, de a praxisban is – egyértelműnek mutatkozott; mégis a hazai jogi oktatásban valamiféle fordulat következett be, hiszen ez a kapcsolat egyre inkább eseti jellegűvé vált, majd szinte teljesen megszűnt. Ennek oka a természetjog hazánkban oktatott válfajának lényegében, illetve az e mögött álló hatalmi kérdésekben keresendő. A természetjog klasszikus tanának a birodalomban oktatott irányzata szerint az uralkodó elidegeníthetetlen hatalmát szabad emberek szerződése alapján nyeri el, és azt a „nép” javára gyakorolja, illetve az uralkodó „atyai” gondoskodással „törődik” alattvalói sorsával, ennek ellentételezéseként az alattvalók feltétlen engedelmességi kötelezettséggel tartoznak. Az elméleti alapvonal később sem változott sokat: az oktatók *Pufendorf*, *Thomasius* és elsősorban *Christian Wolff* filozófiája szerint folytatták a jogbölcselet oktatását. *Karl Martini* udvari tanácsos *De lege naturali positiones (In usum auditorii Vindobonensis. 1767)* című kötelezően oktatandó munkája szintén hasonló szellemet tükrözött,³⁰ noha munkáinak egy részét csak 1792-ben fordították magyarra.³¹ Az egyetlen

²⁷ Így például a Huszty István által feldolgozott magyar jog, beleértve a büntetőjogot is a királynő utasítására 1760-ban az egyetem tankönyve lett; Huszty munkáinak tankönyvként való felhasználásáról ld.: Csizmadia Andor: A hazai jog oktatása a 18. század második felében és Huszty István *Jurisprudentia Practica*-ja. *Jogtudományi Közlöny*. 22. évf. 1967. március-április. 3-4. szám. 195-202.; továbbá Mezey Barna: Nagyszombattól Budapestig. Az Eötvös Lóránd Tudományegyetem és Jogtudományi Kara. (1667-2002). In: Takács Péter (szerk.) i.m. 139-184.

²⁸ A középkori hallgatói mobilitásról bővebben ld.: Gabriel Astrik i.m.; különösen a 135-167. p.

²⁹ Kulcsár Kálmán: Politikai és jogszociológia. Kossuth. 1987. 86-87. p.

³⁰ *Karl Anton Martini* báró tanulmányait *Trientben*, *Innsbruckban*, Bécsben végezte, a királynő fiainak tanáraként, a bécsi egyetem professzoraként működött, illetve rendkívüli befolyással rendelkezett az Udvarnál, majd később az osztrák igazságszolgáltatás legmagasabb pozícióiban szolgált. Művei kevésbé tűntek ki eredetiségükkkel, illetve a jogelmélet, mint tudomány tekintetében sem voltak a legkiemelkedőbbnek mondhatók, és sokkal inkább szerzőjük pozíciója folytán tettek szert az Osztrák Birodalom területén ily kiemelt jelentőségre; így korábban, a birodalomban messze a legnagyobb hatású munkáknak voltak tekinthetők. Eckhart Ferenc i.m. 72-73. p.

³¹ Ld.: Pokol Béla: A jog elmélete. i.m. *Christian Wolff* és az abszolutizmus kapcsolatára ld.: Szilágyi Péter: A jogbölcselet oktatása a jogi karon. In: Takács Péter (szerk.): A jogászképzés múltja, jelene és jövője. Ünnepi

különbség, hogy a „Gesamtmonarchie” szellemének megfelelően elődeinél jelentéktelenebbnek tartotta a rendek jogait: elméletében a hatalom nem volt átruházható a rendeknek, s megszerzése sem függ koronázástól, hitlevél-kiállításától, s a rendeknek ellenállási joguk sem lehetett; továbbá általában is erősebb, nem politikai természetű, hanem a társadalom dirigista irányítására vonatkozó felvetéseket tartalmazott.³² A fentiekben talán kissé leegyszerűsítve ismertetett elmélet kidomborítja, hogy miért volt szükséges a korabeli uralkodóknak a klasszikus természetjog ezen ágának kötelező oktatása: a birodalom abszolút uralkodói saját hatalmuk elvi, ideológiai támaszuk erősítése végett rendelték el a természetjog elméletének oktatását. A valóságban azonban – bár az előadások szellemisége nem volt a hatalom által kifogásolható – a természetjog, római jog, és egyházjog oktatása nem volt kielégítő, a hallgatók ugyanis inkább csak a hazai jogot vették fel, illetve óráik időpontjainak ütközése is akadályozta a többi tárgy hallgatását. Végző soron a praxis hatásaként az egyetemi képzésben a hazai jog ismertetéséhez képest ténylegesen más diszciplínák, így a jogelmélet (természetjog) oktatásának jelentősége is elhanyagolhatónak voltak mondhatók.

1769-ben a korábbi rendelkezések megerősítésével, részben új kötelezettségek megállapításával újabb tanulmányi szabályzat született:³³ nem a jogi fakultás, hanem a bölcsészeti kar keretében felállították az ún. „politico-kameralis tudományok” tanszékét; ehhez szorosan kapcsolódva, vagyis más szavakkal: *sokkal inkább politikai célzatokból* az oktatók számát ötre emelve egy új „tanszék” hoztak létre *természetjog és általános közjog elnevezéssel* s a *jus naturae* tanszékére, illetve az egyházjog oktatására Bécsben tanult új oktatók kerültek.³⁴ A „Norma Studiorum” a régi kötelezettségeket megismétlő rendelkezése szerint az oktatóknak ragaszkodni kellett a meghatározott tankönyvekhez, és ha saját munkájukat kívánták előadni, azt az uralkodóhoz fel kellett terjeszteni. A természetjog tananyagán pedig még a XIX. században sem sikerült változtatni, illetve azt megújítani, ugyanis Zeiller Ferenc és Anton Virozsil új könyveinek oktatását elutasították.³⁵ Mindez megmutatja, hogy sem a politikai, sem pedig a jogbölcséleti (természetjogi) oktatás esetében nem feltétlenül beszélhetünk széleskörű nézeteket prezentáló stúdiumokról, hanem szigorúan az uralkodó politikai, hatalmi helyzetéhez kötött, a központi akaratot feltétlenül kiszolgáló igazgatási szakembergárda képzésének részéről lehetett szó.

Mindezekből következik, hogy a hazai jogelméletet szinte kizárólag a hatalom, még hozzá egyfajta hatalom igazolására használták, s nem lehetett szó különféle érdekeket, értékeket kiszolgáló, vagy éppen azokat teremtő versengő elméletekről, melyeket a nyugat-

tanulmányok, konferencia-előadások, kerekasztal beszélgetések. ELTE Állam- és Jogtudományi Kar. 2003. 50-77. 51. p.

³² Csak érdekességképpen: a lakosság létszámáról való gondoskodás, a mezőgazdaság, ipar, kereskedelem irányítása, ha az államot veszély fenyegeti, egyházzal szembeni erőszak alkalmazásának lehetősége, családi kérdésekbe való beavatkozás, mint például a házastársak közti viszály elrendezése, szülői „felügyelet felügyelete”. Ld.: Eckhart Ferenc i.m. 72-75. p.

³³ A kart 1769-ben formálisan államosították, s orvosi karral is kiegészítették: lényegében ekkor vált európai értelemben *universitasszá*. Mezey Barna i.m. 140. p.

³⁴ Ld.: Mezey Barna i.m. 140-141. p.

³⁵ Zeiller Ferenc a kor szellemének megfelelő művének oktatását (*Das natürliche Privatrecht. Wien. 1802.*), mint az erkölctant figyelembe nem vett munkát a kar elutasította. Anton Virozsil pedig, mikor 1833-ban kiadta Természeti Magánjogát, a nádornál feljelentették. (Mellesleg a cenzúrahivatal, mint tansegédletet engedélyezte annak oktatását.) Eckhart Ferenc i.m. 323-325. p.

európai jogásztársadalom használt; tehát a hazai jogásztársadalmi, politikai viszonyok egy jóval szűkebb jogfilozófiai diskurzust teremtettek.

Reflexiók napjaink jogelméletére

A talán kissé leegyszerűsítve ismertetett hazai (tágabb értelemben közép európai) és nyugat-európai jogelméleti oktatás, illetve az elméletek és praxis kapcsolata, vagy e kapcsolat hiánya napjaink jogbölcseletét érintve néhány kérdés feltevését indukálja.³⁶

Pokol Béla „A jogelmélet diszciplináris önreflexiója” című munkájának „A jogelméleti diszciplína szociológiai megközelítése” részében kérdésként felvetette, hogy milyen távolság mutatható ki az oktatói praxis és a joggyakorlat között, illetve ezzel párhuzamosan, hogy milyen erős határokat figyelhetünk meg a jogelmélet és a tételes jogi (esetlegesen történeti, összehasonlító jogi) diszciplínák között.³⁷

Az első kérdés esetén miután elemezte az amerikai és a német joghallgatói, oktatói szocializációs mechanizmust, a magyar jogi oktatásra reflektálva kiemelte, hogy: „joghallgatóként az oktatásban csak minimális gyakorlati joggal való érintkezésre van lehetősége a magyar diáknak, és szinte „bölcész-módra” pusztán csak könyvből és „papírból” oktatva kap jogi diplomát”; noha hangsúlyozta, hogy a rendszerváltás óta az egyetemi oktatók egy része gyakorlati jogi tevékenységet is végez.³⁸

A második kérdésnél szintén a német és az amerikai szituáció elemzése után megállapítja, hogy hazánkban a jogelmélet és a tételes jog határai a legerősebbnek mondhatóak, mindez intézményes keretekkel is biztosítva, s kivételt csak az esetleges személyes motivációk jelenthetnek. Vagyis a szerveződési minta miatt minimális gyakorlati ismeret alapján „az izolált jogelméleti/jogfilozófiai kutató a lehető legtávolabb kerül a reális jogi folyamatokkal való érintkezéstől.” S a tanulmányban külön hangsúlyt kap, hogy a tételes jog, illetve a praktikum szakembereinek jogelmélettel kapcsolatos szemléletében ellenérzések tapasztalhatóak.³⁹

Az említett problémák valóságok, mi több hazánkban talán a jogelmélet (jogszociológia) diszciplínák művelésének egyik legégetőbb kérdései között tarthatjuk számon.⁴⁰ Jelen tanulmány előző részeinek történeti fejtegetései is megmutatják, hogy a két tudáshalmaz, ti. az elméleti-oktatói szféra által „gondozott” diszciplináris jogbölcselet és a gyakorlati jogász praktikus ismeretei, illetve a két jogásztársadalmi kategória közti távolság nem szükségképpen. (Gondoljunk csak a XVI. századi spanyol jogelmélet praktikus vonatkozásaira, vagy a *regnum* és a *sacerdotium* kérdéseit taglaló elméleti vitákra.) Sok esetben – természetesen nem

³⁶ Véleményünk szerint a következőkben felvetett problémák szempontjából szükséges egy nagyon meghatározó párhuzamosságra felhívni a figyelmet: a korabeli „angol jogelmélet”, illetve egyetemi képzés és a praxis kapcsolata hasonló volt a hazai jogbölcselet és gyakorlat közti konnekcióval, ugyan más indokok miatt, de végső soron egyik esetben sem tört utat az elméleti gondolkodás a praktikum felé.

³⁷ Pokol Béla: A jogelmélet diszciplináris önreflexiója. Budapest. Kézirat. 2006. 20-23. p. Ugyan jelen dolgozatban az említett két problémával foglalkozunk, de szükséges megjegyezni, hogy az idézett tanulmányban a szerző egy harmadik kérdést is megfogalmaz: a jogelmélet és a társadalomelmélet kapcsolatát.

³⁸ Pokol Béla i.m. 21., illetve 22. p.

³⁹ Pokol Béla i.m. 22. p.

⁴⁰ Természetesen más, szintén égető problémák is jelen vannak korunk jogbölcseleti kérdései közt. Erre szolgálnak például Szilágyi Péter: A jogbölcselettel szembeni kihívások a harmadik évezred kezdetén – Magyarországról nézve című tanulmánya. Magyar Közigazgatás. LIV. Évfolyam 3. szám. 2004. március.

kizárólagosan - csupán történelmi, társadalmi vagy éppen politikai események következményeiről beszélhetünk.

Az előző részek továbbá megmutatják, hogy a sem a jogelmélet, sem a tételes jogtudományok, illetve a gyakorlat részéről nem csak egyetlen lehetőség akár a praxishoz, annak elvárásaihoz, a praktikum tudáshalmazához, akár az elmélethez való „idomulás”; annál is inkább, mivel meglepően éppen a történelmi kitekintés cáfolja ezt az „egyetlen lehetséges út” látszatot. Gondoljunk arra, hogy a középkorban a gyakorlat, még ha éppen a politika indukálta is, fordult a jogelmülethez segítségért vagy napjainkban is sok problémakört merít a jogelmélet a praxisból, vagy a tételes jogból. (Ezzel természetesen nem arra kívántunk utalni, hogy napjaink, az ismertetett kortól immáron teljesen eltérő jogi kultúrájában, társadalmi szituációjában meg kellene ismételni a középkori nyugat-európai jogi tradíciót, csupán az eltérő lehetőségek felvetése volt a cél.)

Véleményünk szerint a leginkább gyümölcsöző megoldás a két szféra közötti diskurzus elmélyítése lehetne, s ahogy *Pokol Béla* is több helyen rámutatott, nem elégséges az egyes kutatók belső motivációira hagyatkozni, s a probléma kezelésére intézményes keretek is szükségesek. Természetes, hogy a jogi oktatás struktúrájának keretei is szolgálhatnak intézményesített fórumként; az egyetemek, illetve az ott található kutatóknak ilyen irányú tevékenységére van szükség. Ugyanakkor nem feltétlenül csak a jogelméleti diskurzusnak kell megváltoznia, hanem – főképpen, ha tekintettel vagyunk napjaink társadalmi, gazdasági elvárásaira is – a praxis jogásztársadalma is komoly szemléletbeli változások elé néz. Itt elsősorban az *Eugen Ehrlich* által oly találóan megfogalmazott hivatalnok-jogász szerepre gondolunk: „az európai kontinens mai jogát is úgy kell tekintenünk, mint képzett hivatalnok-bírák jogát: mert ha a modern államot jogállamnak nevezzük is, mégsem felejtkezhetünk meg arról, hogy a mi esetünkben ez lényegileg hivatalnokállamot jelent”. Természetes, hogy az említett attitűd és az ennek megfelelő tételes jogi gyakorlat, illetve oktatás „érzékeny” marad a jogelmélet felvetéseire, de épp a fentiek mutatják meg, hogy mennyire szükséges lenne mind a praxisban, mind tételes diszciplínák tekintetében a bölcsellettől való kapcsolat megteremtése. Noha kétségtelen, hogy a praxis attitűdjeinek változásai mellett a joggyakorlat és a jogbölcsélet szimbiózisát a praxis problémáira reflektáló jogelmélet teljesítheti

Irodalomjegyzék

Bourdieu, Pierre: La Reproduction. La fonction idéologique du système d'enseignement. Ed. Minuit. Paris. 1970. In: Ferge Zsuzsa – Háber Judit (szerk.): Az iskola szociológiai problémái. Válogatott tanulmányok. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest. 1974. 65-91.

Bónis György: A jogtudó értelmiség a középkori Nyugat- és Közép-Európában. Akadémiai kiadó. Budapest. 1972.

Csizmadia Andor: A hazai jog oktatása a 18. század második felében és Huszty István Jurisprudentia Practica-ja. Jogtudományi Közlöny. 22. évf. 1967. március-április. 3-4. szám. 195-202.

Deckers, Daniel: Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483-1546). Studien zur Theologischen Ethik 35. Universitätsverlag. Freiburg. Schweiz. Verlag Heider. Freiburg-Wien. 1991.

Eckhart Ferenc: A Jog- és Államtudományi Kar története. A Pázmány Péter Tudományegyetem kiadása. Budapest. 1936.

Eugen Ehrlich: Szabad jogtalálás és szabad jogtudomány. In: Varga Csaba (szerk.): Jog és filozófia. Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből. Akadémiai Kiadó. Budapest. 1981. 73-98.

Ferencz Sándor: A középkori egyetem. Egyetem – Universitas – Studium Generale. In: Tóth Tamás (szerk.): A modern európai egyetemek funkcióváltozásai. Felsőoktatás-történeti tanulmányok. Professzorok Háza. Budapest. 2001. 33-46.

Gabriel Atrik: The Paris Studium. Robert of Sorbonne and his Legacy. Interuniversity Exchange between the German, Cracow and Louvain Universities and that of Paris in the Late Medieval and Humanistic Period. Selected Studies. A Parisian Heritage: Opposition between the Faculty of Arts and the Theologians. University of Notre Dame. Notre Dame. Indiana. Verlag Joseph Knecht. Frankfurt am Main. 1992.

Gajzágó László: A nemzetközi jog eredete, annak római és keresztény összefüggései, különösképpen a spanyol nemzetközi jogi iskola. Stephaneum. Budapest. 1942.

Grice-Hutchinson, Marjorie: The School of Salamanca. Readings in Spanish Monetary Theory. 1544-1605. Oxford. Clarendon Press. 1952.

Immanuel Kant: Történetfilozófiai írások. A fakultások vitája három szakaszban (1794-98). (Mesterházy Miklós ford.) Ictus. 1995-97.

Kulcsár Kálmán: Politikai és jogszociológia. Kossuth. 1987.

Le Goff, Jacques: Az értelmiség a középkorban. (Klaniczai Gábor ford.) Magvető. Budapest. 1979.

Mezey Barna: Nagyszombattól Budapestig. Az Eötvös Lóránd Tudományegyetem és Jogtudományi Kara. (1667-2002). In: Takács Péter (szerk.) i.m. 139-184.

Nagy Zsolt: Az angolszász jogi oktatás történeti vázlata. Kézirat. Szeged. 2003.

Pokol Béla: A jogelmélet diszciplináris önreflexiója. Budapest. Kézirat. 2006.

Rédl Károly: A fakultások vitájának előtörténetéhez. In: Tóth Tamás (szerk.): A modern európai egyetemek funkcióváltozásai. Felsőoktatás-történeti tanulmányok. Professzorok Háza. Budapest. 2001. 57-72.

Szabó Miklós: A jogdogmatika előkérdéseiről. Bíbor Kiadó. Miskolc. 1999. 60-61. p.

Szilágyi Péter: A jogbölcselet oktatása a jogi karon. In: Takács Péter (szerk.): A jogászképzés múltja, jelene és jövője. Ünnepi tanulmányok, konferencia-előadások, kerekasztal beszélgetések. ELTE Állam- és Jogtudományi Kar. 2003. 50-77. 51. p.

Szilágyi Péter: A jogbölcselettel szembeni kihívások a harmadik évezred kezdetén – Magyarországról nézve című tanulmánya. Magyar Közigazgatás. LIV. Évfolyam 3. szám. 2004. március.

Nótári Tamás

A pálca és a lándzsa mint hatalmi jelkép az ókori Rómában

A *legis actio sacramento in rem* jól ismert leírásában Gaius megemlíti, hogy az eljárás során a palcát mintegy a lándzsa helyett használták, mintegy a jogszerű tulajdon jeleként, mivel azt vélték leginkább sajátjuknak, amit az ellenségtől vettek el: “*Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent.*”¹ Gaius nézetével egybecseng Verrius Festus azon megállapítása, miszerint a lándzsa a legfőbb hatalom jelképe, megtestesülése: “*Hasta summa armorum et imperii est.*”² E két *testimonium*ból kiindulva kívánjuk jelen tanulmányban a *hasta* és a *festuca* hatalmi jelképiségét vizsgálni a *legis actio sacramento in rem* szertartásának³ *duellum sacrum*kénti értelmezését alátámasztandó.⁴ Először röviden áttekintjük a lándzsa előfordulásait mint az *imperium* jelképét, az ezzel összefüggő *subhastatiót* és a hadvezéri lándzsa funkcióját, valamint szót ejtünk az *augurok* botjáról és a lándzsa-, illetve pálcaszimbolika bizonyos görög előképeiről és párhuzamairól. (I.) Ezt követően a Mars isten lándzsájához és a Mars-kultuszhoz, valamint Quirinusnak és a Quiritesnek a lándzsaszimbolikához fűződő viszonyához teszünk néhány megállapítást. (II.) A *magistratus*, a *flamen Dialis* és a *virgo Vestalis* előtt vonuló *lictörök* által hordozott *fascēs* szintén hatalmi jelvény, s amint ezt megkíséröljük felvillantani, a hatalom erősen szakralizált, numinózus jellegét testesíti meg. (III.) Végül a hadüzenet szertartásából, s a szertartásban a lándzsa különleges jellegéből és használatából kívánunk bizonyos párhuzamokat a *ius fetiale* és a *legis actio sacramento in rem* között felmutatni. (IV.)

I. Jó eséllyel feltételezhetjük, hogy a lándzsa mint fegyver kezdetben nem is lehetett egyéb, mint egy keményfából készült, hosszú, hegyes, tűzben edzett bot.⁵ Ha pedig a *hasta* volt azon fegyver, amivel a harcok során zsákmányt,⁶ elismerést s ezáltal hatalmat szerezhetek, úgy nem csodálkozhatunk azon, hogy hamarosan hatalmi jelképpé válhatott.⁷ Ezt jelzi a festusi “*hasta summa armorum et imperii est*” meghatározás is,⁸ s az *imperium* – különösen a lándzsával összefüggésben történő – említésekor nem szabad megfélekezni annak a szakrális szférába tartozó, mágikus-vallási jellegéről sem. Az *imperium* elsősorban tényleges parancsnoki hatalmat jelöl, ám a vallási szférához is kötődik, az *auspicium* esetében a szakrális elem van túlsúlyban, ugyanakkor magában hordozza az annak végrehajtásához szükséges jogosultságot.⁹ Wagenvoort meglátása szerint bizonyos személyek saját és kivételes *manával* rendelkeztek a római gondolatvilágban, így például az *imperator* – ha a szó eredetét vizsgáljuk – teremtmő, megtermékenyítő erővel rendelkezik,¹⁰ s amikor hadvezérként katonáinak egy ellenséges tábor elfoglalására adott parancsot, akkor mágikus szavával hívta életre katonáiban a parancs

¹ Gai. *inst.* 4, 16.

² Fest. 55, 3.

³ A *legis actio*s eljárás immáron könyvtáryivá duzzadt szakirodalmához lásd Hamza G.–Földi A.: *A római jog története és intézményei*, Budapest 2005¹⁰. 167. skk.; Földi A.: *Megjegyzések a legis actiók kérdéséhez*, AUB 29. 1987; Zlinszky J.: *Állam és jog az ősi Rómában*, Budapest 1996. 146. skk.; Nótári T.: *Jog, vallás és retorika. Studia Mureniana*. Szeged 2006. 69. skk.

⁴ Az ennek kapcsán – az e tanulmányban jelzethetnél bővebben – kifejtett koncepciót lásd Nótári T.: *Duellum sacrum – gondolatok a legis actio sacramento in rem kapcsán*, ÁJ 2005. 1–2. (sajtó alatt)

⁵ Cic. *Verr.* 4, 125; Plin. *nat.* 16, 65; Hdt. 7, 71; Tac. *ann.* 2, 14; Prop. 4, 1, 28; Amm. 31, 7, 12.

⁶ Vö. a *doryktētos* kifejezést Homérosznál (Il. 9, 342. skk.).

⁷ F. J. M. de Waele: *The Magic Staff or Rod in the Graeco-Italian Antiquity*, Gent 1927. 172.

⁸ Fest. 55, 3.

⁹ W. Pötscher: ‘Numen’ und ‘numen Augusti’. In: *Hellas und Rom*, Hildesheim 1988. 462.

¹⁰ A. Walde–J. B. Hofmann: *Lateinisches etymologisches Wörterbuch I–II*, Heidelberg 1938. I. 683.

végrehajtásához szükséges erőt; ezek alapján tehát az *imperium* nem más, mint egy titokzatos erő átvitelének egy formája.¹¹ A katonai és vallási vezető (a kezdetekben mindkét feladatot a rex látta el a rómaiaknál)¹² *manával* bír, ez teszi képessé például a föld termékenységének növelésére, amint ezt etnológiai példákból látjuk.¹³ Ennek megfelelően Wagenvoort értelmezésében az *imperare* eredetileg nem jelentett egyebet, mint *életre kelteni, megtermékenyíteni*, hiszen a hadvezér – aki egy idegen tábor megrohamozására adott parancsot (*imperabat*) katonáinak – mágikus erejű szava által hozta létre, hívta életre a parancs végrehajtásához szükséges erőt; vagyis az *imperium* nem egyéb – vonja le a következtetést –, mint egy titokzatos erő átvitelének, létrehozásának képessége.¹⁴ Ennek specifikumaként említi meg Köves-Zulauf, miszerint “*a dolog különös ... érdekessége, hogy a parere (szülni) tipikusan női szó, míg imperiummal kizárólag férfiak rendelkeztek*”.¹⁵

Az ellenségtől fegyverrel szerzett zsákmány – nem véletlenül tesz erről említést Gaius is¹⁶ –, kiváltképp a hadifoglyok eladását,¹⁷ majd utóbb általánosságban az árverést¹⁸ nem véletlenül jelöli a *subhastatio* kifejezés.¹⁹ A rómaiak már maguk is tisztaban voltak e szokás eredetével,²⁰ gyakorta megjelenik a *praeda*²¹ és a *spolia*²² kifejezésekkel valamiféle kontextusban, a *hasta* az eladás jelképévé vált²³ – ebből alakult ki a *ius hastae* összetétel is²⁴ –, s az állami eladásoknak olykor a *hastam ponere* fordulattal éltek,²⁵ s számos alkalommal a *hasta* jelképként helyettesítette az egész jogügyletet.²⁶ A lándzsát e funkciójában Seneca *hasta civilis*nek,²⁷ Cornelius Nepos *hasta publicán*ak,²⁸ Iuvenalis *domina hastán*ak,²⁹ a *hasta* helyét Tertullianus

¹¹ H. Wagenvoort: *Wesenszüge altrömischer Religion*, In: ANRW 1972. I. 2. 371. sk. *Imperium ist also eine Form der Übertragung geheimnisvoller Kraft*.

¹² Földi-Hamza 18.

¹³ Wagenvoort 371.

¹⁴ Wagenvoort 371. sk. *Sehen wir richtig, so bedeutete das Zeitwort imperare ('befehlen', 'herrschen') ursprünglich 'zum Leben erwecken', 'befruchten'; der Feldherr, der seinen Soldaten befahl (imperabat), ein feindliches Lager zu berennen, erzeugte in ihnen durch sein magisches Wort die Kraft zur Erfüllung seines Auftrages. Imperium ist also eine Form der Übertragung geheimnisvoller Kraft*.

¹⁵ Th. Köves-Zulauf: *Bevezetés a római vallás és monda történetébe*, Budapest 1995. 31.

¹⁶ Gai. inst. 4, 16. *quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent*

¹⁷ Fest. 55, 9. *Quam ob rem viri fortes ea donantur et captivi sub eadem veneunt quos Graeci et vocant*. 90, 19. *Hastae subicebant ea, quae publice venundabant, quia signum praecipuum est hasta*.

¹⁸ C. 10, 3, 1. *Cum si probaveris non auctore procuratore vel eo, cui vendendi fuit facultas, neque habitis hastis nec omni ordine peracto venditas res esse ... 2. Dulpex ratio desiderium tuum iuvat, et quod praetermissa hastarum sollemnitate possessiones tuas ex officio distractas suggeris ... 5. Quaecumque pro reliquis prodigorum in annonario titulo ceterisve fiscalibus debitis in quibuscumque corporibus sub auctione licitanda sunt, fisco auctore vendantur, ut perpetuo penes eos sint iure dominii, quibus res huiusmodi sub hastae sollemnis arbitrio fiscus addixerit. 6. Si qui proscribente et distrahente fisco debitorum fiscalium emerint facultates, pro earum rerum tantum pretio obnoxii sint, quas eos patuerit decursis hastis et proscriptione habita comparasse*.

¹⁹ Liv. 2, 14, 1–4; Dion. Hal. 5, 34, 4; Val. Max. 3, 2, 2; Cic. off. 2, 27. 83; Phil. 2, 64. 103; Varro rust. 2, 10, 4; Sen. suas. 6, 3. C. 4, 44, 16. Vö. A. Alföldi: *Hasta – Summa Imperii, The Spear as Embodiment of Sovereignty in Rome*, AJA 63. 1959. 3. 8; Kovács P.: *Adatok a hasta mint hatalmi jelvény használatához*. AT 47. 2003. 261. skk.; 268; de Waele 172.

²⁰ Liv. 2, 14, 1. skk.; Dion. Hal. 5, 34, 4.

²¹ Cic. off. 2, 27, 8; Liv. 4, 29, 4; Suet. Iul. 50, 2.

²² Sen dial. 6, 20, 5.

²³ Cic. Phil. 2, 103.

²⁴ Tac. ann. 13, 28; C. 10, 3.

²⁵ Cic. off. 2, 29. 83; Phil. 2, 64; agr. 2, 53.

²⁶ Sen. dial. 6, 20, 5; Prud. Psych. 873; C. 10, 3, 1. Vö. Kovács 269.

²⁷ Sen. dial. 3, 2, 1. *Videbis caedes ac venena et reorum mutuas sordes et urbium clades et totarum exitia gentium et principum sub civili hasta capita venalia et subiectas tectis faces nec intra moenia coercitos ignes sed ingentia spatia regionum hostili flamma relucentia*.

²⁸ Nep. Att. 6, 3.

²⁹ Iuv. 3, 33. *praeberere caput domina venale sub hasta*

*hastariumnak*³⁰ nevezi, a *hasta* kitételének szokása pedig a császárkorban³¹ mindvégig fennmaradt.³²

Pomponius a *decemviri stlitibus iudicandis* intézményének ismertetése során a "*hastae praeesse*" fordulatot használja,³³ ami nem jelenthetett egyebet, mint a *iudicium centumvirale* vezetését, viszont az a pomponiusi datálás (i. e. 242–227) után száz évvel keletkezett,³⁴ így Pomponius híradásának történeti hitele kétségesse válik ugyan, ám egyértelművé teszi, hogy a *legitimum dominium* kérdésében kizárólag egy *magistratus cum imperio* volt hivatott dönten.³⁵ Az i. e. II. század közepén megalapított *iudicium centumvirale*³⁶ jelvénye az ún. *hasta centumviralis* volt,³⁷ e törvényszék elnöki tisztségét a köztársaság végére – tekintettel a *praetorok* túlterheltségére – a *proquaestorok* látták el.³⁸ Augustus ismét egy *praetort* állított felügyelőként a *iudicium centumvirale* élére,³⁹ Novellius Torquatus Atticus volt az első, általunk név szerint ismert, e feladatot ellátó *praetor hastarius*,⁴⁰ illetve *praetor ad hastam*,⁴¹ e rendelkezésével Augustus feltehetően nem új szabályt léptetett életbe, hanem egy régebbit élesztett fel.⁴² Amennyiben a törvényszék több részre bontva ülésezett, a *praetor hastarius* által a *decemviri* közül kiválasztott, *ad hoc* elnökléssel megbízott férfi saját lándzsáját használta a *iudiciumban*,⁴³ ezt támasztja alá, hogy a *iudicium centumvirale* két részre osztott működése esetén Quintilianus *duae hastaeről* számol be,⁴⁴ Seneca pedig a főhatalmat megjelenítő *hastát* az *imeriummal* bíró *praetor hastájaként* említi.⁴⁵ Az öröklési ügyekben bíraskodó s a *praetor hastarius* felügyelte⁴⁶ *iudicium centumvirale* általában négy szekcióban, a *basilica Iuliában* ülésezett.⁴⁷

³⁰ Tert. *apol.* 13; *nat.* 1, 10.

³¹ C. Th. 10, 17; C. 10, 3.

³² Kovács 269.

³³ Pomp. D. 1, 2, 2, 29. *Deinde cum esset necessarius magistratus qui hastae praeesset, decemviri in litibus iudicandis sunt constituti.*

³⁴ Th. Mommsen: *Römisches Staatsrecht I–III.* Berlin 1887–1888. I. 275.

³⁵ Alföldi 9.

³⁶ Vö. Mommsen 1887–1888. II. 225.

³⁷ Suet. *Aug.* 36, 1. Vö. Stat. 4, 4, 41. *centeni moderatrix iudicis hasta*

³⁸ Suet. *Aug.* 36, 1. *Auctor et aliarum rerum fuit, in quis ... ut centumviralem hastam, quam quaesturam functi consuerant cogere, decemviri cogerent.*

³⁹ Mommsen 1887–1888. II. 225. Alföldi 9.

⁴⁰ CIL 6, 1365, 13; 8, 22721, 5.

⁴¹ ILS 950.

⁴² Mon. Ancy. 8, 5. *Legibus novis me auctore latis complura exempla maiorum exolescentia iam ex nostro saeculo reduxi.*

⁴³ Alföldi 10.

⁴⁴ Quint. *inst.* 5, 2, 1. *Iam praeiudiciorum vis omnis tribus in generibus versatur: aut cum de eadem causa pronuntiatum est, ut ... partibus centumviralium, quae in duas hastas divisae sunt. 11, 1, 78. Etiam, si apud alios iudices agatur, ut ... in centumviralibus iudiciis duplicibus parte victa ...*

⁴⁵ Sen *dial.* 12, 1–2. *Quaeris fortasse quos occupatos vocem? Non est quod me solos putes dicere quos a basilica inmissi demum canes eiciunt, quos aut in sua vides turba speciosius elidi aut in aliena contemptius, quos officia domibus suis evocant ut alienis foribus inlidant, quos hasta praetoris infami lucro et quandoque suppuraturo exercet.* Vö. Kovács 270.

⁴⁶ Plin. *epist.* 5, 9, 1–2. 5. *Descenderam in basilicam Iuliam auditorus, quibus proxima comperendinatione respondere debebam. Sedebant iudices, decemviri venebant, observabantur advocati; silentium longum, tandem a praetore nuntius. Dimittuntur centum viri, eximitur dies me gaudente ... hoc facto Nepotis commotus praetor, qui centumviralibus praesidet, deliberaturus an sequeretur exemplum, inopinatum nobis otium dedit.*

⁴⁷ Quint. *inst.* 12, 5, 6. *Certe cum in basilica Iulia diceret primo tribunali, quattuor autem iudicia, ut moris est, cogerentur, atque omnia clamoribus fremerent: et auditum eum et intellectum et quod agentibus ceteris contumeliosissimum fuit laudatum quoque ex quattuor tribunalibus memini. Plin. *epist.* 6, 33, 2–5. *Est haec pro Attia Viriola ... nam femina ... exheredata ab octogenario patre ..., quadruplici iudicio bona paterna repetebat. Sedebant centum et octoginta iudices (tot enim quattuor consiliis colliguntur): ... nam duobus consiliis vicimus, totidem victi sumus.**

összefüggésbe,⁶⁶ Latte – lévén hogy a *disciplina Etrusca* révén került Rómába – az etruszk eredetet sem tartja kizárhatónak.⁶⁷ A *lituusszal* az *augur* a profán térből kimetszett, az istenek által kiválasztott szent teret, a *templumot* jelölte ki,⁶⁸ valamint azon égtájat, illetve a mennybolt azon részét, ahonnan az általa várt és értelmezni kívánt isteni jelekre számított.⁶⁹ (A hagyomány szerint már Romulus és Remus is a madárjóslat eredményéhez kötve a városalapítás jogát maguk is *auguri* feladatot láttak el,⁷⁰ más hagyomány szerint az *augurok collegiumának* megalapítása Numa Pompiliushoz fűződik;⁷¹ úgy tartották, hogy a *lituus Romuli* köré épült a Regia.⁷²) Azonban tekintetbe kell vennünk, hogy eredetileg az *augur* funkciója elsősorban nem isteni jelek értelmezésében, hanem – amint a szónak az *augere verbumból* levezethető eredete is mutatja⁷³ – épp a mágikus növelési képességében, kivételes *mana*-többletében állott.⁷⁴ Ez szintén azt látszik alátámasztani, hogy a *lituus* is a numinózus erő, a *mana* átvitelének eszköze lehetett.⁷⁵ (A *numen* kifejezés – főképp a régebbi római irodalom forráshelyeit vizsgálva – az istenekkel, a *senatusszal*, a római néppel, valamint átvitt, filozofikus értelemben az emberi elmével kapcsolatban mint önmagában ugyan emberfeletti, ám legtöbbször mégis valamely személyhez kapcsolódó erő kerül említésre;⁷⁶ teljességgel ezen, a forrásokban előforduló jelentéstartalmaknak megfelelően adja meg Rose is e fogalom definícióját: “*Numen signifies a superhuman force, impersonal in itself but regulary belonging to a person (a god of some kind) or occasionally to an exceptionally important body of human beings, as the Roman senate or people.*”⁷⁷ A *numen* tehát, különösképpen a Wagenvoort nevével fémjelezhető dinamisztikus irányzat szerint egyfajta – hogy e polinéziai kifejezést használjuk – *manát*, egy dologban, illetőleg személyben rejlő titokzatos erőt jelölt.⁷⁸)

Trogus Pompeiusra szerint – amint ezt Iustinus közvetíti – az ősi római időkben a királyok nem fejéket viseltek, hanem lándzsát hordtak magukkal, e lándzsa a görög *sképtron*nak felelt meg,⁷⁹ e forrással egybecseng Ioannes Lydus *De magistratibus* című művének vonatkozó szöveghelye.⁸⁰ A görög előképeket röviden áttekintve Homéros először Agamemnón *sképtronjáról* szól, amit Héphaistos eredetileg Zeus számára készített, majd Zeus Hermésnek, Hermés Pelopsnak, Pelops pedig Atreusnak ajándékozta, s végül Atreustól Thyestés, tőle pedig Agamemnón kapta örökül.⁸¹ Noha többen hajlamosak voltak a krétai-mykénei kor *sképtronjában* az egyiptomi uralkodói jogar egyfajta maradványát látni, ugyanakkor – lévén hogy a közvetlen behatásra nincsenek bizonyítékaink – nem tűnik kizárhatónak, hogy a görög, illetve prehellén kultúrában a jogar, illetve pálca mint hatalmi jelkép különösebb külső átvételek nélkül alakult ki.⁸² A király a *sképtron* birtokosa, *sképtoukhos* par excellence, a *sképtron*

⁶⁶ Walde–Hofmann I. 815.

⁶⁷ K. Latte: *Römische Religionsgeschichte*, München 1967. 157. sk.

⁶⁸ Varro *ling.* 7, 7. Ehhez bővebben lásd M. Eliade: *A szent és a profán*, Budapest 1999. 65. skk.

⁶⁹ de Waele 169.

⁷⁰ Cic. *div.* 1, 48. 107; Cic. *rep.* 2, 16; Dion. Hal. 2, 22, 3.

⁷¹ Liv. 1, 18, 6.

⁷² Cic. *div.* 1, 30; Plut. *Rom.* 22; *Cam.* 32.

⁷³ Walde–Hofmann I. 83.

⁷⁴ Wagenvoort 367.

⁷⁵ de Waele 171.

⁷⁶ Ehhez bővebb lásd Nótári T.: *Numen és numinozítás – a római tekintélyfogalom vallási aspektusai*, Aetas 2003. 3–4. 33. skk. (In: *Iuridicophilologica*, Budapest 2004. 141–166.)

⁷⁷ H. J. Rose: *Numen and mana*, HThR 44. 1951. 109.

⁷⁸ Köves-Zulauf 29.

⁷⁹ Iustin. 43, 3. *Per ea adhuc tempora reges hastas pro diademate habebant, quas Graeci sceptrum dixerunt: nam ab origine rerum pro diis immortalibus veteres hastas ... coluere ob cuius religionis memoriam adhuc deorum simulacris hastae adduntur.*

⁸⁰ Lyd. *Mag.* 1, 8. 37. Vö. Kovács 267.

⁸¹ *Il.* 2, 100. skk.

⁸² de Waele 109.

hatalmának legfőbb jelképe,⁸³ amikor a király nem használja a *sképtront*, hírnökének adja át megőrizni. A király azonban megbízhatja a hírnököt azzal, hogy valamely fontos ügyben járjon el helyette, s ebben az esetben a hírnök magával viheti a királyi *sképtront* mintegy annak jeléül, hogy az uralkodó ügyében és nevében jár el; a haragos Akhilleus is csak a magukkal hozott *sképtron* miatt köszönti tisztelettel Agamemnón küldötteit,⁸⁴ s a trójaiak és az akhájok hírnökei is mintegy az uralkodói hatalom képviselőiként királyuk *sképtronját* kezükben tartva kísérik figyelemmel Hektór és Akhilleus viadalát.⁸⁵ (A hírnökök által az uralkodótól kapott megbízatásuk során magukkal hordott *sképtron* nem tévesztendő össze a *rabdosszal*, a hírnökök szokásos pálcájával, aminek archetípusát Hermés kezében láthatjuk számos leírásban⁸⁶ és ábrázoláson.⁸⁷) Amint a rómaiaknál a *sub hasta* történő eljárásoknál a *hasta* a legfőbb hatalom szimbólumaként jelenik meg, úgy az *Iliasban* is olvasható *hypo sképtró* kifejezés is a zeusi⁸⁸ és a királyi uralmat⁸⁹ jelöli.⁹⁰

Felmerül a kérdés, hogy miként vált a *sképtron*, ami eredeti formáját tekintve valószínűleg nem lehetett egyéb, mint egy bot, uralkodói jelképpé, sőt az uralkodói hatalom jelképévé. A botot az idősebb emberek, akik kezdetben természettől fogva voltak a törzs vezetői hétköznapijaik természetes kellékeként használták, s feltételezhetjük, hogy a hatalom gyakorlóinak mindennap használati tárgyából lassanként a hatalom gyakorlásának szimbóluma, megtestesítője lett.⁹¹ Az Akhilleus pajzsán ábrázolt ítélezési jelenetben a vének (a *dikait* mondó bírák⁹²) kézről kézre adják a *sképtront* a döntés meghozatala során,⁹³ az ítélező uralkodó gyakorta jelenik meg a különböző leírásokban – így például az *Iliasban*,⁹⁴ Pindarosnál⁹⁵ és Apollonios Rhodiosnál⁹⁶ – *sképtronnal* a kezében, s a bírói pálca motívumával több klasszikus szövegben is találkozhatni,⁹⁷ s a jelkép továbbélése szempontjából nem érdektelen, hogy a bizánci uralkodók jogarát *dikanikének* nevezték.⁹⁸ Nem érdektelen egy pillantást vetni az alvilág három bírójának⁹⁹ – Minos, Rhadamanthys és Aiakos – megjelenítésére sem. Homérosznál már olvashatunk Minosról és Rhadamanthysről, ám még nem mint a holtak bírairól, Homérosznál Minos,¹⁰⁰ Pindarosnál pedig Rhadamanthys¹⁰¹ feladata csupán annyi, hogy lecsendesítse és ledöntse az árnyak közti viszályokat; Minos igazságos királyként *sképtron khryseont*, arany jogart tart a kezében,¹⁰² a másik két bíró, illetve alvilági felügyelőnek kezében csak pálca, *rhabdos* van a Platón által közvetített athéni hagyomány szerint.¹⁰³ Akhilleus *sképtronjára* tesz esküt az *Iliasban*, majd az eskü befejeztével azt nagy erővel odavágja a földhöz,¹⁰⁴ azonban

⁸³ *Il.* 1, 267; 2, 86; *Od.* 2, 231; 3, 411; 4, 64; 5, 9; 8, 41. skk.

⁸⁴ *Il.* 1, 334.

⁸⁵ *Il.* 7, 277. skk.

⁸⁶ *Il.* 24, 343. skk.; 24, 445; *Od.* 5, 47. skk.; 5, 87.

⁸⁷ Alföldi 16.

⁸⁸ *Il.* 6, 159.

⁸⁹ *Il.* 9, 154. skk.

⁹⁰ További forrásokhoz lásd Alföldi 17. skk.

⁹¹ de Waele 118.

⁹² Ehhez bővebben lásd Nótári T.: *A mérleg mint az igazságszolgáltatás jelképe Homérosznál*, Collega 2002. 2. 43. skk. (In: Iuridicophilologica, Budapest 2004. 9–18.)

⁹³ *Il.* 18, 497. skk.

⁹⁴ *Il.* 9, 99. 156.

⁹⁵ Pind. *Pyth.* 4, 152.

⁹⁶ Apoll. Rhod. 4, 1175. skk.

⁹⁷ Demosth. 18, 210; Aristot. *Ath. pol.* 63.

⁹⁸ de Waele 122.

⁹⁹ Plat. *Gorg.* 524 a

¹⁰⁰ *Od.* 11, 568.

¹⁰¹ Pind. *Ol.* 2, 75. skk.

¹⁰² *Od.* 11, 568. skk.; Plat. *Gorg.* 526 c

¹⁰³ de Waele 123.

¹⁰⁴ *Il.* 1, 233. skk.

módja volt a dolgok megtapasztalásának, amely során a dologi valóságot, tárgyat, folyamatot, állapotot élte meg, s megélte egyszerre mint isteni személyt is.¹²¹ A dolgot és az istenséget ugyanazon szóval jelölték, a szövegkiadási munka során néha jelentős nehézséget okozhat, például hogy az adott esetben □□□□□ vagy □□□□□,¹²² *fortuna* vagy *Fortuna*, *terminus* vagy *Terminus* írandó-e; természetesen akármelyiket is írjuk, a másik hallgatólágosan része a fogalomnak, és odaértendő.¹²³ Az azonos szóval történő jelölés külsőleg ugyan egymásmellettséget sugall, ám valójában a személy és az általa képviselt terület, betöltött funkció egységéről van szó, amelyben hol az egyik, hol a másik aspektus kerül fokozottan előtérbe.¹²⁴) Iustinus az *Epitoma Pompei Trogiben* arról ír, hogy kezdetben a lándzsát mintegy isteni kultusszal övezték,¹²⁵ Varro alapján pedig Servius beszámol arról, hogy a háború megkezdésekor az *ancilia* megmozdítása után a *hastát* mint az istenség képmását (*simulacrum ipsius*) is megmozdította a szertartást végző, s eközben a “*Mars vigila!*” kijelentéssel mintegy felébresztette Marsot, s ezzel – ha Marsot *személy-hatáskör* egységként fogjuk fel – magát a háborút is.¹²⁶ Nem szorul bővebb magyarázatra, hogy ebben a szakrális aktusban a Wagenvoort által felismert manaisztikus, numinózus vonást megláthassuk.¹²⁷ Quirinus nevének a *lándzsa* jelentésű, szabin eredetű *quiris-curis* szóból történő magyarázatát több *auctornál* megtalálhatni,¹²⁸ s ugyanígy magyarázzák Iuno Quiritis nevét is.¹²⁹ Nem véletlenül adja vissza igen találóan Thormann a római polgárok “*Quirites*” nevét a “*Speermänner*” kifejezéssel.¹³⁰ (A források tanúsága szerint Quirinus fegyverei között a *hastának* mindenképpen szerepelnie kellett.¹³¹)

Az ősi *Iuppiter–Mars–Quirinus* triászt, aminek jelentőségét az indoeurópai vallástörténeti iskola alapítója, Dumézil ismerte fel.¹³² Dumézil az indoeurópai társadalomképet kutatva arra a felismerésre jutott, hogy a társadalom három, egymás fölé helyeződő zónára tagolódik, aminek három funkció, az uralom, az erő és a termékenység felel meg, ezek pedig ismét három társadalmi csoporthoz (királyok, harcosok, termelők), illetve ennek megfelelően három specifikus istenséghez (például Rómában *Iuppiter*hez, *Marshoz* és *Quirinushoz*)¹³³ kapcsolódnak.¹³⁴ India e hármas sémát kozmológiailag dolgozta ki, a rómaiak pedig

¹²¹ A *Person-Bereicheinheit* fogalmának megalkotása nélkül, ám annak lényegének megragadásával ír e kérdésről O. Spengler: *Der Untergang des Abendlandes*, München 1991. 518. sk. (Spengler e véleményét más kontextusban lásd Nótári 2003. 38.)

¹²² Ehhez lásd R. Hirzel: *Themis, Dike und Verwandtes*, Leipzig 1907. 156. sk.

¹²³ A hadisten vonatkozásában lásd W. Pötscher: *Ares*, Gymn. 66. 1959. skk.

¹²⁴ W. Pötscher: *Das Person-Bereichdenken in der frühgriechischen Periode*, WSt 72. 1959. 24.

¹²⁵ Iustin. 43, 3, 3. *Nam ab origine rerum pro diis immortalibus veteres hastas coluere.*

¹²⁶ Serv. in Verg. Aen. 8, 3. *Est autem sacrorum: nam is qui belli suscepit curam, sacrarium Martis ingressus primo ancilia commovebat, post hastam simulacri ipsius, dicens “Mars vigila!”.*

¹²⁷ Wagenvoort 352. skk.

¹²⁸ Ov. fast. 2, 475. skk. ... *at altera dicta Quirino. Qui tenet hoc nomen ... sive quod hasta curis priscis est dicta Sabinis, bellicus a telo venit in astra deus; sive suo regi nomen posuere Quirites, seu quia Romanis iunxerat ille Cures.* Marc. Sat. 1, 9, 16. *Unde et Varro libro quinto rerum divinarum scribit ... (sc. Iunum nominari) Quirinum quasi bellorum potentem ab hasta, quam Sabini curin vocant.* Dion. Hal. 2, 48, 2–4; Plut. Rom. 29, 1.

¹²⁹ Fest. 43, 5. *Curitum Iunonem appellabant, quia eandem ferre hastam putabant.* 55, 6. *Iunonis Curitis ... quae ita appellabatur a ferenda hasta, quae lingua Sabinorum curis dicitur.*

¹³⁰ K. F. Thormann: *Der doppelte Ursprung der mancipatio, ein Beitrag zur Erforschung des frühromischen Rechtes unter Mitberücksichtigung des Nexum*, München 1943. 32. 80. skk.

¹³¹ Fest. 238. *Persillum vocant sacerdotes ridiculum picatum, quo unguine flamen Portunalis arma Quirini unguet.*

¹³² Sem Wissowa, sem Latte sem szentelt kellő figyelmet e precapitoliumi triásznak, noha annak fontosságát számos irodalmi forrás is alátámasztja, így pl. Liv. 8, 9, 6; Fest. 204 L; Serv. in Verg. Aen. 8, 633.

¹³³ G. Dumézil: *Jupiter, Mars Quirinus: essai sur la conception indo-européenne de la société et sur les origines de Rome*, Paris 1941; Uő: *L’Idéologie tripartite des Indo-Européens*, Bruxelles 1958; Uő: *Rituels indo-européens à Rome*, Paris 1954; Uő: *Déesse latines et mythes védiques*, Bruxelles 1956; Uő: *La Religion romaine archaïque*, Paris 1966.

¹³⁴ Dumézilről bővebben lásd M. Eliade: *La Souveraineté et la religion indo-européenne*, Critique 1949. 342. skk.; Uő: *Az eredet bűvöletében*, Budapest 2002. 64. skk.

historicizálták a mítoszt, amint ez a liviusi *Ab urbe condita* első könyvéből kihámozható: Romulus és Numa tekinthető a királyi hatalom egymást kiegészítő két oldalának (amint az ind *Védák* Mithra és Varuna főisteneket állítják szembe egymással), a harcos princípiumot Tullus Hostilius, a mindennapi életet fellendítő termelő és kereskedő termékenységet pedig Ancus Martius képviseli.¹³⁵ (E hármasságot váltotta fel az etruszk királyok, kiváltképp a Tarquiniusok uralma alatt a capitoliumi *Iuppiter–Iuno–Minerva* triász,¹³⁶ s ennek során alakult a Capitolium centrumába *Iuppiter Optimus Maximus* temploma került.¹³⁷ Kétségtelen ugyanakkor, hogy kezdetben a Capitoliumon nem csak *Iuppiter Feretrius*nak volt temploma,¹³⁸ hanem – amint azt Varrótól megtudhatjuk – számos más istenségnek,¹³⁹ köztük Marsnak is.¹⁴⁰)

A Marshoz fűződő lándzsa-kultuszhoz kapcsolódik a Plutarkhos által elbeszélte legenda, miszerint Romulus erejét kipróbálendő somfadárdáját ledobta az Aventinusról, s a lándzsa oly mélyen fúródott a földbe, hogy senki nem tudta kihúzni onnan, majd idővel gyökeret eresztett és nagy fává nőtt; a rómaiak fallal vették körül a szentként tisztelt fát, ami csak akkor pusztult ki, amikor Caligula idején a *scalae Caci* építése során megsértették a gyökerét.¹⁴¹ A történet arra világít rá, hogy Romulus lándzsája nem volt egyéb, mint a *hasta Martis*, ami azért örvendett oly nagy kultikus tiszteletnek, mert annak állapotától és épségétől vélték az állam jólétét is függeni.¹⁴² A Romulus elhajította lándzsával analóg azon rituális aktus, amellyel a *pater patratus* áthajítja a lándzsát a hadüzenet során az ellenség területére, ugyanakkor egy lényegi különbség is felfedezhető a két cselekmény között.¹⁴³ (Latte szerint¹⁴⁴ *fetialis* cselekménye nem csupán a háború, illetve a támadás mágikus megkezdését, hanem az ellenséges terület egyfajta birtokbavételét is jelenti.¹⁴⁵)

Szintén a *hasta Martisszal* asszociálható a házasságkötési szertartások részét képező rítus: a nászéjszaka előtt a menyasszony nem használhatta saját fésűjét, haját az ún. *hasta caelibarisszal* kellett elrendezni, amit egy megölt gladiátor testéből vettek ki.¹⁴⁶ A *hasta caelibaris* egyfelől

¹³⁵ G. Dumézil: *Róma első négy királya*, In: Mítosz és eposz, Budapest 1986. 7. skk.

¹³⁶ Ehhez bővebben lásd C. Koch: *Der römische Juppiter*, Frankf. Stud. 14. Frankfurt a. M. 1937. 90. skk.

¹³⁷ Liv. 1, 55, 1. sk. (*Tarquinius Superbus*) ... *ad negotia urbana animum convertit; quorum erat primum ut Iovis templum in monte Tarpeio monumentum regni sui nominisque relinqueret: Tarquinius reges ambos patrem vovisse, filium perfecisse. Et ut libera a ceteris religionibus area esset tota Iovis templique eius quod inaedificaretur, exaururare fana sacellaque statuit quae aliquot ibi, a Tatio rege primum in ipso discrimine adversus Romulum pugnae vota, consecrata inaugurataque postea fuerant.*

¹³⁸ A *Iuppiter Feretrius*nak szentelt templom romulusi alapításához lásd Liv. 1, 10, 5. sk.

¹³⁹ August. civ. 4, 23. *Constituit Romanis deos Ianum Iovem, Martem Picum, Faunum, Tiberium, Herculem; Titus Tatius addidit Saturnum, Opem, Solem, Lunam, Vulcanum, Lucem et deam Cluacinam, Numa tot deos et tot deas ... Hostilius certe rex deos et ipse novos Pavorem atque Pallorem ...*

¹⁴⁰ August. civ. 4, 23. *Cum rex Tarquinius Capitolium fabricari vellet eumque locum, qui ei dignior aptiorque videbatur, ab diis aliis cerneret praeoccupatum, non audens aliquid contra eorum facere arbitrium et credens eos tanto numini suoque principi voluntate cessuros, quia multi erant illic, ubi Capitolium constitutum est, per augurium quaesivit, utrum concedere locum vellent Iovi; atque ipsi inde cedere omnes voluerunt praeter Martem, Terminum, Iuventatem; atque ideo Capitolium ita constructum est, ut etiam isti tres intus essent tam obscuris signis, ut hoc vix homines doctissimi scirent. 29. Pulcherrimum auspicium fuisse dixerunt, ... Martem et Terminum et Iuventatem nec Iovi regi deorum loco cedere voluisse. Sic enim, inquiunt, significatum est, Martiam gentem, id est Romanam, nemini locum quem teneret daturam, Romanos quoque terminos propter deum Terminum neminem commoturum, iuventutem etiam Romanam propter deam Iuventatem nemini esse cessuram.*

¹⁴¹ Plut. Rom. 20, 5. skk.

¹⁴² Scholz 31.

¹⁴³ Scholz 31; A. Carandini: *Die Geburt Roms*. Düsseldorf–Zürich 2002. 508; Kovács 265.

¹⁴⁴ Latte 122. *Der Akt scheint nicht allein eine magische Eröffnung des Angriffs, sondern eine Form der Besitzergreifung zu sein.*

¹⁴⁵ Vö. Serv. in Verg. Aen. 3, 46. *Romulus captato augurio hastam de Aventino monte in Palatinum iecit. 11, 52. Duces cum primum hostilem agrum introituri erant, ominis causa prius hastam in eum agrum mittebant, ut castris locum caperent.*

¹⁴⁶ Paul. Fest. 55 L. *Caelibari hasta caput nubentis comebatur, quae in corpore gladiatoris stetisset abiecti occisique, ut, quemadmodum illa coniuncta fuerit cum corpore gladiatoris, sic ipsa cum viro sit; vel quia matronae*

az ifjú feleség termékenységet volt hivatott növelni, e jelentés azonban nem tekinthet vissza túl hosszú múltra, mivel Rómában csak i. e. 264 óta rendeztek gladiátori viadalokat,¹⁴⁷ másfelől viszont a feleség alávetettségét szimbolizálta.¹⁴⁸ A Iuno Curitishoz kapcsolódó magyarázat sem tűnik meggyőzőnek, hiszen Iuno éppen Curitisként¹⁴⁹ nem a női nem, hanem az *urbs* védelmezője volt.¹⁵⁰ A termékenységet azonban nem a vassal való érintés segíti elő, hanem a házasságkötés előtti érintkezés, egyesülés a lándzsa fallikus istenségével, vagyis menyegző előtt bekövetkező *hieros gamos*, ami már a tényleges házasságot is termékennyé teszi; a lándzsa istene pedig nem más, mint Mars.¹⁵¹

A *hasta caelibaris* használatának szertartásába a hagyomány beleszővi Cures városának alapítását is: Varro leírása szerint Mars Enyalios templomában¹⁵² egy nemes szűz teherbe esett, és egy Modius Fabidius nevű fiúnak adott étetet, aki felnövekedvén követőit maga köré gyűjtve várost alapított; követőit – vagy lándzsája (*curis*), vagy apja Quirinus után – Curesnek nevezte.¹⁵³ A római-itáliai hitvilág számos eleme olvad egybe e mondában. Modius Fabidius kettős nevének kérdése a következőképpen oldható fel: Fabidius a szabin eredetű, a Quirinalison számos áldozat bemutatásával megbízott *gens Fabia* ősatya,¹⁵⁴ Modius neve a latin *muto* szóhoz kapcsolódik, s így kerül a hős születése összefüggésbe Quirinus lándzsaisten (vö. az antik *curis* > *Quirinus* etimológiával) révén a fallosz-szimbolikával.¹⁵⁵ Noha Quirinus a Quirinalis dombjának istensége volt, a szabin hagyomány – és természetesen a Fabiusok és Varro – magának követeli, s ezért merül fel a kérdés, hogy a Cures szó a lándzsa (*curis*) kifejezésből, vagy Quirinus nevéből származik. Ebben az esetben egyértelműen egy *interpretatio Sabinával* van dolgunk, amely a (fallikus) lándzsaistent, Marsot igyekezett kiszorítani; a Mars-kultuszra emlékeztet a lándzsa, az itt *curis*nek nevezett *hasta caelibaris*, Modius nevének konnotációja és az alapítás mondájának sémája, ami a Romulus-mondakörrel és az *equus Octobris* rítusával alapvonásaiban azonos.¹⁵⁶

Mindezek alapján a rómaiak gondolatvilága valamilyen módon összefüggésbe hozta a lándzsában rejlő erő, *numen* képzetét mind Marsszal, mind pedig Quirinusszal, ám ezen összefüggés pontos meghatározását nem könnyíti meg azon tény, hogy a ránk maradt források már csupán a *hasta Martis* esetében beszélnek ezen numinózus erőről.¹⁵⁷ Kérdésként merül fel, hogy a *legis actio sacramento in rem* jelképes harca során miért használtak a *iustum dominiumot* jelentő lándzsa helyett egy botot, a *festucát*. V. d. Brink szerint a *festuca* és a *hasta* két teljességgel különálló szimbólumrendszer része,¹⁵⁸ a lándzsát indoeurópai hatalmi jelképként értelmezi,¹⁵⁹ ezzel szemben a pálcát a mediterrán kultúrkör elemének tekinti.¹⁶⁰ Nem veszi

Iunonis Curitis in tutela sint, quae ita appellabatur a ferenda hasta, quae lingua Sabinorum curis dicitur; vel quod fortes viros genituras ominetur; vel quod nuptiali iure imperio viri subicitur nubens, quia hasta summa armorum et imperii est. Vö. Plin. nat. 28, 33. 34.

¹⁴⁷ F. Böhmer: *Ahnenkult und Ahnenglaube im alten Rom*, ARW Beih. 1. 1943. 111. skk.

¹⁴⁸ Kovács 266.

¹⁴⁹ Serv. in Verg. Aen. 1, 8. *Nam Iuno habet multa numina: est Curitis ... est Lucina ... est regina.*

¹⁵⁰ Latte 100. 167. sk.

¹⁵¹ Scholz 162. Ezek alapján válik érthetővé, hogy miért hozzák Marsot oly gyakran házassági, termékenységi, és születési rítusokkal kapcsolatba. Ehhez bővebben lásd E. Samter: *Geburt, Hochzeit und Tod*, Leipzig–Berlin 1911; Th. Köves-Zulauf: *Römische Geburtsriten*, München 1990.

¹⁵² Enyalios már Homéros óta Arés egy *epithetonja* E. Ebeling: *Lexicon Homericum I–II*, Hildesheim 1963. I. 425. sk.

¹⁵³ Dion. Hal. 2, 48.

¹⁵⁴ Liv. 5, 46, 2.

¹⁵⁵ E. Marbach: *Modius Fabius*, RE 15. 1932. 2328. skk.

¹⁵⁶ Scholz 163.

¹⁵⁷ Alföldi 19.

¹⁵⁸ H. v. d. Brink: *Staff laying*, In: *The Charm of Legal History*, Amsterdam 1974. 68.

¹⁵⁹ A római példák mellett számos hittita törvénytörvényre is hivatkozik. Vö. E. Neufeld: *The Hittite Laws*, London 1951; J. Friedrich: *Die hethitische Gesetze*, Leyden 1959.

¹⁶⁰ v. d. Brink 70. skk.; 77.

tekintetbe ugyanakkor, hogy a szimbólumképződés korában a lándzsa és a pálca közötti különbségek nagy valószínűséggel még nem alakultak ki, hiszen mindkettő fából készült, s csupán méretbeli, illetve a fegyverként használt botnak tűzbeni keményre égetése jelenthetett némi különbséget.¹⁶¹ Azon tény, hogy a *vindicatio* szertartásában a *festuca* helyettesítette, mintegy megjelenítette a *hastát*, kellően magyarázza azon rendelkezés, amely szerint a lándzsa *pomeriumon* belüli használatát már igen korán igyekeztek visszaszorítani, és a lehető legszükségesebb rítusok terére korlátozni.¹⁶²

III. A *magistratus* és az őt kísérő *lictorok* viszonyát a legtalálóbban talán Gladigow fogalmazta meg, nevezetesen hogy a *lictorok* feladata a *magistratus* megjelenítése, s ez áll mind a *magistratura* külső megjelenítésére, mind pedig a *magistratus* és a *lictorok* funkcionális együttműködésére.¹⁶³ A külső megjelenítés tekintetében ez annyit jelent, hogy a *magistratus* és a *lictor* ugyanolyan ruhát visel, Rómában *togát*, vörös *paludamentumot* Rómán kívül és a *triumphus* idején,¹⁶⁴ gyász esetén pedig *gyásztogát*.¹⁶⁵ A római – többek között a *magistratus* és a *lictorok* között fennálló – reprezentációs elv szerint az adott méltóság viselője nem kíséretének pompája és ékessége által nyer nagyobb hangsúlyt, hanem a vele azonos ruházatot viselő kíséret számának növelésével.¹⁶⁶ Ám a szoros összetartozás nem merül ki a külső megjelenés hasonlatosságában, a *magistratus* és a *lictorok* mindenütt együtt jelennek meg¹⁶⁷ – a *magistratus*nak ennek értelmében még a bordélyba is hivatalos kísérettel kell mennie, amivel azonban hivatali méltóságán ejt csorbát¹⁶⁸ –, s a *magistratus* csak akkor mutatkozhat *lictorai* nélkül, ha ezzel azon szándékát akarja jelezni, hogy a *magistraturáról* le szándékozik mondani.¹⁶⁹ (A *lictorok* csupán otthonában nem tartózkodtak közvetlenül a *magistratus* mellett, hanem házának *vestibulumában* várakoztak.¹⁷⁰) A római *magistratus*nak mint *imperium*- és ezáltal *manahordozónak* minden megjelenése hivatalos és ezáltal szakrális esemény is, a vele külsőleg azonos képet mutató *lictorok* által az általa hordozott *mana* jelenik meg megsokszorozódva.¹⁷¹ A *lictorok* egyes sorban mennek a *magistratus* előtt,¹⁷² a legutolsó *lictor*, a *lictor proximus*¹⁷³ és a *magistratus* közé – a *magistratus* serdületlen fiait kivéve – senki sem léphetett.¹⁷⁴ Ezen előírást nem magyarázhatjuk biztonsági okokkal, hiszen a *lictorok* nem a

¹⁶¹ de Waele 172.

¹⁶² Alföldi 4.

¹⁶³ B. Gladigow: *Die sakralen Funktionen der Liktoren, Zum Problem von institutioneller Macht und sakraler Präsentation*, In: ANRW I. 2. 295.

¹⁶⁴ Varro ling. 7, 37. *paludamenta ... insignia atque ornamenta militaria: ideo ad bellum cum exit imperator ac lictores mutarunt vestem et signa incinuerunt, paludatus dicitur proficisci*. Liv. 41, 10, 5. C. Claudius consul non votis nuncupatis, non paludatis lictoribus, uno omnium certiore facto collega, nocte profectus, praeceps in provinciam abiit. ... cum is more maiorum, secundum vota in Capitolio nuncupata, lictoribus paludatis profectus ab urbe esset. Cic. Pis. 55. *togulae lictoribus ad portam praesto fuerunt, quibus illi acceptis sagula reiecerunt* Sil. 9, 419. *ut Varronem procul inter proelia vidit et iuxta sagulo circumvolitare rubenti lictorem*

¹⁶⁵ Hor. epist. 1, 7, 5. *dum ficus prima calorque dissignatorem decorat lictoribus atris*

¹⁶⁶ Gladigow 296.

¹⁶⁷ Liv. 17, 1; 23, 23, 1; 17, 17, 8; Cic. Cluent. 147; Bell. Alex. 52, 3; Sil. 9, 419; Plin. nat. 7, 30, 112; Iuven. 3, 128; Suet. Caes. 80; Val. Max. 1, 1, 9; Hist. Aug. Sever. 1, 4.

¹⁶⁸ Sen. contr. 9, 2, 17. *Si praecedentibus fascibus praetor deducetur in lupanar maiestatem laedet*.

¹⁶⁹ Liv. 23, 23, 1. skk. *is ubi cum lictoribus in rostra escendit, neque duos dictatores tempore uno ... probare se dixit ... extemplo se magistratu abdicavit privatusque de rostris descendit lictoribus abire iussis*. Tac. hist. 3, 11. *omissis lictoribus Patavium concessit*

¹⁷⁰ Liv. 39, 12, 2.

¹⁷¹ Gladigow 297.

¹⁷² Liv. 24, 44, 9. skk. *Pater filio legatus ad Suessulam in catra venit. Cum obviam filius progreditur lictoresque verecundia maiestatis eius taciti anteirent, praeter undecim fasces equo praevectus senex, ut consul animadvertere proximum lictorem iussit et is ut descenderet ex equo inclamavit*.

¹⁷³ Cic. div. 1, 59; Verr. 5, 142; Val. Max. 2, 2, 4; Bell. Alex. 52, 3; Sall. Iug. 12, 3; Tac. hist. 3, 80, 11.

¹⁷⁴ Val. Max. 2, 2, 4. *Maxima autem diligentia maiores hunc morem retinuerunt, ne quis se inter consulem et proximum lictorem, quamvis officii causa una progrediretur, interponeret; filio dumtaxat, et ei puero, ante patrem*

magistratus testőrségét alkotják, annál is inkább, hiszen a *magistratus* előtt vonuló *lictorok* nem adtak védelmet az őt oldalról vagy a háta mögül esetlegesen fenyegető támadások ellen; a tilalom oka a szakralitás területén keresendő, ugyanis a *lictor proximus* és a *magistratus* közé lépő személy jelenléte megzavarná a *magistratus* körüli *mana*-, illetve az általa hordozott *imperium*-szférát.¹⁷⁵

A *lictorok* funkciójának megértéséhez nagyban hozzásegít bennünket az, hogy nem csupán a *magistratusok*at, hanem a *flamines* és a *virgines Vestales*¹⁷⁶ is *lictori* kíséretre illette meg. A *flamen Dialis* előtt közvetlenül *lictor* lépkedett,¹⁷⁷ valamivel távolabbról kísérték a *praeciae*,¹⁷⁸ akik arra figyelmeztették az embereket, hogy a *flamen Dialis* közeledtére hagyják abba a munkát, hiszen a *flamen Dialis* nem láthatott semmilyen, a hétköznapi világához tartozó tevékenységet, lévén hogy Iuppiter földi reprezentánsaként¹⁷⁹ életének minden napját megszentelt ünnepnapként kellett leélnie.¹⁸⁰ (Ugyanezt szolgálta a *flamen* kezében a *commoetaculum*, amivel a kultikus szempontból tisztátalannak tartott dolgokat és személyeket tolt el magától a Iuppiter-pap.¹⁸¹ Erősen vitatott, hogy a *flamen Dialis* előtt egy vagy két *lictor* vonult-e.¹⁸²) Az *aedes Vesta* elhagyó Vesta-szűz előtt is *lictor* lépkedett,¹⁸³ s a *virgo Vestalis*szel találkozó *magistratus lictorai* a *virgo Vestalis lictora* előtt – mintegy a papnőnek megadandó a neki kijáró tiszteletet – leeresztették a *fasces*.¹⁸⁴ Nem tekinthető véletlennek, hogy épp a római vallási élet két, életvitelüket tekintve erősen tabukkal körülvett szereplője, a *virgines Vestales* és a *flamen Dialis*, akiktől szakrális szempontból mintegy a római nép és állam élete és jóléte függött, kapott *lictori* kíséretet, illetve e tény bizonyos, az *imperiummal* felruházott *magistratus* szakrális és jogi helyzetére vonatkozó következtetésekhez vezet. A kezdeti időkben sem a politikai hatalom nem nélkülözhetette a szakrális komponenst, sem a vallási funkciók nem lehettek híján a politikai vonatkozásoknak; az etruszk eredetű szakrális királyság elemei, így például a *fasces*, a *lictorok*, a *triumphus* esetében e két, szervesen összekapcsolódó elemet nem lehet szétválasztani.¹⁸⁵

A *lictor* feladatainak¹⁸⁶ ellátása során köteles volt magával hordania a *fasces*, enélkül nem járhatott el hivatali minőségben, amint a *magistratus* sem a *lictorok* nélkül,¹⁸⁷ s ez egyértelműen mutatja a *fasces* önmagában is különleges jelentőségét. Abban a köztes időszakban, miután az *auspiciumok* joga és az *imperium* visszaszállott a *senatusra*, és mielőtt az *interrex*et megválasztották volna, a *fasces* Libitina templomában őrizték, az ellenséggel folytatott harcban a *fasces* elvesztése igen szégyenletesnek számított.¹⁸⁸ A nyír vagy szilfából álló *fasces* kötege azon *magistratusok*nál, illetve az *imperiummal* rendelkező *magistratusok* azon

consulem ambulandi ius erat. Qui mos adeo pertinaciter retentus est, ut Q. Fabius Maximus quinquies consul, vir et iam pridem summae auctoritatis, et tunc ultimae senectutis, a filio consule invitatus, ut inter se et lictorem procederet, ne hostili Samnitium turba, ad quoeum colloquium descendebat, elideretur, id facere noluerit.

¹⁷⁵ Gladigow 298.

¹⁷⁶ A Vesta-kultuszhoz bővebben lásd Latte 109. skk.; Wissowa 253. skk.; H. J. Rose: *Iterum de virginibus Vestalibus*, Mnemos. 56. 1928, 79. skk.; H. Hommel: *Vesta und die frühromische Religion*, In: ANRW I. 2. 1972. 397. skk.; A. Brelich: *Vesta*, Zürich–Stuttgart 1949. (Albae Vigiliae N. F. 7.)

¹⁷⁷ Plut. *qu. Rom.* 291 b; Fest. 82 L *Flaminius lictor est, qui flamine Diali sacrorum causa praesto est*

¹⁷⁸ Fest. 293 L *Antecedentes exclamabant feriis publicis, ut homines abstineant se opere, quia his opus facientem videre religiosum est.*

¹⁷⁹ W. Pötscher: *Flamen Dialis*, In: *Hellas und Rom*, Hildesheim 1988. 431.

¹⁸⁰ K. Kerényi: *Die Religion der Griechen und Römer*, Darmstadt 1963. 198.

¹⁸¹ Fest. 56 L *Commoetacula virgae quas flamines portant pergentes ad sacrificium, ut a se homines amoveant.*

¹⁸² Ehhez lásd Mommsen 1887–1888. I. 373. sk.

¹⁸³ Plut. *Numa* 10; Dio Cass. 47, 19, 4. Ehhez lásd G. May: *Le Flamen Dialis et la Virgo Vestalis, Étude de droit religieux*, Rev. Ét. Anciennes 7. 1905. 3. skk.

¹⁸⁴ Sen. *contr.* 1, 2, 3.

¹⁸⁵ Gladigow 301. Ehhez lásd Nótári 2003. 34. skk.

¹⁸⁶ A *lictor* egyéb szakrális kötelezettségeihez lásd Latte 408. skk.

¹⁸⁷ K.–H. Vogel: *Imperium und Fasces*, ZSS 67. 1950. 96.

¹⁸⁸ Gladigow 306; Kübler: *Lictor*, RE XIII. 1. 1926. 511

ügyeinél, amelyek nem tartoztak a *provocatio ad populum* hatálya alá,¹⁸⁹ bárdot ölelt körül,¹⁹⁰ amely szintén szakrális jelentéstartalmat hordozó szimbólumnak számított.¹⁹¹ A *lictorok* a *fascet* bal kézzel fogták és bal vállukon vitték, az *attollere* gesztusa az *imperium*ba átvételének alkalmával volt szokásban, a *summittere* pedig a más *magistratusok*, illetve a *flamen Dialis* és a *virgines Vestales* előtti tiszteletadást jelezték, a gyászt a lefelé fordított *fascet* szimbolizálták.¹⁹² A *magistratus* bukását vagy emelkedését a *fascet* jelezték, a hivatalból letevés esetében eltörték a *fascet*,¹⁹³ a *magistratus* *imperator*rá választása esetén pedig babérral díszítették.¹⁹⁴ A bárdot a hajdani büntetőjog a *securi percussio*, a bárdal lefejezés eszközeként használták, a kivégzést a *magistratus* jelenlétében maguk a *lictorok* hajtották végre.¹⁹⁵ A *securi percussio* végrehajtásának részletei nagyban megegyeznek az áldozati állat megölésének rítusával, s ebből Mommsen azt a következtetést vonta le, hogy az ősi időkben e kivégzési mód nem volt egyéb, mint a tettes feláldozása a bűncselekmény által megsértett s az áldozattal kiengesztelni kívánt felsőbb hatalmaknak.¹⁹⁶ Tekintettel azonban arra, hogy a későbbiekben a római kivégzéseknél a *lictorok* helyét átvevő *carnifex*eket éppen e tevékenységükből kifolyóan – mivel a tabunak számító vérről szennyezettként tartották őket számon – bizonyos hátrányok sújtották, így például nem részesülhettek rituális temetésben, nem lakhattak Róma városán belül,¹⁹⁷ a *lictorok* által végrehajtott kivégzés alapvetően más megítélés alá eshetett, hiszen a *lictorok*, noha vért ontottak, nem váltak ezáltal tabuszegőkké, a közösségből kitaszítottakká. Ha tehát a *lictorok* végrehajtott halálos ítéletet áldozatnak tekintjük, így erre egy szakrálisan védett, őket a kiontott vérből a római hitvilág szerint rájuk háramló ártalmaktól megoltalmazó helyen kellett sort keríteniök, valamint nem zárhatjuk ki, hogy – amint a tizenkéttáblás törvény a gondatlan emberölés esetére is *expiatiót* ír elő¹⁹⁸ – létezhetett egyfajta tisztítóáldozat is, ami átvitt értelemben is lemosta róluk az őket szennyező vért.¹⁹⁹

A *fascet*ben a *virgae* legtöbbször mint a *coercitio* eszközei kerültek alkalmazásra a *verberatio* során, amit a *leges Porciae* korlátoztak; a *coercitio*ként alkalmazott *verberatiót* el kell különíteni azon testi fenyítéstől, ami a halálos ítélet végrehajtását előzte meg, s amit a *provocatio* révén egyre szűkebb térre szorítottak vissza.²⁰⁰ Abban az időben, amikor a *lictorok* hajtották végre a halálos ítéleteket,²⁰¹ ugyanők vesszőzték meg a kivégzés előtt az elítéltet.²⁰²

¹⁸⁹ A *provocatio*hoz bővebben lásd J. Bleicken: *Ursprung und Bedeutung der Provocation*, ZSS 76. 1959. 324. skk.; J. Martin: *Die Provocation in der klassischen und späten Republik*, Hermes 98. 1970. 72. skk.; A. W. Lintott: *Provocatio. From the Struggle of the Orders to the Principate*, In: ANRW I. 2. 226. skk.

¹⁹⁰ Lyd. *mag.* 1, 32.

¹⁹¹ M. P. Nielsson: *Geschichte der griechischen Religion I–II*, München 1968. 275. skk.

¹⁹² Tac. *ann.* 3, 2; Verg. *Aen.* 11, 93.

¹⁹³ Kübler 511.

¹⁹⁴ Ehhez lásd I. Hilberg: *Die fascet laureati der antretenden Konsuln*, WSt. 25. 1903. 329. skk.

¹⁹⁵ Th. Mommsen: *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899. 911; Földi–Hamza 575.

¹⁹⁶ Mommsen 1899. 901. 916.

¹⁹⁷ Plaut. *Pseud.* 331; Cic. *Rab.* 5, 15; Fest. 56 L; Serv. in Verg. *Aen.* 12, 603.

¹⁹⁸ XII tab. 8, 24 a *Si telum manu fugit magis quam iecit, aries subicitur*. Fest. 470 L *Subici aies dicitur qui pro occiso datur, quod fit, ut ait Cincius in libro de Officio Iuris consulri exemplo Atheniensium apud quos expiandi gratia aries in igitur ab eo qui invitatus scelus admisit poenae pendendae loco*. Serv. in Verg. *ecl.* 4, 43; georg. 3, 387. Ehhez bővebben lásd W. Kunkel: *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München 1962. 38. skk.

¹⁹⁹ Gladigow 309; Uő: *Ovids Rechtfertigung der blutigen Opfer*, Der Altsprachliche Unterricht 14. 3. 1971. 9. skk.

²⁰⁰ Bleicken 324. skk.

²⁰¹ Vö. Cic. *Verr.* 3, 156; 5, 118. 142; Liv. 1, 26; 8, 7, 20; 8, 32, 10; 26, 15, 16; 28, 29, 10; 36, 28, 6; Polyb. 11, 30, 2; Mommsen 1899. 915. skk.

²⁰² Gai. *inst.* 3, 189. *Poenam manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat*. Liv. 2, 5, 8. (*lictores*) *nudatos virgis caedunt securique feriunt* 8, 20, 7. *tum verberatum necari* 9, 16, 10. *virgis caesos securi percussit; erant virgis in foro caesi ac securi percussi* 10, 1, 3. *virgis caesi ac securi percussi* 24, 20, 6. *virgis in comitio caesi omnes ac de saxo deiecti* 26, 15, 8. *producti omnes virgisque caesi ac securi percussi*

A *magistratus* utasítására a *lictor* kioldotta a *fascist*, az elítéltet megfosztotta ruháitól és kezét a hátán összekötötte vagy egy oszlophoz kötötte, ezt követően a *magistratus* „*age lege*” parancsára következett a *verberatio*, majd a *securi percussio*, a bárdal lefejezés.²⁰³

A *virgo Vestalis* megbecstelenítőt a *pontifex maximus* saját maga korbácsolta halálra a *comitiumon*, nem téveszthetjük szem elől, hogy a közönséges kivégzéseknél a *magistratus* ugyan jelen van, ám abban tevőlegesen nem vesz részt.²⁰⁴ Tekintve, hogy *virgo Vestalis* felett a *pontifex maximus* (kezdetben a *rex sacrorum*) egyfajta *patria potestas* gyakorol,²⁰⁵ s így ezen aktus – valamint hogy a *pontifex maximus* maga hajthatja végre a bűnös Vesta-papnő felett a halálos ítéletet, ami egyúttal *procuratio prodigii* is²⁰⁶ – mintegy a *iudicium domesticum* körében kiszabott és végrehajtott büntetésnek minősül,²⁰⁷ hiszen a leányát házasságtöréssel tetten érő *pater familias* is megölheti mind leányát, mind pedig a házasságtörő férfit.²⁰⁸ Ugyanakkor a *verberatio* ebben az esetben nem pusztán büntetés – hiszen akkor ezt nem kellene a *pontifex maximus*-nak személyesen végrehajtania – hanem, akárcsak a Vesta-papnő kivégzése, engesztelő áldozat, rituális cselekmény is.²⁰⁹

Az ütlegetés, vesszőzés, korbácsolás a rómaiaknál a *castigatio* legjellegzetesebb formájává lett, ami egyértelműen mutatja, hogy azon rituális jelleg, amelynek a *virgo Vestalis* megbecstelenítójét megkorbácsoló *pontifex maximus* áldozatot bemutató, szakrális karakterisztikuma jelen van e büntetési nemnél, hiszen a *castigare* – szinonim fogalomként a *corrigere* és az *emendare* kifejezésekkel találkozhatni – magába foglalja a szenny és bűn eltávolításának, a *castum*-állapot helyreállításának és a rituális kiengesztelés gesztusát,²¹⁰ amit az is jelez, hogy Paulus is használja a szankciókról írván a *castigare verbum*ot a *verberare* helyett.²¹¹ (A *verberatio*-nál kiontott vér nagy valószínűséggel szintén az *expiatio per sanguinem* célját szolgálta.²¹²) A *lictorok* által végrehajtott *verberatio* tehát a mellékbüntetés célját szolgálta, azonban nem a büntetés súlyosabbá teendő, hiszen minden, a *lictorok* végrehajtott kivégzésnek részét képezte, hanem a halálos ítélet – ami nem más, mint a bűnös feláldozása – rituális tisztító elemeként volt attól elidegeníthetetlen, vagyis szakrális mellékbüntetésnek tekintendő.²¹³ A *virgae* fája (nyír-,²¹⁴ illetve szilfa²¹⁵) szintén vallási konnotációt hordoz, hiszen a görögök is mind a nyírfát, mind pedig a szilfát (ez utóbbit erősebb khtonikus vonatkozásokkal) tisztító, a szó eredeti értelmében katartikus szertartásoknál

²⁰³ Liv. 28, 29, 11. *deligati ad palum virgisque caesi securique percussi* 26, 13, 15. *ad palum deligatus, lacerato virgis tergo, cervicem securi Romanae subiciam* 26, 15, 9. *lictozem lege agere iuberet* 26, 16, 3. *Lictor, viro forti adde virgas et in eum primum lege age*. Gladigow 310.

²⁰⁴ Mommsen 1899. 919.

²⁰⁵ Wissowa 260; Latte 110.

²⁰⁶ Hommel 405.

²⁰⁷ A *iudicium domesticum*hoz lásd Földi–Hamza 239; M. Kaser: *Der Inhalt der patria potestas*, ZSS 83. 1971. 62. skk.; Pólay E.: *A censori regimen morum és az ún. házibíráskodás*, AUSz XII. 1965; W. Kunkel: *Das Konsilium im Hausgericht*, ZSS. 83. 1966. 243. skk.; Nótári T.: *De iure vitae necisque et exponendi*, JK 1998. 11. 421. skk.

²⁰⁸ Ulp. D. 48, 5, 24, 4. Ehhez bővebben lásd E. Cantarella: *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano*, In: Studi in onore di G. Scherillo, Milano 1972. 244. skk.; Nótári T.: *De matrimonio cum manu*, Jogtörténeti Szemle 2004. 4. (sajtó alatt)

²⁰⁹ Hommel 405.

²¹⁰ Gladigow 311.

²¹¹ Paul. D. 47, 18, 2. *Inter effractores varie animadvertitur. Atrociores enim sunt nocturni effractores, et ideo hi fusibus caesi in metallum dari solent: diurni vero effractores post fustium castigationem in opus perpetuum vel temporarium dandi sunt*.

²¹² H. Wagenvoort: *Roman Dynamism, Studies in Roman Literature, Culture and Religion*, Leiden 1956. 147. Gell. 10, 8.

²¹³ Gladigow 311. sk.

²¹⁴ Plin. nat. 16, 75.

²¹⁵ Plaut. Asin. 575.

használták;²¹⁶ hasonlóképpen az elítélt megfosztását ruháitól nem csupán a büntetés megalázóbbá tétele, hanem az antikvitásban számos esetben szokásos rituális meztelenség követelménye is indokolta.²¹⁷ (A *lictorok* hivatalának erősen szakrális jellegét támasztja alá az a két forrás, amelyek szerint a *lictorok* ruhájukon övet viseltek,²¹⁸ Plutarkhos szerint ezen öv az elítélt megkötözésére szolgált, Gellius pedig a *popae*,²¹⁹ az áldozati segédek *limusával* hozza összefüggésbe. A *lictorok* mindennapi ruházatán egyetlen ábrázoláson sem láthatunk semmiféle övet, ám a *togát* a lelógó *lacinia* segítségével fel lehetett kötni, ez volt az ún. *cinctus Gabinus*, amit leggyakrabban áldozatbemutatásnál alkalmaztak.²²⁰ E mögött okkal feltételezhetjük, hogy a *lictorok* kezdetben számos esetben áldozati segédként tevékenykedtek, s igen valószínű, hogy az elkövető feláldozásának minősülő kivégzésekkor is a *cinctus Gabinusszal* övszerűen összefogott *togában* – ami az általános *togaviselet*nél szabadabb mozgást biztosított – végezték feladatukat.²²¹)

IV. A *ius fetiale* és *ius privatum* összevetéséből számos értékes párhuzam vonható le a *clarigatio*, illetve *rerum repetitio* és a *legis actio sacramento* struktúrájára, illetve a lándzsa rituális használatára vonatkozóan.²²² A *ius fetiale* erősen szakrális jellegű normái a Rómán belüli jogrend számos intézményével szoros kapcsolatot mutatnak, annál is inkább, hiszen az (önelátkozást is tartalmazó) eskünél a kor embere számára nehezen képzelhető el nagyobb kötőerővel bíró kapocs.²²³ (Dahlheim szerint a *ius fetiale* erős jogi és babonás-vallási determináltsága révén nélkülöz mindennemű morális hátteret,²²⁴ nézete azonban meglehetősen kétségbe vonható, hiszen a jogi formalizmus és a jogi etika nem egymást kizáró komponensek.²²⁵) Az archaikus korban Róma államközi kapcsolatait a *fetiales* elnevezésű, húsztágú papi testület intézte,²²⁶ feladataik közé tartozott a szövetség, a *foedus* megkötése, a békekötés feltételeinek meghatározása, valamint a hadüzenet,²²⁷ lévén hogy a háború csak akkor minősülhetett *bellum pium ac iustum*nak, ha azt a *ius fetiale* szabályai szerint üzenték és indították meg.²²⁸ (Csupán az érdekesség kedvéért érdemel figyelmet, hogy a rómaiak számára kétségbevonhatatlan *principium* volt a követek sérthetlenségének alapelve.²²⁹ Míg a görögöknél igen korán megtörtént a szakrális védelem alatt álló *kéryx* és a politikai megállapodásnak köszönhetően sérthetetlen *presbeis* intézményének szétválasztása, a

²¹⁶ Ehhez lásd Wagler: *Birke*, RE 3. 1. 1899. 491; Schuster: *Ulme*, RE 9 A 1. 1961. 548.

²¹⁷ Ehhez lásd J. Heckenbach: *De nuditate sacra sacrisque vinculis*, RVV 9. 3. 1911.

²¹⁸ Plut. *Rom.* 26; Gell. 12, 3, 3.

²¹⁹ Latte 384.

²²⁰ Mau: *Cinctus Gabinus*, RE 3. 2. 1899. 2558. sk.

²²¹ Gladigow 312. sk.

²²² G. Donatuti: *La "clarigatio" o "rerum repetitio" e l'istituto parallelo dell' antica procedura civile romana*, Iura 6. 1955. 31. skk.; E. Volterra: *L'istituto della "clarigatio" e l'antica procedura delle "legis actiones"*, In: Scritti Carnelutti, Padova 1950. 251. skk.;

²²³ K.–H. Ziegler: *Das Völkerrecht der römischen Republik*, In: ANRW I. 2. 78; C. Phillipson: *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, London 1911. II. 315. skk.; E. Pólay: *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Budapest 1964. 100. skk.

²²⁴ W. Dahlheim: *Struktur und Entwicklung des römischen Völkerrechts im dritten und zweiten Jahrhundert v. Chr.*, München 1968. 173.

²²⁵ Ziegler 79.

²²⁶ Földi–Hamza 65; Mommsen 1887–1888. II. 675; Samter: *Fetiales*, RE VII. 2. 1912. 2260. skk.; Wissowa 551; Latte 121. skk.

²²⁷ Cic. *leg.* 2, 21; Dion. Hal. 2, 72, 4.

²²⁸ Cic. *off.* 1, 36; rep. 2, 31; 3, 35; Varro *ling.* 5, 86. Ziegler 102.

²²⁹ Ziegler 100.

rómaiaknál a *fetialis*, illetve a későbbiekben az egyéb követek – még ha nem is tartoztak a *fetiales* közé²³⁰ – szakrális védelmet élveztek,²³¹ még háború idején is.²³²) A *foedus* – etimológiáját tekintve a *fides* kifejezéshez tartozóként²³³ – az előírt formások betartásával kötött római államszerződés,²³⁴ ami ellentétben a *hospitiummal*,²³⁵ az *amicitiával*,²³⁶ a *societasszal*²³⁷ és a *paxszal* nem a megállapodás tartalmát, hanem annak formáját jelenti, amelynek legfontosabb eleme a *populus Romanus* képviselője által tett ünnepélyes eskü.²³⁸ A *foedus* szertartását Livius közli, miszerint a *fetiales* közül az erre az alkalomra szóló textusok elmondása és a szent fücsomóval (*sagmina*) történt megérintése által *pater patratus* szentelt pap a szerződés szövegének elmondása után tesz esküt.²³⁹ Az esküben tanúul hívja Iuppitert, a vele szerződő nép *pater patratus*át és magát a szerződő népet, hogy az imént felolvasott megállapodás nem tartalmaz csalárdságot, s hogy attól a római nép nem fog elsőként eltérni, ám ha mégis megtenné – s itt következik az eskü önelátkozó fordulata –, úgy Iuppiter sújtsa le a római népre, amint ő most az áldozati disznóra lesújt, sőt annál erősebben sújtsa le rá, amennyivel hatalmasabb, mint maga a pap; s ezt követően ledöfte az áldozati állatot.²⁴⁰ Festus egy némiképp eltérő formulát hagyományoz ránk, amely szerint a *pater patratus*, miután egy kővel agyonsújtotta a disznót, arra kéri Iuppitert, hogy amennyiben csalárdul járna el, úgy a várost megkímélve őt magát vesse ki javaiból, miként ő most a kezében tartott követ eldobja.²⁴¹ *Per Iovem lapidem* kötött megállapodásként említi Polybios Róma első Karthágóval kötött szerződését,²⁴² Cicero²⁴³ a *per Iovem lapidem* esküformulát a *ius civile*hez sorolja.²⁴⁴

²³⁰ Vö. Marci. D. 1, 8, 8, 1. *Sanctum autem dictum est a sagminibus: sunt autem sagmina quaedam herba, quas legati populi Romani ferre solent, ne quis eos violaret, sicut legati Graecorum ferunt ea quae vocantur cerycia.*

²³¹ Liv. 38, 42, 7. *Eo anno L. Minucius Myrtilus et L. Manlius, quod legatos Carthaginenses pulsasse dicebantur, iussu M. Claudii praetoris urbani per fetiales traditi sunt legatis et Carthaginem avecti.*

²³² Pomp. D. 50, 7, 18. *Si quis legatum hostium pulsasset, contra ius gentium id commissum esse existimatur, quia sancti habentur legati ... itaque eum, qui legatum pulsasset, Quintus Mucius dedi hostibus, quorum erant legati, solitus est respondere.*

²³³ Walde–Hofmann I. 494; Latte 126. skk.

²³⁴ Mommsen 1887–1888. I. 246. skk.; K. Neumann: *Foedus*, RE VI. 2. 1909. 2818. skk.; A. Heuss: *Abschluß und Beurkundung des griechischen und römischen Staatsvertrages*, Klio 27. 1934. 166. skk.; P. Frezza: *Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano*, SDHI 4. 1938. 363. skk.

²³⁵ A *hospitium*hoz bővebben lásd P. Leonhard: *Hospitium*, RE VIII. 2. 1913. 2493. skk.; Frezza 397. skk.; P. Catalano: *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino 1965. I. 192.

²³⁶ Az *amicitiához* bővebben lásd A. Heuss: *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Außenpolitik in republikanischer Zeit*, Klio Beiheft 31. Leipzig 1933. 12. skk.

²³⁷ Ehhez lásd Dahlheim 163. skk.; D. Kienast: *Entstehung und Aufbau des römischen Reiches*, ZSS 85. 1968. 334. skk.

²³⁸ Ziegler 90.

²³⁹ Liv. 1, 24, 4–7. *Tum ita factum accepimus, nec ullius vetustior foederis memoria est. Fetialis regem Tullum ita rogavit: "Iubesne me, rex, cum patre patrato populi Albani foedus ferire?" Iubente rege "Sagmina" inquit "te, rex, posco." Rex ait: "Pura tollito." Fetialis ex arce graminis herbam puram attulit. Postea regem ita rogavit: "Rex, facisne me tu regium nuntium populi Romani Quiritium, vasa comitesque meos?" Rex respondit: "Quod sine fraude mea populi Romani Quiritium fiat, facio." Fetialis erat M. Valerius; in patrem patratum Sp. Fusium fecit, verbena caput capillosque tangens. Pater patratus ad ius iurandum patrandum, id est, sanciendum fit foedus; multisque id verbis, quae longo effata carmine non operae est referre, peragit.*

²⁴⁰ Liv. 1, 24, 7–9. *Legibus deinde recitatis "Audi" inquit "Iuppiter; audi, pater patratus populi Albani; audi tu, populus Albanus. Ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet. Si prior defexit publico consilio dolo malo, tum tu ille Diespiter populum Romanum sic ferito ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tanto magis ferito quanto magis potes pollesque." Id ubi dixit porcum saxo silice percussit. Sua item carmina Albani suumque ius iurandum per suum dictatorem suosque sacerdotes peregerunt.*

²⁴¹ Fest. 239 L *Si sciens fallo, tum me Diespiter salva urbe arceque bonis eiciat, ut ego hunc lapidem.*

²⁴² Polyb. 3, 25, 6. skk.

²⁴³ Cic. *fam.* 7, 12, 2.

²⁴⁴ Vö. Latte 122. sk.

A *ius fetiale* kapcsán kiemelendő, hogy a rómaiak értelmezték a háborút először mint jogi tény,²⁴⁵ és alkották meg a *bellum iustum*²⁴⁶ – máig ható – fogalmát.²⁴⁷ Nem minden fegyveres összeütközés minősült háborúnak, *bellumra* csak népek (*populi*) között kerülhetett sor, *hostis*nak csak a szervezett államalakulattal rendelkező ellenfél számított,²⁴⁸ s ennek megfelelően jelentheti ki Cicero, hogy csupán az ellenségnek tett eskü kötelez,²⁴⁹ a rablóknak adott azonban nem.²⁵⁰ A hadüzenet esetében is Livius leírásából indulhatunk ki. A *pater patratus* azon nép területének határán, amelytől elégtételt (*rerum repetitio*, illetve *clarigatio*)²⁵¹ követel, kijelenti, hogy a római nép követeként és az isteni jog betartásával adja elő igényét, s Iuppitert, a határokat (*finis*) és az isteni jogot (*fas*) hívja tanúul, hogy amennyiben igaztalanul és az isteni törvénnyel ellentétesen (*iniuste impieque*) követelné az említett emberek, illetve dolgok kiadását, úgy ne engedje hazájába visszatérni; ezt elmondja a határ átlépésekor, valamint csekély változtatásokkal az első, vele szembetalálkozó embernek, a város kapuján belépve és a főtérre érve.²⁵² Amennyiben harminchárom napon belül nem adják ki neki az általa követeltet – Dionysius Halicarnassensis²⁵³ harminc napos időintervallumot említ –,²⁵⁴ Iuppiter, Ianus Quirinus és valamennyi isten tanúul hívása után kijelenti, hogy jogtalanul nem kapta meg követelését, s hogy Rómába visszatérve arról kíván tanácskozni, hogy milyen módon vehetnének elégtételt; magyarul bejelenti a lehetséges háborút (*testatio*, illetve *denuntiatio belli*).²⁵⁵ Rómába érve a követ az atyák elé tárta az ügyet, és ha többségük a *purum piumque duellum* mellett döntött, a *pater patratus* egy vashegyű vagy keményre égetett lándzsát (*hastam ferratam aut praeustam sanguineam*) az ellenség határához vitt, s ott követelésének jogtalanul megtagadott voltára hivatkozva megüzente nekik a háborút, a lándzsát pedig bedobta az ellenséges területre.²⁵⁶ (Ezek alapján a háború közvetlen *causája* tehát az ellenséges nép azon

²⁴⁵ F. Lammert: *Kriegsrecht*, RE Suppl. VI. 1935. 1351. skk.

²⁴⁶ Vö. a *duellum* kifejezés vonatkozásában Cic. *leg.* 3, 9. *duella iusta iuste gerunto* Liv. 1, 32, 12. *purum piumque duellum*

²⁴⁷ Ziegler 101.

²⁴⁸ Cic. *Phil.* 4, 14. *qui haberet rem publicam, curiam, aerarium, consensum et concordiam civium, rationem aliquam, si ita res tulisset, pacis et foederis* Ulp. D. 49, 15, 24. *Hostes sunt, quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipsi populo Romano: ceteri latrunculi vel praedones appellantur.*

²⁴⁹ Cic. *off.* 3, 107. *Est autem ius etiam bellicum fidesque iuris iurandi saepe cum hoste servanda.* 108. *Cum iusto enim et legitimo hoste res gerebatur, adversus quem et totum ius fetiale et multa sunt iura communia.*

²⁵⁰ Cic. *off.* 3, 107. *Nam pirata non est ex perduellium numero definitus, sed communis hostis omnium; cum hoc nec fides debet nec ius iurandum esse commune.*

²⁵¹ A liviusi *rerum repetitio* fordulat helyett Plinius (*nat.* 22, 3, 5.) és Servius (*ad Verg. Aen.* 9, 52; 10, 14) az archaikusabbnak tűnő *clarigatio* kifejezést használja – vö. Quint. *inst.* 7, 3, 13.

²⁵² Liv. 1, 32, 6–8. *Legatus ubi ad fines eorum venit unde res repetuntur, capite velato filo – lanae velamen est – “Audi Iuppiter” inquit; “audite fines” – cuiuscumque gentis sunt, nominat –; “audiat fas. Ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio, verbis meis fides sit.” Peragit deinde postulata. Inde Iovem testem facit: “Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier mihi exposco, tum patriae compotem me nunquam siris esse.” Haec, cum fines suprascandit, haec, quicumque ei primus vir obvius fuerit, haec portam ingrediens, haec forum ingressus, paucis verbis carminis concipiendique iuris iurandi mutatis, peragit.*

²⁵³ Dion. Hal. 2, 72, 8. Vö. R. M. Ogilvie: *A Commentary on Livy*, Oxford 1965. 131; F. Bernhöft: *Staat und Recht in der römischen Königszeit im Verhältnis zu verwandten Rechten*, Amsterdam 1968. 221. sk.

²⁵⁴ Vö. Kaser 1949. 22; H. Haffter: *Geistige Grundlagen römischer Kriegführung und Außenpolitik*, In: *Römische Politik und Römische Politiker*, Heidelberg 1967. 23.

²⁵⁵ Liv. 1, 32, 9–10. *Si non deduntur quos exposcit diebus tribus et triginta – tot enim sollemnes sunt – peractis bellum ita indicit: “Audi, Iuppiter, et tu, Iane Quirine, dique omnes caelestes, vosque terrestres vosque inferni, audite; ego vos testor populum illum” quicumque est, nominat “iniustum esse neque ius pesolvere; sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus, quo pacto ius nostrum adipiscamur.” Cum ... nuntius Romam ad consulendum redit.*

²⁵⁶ Liv. 1, 32, 11–14. *Confestim rex his ferme verbis patres consulebat: “Quarum rerum litium causarum condixit pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis, quas res nec dederunt nec solverunt nec fecerunt, quas res dari fieri solvi oportuit, dic” inquit ei quem primum sententiam rogabat, “quid censes?” Tum ille: “Puro pioque duello quaerendas censeo, itaque consentio consciscoque.” Inde ordine alii rogabantur; quandoque pars maior eorum qui aderant in eandem sententiam ibat,*

jogsértő magatartása volt, hogy nem adták ki a rómaiaknak az általuk követelt dolgokat, illetve személyeket.²⁵⁷) Természetesen nem volt szükség ilyesfajta hadüzenetre, ha az ellenség betört a római területre, ebben az esetben azonnal és minden eszközzel megkezdheték az ellentámadást, tehát a *fetiales* által foganatosított hadüzenetnek csupán a rómaiak által kezdeményezett, offenzív hadviselés esetében volt jelentősége; az archaikus kor természetesen ismerte a magánbosszú intézményét, ám a hivatalos hadüzenetet csak az egész közösség, a *populus* által egy másik nép ellen viselt háborúban alkalmazták, ami világosan elkülönült az egyes uralkodói csoportok egymás közötti fegyveres viszályaitól.²⁵⁸ Rómának a terjeszkedés során nem minden esetben volt lehetősége e szertartási rend betartására, épp ezért a jellegzetesen római formakonzervativizmus fikció segítségével a következő módozatokat választották: egy területet egy hadifogollyal megvásároltattak a circus Flaminiusban hogy a *pater patratus* oda dobhassa át a lándzsát, utóbb pedig a Bellona-templom mellett állítottak fel erre a célra egy oszlopot,²⁵⁹ azonban az ellenség felé a követeléseket már a *senatus legatusai* adták elő, és ők jelentették be a háborút is oly módon, hogy két kis *tesserát* küldtek el, közülük az egyiket a *hasta* mint a háború rávésett jelképével.²⁶⁰ (Olykor előfordult, hogy annak a népnek, amelynek háborút akartak üzeni, elküldték a lándzsát.²⁶¹) A *fetiales* hadüzenetének rituáléja azonban nem csekély mértékben járult hozzá azon követelményhez, miszerint a háborúnak valamilyen *iusta causával* kellett bírnia,²⁶² s az igazságos háború elméletét a sztoikus bölcsélet hatása alatt megfogalmazó Cicero sem véletlenül hozza összefüggésbe az *aequitas bellit* a *ius fetiale*val.²⁶³

Figyelmet érdemel a Livius által említett *hasta ferrata aut praeusta sanguinea*, ami vashegyű vagy tűzben keményre égetett lándzsát jelent.²⁶⁴ Nem tudjuk ugyanakkor, hogy a vashegyű lándzsa mikor váltotta fel, illetve társult a keményre égetett fadárda mellé, lévén hogy Itáliában a vaskor az i. e. kilencedik és nyolcadik század fordulójára nyúlik vissza, feltételezhetjük azonban, hogy a rituális használatban a vashegyű lándzsa csak akkorra válthatta fel a korábbi, kizárólag fából készültet, amikor a már a hétköznapi használatban is kizárólagossá vált.²⁶⁵

bellum erat consensum. Fieri solitum ut fetialis hastam ferratam aut praeustam sanguineam ad fines eorum ferret et non minus tribus puberibus praesentibus diceret: "Quod populi Priscorum Latinorum hominesque Prisci Latini adversus populum Romanum Quiritium fecerunt deliquerunt, quod populus Romanus Quiritium censuit consensit conscivit ut bellum cum Priscis Latinis fieret, ob eam rem ego populusque Romanus populis Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis bellum indico facioque." Id ubi dixisset, hastam in fines eorum emittebat.

²⁵⁷ S. Albert: *De vetere iure Romano, de lege duodecim tabularum atque de iure fetiali*, Vox Latina 34/132. 1998. 218.

²⁵⁸ Ziegler 103.

²⁵⁹ Serv. in Verg. Aen. 9, 52. *Post quam clarigationes hasta in eorum fines missa indicabatur iam pugnae principium. Post tertium aut et tricesimum diem quam res repetissent ab hostibus, fetiales hastam mittebant. Denique cum Pyrrhi temporibus adversum transmarinum hostem bellum Romani gesturi essent nec invenirent locum, ubi hanc sollemnitate per fetiales indicendi belli celebrarent, dederunt operam, ut unus de Pyrrhi militibus caperetur, quem fecerunt in circo Flaminio locum emere, ut quasi in hostili loco ius belli indicendi implerent. Denique in eo loco ante aedem Bellonae consecrata est columna. Varro in Caleno ita ait "duces cum primum hostilem agrum introituri erant, omnis causa prius hastam in eum agrum mittebant, ut castris locum caperent."* Ehhez lásd P. de Francisci: *Appunti e considerazioni intorno alla "columna bellica"*, Atti della Pontificia academia romana di archeologia. Ser. III. Rendiconti 27. 1951–1954. 1899. skk.

²⁶⁰ Gell. 20, 27, 3–4. *Q. Fabius, imperator Romanus, dedit ad Carthaginienses epistulam. Ibi scriptum fuit populum Romanum misisse ad eos hastam et caduceum, signa duo belli aut pacis, ex quibus, utrum vellent, eligerent; quod elegissent, id unum ut esse missum existimarent; M. autem Varro non hastam ipsam neque ipsum caduceum missa dicit, sed duas tesserulas, in quarum altera caducei, in altera hastae simulacra fuerunt incisa.* Dahlheim 175. skk.; Kovács 262.

²⁶¹ Fest. 90. *L. Carthaginienses cum bellum vellent, Romam hastam miserunt.*

²⁶² H. Hausmaninger: *"Bellum iustum" und "iusta causa belli" im älteren römischen Recht*, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht N. F. 11. 1961. 341. skk.

²⁶³ Cic. off. 1, 36. *belli quidem aequitas sanctissime fetiali populi Romani iure perscripta est*

²⁶⁴ Liv. 1, 32, 12.

²⁶⁵ de Waele 173. skk.

A „*sanguinea*” kifejezés kiváltképp problematikus. A szót magát *vérben megszenteltként* vagy *vérrel színezettként* is visszaadhatjuk; ha pedig a faanyag megnevezéseként fogjuk fel, úgy a somfa ágát, a *sanguineae virgaet*²⁶⁶ jelenti, ami keményfa lévén a lándzsa számára igen alkalmas alapanyagot szolgáltatott.²⁶⁷ (Nem csupán állaga, hanem színe is predesztinálta a somfát arra, hogy fegyver készülhessen belőle, vörös színe ugyanis a vérre, a lándzsa céljára, a vérontásra engedett asszociálni,²⁶⁸ ami a mágikus-analóg gondolkodás alapján már magában hordozta az ellenség megölésének biztosabb lehetőségét.²⁶⁹) Ammianus Marcellinus a *fetiales* lándzsája kapcsán megjegyzi: annak elkészítése során a vérrel történő bekenés igen fontos szerepet játszott.²⁷⁰ A *ius sacrum* somfából készült lándzsája *arbor felix*nek számított,²⁷¹ ám a hadüzenet során használt lándzsa *hasta impura* volt, vagyis az alvilág isteneinek szentelt *arbor infelix*.²⁷² Eredetileg tehát akár tényleges vérrel színezték is a *fetiales* lándzsáját, akár vérszínű somfából készítették, a hajdani *hasta praeusta sanguineat* utóbb felváltotta a *hasta ferrata sanguine infecta*.²⁷³ A *fetialis* már a háború megkezdésekor rituálisan prognosztizálja is a harc végét, hiszen azzal, hogy az alvilági isteneknek szentelt *hasta impura*val mintegy birtokba veszi az ellenséges területet,²⁷⁴ az ellenséget, a szerinte létének jogalapjától megfosztott *hostis impius*t is átadja a pusztítás erőinek.²⁷⁵ (Ennek tükrében válik teljességgel érthetővé a támadás előtt a rómaiak által végrehajtott *evocatio* szerepe, amellyel a már egyébként is pusztulásra ítélt ellenség isteneit kívánták Rómába átszábitani.²⁷⁶)

A *ius fetiale* és a *legis actio sacramento* erős szövegközpontúsága kellően közismert: tudjuk, hogy aki a textus akár egyetlen szavát is elvétette, elveszítette a pert.²⁷⁷ Noha a *ius fetiale* kapcsán nincsen *expressis verbis* tudomásunk ilyen következményekről, mégis jó okkal feltételezhetjük a rómaiakról, hogy ebben az esetben sem engedték meg a legcsekélyebb eltérést a szövegtől, hiszen ez a *carmen* hatását semmisítette volna meg, s ezáltal az isteni segítséggel vívott *bellum iustum*²⁷⁸ eredményét veszélyeztette volna.²⁷⁹ A *ius fetiale* elengedhetetlen része az eskü, egyfelől a *pater patratus* önelátkozása arra az esetre, ha jogtalan követelésekkel lépne fel római nép nevében, másfelől pedig az istenek tanúul hívása a rómaiak jogos és az ellenség jogtalan eljárásához; a *legis actio* esetében ezen eskünek a *sacramentum* felel meg.²⁸⁰ A *sacramentum* eskü-jellegét már maga a szó eredeti jelentése is egyértelműen megmutatja,²⁸¹ ugyanakkor magába foglalja azon momentumot is, hogy az esküt tevő fél – példának okáért a felperes – kijelentése igaz, s ennek megfelelően ellenfelének – az alperesnek – állítása hamis; ha pedig végül bebizonyosodnék, hogy a felperes kijelentése nem állja meg a helyét, úgy egyértelművé válik, hogy hamis esküt tett, vagyis saját *devotióját* hajtotta végre.²⁸² (Kaser is valószínűsíti, hogy a *sacramentum* kezdetben az istenítélethez kapcsolódhatott, ám ezt azon

²⁶⁶ Macr. Sat. 3, 20, 3. *Tarquinius autem Priscus in ostentario arborario sic ait: arbores quae inferum deorum avertentiumque in tutela sunt, eas infelices nominant: alterum sanguinem felicem.* Plin. nat. 16, 176; 19, 180; 24, 73. *Nec virga sanguinea felicior habetur. Cortex eius interior cicatrices quae praesanuere aperit.*

²⁶⁷ de Waele 174.

²⁶⁸ Vö. Verg. Aen. 3, 23. skk.

²⁶⁹ de Waele 175.

²⁷⁰ Amm. 19, 2, 6. *Hastam infectam sanguine ritu patrio ... coniecerat fetialis.*

²⁷¹ Macr. Sat. 3, 20, 2.

²⁷² Scholz 32.

²⁷³ Scholz 32.

²⁷⁴ Latte 122.

²⁷⁵ Scholz 32.

²⁷⁶ Latte 125.

²⁷⁷ Gai. inst. 4, 11. 30.

²⁷⁸ Vö. Liv. 21, 10, 5; 39, 36, 12; 44, 1, 10. sk.

²⁷⁹ Albert 220.

²⁸⁰ Kaser 1949 21.

²⁸¹ Walde–Hofmann II. 459. skk.; Kaser 1949. 18.

²⁸² Albert 220.

időszakra, amelyből már írott forrásokkal rendelkezünk, nem tartja kellően dokumentálhatónak.²⁸³ Tény marad azonban, hogy az istenítélet-jelleg a *legis actio sacramento* e pontján is – bizonyos analóg következtetések segítségével – nyomon érhető. Az eskünek a perben játszott szerepére nem csupán irodalmi,²⁸⁴ hanem nyomaiban a későbbi jogi forrásokban is találhatunk utalást.²⁸⁵ További párhuzamnak tűnik, hogy mind a *rerum repetitio*, mind pedig a *legis actio sacramento* az ellenfél által jogtalanul birtokolt dolgok eredetileg békés, illetve az önhatalmat és a harcot szakrális és állami ellenőrzés alá helyező és ezáltal korlátozó módon történő visszaszerzését célozza.²⁸⁶ Ugyanakkor világos különbségként rajzolódik ki, hogy míg a *legis actio sacramento* során a felek egy mindkettejük által elfogadott bíró ítéletének és kontrolljának vetik alá magukat, addig a *ius fetiale* esetében ezen intézmény hiányzik, amit egyértelműen magyaráz az, hogy az ún. nemzetközi ügyekben nem állapodhattak meg valamely bíróság illetékességében – ennek tudható be a *ius fetiale* szerinti eljárás esetében az *apud iudicem* szakasz hiánya is –; jó eséllyel feltételezhetjük azonban, hogy a rómaiak azon döntőbíró, aki a két nép közötti konfliktus eldöntésére volna hivatott, épp az oly gyakran tanúul hívott felsőbb hatalmakban vélték megtalálni.²⁸⁷

A *ius fetiale* egyértelműen szakrális jellegű norma-, illetve eljárásrendszer, amint ezt az abban fungáló személyek és az istenek többszöri említése is jelzi, ám a *ius privatum* intézményei közé besorolt *legis actio sacramento* is szoros kapcsolatot mutat a *ius sacrum*mal: a *legis actio*ra kezdetben a rex előtt került sor,²⁸⁸ aki már személyében és legitimitása folytán is a szakrális szféra reprezentánsaként volt jelen, majd a *magistratus*, utóbb *in concreto* a *praetor* előtt zajlott a *per in iure* szakasza, aki *iurisdictio*s feladatkörét tekintve a rex örökösének volt tekinthető.²⁸⁹ A szigorúan szöveghű eskü szintén az istenekhez szólt, ami alátámasztja a *legis actio sacramento* szoros kötődését a *ius sacrum*hoz.²⁹⁰ Amint már említettük, Latte szerint²⁹¹ *fetialis* cselekménye nem csupán a háború, illetve a támadás mágikus megkezdését, hanem az ellenséges terület egyfajta birtokbavételét is jelenti.²⁹² (A *ius fetiale* és a tizenkét táblás törvény rendelkezései között is felfedezhetőek bizonyos párhuzamok,²⁹³ így például a hitelező felé az adósnak harminc nap állott rendelkezésére a teljesítésre, ha elismerte tartozását, vagy ügyét ítélettel eldöntötték,²⁹⁴ amint a követelés bejelentését követően a *denuntiatio bellivel* Dionysius Halicarnassensis közlése szerint harminc napot kellett várnia a *pater patratus*nak;²⁹⁵ mindkét rendelkezés értelme abban keresendő, hogy ebben az intervallumban még lehetőség nyíljon a

²⁸³ M. Kaser: *Das römische Zivilprozeßrecht*, München 1966. 62.

²⁸⁴ Verg. Aen. 8, 262. skk. *Panditur extemplo foribus domus atra revolsis, / abstractaeque boves abiurataeque rapinae / caelo ostenduntur.*

²⁸⁵ Ulp. D. 4, 3, 21. *Quod si defendente me iuraveris et absolutus sis, postea periurium fuerit adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam: Pomponius autem per iusiurandum transactum videri, quam sententiam et Marcellus libro octavo digestorum probat: stari enim religioni debet.* Ulp. D. 47, 52, 27. *Si quis iuraverit furtum non fecisse, deinde rem furtivam contrectet, furti quidem actio peremittitur, rei tamen persecutio domino servatur.*

²⁸⁶ Kaser 1949. 22.

²⁸⁷ Albert 222.

²⁸⁸ Vö. Földi–Hamza 18.

²⁸⁹ E. Meyer: *Römischer Staat und Staatsgedanke*, Zürich–Stuttgart 1964. 38. 117; J. Bleicken: *Die Verfassung der römischen Republik*, Paderborn 1975. 76. sk.

²⁹⁰ P. Noailles: *Du Droit sacré au Droit civil*, Paris 1949. 18. skk.

²⁹¹ Latte 122.

²⁹² Vö. Serv. in Verg. Aen. 3, 46. *Romulus captato augurio hastam de Aventino monte in Palatinum iecit.* 11, 52. *Duces cum primum hostilem agrum introituri erant, ominis causa prius hastam in eum agrum mittebant, ut castris locum caperent.*

²⁹³ Donatuti 31. skk.; Hausmaninger 338; Bernhöft 221. skk.; Albert 224.

²⁹⁴ *XII tab.* 3, 1. *AERIS CONFESSI REBUSQUE IURE IUDICATIS XXX DIES IUSTI SUNTO.*

²⁹⁵ Dion. Hal. 2, 72, 8.

vitás kérdés békés elrendezésére.²⁹⁶ Amint a tizenkéttáblás törvény vonatkozó helyei²⁹⁷ is a károkozó *noxába* adásáról rendelkeznek,²⁹⁸ a *ius fetiale* követelése között is szerepelt a felhívás a Rómára nézvést sérelmes cselekményt elkövető személy kiadatására.²⁹⁹) A *ius fetiale* és a *legis actio sacramento* kialakulásának alapjául egyfelől ugyanazon állam polgárainak egymás közötti, másfelől az egyes népek, illetve államok közötti sérelmek nyomán jelentkező kontrollálatlan önhatalmú igényérvényesítés és magánbosszúnak gátat szabni szándékozó, és a *bellum omnium contra omnes* állapotát megakadályozni, s a viszály rendezését valamilyen közös felsőbb fórum által ellenőriztetni vágyó szándék szolgálhatott.³⁰⁰

A fentiekből egyértelműen megállapítható, hogy a lándzsa és a pálca a görög-római kultúrkörben általánosan elterjedt hatalmi jelképként fungált nem csupán a *ius privatum* körébe tartozó *legis actio sacramento in rem* szertartásánál, hanem számos, a *ius publicum* és a *ius sacrum* körébe sorolható eljárásnál és intézménynél is. Az archaikus gondolkodásban azonban a szimbólum nem értelmezésre szoruló képiségnek, hanem a jelzett fogalmat, tényt megtestesítő valóságnak számított, így a jog és szakralitás határmezsgyéjén elhelyezkedő, *iustum dominium* és *imperium* kifejezésére szolgáló *hasta* és *festuca* is. E kitekintés talán némiképp hozzájárulhatott bizonyos, a *vindicatio* – ahogy ezt a bevezető sorokban használt *sacrum duellum* fordulat is érzékeltetni kívánta – mint egyfajta harcot eldöntő *ordalium* rítusában rejlő, kizárólag a jog- és a vallástörténet eredményeinek szintetizáló alkalmazásával feltárható és értelmezhető momentumok felvillantásához.

²⁹⁶ Ugyanerre utal a következő rendelkezés is: *XII tab.* 1, 6. *REM UBI PACUNT, ORATO.*

²⁹⁷ *XII tab.* 8, 6. (Ulp. *D.* 9, 1, 1. pr.) *Si quadruples pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege XII tabularum descendit; quae lex voluit aut dari id quod nocuit, aut aestimationem noxae offerri.* 12, 2. b (Gai. *inst.* 4, 75–76.) *Ex maleficio filiorum familias servorumque noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre, aut noxae dedere. Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris, legibus, velut furti lege XII tabularum.*

²⁹⁸ Ehhez bővebben lásd Földi A.: *A másért való felelősség a római jogban*, Budapest 2004. 103. skk.

²⁹⁹ Kaser 1949. 185. Vö. Liv. 8, 39, 14; 9, 8, 6; 9, 10, 2. skk.; Cic. *Caecin.* 98; *De orat.* 1, 181; 2, 137; *off.* 3, 108.

³⁰⁰ Kaser 1966. 19; Uő 1949. 15.

Pokol Béla

A tudományon túl: a kognitivitástól a normatív gyakorlati filozófiáig

A vitát folytatva Győrfi Tamás néhány alapkérdést érintett a saját szellemi tevékenységének keretét adó gyakorlati filozófia és jogelmélet illetve a morál összefüggéseit tárgyalva, és ez most jó lehetőséget ad ezek nyilvánosság előtti megvitatásához. Az első részben a gyakorlati filozófia tudományon kívüli, más szellemi szférába tartozó természetére szeretnék érveket hozni, majd a második részben vitapartnerem néhány jogelméleti megjegyzésére térek ki.

1. Tudományelméleti ellenvetések

Első állításával, miszerint a hazai jogelméleti szakmai közösségben a legmarkánsabb törésvonal a társadalomelméleti illetve a gyakorlati filozófiai megközelítés között alakult ki, jórészt egyet tudok érteni, de e törésvonal *természetére* vonatkozóan én gyökeresen más nézetet vallok, mint ő. Legmélyebb szembenállásom írásával abban alapozódik meg, hogy én a tudományt, benne a társadalomtudományokat kognitívnek tekintem, és minél inkább kibomlottak először a természettudományok, majd az 1700-1800-as évektől a társadalomtudományok, a normatív szemléletmód egyre inkább kiszorult belőlük, nem ide értve persze magának a tudományos tevékenység üzésének normáit, amit a tudomány ethosának szokás nevezni. A társadalmi jelenségek elemzésében ez a változás különösen a XIX. század első évtizedeitől vált markánssá, mint Kelsen megfogalmazta már 1928-ban, és míg az 1800-as évek elejéig a társadalommal való elméleti foglalkozás ennek igazságos rendként való megragadására irányult, illetve a társadalomelmélet eddig mint etika, politika, jogtan önállóan vagy a teológiai részeként jelent meg, addig ettől kezdve a társadalmi kérdéseket elkezdték kauzális összefüggésekben elemezni. Így nem a cselekvések és a társadalmi történések igazságossága vagy igazságtalansága, hanem ezek szükségszerűségét okozó okozati összefüggések kimutatása került a középpontba. Vagyis a normatív társadalmi nézőpont helyére a kauzális kérdésfeltevések kerültek. Így az emberi viszonyok tana a morálemléletek és az igazságosságelmélet nézőpontjából és posztulátumaiból a tényleges cselekvések valóságát és az ebben levő okozati hatásokat kimutató nézőponttá változott. (Lásd Hans Kelsen: Die philosophische Grundlage der Naturrechtslehre und des Positivismus. Pan Verlag Rolf Heise. Charlottenburg 2., 4-5. p.). Ehhez csak annyit lehet hozzátenni, hogy a társadalmiság megfigyeléséből a normatív beállítódást kiszorító rendszeres társadalomtudományos tevékenység jó ideig egy naiv tény-pozitivizmussal volt jellemezhető, de az 1900-as évek elejétől kibomló tudásszociológiai korrekció - amely a tények konstruálásánál döntő szerepet játszó fogalmak tény-formáló hatásait emeli a középpontba – módosította, és reflexívebbé tette a társadalomtudományos megfigyelést, ám ez az alapvető kognitív irányultságát ez nem érintette.

Nem vitás azonban, hogy a kibomlott társadalomtudományi „nagyüzemben”, melyben az empirikus kutatók tíz- és százazei illetve az elméleti dilemmákat elemző társadalomelméletek tucatjai jöttek és jönnek létre, jó néhány egyetemi ember - döntően filozófus vagy morálteológus - folyamatosan megmaradt a társadalmi élet normatív megközelítésénél. Sőt az 1970-es évektől egyes, normatív szemléletnél megmaradt amerikai társadalomfilozófiai irányzatok expanziója figyelhető meg a politikai életet és a jogi életet kutató szellemi

közösségek felé, különösen John Rawls nevét, normatív posztulátumrendszereit és ezek mutációit más szerzőknél lehet itt említeni. Egy korábbi írásomban már jeleztem, hogy e szellemi vonulat nagyon erős publicitásában és expanzív terjesztésében a különböző társadalomtudományi ágak felé milyen erős társadalmi-hatalmi csoportokat és történeti fejleményeket látok én ható okként működni, így most ezt nem ismétlem meg (lásd Pokol B.: Közelítések a természetjoghoz. In: *Natura Iuris*. Miskolc. 2002). De a gyakorlati filozófiai szemléletmódot én - szemben Győrfi Tamással - nem egyszerűen más elméleti paradigmának látom, a „társadalomelméleti” paradigmával szembeállítottan, hanem azt a Kelsen által is jelzett fordulatot látom vele visszafordulni, amit a korábbi normatív társadalomszemlélet társadalomtudománnyá válása jelentett, és ezzel a visszafordulással a tudományos jelleg elvesztését látom megállapíthatónak. *Tudományos jellegét veszíti el ez az irányzat a normatív beállítódás alapjára helyeződéssel*. De a félreértést elkerülendő, hadd jelezzem rögtön, hogy ezzel semmit nem vitatok el társadalmi hatásosságából, és logikai-szellemi fejlettségének szintjéből, hanem csak azt állítom, hogy más szellemi tevékenységi szférák funkcióit kezdi el ez megvalósítani. Úgy gondolom, hogy a tudományból a különböző szellemi funkcionális alrendszerek közül az ideológiai alrendszer tevékenységébe csúsznak át a gyakorlati filozófia képviselői, vagy ha például az alkotmánybíróági döntések és ezek fogalmi hálójának elemzését és kidolgozását végzik el (mely tevékenységbe előszeretettel kapcsolódik be az ide sorolható szerzők egy része), akkor egy új - alapjogi bázisra épített - jogdogmatika lehet tevékenységük eredménye. De - teljesen egyet értve e téren Sajó Andrással (lásd Sajó A.: Kritikai értekezés a jogtudományról, 1983.) - a jogdogmatikai tevékenység sem tekinthető tudománynak. Noha azt látni kell, hogy egy komplexitáson túl a jogdogmatikai konstrukciók is csak folyamatos empirikus jogszociológiai tényvizsgálatokkal aládúcolva tudják megfelelő módon ellátni funkcióikat, ahogy a gyakorlati tapasztalatok mutatják, és ez a jogdogmatika részbeni „eltudományosítását” hozza létre, ám ez fél-részben lebontja, korrodálja a normatív szemléletmódot, vagyis a gyakorlati filozófia lényegét semmisíti meg. A tudomány kognitív vállalkozás.

A fenti fejtegetések megadják legmélyebb eltérésemet Győrfi Tamás gyakorlati filozófiára vonatkozó álláspontjától, de néhány további megjegyzését is érdemes szemügyre venni, mert fontos összefüggéseket lehet ezek kapcsán kiemelni. Az egyik ilyen: „...vannak olyan kérdések mindenekelőtt a jog normativitása, amelyeket egy gyakorlati filozófiai kiindulópontból lehet adekvát módon kezelni”. E megállapítással szemben a legfontosabb ellenvetésem, hogy a társadalom normatív jelenségeit (így a jogot, erkölcsöt, morált, illetve stb.) a társadalomtudományok kognitívan elemzik: megfigyelik milyen funkciói vannak az adott normatív jelenségeknek, milyen funkcionális ekvivalensek látják el ezeket más társadalmakban, milyen széles körben irányítják ezek az emberek magatartását és gondolkodását, milyen lelki stabilitást adnak ezek az egyes embereknek, milyen kohéziót tesznek ezek lehetővé, illetve hiányuk milyen konfliktusokhoz vezet, az egyes normák elhalása után stb. *A tudomány tehát a normativitást is kognitív módon kezeli, és csak így tudja feltárni ezek működésének legkülönbözőbb aspektusait*. És ebben előfeltétel a hideg-semleges kognitív beállítódás, amely fogalmilag kizárja a normatív beállítódással közeledést az adott normához. Amikor tehát Győrfi Tamás mint magától értetődőséget felteszi, hogy a jog normativitása a vele foglalkozó elmélet normativitását követeli meg, vagy legalábbis, hogy a „normatív elmélet” ehhez alkalmasabb, akkor a tudomány működésének legelementárisabb előfeltételét kérdőjelezi meg - implicite.

Egy másik megjegyzése, miszerint az „angolszász analitikus jogfilozófia irodalmán orientálódó gyakorlati filozófiával szemben a társadalomelméleti paradigma a német társadalomelméletet” jelenti első sorban, szintén tévesnek minősíthető. Például az én esetemben nem vitásan nagy szerepet játszó luhmanni társadalomelmélet nagyon sok szempontból az amerikai Parsons

elméletén nyugszik, de ugyanígy saját tudományfelfogásom igen nagymértékben az amerikai Robert Merton tudományszociológiai iskolájának kutatásain nyugszik - és említhetem a francia Bourdieu hatását nézeteimre, vagy az utóbbi években az általános elméleti megközelítembe bejött neo-gramscsiánus irányzat nézőpontjait, főként holland és angol szerzőkét -, és a Győrfi által velem egy táborba soroltaknál is azok a német szerzők dominálnak, akik a leginkább „kozmetopolitának” tekinthetők. Vagyis nem „az” angolszász és a német elméletek állnak a vitatott kérdésekben szemben, hanem a gyakorlati filozófia *egy meghatározott* angolszász vonulattól építkezik, míg mi a többit használjuk fel.

Szintén félrevivő Győrfi Tamásnak az a megjegyzése miszerint „a társadalomelméleti paradigma képviselőihez (...) különböző indíttatású szerzők tartoznak (...) ezért talán értelmetlen is lenne valamilyen közös módszertani álláspontot tulajdonítani nekik”. Itt nyilván a „különböző indíttatású” jelző a fontos - ami kizárná a közös módszertani álláspontot -, de én úgy gondolom, hogy itt vitapartnerem egy öntudatlan egybemosást hajt végre. Ti. a feltehetően politikai jellegű tevékenységeinkben, értékeinkben meglévő eltéréseket tartja szem előtt, és ezt viszi át a „társadalomelméleti tábor” tagjainak tudományos tevékenységének megítéléséhez, amely így szerinte nyilvánvalóan nem is lehet szemléleti közösség. A gondolati hiba itt az, hogy a szerzők politikai szférában kifejtett tevékenységéből és itt megnyilvánuló eltérő értékfelfogásából egyenesen következtet e szerzők *tudományos tevékenységének* eltérésére. Ezt legalábbis expliciten kutatnia majd bizonyítania kellene Győrfi Tamásnak, de arra, hogy ennek inkább az ellenkezője az igaz, arra hadd hozzam fel az 1990-es évek második feléből Bozóki Andrásnak egy Bihari Mihályra és rám vonatkozó megállapítását - amikor én tényleg a politika középpontjába is tevékenykedtem, és Bihari pedig szocialista képviselő volt - de Bozóki megítélése szerint politikai szereplésünknek nyomát sem lehet találni tudományos közleményeinkben és könyveinkben. Én azt hiszem, hogy mégis van bizonyos szemléleti közösség Szigeti Péter, Szilágyi Péter, Karácsony András, az én és még egy sor „társadalomelméleti paradigma” alá sorolható szerző nézetei között - némelyikünknek minden esetleges politikai szférában kifejtett eltérő tevékenysége ellenére is - és ez pedig *a többé-kevésbé kognitivistá beállítódás a tudományos elemzéseinkben*, illetve azon szerzők elméletére alapozás, akik a kognitív társadalomtudományi elemzéseket hoznak létre, és nem normatív szemléletet képviselnek.

A tudomány és benne a társadalomtudományok nem a „mit tegyek?” vagy a „miként döntsek?” problémáját veszik a középpontba - szemben vitapartnerem állításával - hanem az ettől már eltávolodott, absztraktabb összefüggéseket *önmagában* kutatják. Azért, hogy az így feltárt összefüggések fényében (azt egyszerűsítve kifejezve és megfogalmazva) az ideológiák, a morálfilozófiák és más cselekvésirányító szellemi képződmények tényleg a „mit tegyek?” és a „miként döntsek?” problémájára adekvátabb válaszokat tudjanak adni, és nem egyszerűen a mindennapi gondolkodás szintjén.

A tudomány kognitivitása mellett lecövekelve érdemes kitérni egy ebből következő funkcionális problémára, amely a szellemi tevékenységekben normatív fűtöttséggel résztvevő szellem „harcos”, a „jó ügy” mozgalmár-jogásza (lásd: „cause lawyering”) számára nem jelent kínzó gondot. A tevékenykedőt hajtó motiváltságra, motivációs energiákra gondolok, melyek mindennapi embert és gondolkodását hajtó készlete a pusztán kognitív szemlélődésre beállítódással jórészt eltűnik. Ám a figyelem élességét a száz és ezer tény, összefüggés memorizálásánál, ezek átfogóbb fogalmi keretekbe illesztésével következtetések próbászerű levonásánál, illetve ezek újra és újra ismétlésénél - egy sor összeillesztést elvetve, másokat kiemelve stb., - csak nagyon erősen motiváltsággal lehet folyamatosan fenntartani. A motiváltság csökkenése - az esetleges nagyon erős önfegyelm ellenére is - spontán módon

vezethet az absztrakt fogalmak pusztá logikai egymásra vonatkoztatására, és ez mint üresen forgó futószalag hozza létre az üres spekulációkat, minden empirikus relevancia nélkül. De az alacsony szintű motiváltság magára a tudományos szellemi tevékenységre fordított időmennyiséget is minimalizálja a tudósnál, hisz annyi minden veszi körül, amivel még foglalkozni kell.... Ezzel szemben normatív fűtöttség, a napi szellemi döntések közvetlen értékmotiváltsága éberré tesz, lelkes olvasásra ösztönöz a napi- és hetilapok eseményáradatát illetően, és a normatív elkötelezettség révén a szellemi ember állandóan irritálva van, így alig várja, hogy kezébe kapja a napi- és hetilapokat, bekapcsolhassa a televízió vitaműsorait - esetleg ő is elfogadja a meghívást ezekre -, hogy eszmetársaival és a „jó ügyért” küzdő harcostársaival újabb napi rendezvényeken, tüntetéseken, tiltakozási akciókon vegyen részt, vagy legalább ezek segítésére politikai filozófiai/morálfilozófiai ülést rendezzen, tisztázva cselekvésüknek irányt adó normatív premisszáikat. Nincs boldogabb, motiváltabb és izgatottabb a normatív eszmeharcosnál.

A normatív fűtöttséget módszeresen levető és hideg-semleges kognícióra beálló tudósánál ezek a naponta (minden órában és percben!) ható motivációk elesnek, és ezek pótlására - méghozzá úgy, hogy teljes napjának lehetőleg döntő részében erős motiváltsággal olvasson, gyűjtsön információkat, szelektáljon és új- és új hadrendbe állítva átfogóbb fogalmi keretekbe ágyazva gondolja végig az összefüggéseket - csak tudatos motiváció-teremtésekkel lehet remény. Például meghatározott témákra konferencia-szervezésekkel, vagy egy-egy témára viták provokálásával stb. lehet a pusztá olvasással csak alacsonyabb szinten folyó tudományos információfeldolgozást és készletési szintet emelni. Az e téren számomra felbukkanó gondok példaként hadd tegyem hozzá, hogy időnként én azért vágok bele napilapi cikkek írásába is, hogy az ehhez szükséges fokozottabb napi informáltságra törekvés motiváltságot adjon, és így a három-négy napilap, négy-öt hetilap eseményáradatára nagyobb készlettel figyeljek oda, és ha ezt még a napilapi cikkírás irritációi közepette is semleges-kognitív módon tudom memorizálni és szelektálni, akkor a sok-sok absztrakt fogalmi hálómhoz a politika, a jog, a tudomány, a tömegmédia stb. elemzésénél az eseményrészletek ezreit tudom mindig megmozgatni. Ezzel szemben, ha leállok a napilapi cikkek írásával - amit néha évekre megteszek -, akkor egy idő után erősen csökken készletésem a napi események áradatával való kognitív foglalkozásra. A fogalmak üresjáratú kombinációinak felbukkanása, így állandó problémát jelenthet a kognitivitásra beállt társadalomtudósnál. Egy jól működő és „sűrű” tudományos közösség egy-egy tudományterületen persze ebben nagy segítséget jelenthetne, de hát jól tudjuk, hogy ezt nehezebb megteremteni a hazai tudományos életben, mint az önirritációk megtervezését.

2. Jogkoncepcionális ellenvetések

Közelebb lépve Győrfi Tamás jogra vonatkozó állításaihoz, szintén alapvető problémákat látok ezekben. Egy ilyen problémás megfogalmazása: „tipikus esetben ugyanis a jog gépezete akkor lendül mozgásba, amikor valaki azt állítja hogy egy másik személy megszegett egy jogi normát: ilyenkor az illető abba a helyzetbe kerül, hogy *mások előtt kell igazolnia cselekedetét*” (kiemelés tőlem - P. B.). Pontosabban megfogalmazva itt arról van szó, hogy nem egyszerűen „mások előtt”, hanem az állam által kinevezett professzionális jogász-bíró előtt kell „valamit tenni” jogi vitám esetén. És ennek a „valaminek” abban kell állnia, hogy kimutassam (ügyvédem kimutassa), cselekedetem megfelelt annak az absztrakt magatartási mintának, amit erre előírt egy törvény, illetve, hogy vitapartnerem cselekedete nem felelt meg ennek. Győrfi

azzal, hogy „mások előtt igazolni” leírással rögzíti ezt a szituációt, eltünteti a jogi diskurzus sajátosságát, és áttolja a szellemi viták szférájába. Ahogy az előbb a társadalomtudományi kognitivitás sajátosságának eltüntetését róttuk fel neki (nem vádoltuk! mert azt az ügyész teszi, és nem tudományos vitákban!), és az ideológiai szférába átcúsúszást, itt a jogi viták sajátosságának eltüntetését lehet megállapítani nála, és öntudatlan átcúsúszását - szintén az ideológiai viták szférába.

De az előbbi idézetet követő sorok megfogalmazása is kételyeket ébreszt: „legalábbis a modern államokban igazolásra szorul, hogy valaki kötelezettségeket fogalmaz meg másokkal szemben, büntetendővé tegyen bizonyos magatartásokat, és az is, *hogyan egyedi esetekben szankciót szabjon ki másokkal szemben*” (kiemelés tőlem - P. B.). Ugye itt nyilvánvalóan a jog alkotásakor illetve egyedi esetekben alkalmazásakor keletkező indokolási kényszer merül fel. A jog alkotásakor az indokolási kényszer - a plurális és nyilvános politikai akaratképzésen alapuló demokráciákban - egyrészt a nagy politikai táborok közötti vitákban merül fel, és a szembenálló tábor hiányosságainak kimutatása egy-egy tervezett törvényüket illetően a nagy médianyilvánosság előtt ilyenkor a szavazatok százezreit viheti el, illetve a szavazatok százezreit hozhatja a saját törvényalkotási program hatásos indokolásával. Ehhez persze hasznos támpontokat adhatnak jogszociológiai és morálfilozófiai érvek - ezek politikai instrumentális felhasználásával -, de nem tudom belátni, hogy a tömegnyilvánosság előtti küzdelmekhez és az itteni igazolásokhoz mi köze lehet egy tudományos szférába tartozó jogelméletnek?! A törvények miniszteri indokolása, amely a legközvetlenebbül tartalmazza a politikai küzdelmekben bevetett érveket is, később a jogalkotó akarata-szándéka kimutatásához jó lehet, mint jogértelmezési segédeszköz, de ez sem jogelméleti szellemi alkotás. Én úgy gondolom, hogy az ideológiai-politikai igazolási küzdelmeknek a „gyakorlati filozófiára” alapozott jogelméletbe befogása konkrétabban bizonyítja a korábbi megállapításomat, miszerint vitapartnerem szellemi alapvetése az ideológiai szférába tolja át pozícióját.

Ugyanígy félrevisz Győrfinek az a megjegyzése is, hogy „az egyedi esetekben szankciót kiszabónak” is igazolnia kell ezt a döntését. Itt ugyan homályban marad ezen igazolás mibenléte, de máshol nyilvánvalóvá teszi vitapartnerem, hogy ez alatt morális érvekkel igazolást ért. Ezzel szemben, ha a mai korban működő jogrendszerek idevágó követelményeit kapjuk a szem elé, akkor azt láthatjuk, hogy a bírának a vonatkozó törvényhelyekből levezetésre és más - adott jogrendszerben bevett - normatív támpontokra (pl. a vonatkozó törvényhely eddigi bírói gyakorlatára, a vonatkozó bírói döntések pontos megnevezésével, a jogirodalomban levő uralkodó véleményre a döntésben felbukkant jogi kérdést illetően stb.) kell hivatkoznia. És ezek között lehet, és néha van is igazságossági megfontolásokra hivatkozás. Vagyis átfogóbban csak a törvényi rendelkezés megalkotását kell „igazolni”, indokolni, és az által, hogy több millió állampolgár a parlamenti többséghez juttatta a kormányzókat, és megadta számukra törvényhozás jogát, illetve e tevékenység közben folyamatos alkotmánybírósági ellenőrzés alatt állnak - ezzel az alkotmánybírósági döntések normatív támpontjait rákényszerítik a törvényhozókra - *a bírónál már csak az így igazolt törvényhelyre illetve más normatív támpontokra utalásra szűkül az indokolás kötelezettsége*. Győrfi Tamással szemben tehát én - a reális jogi életre is mutatva - nem hagyom nagyobb mértékben nyitva a jog alkotásának folyamatát a mindenkor újraéledő morális viták számára - már a parlamenti plenáris vitákban a kormánypártok és az ellenzék között is csak nyomokban van ez jelen -, de különösen nem a jog egyedi alkalmazási folyamatát. És épp mert ő nyitva hagyja, tekintem álláspontját a jog átmoralizálásának.

Egy következő megjegyzésével azonban részben egyet kell értenem: a gyakorlat filozófiai irányultság nem jelenti egyszerre azt is, hogy ennek művelője egyben liberális politikai értékek

és érdekcsoportok mellett lenne elkötelezve. Tényleg lehet, hogy a katolikus természetjog híve, vagy kemény piacpárti neoliberális (vagy régebbi amerikai szóhasználat: libertárius) valaki, vagy szociálisan érzékenyebb balliberális. És noha ez már részben túlvisz a tudományon belüli kérdéseken, de a vita kapcsán én is konstatacióan azt állítottam, hogy Győrfi és Bódig esetében a gyakorlati filozófiai beállítódás egyben liberális politikai táborba tartozó nézetek hangoztatását is látszik jelenteni. Ezt a „mérsékelt állam” eszméjéről írt kettős kötet általuk írt részei egyértelműen mutatják. Hogy én miért állok szemben a társadalmi következmények ismerete miatt ezzel az eszmével, az utóbbi évtizedekben az állami szerepvállalás visszametszésének folyamatait ismerve a nyugati civilizációs kör országainak tapasztalatai alapján, azt a „Globális uralmi rend” c. kis kötetemben (Kairosz, 2005) jártam körül (a központi fejezet ebből megjelent a Politikatudományi Szemle 2004/3. számában, amely az interneten elérhető: <http://www.poltudszemle.hu>) Még hozzátenném, hogy az állam mérséklése (társadalmi szervező szerepének visszametszése) melletti kiállás konzekvensen csak úgy képviselhető, ha az elemző egyben az érme másik oldala szempontjából is kifejti felfogását. Ti. a piac szervező szerepének kényszerű bekövetkeztéről ott, ahol az állami-költségvetési szervezés visszalép. Ehhez persze az információk ezreinek-tízezreinek feldolgozása szükséges, és mindezt szektorálisan, a termelési piacon túl a médiapiac, a könyvpiac, az oktatási piac, az egészségügyi piac, újabban a rendfenntartási piac, sőt a katonai szolgáltatások, a háborús szféra piaca, a börtönpiac stb stb. És itt jelzem hogy vitapartnereim piacpártisághoz való viszonya - illetve az ehhez szükséges információtömegben való jártasságuk foka - nem igazán ítélné meg még eddigi írásaik alapján. Pedig aki az állam mérsékléséről beszél, az ezt nem kerülheti meg. Következetes szellemi embereknél e dilemmában expliciten is dönteni kell, még ha nem is kognitív társadalomtudós, hanem normatív gyakorlati filozófusnak vallja magát.

A Győrfi Tamással folytatott vitacikkem megírása után kaptam meg Bódig Mátyás vitacikkét, és végigolvasva ezt, úgy látom, hogy a már megírt anyagom az ő felvetéseire is választ jelent, de egy felvetésére külön reagálni szeretnék. Bódig azt írja, hogy „az általam képviselt módszertani meggyőződések kifejezetten filozófiai megfontolásokon alapulnak (...) Leginkább Pokol Bélánál látható a másik megközelítésmód, amely kifejezetten tartózkodik filozófiai érvek megfogalmazásától”. Ezt a legnagyobb meglepetéssel olvastam, mert én az 1980-as évek elejétől úgy foglalkoztam többek között Parsons-sal, Luhmann-nal és Habermas-sal, hogy az ő elemzésük a valóság, benne a szociális világ alapelemeiről, a szociális lét értelmi felépítettségéről csak korszerűbb folytatója a Hartmann-féle ontológiai létszférák egymásra épülésének, Husserl és, Alfred Schütz társadalmi lét értelmi felépítettségéről szóló stb. elemzéseinek. A modern társadalomelmélet - ilyen absztrakt szinten, ahogy az előbbiek nyomán én is művelni igyekszem -, korunk filozófiai megközelítésének egyikét jelenti. (A filozofálás eltérő stílusairól lásd Karácsony András „Filozófia – társadalomelmélet I., c. könyvének elemzéseit, Rejtjel Kiadó 2005, 2-13 p.). Így a Szociológiaelmélet c. kötetem (lásd legújabb összefoglalását társadalomtudományi trilógiám első köteteként: Századvég 2004) alapvetése egy filozófiai-társadalomelméleti alapvetés, amennyiben a filozófia a lét (jelen esetben a társadalom lét) legelementárisabb elemeit és előfeltevéseit kutatja, mint ahogy azt az „első tudománynak” tennie kell.

Van azonban egy olyan sejtésem, hogy Bódig Mátyás filozófia alatt implicate mást ért, mint én, és tulajdonképpen a normatív látásmódot, a morál- vagy politikai filozófia alapvetését tekinti annak. (A győri konferencián a vitában szóban jelezte is, hogy ő a jogelméletet a politikai filozófiára kívánja alapozni, és az látható, hogy sokszor csúszkál a „politikai filozófia” és a „filozófia” megjelölés között saját elméleti megalapozását és a „kérdése jellegét” illetően). Ekkor tényleg igaza van részben abban, hogy „ettől kifejezetten tartózkodom”, de csak annyiban, hogy a társadalom, a szociális képződmények legelementárisabb működési feltételeit

tudatosan normatív beállítódástól mentesen igyekszem szemügyre venni. Magát a morált és az erkölcsöt azonban az elmúlt hónapokban például egy egész tanulmányban elemeztem, az ezekre vonatkozó elméleti reflexiók és az intézményes működési feltételeik vonatkozásában. (Lásd e tanulmányomat a Jesz egy korábbi számában: <http://jesz.ajk.elte.hu/pokol23.html>). Elemzésem végső megállapításaként a morális kommunikáció mint a differenciálódott és parciális szereptevékenységekre épülő társadalmi világban a *teljes személyiség bevetése* jelenik meg, a mindennapi élet közösségeiben (nemzeti, vallási közösségek, várospatrióták rendezvényei, tömegsport-rendezvények, rock-koncertek tömegegyüttléte, százezres politikai tömeggyűlések stb.) szimbólumokkal, rítusokkal, himnuszokkal, tömeges demonstrációkkal és más közösségi kohéziót biztosító kellékekkel, melyek hozzájárulnak az egyének és a közösségek motivációs energiáinak és identitásának ápolásához, és nem utolsósorban a politikai akaratképzés kereteinek meghatározáshoz. Vagyis a jog alkotásának elő-folyamataiban a politikai demokráciák keretei között, amikor a jogot a milliók által parlamenti többséghez juttatott politikusok alkotják, így a morális dimenzió középponti szerephez jut. (Ezekben a megállapításaimban kifejezetten szembekerülve Luhmann ide vonatkozó elemzéseivel.) A jog és a politika erkölcsi alapjai és a morál dimenziója e két társadalmi szférát illetően így - megítélésem szerint - megfelelő súllyal megjelennek elemzéseimben, noha ezeket is kognitívan figyelem meg. (Ez egyben válasz Sajó András egy velem szemben megfogalmazott kritikájára is, mely szerint én tagadom a jog morális dimenziójának lehetőségét. Lásd Sajó: Bevezető feltevések a magyar jogi és jogtudományi recepció és kreativitás természetéről 2003, internet: <http://zeus.phil-inst.hu/recepcio/7/701.htm>)

Pokol Béla

Előadás a jogelmélet diszciplináris önreflexiójáról

Előadásomban a körbeküldött anyagomat már nem kívánom részleteiben ismertetni, csak néhány főbb megállapítását szeretném itt kiemelni. Rövid előadásomat három fő tézisben szeretném összegezni már a kiindulópontokban: - Először egy átfogó diszciplínaelméleti-kérdést érintek, és jelzem, hogy a tudományos diszciplína és a rá épülő egyetemi tantárgy vagy tantárgyak terjedelmét külön tárgyalva kell meghatározni.

- Másodszor jelzem, hogy a jogtudományokat és az államtudományokat, ezen belül a jogelméletet és az államelméletet elkülönítve látom megfelelőnek.

- Végül harmadik megállapításom az, hogy a jogelmélet diszciplináját a tárgyi-terjedelmi elemzések mellett szociológiailag is vizsgálni kell, vagyis azt, hogy a jogelmélet tényleges művelői milyen ismerettömeggel és milyen tudományterületi kapcsolódásokkal együtt művelik ezt a diszciplínát.

Nézzük e három megállapítást részletesebben:

I tétel. A tudományos diszciplína és a releváns egyetemi tantárgy/tantárgyak terjedelmét külön kell választani ahhoz, hogy megfelelően járjunk el, és e külön választás után a diszciplína határainak tágabb és a releváns egyetemi tantárgyak szűkebb terjedelmét kell megfogalmazni. Ebből adódik, hogy egy tudományos diszciplína több egyetemi tantárgyban előadására kell törekedni.

Más okok kényszerítik ki ugyanis a diszciplína terjedelmének határait, és más okok az egyetemi tantárgyakét. Egy tudományos diszciplína elszakadását alapvetően az kényszeríti ki, hogy a felhalmozódott ismeretek és összefüggések, illetve az ezekre vonatkozó elméleti reflexiók és ezek empirikus tényanyagának tömege szétszakítja azt addigi egységes tudományterületet, és önálló tudományos diszciplínaként leszakít az átfogóbb tudományterületről egy részt. Így a tudományos diszciplína terjedelmét az alapján tudjuk meghatározni, hogy a tudós mentális kapacitásának határait vesszük alapul. Még hozzá az adott korszak átlagtudósának a szintjén - a tömegessé vált tudományos tevékenység szerkezetét szem előtt tartva. Ezzel szemben az egyetemi tantárgy a *diák* (az átlagosan jó diák) mentális kapacitásának korlátaihoz kötött, aki sok-sok tantárgy között sajátítja el az egyes tudományos diszciplína tantárgyát, és számára - szemben az egész életét erre szemtő tudóssal - még az alapösszefüggések megértése a fő cél. A két eltérő mentális kapacitás feszültségére az *egyik válasz* az lehet, hogy egyszerűsítve, didaktikusan és a részletektől, a vitás megfogalmazások teljességétől eltekintve visszük át a tudományos diszciplína egészét egyetlen tantárgyban, a *másik megoldás szerint* a diszciplínán belüli főbb területek és megközelítési módok törésvonalai mellett több tantárgyra bontjuk azt, és az egyszerűsítés kisebb mértéke mellett az eredeti tudományos szinten igyekszünk leadni a diszciplína egészét, persze a tudományos kutatásban megengedhető szétágazáshoz és kifejtésmódhoz képest didaktikusabb tárgyalásban. Ha a tudományegyetemek eszméjét tartjuk a szem előtt, amely egyben a tudomány intézményesítési helyeivé is teszi az egyetemeket, akkor csak a másodiknak jelzett megoldást lehet elfogadni. Persze a több tantárgyra bontásnak is meg vannak a veszélyei, de amíg az adott diszciplína tudósközössége az értékelési-jutalmazási-szankcionálási mechanizmusai révén

ösztönzi az egyes egyetemi tantárgy oktatóit arra, hogy a teljes diszciplína anyagát fogják át tudásukkal, és kutatásaikban is több tárgyat érintsenek ezen belül a tudományos életszakaszuk folyamán, addig ez a több tantárgyra bontás nem jelent nagy veszélyt. És e megoldás előnye, hogy több tantárgyra bontva a teljes diszciplínát teljesebben lehet „bepréselni” a szakma (esetünkben: a jogászság) egészének ismeretanyagába. Am veszélyt is jelenthet ez a megoldás, ha a több egyetemi tantárgyra bontást követi a tudományos tevékenységet végzők erre való beszűkülése is, vagyis a tudományos diszciplína is belső részekre esik szét.

Mindenesetre ezt szem előtt én a Moór Gyula, vagy más szerkezetben Horváth Barna, Szabó Imre és Kulcsár Kálmán átfogó jogelméleti diszciplínáját tartom elfogadhatónak mint tudományos diszciplínát, és ennek több egyetemi tantárgyra bontásának megvalósítását. De az intézményes keretekre figyelve rögtön jelezni kell, hogy mindezt csak egy közös tanszék keretében, azért, hogy a diszciplína széttagolása több tantárgyra ne hozza létre a már jelzett veszély megvalósulását. A diszciplína teljes jogú tagságára csak annak lehet igénye, aki információgyűjtésében, kutatásaiban tudós életének egymás utáni szakaszaiban a teljes diszciplína anyagára törekszik, a belső tantárgyak nem jelenthetnek számára lehatárolódást. Ezt előrebocsátva a jogelmélet egységes-átfogó diszciplínáját három tantárgyra bontva látom legoptimálisabban bevihetőnek az egyetemi tantárgyi rendbe. Az egyiket „*a jog társadalomelmélete*” c. tárgy adná, amely az átfogó társadalomfilozófiák és modern szociológiaelméletek jogra releváns összefüggéseit, belátásait és elméleteit foglalná össze. *Jogi módszertan* c. tantárgy lehetne a diszciplína másik tantárgya, amely a különböző jogfelfogásokat, jogi szemléletmódokat mutatná be, részletes eszméletörténeti anyagon és főként ezek operatív alkalmazási összetevőit a magánjogi és büntetőjogi perek jogfelfogásonként eltérő ítélkezési lépésrendjeiben bemutatva ezeket. De e mellett a különböző jogfelfogásokból következő jogérvényességi, jogértelmezési, jogforrási felfogásokat is ez a tantárgy tárgyalhatná, és mindezeket történeti-összehasonlító alapon egyes korszakokhoz és országokhoz kötve. (Ennél a tárgynál pl. Karl Larenz „*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*” c. monográfiája van előttem, de ezt tematikusan több irányba bővíteni látom szükségesnek.) Végül harmadik tantárgy az „*empirikus jogszociológia*” c. tárgy lenne, amely a jog és a jogrendszer működésének ténykutatásait és az ebből nyerhető általános belátásokat rendszerezné egy didaktikus összefoglalásba.

Láthatóan e három tantárgy más terjedelemmel és súlypontokkal, de követi a jogfilozófia, a jogelmélet és a jogszociológia triászának körvonalait. A főbb eltéréseket ezektől a következők jelentik:

- 1) Amit „*a jog társadalomelmélete*” c. tárgynál módosítottam a jogfilozófiához képest, az azt veszi figyelembe, hogy az átfogó modern társadalomelméletek léptek a legautentikusabban a régi társadalomfilozófiák releváns kérdéseinek az elemzési pozícióiba, és így ezek kérdésfeltevéseit és fogalmi kereteit helyezném e tárgyba. (Tudom, hogy lesz, aki ezt vitatja, és a politikai filozófiának nevezett morálfilozófiákra alapozott jogelméletet tenné e helyébe.)
- 2) A hagyományos triászban a jogelmélet hagyományos témáihoz és elnevezéséhez képest pedig a jogfelfogások operatívabb tárgyalására törekvő „*jogi módszertan*” elnevezést és tematikát preferálnám.
- 3) A jogszociológia helyett az „*empirikus jogszociológia*” elnevezés pedig azt a kettősséget küszöböli ki, amely a szociológiai jogelmélet és az empirikus szociológia súlypontkülönbségében már régen megjelent. Mivel a „*jog társadalomelmélete*” c. tárgy már tartalmazná az átfogó szociológiaelméletekből következő jogelméleti következményeket, itt elég lenne a sokkal konkrétabb szinten mozgó empirikus jogszociológiai ténykutatásokat és az ebből első fokon általánosítható összefüggéseket tananyagba foglalni.

Bár látni kell, hogy az átfogó diszciplinán belül eltérő súlypontok a kutatásban legitimek lehetnek, de azt, hogy valaki egy életen át csak az egyikre szakosodjon, és a többit csak a végzett joghallgató szintjén ismerje, nem tartom elfogadhatónak. Ugyanis radikálisan csökken annak a jogtudományi minősége, aki egyik irányban pusztán csak „filosz” módjára űzi a jog társadalomelméletének kutatását, vagy a másik irányba leszűkülve pedig az, ha empirikus jogszociológiai vagy joggyakorlati munkát végezve alakít ki jogelméleti elemzéseket. Az elsőben, a „filoszos” beszűkülésben a joggal összefüggő fogalmak pusztán szavakká silányodnak, és a működő jogi gépezetek ismerete nélkül jórészt használhatatlan az ilyen elemzés, a második esetben pedig a az átfogó összefüggések észlelése marad el. Ezért a diszciplinánk belső értékelési mechanizmusainak gátolni kellene ezeket a beszűküléseket, és a teljes diszciplína művelése felé kellene ösztökélni a tudományos közönségünket. A súlyos gond az erre való törekvésben az, hogy a mai jogászképzésünk mind „lefelé”, a jog gyakorlati működése felé szegényes ismerteket ad a végzett diákjainknak, mind „felfelé”, az átfogó filozófia és társadalomelméleti szintet illetően keveset ad. Így a kezdő jogelméleti kutatókat mind a két irányba ösztönöznünk kellene a pályára lépés utáni első években, persze időbeli sorrendet adva a két eltérő irányban való elmélyedésnek. De a frissen végzetteknek tudniuk kell, hogy „nincsenek készen” akkor, amikor belépnek a jogelmélet kutatásának közösségébe.

II. tézis. A jogtudományokkal összefogott államtudományok és a jogelmélettel összefogott államelmélet csak az államközpontú jogfelfogások miatt terjedtek el, ahol az ezeket támogató politikai erők az adott országban és korszakban dominánssá tudtak válni, elsősorban az 1800-As évek második felében az osztrák területeken és az általuk befolyásolt részeken, illetve a szovjet államszocializmus ezt vitte tovább. Ha el is ismerjük, hogy végső fokon minden összefügg mindennel, a tudományos kutatások és az erre épülő egyetemi tantárgyak rendjében helyesebb a szétválasztani ezeket.

Mivel a jelen vizsgálódásunk a jogelmélet (jogfilozófia, elméleti jogszociológia) diszciplináris kérdéseire összpontosul, az állam tudományos vizsgálatának helye és ezen belül az államelmélet oldaláról a diszciplináris határok kérése csak mellékesen - a jogelmélettel kapcsolódásban - fontos számomra, így részletesen nem megyek bele ennek elemzésébe. Mint láttuk a jogelméletet illetően a lehető legszélesebb diszciplína-terület tűnik optimálisnak. Ha ugyanezt a stratégiát az államtudományok és az államelmélet oldaláról gondoljuk át, akkor ott is a széles diszciplináris határokat, és a politológia illetve az általános társadalomelmélet belátásainak szisztematikus bevonását e tárgy művelésébe, nem is beszélve az alkotmányjog és az alkotmányjogtörténet legrészletesebb bevonásáról e tárgy kutatásába.

Az egységes-átfogó jogelmélet három tantárgyra bontásának szempontjai a hasonlóan tág egységes államelméleti diszciplína tantárgyi megbontásának végig vitelére is irányadók lehetnek. Mindenesetre, ha az államra vonatkozó tudományok főbb kapcsolódásait kell említeni, akkor az állam mint szervezet megértésére az *általános szervezetelmélet* (részleteire a szervezetszociológia) nevezhető meg; mint a politikai erők küzdelmeinek tárgya és eszköze a *politikatudomány és a politikaelmélet* (részleteire a politikai szociológia) jön be a képbe; és mint a társadalom strukturális része a *modern társadalomelméletek* belátásai jönnek számításba, mindezt elmélettörténeti és eseménytörténeti részletekkel együtt kell az államtudományok művelőinek kutatni.

III. tézis. A jogelméleti diszciplína elemzését az előbbi tárgyi-terjedelmi elemzés mellett szociológiailag is el kell végezni, melynél a fő szempont az, hogy miként művelték illetve művelik ezt az ezzel foglalkozók? Milyen határokat szabnak tudományos tevékenységükben

ténylegesen, egyrészt belső motivációk által hajtva, de másrészt az intézményes kényszereket is tekintve - értve ez utóbbi alatt a tudományos életben kialakult intézményes kereteket és kényszereket.

Itt a legfontosabb kérdéseket három irányban lehet megfogalmazni:

1) Az egyik arra vonatkozik, hogy mennyiben szakad el az egyetemi jogász tevékenysége a gyakorlati jogásztól és ez két irányba is fontos.

1/a) Az egyik kérdési irányt itt az jelenti, hogy az egyetemi végzés után van-e kötelező gyakorlati jogászi szakasz a később egyetemi jogásszá váló jogtudós szocializációjában, vagy ezzel szemben az egyetemi végzés után rögtön kezdődik az egyetemi jogászi karrier, minden közbeiktatott gyakorlati jogászi szocializáció nélkül.

1/b) A másik kérdésirány ennél az, hogy az egyetemi jogászi (oktatói és/vagy kutatói) tevékenység mellett van-e párhuzamosan rendszeres bekapcsolódás a gyakorlati jogi életbe valamilyen formában (pl. bírói tevékenység ellátásával, ügyvédi tevékenység folytatásával, esetleg rendszeres szakértői munka végzésével a jogalkotási-kodifikációs folyamatokban stb.)

2) A következő kérdés arra irányul, hogy a jogelmélet (jogfilozófia, elméleti jogszociológia) művelését kizárólag erre szűkíti-e le az ezzel foglalkozó, vagy ezzel szemben - belső motivációtól hajtva és/vagy intézményesen kényszerítve - ezt valamelyik tételesjogi terület, vagy a római jog, esetleg a jogtörténet, az összehasonlító jog művelésével együtt végzi, legalább a tudományos pályának egy rövidebb-hosszabb szakaszán vagy mindvégig?

3) Végül harmadik kérdés, hogy másik irányba, az általános filozófia vagy társadalomelmélet felé rendszeresen összekötve történik-e meg a jogelmélet (jogfilozófia) művelése, vagy ettől is elszakítva?

Ad 1. Az első kérdés tehát az egyetemi jogász szocializációjában a gyakorlati jogi élettel való összekapcsolódást vagy ettől elszakadást érinti. Itt az egyik pólust az amerikai jogi élet jelenti, ahol a tradíció az, hogy néhány évre mindenkinek ki kell menni a gyakorlatba, és csak ezután kerülhet vissza egyetemi oktatóként. Igaz újabban - épp a mi területünkön - már vannak kivételek, és Harry T. Edwards professzor 1992-es cikkében panaszolja a „law and”-mozgalmak (literature, economics stb.) elburjánzását elemezve, hogy „már vannak olyanok, akik rögtön egyetemi oktatóvá válhatnak e tárgyakban, és az egyetemi padokból kikerülve kezdenek oktatni” (lásd Edwards 1992). A fő szabály azonban itt ma is a néhány éves gyakorlati jogászi szocializáció utáni elméleti jogászi pályafutás. A másik kérdésirányra - az egyetemi jogászok mellett a gyakorlati jogi életben való párhuzamos tevékenykedés kérdésére - Klausa könyvében vannak adatok. E szerint - egy 1978-as felmérés adatai alapján - az Egyesült Államokban az egyetemi oktatók majd háromnegyede (72,4%) rendelkezik gyakorlati mellékfoglalkozással, elsősorban ügyvédi irodában tevékenykedve, vagy bíróként. Ugyanez a németeknél csak 20%-os arányt ér el (Klaus 1981:151-160). Persze a németeknél emlékeztetni kell arra, hogy a kétfokozatú képzésük révén az összes joghallgató a második államvizsga letétele előtt két évet a gyakorlati jogi életben tölt ügyvédi irodákban, bíróságokon bírák mellett, majd ügyészek mellett, egymás után körbe járva a nagy jogászi szakmákat, így bizonyos gyakorlati jogászi szocializációt minden joghallgató kap. De említeni kell a németeknél, hogy formális ügyvédi vagy bírói tevékenység vállalása nélkül is van rendszeres visszakapcsolódás a peres eljárásokba az egyetemi jogászok számára, mert majd minden bonyolultabb és

jelentősebb ügyben szakértői véleményt kérnek az adott téma nevesebb jogászprofesszorától, és ennek súlya van az ítélet kialakításánál (lásd Drosdeck 1989:100-107).

Ha az erős összekapcsolódásban a pólus végén az amerikai egyetemi jogászok voltak, és valahol a középben a németek akkor a magyar egyetemi jogász - legalábbis az utóbbi félévszázadban - fő szabály szerint a pólus másik végén helyezhető el, amely a gyakorlati jogi élettől való teljes izolálódást mutatja. Még a tételes jogot oktató egyetemi jogászok nagyobb része is egyből az egyetemi padokból vált oktatóvá, és inkább kivételt jelent az, aki előtte ügyvédkedett, vagy bírói kinevezést is kapott. Ugyanígy az egyetemi oktatói tevékenység mellett a mellékfoglalkozásként űzött gyakorlati jogász tevékenység is kivételt jelentett. Nem vitás azonban, hogy ebben változás állt be a rendszerváltás óta - alapvetően a pénzügyileg csábító jogtanácsosi és ügyvédi tevékenység felfutásának vonzása miatt, de azért is, mert az ügyvédi kamarák korábbi zártságát törvényileg felnyitották azóta, és lehetővé vált az ide beözönlés azoknak is, akik fél-részben az egyetemen is oktatni akarnak. Ezt alapvetőnek kell tekinteni az egyetemi jogász érdemi munkája számára, mivel joghallgatóként az oktatásban csak minimális gyakorlati joggal való érintkezésre van lehetősége a magyar diáknak, és szinte „bölcsezmódra” pusztán csak könyvből és „papírból” oktatva kap jogi diplomát.

Ad 2. A második kérdésünk az volt, hogy a jogelmélet művelői az egyes országokban valamelyik tételes jogi diszciplínával együtt vagy ettől elkülönülve folytatják a jog általános kérdéseire irányuló tevékenységüket? Itt az erős összefogás pólusán feltehetően a németeket kell elhelyezni, ahol önálló jogelméleti vagy jogfilozófiai tanszékek sincsenek, és vagy a magánjoggal, a büntetőjoggal, vagy valamelyik eljárási joggal, esetleg a összehasonlító joggal összefogva vannak jelen ezek, és az itteni professzorok is - az interneten a német egyetemi kurzusokat böngészve - láthatólag a szűkebb jogelméleti tematikán túl is indítanak szemináriumokat. De itt már a klasszikusoknak számító régi nagy nevek is - pl. Karl Larenz, Josef Esser, vagy Karl Engisch - egyben a magánjog professzorai (illetve az utóbbi a büntetőjogé) voltak, és átfogó monográfiákat írtak ezen a területen is, nem is beszélve Hugo, Savigny vagy Jhering tevékenységéről, akik egyben a római jog és a magánjog professzorai is voltak. Az amerikai jogelmélet (vagy az ottani szóhasználattal: „jurisprudence”) nagy nevei majd mind vagy szövetségi bíróként vagy más gyakorlati jogászként tevékenykedik egyetemi jogtudósi munkája mellett, és ez a legmélyebben összekapcsolja őket a tételesjogi dilemmákkal. De itt a jogi diploma utáni kiemelkedő karrier első állomásának számító „clerk”-tevékenységet is említeni lehet, melyet a fő szabály szerint a később nagy nevekké váló professzorok rendszerint valamelyik szövetségi felsőbíróságon levő bíró mellett töltenek el, vagy akár a legfelsőbb szintű bírák mellett. (Például Posner az 1960-as évek elején Brennan bíró mellett volt clerk a szövetségi Legfelsőbb Bíróságon, és ugyanekkor Dworkin Learned Hand bíró mellett.)

Ha a magyar jogelmélet művelői felé fordulunk, akkor azt lehet látni, hogy itt nemcsak a gyakorlati jogász tevékenységtől való elkülönülést és az egyetemi padokból közvetlenül oktatóvá válást lehet látni, hanem fő szabály szerint a tételes jogtól is a teljes elszakadás a jellemző, és ezt intézményesen is rögzítik az ezektől különálló tanszékek szervezetei. Ez a magyar szerveződési minta (és a volt kelet-európai szocialista országokban talán ez a minta általában is) azonban azt is jelenti, hogy a minimális gyakorlati jogi tudást tartalmazó joghallgatói szocializáció után - lassanként elfeledve az akkor tanult tételesjogi részleteket is - az izolált jogelméleti/jogfilozófiai kutató a lehető legtávolabb kerül a reális jogi folyamatokkal való érintkezéstől. Így felmerül a kérdés, hogy *mennyire lehet komolyan venni egyáltalán a gyakorlati jogászok felől az ilyen két lépcsőben is elszakadt jogelméleti elemzéseket?!*

Ad 3. Végül harmadik kérdésünk az volt, hogy ha már a tételesjogtól el is szakad a jogelmélet művelője, akkor legalább összeköti-e az átfogó filozófia vagy társadalomelméleti kutatással diszciplínája művelését? Ez a vonal inkább jellemző az európai kontinentális jogelméleti/jogfilozófiai tevékenykedőkre, mint az amerikaiakra, és különösen a németeknél ez több neves jogelméleti professzornál megfigyelhető. De nálunk is Moór Gyula és kisebb mértékben Horváth Barna esetében a rendszeres tájékozódás, és a jogelméletnek az általános filozófiai és társadalomelméleti kérdésekkel való együttes művelése volt a jellemző. Ahogy én látom a mai magyar jogelméleti kutatóinkat illetően még viszonylag ebben az irányban lehet a legkevesebb kifogást felvetni.

Szabadfalvi József

A jogbölcselet tárgyának meghatározása a hazai neokantiánus jogi

gondolkodásban

A jogbölcseleti gondolkodás sajátos önreflexiója kutatási tárgyának pontos meghatározása. Az elmélettörténeti vizsgálódások arra engednek következtetni, hogy a XIX. század közepéig e tekintetben valódi tudatosság, átgondoltság nem jellemezte a jogfilozófusokat. Természetesnek vették, hogy a jogról szóló „bölcselet” a jog jelenségvilágának legáltalánosabb kérdéseire vonatkozik és ki-ki minderről elmondta, leírta a maga véleményét, ezzel megalkotva saját jogbölcseletét.

Az elmúlt századfordulón az európai jogi gondolkodás válaszüthöz érkezett. A XIX. századi klasszikus kontinentális pozitivisták irányzatok kifulladását, illetve a történeti jogi iskola, főképpen német ágának végleges háttérbe szorulását követően, a még jelenlévő, de sporadikus hatású érdekkutató irányzat mellett a kontinentális jogbölcseleti gondolkodásban paradigmaváltásnak lehetünk tanúi, aminek eredményeképpen kialakult a neokantiánus jogfilozófia. Egy olyan új irányzat(-család) jött létre, amelynek sikerült a jogbölcseletet egészséges kritikai szellemmel és módszertani gondolkodással megtölteni, mellyel majd' fél évszázadra tematizálta a tudomány szak vizsgálódási problémáit.

A kontinentális jogfilozófiai gondolkodásban RUDOLF STAMMLERt (1856-1938) tartják az új jogbölcseleti reneszánszt eredményező neokantiánus jogbölcselet □ vagy ahogyan a századfordulón előszeretettel nevezték a hazai szakirodalomban: a „modern észjogi iskola” □ megalapítójának.¹ Stammler felfogásának újszerűsége □ amellyel sokak szerint a jogi gondolkodásban „kopernikuszi fordulatot” hajtott végre □, hogy a jog „tisztá” formáinak és fogalmainak keresésével a jogbölcseleti vizsgálódást ki kívánta szabadítani a tételes pozitív jog fogságából. E megközelítésben erőteljesen visszaköszön Kant felfogása, miszerint a transzcendentális (jog)filozófia nem foglalkozik a tapasztalat tényeivel. Úgy vélte, hogy a formális jellegű, általános érvényű, tapasztalattól mentes, „tisztá” jogi fogalmak kidolgozása a jogfilozófia legfőbb feladata, mivel a „jogi gondolkodás tiszta formái” teszik lehetővé a jogtudomány számára, hogy a változó jogi tartalom mellett állandó fogalmakat használjon.

Stammler munkásságának legfőbb érdemeként tartják számon, hogy a nevéhez fűződik „az első nagyszabású kísérlet a jogbölcselet problematikájának a tudatosítására.”²

¹ A hazai jogi szakirodalomban Stammlerról, mint a „modern észjogi iskola” legfőbb képviselőjéről a legelső átfogó ismertetést □ kitérve a jogfilozófia vizsgálódási köreinek bemutatására □ Finkey Ferenc vaskos monográfiájában olvashatunk. Vö. Finkey Ferenc: *A tételes jog alapelvei és vezéreszméi*. I. köt. *Bevezetés és a jogbölcselet kifejlődésének története*. Budapest, 1908, Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 245-263. o.

² Vö. Ruber József: Hozzászólás Moór Gyula „Jogfilozófia” című előadásához a Magyar Filozófiai Társaság vitaülésén 1942. december 1-én. *Athenaeum*, 29 (1943) 2, 165. o. (Stammler eszmetörténeti jelentőségéről írt további Ruber tanulmányok: Stammler Rudolf. *Társadalomtudomány*, 6 /1926/ 2, 125-127. o.; Stammler Rudolf eszmetörténeti jelentősége. *Katolikus Szemle*, 34 /1922/ 8, 470-478. o.)

Ennek kapcsán a jogbölcselet három megoldásra váró kérdését, vagy másképpen fogalmazva, vizsgálódási körét különböztette meg, mellyel megalapozta az elmúlt századfordulón az új fajta szemléletmódot. A jogfilozófiai problémák tudatos számbavétele és bemutatása során a rendszeralkotás igénye hatotta át felfogását, mellyel mintául szolgált a neokantiánus jogbölcseleti paradigma mentén tájékozódó jogtudósok számára. Stammler a jogfilozófia megoldásra váró kérdési közül elsőként említi □ a jogbölcselet örökzöld problémájaként □ a jog fogalmának meghatározását, melyet oly módon kívánt megalapozni, hogy más társadalmi normafajtáktól (erkölcs, konvenció, hatalmi parancs stb.) igyekezett fogalmilag elhatárolni. A jog fogalma szerinte olyan rendezési módszer, amelynek segítségével a változó tartalmú jogszabályokat „jogként” összefoglalhatjuk. A második kérdéskör, amellyel a jogfilozófia foglalkozik, nem más, mint □ a századforduló aktuális társadalomtudományi vitáinak egyik központi problémája □ az anarchizmussal folytatott diskurzus következményeként fölvetett kérdés, vagyis a jog szükségességének az indoklása. Ezt természetesen a jog fogalmi meghatározásának előfeltételeként is lehet vizsgálni □ miként Stammler maga teszi □, hiszen csak akkor van értelme a jogot definiálni, ha léte objektív társadalmi szükséglet. Végül, de nem utolsó sorban a jogbölcseleti vizsgálódások harmadik terrénusaként beszél a jogi tartalom helyességének, a jog ideájának a megállapításáról. Úgy véli a helyes jog eszméje □ mely nem lehet semmiféle „észjog” □ csak egy sajátos formai zsinórmérték a történetileg változó jogszabályok helyességének a megítélésére. Stammler e három kérdéskör alapos elemzésével „teljes” jogbölcseleti rendszert kívánt kidolgozni. A neokantiánus gondolkodók általában a jog fogalmának és helyességének vizsgálata tekintetében követték

mesterüket, míg az anarchizmussal kapcsolatos elméleti okfejtéseit nem tekintették a jogbölcselet kardinális problémájának.

A magyar jogbölcseleti gondolkodásban SOMLÓ BÓDOG (1873-1920) – a nagyváradi jogakadémia, majd a kolozsvári egyetem jogfilozófia professzora – volt az a jogtudós, akinek életműve révén lehetővé vált a korábbi fejlődésbeli fáziskésés fölszámolása és az ez idő tájt élenjáró neokantiánus jogfilozófiai gondolkodás hazai megalapozása. Somló pályája a naturalista (természettudományos) pozitivizmus és az evolucionizmus gondolatiságának jegyében indult, melyből főképpen Stammler hatására □ a XX. század első évtizedének közepétől □ a neokantiánus szemléletmód akceptálásával megteremtette a magyar jogbölcseleti gondolkodás eddigi legprosperálóbb korszakát. Míg korábban a jogfilozófia és a jogszociológia közé egyenlőségjelet tett, addig a neokantiánus felfogásnak megfelelően ekkortól már elválasztotta egymástól a jog vizsgálatának e két területét. Ennek az időszaknak az eredményei alapozták meg Somló tudományos hírnevét jogfilozófusként idehaza és főleg német nyelvterületen.

Pozitivisták korszakának legjelentősebb jogfilozófiai tárgyú könyve az 1906-ban megjelent kolozsvári egyetemi *Jogbölcseleti előadásai*³, melyben megkülönbözteti a

³ Somló Bódog: *Jogbölcseleti előadások*. (Kézirat gyanánt) 1. füzet. Kolozsvár, 1906, Sonnenfeld. (Ezt megelőzően született első összefoglaló – bár ismeretterjesztő jelleggel írt – kis könyvében egyértelműen a szociológiai pozitivizmus szellemében mutatja be a jogfilozófia aktuális problémáit. Vö. Somló Bódog: *Jogbölcselet*. Pozsony – Budapest, 1901, Stampfel.)

jogbölcseletet mint „tisztá”, és mint „alkalmazott” (normatív) tudományt. A tiszta tudományként felfogott jogbölcselet „feladatai” között négy „fő kérdést” említ: (1) hogyan jött létre a jog (a jog keletkezése, illetve okainak vizsgálata); (2) miben nyilvánul meg a jog hatása (a jog következményeinek kutatása); (3) a jog eddigi fejlődésének szabályszerűségei (a jogfejlődés tendenciáinak vizsgálata); végül, (4) e fejlődési tendenciákból a jövőendő jogára való következtetés (a jog fejlődésének perspektívái).⁴ E kérdéskörök részletesebb tárgyalásakor egyértelműen az általa később (szociológiai) pozitivistának nevezett szemléletmód alapján indokolja álláspontját. Mindazonáltal nevezhetjük a „tisztá” tudományként felfogott jogbölcseletet neokantinus értelemben a jog előfeltételeinek meghatározására irányuló vizsgálódásnak. A mű első részében további, a neokantiánus szemléletmód jelenlétére utaló jellemzőkkel találkozunk. Így a Stammlertől eredeztethető fogalmi tisztázás során a jog, az erkölcs, a konvenció, illetve a vallási normák összehasonlító elemzését is elvégzi.⁵

A stammleri tematizálás valójában ezt követően válik igazán szembeszökővé. Amikor Somló a jogbölcseletről, mint alkalmazott (normatív) tudományról beszél, akkor voltaképpen a nem sokkal korábban Stammler által kifejtett „helyes jog” gondolatával szembesülünk⁶, habár ekkor még a jól ismert benthami formulával véli objektív módon

⁴ Uo. 8. o.

⁵ Uo. 35-39. o.

⁶ Stammler vonatkozó fő művére (*Die Lehre von dem richtigen Rech.* Berlin, 1902.) való Somló hivatozást lásd: Somló Bódog: A jog értékmérői. *Husadik Század*, 11 (1910) 7, 7-9. o.

igazolni a jog helyes célját.⁷ A legteljesebb összhang azonban a neves berlini és az ekkor még nemzetközileg alig jegyzett kolozsvári kolléga között a jog helyessége előfeltételeként a jog szükségességének az igazolása kérdésében fogalmazódott meg. Bár csupán néhány bekezdés erejéig foglalkozik Somló az anarchizmus problémájával, mégis egyértelműen kicsengnek érveléséből az ismert stammleri gondolatok, amikor az ember természetének antiszociális elemeire hivatkozva indokolja meg a jog képében megjelenő kényszerszabályozás szükségességét, sőt kikerülhetetlenségét.⁸

Somló 1911-ben egy korabeli német jogfilozófiai kongresszuson elhangzott előadásában teszi nyilvánvalóvá a jogbölcselet vizsgálódási problémáinak kifejtésekor a stammleri kiindulópont teljes elfogadását, ezzel megalapozva a neokantiánus paradigma hazai elterjedését.⁹ A szociológia és a jogfilozófia viszonyáról írt munkájában – melynek külön érdekessége, hogy a folyóiratban Somló tanulmányát Ferdinand Tönnies ugyanezen

⁷ Vö. Somló Bódog: *Jogbölcseleti előadások...* 105-121. o.

⁸ Uo.126. o.

⁹ Felolvasta az „Internationale Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie” II. kongresszusán, Darmstadtban, 1911. június 8-án. (Vö. Moór Gyula: Somló Bódog. *Társadalomtudomány*, 1 (1921) 1, 35. o.) Előadása később nyomtatásban is megjelent: Vö. Somló Bódog: Das Verhältnis von Soziologie und Rechtsphilosophie, insbesondere die Förderung der Rechtsphilosophie durch die Soziologie. *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 4 (1910/11) 4, 563-569. o. (Magyarul: A szociológia és a jogfilozófia viszonya és különösen a jogfilozófia támogatása a szociológia által. In: Varga Csaba /szerk./: *Jog és filozófia. Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből*. Budapest, 1981, Akadémiai Kiadó, 179-183. o.)

tárgykörben közzétett írása követi – végleg szakít korábbi szociológiai pozitivista megközelítésével, s a jogfilozófia két „kérdéskomplexumát” különbözteti meg. Az egyik a „Mi a jog?” kérdését állítja középpontba, vagyis a jog lényegét keresve, annak definícióját próbálja megadni, mely „egyszerűen a jog lényegéből adódik.”¹⁰ (Somló itt még nem használja a jogi alaptan kifejezést.) A másik nagy kérdéskör – amellyel a jogfilozófia foglalkozik – a „jog értékelésének területe”, vagyis a jog helyességének problémája. Úgy véli a jog értékességét illetően a jogfilozófia nem adhat konkrét útmutatást, csupán egy „általános módszert” szolgáltathat a vizsgálódó számára. Ennek kapcsán két veszélyre hívja fel a figyelmet. Egyrészt el kell kerülni a természetjogi szemléletmódban rejlő változatlan érvényű jogtételek okozta csapdahelyzetet, másrészt a jogfilozófiai értelemben vett helyes jogot el kell határolni a „jogpolitikától”, mely az itt és most helyes jogi tartalommal foglalkozik.¹¹ Somló egyébként más módos is hitet tesz a klasszikus neokantiánus paradigma mellett, amikor azt állítja, hogy a szociológia a maga kauzális alapú ténykutatásával nem lehet segítségére sem a jog fogalmi meghatározásának, sem a helyes jog mértéke megállapításának, mivel a jog világában oksági összefüggések nem értelmezhetők.¹²

¹⁰ Somló Bódog: A szociológia és a jogfilozófia viszonya... 180. o.

¹¹ Uo. 181. o. (Az 1917-es *Juristische Grundlehre*-ben megismétli ezt a kijelentését, mindazzal kiegészítve, hogy a jogpolitika gyakran a tételes jogtudományokkal „összevegyülve”, annak kifejtése során jelenik meg.)

¹² „A szociológia és törvényei általános érvényessége a történet általános érvényessége, míg a jogfilozófia általános érvényessége annak az általános érvényessége, aminek történnie kell.” (Uo. 181-182. o.)

A neokantiánus fordulat igazi beteljesedése és – tragikus halálának következtében – egyben végkifejlete az 1917-ben publikált *Juristische Grundlehre* című terjedelmes monográfiájában öltött testet.¹³ Tudományelméleti bevezetőjében a jogbölcselet három értelmezési csoportjáról szól. Így megkülönbözteti a Bergbohm, Kelsen, Merkl nézeteire való utalással „a jogi alaptanhoz hasonló tudomány” értelmében művelt jogfilozófiát, a Stahl, Radbruch, Lask féle „jogi értéktanként”, vagyis „helyes jogról szóló tanként” interpretált jogbölcselettől, melyek csupán egy-egy konkrét kérdéskör tárgyalására szűkítik vizsgálódásukat. Ezekkel szembeállítja – Stammlerre hivatkozással – a jogi alaptant és a jogi értéktant egyaránt felölelő saját felfogását.¹⁴

Monográfiájában – miként címe is mutatja – jogi alaptanát fejti ki, ahol kiindulópontként megkülönbözteti egymástól a „jogtartalmi” (jurisprudencia vagy tételes jogtudományok) és a „jogi formáról” szóló jogtudományokat.¹⁵ Somló művének legfőbb célja, hogy a jog □ tartalmától független □ a priori fogalmának és fogalmi elemeinek analitikus elemzését végezze el, amelyek minden jogszabály jogi mivoltának

¹³ Somló Bódog: *Juristische Grundlehre*. Leipzig, 1917, Verlag von Felix Meiner. (Második kiadás: 1927, újranyomva: Aalen, 1973, Scientia Verlag.) A szerző saját maga által készített kivonata: *Jogbölcselet. Somló Bódog egyetemi ny. r. tanár Jogi Alaptan című műve nyomán*. Budapest, 1920, Grill Károly Könyvkiadója. (Újabb kiadás: *Jogbölcselet. A Juristische Grundlehre kivonata*. Miskolc, 1995, Bíbor Kiadó.)

¹⁴ Somló Bódog: *Juristische Grundlehre...* 13-16. o.

¹⁵ Somló Bódog: *Jogbölcselet...* 1920, 1. o.

szükségképpen formális előfeltételei. Úgy véli, hogy a tételes jogtudományoknak feltétlenül szükségük van a „jog fogalmában rejlő valamennyi elem pontos kidolgozására”, mert ezek nélkül nem képesek kielégítően elvégezni saját feladatukat, a jogszabályok tartalmának rendszerbe foglalását. A jog lényegét tehát nem tudjuk feltárni a tételes jogtudományok „anyagából”, vagyis a jogszabályok tartalmából. Azokat az igazságokat, amelyeket a jogra nézve Somló szerint megállapíthatunk a „jogtudomány alaptanainak” (*Grundlehren der Rechtswissenschaft*), az ezekben adott alapvető fogalmakat „jogi alapfogalmaknak” (*Juristische Grundbegriffe*), illetve a tanok rendszerét „jogi alaptannak” (*juristische Grundlehre*) nevezzük.¹⁶ Művének lelkes fogadtatása később Somlót arra ösztönözte, hogy hasonló alapossággal – túllépve korábbi kísérletén¹⁷ – jogi értéktanát is kidolgozza. Ennek előfeltételeként hozzálátott egy önálló filozófiai ismeretelméleti alapvetés megírásához, melyre a későbbiekben fel lehetett volna építeni egy tudományosan megalapozott jogi értéktant. Korai halála azonban megakadályozta vállalt feladatának elvégzését. Hátramaradt kézírata 1926-ban töredékes formában jelent meg.¹⁸

¹⁶ Somló Bódog: *Juristische Grundlehre*... 6-8. o.

¹⁷ Vö. Somló Bódog: *Masstäbe zur Bewertung des Rechts. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 3 (1910) 508-522. o.; A jog értékmérői. *Husadik Század*, 11 (1910) 1-14. o.; A helyes jog. *Uo.* 390-395. o.; Még egyszer a helyes jogról. *Uo.* 12 (1911) 71-73. o.; Újból a helyes jogról és egy helytelen cikkről. *Uo.* 334-346. o.; Kauzális vagy normatív ethika? In: *Alexander Bernát emlékkönyv*. Budapest, 1910, 125-130. o.; Az érték problémája. *Athenaeum*, 22 (1911) 2, 84-113. o.; *A helyes jog elméletéről*. Kolozsvár, 1914.

¹⁸ Somló Bódog: *Gedanken zu einer ersten Philosophie*. Berlin – Leipzig, 1926, Walter und Gruyter □ Co.

A hazai neokantiánus gondolkodás fősodrának alig ismert képviselőjéről, TEGHZE GYULA (1867-1939) debreceni jogakadémiai, majd később egyetemi tanárról is szót kell ejtenünk e helyütt. Somló kortársaként hasonló – bár jelentőségében sokkal szerényebb – szakmai életút jellemezte pályáját.¹⁹ Az elmúlt századfordulón még a spenceri szociológiai pozitivizmus szellemében vizsgálódott, majd – Somlóhoz képest pár éves késéssel – a neokantiánus szemléletmód megjelenésével találkozunk írásaiban. Így elsőként *A jogbölcselet vizsgálódási köre, feladatai, módszere*²⁰ címmel 1910 elején megjelent írásában a jog(- és állam)bölcselet kutatási területeit meghatározva elsőként „a jogra vonatkozó megismerés alapjairól”, majd „a jog fő elveiről” ír, melyek segítenek meghatározni, hogy valójában mi a jog. A jogbölcselet másik fontos kérdéseként a jog eszményének (világképének) a meghatározásáról szól, melyet a jog- és állambölcselet „gyakorlati feladatának” tekint. Mindezek tanulmányozásával Teghze szerint a jogbölcselet túl megy a pozitív tudás határán, mivel célokat, eszményeket tűz ki a jog számára, s azokat a későbbiekben vizsgálódásai során „helyesnek”, jónak tekint.

¹⁹ Vö. Szabadfalvi József: Két korszak határán: Teghze Gyula jog- és állambölcseleti munkássága. In: *Publicationes Universitatis Miskolcensis. Sectio Juridica et Politica*. Tom. XXII. Miskolc, 2004, Miskolc University Press, 141-157. o.

²⁰ Tegze Gyula: *A jogbölcselet vizsgálódási köre, feladatai, módszere*. (Tanári székfoglaló) Klny. A debreceni főiskola 1909-10. tanévi akadémiai évkönyvéből. Debrecen, 1910.

Másfél évtizeddel később, az 1924-ben közzétett *Társadalom-, állam- és jogbölcselet*²¹ címen tankönyvnek szánt monográfiájában már a neokantiánus szellemiség válik egyértelműen uralkodóvá.²² Meghatározása szerint „a társadalom, állam és jog bölcselete... a társadalom, állam és jog fogalmát... lényegét, összefüggését más jelenségekkel... fejt ki, [valamint a] helyes jognak és igazságos államnak a tana.”²³ A diszciplína felosztása és tárgyalási módja kapcsán elméleti és gyakorlati problémák megkülönböztetéséről szól. Míg az „elméleti tanok” a jelenségek megismerését, azok lényegének kifejtését, illetve más jelenségekkel való kapcsolatát tárgyalják, addig a „gyakorlati rész” az előző megállapítások következményeit az igazságos államra, illetve a helyes jogra vonatkozóan állapítja meg.²⁴ Az elméleti, vagy ahogyan a könyv alcímében is nevezi „alapvető tanok” tárgyalása során az alapfogalmak meghatározásakor a jog fogalmát – követve a korszak meghatározó, neokantiánus módszertanát –, más társadalmi normákkal (szokás, erkölcs, vallás stb.) összevetve definiálja. Teghze már e művében hivatkozik az elméleti tanok mellett az „alkalmazott (gyakorlati) rész, a tökéletes (tiszt)

²¹ Teghze Gyula: *Társadalom-, állam-, és jogbölcselet*. I. köt. Alapvető tanok. A társadalom, az állam és jog elmélete. Debrecen, 1924.

²² Könyvének bevezetőjében megjegyzi, hogy örömeire szolgálna „ha az újabban, az összes jogtudományok alapját alkotó jogbölcselet iránt mind külföldön (Radbruch, Kelsen, Stammler), mind hazánkban (Somló, Moór) mutatkozó érdeklődés fenntartásához munkámmal én is némileg hozzájárultam volna.” (Uo. V. o.)

²³ Uo. 3. o.

²⁴ Uo. 23-24. o.

állam, a helyes, az igazságos jog” kérdésével foglalkozó tanokra. Ezek áttekintésére – monográfiája folytatásaként, mint annak második kötete – az 1937-ben megjelent *Társadalom-, állam-, és jogbölcselet. II. Gyakorlati tanok: Az igazi állam és a helyes jog*²⁵ című munkájában vállalkozott. Ebben a viszonylag kis terjedelmű művében a neokantiánus paradigma már szervesen beépült jogfilozófiai szemléletmódjába. A mű alcíme is erre utal, amikor az állam és jog helyességének problémájával foglalkozik, melyet „az állam- és a jog értéktana (axiológiája)” fogalommal ír le. És ugyancsak itt említi meg a Stammler által felvetett kardinálisnak tekintett jogbölcseleti vizsgálódási kérdéskört, a jog és az állam szükségességének, igazolhatóságának a problémáját, melyet az „állam és jog etikájá” címszó alatt tárgyal.²⁶

²⁵ Teghze Gyula: *Társadalom-, állam-, és jogbölcselet. II. köt. Gyakorlati tanok: Az igazi állam és a helyes jog*. Debrecen, 1937.

²⁶ E gondolatokkal Teghze maga is a két világháború közötti magyar jogbölcseleti gondolkodás Somló, Moór, Horváth fémjelezte sokszínű neokantiánus tradíciójának részesévé vált. Habár egyes jegyeiben mindvégig megőrizte történeti-szociológiai indíttatását, az 1910-es évek elejétől egyre inkább elfogadta és követte a neokantiánus szemléletmódot. Felfogásának „átmenetiségét” azonban mi sem bizonyítja jobban, minthogy haláláig hű maradt tudományszakja – Pulszky Ágostra visszavezethető – „jog- és állambölcselet” elnevezéséhez. Számára elképzelhetetlen volt, hogy a neokantiánusokra jellemző módon – miként e szakítást Somló megtette a XX. század első évtizedében – „csak” jogbölcseletet műveljen.

A magyar neokantiánus jogbölcseleti gondolkodásban MOÓR GYULA (1888-1950) volt az a tudós, aki – mint legkedvesebb Somló tanítvány – a legtudatosabb álláspontot képviselte a jogfilozófia önreflexiójának kérdésében. Moór a XX. század első évtizedének második felében a kolozsvári egyetemen Somló jogbölcseleti előadásait hallgatva ismerkedett meg Stammler nézeteivel, illetve mestere ekkoriban formálódó neokantiánus irányt vett felfogásával. Nem véletlen, hogy joghallgatóként az 1909/1910-es tanévben pályadíjnyertes dolgozatot írt *A helyes jogról szóló tan alapjai* címen, melyben Stammler vonatkozó nézeteinek kritikai elemzését adta. Minden bizonnyal ez képezte alapját az 1911-ben a Magyar Jogászegyleti Értekezések sorozatában megjelent *Stammler „helyes jogról szóló tana”* című „kis” monográfiájának.²⁷ Ugyanebben az évben jelent meg a mindössze huszonhárom éves Moór tollából *A jog fogalma és az anarchismus problémája Stammler jogphilosophiájában* című tanulmánya²⁸, melyben a korszak első számú jogbölcse és jogfilozófiai rendszerének másik két kérdéskörét vizsgálja meg. Kritikai észrevételeinek megtétele egyben alkalmat ad számára, hogy saját felfogásának kontúrjait is megrajzolja, amit majd csak később fejt ki részletesebben. Valójában az 1922-ben megjelent *A társadalomtudomány és a tételes jogtudomány határkérdéseiről* című írásában határozza meg először a „jogfilozófiai rendszer igényével” fellépő elméleti vizsgálódás

²⁷ Moór Gyula: *Stammler „helyes jogról szóló tana”*. Budapest, 1911, Pfeifer Ferdinánd Nemzeti Könyvkereskedése.

²⁸ Moór Gyula: *A jog fogalma és az anarchismus problémája Stammler jogphilosophiájában*. *Athenaeum*, 20 (1911) 4, 1-35. o.

terrénumait, immár saját elképzelései szerint.²⁹ Az ekkor már a jogfilozófiai érdeklődés előterébe kerülő kelsen-i elmélet kapcsán fogalmazza meg, hogy egy jogfilozófiai rendszer nem állhat csupán a módszertani kérdések vizsgálatából, amit egyébként a „tétéles jogtudományok módszertanának” nevez, hanem ki kell terjednie a „jog fogalmának”, a „helyes jog” problémájának és „a jog okozatos összefüggéseinek” a tanulmányozására.³⁰

Moór 1923-ban megjelent *Bevezetés a jogfilozófiába* című művében foglalta össze monografikus jelleggel a jogfilozófia alapkérdéseiről vallott saját felfogását.³¹ Tudományrendszertani fejtegetéseiben abból az alaptételből indul ki, hogy a jog fogalmának meghatározása nem tétélesjogi kérdés. Minden tétéles jogtudománynak előfeltétele (preszuppozíció) annak a kérdésnek a tisztázása, hogy valójában mit értünk jogon. Ezzel szemben: „A tétéles jogtudomány ha akarná sem tudná pusztán a jogszabályok ismerete alapján meghatározni a jog fogalmát. Minden ide irányuló kísérlet »circulus vitiosus«-t jelentene, mert hiszen a jog fogalmát akként határozná meg, hogy jog az, amit a jog jognak mond.”³² A jogszabály szerinte csak azt mondhatja ki, hogy önmagán kívül mi tekinthető még jogszabálynak, annak eldöntése, hogy az illető jogszabály önmaga jogszabály-e már nem történhet meg a tétéles jog alapján. Moór egyébként „dogmatikus

²⁹ Moór Gyula: A társadalomtudomány és a tétéles jogtudomány határkérdéseiről. *Társadalomtudomány*, 2 (1922) 3-4, 249-263. o.

³⁰ *Uo.* 253. o.

³¹ Moór Gyula: *Bevezetés a jogfilozófiába*. Budapest, 1923, Pfeifer Ferdinánd Nemzeti Könyvkereskedése.

³² *Uo.* 10. o.

szendergés”-nek nevezi azt a tételesjogi felfogást, amely szerint nincs szükség jogfilozófiára.

Moór tudományelméletének alaptézise Pauler Ákostól, a kor jelentős magyar filozófusától átvett erősen ismeretelméleti jellegű megközelítésből származik, aki szerint „[a] filozófiai alaptudományok közös vonása, hogy minden tudomány végső előfeltevéseit teszik tervszerű vizsgálat tárgyává... Azok a modern gondolkodók is (például Windelband, Husserl) helyes nyomon járnak, kik a filozófiát a végső előfeltevések tudományának mondják.”³³ Az általa nagyra becsült filozófus emlékének ajánlott tanulmányában egy pauleri gondolatot parafrázálva fogalmazza meg, hogy a „filozófia minden tudomány közös végső előfeltevéseinek, tehát egész tudásunk univerzális preszuppozícióinak vizsgálata.”³⁴ Ennek megfelelően Moór tudományrendszertanában a szakfilozófiák az általános filozófia és a szaktudományok közötti mezőben helyezkednek el, átmenetet képezve a két szféra között, melyek „egyrészt filozófiai szempontokat és ismereteket visz[nek] bele a szaktudomány[ok]ba, s másrészt kiegészíti[k] az általános filozófiának az Egészről alkotott egységes világszemléletét.” Ez az átmeneti jelleg kettősséget kölcsönöz a szakfilozófiák számára: „A szakfilozófiában a filozófia univerzalizációja veszendőbe megy, minthogy tárgya nem minden, nem a totalitás, hanem a mindenségnek egyik szelete, minthogy benne »a« filozófia általánossága meghatározott tárgyra való vonatkozással

³³ Pauler Ákos: *Bevezetés a filozófiába*. (III. kiadás) Budapest, 1933, Danubia, 9. o. (Moór tudományelméleti fejtegetésében Windelband és Husserl nevét Pauler mellett külön is megemlíti.)

³⁴ Moór Gyula: *A „filozófia mibenléte” Pauler szerint*. (Kluny.) Budapest, 1933, Athenaeum, 8. o.

korlátozott. Ennyiben a szakfilozófia szaktudományi jellegű. Azonban a szakfilozófia a Kozmosznak azt a szeletét, amely meghatározott tárgya, mint egésznek tekinti, úgy fogja át, mintha totalitás volna: sub specie totalitatis, vagyis tulajdonképpen sub specie aeternitatis. Ennyiben minden szakfilozófia filozófiai jellegű...”³⁵ Erre utal az a megállapítása is, mely szerint a szakfilozófia ugyanúgy előfeltevéseket vizsgál, mint a filozófia, azonban míg az általános filozófia minden ismeret előfeltevéseit, addig a szakfilozófia csak annak a szaktudománynak az előfeltevéseit, amelyre vonatkozik. Mivel a jogfilozófia – vagy a szinonim fogalomként használt jogbölcselet – minden jogtudomány sajátos végső előfeltevéseit vizsgálja, méltán viseli „a jog filozófiája” nevet, mint a jogtudományok szakfilozófiája. Mindezt még azzal egészíti ki, hogy a jogfilozófia problémáinak megoldásánál elkerülhetetlenül támaszkodik az általános filozófiára, ezért természetes, hogy az alapul vett filozófiai rendszer különbözősége miatt eltérő eredményekre fog jutni.

Moórt saját jogfilozófiai rendszerének kialakításában a rá hatást gyakorló filozófiai és jogbölcseleti előzmények (Stammler, Somló, Kelsen) problémafölvetéseinek komplex szemlélete jellemzi. *Bevezetés a jogfilozófiába* című művében a jogbölcselet – már korábban nevesített – három vizsgálódási területének, így: 1. a jog fogalmának meghatározása (Somló nyomán nevezi „jogi alaptan”-nak); 2. a jog általános okozati összefüggéseinek vizsgálata („a jog szociológiája”); 3. a jog helyességének kérdése („jogi értéktan”, vagy más néven „jogi axiológia”) részletes bemutatásával találkozunk. E kérdések filozófiai megalapozottságáról azt írja, „[h]a e problémák filozófiai eredetét

³⁵ Uo. 20. o.

jelezni akarnók, nevezhetnénk az elsőt a jog fenomenológiájának, a másodikat a jog pszichológiájának s a harmadikat a jog etikájának.”³⁶

Moór – a már korábban is hivatkozott – *A társadalomtudomány és a tételes jogtudomány határkérdéseiről* című tanulmányában fogalmazta meg először jogi alaptanának kiindulópontját, mely szerint „[a] jog fogalmának a meghatározása... minden jogfilozófia kiindulópontját kell hogy képezze, mert anélkül hogy megállapítani próbálnánk azt, hogy mi a jog, felületes volna elkezdni »jogfilozofálni«.”³⁷ A jogbölcselet tárgyköreit tekintve a jog fogalmával foglalkozó jogi alaptan – melyet rendszerében elsőként elemez – utal legközvetlenebbül a jogtudományokra: „[A] jog fogalma az, amely a jogfilozófiát a jogtudományokkal kapcsolatban tartja, minden jogtudomány mint alapvető előfeltevésből a jogfogalom ismeretének a feltevéséből indul... ki.”³⁸ Számára valójában a jog fogalmának kérdése kapcsolja össze egymással a jogbölcselet további tárgyköreit, megoldandó problémáit.

A jogbölcselet második vizsgálódási kérdéseként, a jog általános okozati összefüggéseinek vizsgálata („a jog szociológiája”) kapcsán különbséget tesz „általános” vagy „formális” jogszociológia és jelző nélküli jogszociológia között. Míg a jogszociológia – mint szakszociológia – „a jogtartalom változó részére vonatkozással kutatja a jog

³⁶ Moór Gyula: *Bevezetés a jogfilozófiába...* 31. o.

³⁷ Moór Gyula: *A társadalomtudomány...* 253. o.

³⁸ Moór Gyula: *Bevezetés a jogfilozófiába...* 28. o.

életét”³⁹, vagy másként megfogalmazva, a változó tartalmú tipikus jogintézmények társadalmi kapcsolatait vizsgálja⁴⁰, addig az általános, vagy formális jogszociológia a jog változatlan formájának vizsgálatára koncentrál. Bár a terminusokat igyekezett pontosan elhatárolni, azok használatában nem volt mindig következetes.

Moór jogfilozófiai rendszerének harmadik elemét képező jogi axiológia a jog fogalmának meghatározása után a moóri elmélet talán legkidolgozottabb kérdésköre. A helyes jog problémája – ugyan más-más terminusokkal leírva – valójában a jogfilozófiai gondolkodás örök kérdései közé tartozik. Moór szerint a jog helyességének kérdésére a tételes jogtudományok a jog pusztá ismeretének alapján nem tudják megadni a választ. Hogy valójában értékes-e az emberi cselekvés, amit a jog ilyennek mond, hogy helyes-e amit a jog követel, azt nem döntheti el maga a pozitív jog. Miként vallja „[a] jog kritikája nem tételesjogi kérdés.” A jognak ezt a kritikáját – a Somlótól átvett fogalom szerinti – a „jogpolitika” végzi el, mely azt kutatja, hogy „valamely jogintézmény helyes-e az emberi célok, a nemzeti és általános emberi, erkölcsi eszmények szempontjából...”⁴¹ Ebből adódóan a jogalkotás áll a legállandóbb és a legszorosabb kapcsolatban a helyes jog problémájával.

³⁹ Moór Gyula: *Szociológia és jogbölcselet*. Budapest, 1934, Magyar Filozófiai Társaság, 42. o.

⁴⁰ Moór Gyula: *A jogbölcselet problémái*. Budapest, 1945, Magyar Szemle Társaság, 58. o.

⁴¹ Moór Gyula: *Bevezetés a jogfilozófiába...* 21. o.

Moór már 1923-as alapművében megfogalmazta – bár kevésbé kidolgozva, a rendelkezésre álló hely szűk voltára hivatkozva – a tágabb értelemben felfogott jogfilozófia negyedik kérdésköréként a „tételes jogtudományok módszertanát” (más helyen: „jogtudományok módszertana”). Moór azért nem tekinti a szűkebb értelemben vett jogfilozófia terrénjának e problémakör vizsgálatát, mert „a tudományok módszerének a kérdése az alkalmazott logikai »módszertan« néven ismert részére tartozik”, s az általános filozófia területére vezet.⁴² Az 1936-os *Jogfilozófia* című egyetemi jegyzetében a módszertan kérdése, miképpen a többi jogbölcseleti probléma, minden jogi szaktudomány előfeltevéseként fogalmazódik meg. Úgy véli ezt a kérdést sem tudják az egyes jogi szaktudományok megoldani, mert ez a „legfilozófiaibb” jellegű az összes jogbölcseleti kérdés között. A módszertani problémák megoldásához szerinte jogi alaptani ismeretekre, általános filozófiai ismeretekre („alkalmazott logika”), s ezen felül egyes jogi szaktudományok ismereteire van szükség. Művében tovább árnyalva addigi észrevételeit a jogtudományok módszertanának négy kérdéskörét különbözteti meg: 1. „tételes jogtudományok módszertana”, 2. „okozatos jogtudományok módszertana”, 3. „értékelő jogpolitikai jogtudományok módszertana”, 4. „jogbölcselet módszertana”. A főhangsúlyt azonban továbbra is az „eredeti” problémakörre, a „tételes jogtudományok módszertanára” helyezi.⁴³

⁴² Uo. 36-46. o.

⁴³ *Jogfilozófia*. Dr. Moór Gyula egyetemi r. ny. tanár előadásai után jegyezte: dr. Püski Sándor. Jog- és államtudományi jegyzetek 3. (Kézirat gyanánt) Budapest, 1936, Magyar Élet, 42. o.

Érdemes itt még utalni arra, hogy Moór a jogfilozófia problémáinak analitikus felosztása alapján tett különbséget a jogbölcsélet-történeti irányzatok között. Hat csoportra osztotta a különböző jogfilozófiai irányzatokat, így megkülönböztetett: „1. a jog fogalmát kereső jogi alaptani jogfilozófiát, 2. a kauzális összefüggéseket kutató vagy szociológiai jogfilozófiát, 3. a helyes jogot kereső vagy értékelő, (közelebbről etikai) jogfilozófiát, 4. a tételes jogtudomány módszerét kutató metodológiai jogfilozófiát, 5. a tételes jogi fogalmakat továbbképző jogászati vagy általános jogtani jogfilozófiát, végül 6. e problémák közül többeket vizsgáló összefoglaló jogfilozófiát.”⁴⁴ Az irányzatoknak ez a tipizálása szisztematikus áttekintést nyújt a belső rokonság és hasonlóság alapján az eltérő időszakokban meghatározó jogbölcséleti felfogások között.⁴⁵ A tulajdonképpeni különbséget az irányzatok között abban látja, hogy a jog fogalmának meghatározásán kívül milyen más problémát von vizsgálódásának körébe.⁴⁶

Moór kapcsán végül érdemes szólni arról, hogy a két világháború között ez irányú nézetei meghatározó hatást gyakoroltak a hazai jogtudomány, főképpen a tételes jogtudományok teoretikus megalapozására. A korszak elméleti kérdések irányában is

⁴⁴ Moór Gyula: *Bevezetés a jogfilozófiába...* 54. o.

⁴⁵ *Jogfilozófia*. 79-80. o.

⁴⁶ Saját felfogását az „összefoglaló” jogfilozófia csoportjába tartozónak tekinti, „minthogy a közül az öt problémakör közül, amelyekben a különböző jogfilozófiai irányzatok a történelem folyamán a jogbölcsélet megoldandó feladatát látták, négynek a jogosultságát elismertük, és csupán az általános jogtani problémafelfogást kell visszautasítanunk.” (Moór Gyula: *Bevezetés a jogfilozófiába...* 156-157. o.)

affinitással bíró prominens tételes jogászai tudományrendszertani fejtegetéseik során a jogfilozófia jelentőségének, feladatkörének, illetve problémaköreinek meghatározásakor gyakran hivatkoztak a Moór által vallott nézetekre.⁴⁷

A hazai neokantiánus jogbölcselet Somlót és Moórt követő kiemelkedő alakja HORVÁTH BARNA (1896-1973) *Jogbölcseleti jegyzetek* címen 1932-ben megjelent szegedi egyetemi előadásaiban – angolszász példára hivatkozással – a „jogelmélet”⁴⁸ terminust vezeti be a jogfilozófia, illetve jogbölcselet korábban használatos fogalmai

⁴⁷ Két jelentős jogtudósára érdemes e helyütt hivatkozni, akiknek az írásai jól példázzák ezt a közvetlen hatást. *Angyal Pál* a korszak neves büntetőjogásza – aki egyébként jogbölcseletet is oktatott a pécsi jogakadémián – sok kiadást megérő művében kifejtett gondolataira érdemes elsőként utalni. Álláspontja szerint a jogbölcselet alapvető vizsgálódási területei a „jogi alaptan”, a „jogi értéktan”, illetve a „jogi fejlődéstan”, valamint a „jogbölcseletben használatos általános módszerek” kérdései. (Vö. Angyal Pál: *A jogbölcselet alaptételei*. V. kiadás. Budapest, 1926, Politzer, 22-33. o.) A hazai jogtudomány prominens képviselői közül érdemes fölhívni még a figyelmet *Kuncz Ödön* egy jogi tanulmányokba bevezető könyvében olvasható téziseire is. Az elismert kereskedelmi jogász már műve előszavában köszönetet mond Moór Gyulának, aki „áttanulmányozta” és tanácsaival segítette professzortársát a könyv elkészítésében. Így nem véletlen, hogy amikor a jogfilozófia „problémaköreinek” tárgyalásáról ír, akkor a „jogi alaptant”, a „jogszociológiát”, illetve a „jogi értéktan” említi, majd egy lábjegyzetben külön utal az „újabb időkben” előtérbe kerülő „tételes jogtudományok helyes módszere” („metodológiai jogfilozófia”) kérdéskörére. (Vö. Kuncz Ödön: *A jog birodalma*. Budapest, 1946, Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 10. o.)

⁴⁸ *Jogbölcseleti jegyzetek*. Dr. Horváth Barna egyet. ny. rk. tanár előadásai és engedélye alapján összeállította: Tézsla József joghallgató. Szeged, 1932, Szent István-Társulat, 8. o.

helyett. Az öt évvel később, már tankönyvként kiadott *A jogelmélet vázlata* már címében is jelzi a szerző fogalomhasználatának következetességét.⁴⁹ A két mű valójában Horváth 1920-as évek végétől formálódó jogelméleti felfogásának fontos állomásaiként értékelhetőek, melyeket az 1934-ben megjelent – a számára nemzetközi ismertséget hozó, önálló elméletalkotási kísérletként született – *Rechtssoziologie*⁵⁰ című monográfiája egészítette ki. Nyilvánvaló, hogy a tananyagnak szánt írásokban – miként egykoron Moór esetében – didaktikai szempontok is meghatározó szerepet játszottak, melyek kedveztek a jogfilozófia tárgyának és vizsgálódási köreinek a következetes végiggondolásában.

Horváth kiindulási pontként fogalmazza meg, hogy „[a] jogelmélet a jogról szóló legáltalánosabb tudomány”, illetve „a jogra alkalmazott társadalomelmélet”⁵¹, mely abban

⁴⁹ Horváth Barna: *A jogelmélet vázlata*. Szeged, 1937, Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt.

⁵⁰ Horváth Barna: *Rechtssoziologie. Probleme des Gesellschaftslehre und der Geschichtslehre des Recht*. Berlin-Grunewald, 1934, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte G.m.b.H. (Magyarul: *Jogszociológia. A jog társadalom- és történelemelméletének problémái*. /Ford.: Zsidai Ágnes/ Budapest, 1995, Osiris Kiadó.) Érdemes itt megemlíteni, hogy e műve kapcsán személyeskedésektől sem mentes vitába keveredett Moórral. E vita részeként látott napvilágot nézeteinek védelmében írt tanulmánya. Vö. Horváth Barna: *Jogelmélet és társadalomelmélet*. Szeged, 1935, Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó Részvénytársaság. (Művében a jogszociológiát „a jog valóságára vonatkozó legfőbb szemléleti iránynak” nevezi. Vö. Horváth Barna: *Jogszociológia*... 131. o.)

⁵¹ Vö. Horváth Barna: *A jogelmélet vázlata*... XIV., 207., 210. o. (Az 1934-es művében használt megfogalmazás szerint „a jogszociológia a legáltalánosabb jogi megismerés.” (Horváth Barna: *Jogszociológia*... 136. o.)

különbözik a tételes jogtudományoktól, hogy a jogtételek értelmének kifejtése helyett a „jog fogalmának, értelmének vagy lényegének a kifejtésére törekszik.” Mindkét említett művében abból indul ki, hogy a tudományszak körébe csak azon fogalmak tartoznak, amelyek a jog fogalmának szempontjából jelentősek⁵², mert a jog fogalmának kutatása nem egyéb, mint a jog „változása és helyessége törvényszerűségeinek egybevetése, és kielemezett fogalmi jegyekből álló logikai képletté való egybefoglalása.”⁵³ A *Jogbölcséleti jegyzetek*ben lényegében Moór nyomdokain haladva határozza meg a jogelmélet három, egymást feltételező, egymásra épülő elemét. Egyrészt megemlíti két „kritikai vizsgálódást”. Így (1) „a jog történeti valóságára” vonatkozó „szabályszerűségek”, vagy máshol „a jog okozatos összefüggéseinek” feltárását (jogszociológia), valamint (2) „a jog értékelésére, vagy helyességére vonatkozó értékítéleteknek kritikai” vizsgálatát (jogi értéktan), továbbá, mindezek segítségével, (3) „a jog fogalmának a megszerkesztését” (joglogika). A *jogelméleti vázlatában* már következetesebb fogalomhasználat mellett beszél a jogelmélet fő problémáiként a „jog változása”, a „jog helyessége”, illetve a „jog fogalma” kérdéskörökről.⁵⁴ A jog mibenlétének vizsgálatakor a főbb kérdések tárgyalásának sorrendje sem mindegy, hiszen „[a] jogelméletnek... ki kell indulnia a jog történeti valóságára vonatkozó empirikus adatok kritikai rendezéséből, a jog céljára, helyességére vonatkozó értékítéletek kritikai rendezéséből, azaz a jog értékére vonatkozó

⁵² *Jogbölcséleti jegyzetek*... 15. o.

⁵³ Horváth Barna: *A jogelmélet vázlata*... 209. o.

⁵⁴ *Uo.* 209. o.

értékítéletekből és csak az anyagok rendeztével építheti fel a jog fogalmát.”⁵⁵ Horváth mindkét művében ezt a logikát követve jogszociológia (a jog változása), jogi értéktan (a jog helyessége) és joglogika (a jog fogalma) című fejezetekben fejti ki elméleti álláspontját.

56

Mindazonáltal fontosnak tartja – ha nem is explicit módon – kifejezésre juttatni, hogy a jogelméletnek van egy negyedik – Moórnál már exponált – vizsgálódási köre, mely nem más, mint a módszertan problémája. A jogelmélet módszere kapcsán a *Jogbölcséleti*

⁵⁵ *Jogbölcséleti jegyzetek...* 16. o.

⁵⁶ *Jogszociológia* című művében minderről a következőképpen ír „A jogszociológia vagy a jogelmélet részeként, vagy pedig annak egyik irányzataként gondolható el. Vagy a jogelmélet részeként, mert a jogszociológia főképpen a történeti jogi valóság átalakulásaival, a jogi változás jelenségével foglalkozik, s csak annyiban veszi figyelembe a jog értékét és lényegét, amennyiben az elengedhetetlen a jogi valóság megismeréséhez. Vagy pedig a jogelmélet irányzataként – a juriszprudencia létrelativitásával analóg módon – akkor, ha magát a jogi értéket és a jog lényegét csak a relatív látás produktumaként fogjuk fel, s ha elvileg megcáfolhatatlanként kikapcsoljuk az abszolút érték és lényeg problémáját. A jogelmélet eme – ... – szociologizálása annyiban felel meg a probléma mai helyzetének, amennyiben a jogi értékről és a jog fogalmáról folytatott állhatatos, ámbár terméketlen vitát, a természetjogi doktrína és a formális analitikus jogelmélet hitelvesztését, s egyáltalán, az ezekkel kapcsolatos kérdéseknek a megválaszolását reménytelen feladatként jeleníti meg, s ráadásul e reménytelenséget a perspektívák folytonos változtatásával meg is indokolja. Ekkor azonban a jogelmélet megoldható feladata éppen hogy kizárólag a történeti változásnak a jogi valóságban, a jogi értékelésben, a jogi tudásban történő megismerése, azaz a jogszociológia marad, amely így – a szemlélő mindenkori pozíciójából kiindulva – az érték- és lényegkérdésre irányuló egyedül lehetséges választ maga adhatja meg.” (Horváth Barna: *Jogszociológia...* 133. o.)

jegyzetekben kerül először – nyilván szegedi egyetemi előadásain már 1929-től – bemutatásra a nevezetes „synoptikus” („egybevető”) módszer, ami a szerző megfogalmazása szerint egyaránt jellemzi a tételes jogtudományi és a jogelméleti megismerést. A két tudományzak módszertani nézőpontjának „relatív” különbségét abban látja, hogy „[a tételes] jogász ezzel a synoptikus módszerrel mindig egy bizonyos jogtétel értelméhez akar eljutni, a jogelmélet pedig a jog egész történeti valóságára, valamint értékére vonatkozó legáltalánosabb ismeretek összemérése (synopsisa) útján nem egy konkrét jogtétel értelméhez, hanem a jognak lényegéhez akar eljutni.”⁵⁷ Vagyis a tételes jogtudományt a jog tartalma, míg a jogelméletet végső soron a jog fogalma, vagy másképpen a jog „formája” érdekli, ami a „konkrétum” és „absztraktum” viszonyaként is leírható. *A jogelméleti vázlatában* mindezt azzal egészíti ki, hogy a szinoptikus módszer, „mint léttartalmakat értéktartalmakkal egybevető tudományos módszer” valójában a társadalomtudományokban mint generális módszer érvényesül.⁵⁸

Tudományelméleti fejtegetései során – Moórhoz hasonlóan – részletesen vizsgálta a jogfilozófia és általános filozófia kapcsolatát. Horváth úgy véli, hogy a jogelmélet nem más mint „alkalmazott filozófia”, mely magán viseli a szaktudományok és a filozófia egyes

⁵⁷ *Jogbölcseleti jegyzetek...* 28. o.

⁵⁸ Horváth Barna: *A jogelmélet vázlata...* 212. o. (Érdemes idézni az 1934-es művében megfogalmazott megállapítását: „... a jogelmélet a legáltalánosabb jogi megismerés, amely a jog lényegét akarja megismerni. E célból kell megismernie és szinoptikus módon együtt elgondolnia a jogi valóságot és jogi értékeket.” Lásd. Horváth Barna: *Jogszociológia...* 132. o.)

ismertető jegyeit. Közös bennük, hogy mindkettő az egészre vonatkozó „totális ismeret”; csak míg – és itt visszahallani véljük az egykori mentor jogbölcseletről szóló gondolatait – „a filozófia a maga érdeklődésével az abszolút egészre irányul, amelyet nevezhetünk világmindenségnek is, addig a jogelmélet a maga totális ismeretével egy relatív egész felé fordul.”⁵⁹ És ennek a relatív egésznek az abszolút egészbe való behelyezését végzi el a jogelmélet mint „szakfilozófia”.

Érdemes Horváth kapcsán végezetül idézni *A jogelmélet vázlatában* megfogalmazott összefoglaló meghatározását, mely szerint „[a] jogelmélet, mint alkalmazott társadalomelmélet, tehát egyszersmind alkalmazott filozófia is, és pedig közelebbről a jog változására alkalmazott lételmélet és történetelmélet; a jog helyességére alkalmazott értékelmélet és etika; a jog fogalmára alkalmazott logika; a jogtudományra alkalmazott tudományelmélet és módszertan, és a jogelmélet történetére alkalmazott filozófiatörténet.”⁶⁰ E megállapításban a jogelmélet vizsgálódási körét, az „eredeti” négy fő problémakörön túl, még kiterjeszti – explicit módon – a Moór által ilyen módon nem exponált, bár ténylegesen művelt elmélettörténeti kérdésekre is. Ezzel olyan keretet ad a jogbölcselet értelmezésének és művelésének, ami túllép a Moór által képviselt szintézisre törekvő felfogáson.

⁵⁹ *Jogbölcseleti jegyzetek...* 21. o.

⁶⁰ Horváth Barna: *A jogelmélet vázlata...* 211. o.

A hazai neokantiánus jogfilozófiai gondolkodás egyik utolsó jelentős alakja, LOSONCZY ISTVÁN (1908-1980) gondolataival érdemes zárni a jogbölcseleti gondolkodás önreflexióját bemutató áttekintést.⁶¹ A pályafutását az 1930-as évek végén kezdő jogtudós a háború kezdetétől a fordulat évéig a pécsi jogi karon a jogbölcselet stúdium előadójaként foglalkozott a tudományszak diszciplináris önmeghatározásával.⁶² Fejtegetéseiben az alapos filozófiai ismeretek mellett meglehetősen új szintet hozott a jogfilozófusok körében kivételszámba menő természettudományi megalapozású érvelése.

⁶¹ Természetesen itt lehetne még vizsgálni a neokantiánus tradícióhoz kapcsolódó jogfilozófiai „életművek” közül Szabó József, illetve Bibó István ez irányú munkásságát. A második világháborút követő társadalmi politikai változások nem tették lehetővé, hogy koherens elméleti keret kialakításával önálló filozófiai rendszert alkossanak. Mindazonáltal mindketten a neokantiánus paradigma kereteit szétfeszítő irányba tájékozódtak. Vö. Szabó József: *A jog alapjai. Különös tekintettel a nemzetközi jogra*. Budapest, 1938, Magyar Társadalomtudományi Társulat; *A jogász gondolkodás bölcselete*. Acta Universitatis Szegediensis. Sectio Juridica-Politica. Tom. XVI. Fasc. 2. Szeged, 1941.; Hol az igazság? (A bírói lélektan problémái.) *Társadalomtudomány*, 22 (1942) 1, 1-55. o.; Wahrheit, Wert und Symbol im Rechte. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 37 (1943) 101-121. o.; Der Rechtsbegriff in einer neutralistischen Beleuchtung. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1 (1948) 3, 291-331. o., illetve Bibó István: *Kényszer, jog, szabadság*. Szeged, 1935 Szegedi Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt.; *A jogelmélet fő kérdései tegnap és ma* (Bibó István magántanári próbaelőadása, 1940. június 13.) Magyar Tudományos Akadémia Könyvtár Kézirattára Ms 5116/10. (Sajtó alá rendezte és közölte: Ruszoly József egyetemi tanár: *Jogtudományi Közöny*, 47 /1992/ 3-4, 89-95. o.)

⁶² Vö. Losonczy István egyetemi tanár jogfilozófiai előadásainak vázlatok. I-IV. rész (Kiadja: Dr. Sándor Imre) Pécs, 1948, 57 + 43 + 80 + 10 o. (Nyomtatásban megjelent: *Jogfilozófiai előadások vázlatok*. Budapest, 2002, Szent István Társulat, 1-234. o.)

Jogbölcseleti előadásaiiban a jogfilozófiát, mint „filozófiai jellegű tudományt, az általános filozófia jogra vonatkozó részeként” definiálja.⁶³ Ugyanitt kritikusan állapítja meg, hogy a jogfilozófiai irodalom nem ad igazán útmutatást a tudományterület „feladatkörének és tárgyalási rendjének” meghatározásakor, mivel e téren rendkívül változatos képet nyújtanak a különböző jogbölcselek által felvázolt elképzelések. Így vannak olyanok, akik csupán a jog fogalmának meghatározásával, mások főként a jog társadalmi és okozatos vonatkozásaival, illetve vannak olyan elméletek, melyek csak a jog etikai kérdéseivel foglalkoznak, s vannak továbbá olyanok is, akik kizárólag a jog hasznosságának és célszerűségének vizsgálatát helyezik érdeklődésük homlokterébe. Losonczy szerint ebből adódóan nincs egységes felfogás a jogfilozófia tárgyát és vizsgálódási kérdéseit illetően. Mindezt még tovább bonyolítja, hogy a legkülönbözőbb filozófiai és világnézeti álláspontok alapján közelítenek a vizsgálandó ismerettárgyhoz.

A jogfilozófia feladatkörét említett művében a joghallgatók számára úgy határozza meg, hogy – kölcsönös kapcsolódási pontokat keresve a filozófia, a szociológia, a természettudományok, illetve a tételes jogtudományok irányába – vizsgálódásait igyekszik kiterjeszteni a jog lényegét és értelmét megadó általános fogalmakra és értékeszmékre, továbbá arra, hogy a jog hatótényezőként lép fel az emberi közösségek életében és a fizikai világban, vagyis a „létrejelenben”, vagy másképpen fogalmazva, az „explikativumban”. Ennek fényében határozza meg a jogot alkotó „alapösszetevőket” – mely felfogása szerint a jog „explikatív” (ontológiai), „logikai” (értelmes, valamit jelentő ítéletekből áll) és

⁶³ Losonczy István: *Jogfilozófiai előadások vázlata...* 1-2. o.

„normatív” (mindig valamit parancsol vagy tilt) elemek sajátos szövedéke⁶⁴ –, amiknek a részletes elemzésén keresztül jut el a jog fogalmi meghatározásához. Ugyan explicit módon nem mondja ki, de a logikai okfejtésből egyértelműen kiderül, hogy ezt tekinti a jogfilozófia központi kérdésének.⁶⁵ Mindeközben érinti a „jogtudományok módszerének” klasszikus problémáját is. Ennek során öntudatosan elutasítja a korszakban dehonesztáló vádat jelentő módszerszinkretizmust és vele szemben a jogot alkotó „összetevők” felismerésére alapozott „összetett” vagy másképpen „szintetikus” módszer alkalmazása mellett tör lándzsát.⁶⁶ Fejtegetéseinek zárórészében jut el a hazai neokantiánus jogbölcseletben elengedhetetlenül tárgyalandó kérdéskör, „a jog értékelméleti vizsgálatához”, melynek során részletesen tárgyalja a jog értékeszméit is.⁶⁷ Összességében megállapítható, hogy Losonczy, habár új utakat keresve tanulmányozta a jog jelenségvilágát, a jogfilozófia „kötelező” vizsgálódási tárgyköreiben lényegében követte a Somló-Moór-Horváth-féle hazai neokantiánus jogbölcseleti hagyományt.

⁶⁴ Uo. 53. o.

⁶⁵ Uo. 219-221. o.

⁶⁶ Vö. uo. 70-72. o. (Egyébként e módszer üdvözítő voltáról már egy 1937-ben megjelent művében értekezett. Lásd Losonczy István: *A mulasztás I. A mulasztási bűncselekmények okozatossága*. Pécs, 1937, Dunántúl Pécsi Egyetemi Könyvkiadó és Nyomda R.-T, 72-73. o.)

⁶⁷ Uo. 222-234. o.

Szalóki Gergely

Szabadságbüntetések a Csemegi Kódexben

Bevezetés

A Csemegi kódex és annak indokolása sem használja a szabadságvesztés terminust – holott a szakirodalomban ismerték, és használták a kifejezést¹ – hanem helyett a szabadságbüntetés kifejezéssel él.² A mai jogi terminológiában a szabadságbüntetés és a szabadságvesztés két különböző, egymáshoz rész egész viszonyban lévő fogalmat jelöl: minden szabadságvesztés büntetés egyben szabadságbüntetés is, azonban a szabadságbüntetés fogalma még további, az ember személyes szabadságának korlátozásán, avagy megfosztásán alapuló szankciót foglal magába.

A korabeli terminológia határozatlanságából a korabeli dogmatika határozatlanságát szűrhetnénk le, ha csak pusztán a kódex szövegét és indokolását tekintenénk kiinduló pontnak,³ azonban például RÉCSY is a szabadságbüntetés fogalmát tág értelemben fogta fel, odasorolt minden büntetési nemet, amely valamiképpen a szabadság korlátozását jelenti: a belebbezést,⁴ száműzést, elszállítást és a letartóztatást.⁵ Ez utóbbi takarta a szűk értelemben vett szabadságbüntetéseket, ahogyan azt a Csemegi kódex is ismerte. Ezeket túl ide tartozónak gondolta a kényszermunkát és a rendőri felügyelet alá helyezést is.⁶ EDVI ILLÉS először szintén ebből a tágabb nézőpontból közelítette meg a szabadságbüntetéseket, és ő is ugyanezen kategóriákat állította fel.⁷

A Csemegi kódex nem ismeri a szabadságvesztést, mint büntetési nemet, hanem annak ma már fokozataiként ismert végrehajtási módozatait szabályozza külön büntetési nemekként. Ily módon négy fajta “szabadságvesztés büntetés” létezett, amelynek a kódexben megvoltak a külön szabályai; az aprólékos szabályozás a kódex hatálybalépése után kiadott rendeletekben található meg.⁸

A törvény indokolásából, valamint a kódex különös részéből kiderül, hogy a szabadságbüntetések már ekkor is a büntetési rendszer gerincét adták. A legtöbb bűncselekményre – legyen az akár büntett, akár vétség – a kódex valamely szabadságbüntetést szabja ki. Annak magyarázatát, hogy a kódex, miért éppen a személyi szabadság elvonásával járó büntetést tartja a legmegfelelőbbnek, a jogalkotó az indokolásban csak elnagyoltan fejti ki: a szabadságbüntetés nagy előnye, hogy

¹ Lásd pl. BODOR László: A szabadságvesztés-büntetések fogantatásáról. Jogtudományi Közlöny 1881

² A továbbiakban mi is ezt fogjuk használni.

³ A határozatlanság vádja annál is inkább megállni látszódik, mivel a kódex indokolása a pénzbüntetés átváltoztatásának szabályaihoz fűzött kommentárban következtetlően néhol a szabadságvesztés kifejezést használja szabadságbüntetés helyett.

⁴ A belebbezés “...a büntetési nemek között jóformán helyet se foglalhatna.” Inkább amolyan biztonsági intézkedés volt a köznyugalom érdekében. “A belebbezés ugyszólván nem is nevezhető büntetésnek s inkább politikai vétségeknél alkalmaztatott, midőn a vétkes jelenléte könnyen zavar vagy botrányokra szolgáltatott volna alkalmat s nem egyszer épen a bűnös személye biztonságának megóvására látszott alkalmasnak.” (RÉCSY Géza: A büntetés rendszerének alapelvei. Jogtudományi Közlöny 1878/20. 164. o.)

⁵ RÉCSY 1878/20. 164. o.

⁶ RÉCSY 1878/21. 172. o. Ez utóbbi kettőt az 1810. évi francia Code Penal-ból citálja.

⁷ EDVI ILLÉS Károly A büntetőtörvénykönyv magyarázata. Budapest 1894 81. o.; EDVI ILLÉS Károly A magyar büntető törvénykönyv magyarázata. Budapest 1909 101. o.

⁸ Ezek közül a legjelentősebb a 2106/1880. I.M.E rendelet, amely mellékleteiben minden egyes szabadságbüntetésre vonatkozólag tartalmazza a részletes szabályokat. Ezt a rendeletet később kiadott rendeletek kiegészítik, melyeket az egyes szabadságbüntetések bemutatásánál fogunk említeni; részletes bemutatásuktól azonban terjedelmi okokból el kell tekinteni.

könnyen, ésszerűen és igazságosan lehet a büntetés mértékét az elkövetett bűncselekmény súlyához igazítani, valamint *“mert kiválólág a szabadságbüntetések azok, a melyek által az állam, a bűnhődésen kívül a büntetések egyéb czéljait is leginkább megvalósíthatja.”*⁹ A büntetések egyéb céljai között kell megemlíteni természetesen a speciális és generális prevenciót is.

1) A szabadságbüntetések végrehajtása

A szabadságbüntetésekkel kapcsolatban – a kódex megalkotásakor – a legnagyobb vita végrehajtásuk körül bontakozott ki, nevezetesen, hogy milyen legyen a végrehajtás rendszere: a nemzetközi példák közül, melyik módozatot válasszák. Az indokolás részletesen ismerteti azt a három rendszert, amely a kodifikáció során, mint lehetséges megoldás szóba került, vagyis az elkülönítési rendszert, közös és hallgató rendszert, valamint a vegyes rendszert.¹⁰ Terjedelmi okokból nem térhetünk ki az első két rendszer vázlatos ismertetésére.

Az 1843. évi törvényjavaslat az akkoriban legelterjedtebb rendszer mellett tette le a voksát, és az elkülönítési, másnéven magánrendszert választotta. Az indokolás említi, hogy több európai kongresszuson¹¹ is általános volt a lelkesedés a magánrendszer mellett¹², majd felidézi, hogy hogyan alakult át a szakma véleménye.¹³ Ezt követően a kodifikáció során az elkülönítési rendszert, mint túlhaladottat elvetették, ugyanakkor elismerték bizonyos pozitívumait is. Ezek közé tartozott például a magánrendszer alapötlete, amelynek lényege, hogy a fogoly rá van kényszerítve a teljes magány által, hogy önvizsgálatot tartson. Az indokolás rámutat arra is, hogy egyfelől ez még önmagában nem biztosítéka a javulásnak, másfelől a hosszú elzárás egészségileg is ártalmas.¹⁴ Olyan rendszert próbált a törvényalkotó megvalósítani, amely e pozitívumot megtartja, sőt biztosítani kívánta az elítélt javulását is. A közös és hallgató rendszernek, amely nem teszi lehetővé, hogy az elítélt magányában magába szálljon, és ezzel megindítva a nevelés-javítás lehetőségét, Magyarországon sohasem voltak nagy számú hívei, ezért a jogalkotó ezt az lehetőséget is elvetette, és a vegyes vagy másnéven progresszív rendszert valósította meg.

A vegyes rendszer a magán, és a közös rendszer alapelemeiből építkezik, mégpedig úgy, hogy a legnagyobb szigortól fokozatosan halad a teljes szabadság felé. E rendszernek három megoldása létezett a gyakorlatban:¹⁵ a genfi vagy osztályrendszer, a társadalmi- vagy Obermayer-féle rendszer, illetve a fokozati rendszer, amelynek két típusa működött az ír illetve az angol rendszer.

Az osztályrendszer még a közös elzárásra helyezi a fő hangsúlyt – bár első stádiuma a magánelzárás – ennek hátrányait viszont úgy kívánja orvosolni, hogy az elítélteket – bűnösségük illetve

⁹ Lásd a 20§-hoz fűzött indokolásban

¹⁰ Tartalmilag ugyanezen ismertetés található meg CSEMEGINél és az anyaggyűjteményben is. (CSEMEGI Károly művei. Szerk.: Edvi Illés Károly és Gyomai Zsigmond, Budapest 1904 66.–86. o.; A magyar büntetőtörvénykönyv a büntettekről és vétségekről és teljes anyaggyűjteménye. Szerk.: Löw Tóbiás, Budapest 1878 53.–64. o.) A különböző börtönrendszereket bemutatja FINKEY, EDVI ILLÉS és FAYER is, e leírások tartalmilag megegyeznek az indokolásban, az anyaggyűjteményben illetve a CSEMEGINél találhatóakkal. (FINKEY Ferenc: A magyar büntetőjog tankönyve. Budapest 1902 350.–356. o.; EDVI ILLÉS 1894 81.–84. o.; EDVI ILLÉS 1909 101.–104. o.; FAYER László: A magyar büntetőjog kézikönyve. Budapest 1905 174.–175. o.)

¹¹ Ezen kongresszusok felsorolását és bemutatását részletesen lásd ZEHERY Lajos: A büntetési rendszer főbb kérdései a nemzetközi börtönügyi kongresszusok munkálataiban. Magyar Jogászegyleti Értekezések 1942

¹² Az 1846. évi frankfurti, és az 1847. évi brüsszeli kongresszust említi példaként az indokolás, ahol élesen kiálltak a Philadelphiában alkalmazott rendszer mellett, amelyben az elítélt teljes büntetését a többi elítélttől, és egyáltalán mindenkitől elzárva töltötte ki, senkivel sem érintkezhetett, és a munkától is el volt tiltva.

¹³ Az 1857. évi frankfurti kongresszuson ingott meg először a magánelzáráson alapuló rendszer egyeduralma. Itt összegezték ugyanis a már több mint tíz esztendő tapasztalatokat, és arra jutottak, hogy a foglyok nevelése pusztán negatív módon nem valósítható meg, és ezért az 1868. évi berni, valamint az 1872. évi londoni kongresszusokon a szakemberek már a progresszív rendszert részesítették előnyben.

¹⁴ Az indokolás ehelyütt idézi a dreibergi fegyház igazgatójának londoni kongresszuson tett nyilatkozatát, mely szerint *“az egészséges és fiatal fegyenczek is, kiket a magánzárakból külső munkára bocsátottak, a fogság ideje alatt annyira elgyöngültek, hogy kezdetben a külső munkánál térdük megcsuklott, és rosszul lettek.”*

¹⁵ EDVI ILLÉS 1894 82. o.; EDVI ILLÉS 1909 102. o.

cselekményük súlya alapján – osztályokba sorolják, amelyekben különböző bánásmódban részesülnek: például a legsúlyosabb osztályban hosszabb ideig tart a magánelzárás. Az egyik osztályból a másikba történő előrelépés jutalomnak, visszahelyezés pedig fegyelmi büntetésnek minősül. A társadalmi rendszer lényege, hogy a magán- és a közös elzárás a szükséges mértékben elegyedik, az elítéltek egyébként közösen hallgatva dolgoznak, javulásukhoz képest pedig egyre több engedményben részesülnek.¹⁶

A magyar törvényalkotás az ekkor Írorszáiban fennálló rendszert tekintette példának, és az indokolásban részletesen ismertette annak a működését. Ez a rendszer négy stádiumot foglalt magába. Az első a magánfogság, ahol az elítélt senkivel sem érintkezhetett, nem dolgozhatott, és csak a legszükségesebb táplálékban részesült. Mivel a fegyencek egymás között sem érintkezhetek, ki volt zárva a kölcsönös megrontás lehetősége, azaz a fiatal és még esetleg rutintalan büntetett nem válhatott kiképzettebbé a fogság alatt. Az ennek alapjául szolgáló elképzelés szerint a hosszú ideig tartó magány megtöri a lelket, és ezáltal fogékonyabbá válik a nevelésre, tehát a rossz cselekedet megbánása csak első stádiuma a javulásnak, éppen ezért volt szükség a további fokozatokra.¹⁷

A második a közös munkarabság. Ebben a stádiumban az elítéltek nappal közösen dolgoztak, és csak éjjelre különítették el őket.¹⁸ A munka által tartották elérhetőnek, hogy a fogoly egészsége ne romoljon meg; az elvégzendő munka nehéz, és ennek megfelelően az ételmezés is sokkal bőségebb volt.

Harmadik lépés a közvetítő intézet, amelynek magyar megvalósulását majd később, külön fejezetben tárgyaljuk, most lássuk az ír rendszert!¹⁹ Egy korabeli statisztika²⁰ szerint az elítéltek mintegy háromnegyede jut el eddig a fokozatig, a többi magaviselete miatt elakadt valamelyik korábbi állomáson. Az indokolás rámutat arra, hogy a közvetítő intézetben nem szükséges fegyelmi büntetést alkalmazni, hiszen súlyos fegyelmi szabálysértés esetén az elítéltet visszasorolják a munkarabságba, kisebb fegyelmi problémák miatt viszont elegendő a figyelmeztetés is. A közvetítő intézet legnagyobb gyakorlati előnyének az indokolás azt tartja, hogy az elítélt lehetőséget kap, hogy visszailleszkedjen a társadalomba. Írorszáiban például a fegyintézet igazgatóján²¹ keresztül állást is szerezhettek a közvetítő intézetbe kerülők.

Negyedik lépcső Írorszáiban a feltételes szabadságra bocsátás, melynek szabályai szerint az elítéltek büntetésük bizonyos hányadának eltelte után, valamint jó magaviseletük esetén kerülhettek feltételesen szabadlábra, további feltétel volt, hogy az elítélt élelméről egyébként gondoskodva legyen. A feltételesen szabadlábra bocsátott számára – akárcsak manapság – bizonyos magatartási szabályokat írhattak elő, amelyek súlyos vagy ismétlődő megszegése a feltételes szabadság megszüntetését vonta maga után. Ez volt az utolsó lépcső, ahol a javítás-nevelés mellett a reszocializáció is hangsúlyt kapott; az elítéltet ezen az úton próbálták meg visszavezetni a társadalomba, amihez a visszaesést megakadályozni rendelt magatartási szabályok is eszközül szolgáltak.

¹⁶ EDVI ILLÉS 1894 82.–83. o.; EDVI ILLÉS 1909 102.–103. o.

¹⁷ Az indokolás itt idézi Karl Rödernek, a Heidelbergi Egyetem tanárának véleményét: *“...ha azt akarjuk, hogy a magánfogság jó eredménye csakhamar meg ne hiúsuljon, minden lehető el kell követni, hogy...a fogoly a magánelzárás után, mint lábadozó beteg, csak lassanként szoktassék...a rendes szabad élethez.”*

¹⁸ Ezt a fokozatot további osztályokra lehetett bontani. Írorszáiban négy osztályt és egy mintaosztályt hoztak létre: az elítélt a magánfogság után a negyedik osztályba került, majd pedig bizonyos idő eltelte, de legfőképp jó magaviselete folytán léphetett elő a következő osztályba, és így tovább; a rossz magaviseletet visszaminősítéssel szankcionálták.

¹⁹ Az ír közvetítő intézetekről bővebben lásd BALKAY István: A külön közvetítő intézetek védelméhez. Jogtudományi Közlöny 1881/51.

²⁰ Lásd az általános indokolásban.

²¹ BALKAY – kerületi börtönigazgatóként – azt állította, hogy Írorszáiban a fegyintézet és a közvetítő intézet különálló intézmények, melyek külön igazgatóval illetve igazgatósággal működtek. (BALKAY 1881/51. 425. o.)

Az itt felvázolt ír-progresszív rendszer,²² szolgált mintául a magyar törvényhozás számára is. Az indokolás továbbá ismerteti az Angliában akkoriban fennálló rendszert,²³ és összehasonlítja az ír szabályozással. Ez alapján megállapították, hogy az angol rendszer négy pontban tér el az ír progresszív rendszertől:

1. Angliában nem olyan szigorú a magánelzárás, mint Írországbban.
2. Írországbban szigorúan ellenőrzik a közös rabság ideje alatt az elítélteket.
3. A feltételes szabadságra bocsátás tekintetében Írországbban nagyobb körültekintéssel járnak el.
4. Angliában nincsen közvetítő intézet.

Az utolsó pontban található megállapítás tekinthető a fő különbségnek a két rendszer között.

A magyar jogalkotó a rövidebb terjedelmű szabadságbüntetésre az angol, a hosszabb tartamúra az ír rendszert²⁴ valósította meg. JESZENSZKY, aki Budapesten gyakorolta az ügyvédi hivatást, ezt a megoldást nem tartja megfelelőnek, szerinte az ír rendszert kellett volna minden változtatás nélkül átvenni, és nemzetközi példákat²⁵ idéz annak igazolására, hogy a feltételes szabadság sokkal hatékonyabb, ha megelőzi a közvetítő intézet, mivel a büntettes megjavítása által megelőzhető a visszaesés.²⁶

A progresszív rendszer legnagyobb érdemének az indokolás alapján a jogalkotó azt tartotta, hogy egyrészt nagymértékben elősegíti az elítélt reszocializációját, másrészt azáltal nevel, hogy minden egyes kedvezményt az elítélt magaviseletétől illetve teljesítményétől tesz függővé, harmadrészt a rendszer bevezetését indokolják Magyarország sajátos társadalmi viszonyai is: az indokolás rámutat arra, hogy akkoriban a bűnelkövetők magas hányada került ki a földműves osztályból. A koncepció szerint rájuk lehet a legnagyobb hatással ez a rendszer, és ezen túl igen hasznos lehet gazdasági szempontból is. A koncepció a következő volt: a közös rabság idején és a közvetítő intézetben is az elítéltekkel mezei munkát végeztetnének, és ez idővel a földműves raboknak egyfajta tanintézetévé válna. Az itt megszerzett ismereteket, miután – immáron megjavultán – kikerülnek a szabadságbüntetésből, haszonnal értékesíthetik. Ugyanezen elv alapján létrehoznának olyan büntetésvégrehajtási intézetet is, amely a mechanikai mesterségben válhatna egyfajta tanintézetévé; természetesen ilyen intézetből kevesebbre volna szükség.

A törvény 52.§-ban érdekes módon egy ideiglenes intézkedést találunk, amely arról szól, hogy amíg az eddigi rendelkezések végrehajtásához megfelelő intézeteket nem hozzák létre, addig a kódex hatálybalépése előtt fennálló szabályok szerint kell fogatosítani a szabadságbüntetéseket,²⁷ de

²² Bővebben lásd RÉCSY 1878/22. 186.–187. o.

²³ Ezen bemutatást árnyaltabbá teszi, ha összevetjük LEWIS leírásával, amely az Angliában alkalmazott szabadságbüntetésnek három fajtájáról számol be: „a) *Imprisonment with hard labour*; b) *Imprisonment without hard labour*; c) *Imprisonment as a first or second class misdemeanant*.” (LEWIS, Edward Dillon: A draft code of criminal law and procedure. London 1879 235.–236. o.) A korabeli angol büntetési rendszer vázlatos leírását HALSBURY-nél találhatjuk meg; a rendszer elemei: *death, penal servitude, imprisonment with hard labour, imprisonment without hard labour, whipping, fine, order for abatement of nuisance*. (HALSBURY’s law of England – A complete statement of the whole law of England; volume IX. – Criminal law and procedure, crown practice. London 1933 225.–231. o.)

²⁴ Az ír rendszerű büntetés végrehajtást legalább háromévi fegyház, vagy börtönbüntetés esetén alkalmazták, ennél enyhébb büntetés esetén az angol rendszer működött.

²⁵ Leírja, hogy „...Az ír rendszer lényegében a javulás lélektani processzusán alapul...” és ezen eredmény eléréséhez nélkülözhetetlen lenne a közvetítő intézet, mert például Angliában vagy Németországban, ahol ez az intézmény nem létezik, jóval meghaladja a visszaesők száma az Írországit. Prognosztizálja ezután, hogy Magyarországon a helyzet még rosszabb lesz, mert a magyar rendőrség elmarad az említett országoké mögött, sőt „...vidéken, a szó komoly értelmében, rendőrséggel nem bírunk.”

²⁶ JESZENSZKY Sándor: A feltételes szabadságra bocsátás hazánkban. Jogtudományi Közlöny 1880/45. 307. o.

²⁷ BODOR, aki Kolozsvárott volt királyi alügyész, ezzel kapcsolatban egy ellentmondásra hívja fel a figyelmünket, amely a paragrafus és a 2106/1880. I.M.E. rendelet 132. és 170.§-a között fennáll. Ugyanis a rendelet „...akként intézkedik, hogy az egy évnél hosszabb fegyház büntetésre ítélték és a börtönre ítélték a büntetési időre tekintet nélkül, ott a hol azt a fegyházi viszonyok megengedik, büntetésük első harmadrészét éjjel-nappal magán-elzárásban töltsék.” A kódex 52.§-a a fentebb kifejtettek szerint ezzel ellentétes, hiszen „...felesleges annak bizonyításába

viszont a feltételes szabadságra bocsátásnak ez idő alatt is helye van.²⁸ Miután a megfelelő intézeteket felállítják, úgy azokat, akik már megkezdték a szabadságbüntetésük letöltését, az ítéletnek megfelelő intézetbe kell átszállítani, hogy ott immáron ezen törvény alapján töltsék ki még fennmaradt büntetésüket. Az indokolás²⁹ annyit fűz hozzá, hogy bár e rendelkezésnek inkább a hatályba léptető törvényben volna a helye, de mivel előreláthatólag még sokáig lesz indokolt ez a rendelkezés, a kódexben kapott helyet.

2) A szabadságbüntetés tartama

A kódex szerint a szabadságbüntetés kétféle tartamú lehetett: határozott – ez az összes szabadságbüntetésre vonatkozott – vagy határozatlan, azaz a szabadságbüntetés tehát életfogytig tartó is lehetett, ám ez utóbbi csak a fegyházbüntetésre vonatkozott. A határozott tartamú szabadságvesztés büntetési tételeinek meghatározása a jogalkotó által szintén viták tárgyává vált a kodifikáció során. Az indokolásból kiderül, hogy ezúttal is vizsgálták a más államok által már alkalmazott rendszereket, és az ezek nyújtotta lehetőségek közül választottak. Elsőként a határozott idejű szabadságbüntetés leghosszabb tartamát határozták meg, mégpedig tizenöt évben: azért esett erre a generális maximumra a választás – habár az 1843. évi törvényjavaslat ezt huszonnégy évre tette, és több európai államban is magasabb volt ekkor³⁰ – mert az ilyen hosszú szabadságbüntetés alatt az elítélt erkölcsileg és fizikailag is tönkrement,³¹ és a szabadságbüntetés céljainak megvalósításához nem látták szükségesnek magasabb határ megállapítását. Mivel a cél a bűnösök megjavítása, nem pedig a tönkretétele, ezért döntött a magyar törvényhozó ezen akkoriban enyhének számító generális maximum mellett.

A szabadságbüntetés felső határának megállapítása mellett szintén vita tárgyát képezte az egyes bűncselekmények büntetési tételeinek meghatározása.³² Az indoklás ezúttal is megemlíti az 1843. évi törvényjavaslat megoldását, ami szerint a törvényjavaslat a relatív határozott rendszert követte, de a büntetésnek csak a legmagasabb mértékét határozza meg a különös részben, az alsó határ pedig a generális minimum szerint alakult; és a bíró e tág határok között szabhatja ki az általa igazságosnak vélt büntetést. E megoldás előnye, hogy a rendkívüli enyhítő körülmények fokozottan érvényre juttathatóak. A Csemegi kódex kodifikációja során mégis elvették ezt a rendszert, az indoklás szerint három okra vezethető vissza:

1. A büntetőtörvénynek nem csak a büntetés végrehajtása, hanem az azzal való fenyegetés által is hatnia kell, ám e cél megghiúsul, ha megközelítőleg sem lehet előre tudni, hogy mely büntetés éri majd az elkövetőt.
2. A minimumok meghatározásának hiánya azt jelentené, hogy elismernék, hogy a bűncselekmények objektív ismérvei alapján nem lehet megállapítani egy cselekmény bűnösségének a fokát, vagyis hogy ez csak a szubjektív ismérvek alapján lehetséges. Ezen

bocsájtkozni, hogy fogházak és a kisegítő börtönök még nincsenek a törvénykönyvbe iktatott börtönrendszernek megfelelően szervezve.” (BODOR: 1881/17. 151. o.)

²⁸ JESZENSZKY is megemlíti, hogy a korabeli büntetésvégrehajtási intézetek nem állnak készen a kódex szerinti büntetésekre. (*“Kevés azon hely Magyarországon, hol a büntetés a magánelzárás stádiumában is végrehajtható.”*) Ezzel kapcsolatban is jelzi annak fontosságát, hogy feltételes szabadságot meg kell előznie a bűnelkövető megjavításának, máskülönben a rendszer kudarcra van ítélve. (JESZENSZKY 1880/45. 307. o.)

²⁹ Bővebben lásd az 52.§-hoz fűzött indokolást.

³⁰ Az indoklás megemlíti, hogy Belgiumban húsz, bűnhalmazat esetén huszonöt; Olaszországban huszonhat, bűnhalmazat esetén harminc; Ausztriában húsz év a generális maximum. Viszont arról is szól itt, hogy Németországban, és Svájcban is tizenöt év volt a felső határ.

³¹ Az indoklásban hivatkoznak arra, hogy az észak-német büntetőtörvénykönyv kodifikálásakor az akkori belügyminiszter – Eulenburg gróf – felhívta a fegyházak igazgatóit egy körlevélben, hogy tegyenek jelentést abban a kérdésben, hogy 1, elegendőnek tartják-e a generális maximumot?; 2, ezen időtartam túlhaladása ártalmasnak vélik-e? A jelentésekben az állt, hogy egyrészt a fegyencek tízévi rabság után szellemileg és fizikailag is leépülnek, másrészt hogy ez az addig eltelt időben esetleg mutakozó eredményeket veszélyeztet: tehát nem szükséges magasabb tétel megállapítása.

³² A vitát részletesen lásd Anyaggyűjtemény 1878 283.–290. o.

álláspont mind akkoriban mind manapság elfogadatlan. Indokolásban elvi érveléssel fektetik le, hogy az objektív ismérvek alapján kell meghatározni a tételt, amelynek keretei között a bíró szabad mérlegelés alapján, a szubjektív ismérvek tudatában szabja ki az általa igazságosnak tartott büntetést. Ezen elv a ma hatályos Btk.-ra is igaz.

3. Az 1843. évi törvényjavaslatban alkalmazott rendszert azért sem fogadták el, mert az – megítélésük szerint – korlátlan bírói önkényhez vezethet.

Végül pedig negyedik okként lehet felvetni, hogy – amint az az indokolásból kiderül – a tudomány sem tekintette megfelelő megoldásnak ezt a rendszert, és az európai államok törvényhozásai sem éltek gyakorlati alkalmazásával.

A fentebbiek alapján megállapíthatjuk, hogy Csemegi kódex is a relatív határozott rendszert valósította meg, azonban oly módon, hogy az általános részben a generális minimumot és maximumot határozza meg, a különös részben pedig a speciális minimumot és maximumot. További vita tárgyát képezte, hogy milyen beosztás szerint szabályozzák a speciális minimum és maximum mértékét. Az indokolás ismét nemzetközi példák egész sorát hozza,³³ a magyar jogalkotó az ötösével való beosztást választotta, mivel ezt találta a legösszerűbbnek a tizenöt évi generális maximum mellett.

A rendkívüli enyhítő körülmények érvényesülését a jogalkotó úgy kívánta biztosítani, hogy az általános részben meghatározza a rendkívüli enyhítés határait, de elkerülendő a túlzott enyhítési hajlamot, a bírónak ítélete indokolásában külön, részletesen ki kell térnie arra, hogy mely körülményeket, milyen okból értékelt rendkívül enyhítőként.

3) A fegyház

A fegyházbüntetésnek, mint önálló büntetési nemnek, a kódex megszabja generális minimumát és maximumát, mégpedig oly módon, hogy a fegyház lehet életfogytig tartó³⁴ vagy határozott tartamú, majd pedig ez utóbbi kategórián belül határozza meg az alsó (két év), illetve a felső határt (tizenöt év)³⁵, amelyet bűnhalmazat esetén sem lehet túllépni; a kódex életbeléptetéséről szóló törvénycikk egy esetben mégis megengedi:³⁶ húsz évi fegyházra ítélt, aki fegyház- vagy börtönbüntetésé idején olyan bűncselekményt követ el, amelyre szintén határozott tartamú szabadságbüntetés szabható ki.

Az életfogytig tartó szabadságbüntetés bevezetésének oka – amint az a részletes indokolásból kiderül³⁷ – hogy a törvényalkotó csak ezzel a büntetéssel tudja helyettesíteni a halálbüntetést; ennek alapján azt is gondolhatnánk, hogy ahol a különös részben életfogytig tartó fegyházat írt elő a kódex³⁸, eredetileg ott halálbüntetés állhatott volna, vagy állt.

A határozott idejű fegyházbüntetés leghosszabb tartama tizenöt év, a generális minimuma pedig két év. Az indokolásban kiderül, hogy egyfelől irányadó volt a büntetési nem természete: ennél rövidebb fegyházbüntetésnek – tekintettel az írt rendszerű végrehajtásra – nem lett volna értelme; másfelől a fegyház a súlyosabb szabadságbüntetés, azaz csak súlyos büntett büntetésére alkalmas, tehát nem aggályos a generális minimum meghatározása, hiszen, ha valamely enyhítő

³³ Például az olasz büntetőtörvénykönyv egészen szűkre szabta a kereteket: öttől hét évig, illetve nyolctól tíz évig terjedő fegyházbüntetéseket állapított meg; másik végletként említi az indokolás a porosz büntetőtörvénykönyvet, amely például 5–20 évig terjedő fegyházzal büntette az anya által elkövetett gyermekgyilkosságot.

³⁴ Huszadik életévét be nem töltött elkövetővel szemben nem volt kiszabható. (1878.V.tc. 87.§)

³⁵ 1878.V.tc. 22.§: *“A fegyház vagy életfogytig tart, vagy határozott tartamu. A határozott idejű fegyház leghosszabb tartam tizenöt év, legrövidebb pedig két év.”*

³⁶ 1880.XXXVII.tc. 36.§

³⁷ Lásd 22.§-hoz fűzött részletes indokolást.

³⁸ Életfogytig tartó fegyházzal lehetett büntetni a felségsértés bizonyos eseteit [1878.V.tc. 125.§ 2., 3. és a 126.§ 3. pontjai]; hűtlenség bizonyos eseteit [140.§ (2)]; erőszakos nemi közösülést és a természetellenes fajtalanságot, ha a sértett halálát okozza [225.§ és 229.§ 2.]; szándékos emberölést, ha azt fel- vagy lemenő ági rokon ellen követték el [268.§]; rablás bizonyos minősített esetét [337.§]; gyűjtogatás bizonyos eseteit [398.§]; vízáradás szándékos okozását és közveszélyű megrongálását, ha ez által emberélet veszett el [404.§ 2. és 408.-409.§].

körülmény folytán ez a két év is túl súlyosnak tűnnék, akkor megnyílik a lehetőség másik szabadságbüntetést kiszabására.³⁹

A fegyházbüntetésről a továbbiakban a 28.§–34.§ szólnak, végrehajtásának körülményeit a fegyházra vonatkozó előírások szabályozzák.⁴⁰ E büntetést országos fegyházintézetben kellett végrehajtani, a fegyencet⁴¹ büntetése alatt dolgoztatták, fegyházintézetben kívül közmunkákra is igénybe vehették, de csak akkor, ha megoldható az elkülönítésük a többi munkástól. A fegyházintézet igazgatósága jelölte ki az elvégzendő munkát,⁴² tehát – ellentétben a többi szabadságbüntetéssel – a fegyenc nem választhatott.⁴³

A kódex szabályozza a fegyházbüntetés lefolyását is.⁴⁴ A fegyenc, büntetésük letöltésének megkezdésekor, magánelzárásba kerül, amelynek tartama, ha háromévi, vagy ennél hosszabb tartamú a fegyház, egy év; ha pedig három évnél rövidebb, a büntetésnek az egyharmad része. Életfogytig tartó fegyház esetén a magánelzárás csak a büntetés letöltésének megkezdésétől számított tíz éven belül volt alkalmazható, fegyelmi büntetésként azonban, bármilyen tartamú legyen is a fegyházbüntetés, bármikor ki lehetett szabni.⁴⁵

Nem lehetett alkalmazni a magánelzárást, ha a fegyenc testi, vagy szellemi épségét közvetlenül veszélyeztetni, illetve, amennyiben ilyen helyzet a magánelzárás tartama alatt alakul ki, azonnal félbe kellett szakítani. Ezen körülmény fennállását az orvos kötelessége bejelenteni, mielőtt a közvetlen veszélyt észlelte. A félbeszakított magánelzárás tovább folytatódott, ha a félbeszakítás oka megszűnt, azonban ha letelt a büntetési idő fele, akkor már – a fegyelmi büntetést⁴⁶ leszámítva – nem volt alkalmazható. Ez utóbbi generális szabály, tehát nem csak a félbeszakítás esetén, hanem minden esetben alkalmazandó, amennyiben már eltelt a büntetési idő fele, akkor a magánelzárást nem lehet alkalmazni.⁴⁷

A magánelzárás tartama alatt a fegyenc a látogatás, az istentisztelet, az iskola és a szabad levegőn időzés kivételével mindenkitől el volt különítve éjjel és nappal egyaránt. Az így magánelzárásban tartott fegyenc is munkára fogható,⁴⁸ amelyet a zárkájában köteles elvégezni,⁴⁹ (Itt hívnám fel a figyelmet arra, hogy az Írországból működő rendszerben a magánelzárás tartama alatt a fegyenc

³⁹ Részletesebben lásd 22.§-hoz fűzött indokolást.

⁴⁰ A Csemegi kódex idején fennállott börtönrendszer elemzésétől eltekintve – ez egy külön tanulmány témája lehetne – mindazonáltal szólni kell arról, hogy a törvény említ országos fegyházintézetet, országos fogházat, kerületi börtönt, törvényszéki fogházat, járási fogházat valamint húsz évnél fiatalabb elkövetők esetén javítóintézetet. A kódex bevezette a hosszabb tartamú szabadságvesztések esetére – ír példára – a közvetítő intézetet, amelynek lényege, hogy a szabadságvesztés büntetéseket fokozatosan kell végrehajtani. Írországból az 1850-es években vezette be Walter Crofton ezt a rendszert, amelyet korábban már részletesen ismertettük. (bővebben lásd NAGY Ferenc: Magyar büntetőjog általános rész. Budapest 2001, 362.–363. oldal; valamint az 1878. V. tc. általános indokolásának a büntetési rendszerhez fűzött részét [harmadik fejezet], amely részletesen bemutatja az akkori Írországból fennálló rendszert.)

⁴¹ A fegyházra csak 16 éven felüli büntetett ítéltető a kódex 85.§-a alapján. (EDVI ILLÉS 1909 123. o.)

⁴² 1878.V.tc. 29.§

⁴³ EDVI ILLÉS 1909 123. o.

⁴⁴ A fegyházbüntetés végrehajtására vonatkozó részletes szabályozást 2106/1880 I.M.E. rendelet II. sz. melléklete tartalmazta. Ezen rendelet bemutatására terjedelmi okokból nem kerülhet sor. Lásd ANGYAL Pál–ISAÁK Gyula: Büntető törvénykönyv a büntettekéről és a vétségekről. Budapest 1937, 22. o. A fegyház végrehajtásának részletes leírását lásd FINKEY 1902 356.-365. o.

⁴⁵ Magánelzárás időtartamára vonatkozóan lásd 1878.V.tc. 30.§, 34.§

⁴⁶ Ehhez lásd BALKAY István: Szabadságvesztés-büntetésre ítélt ellen alkalmazható fegyelmi büntetések. Jogtudományi Közlöny 1882

⁴⁷ 1878.V.tc. 32.§, 33.§

⁴⁸ BODOR rámutat ezen szabály végrehajthatatlanságára. A magánelzárásban levő fegyenc ugyanis, mint azt fentebb is leírtuk, csak a zárkájában dolgozhatott. Ennyi munkára alkalmas – de akárcsak a *“télenséggel egybekötött magánfogság”*-hoz elegendő számú – zárkával Magyarország nem rendelkezett. *“Azt kérjük: hogy az országban melyik fogház vagy kisegítő-börtön az, hol a magán-elzárásban levők megfelelő munkával láthatók el?”*(BODOR 1881/17. 151. o.)

⁴⁹ 1878.V.tc. 30.§

nem volt dolgoztatható.) tehát az írás rendszer egy mutációját hozta létre a jogalkotó, azonban ezen változtatás miéért az indoklás nem ad választ.

A törvény szabályozásának részletességére plasztikus példaként szolgálhat azonos paragrafus⁵⁰, amely azt határozza meg, hogy a fegyverek, a fegyverek területén belül, naponta egy órát lehetnek szabad levegőn, ezt az időt az orvos véleménye alapján az igazgató meghosszabbíthatta.

4) Az államfogház

Már a törvényi szabályozásból is sejteni lehet, de a kódex általános indoklásából is kiderül, hogy ez a büntetés kivételt képez a többi szabadságbüntetés közül, egyfelől azért, mert mind vétségekre, mind büntetésekre, másfelől pedig egy bizonyos fajta bűncselekménycsoport – az úgynevezett politikai bűncselekmények⁵¹ – elkövetőivel szemben lehetett alkalmazni. Ebből következik a büntetés azon sajátos tulajdonsága, ami miatt szintén kiemelkedik a többi szabadságbüntetés közül, nevezetesen, hogy nem célja a bűnös személy megjavítása, inkább *“a custodia honesta jellegével bír, s kizárólag az elítélt személyes szabadságának elvonása és az érintkezéseinek megszorítása által hajtatik végre”*. Erre utal egyrészt, hogy az államfogházra ítélték nem kötelezhetők munkavégzésre, másrészt, hogy az államfoglaltok nincsenek elkülönítve egymástól még a büntetésük megkezdésekor sem, ugyanakkor minden más elítélttől külön kell tartani őket, nem engedhető meg az intézetbe nem tartozó személyekkel való érintkezés.⁵² A törvényalkotó nemzetközi – belga, német és svájci – példákkal igyekszik alátámasztani a büntetési nem bevezetésének indokoltságát; az említett országokban – így Magyarországon is – az elítélt által elkövetett cselekményben látták indokait. A politikai bűncselekmények motívumai nem olyan aljas indokból származnak, mely a közvéleményt is arra készítetné, hogy a közönséges büntetésekkal egy sorba hozza a fentebb említett bűncselekmények elkövetőit, ezért indokoltnak látszik a kivételes bánásmód.⁵³

A törvény az államfogház generális maximumaként tizenöt évet, generális minimumaként pedig egy napot szab meg,⁵⁴ melynek oka, hogy ezt a büntetési nemet mind büntettek mind pedig vétségek esetén is lehetett alkalmazni, így módon a büntetési tételek tekintetében a fegyver és a fogházbüntetési tételeire vonatkozó szabályok keveredtek.⁵⁵ A feltételes szabadságra bocsátás lehetőségéről – holott a kódex nem szabályozza⁵⁶ – FINKEY a következőket írja: *“Az egy évnél hosszabb államfogházra ítélték saját kérelmükre s a felügyelő bizottság ajánlatára, büntetésük 3/4-ének kiállása után szintén feltételes szabadságra bocsáthatók. A feltételes szabadságra bocsátás feltételei s annak végrehajtási módja és hatálya teljesen azonos, mint a fegyverháznál és börtönnél.”*⁵⁷ Az államfogház büntetést országos fogházban kellett végrehajtani, melynek módját szintén részletesen szabályozza a kódex.⁵⁸ Az államfoglaltok csak éjjel voltak elkülönítve egymástól, míg nappal együtt őrizték őket, a büntetés letöltése alatt saját maguk ruházkodtak, és magukat látták el étellel. Az államfogház fegyelmi rendje enyhébb volt mind a fegyverház, mind pedig a börtön szabályainál; nem lehetett munkára kötelezni az államfoglaltokat – de szabadságukban állt, hogy

⁵⁰ 1878.V.tc. 31.§

⁵¹ Ezen bűncselekmények közé tartoznak például: 141.–142.§-ban meghatározott állam fegyveres ereje elleni büntettek; 144.–145.§-ban meghatározott diplomáciai büntettek.

⁵² Anyaggyűjtemény 1878 51. o.

⁵³ Anyaggyűjtemény 1878 50.–53. o.

⁵⁴ 1878.V.tc. 23.§

⁵⁵ Bővebben lásd a 23.§-hoz fűzött indokolást.

⁵⁶ A szabályozás hiánya ellenére FAYER is megemlíti, hogy az államfoglaltok feltételesan szabadlábra helyezhetőek. (FAYER 1905 178. o.)

⁵⁷ FINKEY 1902 366. o.

⁵⁸ Az államfogház végrehajtására vonatkozó részletes szabályozást lásd 1140/1895. III. 14. I.M.E. rendelet, továbbá 12166/1919. I.M. rendelet. Ezen rendeletek bemutatására terjedelmi okokból nem kerül sor. Lásd ANGYAL–ISAÁK 1937, 22. o.

dolgozzanak, és ezt a munkát, az intézet viszonyaihoz igazodva maguk választhatták meg – valamint naponta két órát tölthettek szabad levegőn.⁵⁹

5) A börtön

Ezen büntetési nem legrövidebb mértéke hat hónap, leghosszabb tartama pedig tíz év,⁶⁰ melynek indoka az, hogy a büntettek – nem számítva ide speciális jellemzője miatt az államfogházat – kétféle szabadságbüntetés volt kiszabható: fegyház vagy börtön. A fegyház a súlyosabb büntetés, legkisebb tartamát két évben, legmagasabb tartamát tizenöt évben határozták meg, ebből következett, hogy az enyhébb börtön esetében alacsonyabb minimumot, illetve maximumot kellett megszabni, hogy *“a büntettek legkevésbé súlyos fajtái számára is fel lehessen található az igazságos büntetés, nehogy a bíró kénytelen legyen sok esetben vétségge minősíteni a cselekményt, melyet annak obiectiv ismérvei szerint büntettnek nyilvánított”*.⁶¹

A börtönt, mint különálló büntetési nemet kerületi börtönben vagy az igazságügy miniszter által kijelölt törvényszéki fogházban kellett végrehajtani.⁶² A törvény a börtön esetében is oly módon szabályozza a büntetés végrehajtásának módját,⁶³ hogy visszautal a fegyházbüntetés szabályaira, és csak az azokhoz képest eltérő szabályokat írja le.⁶⁴

A börtönre ítéltet szintén munkavégzésre kötelezte a törvény – akárcsak a fegyház esetében – azonban a börtönre nézve megállapított munkanemek közül szabadon választhattak. A börtönre ítéltet közmunkára is kötelezhették, de ebben az esetben a beleegyezésére volt szükség, és nem csak a szabad munkásoktól, hanem a fegyencektől is el kellett különíteni.⁶⁵

A börtönre ítélt napi két órát tölthetett szabad levegőn, amely fegyelmi büntetesként leszállítató volt egy órára, azonban e megszorítást nem alkalmazhatták tovább két napnál, vagyis legfeljebb két egymást követő napon volt szabad leszállítani egy órára a napi levegőzés idejét.⁶⁶

Ezen két változtatástól eltekintve, a börtönbüntetés végrehajtására ugyanazok a szabályok voltak irányadóak, mint a fegyház esetében, e közös szabályok leginkább a magánelzárás intézményére vonatkoztak, illetve valamilyen módon mind kapcsolatban állnak azzal; tehát a börtönre ítélték magánelzárásban kezdik meg büntetésük letöltését. A magánelzárás nem alkalmazható, illetve félbeszakítható az elítélt egészségi állapota miatt, és a félbeszakító ok megszűnését követően tovább folytatható, de csak abban az esetben, ha a büntetés fele még nem telt le, hiszen magánelzárásnak a

⁵⁹ 1878.V.tc. 35.§

⁶⁰ 1878.V.tc. 24.§ PAPP rámutat arra, hogy a kódex különös részében sehol sem szabott ki a jogalkotó öt évnél súlyosabb börtönbüntetést. PAPP szerint ennek oka a kodifikáció idejére vezethető vissza, amikor egyetlen esetre (az emberölés valamely esetére) tíz évi börtönbüntetést kívánt meghatározni a jogügyi bizottság, és ehhez kellett igazítani az általános részi szabályt. Azonban a kodifikáció menete során a tíz évi börtönből végül tíz évi fegyház lett, viszont az általános részi szabályról egyszerűen megfeledezett mind a bizottság, mind az országgyűlés. Ennek – amint arra PAPP rámutat – bűnhalmazat esetén van jelentősége, mivel adott esetben visszasságot eredményezhet. (PAPP Dezső: A börtönbüntetés alkalmazása bűnhalmazat esetén. Jogtudományi Közöny 1882/11. 87. o.) Ugyanezen visszasságot jelzi EDVI ILLÉS és FINKEY is. (EDVI ILLÉS 1894 98. o.; EDVI ILLÉS 1909 119. o.; FINKEY 1902 363. o.)

⁶¹ Bővebben lásd 24.§-hoz fűzött indokolást.

⁶² 1878.V.tc. 36.§

⁶³ A börtönbüntetés részletes szabályaihoz lásd 2106/1880. I.M.E. rendelet IV. számú mellékletét, a börtönbüntetés törvényszéki fogházban történő végrehajtásáról a 2100/1880. I.M. rendelet V. mellékletét, és a járásbírósg által kiszabott börtönbüntetés végrehajtásáról a 9862/1932. I.M. rendeletet. Ezen rendelték ismertetésére terjedelmi okokból nem kerül sor. Lásd ANGYAL–ISAÁK 1937, 22. o. Részletes ismertetést nyújt FINKEY 1902 363.–365. o.

⁶⁴ FAYER négy pontba szedi a fegyház és a börtön eltéréseit: 1) börtönre ítélték a munkanemek között választhattak 2) a börtön épületén kívül csak beleegyezésükkel lehet őket foglalkoztatni 3) naponta két órát tölthetnek szabad levegőn 4) a börtönbüntetést kerületi börtönben vagy törvényszéki fogházban hajtják végre. (FAYER 1905 179. o.)

⁶⁵ 1878.V.tc. 37.§ bővebben lásd EDVI ILLÉS 1909 128. o.

⁶⁶ 1878.V.tc. 38.§

büntetési idő felén túl – a fegyelmi büntetésként⁶⁷ történő alkalmazását kivéve – nincs helye. A magánelzárás tartamára szintén ugyanazok a szabályok voltak irányadóak, mint a fegyház esetében: háromévi vagy ennél hosszabb börtön esetén a magánelzárás tartama egy év, három évnél rövidebb börtön esetén a magánelzárás tartama a büntetés teljes időtartamának harmadrésze. A magánelzárás során a börtönre ítéltet a szabad levegőzést, az istentiszteletet, illetve a látogatást leszámítva a többi rabtól éjjel-nappal elkülönítve tartották.

6) A fogház

A fogházbüntetés kizárólag vétségek esetén szabható ki, melynek leghosszabb tartama öt év, legrövidebb tartam egy nap;⁶⁸ törvényszéki vagy járási fogházban kell végrehajtani,⁶⁹ s ennek módjáról a törvény szintén rendelkezik.⁷⁰ Magánelzárás csak abban az esetben alkalmazható, ha a fogház időtartama meghaladta az egy évet, amennyiben ez utóbbi eset áll fenn, úgy a fegyházra vonatkozó szabályok értelmében a büntetés egyharmadát kell a fogolynak magánelzárásban eltöltenie.⁷¹

A fogházra ítéltet is kötelezhették munkavégzésre, azonban – akárcsak a börtön esetében – választhatott a végrehajtási intézetre tekintettel megállapított munkanemek közül; a fogház területén kívül csakis beleegyezésével, és kizárólag közmunkára alkalmazhatták.⁷² *“Különösen tekintetre méltó okoknál fogva”* a bíróság a foglyot felmenthette a munkavégzés alól, valamint azt is engedélyezhette, hogy a fogházra ítélt saját költségén élelmezhesse magát.⁷³

A kódex a fiatalkorú fogházra ítélttekkel szemben külön szabályokat tartalmaz, melynek okaira a részletes indokolás derít fényt.⁷⁴ Eszerint minden büntetés célja a nevelés-javítás, amire a fiatalkorúak különösen fogékonyak, de ugyanakkor a negatív értelemben vett nevelés is hatással lehet rájuk; ez indokolja, hogy különösen körültekintőnek kell lenni a fiatalkorú elkövetők megbüntetésekor, ugyanis ennek során a szankció nevelő-javító szerepe fokozott hangsúlyt kapott. Ezzel magyarázza az indokolás, hogy a fiatalkorúnak ugyanazon cselekményért tulajdonképpen súlyosabb büntetést kellett kiállnia – hiszen adott esetben az egész büntetést magánelzárásban töltötte ki – mint az idősebb elkövetőknek. Ebben a szisztémában a fiatalkorút teljesen el lehetett különíteni a többi fogolytól, és ennek előnye az volt, hogy így kizárták a többi fogolynak a fiatalkorúra ható negatív befolyását.

A huszadik életévét be nem töltött fogoly nevelése-javítása céljából a bíróság ítéletében elrendelhetette, hogy a hat hónapnál nem súlyosabb büntetést – illetve amennyiben súlyosabb a büntetés, akkor legfeljebb hat hónapot – a fogoly magánelzárásban töltsön ki, továbbá a fiatalkorút kímélendő elrendelhetette, hogy magánelzárás helyett, az annak megfelelő időtartamot javító intézetben⁷⁵ töltsse ki.⁷⁶ Ezt a kedvezményt, ha célszerűnek mutatkozott, a bíróságon kívül az

⁶⁷ Ennek kapcsán lásd BALKAY 1882

⁶⁸ 1878.V.tc. 25.§

⁶⁹ 1878.V.tc. 39.§

⁷⁰ A fogházbüntetés végrehajtásának szabályozásához lásd a következő rendeleteket: a fogházzal szülő 2106/1880. I.M.E. rendelet V. számú melléklete, a fogházbüntetés törvényszéki fogházban történő végrehajtásáról szülő 8984/1933. I.M. rendelet, és a fiatalkorúak fogház-, államfogház-, és elzárásbüntetéséről szülő 27.300/1909. rendelet. Ezen rendeletek bemutatására terjedelmi okból nem kerül sor. Lásd ANGYAL–ISAÁK 1937, 22. o.

⁷¹ 1878.V.tc. 40.§

⁷² 1878.V.tc. 40.§

⁷³ 1878.V.tc. 41.§

⁷⁴ Bővebben lásd 42.–43.§-hoz fűzött indokolásban.

⁷⁵ Javító intézet alapvetően a tizenkét-tizenhat éves – beszámítási képességgel rendelkező – büntetettekkel szemben alkalmazható szankció. (lásd 1878.V.tc. 84.§; FAYER 1905 182.–188. o.)

⁷⁶ FINKEY a javító-intézetet nem büntetésnek, hanem *“kényszernevelési eszköznek”* tekintette. Álláspontját azzal indokolta, hogy a kódex nem vette fel a büntetések felsorolásába a javító-nevelést. (FINKEY 1902 338. o.); A javítónevelés szabályozásáról szülő 27.200/1909. I.M. rendeletet; A fiatalkorúak fogház-, államfogház-, és elzárásbüntetésének végrehajtásáról szülő 27.300/1909. I.M. rendeletet; A fiatalkorúak felügyelő hatóságáról szülő 27.400/1909. I.M. rendeletet. Ezen rendeletek bemutatására terjedelmi okokból nem kerül sor.

igazságügy miniszter is elrendelhetette, aki a felügyelő bizottság javaslata alapján hozta meg döntését ebben az ügyben. *“A felügyelő bizottság tagjai: a törvényszék elnöke illetőleg helyettese, a királyi ügyész, illetőleg királyi alügyész, az igazgató (felügyelő), a lelkész, a tanító, továbbá a törvényhatóság közigazgatási bizottsága által megválasztott két egyén.”*⁷⁷ ami akkoriban teljesen új intézmény volt.⁷⁸

7) A közvetítő intézet

E Magyarországon teljesen új intézmény bevezetésének mikéntjéről, a megfelelő intézmények felállításának üteméről a szakirodalomban heves viták zajlottak,⁷⁹ melynek részletes bemutatása, leírása nem képezheti a dolgozat tárgyát, tekintve, hogy ez nem szorosan értelemben vett büntetőjogi, hanem sokkal inkább büntetés-végrehajtási – ezen belül is inkább szervezeti-szervezési kérdéseket taglaló – téma volna. A közvetítő intézet bevezetésének okait a kódex – már korábban ismertetett – indokolásában találjuk, most kizárólag a magyarországi megvalósulásáról, szabályozásáról lesz szó.

A Csemegi kódex a közvetítő intézetet csak a hosszabb tartamú – háromévi, vagy ezt meghaladó – fegyház vagy börtön esetére alkalmazza; ennek okát abban találhatjuk meg, hogy rövidebb tartamú szabadságbüntetés esetén az elítéltek csak viszonylag kevés időt töltenének el a közvetítő intézetben, és - ahogy már korábban idéztem az általános indokolásból – az elítélt hatékony javítás-neveléséhez hosszabb periódusra volna szükség. A szabályozás szerint közvetítő intézetbe csak azok kerülhettek, akik szabadságbüntetésüknek legalább kétharmadát kitöltötték – életfogytig tartó fegyház esetén tíz év eltelte után – és *“szorgalmuk, valamint jóviseletük által a javulásra alapos reményt nyújtottak.”*⁸⁰

A közvetítő intézetbe való átszállításról az igazságügyminiszter döntött, miután a felügyelő bizottságot⁸¹ meghallgatta.⁸² A törvény indokolása⁸³ praktikussági szempontokkal támasztja alá a döntési jogkörnek a miniszterre történő átruházását. Az indokolás rámutat, hogy a döntéshez szükséges – fegyházakra illetve börtönökre vonatkozó – jegyzeteket és nyilvántartásokat, amelyek az egyes intézetekben fennmaradó szabad helyek számát tartalmazzák, a minisztériumban vezetik, ezért a miniszter képes a legmegfelelőbb döntést hozni.

A közvetítő intézetben az elítéltek szintén dolgoztak⁸⁴, ám enyhébb fegyelmi szabályok vonatkoztak rájuk. E fegyelmi szabályokról, sem a törvény, sem a részletes indokolás nem tesz említést, az általános indokolásból azonban ezek jellegéről kaphatunk némi képet;⁸⁵ egy jogszabály sem ír elő fegyelmi büntetést fegyelmi vétség esetén, az elítéltet visszaküldhették a fegyházba illetve a börtönbe.⁸⁶

⁷⁷ 1878.V.tc. 43.§ továbbá 2106/1880. I.M. rendelet VII. melléklete.

⁷⁸ JESZENSZKY a bizottság túlméretezett létszámát feleslegesnek vélte, és jelezte, hogy emiatt működése nehézkessé válhat. Megjegyzi, hogy Németországban az intézmény létezik, és összetétele igen hasonló, ez alapján párhuzamot vonva jelzi előre a lehetséges problémákat. (JESZENSZKY 1880/45. 307. o.)

⁷⁹ Lásd pl. BALKAY cikkét, amelyben SZABÓ JÓZSEF lipótvári királyi kerületi börtön-igazgatónak a Fegyintézeti Értesítő 1881/2. számában megjelent írásával vitatkozik. (BALKAY István: A külön közvetítő intézetek kérdéséhez. Jogtudományi Közlöny 1882) Ezen írásra reagál aztán SZABÓ. (SZABÓ József: A külön közvetítő intézetek kérdéséhez. Jogtudományi Közlöny 1882) A vita közöttük arról szólt, hogy vajon előbb a közvetítő intézeteket kell-e felállítani, vagy a magánelzárás feltételeit kell-e biztosítani. (vö.: BODOR 1881, JESZENSZKY 1880)

⁸⁰ 1878.V.tc. 44.§, 45.§

⁸¹ A felügyelő bizottságnak a feltételes szabadságra bocsátásnál is ugyanez volt a feladata. (lásd JESZENSZKY 1880/45. 307. o.)

⁸² 1878.V.tc. 46.§

⁸³ Bővebben lásd 46.§-hoz fűzött indokolásban.

⁸⁴ Fentebb már leírtuk, hogy az általános indokolás szerint az elítélteket kétféle munkára fogják alkalmazni, valamint ennek mikroökonómiai előnyeire is rávilágítottunk, így ennek megismétlésétől eltekintenénk.

⁸⁵ Lásd fentebb.

⁸⁶ 1878.V.tc. 47.§

8) A feltételes szabadság

A kódex által megvalósított progresszív rendszer utolsó eleme a feltételes szabadság.⁸⁷ Legyen szó bármilyen tartamú, vagy fajtájú szabadságbüntetésről, a feltételes szabadságot a kódex⁸⁸ kétféle módon szabályozza, aszerint, hogy az angol, vagy az ír progresszív rendszer szerint hajtották-e addig végre a szabadságbüntetést.

A paragrafus első bekezdése szól az ír rendszerű végrehajtásról, vagyis azon hosszabb tartamú szabadságbüntetésekről, ahol a feltételes szabadságot megelőzi a közvetítő intézet, mely csak a háromévi fegyház vagy börtön esetén volt alkalmazható, mégpedig a büntetés kétharmadának letöltése, életfogytiglani fegyház esetén pedig tíz év után. Az elmélet szerint a közvetítő intézet csak akkor tudja kifejteni jótékony hatását, ha az elítélt viszonylag hosszabb időt tölt ott. A feltételes szabadságnak – a jó magaviseleten, és azon túl, hogy csak azon elítéltek kérelmére alkalmazták, akik a közvetítő intézetbe bejutottak – feltétele volt, hogy a büntetés háromnegyed része illetve életfogytig tartó fegyház esetén tizenöt év már letöltött legyen.⁸⁹

A második bekezdés pedig az angol progresszív rendszerre vonatkozik, amire abból lehet következtetni, hogy ehelyütt a törvény nem említi, hogy a közvetítő intézetben tartott elítélt kérheti a feltételes szabadságot; *a contrario* tehát bármilyen elítélt kérheti, tehát az angol rendszerű végrehajtásnak megfelelően nem alkalmazzák a közvetítő intézetet. Az említett három⁹⁰ mellett további feltétel, hogy csak három évnél rövidebb fegyház⁹¹, egy évet meghaladó börtön⁹², illetve bármilyen más tartamú szabadságbüntetés⁹³ esetén alkalmazható.

A feltételes szabadság tartamára nézve a törvény nem tartalmaz kifejezett rendelkezést – ami nézetünk szerint felesleges is lenne – hiszen a bíró ítéletében megállapítja a büntetés mértékét, s amikor ez letelik – akár a feltételes szabadság tartam alatt is – akkor tekintették a büntetést kiállottnak. A kódex szabályozásából az életfogytig tartó fegyház esetébe ebben tekintetében a következő szűrhető le: Ugyanez vonatkozott erre is, így a feltételes szabadság sosem szűnt meg, a büntetés ugyanúgy az elítélt halálával tekintendő kiállottnak.

Az indokolás rámutat arra, hogy a törvényalkotó a feltételes szabadságot nem jognak, hanem inkább egyfajta kegyelemnek, enyhítésnek tekinti. Ezt jelzi az a tény is, hogy a feltételes szabadságra bocsátás feltételei között a törvény megemlíti, hogy azt az elítéltnak kell kérnie, és nem automatikusan jár a többi feltétel megléte esetén. Hiszen ez az indokolás szerint azt jelentené hogy a bűnelkövetők jogot kapnak arra, hogy az ítéletben kiszabott büntetés letöltése előtt elhagyhassák

⁸⁷ A feltételes szabadság intézmény bevezetésének okait lásd fentebb.

⁸⁸ 1878.V.tc. 48.§

⁸⁹ Ha utánaszámolunk, ez azt jelenti, hogy a jó magaviseletű elítélt, például ha háromévi fegyházra ítélték, akkor két évet töltött a fegyházban, ebből egy évet magánelzárásban, egy évet pedig közös munkarabságban, három hónapot töltött csak a közvetítő intézetben, és a maradék időt – kilenc hónapot – töltötte feltételes szabadságon. Tehát a törvényalkotó, amikor az indokolásban leírta, hogy csak viszonylag hosszabb idő alatt hatékony a közvetítő intézet, de ott nem határozta meg, hogy ez mit takar, magában a törvényben határozta meg, hogy három hónapi közvetítő intézetet tart minimálisan elegendőnek, hogy az kifejtse javító-nevelő hatását.

⁹⁰ E feltételek: 1, Jó magaviselet, amely a javulás reményét megalapozza. 2, Büntetés háromnegyed részének eltelte. 3, Az elítélt kéri a feltételes szabadságra bocsátást. (Azonban itt már nem feltétel, hogy közvetítő intézetbe kerüljön, hiszen az angol rendszerű végrehajtásban nem alkalmazza ezen intézményt.)

⁹¹ A fegyház generális minimuma két év volt, tehát fegyházbüntetés esetén – legyen az bármilyen tartamú – a fegyházban megvolt a lehetősége, hogy feltételes szabadságra bocsássa.

⁹² A börtön generális minimuma hat hónap volt; tehát, ha hat hónap és egy év között szabtak ki börtönt, akkor az elítélt nem volt feltételes szabadságra bocsátható.

⁹³ Államfogház kivételt jelent a progresszív rendszer alól, mivel nem voltak meg a stádiumai. Nem volt magánelzárás, nem voltak az államfoglyok munkára kényszeríthetőek. Azonban a feltételes szabadságra bocsátás lehetőségéből nem voltak kizárva, így az angol rendszer szerint meghatározott szabályok szerint jártak el, teljesen függetlenül az államfogház tartamától.

Fogház esetén – ezen bekezdés alapján – szintén lehetőség nyílt a feltételes szabadságra bocsátásra, tekintet nélkül a büntetés tartamára.

a büntetésvégrehajtási intézetet. A kegyelmet az elítéltnak ki kell érdemelnie, de ez lehetséges úgy is, hogy közben még mindig veszélyes a társadalomra, ezért hozta be a szabályozásba a törvényalkotó a kérelem intézményét. A kérelmet az intézet igazgatója bírálta el, és így a megjavult még nem tekinthető, de a feltételeknek egyébként megfelelő elítélt nem kerülhet vissza idő előtt a társadalomba.⁹⁴

A társadalom védelmét szolgálta, hogy a kódex bizonyos elkövetőket személyükre tekintettel kizárt a feltételes szabadságra bocsátás lehetőségéből.⁹⁵ Egyfelől nem bocsáthatták feltételes szabadságra a külföldi elkövetőt; az indokolás csak megemlíti, hogy e szabályozást a célszerűség indokolja, de nem fejti ki részletesen, hogy ez mit takar, így én sem bocsátkoznék találgatásokba. Másfelől nem volt feltételesen szabadságra bocsátható az sem, aki bizonyos bűncselekményeket⁹⁶ mint visszaeső követett el.

A feltételes szabadságra bocsátottak számára magatartási szabályokat határoztak meg tartózkodási hely, magaviselet és életmód tekintetében. Ezzel kapcsolatban meg szeretném említeni ANGYAL írását, amely bár jóval a kódex hatályba lépése után született, csak Pécsre, valamint környékére fókuszál, és csupán a fogházakra vonatkozik, mégis bepillantást enged abba, hogy a büntetésvégrehajtást a korban nem csupán állami eszközökkel képzelték el. A társadalmi szervezeteknek főleg a büntetés e szakaszában, különösen a reszocializáció elősegítésében volt kiemelkedő szerepük. A volt elítéltnak nyújtottak anyagi, erkölcsi támogatást, ezáltal belátható a magatartási szabályok betartatásában megmutatkozó közvetett szerepük.⁹⁷ Amennyiben a szabályokat az elítélt megszegi az igazságügyminiszter visszavonhatta⁹⁸ a feltételes szabadságra bocsátást.⁹⁹

Sürgős esetekre – mivel a miniszter általi visszavonás, majd az ezt követő intézkedés relatíve sok időt vett igénybe – lehetőséget adott a törvény a királyi ügyésznek a közigazgatási tisztviselőknek, valamint a községi elöljáróknak, hogy a feltételesen szabadságra bocsátottat azonnal letartóztassák, majd ezután indult meg az eljárás, amely a miniszter döntésével végződött. Amennyiben a feltételes szabadságot visszavonták, a letartóztatás tartama beszámított a még hátralevő büntetésbe.¹⁰⁰

A feltételes szabadság visszavonása esetén az elítélt a megszakítástól folytatja büntetésének letöltését, a feltételes szabadságon töltött időt nem számították be, ugyanis a feltételes szabadságot, mint kedvezményt, arra tekintettel adták az elítéltnak, hogy az már a javulás útjára lépett, ha előre látható lett volna, hogy ezzel a kedvezménnyel a feltételesen szabadságra bocsátott visszaél, úgy biztosan nem kapta volna meg; tehát tulajdonképpen itt egyfajta *in integrum restitutió*ról van szó: olyan helyzetet teremtenek, mintha a feltételes szabadságra bocsátás nem történt volna meg.¹⁰¹ Ha a feltételes szabadságra bocsátás ideje lejár anélkül, hogy azt vissza kellett volna vonni, akkor úgy kell tekinteni, mintha az elítélt kitöltötte volna a büntetését.¹⁰²

A törvény 52.§-ának¹⁰³ a feltételes szabadsághoz fűződő viszonya annyi, hogy bár a szabadságbüntetést nem tudják még végrehajtani a kódex szabályozása szerint, mert az intézetek

⁹⁴ Bővebben lásd 48.§-hoz fűzött részletes indokolásban.

⁹⁵ 1878.V.tc. 49.§

⁹⁶ 333.§ lopás; 344.§ rablás és zsarolás; 355.§ sikkasztás, zártörés, és hűtlen kezelés; 370.§ orgazdaság és bűnpártolás; 379.§ csalás; 422.§ gyűjtogatás; meghatározott büntettek illetve vétségek eseteiben a visszaeső elítélt nem volt feltételesen szabadságra bocsátható.

⁹⁷ Bővebben lásd ANGYAL Pál: A patronage fejlődése Pécsen és vidékén. Jogtudományi Közlöny 1908/47. 376. o.

⁹⁸ Tehát nem kötelező; a miniszter diszkrecionális jogkörében állt. FAYER összesítette az arra vonatkozó 1880 és 1897 közötti statisztikai adatokat, amelyek a feltételes szabadságra bocsátottak számát összeveti a visszavonások számával. (Táblázatot lásd FAYER 1905 192. o.) Ez alapján megállapítható, hogy az intézmény sikeres, mert legalább addig kifejtette speciál preventív hatását, amíg büntetéssel fenyegetett. FAYER is megelégedettségét fejezi ki ezen intézménnyel kapcsolatban. (FAYER László: Büntetési rendszerünk reformja I. – adalék a Btk. módosításához. Budapest 1889 5. o.)

⁹⁹ 1878.V.tc. 50.§ első bekezdését

¹⁰⁰ 1878.V.tc. 51.§

¹⁰¹ 1878.V.tc. 50.§ második bekezdését, valamint az ehhez a szakaszhoz fűzött indokolást

¹⁰² 1878.V.tc. 50.§ harmadik bekezdését

¹⁰³ Vö. fentebb.

még akkor nem léteztek, de a feltételes szabadságra vonatkozó szabályokat ekkor is alkalmazni kellett.

Szigeti Péter

A jogtudomány eszméje és hivatása

Ezzel a szép, gondolatokat ébresztő címmel kezdek előadásom, Önök – kedves kollégáim – megtisztelő figyelme mellett. Olyan témában, melyhez nagyon fiatalon nem is igen illik hozzászólni, azonban arra tekintettel, hogy egyfelől már fiatal sem vagyok, másfelől pedig 1978 óta állok a katedrán, talán már eleget tettem az általam felállított szubjektív kritériumnak. Nem szeretném elhallgatni, hogy előadásom címe kollégánk, Cs. Kiss Lajos filozófus úr szellemi leleménye, akit egyrészt Max Weber méltán híres írása – A tudomány mint hivatás (Wissenschaft als Beruf, 1919) – ihlethetett, másrészt pedig Edmund Husserl szellemisége, aki azt gondolta el, hogy hogyan lehetséges a filozófiát komoly tudományként művelni. Bizony, a filozófiát és a társadalomtudományokat egyaránt lehet komolyan művelni, ha azokat nem a természettudományok különmemű mércéjén kívánják „levizsgáztatni”, vagy pedig a matematikáén (amely nem természettudomány, hanem hozzávetőleg, az absztrakt mennyiségi viszonyok és a térbeli, geometriai képződmények, elvont formális tudománya, amely mivel nem tárgyspecifikus¹, igen sok területen – így a társadalomtudományokban is – jól alkalmazható, anélkül, hogy a társadalomtudományok tudományossága azok matematizáltsági fokán állna vagy bukna². Harmadrészt alighanem Robin Collingwood is hathatott, az Ő historizmusa is motiválhatott, a maga „The Idea of History”-jával. Mindhármukat saját tudományuk létjogosultsága, feladata, értelme foglalkoztatta, Nicolai Hartmannal szólva – intentio reflecta – problémaként. Azaz nem egy priméren természeti vagy társadalmi jelenségen, vizsgálati tárgyon gondolkodtak, hanem azon, hogy mit kezdhet saját tudományuk önmagával, mit kezdhet a közvetlen tárgy helyett saját magát a reflexió elé állító fogalomképzés, megismerés, elméletalkotás? Még tömörebben: nem a tárgyra irányuló közvetlen szemléletre, hanem a szemlélet szemléletére irányuló kérdésfeltevést igényel a tudomány eszméje kérdésének megválaszolása. A válasznak persze fogalminak kell lennie, hisz aki a perspektíva fogalmi pozicionálása nélkül akar szemlélődni, annak moziba kell járnia, s nem társadalomtudományt üzni, – hogy Weber Karl Jaspersnek mondott bon mot-jával világítsuk meg az itt meglévő helyzetet. Előrebocsátva megoldásunkat: a jogtudomány eszméje a jog eszméjének, céljának a szolgálata. Olyan perspektívába kell helyeznie tehát önmagát, ahol hivatását a legjobban a jogeszmé megvalósításának, az igazságosságnak a szolgálatába állíthatja

Szociológus, filozófus és történész gondolhatnák, s hol itt jogtudomány ? – ezt egyenesen kérdezhetnék is Tőlem. Ám Weber munkásságának érintésével nemcsak a tudomány hivatásának szociológikumát állíthatjuk előtérbe – ti. hogy *tudós az*, aki par excellence *élethivatásszerűen gyakorolja a tudományos tevékenységet* – hanem vele figyelmünket már egy

¹ Ezért van az, hogy a matematikusok gyakran nem is óhajtják megmondani, mivel foglalkoznak, megelégszenek azzal, hogy „nem tudják, de teszik”, s az alkalmazhatóság igazolja eredményeiket. (Természetesen az akadémiai klasszifikáció szerinti több mint százféle matematikán belüli irány átfogásának igényével nem léptünk fel megközelítő meghatározásunkkal).

² Saját tárgyak és módszerek ugyanis. *A társadalmi lét*, amely sajátos praxisforma, nem egyszerűen természeti-fizikai és nem is egyszerűen szellemi realitás, hanem a szervetlen és a szerves természetközveti képest azokra ráépülő, de megszüntetve-megőrző, tehát kategorialis nóvumot tartalmazó, s azokat magasabb szinten magukba foglaló létszféra. Épp ezért sokféle módszerrel megközelíthető – s persze sokan, éppen módszertani felkészületlenségük okán – inkább csak lejártnak tudják, semmint művelni a társadalmi-történelmi tudományokat.

igencsak felkészült, eredendően jogász végzettségű emberre is irányíthatjuk, akinek komoly mondanivalója van a jogászai racionalizmusról, és benne a jogtudományról is.

II.

A jogtudomány szerepének témája hosszú múltra tekinthet vissza, s majdnem a joggal egyidős probléma, amennyiben a római jogtudomány genezise a régi jog korszakára vezethető vissza. „Az ősi római jog hivatott ismerői a pontifexek kollégiumának tagjai voltak,... s a pontifex maximus vezetésével tartották nyilván a törvénykezésre az istenek által alkalmasnak nyilvánított napokat’ (dies fasti), s így papi funkciójuk a bíraskodással szorosan összefonódott”. (Brósz-Pólay: Római jog Tankönyvkiadó, 1992, hetedik kiadás, 74.o.) A mai nap számunkra emlékülésre, s nem törvénykezésre való, mert – szerencsénkre – hatalmunkban állt túlvilági erők segítsége nélkül is annak nyilvánítani, anélkül, hogy hatalmunkban állna törvényt alkotni. A jog az euró-atlanti térségben, ma formális racionalizációja és szekularizációja következtében, szintén elszakadt mágikus eredetétől, noha közsímet, hogy a jogtudományi fogalomképzésre, a jog dogmatikájára, a teológiai gondolkodás is befolyást gyakorolt, s a kezdetekben jelentősen elősegítette módszertanának, elsősorban a glosszátorok, kommentátorok majd az egzégétikus (l’*école de l’exégèse*-hez és ahhoz hasonló), szövegelemző-magyarázó jogtudománynak a kialakulását. Kezdjük mi is elemzésünket a szakjogtudományokkal, vagy ágazati jogtudományokkal, amennyiben azok a hagyományos jogtudományt, a jurisprudenzt éppen az értelmezési, a jogdogmatikai, rendszerezési kérdések előtérbe állításával művelik. Miért? Hogyan jellemezhető a jogászai szakmák és a hagyományos jogtudomány kapcsolata?

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

hogy a jogrendszer mint egész és egység, mint egy intenzív totalitás, alkotóelemei és részrendszerei változásai ellenére meddig marad azonos önmagával. Tehát nem pusztán egy-egy jogterület belső sajátosságára reflektál. A jog belső és külső komplexitása itt együtt a vizsgálat tárgya. Ebben az összefüggésben a jogtörténet, a jogösszehasonlítás és a jogszociológia is a jog szintetikus elmélete megalkotásának összetevője. Hiszen a *jogtörténet* a jogrendszerek időbeli változásait, a diakronikus szempontot érvényesítve tárgyalja a folyamatokat, míg a *jogösszehasonlítás* – az összehasonlítás alapjának tisztázása után – az azonos alapon fellépő szinkron jelenségek összevetéséből próbál meg jogi jelenségeket magyarázni, lehetséges megoldásokat feltárni, következtetéseket levonni. Elkerülve az *egyidejű különidejűség* történeti-telenségének csapdait. Például olyasmit, hogy egy jogalkotó ott akarjon emberi jogi dimenziójú, igen szubtilis, kifinomult jogvédelmet kreálni, ahol – s többnyire ez a helyzet a hagyományos vagy a vallási jogrendszerekben – nemhogy az alapjogok státuszát, hanem az alanyi jogok fogalmát sem ismerik vagy ismerik el. Ha ugyanis a komparativisztika a különböző fejlettségű, minőségű jogok egyidejű létezése közötti distinkciót nem teszi meg, akkor csak az lehet, amit Marcel Proust nagyszerű regényfolyamában, az „À la recherche du temps perdu”-ben az összehasonlító tudományokról írt: elegáns időtöltés. A *jogszociológia*, a jog okozatos összefüggéseinek, társadalmi feltételezettségének és hatékonyságának kutatását végezve pedig elősegíti a jogérvényesülés mechanizmusainak – az önkéntes jogkövetés motívumainak és a jogérvényesítés eszközrendszerének – a megértését.

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

Weber Jogszociológiájában – tőlünk eltérően – nem tett különbséget az elméleti és gyakorlati jogász munka között. Azt mondhatnám, hogy az Őt foglalkoztató fő probléma vonatkozásában – a jog váltoásaiban a politikai tényezők (impérium) és a gazdasági feltételek mellett miért jut döntő szerephez a jogászság – ez némelyest megengedhető is volt. Ily módon a jogász munkába, annak módszeressége és logikai szempontból legmagasabb fokú racionalitásába beleértve a jogtudományt, a következő öt posztulátumát találta: „1. minden konkrét jogi döntés egy elvont jogi tétel „alkalmazása” egy konkrét „tényállásra”, – 2. az érvényes elvont jogi tételekből a jog logikájának segítségével minden konkrét tényállásra levezethetőnek kell lennie valamilyen döntésnek, – 3. az érvényes tárgyi jognak tehát a jogi tételek „hézagmentes” rendszerét kell elénk tárnia, vagy látens módon tartalmaznia, legalábbis jogalkalmazási célokra ilyen rendszerként kell kezelnünk, – 4. amit jogilag nem lehet racionálisan „megkonstruálni”, az jogi szempontból nem is releváns, – 5. az emberek közösségi cselekvését általában úgy kell értelmezni, mint jogi tételek „alkalmazását” vagy „valóra váltását”, vagy éppen ellenkezőleg: mint bizonyos jogi tételekkel szembeni „vétséget” ..., mivel a jogrendszer „hézagmentességének” megfelelően a „jogi rendezettség” is alapkategóriája minden szociális történéseknek. (Jogszociológia, 1995, 22.) Szerintünk a jogi racionalizmus ezen posztulátumai közül, elsősorban a mai kontinentális jog fejlettségénél, az első kettő tapasztalatilag is előálló evidencia, míg a további három tudományos belátás következménye. Weber ezen jogi racionalitás követelményei jól mutatják a prudentia, a szakmai tapasztalat és a tudás egybefonódottságát. Ilyen és hasonló okok következtében vannak akik a jogtudomány tudomány jellegét is megkérdőjelezzik (Pl.: Sajó András: Kritikai értekezés

a jogtudományról Akadémia, Budapest, 1983). Magam az alkalmazott tudomány fogalmával tartom gondolatilag kezelhetőnek az itt kétségtelenül meglévő problémákat.

Mindazonáltal az operacionális tudás - ami a *szakjogtudományok művelő* esetében eloldódik a konkrét esetekhez, ügyekhez kötöttségtől - egyenesen meg is óvja a szakjogtudást attól, amit a Russel paradoxon első állítása mond a szaktudósról. Nevezetesen, így Bertrand Russel, hogy „szaktudós az, aki egyre kevesebbről és kevesebbről egyre többet és többet tud.” Ez a tudástípus valószínűleg nagyon jól illik a fizikusra, kémikusra, akik az anyag szerkezeti elemeinek egyre kisebb összetevőit ismerik meg és tárják fel. A makrofizikai testi dolgok mechanikáját a mikrofizikai kvantumelmélet követte, majd az anyag molekuláris és atomi szintjeinek vizsgálata következett, természetesen nem feltétlenül időbelileg, aztán a még kisebb kvarkoknál vagyunk. A jogtudomány azonban nem ezen a módon halad, mert egy roppant gyakorlatias képződmény. Legkisebb, logikailag értelmes egysége a jogtétel – ami értelmes jogi gondolat nyelvi kifejezése, anélkül, hogy jogi norma lenne – tovább már nem osztható. A szakjogtudományoknak valószínűleg ezért nem sajátja ez a mozgás. Nem fenyegeti az a veszély, ami a russeli értelemben vett szaktudást, ti., hogy tudása a rossz végtelenbe tartana – ami, ha belegondolunk, értelmetlenné is tenné erőfeszítéseit. (Ezért ezzel a definícióval szembeállítható és állítandó a *docta ignorantia*, vagy legalábbis annak gyanúja). A szakjogtudós tudásának határa ugyanis nem egy csökkenő mennyiségű, terjedelmű természetű tárgy, hanem egy állandóan újratermelődő tárgy: *a joganyag*. Egy számára adott tapasztalati realitás, véges és határolt empiria, pozitív természetű: létezik mert hat, hat mert létezik. A szakjogtudós élvezheti a létezés, a jog pozitivitását, tudása a *norma*, *döntés* és a döntések által kiváltott *jogviszonyok*, azok keletkezése, módosítása, megszüntetése vagy éppen deklaratív aktusok esetén, jogviszonyok deklarálása dimenzióiban mozog, tehát a jog szerkezeti, struktúra elemei közötti kölcsönhatásokban mozog. Amihez elsősorban belső szemlélet kell, amely joganyag változik és változtatható, külső szemléletben látható összefüggéseire nem, vagy nem feltétlenül kell, hogy reflektáljon. Saját kompetencia-határait szakmája magas szintű műveléséhez nem feltétlenül kell de lege ferenda eltolnia, s ezzel a lehetséges jogalkotás, a lehetséges és kívánatos jogintézmények természetjoga felé, a jogalkotás szociológiai, politológiai, ökonomiai összetevői felé kinyitnia. Gyakran ezt mégis megteszik, s akkor a jogalkalmazás vagy a jogalkotás jogpolitikai összetevőjeként értékelik műveleteiket. Mindenesetre a hatályos joghoz szigorúan kötődő szakjogtudományi felfogás képviselőit rázza meg leginkább az a Kirchmann által leírt, történelmileg nézve nem is ritka helyzet, hogy a törvényhozó helyesbítő szavára egész könyvtárak válnak makulatúrává. A joganyaghoz kötöttséget persze a szakjogtudós esetében is oldhatja a jogtudományhoz kötöttség, amennyiben annak a jogszabályoknál időt állóbb teljesítményei – jogdogmatikája, felelősségi alakzatai, szankciótana, klasszifikációi vagy éppen jogtechnikái, melyek a jogforrások értelmezésén keresztül maguk is a joggyakorlat összetevőivé válnak – ezek is munkásságának vizsgálati terepét képezik. Ilyen szempontból a tételes jogtól nemcsak a jogváltoztatás vagy a jogalkalmazás jogpolitikái, hanem a szakjogtudományok vezérlő-eszméi felé is kapcsolatot talál a *jurisprudencia*. Tehát a joganyag, a jogváltoztatás és a szakjogtudomány trichotóm világaként jellemezhető. Ebbe a felfogásba a hagyományos jogtudomány jogfejlesztő hatása belefér tehát, mert a jogtudomány eredményein keresztül értelmezett joganyag – maga is jogforrássá válik. Felfogásom szerint a doktrinális értelmezés belejátszik a legálisba. Nem azért, mert kötelező, hanem mert meggyőző erején keresztül hat. A szakjogtudomány a joganyaghoz kötött, de teljesítményével szerepet kap annak újratermelődésébe – és ehhez nem kell absztrakt-elméleti, szubsztantív tudásformává válnia, mint a jogelméletnek, elég a gyakorlati szükségletek fogalmi elrendezésében feladatot vállalnia. Ezt viszont kell is, másképp feleslegessé válna vagy csak oktatási-didaktikai jelentőségre kárhozná magát. Mellesleg, a jogászság képzése és képzettsége szempontjából, egy nemzeti jogi kultúra elsajátíttatása szempontjából ez sem kevés. Savigny jogász eszménye, az, hogy a matematikai képletek bizonyosságával tudjon a jogász „számolni” a jog fogalmaival és

konstrukcióival, csak abban az esetben mehet teljesebbé, ha az operacionális tudás a felhalmozódó jogász tapasztalatok mellett a szakjogtudományok eredményeire, az oktatásra és a jogi kultúrára egyaránt támaszkodik. A jogbiztonság – függetlenül most attól, hogy milyen konkrét elvárást fogalmazunk meg vele kapcsolatban – épp ezért a jog eszméjének összetevője. Épp ezért fogok a későbbiekben a jog eszméjével kapcsolatos problematikára részletesebben is kitérni, mert jogász kultúra és jogállami szellemiség nélkül – a jog eszméjét, az igazságosságot sem lehet teljesíteni.

Summa summarum: az általunk egyáltalán nem lebecsült alkalmazott tudás(okkal) szemben az elméleti *jogtudósok* munkálják ki a jogról való gondolkodás alapfogalmait (jogtan), finomítják dogmatikai kategóriáit, általánosítanak a jogi élet tapasztalatainak összegyűjtésén és rendszerezésén keresztül (pl.: jogtípusok, jogcsoportok, nemzeti jogrendszerek, jogi kultúrák). *Az elméleti munka - szemben a különbözőségben széteső közvetlen gyakorlati tudattal - mindig a rendezetlenségbe absztrakció útján rendet teremtő "egybelátás" (teória = egybe és egységbelátást, összszemléletet jelent, arisztotelészi értelemben, ami több mint a szemlélődés ("contemplatio") és más mint a "visio" és más mint a "praxis", mert a jogi jelenségek sokféleségét és változásait egységes alapon magyarázza. A szétszórt sokaságot szintetizálja: ez elméletalkotási stratégiája³. Hiszen a jog egyidejűleg norma, döntés és jogviszony; tárgyi jog és alanyi jog; jogosultság és kötelezettség; eszme és szervezet; nyelv és igazság sokféleségének valaminő egysége. Különböző oldalakra, mozzanatokra bomló ismerettárgy, amely nemcsak ezen *belső komplexitással rendelkezik*, hanem történeti alakulását befolyásolják társadalmi, gazdasági, erkölcsi és politikai környezetének hatásai. A jog fejlődését az adott társadalom szabályozási szükségletei, igényei is befolyásolják. A jog belső komplexitásának az egyneműsítése, és e változó, dinamikus szerkezet arányainak átrendeződése, intézményi megoldásai *kölcsönhatásban állnak külső komplexitásával*. A társadalmi változások hatnak a jogi változásokra, s a jog megoldásai is befolyásolják az össztársadalmi viszonyok alakulását. *Ezen belső és külső komplexitás egybelátása és láttatása a jogról való elméleti tudás, a jogelmélet feladata. A jogelmélet a jog önreflexiója, s nem esik teljesen egybe a jogfilozófiával, ami pedig mindig egy meghatározott filozófia – egzisztencialista, neotomista, fenomenológiai, marxista vagy éppen neokantiánus – jogról alkotott reflexiója.**

III.

A jog eszméje az igazságosság olvashatjuk a nem is olyan rég elmúlt század olyan kitűnő elméinél, mint a jogbölcsele Gustav Radbruch, vagy a pragmatista jogszociológus Roscoe Pound. Előbbi a jogeszme közismert, antinómius természetének tanítását dolgozta ki, az igazságosság-célszerűség-jogbiztonság szentháromságával, utóbbi az optimális szabályozást tette meg igazságosság-kritériummá, ahol a legtöbb előnyt, azaz közhatalmilag védett érdekek és alanyi jogosultságok maximális elismerését a legkevesebb veszteséggel tudják párosítani. De mit jelent a jogban igazságosnak lenni? – akkor amikor a jogeszme feltartóztathatatlanul sodor egyik alkotóelemétől a másikig, követelik egymást, de ellent is mondanak egymásnak⁴.

³ Nem térünk itt ki az analitikus jogelméletekkel való viszonyra, amelyeket nagyra értékelhetünk, de ez nem változtat azon az összefüggésen, hogy éppen az analitikus eredmények felhalmozódása időről-időre megszüli a szintézis alkotás lehetőségét és szükségességét. Amíg a szintetikus elméletalkotási stratégia része lehet az analitikus kutatás eredménye, addig fordítva ez nem áll. (Legfeljebb a szintetikus elméletalkotás is alávethető analitikus megfontolásoknak és kritikáknak, ellenőrzésnek). Viszonyokról lásd részletesebben: Szigeti Péter-Takács Péter: A jogállamiság jogelmélete Napvilág, Budapest 2004, 23-25.

⁴ „Az igazságosság és célszerűség ellentétes követelményeket állítanak fel: az igazságosság egyenlőséget jelent, a jog egyenlősége pedig a jogtétel általánosságát követeli. Az igazságosság bizonyos fokig általánosít. De az egyenlőség a valóságban nincs adva: az egyenlőség mindig csupán egy adott egyenlőtlenségtől való elvonatkoztatás, meghatározott szempontból. A célszerűség nézőpontjából minden egyenlőtlenség lényeges: a célszerűségnek amennyire csak lehetséges, individualizálnia kell”. (G. Radbruch: Jogfilozófia in: Jog és filozófia

A természetüknél fogva különbözőeket azonos mércével mérjük –e, vagy pedig ellenkezőleg: az az igazságos, ha figyelembe veszi a jog a különbözőséget, s a különbözőség alapján eltérő mércét tesz meg ítélete alapjának. A jogeszmé antinómikus természeténél vagyunk, és in abstracto nem is lehet a kérdést eldönteni – ezért és ennyiben antinómikus természetű. Radbruch ezen a ponton vezeti át a célszerűségi szemponthoz az alkalmazandó mérce azonosságának vagy különbözőségének kérdését. Mi is biztosan követhetjük, s *az igazságos mérce megválasztásának célszerűségi szemponttá válása már egyenesen igényli is a jogtudomány közreműködését a jog eszméjének a megvalósításában*: mindenekelőtt azt, hogy a jogtudomány eszméjének megfelelően az *igaz ismereteket el tudja választani a hamistól*, a tudást a tudatlanságtól, mert bár az igazságosság erkölcsi-természetjogi kategóriája nem esik egybe, nem azonos az ismeretelméleti igaz – hamis problémáikkal, de egy előfeltételezettségi összefüggést biztosan megállapíthatunk közöttük. Nevezetesen, *minden hamis ismeret távolabb visz a jog eszméjének megvalósulásától*, s minden igaz ismeret hozzásegít minket ahhoz, hogy igazságosak lehessünk. Ekkor az igazságosság már nem pusztán szubjektív, érületi kategória, amit mindenki tetszőlegesen értelmezhet, saját érdekei, értékei és érzelmei szerint, mint ez a hétköznapi tudat szintjén igen gyakran előfordul, hanem a célnak megfelelő eszköz, a célszerűség ismereti alapjának megválasztásában hívhatja segítségül a jogtudományt. A jog egyneműsítő és egyenlő mércéjének alkalmazását – a jogegyenlőségi jogot fenntartva – tud állást foglalni a kivételek megtételének megalapozottságát, szükségességét illetően: miért nem azonos mércét kell alkalmazni a közszereplők és a magánszemélyek rágalmazhatóságának határait illetően; miért van az, hogy a pozitív diszkrimináció bizonyos feltételek megléte esetén megengedett, s nem sérti a jogegyenlőség elvét; vagy, hogy az országgyűlési képviselőket – képviselői munkájuk feltételeinek biztosítása érdekében – mentelmi jog illeti meg, ámbár ez nem jár minden állampolgárnak. A célszerűség szempontjának mikénti érvényesülésében való állásfoglalás az indokoltság, az igaz és a hamis ismeretek elválasztása mellett lehetséges csak. Ilyen szempontból az igaz-hamis ismeretelméleti megkülönböztetése, egy megkülönböztetés bevezetésének megalapozottsága, indokolhatósága és indokoltsága az igazságossági mércének közvetlen előfeltétele. *Ráutalt az igazságosság az igazságra, a természetjog a jogtudományra*. Ebben az esetben lehet a igazságosság *a társadalmi intézmények elsődleges erénye*. Az erény gyakorlása pedig nem fog menni a *jogtudomány által kielemezett igaz ismeretek, jogszerű megoldások nélkül*⁵. Ebben áll a jogtudomány eszméje és hivatása.

Antológia a század első felének jogelméleti irodalma köréből /szerk.: Varga Csaba/ Akadémiai kiadó, Budapest, 1981, 234-35.)

⁵ Gondolatmenetünket nem terheltük itt meg a *jogszerűség* kérdésében való állásfoglalással, noha minden kontinentális jogrendszer alapvetően két gondolati műveletsort végez, annak érdekében, hogy *jogszerűen és megalapozottan* tudja minősíteni a jogalanyok magatartását.

1. Dönt a jogilag releváns és nem releváns tényekről, körülményekről, magatartásokról, meghúzza ezzel saját kompetencia-határait a ius és a non-ius világa között. Szerencsére az életnek a reprodukció mai komplexitási fokán is nagyon sok olyan aspektusa van, amit semminemű norma vagy nem jogi, hanem társadalmi normák szabályoznak (bevett szokások, konvenciók, erkölcsi, politikai vagy éppen műszaki-technikai normák, vagy az etikett szabályai koordinálnak).

2. Ha a jog világán belülre tartozónak számítja be a szociális cselekvéseket, magatartásokat, akkor kell azokat vagy *jogszerűnek* vagy *jogellenesnek* vagy – ritka és partikuláris határhelyzetekben – *jogalap nélkülieknek* minősítenie. Mutatis mutandis az igazságosságról mondottak a jogszerűségben történő állásfoglalásra is nagymértékben, de sohasem teljesen érvényesek: a jogszerűségről való döntés is ráutalt az igaz-hamis megkülönböztetésre, legfeljebb közvetettebb és csekélyebb mértékben a polgári perben, mint más jogterületeken. Ott egyfelől a bíró indítványhoz kötöttsége a felek rendelkezésének következménye, másfelől a semleges, pártatlan bíráskodás eszmény – s ennek jogi kultúra függő alkalmazása – befolyásolja a bírói szerepfelfogásnak a bizonyítottsághoz és az ún. tárgyi igazság feltáráshoz való viszonyát.

Sőt, *jogellenes helyzeteket* (például elbirtoklás, elévülés vagy éppen bizonyos hibás tulajdon jogszerűvé tétele) is jogszerűnek ismernek el jogrendszerek, ha a jog- vagy forgalombiztonság igénye ezt bizonyos relációkban megköveteli. Ebben az értelemben a jogeszmé antinómikus természetén nem lehet túljutni. Ilyenkor persze az igazságosság erénye sérül, csorbát szenved. Akik a jogi objektiváció társadalomontológiai alapját, szerkezetét és

működését megértették, ezt tudomásul kell venniük. Azoknak a konzervatív vagy liberális doktrinéknek, akik az erkölcsi jogok fontos, de szükségképpen mindig csak parciális nézőpontját akarják a jogrendszer egészére kiterjeszteni, saját jól felfogott erkölcsi értékrendjüknek. A JOG-ként való igazolására és elterjesztésére – reménytelen a megismerési helyzetük. A materialista társadalom- és történelemszemlélettől és/vagy a szociológiai felvilágosodástól intakt maradt, kissé avitt álláspontokat képviselnek. Ezért megérdemlik a tudásszociológiai kritikát – noha nem mindig kapják meg azt.

Tattay Levente

A személyiség, a személyiségvédelem és a közéleti szereplők

1. Bevezetés

A személyhez fűződő jogok az alkotmányban biztosított azon jogok körébe tartoznak, amelyeket a magánjog eszközrendszere befolyásolni tud. Nem mindegyik az Alkotmányban biztosított jogot lehet a magánjog körébe vonni. Pl. a testi vagy lelki egészséghez való jog, gyülekezési jog, egyesülési jog és sztrájkjog ilyenek. Vannak azonban olyan területek, amelyek váratlanul relevánssá válhatnak annak ellenére, hogy eredetileg nem tartoztak a magánjoghoz, pl. a művelődéshez való, szociális, kulturális jogok diszkrimináció esetén. A személyhez fűződő jogok védelme terén az alkotmányjog, közigazgatási jog, szabálysértési jog, büntetőjog és a nemzetközi egyezmények is fontos szerepet játszanak.

A személyhez fűződő jogok tágabb kategóriát alkotnak mint a személyiségi jogok.¹ A személyiségi jogokat személyi jogokként is jelölik.

Az emberi jogokat és személyhez fűződő jogokat szembe lehet az állampolgári jogokkal állítani, mivel az emberi és személyhez fűződő jogok mindenkit megilletnek, az állampolgári jogok viszont csak meghatározott állampolgároknak járnak.²

A magyar magánjogban a személyiségi jogok védelme mintegy száz éves múltra tekint vissza. Azok a jogtudósok, akik a XX. század első felében a magánjogi személyiségvédelemmel foglalkoztak, *nem jutottak el oda, hogy meghatározzák, mi a személyiség, és mi a személyiségvédelem.*

Fodor Ármin a személyi jogok fogalmát az alábbiakban határozza meg: Személyjogoknak azokat a jogokat mondjuk, amelyek a mi saját személyi hatáskörünk egy-egy alkotó eleme vagy része fölött számunkra kizárólagos rendelkezésszerepet biztosítanak.³

Dezső Gyula így ír: A jogilag védett immateriális jogok száma korlátlan. A legfontosabbak: a becsület, a személyes és nemi szabadság, a háborítatlanság. A személynek nevén is van érdeke, valamint a nem nyilvánosság elé való viszonyainak titokban maradásán is. E javak megsértése a személyes viszonyokon ejtett sérelem.⁴

Szigeti László azt írta: Nézetem szerint a személyiségi jogok fogalma igen ködös és szétfolyó, sok egymástól teljesen idegen jogot foglal össze, amelyek nehezen vonhatók egységes szabályozás alá.⁵

¹ Lenkovics Barnabás – Székely László: Magyar polgári jog, A személyi jog vázlata. Eötvös József Könyvkiadó, Budapest, 15. oldal

² Mezei Barna – Sente Zoltán: Az európai parlamentarizmus és alkotmánytörténet. Osiris, Budapest, 2003. 500. old.

³ Dr. Fodor Ármin: Magyar Magánjog 1917. Budapest

⁴ Dezső Gyula: Az objektív kártérítés tana. Grill Kiadó, Budapest 300. old.

⁵ Szigeti László: A személyiségi jogvédelem eszközei In: Meszlényi Artúr: A személyiség joga. Grill Kiadó, Budapest, 1936. 281. old.

Az 1928-as Magánjogi Törvényjavaslat sem határozza meg a személyiség, sem a személyiségvédelem fogalmát, hanem csupán a személyiségvédelem alapelveit és néhány fő területét jelöli meg. A javaslat 107 §-a kimondja, hogy „Mindenkinek joga van arra, hogy a törvénynek és mások jogainak korlátai között személyiségét szabadon érvényesíthesse és ebben őt senki ne háborítsa.” A 108-109 szakaszok az alábbi személyiségi jogokat említik: név, kép, levéltitok és a kegyeleti jog.⁶

2. Különböző tudományok fogalmi megközelítése a személyiség vonatkozásaiban

A személyiségi jog alapvető kérdése a személyiség fogalmi megközelítése. A személyiség jogi fogalmának meghatározása komplex feladat.

A biológia teljesen más oldalról, más ismérvek szerint határozza meg a személyiség fogalmát, mint a társadalomtudományok.

A biológia tudományában a genetika, „biometria, morfológia a fiziológia és anatómia más-más oldalról közelít a személyiséghez. Ezek a tudományok egységesek abban, hogy a személyiség akaratát elemzik.”⁷

A társadalomtudomány a környezetnek az egyénre gyakorolt hatásait elemzi, s ezen belül a közgazdaságtan, a társadalomfilozófia, vagy antropológia más-más szempontból vizsgálja a személyiséget. A pszichológia a személyiség belső struktúráját és funkcióit hangsúlyozza.⁸ Értékesnek tűnik az alábbi pszichológiai személyiségfogalom.

*A személyiség az egyes emberi lény teljes szellemi struktúrája, fejlődése bármely adott fokán. Felöleli az emberi jellem minden összetevőjét: az intellektust, a temperamentumot, a készségeket, erkölcsiséget, és minden olyan attitűdöt, amely élete során kiépült.*⁹

A személyiség befolyásolását és vizsgálatát a marketingben különösen fontosnak tartják¹⁰ és a személyiség fogalmát is meghatározták. A személyiségen olyan állandónak tekinthető magatartásformát értünk, amelynek elemei a személyiségjegyek, ugyanis az egyes személyiségtípusokat (extrovertált, introvertált, melankolikus, szangvinikus, stb.) a személyiségjegyek alapján alakították ki.¹¹

A személyiség fogalmát a keresztény filozófia az örök erkölcsi értékek és a személyi autonómia alapul vételével az alábbiak szerint határozza meg. A személyiség szabadsággal, öntudattal, önállósággal és öncélúsággal rendelkező méltóságot hordozó lény, amelyet feltétlen tisztelet illet meg. A személy legfontosabb jellemzői önállósága és kapcsolatai.¹²

⁶ Magyarország Magánjogi törvénykönyve. M. Kir. Igazságügyminisztérium 1928.

⁷ Petrik Ferenc: Perben a joggal. Minerva 1978. 264. old.

⁸ L.: előző jegyzet 14-15. old.

⁹ Warren H. C. – Carmichael: L.: Elements of human psychology. Boston 1930. In. L. 10. jegyzet 40. oldal.

¹⁰ A marketing az alkalmazott közgazdaságtudomány olyan terület, amely a hatékony értékesítés szempontjából vizsgálja, a személyes jellemzők megjelenési formáit az énképet, az általa észlelt kockázatot, objektív kockázatokot, az általa fontosnak tartott értéket, értékstruktúrákat, valamint a fogyasztói típusokat.

¹¹ Horváth Ágnes – Kubányi Ágnes: Az egyénre jellemző tényezők. In: Lehota – Tomcsányi szerk.

Agrármarketing, Mezőgazda Kiadó, Budapest, 1994. I. 33. jegyzet, 37. old.

¹² Christian Schütz lexikonja. Szent István Társulat, Budapest, 1988. 340-341. old.

3. A személyiség jogi fogalma, jellemzői

A személyiségfogalom nemcsak tudományáganként, hanem világnézetként és történelmi koronként is változik.¹³ A mi szempontunkból a társadalomtudományok megközelítése, ezen belül a jogtudomány megközelítése fontos.

Kevés jogtudós vállalkozott arra, hogy meghatározza a személyiség fogalmát. Közéjük tartozik Petrik Ferenc: „A személyiség az egyes ember testi és szellemi *struktúrája* nem kizárólag *mentális*, de nem is kizárólag *neurális* (fizikai) jelenség. A személyiség fogalmába – jogi fogalmába is természetesen – az ember testi és szellemi működése is beleértendő, amely elválaszthatatlan egységet alkot.”¹⁴

Lenkovics Barnabás szerint a személyiség jogi fogalma felöleli az ember külsődleges jegyeit és belső tulajdonságait, az általa hordozott eszmei értékeket egyaránt.¹⁵

A személyiség legfontosabb ismervének az életminőség tekinthető.

A személyiség meghatározott életminőséget jelent, nevezetesen azt, hogy

- az ember szabadon rendelkezik önmaga felett, továbbá
- megilletik az emberhez méltó életfeltételek.¹⁶

A személyiség a test és szellem elválaszthatatlan egysége, amely kifejezésre juttatja az egyén viselkedését és gondolkodását. Ez a viselkedés és gondolkodás jelenti a személyiség értékminőségét, azt amiben a személyiség különbözik mástól és ami lehetővé teszi, hogy más legyen, mint a többi. A személyiségi jog az általánosan jelentkező értékminőséget védi.¹⁷

A személyiség egységes és oszthatatlan, azonban vannak a magánjogban önállóan értékelhető elemei, amelyek *külön nevesítve jogosultsággént is jelentkeznek*, mint például a névviseléshez való jog, élethez, testi épséghez, egészséghez, becsülethez, emberi méltósághoz, képmáshoz, jó hírnévhez fűződő jog, titokvédelem, személyes adatok védelme, halott ember emlékének védelme.

A személyiség Petrik Ferenc által történő meghatározása azért jelentős, mert abból nemcsak a magánjog által védett személyiségi értékek, személyiségi jogok vezethetők le, hanem a nem vagyoni kár fogalma, amely olyan személyiséget ért hátrány, amely a személyiség életminősége csökkenésének tekinthető.^{18 19}

¹³ Jobbágyi Gábor: Személyiségi és családi jog. Szent István Társulat Budapest, 2000. 55. old.

¹⁴ L.: előző jegyzet

¹⁵ Lenkovics Barnabás – Székely László: Magyar polgári jog, A személyi jog vázlata. Eötvös József Könyvkiadó, Budapest, 14. oldal

¹⁶ Jobbágyi Gábor: Személyiségi és családi jog. Szent István Társulat Budapest, 2000. 56. old.

¹⁷ Petrik Ferenc szerkesztésében: A személyiség jogi védelme. Közgazdsági és Jogi Könyvkiadó. Budapest, 1992. 18. oldal.

¹⁸ A nem vagyoni kár fiktív, ugyanis konkrét vagyoni hátrány nem keletkezik, a személyiség sérelme anyagiakban nem konkretizálható.

¹⁹ Petrik F. megközelítésében a nem vagyoni kár a személyiségi jog megsértése következtében az emberi személyiség testi vagy lelki életminőségének hátrányos megváltozása. Petrik Ferenc: A személyiség jogi védelme. A sajtóhelyreigazítás. Budapest, HVG Orac, 208. old.

A személyiség fogalma mindig is absztrakt, nem határozza meg annak tartalmát. Az absztrakt személyiségi fogalom technikai jellege azt jelenti, hogy a jognak csupán védelmeznie kell minden ember személyiség mivoltát, mert a személyiség a maga alkotó szabadságával a társadalom szempontjából értékes javakat – kultúrártékeket tud létrehozni, amelyekre a társadalomnak szüksége van. Minthogy pedig minden embernek lehet képessége ilyen értékek létrehozására és senkiről sem lehet az ellenkezőjét bebizonyítani, ezért a jognak az ember értékalkotó képességével kapcsolatos vélelme megdönthetetlen.²⁰

Olyan nézettel is találkozunk, miszerint a személyiség nem tárgya a személyiségi jognak, mert a személyiség kivételes teljesítmény az egyén részéről, nem a tárgyilag létező világ része, tehát a jog számára megfoghatatlan.²¹

A jog szempontjából a személyiség vázolt szemlélete tökéletesen elegendő, csupán praktikus, technikai elven alapul és arra a negatívumra vonatkozik, hogy a személyiség nem része a tárgyi világnak, azon túlmutat, ugyanakkor hat a külső világra, mégpedig az egyén cselekvései útján.

A személyiség a jogalanyiség oldaláról nem része a jognak, mert a személyiségi jog alánya a személy is, s ezen belül mindenekelőtt az ember.²²

A polgári jogban a „személy” fogalom jelenti az objektumot, a jogalanyt, a személyiség az individumot, a jog által védett értéket.²³

A személyiség fogalmát az alábbiak szerint foglalhatjuk össze.

A személyiség: Az ember értékeit, mozgásterét, szabadságát, integritását testi és lelki egységét kifejező összetett jogi struktúra.

Különbséget kell tenni a személyiség köznapi értelmezése – különleges, eredeti egyéniség – és a polgári jog megközelítése között, amely egyenlőséget teremt a személyek között. A polgári jogban minden ember személyiség és mint ilyen egész a jog oltalma alatt áll.²⁴

4. Személyiségvédelem

A múlt század elejének klasszikus magánjogi képviselői a személyiségvédelem lényegét az alábbiak szerint közelítették meg:

A személyiség eleven folyam, mely sosem áll meg a saját medrében, hanem halad a külső világnak más lényegű tárgyai közt. Ennek a folyamnak az érintettségét védeni hivatása a jognak egyfelől abban, hogy mozgása ne legyen akadályozva, tisztasága ne legyen elhomályosítva, másfelől, hogy önmagával azonosítsa és más ily folyamoktól – valamint a külvilágtól – való különbözősége el legyen ismerve.²⁵

²⁰Lenkovics Barnabás – Székely László: A személyi jog vázlata. Eötvös József Könyvkiadó Budapest, 2001. 97. oldal

²¹Lenkovics Barnabás – Székely László: A személyi jog vázlata. Eötvös József Könyvkiadó Budapest, 2001. 197. old.

²²L: 15. jegyzet 99. old.

²³Jobbágyi Gábor: Személyi és családi jog. Szent István Társulat Budapest, 2000.

²⁴Lenkovics Barnabás – Székely László: I. 1. jegyzet 13. old.

²⁵Szladits Károly: A magyar magánjog vázlata I. rész Grill Kiadó Budapest, 1941. In Lenkovics Barnabás – Székely László: Magyar polgári jog. A személyi jog vázlata. Eötvös József Könyvkiadó Budapest, 2001. 93. old.

A személyiségvédelemnek a múlt század közepe óta olyan aspektusa is létezik, miszerint a személyiségvédelem fő funkciója a személyiségi érdekek védelme. Magánjogi védelemben a személyiségi érdekek is elsősorban oly módon részesülnek, hogy *minden jogilag védett érdeknek jogellenes és vétkes* (szándékos vagy gondatlan) *megsértése magánjogi tiltott cselekménynek minősül, mely a jogsértésből eredő vagyoni és esetleg nem vagyoni* (erkölcsi, eszmei) *kár megtérítésére kötelez*. A személyiségi érdekeknek ez a védelme a kötelmi jogba tartozik, a szerződésen kívüli kártérítés körébe.²⁶ A személyhez fűződő jogok védelme a személyiségi érdekek védelmére irányul. A magánjogi személyiségvédelem a modern felfogás szerint társadalmi célok szerint determinált.

A személyiségi érdekeknek a klasszikus magyar szakirodalom a személyiségi jogokat személyi javakon fennálló jogoknak nevezi és ebbe a csoportba az embernek szorosan a személyéhez kapcsolódó személyi érdekeit, személyi javait védő jogok tartoznak, melyeket szűkebb értelemben vett személyi vagy személyiségi jogoknak nevezhetünk.²⁷

A személyiségvédelem alapvető funkciója a polgárjog modern felfogása szerint az ember szabadságának – ezen belül *önmegvalósításához való jogának védelme* – *másrészt az emberhez méltó életfeltételek biztosítása. Legfontosabb aspektusai:*

- az emberi test épsége és egészséges működése
- az ember által kialakított személyes életér (ideértve a fizikai környezetet jelentő magánlakást)
- az ember külső megjelenése, mind fizikai valóságában (képmás + hang) mind a társadalomban róla kialakult kép minősége
- az ember személyisége, a mindenkit azonos mértékben és módon megillető személyiség²⁸

A magánjog ide vonatkozó rendelkezései *az ember testi és szellemi működését, egységét, szabadságát védik*.²⁹ A személyiségi jogok összetettek, egyrészt védik az *ember szellemi értékeit, szubjektumát* (emberi méltóság, becsület, titokvédelem) és *védik az emberi személynek az anyagi világban megjelenő testi lényegét* (testi épség védelme, kép és hangvédelem).³⁰

A személyiségvédelem kiterjed a jogi személyre is: A személyiségvédelem az emberi és jogi személyek értékeit, mozgásterét védi (jó hírnév, titkok, adatok, stb.)³¹

A személyiségvédelem fogalmát végülis úgy határozhatjuk meg, mint a társadalom által elismert személyhez fűződő jogok oltalmát, az ember személyiségének kibontakozását és háboríthatatlanságát biztosító magánjogi előírások összességét.

²⁶ L.: 26. jegyzet 360-361.old.

²⁷ Szladits Károly: A magyar magánjog vázlatja I. rész. Grill Károly Kiadó Budapest, 1931. 360. oldal.

²⁸ Petrik Ferenc 10. jegyzet 43. old.

²⁹ Jobbágyi Gábor: L. 7. jegyzet 55. old.

³⁰ Jobbágyi Gábor: L. 7. jegyzet 56. old.

³¹ Jobbágyi Gábor: L. 7. jegyzet 22. oldal

A személyiségi jogok, személyhez fűződő jogok³²

A magánjogban a személyhez fűződő jogok összességét a személyiségi jog vagy személyi jog foglalja magába. Egyébként a személyhez fűződő jogok általánosan elfogadott szinonimája: személyi jogok, személyhez fűződő jogok.³³

A személyiségi jogoknak több fogalmi megközelítése is létezik.

*A személyiségi jogok az egyéniség szabad kibontakozásának, önmegvalósulásának feltételét teremtik meg, egyben védik az embert a személyiséget érő támadásoktól.*³⁴

A személyiségi jogok ennek érdekében

- egyfelől megteremtik az ember önmegvalósulásának feltételeit (elsősorban az egyén autonóm szférájának körülhatárolásával)
- másfelől biztosítják, hogy e feltételeket – a magánszférákat – senki jogtalan külső beavatkozással ne sérthesse.³⁵

A személyiségi jogokat – a fentiekkel némiképpen eltérően – definiálja Lenkovics Barnabás.

- *A személyiségi jogok az embernek és jogi személyeknek a társadalmi rendeltetésük betöltéséhez szükséges nem vagyoni értelemben vett integritást, háborítatlanságot, beavatkozástól mentes mozgásteret hivatottak biztosítani.*
- *Átlagosan, tipizáltan a közfelfogáshoz igazodva véd a konvenció által szükségtelennek minősített illetéktelen beavatkozások ellen.*³⁶

A személyiségvédelem feltételezi az állam hatékony közreműködését.

„A személyiségi jogok alapkérdése ugyan az ember értékminősége, ennek jogi kifejezése azonban – technikai szükségszerűségből is – az autonómia biztosítása. Ha ezen az önálló döntési, önmeghatározási lehetőség védelmét értjük (az állam, illetve a többi egyén beleszólása ellen) értenünk kell alatta az autonóm döntések érvényesítésének lehetőségét, az önérvényesítés jogát is. Ehhez éppúgy, mint a védelemhez nélkülözhetetlen az állami garancia. (71. oldal)³⁷

A személyiségi jogok és személyhez fűződő jogok közé sokan egyenlőségjelet tesznek azzal, hogy mindkét terület egyaránt felöleli a természetes és jogi személyek személyes jogait. A szerző véleménye szerint érdemes különbséget tenni személyhez fűződő jogok és személyiségi jogok között. A természetes személy egyrészt valódi személyiség, jogi személy személyisége fiktív, másrészt meghatározott személyiségi jogok csak az embert (emberi méltóság, élet egészség, becsület, képmáshoz, hangfelvételhez való jog) illetnek meg. Eszerint a személyiségi

³² A személyhez fűződő jogokat egyaránt szokta nevezni a jogirodalom személyiségi jogoknak, személyi jogoknak. Lényegében a magánjog által védett területről van szó.

³³ Lásd pl. Jobbágyi Gábor: Személyi és Családjog c. egyetemi tankönyvét. Szent István Társulat, Budapest, 2005.

³⁴ A személyiség jogi védelme. Petrik Ferenc szerkesztésében. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1992. 14. old.

³⁵ A személyiség jog védelme. Petrik Ferenc szerkesztésében. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest, 18. old.

³⁶ Lenkovics Barnabás – Székely László: A személyi jog vázlata. Eötvös József Könyvkiadó Budapest, 2001. 100. old.

³⁷ Sólyom László: A személyiségi jogok elmélete KJK. Budapest, 1983. 75. old.

jogok kizárólag az embert a személyhez fűződő jogok természetes és jogi személy jogait egyaránt oltalmazzák. A személyhez fűződő jogok kategóriája így tágabb³⁸ és gyűjtőfogalom.

A személyhez fűződő jogok jogi fogalmát a Jogi Lexikon az alábbiak szerint adja meg.

A jogalanyokat megillető, közvetlenül személyi identitásukhoz tapadó, egészükben, illetve egyes nevesített esetekben külön védelemmel is ellátott alapjogok. Olyan értékeket és jog által védett érdekeket vesznek oltalmukba amelyek az egyénben magában rejlenek és amelyek esetleg egyaránt megilletik a természetes személyeket, jogi személyeket, valamint a polgári jogi személyiséggel nem rendelkező alanyokat.

Általánosságban elfogadott a különbségtétel a magánszemély jogai és jogi személy jogai között. A magánjogi oltalom kiterjed természetesen a jogi személy oltalmára is. *A jogi személyek vonatkozásában számos elméleti közelítés létezik.*³⁹

Sólyom László, alkotmánybíróságunk első elnöke, egyik párhuzamos indoklásában az ember és a jogi személy közötti elvi különbséget is abban látta, *hogy méltóságból fakadóan az ember személyiségének van egy olyan magja, amely felett az érintett egyénen kívül senki sem rendelkezhet* (így a jog sem személyiségének e része tehát a jog által érinthetetlen). Jogi személy viszont *nem rendelkezik* ilyen fajta személyiséggel és ez a valódi különbség természetes és jogi személy között.^{40 41}

5. A közélet szereplői, közszereplők

A közélet szereplői mind a személyiség fogalma, mind a személyiségvédelem szempontjából speciális jogalanyok minősülnek. A közszereplők azok a természetes vagy jogi személyek, amelyek a média közvetítésével nyilvános közéleti szereplést vállalnak, vagy – nyilvános szereplés híján – a közélet alakulására jelentős befolyással bírnak.

A közélet szereplői a személyiség fogalma szempontjából privilegizáltak, értékminőségükhöz hozzátartozik a közéletben való nyilvános szereplés, illetve a közügyek eldöntésében való részvétel. A közszereplőknél mindkettő, mint a személyiség elfogadottsága szempontjából jellegzetes pozitívum kerülhet kifejezésre.

Ami viszont a közszereplők személyiségvédelmét illeti, nyoma sincs privilégiumoknak. Ahogyan a közszereplők részvételéhez társadalmi életben fontos közérdek kötődik, ugyanolyan fontos közérdek fűződik a bírálhatóságukhoz.

A közszereplők személyiségi jogvédelme lényegesen gyengébb, mint az átlagembereké, mivel el kell viselniük a nyílt támadásokat, a negatív értékítéleteket, a lesújtó kritikákat, képmásuk nyilvánosságra hozatalát, bizonyos adataik, titkaik közlését. Ez egyaránt vonatkozik a politikusokra, képviselőkre, kormányokra, miniszterekre, politikai pártokra és vezetőire, valamint a művészeti élet közszereplőire.

A meghatározott személyiség közszereplőnek minősítése – amennyiben nem lépi túl a törvényben és a bírósági gyakorlatban megállapított határokat a becsület és jó hírnév, továbbá

³⁸ Lásd. pl. jegyzet 100. oldal

³⁹ Lenkovich Barnabás – Székely László: 15. jegyzet 97. oldal

⁴⁰ Kecskés László: Magyar polgári jog. Általános rész: A személyek joga 11. old.

⁴¹ 23/1990 (X. 31.) AB határozat a halálbüntetésről (AB) 1990. 103. Sólyom László különvéleménye

a képmás és hangfelvétel, valamint a magántitok védelme vonatkozásában – *megszünteti a jogsértés jogellenességét.*

Az USA Legfelsőbb Bírósága 1964-ben az Európai Emberi Jogi Bíróság 1986-ban kimondta a köztisztviselők, közéleti szereplők kritikájának alkotmányos védelmét.⁴²

Napjainkra az Amerikai Egyesült Államokban a köztisztviselők személyi köre már egészen kiszélesedett, a közszereplők fogalmával operál a gyakorlat ide sorolva mindazokat, akik nyilvános közszereplést gyakran vállalnak (filmproducer, színész, rendező, riporter)⁴³.

Egészében a közszereplők meghatározott szellemi értékei, személyhez fűződő jogai (emberi méltóság, jó hírnév, becsület) szabadon támadhatók, másrészt a közszereplők anyagi világban megjelenő testi lényege (testi épség, kép- és hangfelvétel, adatok és titkok köre) csak részben védett. Kompenzációként személyiségük érvényesítésére és az önmegvalósításra a közéletben való szereplés révén sokkal több lehetőségük van.

Közszereplőnek minősülnek azok a természetes és jogi személyek, akik tevékenységükkel vagy nyilvános fellépésükkel befolyásolják a szűkebben vagy tágabban értelmezett társadalom életét, helyi vagy országos viszonyok alakulását, továbbá azok, akik közéleti kérdésekben érintettként szerepelnek.

A közszereplés illetve közszereplés fogalmával és jogi kérdéseivel részletesen foglalkozik jelen könyv I. 6. fejezete „A közszereplők magánjogi személyiségvédelme” c. rész.

⁴² Lenkovics Barnabás – Székely László 15. jegyzet 128-129. old.

⁴³ Lenkovics Barnabás – Székely László 15. jegyzet 128. old.

Tóth J. Zoltán

Az amerikai jogi oktatók helyzete, lehetőségei és tipikus életpályája

Jelen tanulmány célja, hogy bemutassa, az Egyesült Államokban általában véve a jogásszá válásnak mik a feltételei, ezen belül is a jogi oktatói pozíciók megszerzésének mik az egyéb, speciális követelményei és tipikus eljárási módjai, valamint hogy egy jogi oktató rendszerint milyen életpályát fut be, milyen karrier-lehetőségei vannak és általában véve milyen jellemzőkkel rendelkezik. Mindezek alapján dolgozatom három fő részből áll: az első részben ismertetem az USA-ban megtalálható különböző jogász szakmákba való bejutásnak (így a jogi tanári pozíciókba való bekerülésnek is) az egységes követelményrendszerét; a második részben felvázolom a jogi tanári stallumok megszerzésének formálisan nem kötelező, de a gyakorlatban (különösen a legnevesebb jogi karok vonatkozásában) ténylegesen érvényesülő speciális feltételeit; végül a harmadik részben ismertetem a jogászság egészén belül a jogi egyetemeken oktatóinak helyzetét, a jogi oktatók fajtáit, előmenetelük fokozatait, munkajogi helyzetüket stb.; bemutatom továbbá a feminista és a faji jogelmélet képviselőinek a jogi oktatók kiválasztása során fellépő esetleges diszkriminációval kapcsolatos nézeteit, és ez utóbbi téma kapcsán statisztikai adatok elemzésével megpróbálom kideríteni, hogy e nézetek ma, a XXI. század elején valóban helytállóak-e; végül pedig – egyfajta kitekintés jelleggel – megvizsgálom, hogy most, a XXI. század elején milyen az elméleti jogász (és nem pusztán a jogi oktató) tipikus alakja az Egyesült Államokban. Mindezen témák elemzése során – ahol csak lehetséges – igyekszem az amerikai helyzetet összehasonlítani a magyarral, rávilágítva a két rendszer közötti főbb különbségekre és azonosságokra.

A jogásszá válás feltételei

Az amerikai jogásznak a jogi oktatói pályára kerülése az összes jogász szakma közül a legkevésbé valószínű. Jogi tanárra viszonylag kis számban van szükség, és – mivel más jogász szakmákhoz képest „nyugodt” munkának számít¹ – az évente meghirdetésre kerülő kb. ezer posztra sokszoros a túljelentkezés. Az előbbieken elmondottak miatt az amerikai jogvégzettek legtöbbször gyakorlati jogi (esetleg nem-jogi) munkát végez, és mindössze egy százaléka

¹ Ez természetesen (akárcsak Magyarországon) nem jelenti azt, hogy ez a munka kevésbé nehéz vagy felelősségteljes lenne, pusztán arról van szó, hogy itt a saját idejét mindenki nagyrészt maga oszthatja be, ritkák a határidős munkák és az éjfélig való felkészülés egy-egy bonyolultabb ügy másnapi tárgyalására, ugyanakkor különösen az első években nagy az óraszám és különösen sok időt vesz igénybe a felkészülés az egyes kurzusokra. Ezenkívül pedig a fiatal tudósok ezekben az években kell bizonyítani a tudományos pályára való alkalmasságát (hiszen a jogi tanári munkának csak kisebb része a kifejezett oktatói tevékenység, nagyobb része tudományos munka), mert csak ennek alapján számíthat a későbbiekben „tenure”-re, azaz véglegesítésre.

dolgozik jogi oktatói munkakörben. 2005-ben 1 104 766,² az ABA³ által jogi végzettséghez kötött munkakör gyakorlására feljogosított személy tevékenykedett⁴; ezek 74 %-a ügyvédi magánpraxisban, 8 %-a közigazgatási hivatalokban vagy ügyészségeken, másik 8 %-a cégek, vállalatok, bankok, biztosítók jogtanácsosaként („*corporate counsel*”, „*house counsel*” vagy „*salaried lawyer*”), 3 %-a bíróként vagy bírósági adminisztrátorként,⁵ 1-1 %-uk pedig jogi oktatóként, állami alkalmazásban álló jogi segítőként,⁶ illetve magánszervezetek által fizetett jogsegélyt nyújtó irodák⁷ alkalmazott jogászként dolgozott. (5 % nyugdíjas vagy inaktív volt.) Egyébként a magánpraxist folytatók csaknem fele (48 %-a) egyéni ügyvéd⁸ („*solo practitioner*”), 15 %-a pedig 2-5 fős ügyvédi irodák alkalmazottja vagy tagja („*member of a law firm*”) (tehát az ügyvédek majd kétharmada magának vagy kevésbé specializált kis ügyvédi cégeknek dolgozik, viszonylag kevés pénzért), 14 %-uk viszont nagy (100 fő fölötti) ügyvédi cégek tagja (ahol valamely jogi részterületre specializálódnak, és a többi, meghatározott területre szakosodott ügyvéddel együtt, team-munkában látják el a bonyolultabb, több jogágra kiterjedő és/vagy sokmilliósi követelésről vagy tartozásról szóló ügyek perbeli képviselését).⁹

Bármilyen jogász szakmában is tevékenykedjenek azonban, karrierjük kezdetén (vagy még pontosabban annak előfeltételeként) ugyanazt az utat kell végigjárniuk. Igaz ez a témánk szempontjából kiemelkedő jelentőséggel bíró jogász rétegre, a jogi oktatókra is, egyetlen, a későbbiekben elemzésre kerülő különbséggel.¹⁰ Ahhoz ugyanis, hogy valaki jogi tanár legyen, először is jogásszá kell válnia, ez pedig más jogász szakmákkal egységes módon megy végbe.

² Az amerikai jogászság óriási mértékű növekedést mutatott az utóbbi fél évszázad folyamán: míg 1951-ben még csak 221 605, 1960-ban már 285 933, 1971-ben 355 242, 1980-ban 542 205, 1991-ben 805 872, 2000-ben pedig 1 066 328 licenccel rendelkező jogász volt az Egyesült Államokban. Ha az összlakosság számának növekedését is figyelembe vesszük, akkor az expanzió kisebb mértékű, ám még így is jelentős: míg 1951-ben a jogászok létszáma a lakosság 1/695-ét, addig 2000-ben az 1/264-ét tette ki; jelenleg tehát minden ezer emberre 4 jogász jut. (Carson, Clara N. – Curren, Barbara A.: Growth and Gender Diversity. In: Researching Law, Vol. 16., Nr. 1., Winter 2005. www.abfn.org/images/reslawwin05.pdf/)

³ American Bar Association: Amerikai Ügyvédi Kamara. Természetesen az ABA nem a klasszikus, európai értelemben vett ügyvédi kamarát jelenti, hiszen nemcsak ügyvédek a tagjai, hanem minden jogász, az ABA licence nélkül ugyanis az Egyesült Államokban semmilyen jogászként (tehát nemcsak ügyvédként) nem lehet tevékenykedni; az egyszerűség és az európai emberek általi beazonosíthatóság miatt azonban – úgy vélem – nem követünk el nagy hibát, ha az ABA-t „ügyvédi kamarának” fordítjuk.

⁴ Forrás: ABA Market Research Department, 5/2005.

⁵ Az USA-ban kb. 10 000 bíró van. Bírónak általában azokat szokták kinevezni (szövetségi szinten) vagy választani (tagállami szinten), akik hosszabb, kiemelkedő jogász karriert futottak be ügyvédként, ügyészként, vállalati jogászként vagy jogi oktatóként, az tehát nem jellemző, hogy valaki rögtön a jogi egyetem elvégzése után bíróként helyezkedik el (bár formális tiltás e tekintetben nincs).

⁶ Az állami jogi segítségnyújtás két fő fajtája a szövetségi pénzből finanszírozott Legal Services Corporation (polgári jogi ügyekben) és a helyhatóságok vagy a tagállamok által fenntartott Public Defender Offices (büntetőjogi ügyekben).

⁷ Ezek közül a leghíresebb a Legal Aid Society (LAS), amelynek a legtöbb amerikai nagyvárosban működik irodája, alapítványok, jótékony jogászcégek és nagyvállalatok által finanszírozott pénzekből fizetett jogászokkal, akik a rászorulóknak számára ingyenes jogi tanácsadást nyújtanak és perbeli képviselést látnak el, az ezért járó pénz pedig az LAS-tól kapják meg.

⁸ Az „ügyvéd” megnevezése az USA-ban „*lawyer*” vagy „*attorney*”, ám két fő funkciója szerint további közkeletű elnevezései az „*advocate*” (tárgyalótermi ügyvéd vagy perbeli képviselő) és az „*advisor*” (jogi tanácsadó) is.

⁹ Az amerikai jogász azonban a klasszikus jogász szakmák (ügyvéd, bíró, ügyész, jogtanácsos) mellett egyéb tevékenységeket is elláthat: több százezren dolgoznak például olyan munkakörben, ahol a jogi diploma nem követelmény, ám meglete határozott előnyt jelent, így például bankok, biztosítók nem joggal kapcsolatos különböző munkaköreiben, pénzügyi tanácsadóként, adótanácsadóként, könyvvizsgálóként, mediátorként, arbitráorként, újságíróként vagy ingatlanközvetítőként (ez utóbbi egyébként az egyike azon ritka munkaköröknek, amelyet egy ügyvédként praktizáló személy a törvény alapján Magyarországon is elláthat).

¹⁰ Lásd a 36. és a 66. sz. lábjegyzeteket!

Mindennemű jogász tevékenység előfeltétele, hogy az American Bar Association (ABA) felvegyen valakit a tagjai sorába. Az ABA-nek 56 területi szerve van,¹¹ és mindegyik saját hatáskörében dönt arról, hogy milyen követelményeket állít a jelentkezők elé. Vannak azonban bizonyos szabályok, amelyek (nagyon szigorúan meghatározott kivételek mellett) minden területi szerv felvételéről szóló döntése során egységesen kötelezőek. E szabályokat az ABA két másik szervezettel együtt¹² 1959-ben fogadta el, majd 1980-ban dolgozta át, és e szerint a szabályzat szerint az ABA bármely területi szerve csak olyan jelentkezőt vehet fel és adhat neki működési engedélyt („*licence*”), aki elvégzett egy négyéves ún. „*undergraduate*” képzést,¹³ ezt követően elvégzett egy, az ABA által akkreditált jogi egyetemet¹⁴ („*law school*”)¹⁵, majd pedig letette mindazokat a vizsgákat (ezek közül legalább egy írásbeli vizsgát), amelyeket az adott területi szerv („*jurisdiction*”) a jogászcandidátusok számára előír. (A vizsgák egyébként az objektivitás és az összehasonlíthatóság követelménye miatt mindenhol tipikusan írásbeliek.)

Az első követelménnyel kapcsolatban mindössze annyit érdemes megemlíteni, hogy annak és a jogi egyetem elvégzésének az együttes előírása fölöslegesnek tűnik, hiszen a jogi egyetemre (illetve bármilyen *graduate* képzésre) való felvétel előfeltétele egy *undergraduate* diploma megléte. Ami viszont a második előírást (a jogi egyetemi diploma követelményét) illeti, azzal kapcsolatban több dologra is érdemes kitérni. Az első ezek közül az, hogy a jogi diploma megszerzésének szükségszerű előfeltétele a felvétel valamely jogi egyetemre. Ahhoz tehát, hogy valaki jogásszá válhasson, az első lépés (az *undergraduate* fokozat megszerzése után), hogy teljesítenie kell egy általa kiválasztott *law school* felvételi követelményeit. A felvételi kritériumokat minden jogi kar maga állíthatja össze, de ahhoz, hogy az ABA akkreditálja, bizonyos előírásokat figyelembe kell vennie. Így van két nagyon fontos közös elem, amelyeket bármely jogi kar felvételi döntései során figyelembe kell venni és a felvételtől szóló döntést ezek alapján (is) kell meghozni (e két követelmény egymáshoz és más felvételi kritériumokhoz való viszonya azonban természetesen egyetemenként változhat): a főiskolán szerzett érdemjegyek átlaga (súlyozott átlaga)¹⁶ és a jogi egyetemi felvételin, az LSAT-on¹⁷ elért eredmény.¹⁸ A legtöbb helyen, különösen az elit jogi karokon egyértelműen ez utóbbi a fontosabb, és ha valaki kiemelkedő pontszámot ér el ezen a felvételi teszten, azt minden egyéb körülménytől függetlenül fel fogják venni.

¹¹ Az ötven tagállam, továbbá District of Columbia, Guam, Északi Mariana-szigetek, Virgin-szigetek, Palau és Puerto Rico.

¹² A másik két szervezet a National Conference of Bar Examiners (NCBE) és az Association of American Law Schools (AALS) volt.

¹³ Ez magyar viszonylatban kb. a főiskolával egyenértékű, bár a két fogalom nem azonos egymással.

¹⁴ Jelenleg 191 ABA által elismert jogi kar működik Amerika-szerte (7 ideiglenes engedéllyel), ezek közül 190 *graduate* képzést (vagy azt is) nyújt, és mindössze egy jogi egyetem (a U.S. Army Judge Advocate General's School) biztosít kifejezetten *postgraduate* képzést egy másik jogi egyetemet már elvégzett jogászok számára.

¹⁵ Bár a *law school* nem azonos sem az európai értelemben felfogott jogi egyetemmel, sem pedig egy egyetem jogi karával (például *law school*-ja az USA-ban lehet egy főiskolának is, a lényeg, hogy az ne „*undergraduate*”, tehát általános alapozó, hanem „*graduate*”, vagyis speciális felsőfokú *szakmai* képzést adjon), én a továbbiakban mind a „jogi egyetem”, mind pedig a „jogi kar” kifejezést a „*law school*” szinonimájaként fogom használni.

¹⁶ GPA: *undergraduate grade-point average*.

¹⁷ Law School Admission Test

¹⁸ Ezek mellett az egyetem döntésétől függően figyelembe lehet (figyelembe szokták) venni (nyilvánvalóan egyetemenként eltérő mértékben) például az elvégzett főiskola jellegét és színvonalát (a jogi egyetemek vonatkozásában ugyanazon feltételek mellett valószínűbb a pozitív döntés egy közgazdasági, mint egy zenetörténeti főiskola, avagy egy országos hírű, elismert, mintsem egy nevesincs főiskola elvégzése esetén), a főiskola alatti tevékenységeket, az esetleges ajánlóleveleket, egyéb egyetemi diplomákat, munkahelyi tapasztalatot, tudományos tevékenységet (például publikációkat), közösségi és/vagy karitatív tevékenységeket, a faji-etnikai hovatartozást és bármi mást, amit az egyetem a felvételi döntés kialakítása tekintetében relevánsnak tart.

Magát a tesztet egyébként az LSAC (Law School Admission Council)¹⁹ központilag állítja össze,²⁰ a tesztek javítását egy megoldókulcs alapján viszont már maguk a felvételiztető egyetemek végzik, és természetesen a felvételtől szóló döntés meghozatala is az ő kizárólagos joguk. Az LSAT hat különböző részből áll, és minden részre 35 perc áll a felvételizők rendelkezésére. Az első öt feladat mindegyike több (általában 15-25) feleletválasztós kérdést tartalmaz. E kérdések nem tényanyagot kérnek számon, tehát nem tárgyi tudást mérnek, hanem logikai és nyelvi feladatokat tartalmaznak (például egy előzetes szöveg alapján ki kell találni, hogy több, a szöveg után ismertetett állítás közül melyik következik a szövegből, bizonyos tényekből következtetéseket kell levonni más tényekre nézve, el kell dönten, hogy megadott szempontok alapján bizonyos állítások igazak, hamisak vagy igazságtartalmuk nem eldönthető stb.). Az öt, feleletválasztós feladatokat tartalmazó rész közül azonban csak négyet értékelnek; az ötödik pusztán új kérdéstípusok előzetes tesztelésére szolgál (azt azonban, hogy ez az öt közül melyik is, a felvételizők nem tudhatják). Végül a hatodik rész egy esszéfeladat, amely az érvelési és az íráskészséget méri (amelyek egy jogász számára szintén nélkülözhetetlen tulajdonságok). E hatodik feladatot szintén nem pontozzák, azonban a tesztekkel együtt elküldik az egyetemeknek, amelyek a felvételtől szóló döntésük meghozatala során kétséges esetekben figyelembe veszik (vehetik) azt.

Az LSAT-on elérhető végleges pontszám egyébként 120 és 180 között változik, és kiszámítása a rész-teszteken elért segédpontszámok alapján történik.²¹ Míg egy alacsonyabb presztízsű, kevésbé híres jogi karra 145-150 pont is elég lehet, addig az elit jogi karokra 160 pont alatt esély sincs bejutni (aki pedig biztosra akar menni, annak – egyetemtől függően – legalább 165-170 pontot el kell érnie). Érdekesség, hogy az USA-ban a felvételi tesztet elég egyszer megírni, és az ott elért pontszám irányadó lesz a későbbi felvételi döntések során is (ha például egy meghatározott teszteredménnyel egy adott évben nem sikerült az óhajtott jogi egyetemre bejutni, a következő évben ugyanezzel a pontszámmal ismét meg lehet kísérelni a bejutást vagy be lehet adni a jelentkezési kérelmet egy másik, kevésbé híres karra), de természetesen lehetőség van az eredmény törlésére és egy új teszt megírására is. Minderre a felvételizők korlátlan alkalommal jogosultak, ám azt figyelembe kell venniük, hogy amennyiben az új teszt eredménye az előzőnél rosszabb lesz, akkor ez az új eredmény fog a felvételi eljárás során számítani (a teszt újraírása tehát kockázatot is rejt magában).

Ha valaki bejutott egy jogi egyetemre, annak a következő lépése a jogásszá válás útján értelemszerűen az, hogy el kell végeznie az egyetemet. E vonatkozásban több különbség is megfigyelhető az európai (és persze a számunkra leginkább érdekes magyar) jogászképzéshez képest. Az első ezek közül az, hogy az amerikai jogi képzés hároméves; ennek oka elsősorban az, hogy az USA-ban a *graduate* képzésben már csak és kizárólag az adott szakma tudományos alapjait és gyakorlati ismereteit oktatják (míg például Magyarországon az egységes jogászképzés szerves része az általános művelő tárgyak /közgazdaságtan, filozófia, pszichológia, etika, statisztika stb./ oktatása is, amelyek jelentős mennyiségű időt vesznek el a speciális jogi tárgyak tanításától).

A második jelentős eltérés, hogy Amerikában még részben sincs jogszabály által kötelezővé tett egységes tantárgyi struktúra; minden jogi kar maga dönti el, hogy milyen

¹⁹ Az LSAC egy nonprofit szervezet, amelynek több mint kétszáz egyesült államokbeli és kanadai law school a tagja (köztük az összes olyan jogi egyetem, amelyet az ABA akkreditált). 1947-ben alapították, és célja, hogy koordinálja, elősegítse és fejlessze a jogi karok felvételi eljárását.

²⁰ A tesztek megírása is központilag történik, az USA nagyobb városaiban és a világ több különböző pontján évente négyszer, egyazon időpontban.

²¹ Ez azt is jelenti, hogy ha valaki egyetlen feladatot sem tudott megoldani, akkor sem kaphat 120 pontnál kevesebbet, ha pedig valaki hibátlanul töltötte ki a tesztet, az sem szerezhethet 180 pontnál többet. Ez természetesen az amerikai felvételi rendszert nem ismerő (például európai) jogász számára félrevezető lehet, hiszen azt a látszatot kelti, hogy egy 120 és egy 140 pontos eredmény között nincs túlságosan nagy különbség, holott valójában igenis van.

tárgyakat, mikor és milyen időkeretben oktat. Mindazonáltal vannak bizonyos egyezések a tanmenetben, hiszen meghatározott jogágak oktatása és meghatározott készségek fejlesztése nem mellőzhető (és persze néhány, a tantárgyi struktúra kialakítására vonatkozó elvet az ABA követelményrendszere is tartalmaz). Emiatt a legtöbb jogi egyetem kurrikuluma a következőkben megegyezik: az első egy-másfél évben (az első két-három szemeszterben) kerülnek sorra az amerikai jogrendszer legfontosabb jogágai és jogintézményei mint kötelező tantárgyak (tulajdonjog, szerződések joga, kártérítési jog, polgári eljárásjog, alkotmányjog, büntetőjog, büntető eljárásjog), majd ezt követően néhány, jogi karonként változó egyéb kötelező tantárgy mellett lehetőség van a hallgató egyéni érdeklődésének és preferenciáinak megfelelő tantárgyak kiválasztására (a legtöbb helyen egyébként ez utóbbiak körébe tartoznak például a Magyarországon mindenhol kötelezőként oktatott olyan tantárgyak is, mint a nemzetközi jog, a környezetvédelmi jog vagy a munkajog).

Általánosan elmondható, hogy a legkomolyabban a kötelező tantárgyakat kéri számon, mivel ezek tartalmazzák azokat az alapvető ismereteket, amelyek nélkül egy jogász, bárhol is helyezkedik el, nem boldogulhat, amelyek ismerete tehát minden jogásztól elvárható. Éppen ezért a hallgatói lemorzsolódás az első évben a legnagyobb, és aki az első évet sikeresen teljesíti, annak a későbbi, könnyebb vizsgák már nem valószínű, hogy akadály jelentenek.²² Továbbá míg az egyetem első felében az elméleti tárgyak dominálnak, addig a harmadik-negyedik szemesztertől kezdve megnő a (választható) gyakorlati képességeket fejlesztő tárgyak szerepe. A legtöbb jogi karon például léteznek jogi klinikák („*legal clinics*”), ahol a hallgatók egy gyakorlati szakember segítségével elsajátíthatják annak a tárgynak a gyakorlati követelményeit, amelynek tényanyagát, jogi normáit, legfőbb elveit és tudományos alapjait az elméletben korábban már megismerték. Ennek során megszemlélhetik az adott joganyag érvényesítésének eljárási módozatait, felügyelő tanáruk segítségével az arra rászorulóknak számára valós jogi ügyekben jogi tanácsokat adhatnak, beadványokat és okiratokat szerkeszthetnek (kivételes esetben perbeli képviseletet is elláthatnak), ezenkívül fiktív (vagy korábbi valós) jogeseteket oldanak meg, továbbá szimulált tárgyalásokat, esetleg perbeszédversenyeket („*moot court*”) tartanak.²³ Léteznek továbbá ún. „*legal writing*” kurzusok, ahol különböző beadványok (esetleg tudományos dolgozatok) megszerkesztésének, felépítésének és megfogalmazásának módját, „*legal reasoning*” kurzusok, ahol a jogászi gondolkodásmód sajátosságait és a különböző érvelési és vitatechnikákat, „*legal research*” kurzusok, ahol a kutatási módszertant, illetve „*evidence*” kurzusok, ahol a bíróság meggyőzésére alkalmas eszközöket és azok helyes és hatékony használatát sajátíthatják el a hallgatók.

A harmadik fontos különbség a jogásszá válás magyar és az amerikai módszere között, hogy míg Magyarországon a formális képzés elvégzése (és az abszolutórium megszerzése) után a jogi diplomához szükség van egy szakdolgozat megírására és bizonyos államvizsgák letételére²⁴ (amelyeken a hallgató újra számot ad meghatározott tantárgyakból a tudásáról), addig az USA-ban a hatodik szemeszter vizsgáinak az abszolválása után (amely vizsgaidőszak semmiben nem különbözik a többi vizsgaidőszaktól) a hallgató *ipso facto* megkapja diplomáját. (Ehhez kapcsolódik az az eltérés is, hogy míg Magyarországon a gyakorlati jogi életben való részvételhez további feltételekre van szükség /hároméves gyakorlat stb./, addig az Egyesült

²² A statisztika is ezt mutatja: 2003-ban például az első évben még 5 039, a második évben már csak 1465, míg a harmadik évben mindössze 280 hallgató hagyta abba az egyetemet. Ha a részképzésben negyedévben „kibukott” 30 hallgatót is idevesszük, akkor azt látjuk, hogy összességében mindössze 6 814 hallgató fejezte be 2003-ban idő előtt az egyetemet, ami összevetve azzal, hogy ugyanebben az évben a jogi karokra mindösszesen 137 681 ember járt, elenyészőnek tekinthető.

²³ A jogi klinikákról és a klinikai jogi oktatásról bővebben lásd: Nagy Zsolt: A klinikai jogi oktatás kérdéseiről. In: Jogelméleti Szemle, 2001/3. szám.

²⁴ Ezek közül négy törvény által kötelezővé téve minden egyetemen ugyanaz (büntetőjog, polgári jog, alkotmányjog, közigazgatási jog – bár a tételsort már az adott egyetem érintett tanszéke maga állíthatja össze), míg az ötödik szabadon választható.

Államokban a jogi egyetemet elvégzett hallgató formálisan rögtön jelentkezhet az ABA-be, és a felvételi vizsga sikeres letétele után azonnal megkezdheti gyakorlati jogi tevékenységét.)²⁵

Végül a két jogi oktatási szisztéma közötti negyedik jelentős eltérés, hogy az USA-ban nincs levelező képzés (vagy hogy pontosabban fejezzük ki magunkat: az ilyen képzési formában szerzett diplomát az ABA nem ismeri el, és ilyen diplomával jogász tevékenység gyakorlását nem teszi lehetővé).²⁶ Természetesen azért az Egyesült Államokban is lehetőség van munka melletti tanulásra, mégpedig kétféle formában: vagy ún. „*part-time study*”, vagy pedig ún. „*distance education*” keretében (utóbbi körülbelül a magyar távoktatási formának, előbbi pedig nagyjából a mi esti képzésünknek felel meg). E képzési formák tanterve egyébként a „rendes” képzésével megegyezik, azonban a tantárgyak nem három, hanem négy évre vannak elosztva. Maga a képzés pedig kreditrendszerben folyik, jóval lazább szabályokkal, mint az jelenleg a magyar felsőoktatásban megfigyelhető (kevesebb például a tantárgyi előfeltétel és nagyobb az egyéni érdeklődésnek megfelelő tantárgyak közötti választási szabadság), egyetlen szigorúbb, a minőségi képzést biztosító kritérium érvényesül csak, jelesül az, hogy az egyetemet legkésőbb a kezdéstől számított öt (részidős képzés esetében pedig hat) éven belül mindenképpen be kell fejezni (aki ugyanis ebből az időből kicsúszik, az nem kaphat az ABA által elismert jogi diplomát).

A jogásszá válás legutolsó feltétele pedig, hogy a jogvégzettet az American Bar Association valamely területi szerve felvegye tagjai sorába. Ehhez az kell, hogy a jelentkező elvégezzen egy legalább négyéves *undergraduate* képzést, utána egy, az ABA által akkreditált jogi egyetemen²⁷ egy hároméves *graduate* képzést, majd letegye az adott területi szerv által előírt felvételi vizsgát.²⁸ Az első két feltételt az előbbieken már elemeztük, most csak a harmadikat vizsgáljuk meg. A felvételi vizsgák jellegét az ABA minden területi szerve maga határozza meg; a vizsga (legalább részben) írásbeli jellege azonban egységes követelmény. Az ABA Kódexe szerint a felvételi vizsga célja annak felmérése, hogy a jelentkező tisztában van-e az amerikai jog alapvető jogelveivel, és ezek figyelembe vételével az adott jogeset releváns tényeinek és összefüggéseinek felismerése alapján képes-e logikus és meggyőző módon érvelni az általa kialakított jogi álláspont helyessége mellett. Ehhez természetesen szükség van egy bizonyos mennyiségű tényanyag tudására, ám a felvételi vizsga elsődlegesen és közvetlenül egy meghatározott tényanyag ismeretét nem kérheti számon. Ugyiszintén tilos a kizárólag az adott tagállam jogának ismeretére vonatkozó kérdéssor összeállítása (hiszen az ABA valamely juriszdikciójába való felvétel a későbbiekben az ABA egy másik juriszdikciójában való tevékenységre is feljogosít), ugyanakkor a fő teszt sor mellett lehetőség van az adott állam kiemelkedő fontosságú sajátos szabályainak a mérésére is (hiszen a felvételiző elsősorban mégiscsak az adott államban kíván majd tevékenykedni).²⁹

²⁵ Ez természetesen csak formálisan van így; gyakorlatilag kizárt, hogy valaki mindenféle gyakorlat nélkül például bíró legyen (az ügyészség, különösen pedig a tagállami ügyészségek esetében már nem ez a helyzet); de az sem különösebben valószínű, hogy egy kezdő jogászt egy ügyvédi iroda rögtön partneri státuszba emeljen; előtte egy-két évig asszisztensként kell dolgoznia valamely gyakorló magánzó ügyvéd vagy egy ügyvédi iroda idősebb partnere mellett, amely időszak alatt önállóan nem képviselhet ügyeket, csak bizonyos, az ügyvéd által meghatározott részfeladatok megoldásában (például az ügyfél számára előnyös tartalmú korábbi precedensek felkutatásában) segídezhet.

²⁶ Ez alól kivétel Kalifornia, Új-Mexikó és District of Columbia.

²⁷ Az ABA által nem akkreditált jogi egyetemen szerzett diploma is lehetőséget biztosíthat a Bar-ba való felvételre, de csak azon juriszdikcióban, amelynek területén az adott jogi egyetem található; más államokban az ilyen diploma jogász tevékenység végzésére nem ad jogosultságot.

²⁸ Aki az ABA valamely tagállami szerve által előírt követelményeket teljesítette és a felvételi vizsgát letette, az főszabály szerint újabb vizsga letétele nélkül jogosult más juriszdikciókban működő jogász szervezetek tagjává válni és az adott államban jogász tevékenységet folytatni.

²⁹ Így például Louisianában nyilvánvalóan lehetőség van az ottani, a francia Code Civil-en alapuló, a többi tagállamban érvényesülő common law-tól alapjaiban eltérő törvényi jog ismeretének számonkérésére.

Habár – ahogy az előbb említettük – a felvételi vizsgák jellegét az ABA minden területi szerve maga határozhatja meg, de az ABA kidolgozott néhány vizsgatípust, amelyeket a legtöbb állam átvesz és alkalmaz.³⁰ Ezek közül a legfontosabb a Multistate Bar Examination (MBE) és a Multistate Professional Responsibility Examination (MPRE), de ezek mellett több állam használja a Multistate Performance Test-et (MPT) és a Multistate Essay Examination-t (MEE) is.³¹ (Mindezen vizsgák kérdéseit és feladatait tehát központilag állítják össze, de több tagállam ezek mellett vagy helyett használ saját maga által kidolgozott és összeállított teszteket is).

A Multistate Bar Examination-t az ABA 56 juriszdikciója közül jelenleg 53 használja.³² Ez egy hatórás, hat részből (szerződések joga, kártérítési jog, alkotmányjog, büntetőjog és büntető eljárásjog, bizonyítás /„evidence”/, ingatlanjog) álló teszt, mely összesen 200 feleletválasztós kérdést tartalmaz.³³ A Multistate Professional Responsibility Examination-t 52 juriszdikcióban használják;³⁴ ez egy kétórás, hatvan feleletválasztós kérdésből álló vizsga, amely a jogászok (elsősorban az ügyvédek) magatartásával, felelősségével, a hivatása gyakorlása során felmerülő különböző problémák kezelésével stb. kapcsolatos szabályok tudását vizsgálja.³⁵ Idetartozik például a jogász professzió egészének és annak részeinek (a főbb jogász szakmáknak és azok tevékenysége jellegének) ismerete, az ügyfél és az ügyvéd közötti kapcsolat (megbízási szerződés kötése, felbontása, a felek jogai és kötelezettségei), a bírósági eljárás, a bizonyítás módja, a tárgyalótermi viselkedési szabályok és a fegyelmezési eszközök, az ügyvéd polgári jogi és büntetőjogi felelőssége a hibás aktusokért, az ügyvéd feladatai, a bírói etika stb. ismerete.

A Multistate Performance Test-et jelenleg 31 juriszdikcióban alkalmazzák; három, egyenként kilencvenperces feladatból áll, amelyek mindegyike különböző gyakorlati képességeket mér. Minden feladat valamilyen valós vagy fiktív jogesetmegoldás, amelyhez az összes szükséges iratot a vizsgázó rendelkezésére bocsátják. Ezen iratokat egyrészt az ún. „file” tartalmazza: itt található a ténykérdésekre vonatkozó írásbeli bizonyítékok, levelezések, tanúvallomások, kihallgatási jegyzőkönyvek, szerződések, újságcikkek, hivatalos dokumentumok stb., vagyis mindazon iratanyag, amely a gyakorlatban is az ügyvéd rendelkezésére állna. A megoldandó ügyre vonatkozó anyag másik része pedig az ún. „library”-ben található, amely mindazokat a jogi normákat (törvényeket, rendeleteket, precedenseket, szabályzatokat) tartalmazza, amelyeknek az ügy megoldása szempontjából jelentősége lehet. (Természetesen mind a *file*, mind pedig a *library* tartalmaz rengeteg ellentmondó vagy felesleges információt is.) A felvételizőnek ezzel kapcsolatban kell különböző feladatokat

³⁰ Ezekre nézve további információért lásd: <http://www.abanet.org/legaled/baradmissions/bartests.html>

³¹ Tizennégy juriszdikció (Idaho, Utah, Észak-Dakota, Dél-Dakota, Missouri, Illinois, Nyugat-Virginia, Arkansas, Mississippi, Alabama, Hawaii, District of Columbia, Guam, Északi Mariana-szigetek) mind a négy tesztet kötelezővé teszi a felvételizők számára; van ugyanakkor olyan állam, ahol bizonyos, az ABA tagállami szerve által meghatározott egyetemeket elvégzett jogászoknak nem kell semmilyen felvételi tesztet írniuk (ilyen például Wisconsin). Ez az ún. „*diploma privilege*” intézménye, amelyet korábban szövetségi szinten ugyan megszüntettek (vagyis az ABA immáron nem határozhatja meg központilag, hogy a tagállami szervek mely egyetemekről kikerült jogászokkal szemben nem írhatnak elő felvételi vizsgát), de amely kivételképpen az egyes területi szervek döntése alapján mégis alkalmazható.

³² Nem használja Washington, Louisiana és Puerto Rico.

³³ A vizsgának magának a lebonyolítása technikailag úgy történik, hogy azt két, egyenként háromórás részre bontják, mégpedig úgy, hogy ugyanazon nap délelőttjén zajlik le az első, délutánján pedig a második rész, mindkettő száz-száz kérdéssel. A kérdések mindegyike esetében négy megadott válaszlehetőség közül kell kiválasztani az egyetlen helyeset, a kérdések pedig a következő arányban oszlanak meg az egyes tárgyak között: a szerződési és a kártérítési jog témakörében 34-34, a többi tárgy esetében pedig 33-33 tesztfeladatra kell válaszolni.

³⁴ Nem alkalmazzák Washingtonban, Wisconsinban, Marylandban és Puerto Rico-ban.

³⁵ E vizsga során is négy lehetséges válasz közül kell kiválasztani azt az egyet, amelyik helyes. Mivel a teszt leginkább általános tudást kér számon, és mivel a teszten elérhető minimális pontszám 50, a maximális pedig 150, és már körülbelül 75-85 pont elég a vizsga sikeres teljesítéséhez, ezért ennek megoldása okozza a jelentkezőknek a legkisebb nehézséget. (Az MPRE általában a felvételizők több mint 90 %-ának sikerülni szokott.)

megoldania, például feljegyzést kell készítenie azokról a tényekről, amelyek hitelessége az iratok alapján kétséges vagy amelyek feltárására vonatkozóan további nyomozást kell folytatni az ügyfél érdekében; elemezni kell a jogi normákat arra vonatkozóan, hogy a megadott tények alapján milyen döntés várható; az ügyfél javára érvelő indítványt kell fogalmazni; szerződést vagy végrendeletet kell írni; etikai dilemmákat kell megoldani; különböző megoldási javaslatokat kell felvázolni stb.

Végül a Multistate Essay Examination-t 17 juriszdkcióban alkalmazzák, és döntően a gazdasági jellegű jogterületek és jogintézmények köréből tartalmaz hat feladatot, amelyeket összesen három óra alatt kell megoldani. A cél annak megállapítása, hogy a vizsgázó mennyire képes jogi szövegeket elemezni és értelmezni, ezeket mennyire tudja a tényekkel összevetni és ennek alapján mennyire képes konkrét jogeseteket megoldani, különös tekintettel az érvelés logikai felépítésére és meggyőző erejére.

A jogi oktatóvá válás kritériumai és módjai

Az előbbieken elmondottak jelentik tehát általánosságban azt az utat, amelyet mindenkinek végig kell járnia ahhoz, hogy jogásszá váljon, és amelyen ezáltal minden olyan személynek is végig kell mennie, aki jogi egyetemi oktató kíván lenni (lévén, hogy a jogi tanár sem más, mint a jogász egy fajtája).³⁶ Az itt vázolt általános kritériumokon túl azonban vannak speciális feltételek, amelyeket ha hivatalosan nem is, de a gyakorlatban teljesíteni kell ahhoz, hogy valakinek esélye legyen egy jogi oktatói pozíció elnyerésére. Hangsúlyozni kell azonban, hogy ezek nem formális kritériumok, pusztán a leendő jogi tanárokkal szemben tipikusan támasztott követelmények, ilyen értelemben ezek bármelyikének nem teljesítése nem teszi kizárttá egy ilyen poszt elnyerését, pusztán a pályázó esélyeit csökkenti. Ez azt is jelenti, hogy viszonylag ritka az a személy, aki minden egyes, itt említett speciális feltételnek megfelel, ám ahhoz, hogy valaki eséllyel pályázzon egy ilyen helyre (különösen ha az állás egy elit jogi karon kerül meghirdetésre), kívánatos, hogy e kritériumok többségét teljesíteni tudja.

E kritériumok közül az első és legfontosabb az, hogy a jogi oktatói aspiráns egy ún. „elit” jogi karon tanuljon és ott szerezzen diplomát. Azt, hogy mely *law school*-ok tartoznak az elit jogi karok közé, nehéz pontosan megmondani, de nagyjából a jogi egyetemi rangsor legjobb 10-20 egyetemét szokták e fogalom alatt érteni. Az elit iskolák közül is kiemelkedik azonban két, szinte mindenki által egyöntetűen a legjobbnak ítélt jogi egyetem: a Harvard Law School és a Yale Law School.³⁷ Aki e két egyetem valamelyikében szerez diplomát, annak óriási esélyei vannak (még akkor is, ha érdemjegyei nem a legmagasabbak) arra, hogy jogi oktatói pozíciót találjon magának. Arra, hogy ez miért van így, rendszerint két dolgot szoktak válaszolni. Egyrészt azt, hogy ezek az iskolák több generációra visszatekintő magas színvonalú képzést nyújtanak, ami a jelen helyzetre nézve is igaz, és ez garanciát jelent arra, hogy ezek az egyetemek mindenképpen színvonalas, hozzáértő hallgatókat fognak kibocsátani (ami ezen indokolás szerint nem zárja ki azt, hogy máshol ne folyhatna hasonlóan magas vagy még magasabb színvonalú képzés, pusztán csak annyit jelent, hogy e két *law school*-ban ezt a magas színvonalat mindenfajta kockázat nélkül elvárhatják a diákok).³⁸ A másik, ennél fontosabb érv

³⁶ Egyetlen kivételként egy humán területen szerzett Ph.D.-fokozat kiválthatja a jogi diplomát, amennyiben azt az illető egy olyan diszciplínából szerezte, amelyet a jogi oktatás során is hasznosítani tud. (Lásd ehhez még a 66. sz. lábjegyzetet!)

³⁷ E két egyetemről kerül ki az új jogi oktatók egyharmada.

³⁸ Ez az érvelés azonban egy mélyebb problémához is elvezet bennünket, nevezetesen a karok közti verseny egyenlőtlenségének a kérdéséhez. A különböző egyetemek ugyanis a színvonalas oktatásért folyó kompetícióban

ellenben úgy szól, hogy a Harvard és a Yale (meg még néhány másik iskola) a többi egyetemhez képest kevésbé a praktikus ismeretek³⁹ oktatását tekinti feladatának, sokkal inkább a tudományos alapok megtanítását és a rendszerbeli gondolkodás képességének átadását, amelyek lehetővé teszik az itteni hallgatók számára azt, hogy a mechanikus jogalkalmazói ismeretek helyett a jognak a mélyebb, felszín alatti működési mechanizmusait ismerjék meg és a jogot képesek legyenek rendszerként szemlélni.⁴⁰ Vagyis ezen egyetemeken nem jogász-technikusokat képeznek, hanem jogász-értelmiségieket. A jogi egyetemeken pedig olyan oktatókra van szükség, akik a jogot mint rendszert ismerik. Más szóval az elit jogi iskolákban elsősorban tudományos és kevésbé praktikus képzés folyik; nem véletlen tehát hogy a

nem egyenlő esélyekkel vesznek részt, mivel a korábbi értékelések nagyrészt kihatnak az adott iskola jelenlegi értékelésére, ez kihat a tényleges jelenlegi helyzetre, ami viszont befolyásolja a jövőbeli értékeléseket és ezáltal a jövőbeli tényleges helyzetet is. Konkrétan arról van szó, hogy az amerikai jogi oktatásba immanensen be van építve egy (pontosabban – részeire bontva – három, egymással összefüggő) gazdasági elem: az egyetemek közti verseny a tanárokért, az egyetemek közti verseny a hallgatókért és a hallgatók közti verseny az egyetemekért. Ha az egyetem céljaiból indulunk ki, akkor azt láthatjuk, hogy az egyrészt minél több pénz (anyagi bevétel), másrészt minél több presztízs (erkölcsi bevétel) elérésére törekszik. Pénzt azáltal tud szerezni, ha minél nagyobb tandíjbevételekre tesz szert (illetve – ami az esetünkben ugyanaz – ha a szociálisan rászoruló hallgatók után minél nagyobb mértékű állami támogatásban részesül). A kar annál nagyobb összegű tandíjat állapíthat meg, minél színvonalasabb képzést tud biztosítani, pontosabban annál valószínűbb, hogy egy magasabb tandíjat a hallgató ki fog fizetni, ha ez számára anyagilag majd megtérül, vagyis ha a munkaerőpiac magasabb értékűnek ismeri el a diplomáját, mintha azt máshol szerezte volna, és persze ez a munkaerő-piaci értékelés a fizetésében is megmutatkozik. Ahhoz azonban, hogy az egyetem valóban magas színvonalú képzést tudjon jövőendő hallgatóinak garantálni, magasan képzett tanárookra van szükség. A jobb tanárokat szintén csak jobb fizetéssel (és az iskola már meglevő tudományos presztízsével) lehet az adott iskolába csábítani, vagyis azok a karok engedhetik meg maguknak elismertebb tanárok alkalmazását, akiknek erre már megvan a pénzük (amit a korábbi magasabb tandíjak garantálhatnak) és a presztízsük. Mindezt a hallgatói oldalról is megvizsgálva az állapítható meg, hogy ők arra az egyetemre mennek, amely a legmagasabb színvonalú képzést nyújtja (hiszen jövőendő munkaerő-piaci esélyeiket ezáltal tudják a legnagyobbra növelni). A felvételizők összerendelődése tehát nagyobb arányban fog az elit *law school*-ok felé irányulni, ami azzal jár, hogy ezek az egyetemek több aspiráns közül válogathatnak, és minél nagyobb a meritési alap, annál jobb képességű hallgatókat tudnak felvenni; ezek a többi egyetemhez képest jobb képességű diákok pedig a gyakorlati jogi életbe kikerülve (ráadásul egy színvonalasabb képzéssel a hátuk mögött) csak még tovább öregbítik egyetemük hírnevét, még kevésbé indítva arra az utánuk következőket, hogy másik, kevésbé színvonalasabb egyetemre menjenek. Ez tehát egy ördögi kör: ha már egyszer kialakult egy presztízhierarchia az egyetemek között, akkor nagyon nehéz ebből kitörni: a karok immáron tehát egyfajta kijelölt hellyel rendelkeznek a többi egyetem között, ahol az előkelő pozíciót elveszíteni és a lenti pozícióból előretörni is nagyon nehéz. Ezt a tendenciát az utóbbi évek statisztikája is csak megerősíti: ma egy Harvardon vagy Yale-en végzett joghallgatónak még a 60-as–70-es évekhez képest is sokkal nagyobb esélye van arra, hogy jogi oktató (különösen pedig arra, hogy egy elit jogi karon oktató) legyen, mint más egyetemeken végzetteknek. (A kérdés elméleti alapjairól bővebben lásd: Pokol Béla: Szociológiaelmélet. Felsőoktatási Koordinációs Iroda, Budapest, 1997, 88-93. o.; a statisztikai adatokról pedig lásd: Redding, Richard E.: „Where Did You Go to Law School?” Gatekeeping for the Professoriate and Its Implications for Legal Education. In: Journal of Legal Education, Vol. 53, Nr. 4, December 2003, pp. 594-614.!)

³⁹ Praktikus ismeretek alatt itt a mindennapi gyakorlati jogász feladatok megoldásához szükséges technikai jellegű tudás meglétét értem (például milyen formai kritériumai vannak egy szerződésnek vagy egy végrendeletnek, milyen eljárási rendet kell egy bírósági eljárás során betartani, az egyes vitás ügyek elintézésére mely hatóságok jogosultak, az egyes beadványok megtételére milyen határidő áll rendelkezésre stb.).

⁴⁰ Ez azt jelenti, hogy nem pusztán alkalmazni tudnak bizonyos dolgokat és ez alapján megoldani bizonyos ügyeket, hanem átlátják ennek okait és mögöttes összefüggéseit is; nem csak használják a jogot, hanem értik annak működését is. (A kettő közötti különbséget talán egy hasonlattal lehetne a legszemléletesebben érzékeltetni: ahogy egy villanyszerelő és egy villamosmérnök között az a különbség, hogy míg az előbbi bizonyos előre betanult műveletek révén megold bizonyos problémákat /megszereli a villanyt/, anélkül azonban, hogy értenie kellene annak pontos fizikai működését, az elektromérnök viszont ez utóbbival is tisztában van és ezért képes pl. új műszaki megoldások alkalmazására, ugyanígy a jogász-technikus csak használ bizonyos előre betanult információkat, a jogász-értelmiségi viszont érti is a jog alapjait és összefüggéseit.)

jogtudósnak (is) számító leendő jogi oktatókat az egyetemek (különösen pedig a színvonalasabb jogi egyetemek) elsősorban az elit jogi karokról rekrutálják.⁴¹

Továbbra is fennáll azonban a kérdés, hogy melyek is azok az egyetemek, amelyek a leendő oktatói-tudományos karrier szempontjából a legjobb esélyeket biztosítják. Erre nézve nincs egységes álláspont, és meglehetősen nehéz is az egyetemeket objektív alapon egymással összehasonlítani. Mindazonáltal létezik az Egyesült Államokban egy olyan, évente kiadott rangsor, amelyet többé-kevésbé megbízhatónak lehet tekinteni, és amelyet ezért a szakemberek többsége is hitelesnek tart, ez pedig nem más, mint a U.S. News and World Report.⁴² Ennek a 2006-ra kiadott értékelése szerint⁴³ a jogi karok között az első helyen a Yale, a másodikon a Harvard áll,⁴⁴ őket pedig az első tíz helyezett között a Stanford, a Columbia, a New York University, a University of Chicago, a University of Pennsylvania, a University of Michigan (Ann Arbor), a University of Virginia és a Northwestern University követi.⁴⁵ Aki tehát ezen egyetemeken szerez diplomát, annak jó esélyei vannak arra, hogy jogi tanári állást találjon magának. Az ehhez kapcsolódó második speciális feltétel, hogy érdemjegyei minél magasabbak legyenek, és azok átlaga alapján az adott kar legjobb 5-10-20 %-ába számítsa.⁴⁶ Az, hogy a felső hány százalékba kell, hogy tartozzon valaki, nyilvánvalóan függ az egyetem

⁴¹ Természetesen a Harvardon vagy a Yale-en szerzett jogi diploma nemcsak azok számára biztosít előnyt a más egyetemeken végzettekkel szemben, akik tanári pályára kívánnak lépni, hanem a szakmailag legnagyobb kihívást jelentő, a jogászok és a társadalom körében a legnagyobb presztízzsel rendelkező és/vagy legjobban fizetett olyan jogász szakmák, mint egy nemzetközi ügyekkel foglalkozó jogi cég meghatározott területre specializálódott jogásza, szövetségi bíró, a Department of Justice törvény-előkészítési feladatokkal megbízott jogásza stb. esetében is, de például a kongresszusi képviselők és szenátorok többsége (mind szövetségi, mind tagállami szinten) úgyszintén e két egyetem végzett jogászaiból kerül ki.

⁴² Ez az egyetemek értékelését a következő szempontok alapján végzi. A végleges pontszámában 40 %-os súllyal szerepel az adott kar szakembereit általi értékelése (ebből 25 százalékpontot az oktatói-tudományos szféra /dékánok, tudományos dékánhelyettesek, felvételi bizottsági elnökök stb./ 1-5 közötti osztályzata, 15 százalékpontot pedig elismert gyakorlati szakemberek /bírók, ügyészek, neves irodák ügyvédei és nemzetközi hírű cégek jogtanácsosai/ szintén 1-5 közötti osztályzata tesz ki). 25 %-ban számít bele az összpontszámába a felvett hallgatók minőségi értékelése (ebből 12,5 százalékpontot a felvett hallgatók /leszámítva az alsó és felső 25 %-ot/ LSAT-on szerzett pontjainak mediánja, 10 százalékpontot a felvett hallgatók /ugyancsak leszámítva az alsó és a felső 25 %-ot/ főiskolai eredményének /Grade Point Average/ mediánja, 2,5 százalékpontot pedig az összes jelentkező közül felvételt nyertek aránya jelent). 20 %-ban értékeli az elhelyezkedési arányt (ebből 6 százalékpontot ér a diploma megszerzését közvetlenül követő hónapban, 12 százalékpontot pedig az ez utáni kilencedik hónapban elhelyezkedni tudók /foglalkoztatottak vagy továbbra is valamely egyetemmel hallgatói jogviszonyban állók/ aránya, 2 százalékpontot pedig az ABA-be való felvételi arány). Végül 15 %-ban számít bele a végeredménybe a kar oktatáshoz szükséges vagy azt segítő személyi-tárgyi feltételeinek összessége (ebből 11,25 százalékpontot ér az adott kar éves költségvetésének az egy hallgatóra jutó mértéke, 3 százalékpontot a tanár-diák arány és 0,75 százalékpontot a kari könyvtár felszereltsége).

⁴³ Forrás: http://www.usnews.com/usnews/edu/grad/rankings/law/lawindex_brief.php

⁴⁴ Sok statisztikában, ahol arányokat nem, csak abszolút számadatokat vesznek figyelembe (például nominálisan mennyi volt azok száma, akik bíróként vagy jogi oktatóként helyezkedtek el, akik külföldi egyetemi ösztöndíjakat kaptak stb.) a Harvard áll az élen, ez azonban csak azért van így, mert a Harvard jóval nagyobb kar (körülbelül háromszor annyian tanulnak ott, mint a Yale-en), ha azonban az arányokat is figyelembe vesszük (a beiratkozott vagy végzett joghallgatók közül mennyien helyezkednek el bíróként vagy jogi oktatóként, mennyi a végzetek átlagfizetése stb.), akkor már majdnem mindenben a Yale tekinthető elsőnek. (A U.S. News and World Report konkrét felmérése a két *law school* vonatkozásában azt az eredményt hozta, hogy amennyiben az 1. helyezett Yale eredményét tekintjük 100 %-osnak, akkor ehhez képest a Harvard 94%-ot ért el.)

⁴⁵ Szintén az elit jogi karokhoz sorolható még a 11. Cornell, a 12. Duke, a 13. Berkeley, a 14. Georgetown, a 15. UCLA, a 16. University of Texas, a 17. Vanderbilt, a 18. University of South California, a 19. University of Minnesota és a holtversenyben 20. Boston University és George Washington University is.

⁴⁶ Az Egyesült államokban több különböző pontszámítási rendszer létezik, de ezek közül leggyakoribb az A-F közötti ötfokozatú szisztéma. Ebben a rendszerben az „A” a legjobb („*excellent*”), ezt követi a „B” („*great*”), a „C” („*good*”), a „D” („*poor*”), a legrosszabb pedig az „F” („*failing*”). Az „E” betűt két ok miatt nem használják: egyrészt azért, mert egy F betűből könnyen lehet E-t csinálni, így a hamisítás veszélye nagy, másrészt pedig azért, mert az „E” a korábban (nagyjából a XX. század közepéig) általánosan használt E-S-N-U rendszerben a kitűnőnek („*excellent*”) felelt meg, és emiatt az egyesek számára szintén megtévesztő lehet.

színvonalától; minél alacsonyabb színvonalú a kar, annál kiemelkedőbb teljesítményre van szükség ahhoz, hogy a jogi oktatónak jelentkezőt a felvételi bizottságok komolyan vegyék. (Mindazonáltal az elit jogi karokra egy alig számoltartott vidéki egyetemről esély sincs bekerülni, bármilyen jó legyen is valakinek a tanulmányi átlaga).

A harmadik kritérium, amit egy jogi oktatói aspiránsnak lehetőség szerint teljesítenie kell, és amely esélyeit egy felvételi eljárás során jelentősen megnöveli, hogy be kell kerülnie az egyeteme *law review*-jának szerkesztőségébe, mégpedig valamilyen érdemi munkát jelentő pozícióba.⁴⁷ (Ezek közül a legjobb, ha „*editor-in-chief*”, „*articles editor*”, „*senior editor*”, „*associate editor*” vagy más hasonló posztot birtokol, olyan pozíciót tehát, ahol a cikkek megjelentetéséről és a cikkek tartalmi kérdéseiről van lehetősége dönteni.)⁴⁸ Mindennek a feltétele szintén a jó tanulmányi átlag, mivel a *law review*-k szerkesztőségébe (lévén hogy ott tudományos cikkekkel kapcsolatos döntéseket kell hozni, ehhez pedig megfelelő tudás és képzettség kell) csak a legjobban tanulók kerülhetnek be. E vonatkozásban az első év tanulmányi eredményei különösen fontosak, mivel az új szerkesztőségi tagok kiválasztása általában az adott egyetem másodéves hallgatóinak köréből történik meg a harmadik szemeszter elején, és aki ekkor kimarad, annak nagy valószínűséggel többé nem lesz esélye a *law review* szerkesztőjévé válni.⁴⁹

A negyedik feltétel, amely növeli (növelheti) annak a jövőbeli esélyeit, aki jogi tanárrá kíván válni, az, hogy az illetőnek még egyetemi éve alatt publikálnia kell egy cikket (pontosabban egy „*student note*”-ot)⁵⁰ valamely *law review*-ban,⁵¹ ennek hiányában pedig legalábbis egy „*law journal*”-ben.⁵² E feltétel is szorosan összefügg az előbbivel, hiszen a legtöbb esélye egy ilyen cikk publikálására annak van, aki „belül” van a szerkesztőségen, aki

⁴⁷ Az 1996 és 2000 között jogi oktatói pozíciót szerzett személyek közel fele (47,4 %-a) volt egyeteme *law review*-jának szerkesztője („*senior staff member*”), további 10,6 % pedig egy *law journal*-nél töltött be hasonló pozíciót.

⁴⁸ Mindez a szerkesztőségi állásnak az önmagában is értékkel bíró magas presztízzsel rendelkező voltán kívül arra is lehetőséget ad a joghallgatónak, hogy még egyetemista korában kapcsolatba kerüljön neves professzorokkal, tudósokkal (akiknek a cikkeit ő bírálja el), és e kapcsolatrendszer a későbbiekben jogi oktatói pályázatait során felhasználhassa.

⁴⁹ A szerkesztőségi tagok rekrutációja vagy a fent leírt formában (a legjobb tanulmányi átlaggal rendelkező elsőéves /kivételes esetben másodéves/ hallgatók közül), vagy az ún. „*write-in*” módszerrel, vagy pedig a kettő valamilyen kombinációjával történik. A *write-in* módszer tulajdonképpen nem más, mint egy esszéíró verseny: ennek során a jogi oktatókból álló bírálóbizottság által kiválasztott témában kell meghatározott terjedelmű tudományos dolgozatot írni, amelyeket a bírálók „vakon”, vagyis anélkül értékelnek, hogy az esszét író kilétét ismernék. (Ezt különféle titkossági szabályokkal biztosítják és nagyon komolyan veszik.) Aki e nagyon kiélezett verseny során bekerül a szerkesztőségbe, először csak egy egyszerű „szerkesztőségi tag” („*staff member*”) lesz, feladata pedig ekkor még nem más, mint pusztán az adminisztratív és az egyéb jelentéktelen, nem érdemi munkák elvégzése. A „szerkesztők” („*editors*”) a harmadévesek közül kerülnek ki, de mivel létszámuk korlátozott, ezért a harmadéveseknek is csak egy kisebb része végezhet érdemi munkát, a szerkesztőségi tagok többsége tehát soha nem kerül be olyan pozícióba, amely presztízse révén előnyt jelent a leendő jogi oktatói (vagy más, elismert és jól fizetett, gyakorlati jogászai) pozíciók betöltéséről szóló felvételi bizottsági döntések kialakítása során.

⁵⁰ A kettő között tartalmi különbség nincs, a megkülönböztetés pusztán a publikáló személye alapján történik: az egyetemi hallgató által a *law review*-ban megjelentetett tanulmány „*student note*”, az egyetemet elvégzett által publikált írás pedig „*article*”.

⁵¹ Lásd ehhez még a 60. sz. lábjegyzetet!

⁵² A „*law review*” a jogi egyetemek által kiadott tudományos folyóirat, amelyet kifejezetten (arra kiválasztott) joghallgatók szerkesztenek; a „*law journal*” pedig minden olyan egyéb, joggal foglalkozó tudományos periodika, amely a fenti feltételeknek nem felel meg. Magyarországon talán kissé furcsának tűnhet, de az USA-ban azok a cikkek rendelkeznek igazán nagy presztízzsel, amelyek egy *law review*-ban, tehát egy kizárólag egyetemisták által szerkesztett folyóiratban jelennek meg. (Ez a hagyományok miatt alakult így: az első *law review*-t 1852-ben a fent leírt formában jelentette meg a University of Pennsylvania /ez azóta is működik/, majd ezt a módszert később több más neves egyetem is követte /Columbia, 1885; Harvard, 1887; Michigan, 1902/, az egyéb jogászai szervezetek által kiadott lapok viszont eleinte nem foglalkoztak tudományos kérdésekkel, a későbbiekben pedig már nem tudták megtörni a *law review*-k presztízsét. (*Law review*-t egyébként ma már szinte minden *law school* megjelentet, a híresebb jogi karok akár többet is; e *law review*-k színvonala és presztízse azonban természetesen rendkívül változó.)

tehát hatni tud arra, hogy kinek a cikke jelenjen meg a következő számban. E feltétel teljesítése egyébként a jogi tanárrá válás során (az elsőként említett elit jogi karon való diplomaszerezés mellett) talán a legfontosabb; azt ugyanis, hogy valaki rendelkezik-e a jogi oktatóktól leginkább elvárt „tudományos potenciállal”, legfőképpen azzal lehet bizonyítani, hogy valaki képes írni egy olyan tudományos dolgozatot, amelyet egy *law review* közlésre alkalmasnak tart. (Természetesen a jogi oktatói poszt megszerzésének esélyeit növelni lehet azzal, hogy valaki több ilyen cikket is megjelentet, illetve nyilvánvalóan az sem mindegy, hogy az adott tanulmány mely jogi kar által szerkesztett *law review*-ban jelenik meg).

Az ötödik tényező, amely növeli a jogi oktatói aspiráns esélyeit, az, ha a jogi egyetem elvégzése után ún. „*law clerk*”-ként tevékenykedik.⁵³ A bírák ugyanis olyan személyeket választanak „*clerk*”-ként maguk mellé, akik az egyetemen vagy azon kívül bizonyították kiemelkedő képességeiket,⁵⁴ a „*clerkship*” letelte utáni jogászkarrierre tehát ez a munkakör igen erőteljes befolyással bír. Aki tehát egy vagy két évig ilyen bírói asszisztens volt, az nagyobb eséllyel válogathat a nívósabb állások között, mint az, akinek nem sikerült az egyetem után ilyen pozíciót megszípnie. (Tulajdonképpen az összes jelenlegi szövetségi bíró és jogi professzor fiatal jogászként dolgozott ilyen munkakörben egy bíró mellett.) Mivel tehát *clerk*-ké csak az válhat, aki arra érdemes,⁵⁵ ezért a jogi oktatók rekrutációja során önmagában ez a tény jelentősen megnöveli a pályázó esélyeit (de ugyanez igaz a neves ügyvédi irodák leendő ügyvédei, a nemzetközi nagyvállalatok jogtanácsosai, valamint a leendő bírák és szövetségi ügyészek vonatkozásában is). Az sem mindegy azonban, hogy milyen bíróságra sikerül valakinek *clerk*-ként bejutnia: a jogi oktatói karrier vonatkozásában elsősorban a tagállami legfelsőbb bíróságoknak, illetve a szövetségi bíróságoknak (főként pedig a fellebbviteli bíróságoknak és a Legfelsőbb Bíróságnak) van jelentősége.⁵⁶ A csúcs természetesen ez utóbbi: ha valakinek egyszer sikerült az LB-be *clerk*-ként bejutnia, és jogi tanár kíván lenni, azt bármely

⁵³ A *clerk* feladata – a közhiedelemmel ellentétben – nem adminisztratív jellegű: elsősorban a bíró által tárgyalt ügyek jogi alapjául szolgáló, az indokolásban meghivatkozható normákat (törvényeket, precedenseket), más országokban hozott hasonló tárgyú döntéseket stb. keres, vagyis jogi kutatómunkát végez, ily módon pedig nagy mértékben képes befolyásolni a leendő ítéletek tartalmát. (Emiatt a nagyfokú bizalomszükséglet miatt is a bírák alaposan megválogatják, hogy kivel hajlandóak *clerk*-ként együtt dolgozni, és éppen ez okból kifolyólag bír a *clerk*-i pozíció a későbbi foglalkoztatás és jogászkarrier tekintetében oly nagy jelentőséggel).

⁵⁴ Ezenkívül nagyon fontos rekrutációs tényező, hogy a jelölt ideológiai elkötelezettsége egyezzen meg a bíróéval, enélkül ugyanis nem lehet elvárni, hogy a *clerk* a bíró értékrendjének megfelelő hivatkozási alapokat találjon, a bírótól pedig az nem várható el, hogy az övétől eltérő ideológiát képviselő alapokon hozzon ítéletet.

⁵⁵ A jogi egyetem elvégzése utáni *clerk*-i pozíció megszerzését megkönnyítheti, ha valaki már a negyedik és az ötödik szemeszter közötti nyáron (vagyis a második egyetemi évet követően), tehát még joghallgatóként bekerül a bíróságra. Ez az ún. „*judicial internship*” (jobb magyar fordítás híján „bíróági gyakorlat”), ahol a gyakornok („*research assistant*”) feladata a *clerk*-ek munkájának segítése, az ahhoz szükséges adminisztrációs feladatok elvégzése, kisebb részben az érdemi kutatási tevékenységben való közreműködés. Aki itt színvonalas munkát tud produkálni és kivívja a bíró elismerését, az számíthat arra, hogy a diploma megszerzését követően a bíró beajánlja őt egy másik bíróhoz (az nem tipikus, hogy ugyanannál a bírónál töltsen el valaki a *judicial clerkship* idejét, akinél az egyetem alatt gyakornokoskodott). Természetesen azonban ahhoz, hogy valaki ilyen gyakornoki pozíciót szerezzen, szintén kimagasló eredmények szükségeltetnek.

⁵⁶ A szövetségi kerületi bíróságok (*federal district courts*) bírái (*judges*) két *clerk*-et foglalkoztathatnak egyszerre (általában egy évig, kivételes esetben kettőig), a fellebbviteli bíróságok (*courts of appeals*) bírái hármat, a Legfelsőbb Bíróság (*Supreme Court of the United States*) bírái (*Associate Justices*) négyet, főbírája (*Chief Justice*) pedig ötöt (általában két-két évig). Mindazonáltal nem nevezhető tipikusnak, hogy valaki rögtön az egyetem elvégzése után a Legfelsőbb Bíróságra kerüljön; előbb általában a szövetségi fellebbviteli bíróságok valamelyikén kell eltöltenie egy vagy két évet. Mivel pedig a Szövetségi Legfelsőbb Bíróságon az előbb elmondottak értelmében mindössze 37 *law clerk* egyidejű foglalkoztatására nyílik lehetőség, és a 13 szövetségi fellebbviteli bíróság összesen körülbelül 170 bírója is csak mintegy félezer *clerk*-et tud egyszerre alkalmazni, ezért az ide való bekerülés érdekében igen erőteljes kompetíció érvényesül (nem véletlen, hogy aki e pozíciók valamelyikébe be tud kerülni, annak az esélyei jelentősen megnőnek más állásokra való pályázatok, így a jogi oktatói kinevezések során is).

jogi egyetem tárt karokkal fogja várni.⁵⁷ Ez a pozíció tehát közvetlen utat jelent a jogi oktatásba; de természetesen ahhoz, hogy valaki ily módon válhasson jogi oktatóvá (vagyis hogy a szövetségi bírák, pláne hogy a Legfelsőbb Bíróság bírái maguk mellé vegyék), az előbbieken elemzett feltételeknek meg kell felelnie, azok nélkül tehát eleve már a *clerk*-i pozíció elnyerésére sincs esélye.

A jogi tanárrá válás következő tipikus – ámbar a korábbiaknál jóval kevésbé nélkülözhetetlen – előfeltétele, hogy az illető néhány évet eltöltsön a jog gyakorlati életében.⁵⁸ Az USA-ban ugyanis (szintén Magyarországgal ellentétben) a jogi oktatóktól általánosan elvárt, hogy ismerjék azon terület gyakorlati működését, amelynek az elméletét és tényanyagát tanítani kívánják. Természetesen a leendő egyetemi elhelyezkedés szempontjából itt sem mindegy, hogy ezt a gyakorlatot hol szerzik meg: egy híres ügyvédi cég, egy nemzetközi hírű nagyvállalat, egy piacvezető bank vagy biztosító, az Igazságügyi Minisztérium vagy a szövetségi főügyészség nyilvánvaló előnyt jelent egy kis ügyvédi irodával vagy egy jelentéktelen tagállami vagy szövetségi hivatal adminisztratív jellegű munkájával szemben. Arra, hogy e gyakorlatnak milyen hosszúnak kell lennie, nincs általános előírás, de a legtöbb egyetem megkívánja, hogy legalább két év legyen és hogy lehetőleg ne tartson öt évnél tovább.⁵⁹ Az előbbinek az az indoka, hogy a túl rövid gyakorlati tevékenység nem vértézi fel a leendő oktatót kellő praktikus tapasztalattal, míg az utóbbi kikötés arra szolgál, hogy a jogi oktatói aspiráns ne essen ki a jog tudományos életéből és ne szokjon el a gyakorlati élettől némiképpen idegen, ám az akadémiai szférában létszükségletnek számító szisztematikus és analitikus látásmódtól. Ráadásul a jogi egyetemek felvételi bizottsági tagjai között általánosnak tekinthető az a vélekedés, miszerint aki az egyetem elvégzése után öt-hat évnél tovább maradt a gyakorlati jogi szférában, abban nincs meg a kellő motiváció és ambíció a jogi oktatásra és a jog tudományának művelésére.

A hetedik, szintén előnyt jelentő, ám nem kötelezően teljesítendő kritérium a jogi oktatóvá válás során, hogy a volt joghallgató – tudományos elkötelezettségét bizonyítandó – a jogi egyetem elvégzése után még egy cikket publikáljon valamely *law review*-ba.⁶⁰ Ehhez megint csak remek alkalmat jelenthet a *clerk*-i munka, ahol a „nehéz ügyekben” vagy „nehéz esetekben” („*hard cases*”) hozott bírói határozatokat (ha például az öt foglalkoztató bíró az adott ügyben kisebbségben maradt) elemezheti az aspiráns, a többségi véleménytől eltérő szempontok figyelembe vételét ajánlhatja, esetleg felhívhatja a cikkében a figyelmet egy mellőzött, ám fontos jogi alapra stb. De ugyanezre alkalma nyílik akkor is, ha a gyakorlatát olyan munkakörben töltötte el (Igazságügyi Minisztérium, Kongresszus stb.), ahol feladata törvények előkészítése, véleményezése.

Végül az utolsó, sokszor elhallgatott, ám nagyon fontos tényező a kapcsolatépítés.⁶¹ Ez természetesen nemcsak a jogi oktatói karrierre, hanem bármely egyéb karrierlehetőségre is igaz: jelentősen megnöveli saját esélyét az, aki már egyetemi éve alatt módszeresen törekszik arra, hogy minél több és minél intenzívebb kapcsolatot építsen ki minél befolyásosabb (vagy a jövőben befolyásossá váló) személyekkel. Ez tipikusan egyszerre két irányban történik:

⁵⁷ Az 1996-2000 között frissen kinevezettek 57%-a tevékenykedett *law clerk*-ként, a legjobb 25 jogi egyetemre bekerülteknek pedig 68,9 %-a (még hozzá 62,3%-a szövetségi, míg mindössze 6,6 %-a tagállami bíróságokon). Minél elitebb egy *law school*, annál kisebb az esélye annak, hogy anélkül be lehet oda jogi oktatói pozícióba kerülni, hogy valaki ne lett volna szövetségi (különösen valamely fellebbviteli) bíróságon jogi asszisztens.

⁵⁸ Mindazonáltal az 1996-2000 között jogi tanárrá váltak 86,6 %-a töltött el több-kevesebb időt a gyakorlati jogi szférában, és e tekintetben nincs jelentős különbség az elit és a nem elit jogi karok között.

⁵⁹ Az átlag 3,7 év, ám az elit jogi karokon szignifikánsan alacsonyabb (1,4 év).

⁶⁰ Az 1996-2000 között felvettek 74 %-a publikált legalább egy cikket vagy *student note*-ot valamely *law review*-ba vagy *law journal*-be. (A 47., 51. és 57-60. sz. lábjegyzetekben található statisztikai adatok forrása: Redding, Richard E.: „Where Did You Go to Law School?” Gatekeeping for the Professoriate and Its Implications for Legal Education. In: *Journal of Legal Education*, Vol. 53, Nr. 4, December 2003, pp. 594-614.)

⁶¹ A protekciót az Egyesült Államokban szemérmesen „*networking*”-nek nevezik.

horizontálisan és vertikálisan, amelyek közül az első a hallgatók egymás közötti kapcsolatait, míg a második a hallgató vagy a volt hallgató és a felettesei (tanár, bíró stb.) közötti viszonyt jelenti. Sokan hajlamosak az előbbit kisebb jelentőségűnek tekinteni és az ilyen kapcsolatok kialakítását kevésbé fontosnak tartani, ám egy-egy ilyen kapcsolatrendszer gyakran aranyat ér; a már jogi oktatói pozícióban lévő egykori évfolyamtárs ugyanis sokat segíthet abban, hogy egykori társát a felvételi bizottság meghallgassa, esetleg a felvételi döntést is befolyásolni tudja (ami már csak azért is lehetséges, mert a karok felvételi bizottságaiban többnyire nem a legidősebb, legtekintélyesebb professzorok, hanem a középkorúak és a minden „pepecselős”, kevesebb kreativitást igénylő munkára kapható fiatalok vannak jelen). De úgyszintén sokat segíthet egy *law clerk*-ként dolgozó volt évfolyamtárs is abban, hogy – a bíróval fennálló bizalmi viszonyát kihasználva – beajánljon valakit a bíróhoz jogi asszisztensnek, ami – mint láttuk – az egyik nagyon fontos mérföldkő a jogi oktatói karrier felé vezető úton. Nem véletlen, hogy az egyetemek legjobb tanulói már az első egy-két szemeszter után külön klikkbe tömörülnek, és ezt követően mind az egyetemi évek alatt, mind pedig sokszor még az után is egymást segítik, ha máshogy nem, legalább intellektuális ösztönző közeget és ezáltal fejlődési lehetőséget nyújtva egymásnak, de sokszor ennél jóval direkter módon is.

Ami pedig a vertikális kapcsolatot illeti, annak kialakítására nagyon sokféle alkalom adódik. A különböző karrier-tanácsadók például azt ajánlják, hogy a hallgató próbáljon olyan viszonyba kerülni az egyetemen tanító professzorokkal, hogy azok a későbbiekben jó szívvel emlékezzenek rájuk, és szívélyes hangú ajánlóleveleket írjanak. (Egy jó ajánlólevél az Egyesült Államokban nagyos sok kaput megnyit.) Ehhez persze az kell, hogy az illető keményen dolgozzon és legyen valamit az asztalra, ami professzora számára kellően értékes ahhoz, hogy az egy ilyen ajánlólevél megírására sarkallja őt. Ilyen dolog lehet például az, ha valaki kutató asszisztensnek („*research assistant*”) vagy oktató asszisztensnek („*teaching assistant*”) jelentkezik valamely tanára mellé (lehetőleg olyan tantárgyat oktató személy mellé persze, amilyen területen később ő maga is el kíván helyezkedni). Mindez rengeteg munkával jár ugyan és igen sok időt vesz igénybe de aki jól végzi a dolgát, az biztos számíthat egy igen meleg hangú ajánlólevélre. Hasonló eredmény érhető el, ha valaki egy konferencia lebonyolítói közé jelentkezik, és vállalkozik a konferencia résztvevőinek kíséretére, kiszolgálására. Szintén jó alkalom nagy híré professzorokkal való kapcsolatteremtésre a *law review*-k szerkesztőbizottsági tagsága; egy jogi oktató számára nagy presztízzsel bír, ha cikke megjelenik, és az a diák-szerkesztő, aki ebben közreműködik, úgyszintén számíthat az illető hálájára. Egyéb lehetőség híján az is megfelelőnek bizonyulhat, ha valaki olyan választható kurzusokat látogat,⁶² ahol közvetlen konzultációkra nyílik lehetőség a tanárral; az oktató agyában jobban megmarad az, akivel hétről hétre személyes kontaktusba kerül (pláne, ha órai szereplésével még ki is tűnik a többiek közül), mint ha csupán egy névre emlékezne harminc másik, ugyanazon csoportba járó személy neve mellett. De megfelelő referenciával szolgálhat az a bíró is, aki mellett valaki *law clerk*-ként dolgozik, különösen azért, mert sok bíró korábban jogi oktató volt, vagy akár párhuzamosan még most is az; ha pedig az adott bíró tudományos cikkek rendszeres publikálója és ily módon az akadémia világában nagy elismertségnek örvend, a tőle kapott ajánlólevél különösen sokat érhet. (Önmagában tehát a megfelelő bíró megválasztásával – amennyiben ezt az illető megteheti – sokat lendíthet valaki a karrierjén.) A kapcsolati tőke tehát az Egyesült Államokban igen nagy jelentőséggel bír (akár hivatalos ajánlólevelek vagy referencialevelek útján, akár közvetlen módon érvényesítik azt), és ez alól nem kivétel a jog területe és a jogi oktatói karrier sem.

Végezetül felmerül még egy kérdés: mennyiben jelent előnyt egy jogi oktatói állás megszerzése szempontjából az alapidiplomán felüli egyéb diplomák megléte. Erre röviden azt

⁶² Ha ez a kurzus ráadásul jogi kutatómunkáról vagy tudományos cikkek írásáról szól, ahol lehetőség van egy *law review*-ban megjelentethető cikk (tanári segítséggel történő, tehát elemi hibák által kevésbé veszélyeztetett) megírására, az a jogi oktatói karrier vonatkozásában egyéb szempontból is hasznos.

lehet válaszolni, hogy általában ezek létének vagy hiányának nincs különösebb jelentősége; habár minden egyéb feltétel azonossága esetén természetesen ez is számít, de jelentősége alárendelt a többi elemzett feltételhez képest. Ami a fő: a J.D., vagyis az alapképzettség megszerzése; csak annak előnyös ez után egy-másfél-két éves LL.M. (*Master of Laws*) vagy J.M. (*Juris Master*) képzésre járnia, aki a későbbiekben kifejezetten ezt a területet szeretné oktatni (és persze annak, aki a gyakorlatban ezen a területen kíván elhelyezkedni). Ezek azonban „szimpla” posztgraduális képzéseket jelentenek, és nem a tudomány műveléséhez szükséges képzettséget tanúsító diplomát adnak.⁶³ A (Ph.D.-vel egyenértékű) „tudományos” diplomát a J.S.D. vagy S.J.D. jelenti.⁶⁴ Ez már tényleg előnyt biztosít más pályázókkal szemben, viszont mivel ennek megszerzéséhez rengeteg idő kell, a jogi oktatók többsége (már ha egyáltalán) ezt a fokozatot csak jóval jogi tanárrá való kinevezése után szerzi meg. A J.S.D.-t vagy S.J.D.-t egyébként a Ph.D. is helyettesítheti,⁶⁵ amennyiben olyan diszciplínák oktatásáról és tudományos műveléséről van szó, amelyek valamilyen szinten összefüggnek a joggal vagy a joghoz (is) kapcsolódnak (sőt ekkor a Ph.D. meglete nemcsak ezeket, hanem a jogi alapidipломát is nélkülözhetővé teszi).⁶⁶

Ezek voltak tehát azok a speciális kritériumok, amelyek ha formálisan nem is szükségesek, de mindenképpen előnyt jelentenek a jogi oktatók rekrutációja során. Arról azonban az eddigiekben még nem szóltunk, hogy konkrétan milyen eljárás útján válnak (válhatnak) az aspiránsok ténylegesen jogi oktatóvá. Nos, ennek alapvetően háromféle módja van. Az egyik, hogy a jogi egyetem a saját volt hallgatói köréből választja ki azokat, akiket tanárként ott kíván marasztalni a karon. Ez általában a kisebb, kevésbé híres egyetemekre jellemző, és ebben az esetben a diploma megszerzése utáni gyakorlat gyakran kimarad a volt joghallgató pályafutásából. A másik módozat, hogy a jogi kar egyénileg pályáztatja meg az állást, tipikusan az adott egyetem vonzáskörzetéből keresve megfelelő jelölteket (éppen ezért ezekről az álláslehetőségekről más államokban tanuló-lakó-dolgozó aspiránsok általában nem is szereznek tudomást). A leggyakoribb és mind közül a legfontosabb eljárás azonban az Association of American Law Schools által évente megrendezett ún. Oktatókiválasztási Konferencia (Faculty Recruitment Conference /FCR/)⁶⁷ útján történő jogi oktatóvá válás.

Ezen eljárás során ahhoz, hogy valaki egy adott akadémiai év szeptemberétől jogi egyetemen oktathasson, egy több mint egyéves kiválasztási procedúrán kell átesnie. Ennek első állomása, hogy az előző év nyarán be kell jelentkeznie az AALS által vezetett ún. Faculty Appointment Register-be. Ehhez egyebek mellett ki kell töltenie egy formanyomtatványt, amely főbb személyi adatai mellett elsősorban a tudományos eredményekre, az egyetemi teljesítményre, az esetleges korábbi oktatói tapasztalatra, a megjelentetett vagy megjelenés előtt álló publikációkra, a korábbi munkahelyekre és munkakörökre, valamint a referenciákra kérdez rá. Itt kell megjelölni az oktatni kívánt diszciplíná(ka)t és a pályázó esetleges egyéb fontos jellemzőit és a munkahellyel szemben támasztott feltételeit is. Ezekből az egyoldalas nyomtatványokból állítja össze az AALS magát a regisztert, akadémiai évenként ötször

⁶³ Sajátosságuk e diplomáknak, hogy azokat az ABA nem fogadja el a Bar-ba való felvételi eljárás során a J.D. helyett. Noha tehát ezek egy részét anélkül is meg lehet szerezni, hogy valaki egy egyszerű jogi egyetemet elvégzett volna, a jog területén mégsem megy velük semmire, mivel a jog alapjainak a megismertetését és ezáltal a jogban való gyakorlati tevékenységhez szükséges ismeretek átadását e képzés elvégzése nem biztosítja.

⁶⁴ J.S.D.: *Doctor of Jurisprudence*; S.J.D.: *Doctor of Judicial Science*. A két cím között érdemi különbség nincs; a két elnevezés valójában ugyanazt jelenti.

⁶⁵ A kettő között az a különbség, hogy a jog területén az Egyesült Államokban (Magyarországgal szemben) nem adnak Ph.D.-t; ott a tudományos fokozatot a J.S.D. vagy S.J.D. jelenti; Ph.D. fokozat szerzésére csak a többi társadalomtudomány és a természettudományok területén van lehetőség.

⁶⁶ Így például kiválthatja a jogi diplomát jogtörténet tanítása esetén a történelemből, „jog és gazdaság” kurzus oktatása esetén a közgazdaságtanból, jogfilozófia esetén a filozófiából, jogszociológia esetén a szociológiából stb. szerzett Ph.D. fokozat is.

⁶⁷ Az Oktatókiválasztási Konferenciát a köznyelv meglehetősen szemléletes módon egyszerűen csak „meat market”-nak, „húspiaccnak” nevezi.

(négyyszer késő nyáron és ősszel, egyszer pedig kora tavasszal). A regiszter minden évben annyi lapból áll, ahány jelentkező van; ez immáron hosszú esztendők óta egységesen nagyjából ezerre tehető. Mivel ebben a minden jogi kar részére megküldött könyvben az összes felvételiző minden fontos adata, körülménye és jellemzője megtalálható, ezért az Oktatókiválasztási Konferenciára meghívandó jelölteket az egyetemek innen, ezen adatok alapján választják ki.

A konferencia maga nem más, mint egy két- (esetleg három-) napos meghallgatássorozat, amelyet rendszerint Washingtonban tartanak minden év októberének végén vagy novemberének elején. A jogi karok felvételi bizottságai (amelyek általában 2-5 emberből állnak) egy washingtoni szálloda különböző termeiben foglalnak helyet, és ezekben a termekben folynak a meghívottak meghallgatásai („*screening interviews*”). E bizottságok általában 25-30 személyt hívnak meg a konferencia felvételi beszélgetéseire, meghatározott időpontra, amely időpontok mindig valamely hétfőre pénteki és szombati napjaira (háromnapos konferencia esetén értelemszerűen vasárnapra is) esnek. Az interjúk nagyjából fél-fél óráig tartanak, melyek során az első néhány percben folyó laza „bemelegítő” vagy „ismerkedő” beszélgetést követően a felvételiztetők rákérdeznek a pályázó felkészültségére, szakmai előéletére, az adott egyetemmel és az adott oktatói állással szembeni elvárásaira, leendő munkájával kapcsolatos elképzeléseire, valamint tudományos érdeklődésére és ez utóbbi terület sajátos problémáival kapcsolatos véleményére és ismereteire.

A felvételi eljárás utolsó lépcsőfokaként az FRC-n megjelent 25-30 felvételiző közül a legjobbakat az egyetem felvételi bizottsága meghívja egy, már az adott egyetemen történő végső felvételi elbeszélgetésre („*on-campus interview*”). Ezen állásinterjúk már a Konferenciát követő héten megkezdődhetnek (amennyiben a felvételi bizottság még ott Washingtonban, az FRC-interjút követően közli valakivel, hogy várja őt egy egyetemi elbeszélgetésre), és eltarthatnak egészen késő tavaszig. Az „*on-campus interview*”-ra meghívottak száma változó, általában kettő és négy között mozog, de az is gyakran előfordul, hogy csak egyvalakit hívnak be a végső megmérettetésre (ez utóbbi esetben az egyetemen folyó felvételi már inkább formáság, melynek célja az új munkatárs és a régebbi oktatók és dolgozók egymással való megismertetése). A kari interjú általában egy előadásból, az azt követő szakmai beszélgetésből, az ottani dolgozókkal (a dékánnal, az oktatókkal és a könyvtárosokkal) és a hallgatókkal való találkozásból és a campus bemutatásából áll. Az állásra való kiválasztás szempontjából ezek közül legfontosabb természetesen a jelölt előadása és az ez utáni vita („*job talk*”). Az előadásra (amelynek a témáját előzetesen a jelölt maga választja ki, és amely általában egy korábbi tudományos munka /cikk, disszertáció stb./ rövid, tézis-szerű ismertetése) egyetemről függően 20-30-40 perc áll rendelkezésre, majd ezt követően kerül sor a vitára. Ennek során az előadást meghallgató oktatók, kutatók és hallgatók a témával kapcsolatban különböző (akár pusztán érdeklődő, akár a jelölt felkészültségét leellenőrző „provokatív”) kérdéseket tesznek fel, melyek célja az illető tudományos kvalitásainak, a témában való jártasságának tesztelésén (és természetesen az esetleges pusztán tudásvágy kielégítésén) túl a pályázónak az oktatói és akadémikus munkához nélkülözhetetlen érvelési és vitakészségének a felmérése, valamint esetlegesen az illető társadalompolitikai beállítottságának vagy meghatározott kérdésekről alkotott véleményének a feltárása. (Ez utóbbi egyébként – kimondva vagy kimondatlanul – már az Oktatókiválasztási Konferencia alkalmával is fontos szerepet játszik több egyetem leendő jogi tanárainak rekrutációja során is, különösen bizonyos kurzusok esetében.)

A jogi oktatói karrier

Végül szólnunk kell magukról a – már kiválasztott – jogi oktatókról, azok fajtáiról és tanári karrierlehetőségeikről is. A jogi karokon alapvetően kétfajta tanár létezik: az ún. „*classroom professor*” és a „*clinical professor*”.⁶⁸ Az előbbi nevezhető a klasszikus értelemben vett jogi oktatónak, mivel feladata a hagyományos oktatói és kutatói tevékenységek végzése (előadások tartása, szemináriumok vezetése, tudományos kutatómunka, publikációk írása stb.), és csak ők tartoznak az oktatói törzsgárdához (a kar hivatalos tanári állományához /„*faculty*”/). Az utóbbi kategóriába tartozók ellenben általában nem részei a *faculty*-nek, feladatuk nem a tényanyag és az a mögött meghúzódó elméleti alapok, dogmatikai ismeretek és tudományos megközelítések átadása; ők pusztán a mások által már megtanított joganyag gyakorlati alkalmazásának elsajátításában segédkeznek.⁶⁹ Ennek során szimulációs tárgyalásokat vezetnek, ahol a joghallgatók irányításukkal különböző valós vagy fiktív jogeseteket „játszanak el”, bíróval, felperessel, alperessel (büntetőjogi kurzus esetén vádlottal, ügyésszel), tanúkkal, szakértőkkel, esküdtekkel stb.; olyan hallgatói tevékenységeket koordinálnak, melyek során a hallgatók karitatív alapon jogi tanácsot adnak valós jogi ügyekben valódi ügyfeleknek, beadványokat, okiratokat szerkesztenek stb.⁷⁰ Miután pedig a jogi klinikai kurzusokon praxis-orientált oktatás folyik, ezért a „*klinikai professzorok*” (a hagyományos értelemben felfogott jogi oktatókkal ellentétben) többnyire olyan gyakorlati szakemberek, akik a klinikai jogi oktatási tevékenységet mellékállásban látják el, fő tevékenységük azonban az ügyvédkedés (esetleg ügyészkedés, bírászkodás).

Ma már azonban egyre gyakoribb az is, hogy egy-egy *law school* főállásban alkalmaz olyan oktatókat, akik korábbi praxisukkal felhagytak, abból nyugdíjba vonultak, vagy eleve csak néhány évet töltöttek el a gyakorlatban, és hivatásuknak kifejezetten az oktatást tartják. Mindazonáltal az ő tevékenységük továbbra is gyakorlati marad, ezért az jellegében a továbbiakban is különbözik a klasszikus jogi oktatók tevékenységétől. A legfontosabb differencia a két típus között az, hogy míg a „*clinical professor*” jóval több időt tölt együtt a hallgatókkal, sokkal közvetlenebb, személyesebb kapcsolatban van velük (hiszen szükség van az ő folyamatos felügyeletére, jelenlétére), addig a „*classroom professor*” hallgatókkal való

⁶⁸ Ezek mellett van még három másik gyakori kategória: az ún. „*adjunct*” vagy „*adjunct professor*”, amely nagyjából a mi „meghívott előadó” státuszunknak felel meg, az ún. „*visiting professor*” és a „*research professor*”. Az *adjunct* (akit – a hasonló munkajogi pozícióban levő jogi klinikai tanárokkal együtt – neveznek még „*instructor*”-nek és „*lecturer*”-nek is) semmilyen értelemben nem tartozik a kar saját oktatói állományába; megbízása mindig csak egy adott szemeszterre, meghatározott kurzus vagy kurzusok meghatározott óraszámában való tartására szól. Ezek a kurzusok tipikusan nem főtárgyak, hanem választható foglalkozások, melyek általában a jog egy speciális területének normáit és elméletét oktatják (az *adjunct* tehát rendszerint egy speciális területre szakosodott, gyakorlati vagy más egyetemen főállásban oktató elméleti jogász /vagy más szakember/). Fizetése is ennek megfelelően történik: általában nem normál havi vagy heti fizetést, hanem a leadott előadások és/vagy szemináriumok utáni óradíjat kap. Sok egyetemen a kurrikulumban gyakran speciális „státuszt” élvező „*Legal Research and Writing*” (LRW) kurzusokat is *adjunct professor*-ok oktatják. A „*visiting professor*” ellenben egy kiemelkedő jogtudós, aki egy másik egyetemen van főállásban, és onnan kutatás (ritkábban kifejezetten oktatás) céljából jött át egy meghatározott időre (rendszerint 1-3 évre) az adott egyetemre, a kutatás mellett pedig egy bizonyos óraszámában oktatói tevékenységet is ellát. Végül a „*research professor*” olyan egyetemi oktató, aki olyan területtel foglalkozik, amely területen jelentős, az egyetem (vagy akár az egész társadalom) számára fontos eredmények várhatók, ezért – a kutatásban való hátráltatás megelőzése érdekében – a kar vezetése célszerűnek látta mentesíteni őt a kutatásával össze nem függő oktatási teherrel, és feladatául kizárólagosan a kutatást jelölte meg. (Jogi egyetemeken mindazonáltal a kutató professzori státusz ritka, az elsősorban a természettudományos területeken jellemző.)

⁶⁹ A klinikai tanárok rekrutációja és máshogy zajlik, mint a „tantermi” professzoroké: bár az egyetemek egy része ezen pozíciókat is az AALS által szervezett Oktatókiválasztási Konferencia útján tölti be, a tipikus az, hogy az ilyen állásokat a klinikai jogi oktatók szervezete, a CLEA (Clinical Legal Education Association) internetes oldalán (www.cleaweb.org) megjelenő hírlevélben jelentetik meg.

⁷⁰ Mindennek eredményeképpen pedig a hallgatóknak már az egyetem keretén belül lehetőségük van megismerni a jog gyakorlati működését, megismerlni az eljárások tényleges menetét és megtanulni azt, hogy milyen formai előírásokra kell a különböző okiratok összeállítása során figyelniük. (A jogi klinikákról bővebben lásd: Nagy Zsolt: A klinikai jogi oktatás kérdéseiről. In: Jogelméleti Szemle, 2001/3. szám.)

kapcsolata tipikusan arra a heti néhány órára korlátozódik, amennyi időt az előadás és a szemináriumok megtartása vesz igénybe, többi idejét viszont saját tudása folyamatos továbbfejlesztésével, a szakterületét érintő cikkek, könyvek, monográfiák olvasásával, kutatással és tanulmányok írásával tölti.⁷¹ Mivel pedig az egyetemi oktató tipikus alakja a „tantermi” professzor, a továbbiakban csak róluk, illetve azok fajtáiról, előrejutási lehetőségeikről, karriervonalukról, munkajogi helyzetükről, anyagi megbecsülésükről lesz szó; továbbá tanulmányunk végén megkíséreljük elemezni a jogi oktatók kiválasztása és előléptetése során történő, a nőkkel és a kisebbségekkel szembeni esetleges diszkriminációval kapcsolatos feminista és faji jogelméleti álláspontokat és az azokat alátámasztó vagy cáfoló statisztikai adatokat.

Az első kérdés e vonatkozásban az, hogy egyáltalán milyen fajtái vannak az Egyesült Államokban a jogi egyetemi (és persze általában az egyetemi) oktatóknak („egyetemi oktatók” alatt immáron csak a klasszikus „*classroom professor*”-okat értve), és e pozíciókban mi módon történhet az előrejutás. Nos, az egyetemi oktatóknak három fő (és több kisebb) fajtája van, amely egyúttal hierarchiát is jelent: az „*assistant professor*”, az „*associate professor*” és a (sima, jelző nélküli) „*professor*” (avagy „*full professor*”).⁷² Az *assistant professor* a kezdő jogi oktató státusa, mely nagyjából a mi tanársegédi pozíciónak felel meg. Néhány év jogi oktatói gyakorlat után⁷³ válhat az *assistant professor* *associate professor*-ré, amely időszak hossza nagyrészt az oktató saját teljesítményétől (még hozzá elsősorban nem az oktatási, hanem a tudományos teljesítményétől) függ; általában azonban ez a „várakozási idő” 5-8 év. Az *associate professor* pedig (amely körülbelül a magyar adjunktus és a viszonylag frissen kinevezett docens kategóriáival mutat rokonságot) további 6-12 év elteltével válhat teljes, azaz „*full*” *professor*-ré.⁷⁴

Nem feltétlenül kell azonban ezen lépcsőfokok mindegyikét egymás után végigjárni: az egyetem kinevezhet valakit rögtön *associate professor*-ré vagy akár *full professor*-ré is, anélkül hogy az illető korábban alacsonyabb oktatói státuszban akár csak egy percet is eltöltött volna, amennyiben a kar vezetése korábbi szakmai előélete, tudása, tapasztalata, kutatói teljesítménye stb. alapján őt erre alkalmasnak tartja. (Ez a helyzet például akkor, ha egy volt bírót, szövetségi ügyészt stb. vesz fel a kar tanárának.) Az egyetemi tanárok a professzori címet nyugdíjba vonulásukig⁷⁵ használhatják, ám ezt követően is – nyugdíj mellett – oktathatnak az egyetemen; ekkor (akárcsak Magyarországon) a „*professor emeritus*” cím illeti meg őket. Az oktatói karrier csúcát azonban az jelenti, ha az egyetem valamilyen különleges kitüntető címet adományoz valakinek („*distinguished professor*”). A leggyakoribb, legáltalánosabb ezen megkülönböztető címek közül a „*honorary professor*”, amelyet a kar vezetése az egyetem azon oktatójának ítélhet

⁷¹ Megfigyelhető azonban a két oktatói típus évtizedek óta tartó lassú, de folyamatos közeledése, amennyiben egyre több jogi kar egyre inkább elvárja főállású klinikai oktatóitól is a tudományos fejlemények követését és publikációk írását (természetesen nem ugyanolyan mértékben, mint a tanári törzsgárda tagjaitól).

⁷² Ugyanez a hierarchia van meg egyébként (egy-egy jelzővel kiegészülve) a klinikai és a kutató tanároknál is: „*assistant clinical professor (of law)*”, „*associate clinical professor (of law)*”, „*(full) clinical professor (of law)*”, illetve „*assistant research professor (of law)*”, „*associate research professor (of law)*”, „*(full) research professor (of law)*”.

⁷³ A „néhány” év természetesen egyetemenként eltérő lehet; az elit jogi karokon például (ugyanolyan oktatói és tudományos tevékenység esetén) csak szignifikánsan hosszabb idő elteltével lehet a ranglétrán feljebb kerülni, mint egy kevésbé neves egyetem *law school*-jában.

⁷⁴ Ez a kifejezés a magyar egyetemi tanár és az egyetemi tanárság előtt álló docens kategóriáinak feleltethető meg. Látható tehát, hogy az amerikai rendszerben (mivel az egyetemi oktatóknak nem négy, hanem csak három fajtája van) némileg gyorsabb az előrejutás, mint Magyarországon. Míg ugyanis az USA-ban a „teljes” professzori kinevezés átlagosan 45 éves korban történik, addig Magyarországon mindez (szintén átlagosan) néhány évvel később (50-55 éves korban) következik be.

⁷⁵ A nyugdíjba vonulásra nincs kötelezően előírt életkor, minden professzor maga döntheti el, hogy mikor kíván nyugdíjba menni; ez általában 65-75 éves kor között szokott megtörténni. (1986-ban szövetségi szinten kötelezővé tették, hogy legkésőbb 70 éves korban nyugdíjba kell vonulni, ezt a rendelkezést azonban 1993-ban eltörölték.)

oda, aki kimagaslóan sokat tett az egyetemért, illetve aki kutatási és/vagy tudományos teljesítményével jelentősen hozzájárult a kar hírnevének öregbítéséhez. Ezenkívül bizonyos egyetemeken létezik a „*university professor*” vagy az „*institute professor*” titulus is, amelyek az adott egyetem, kar vagy intézet legelismertebb, legmegbecsültebb tagját illetik meg.⁷⁶

Ami az egyetemi oktatók munkajogi helyzetét illeti, az háromféle lehet: foglalkoztathatják őket „*contract*”, „*tenure-track*” és „*tenure*” keretében. A *contract* itt határozott idejű munkaszerződést jelent, ahol a határozott idő (általában egy vagy néhány év) letelte után lehetőség van ugyan újabb szerződés megkötésére, ám a munkáltatónak nincs továbbfoglalkoztatási kötelezettsége. Ez tehát az egyetemi oktató szempontjából egy kevésbé védett helyzetet eredményez, mivel a munkaviszony garantálása csak a munkaszerződésben meghatározott idő leteltéig szól.⁷⁷

A *tenure* ezzel ellentétben élethossziglani szerződést jelent, ahol a munkáltató garantálja a munkavállalónak (jelen esetben az egyetemi oktátónak), hogy (bizonyos eseteket kivéve) soha nem bocsátja el.⁷⁸ Ezek a „bizonyos esetek” olyan szituációkat és feltételeket takarnak, amikor a munkaviszony megszüntetésére a munkaszerződésben előzetesen meghatározott, a munkavállaló (az oktató) súlyosan felróható, az oktatói tevékenységgel összeegyeztethetetlen magatartása következtében kerül sor (például ha a tanár bűncselekményt követ el, az egyetem érdekeit súlyosan sértő magatartást tanúsít stb.), vagy ha az oktató feladatai ellátására egyéb okból képtelenné válik (elveszti beszámítási képességét stb.). A *tenure* alkalmazásának indoka az egyetemi szférában az oktatói és a tudományos autonómia alapelve érvényesülésének garantálása. Ahhoz ugyanis, hogy az egyetemi tudós kutatási tevékenységének meghatározása és publikációi írása során ne váljon munkáltatójának kiszolgáltatottá és ne kelljen saját elveit feladva megfelelnie bizonyos „fentről” irányuló elvárásoknak, nélkülözhetetlen, hogy létbiztonságát garantálják. Ily módon nem lesz kitéve annak, hogy a mindenkor uralkodó politikai és gazdasági szempontoknak tegyen eleget, hanem saját belátása szerint művelheti szakmáját.⁷⁹ Persze e bizalom elnyeréséhez már előzetesen érdemleges tudományos eredmények produkálására van szükség, ilyen védett munkajogi pozícióba tehát csak az kerülhet, akit az egyetem vezetése arra érdemesnek tart.

Végül a *tenure-track* a két előbbi foglalkoztatási jogviszony közötti köztes pozíciót, a *tenure* elnyeréséhez való egyfajta átmenetet jelent: lényege, hogy a munkáltató a *tenure* odaítélése előtt egy meghatározott hosszúságú (általában 3-7 év közötti) „próbaidőt” („*probationary period*”) köt ki, amely alatt az oktatót határozott időre szóló munkaviszony keretében foglalkoztatja, ám vállalja, hogy amennyiben ez az időszak anélkül telik el, hogy a munkavállalóval szemben érdemtelenségre okot adó körülmény merülne fel, akkor az adott „próbaidő” leteltével a munkaviszonyt átalakítja garantált, életre szóló foglalkoztatást biztosító munkaviszonnyá, azaz *tenure*-ré.

Az oktatói címek és a foglalkoztatás biztonságát jelentő munkajogi jogviszonyok elvileg függetlenek egymástól, ám a valóságban mégis erős köztük a korreláció. A *professor*-okat ugyanis gyakorlatilag kizárólag *tenure* keretében foglalkoztatják; köztük alig van olyan, aki még *tenure-track* vagy *contract* alatt áll (ez utóbbiak pedig többnyire részmunkaidős oktatók).

⁷⁶ Mindezekkel a kitüntető címekkel nem tévesztendő össze a „*professor by courtesy*”, amely olyan egyetemi tanárokat jelöl, akik ugyanazon egyetem több különböző karán, intézményében vagy tanszékén is oktatnak. (Így például egy adott egyetem jogi karán gazdasági jogelméletet oktató tanárt, aki egyúttal tanít a közgazdaságtudományi karon is, a „*professor of law*” cím mellett megilleti a „*professor, by courtesy, of economics*” titulus is.)

⁷⁷ A határozott idő alatt rendes felmondással ugyan nem, rendkívüli felmondással azonban természetesen bármelyik fél élhet (már amennyiben arra kellő oka van).

⁷⁸ A munkavállaló ellenben továbbra is élhet a rendes felmondás jogával (ez a biztosítéka ugyanis annak, hogy a foglalkoztatási előjog ne váljon az oktató számára kényszerre).

⁷⁹ Szkeptikusok ugyanakkor arra figyelmeztetnek, hogy a folyamatos értékelés alól egyszer s mindenkorra kivont oktatók és kutatók elkényelmesedhetnek, ha tudják, hogy többé már nem állnak teljesítménykényszer alatt, így munkájuk hatékonysága csökkenhet ahhoz képest, amit versenyszituációban produkáltak volna.

Az *associate professor*-ok nagy része *tenure-track* alatt áll ugyan, ám már nagyon sokan közülük is rendelkeznek *tenure*-rel, és itt is nagyon kevés az, akit pusztán határozott idejű munkaviszony keretében alkalmaznak. Végül az *assistant professor*-ok döntő többségét szintén *tenure-track*-kel alkalmazzák, közülük már viszonylag sokan rendelkeznek pusztán *contract*-tel, de (minimális számban) olyanok is vannak, akik az oktatói rangsorban elfoglalt alacsony pozíciójuk ellenére megkapták egyetemüktől a beléjük vetett legmagasabb fokú bizalmat megtestesítő jogviszonyt, a *tenure*-t.⁸⁰

A következő kérdés az, hogy milyen eséllyel válhat egy végzett joghallgató jogi oktatóvá, illetve milyen valószínűséggel léphet később feljebb az egyetemi ranglétrán. Ami a választ illeti, az itt következő fejtegetéseket néhány mondatban összefoglalva azt mondhatjuk, hogy a jogi tanárrá válás során nagyon kiélezett versenyhelyzet áll fenn, ezért a jogi oktatói állásokat a jogi egyetemet végzetteknek csak egy nagyon kis része pályázza meg,⁸¹ és a pályázóknak is minden évben csak egy töredéke nyeri (nyerheti) el a meghirdetett állások valamelyikét. Ha azonban valaki egyszer már bekerült a jogi felsőoktatásba, a továbbiakban csak rajta múlik, hogy ott is tud-e maradni; ha igen, akkor pedig (legalábbis az európai viszonyokhoz képest) meglehetősen gyors előremenetelre számíthat, akár az egyetemi címetek, akár a foglalkoztatás munkajogi biztonságát tekintve. Ami az előbbi illeti: 15 év alatt teljes („full”) *professor*-rá lehet válni, *tenure*-t azonban *associate professor*-ként, sőt akár már *assistant professor*-ként is lehet szerezni; a *tenure* megszerzésének átlagos ideje mindössze a kinevezéstől számított 5-7 év. A jogi oktatók jövőképe (más jogászai szakmákhoz képest) tehát meglehetősen biztatónak mondható.

Ami pedig magát a jogi oktatóvá válást illeti, annak során – ahogy az előbbieken már említettük – igen erős kompetíció érvényesül. Ez többek között azért van így,⁸² mert kevés jogi tanárra van szükség: a 2004/2005-ös tanévben az ABA által elismert *law school*-okban mindösszesen 10 136 jogi tanár, könyvtáros és a fakultáshoz tartozó egyéb személy állt alkalmazásban (ezek közül 4 812 *professor*, 1313 *associate professor*, 881 *assistant professor*, 241 *visiting professor*, 594 *lecturer* és *instructor*, továbbá 182 könyvtárvezető, 189 dékán, 974 dékánhelyettes, valamint 950 emeritus dékán és emeritus professzor). Ez a létszám ugyan évről évre folyamatosan nő,⁸³ de még így is esztendőnként alig több mint száz új tanerőre van szükség. Az 1990-2003 közötti 14 év felvételi statisztikai adatsorát megvizsgálva azt láthatjuk, hogy évente átlagosan 980 személy jelentkezett a meghirdetett jogi oktatói állásokra, ám közülük (szintén átlagosan) mindössze 118-at vettek fel. Ez azt jelenti, hogy a pályázóknak csak a 12 %-a volt sikeres. Ha például a 2003-as felvételi adatokat összehasonlítjuk az

⁸⁰ Mindezt számokkal kifejezve a következő a helyzet. A 2004/2005-ös akadémiai évben a 3 528 *professor* 90,56 %-át (3 195 személyt) *tenure*, 3,57 %-át (126-ot) *contract*, 1,67 %-át (59-et) *tenure-track* keretében foglalkoztatták (4,20 %-ukról, azaz 148 személyről nincs adat); a 688 *associate professor* 47,67 %-át (328 oktatót) *tenure-track*-kel, 34,16 %-át (235-öt) *tenure*-rel, 11,92 %-át (82-t) pedig *contract*-tel alkalmazták (6,25 %-ukról, vagyis 43 személyről nincs információ); végül a 432 *assistant professor* 65,97 %-a (285-en) *tenure-track*-kel, 17,82 %-a (77-en) *contract*-tel, 0,69 %-a pedig (azaz mindösszesen hárman) *tenure*-rel rendelkezett (15,51 %-ukról, azaz 67 személyről itt sem áll rendelkezésre adat).

⁸¹ Ennek természetesen nemcsak az oktatói piacra való belépés során érvényesülő nagyfokú kompetíció az oka, hanem az is, hogy a legtöbb jogvégzett nem a jog tudományát, hanem annak gyakorlati oldalát kívánja művelni, így legtöbbjük gondolataiban fel sem merül, hogy az egyetemi pályán maradjanak. Az azonban nyugodt szívvel elmondható, hogy sokuk, amennyiben reális esélyt látna egy jogi oktatói pozícióba való bekerülésre, szívesen megpályázná ezeket az állásokat az aránylag jó fizetés, az ügyvédkedéshez képesti viszonylagos nyugalom és az ilyen posztok betöltőinek a jogászai és a tágabb társadalomban meglevő magas presztízse miatt. Mivel azonban ez az éles versenyhelyzet fennáll, és bizonyos feltételek megléte nélkül nincs valós esély ilyen állások elnyerésére, ezért nagyon sokan eleve nem indulnak harcba ezekért a stallumokért.

⁸² Az egyéb okokra nézve lásd az előző (81. sz.) lábjegyzetet!

⁸³ Míg 1998-ban a jogi karok fakultásához tartozók összlétszáma még csak 8 719 volt, addig ez a szám 1999-ben 8 827-re, 2000-ben 9 073-ra, 2001-ben 9 343-ra, 2002-ben 9 673-ra, 2003-ban 9 910-re emelkedett, 2004-ben pedig átlépte a бүvös tízezres határt.

ugyanabban az évben jogi egyetemeken tanulók és az adott esztendőben végzett joghallgatók számával, akkor ez a kiélezett versenyhelyzet még inkább szembetűnővé válik. 2003-ban ugyanis 957 kandidáló volt a jogi tanári állásokra, akik közül 143-at vettek fel (ez egyébként a többi év közül kiemelkedő, 14,9 %-os arányt jelent),⁸⁴ míg ugyanebben az évben 137 681-en tanultak az ország különböző jogi karain, a végzettek száma pedig 38 863 volt.⁸⁵

Ezen adatok alapján megállapítható, hogy a jogi oktatóvá válásra viszonylag kicsi az esély: 2003-ban minden egyes új jogi oktatói állásra 272, az adott évben a jogi egyetemet elvégzett személy jutott, vagyis mindezek fényében egy friss jogvégzettnek 0,37 % esélye volt az ilyen pozícióba való bekerülésre (és akkor még a korábbi években végzettek által támasztott versenyt – rendelkezésre álló objektív statisztikai adatok hiányában – figyelembe sem vettük). És – bár a jogi oktatók száma is minden valószínűség szerint tovább fog nőni – ez a helyzet a jövőben sem változik lényegesen; az e posztok megszerzéséért való harc (különösen az elit jogi karok vonatkozásában) továbbra is igen kiélezett marad, ezáltal pedig csakis a legjobbak, legfelkészültebbek, legrátermettebbek számíthatnak a bekerülésre, ami azzal fog járni, hogy a korábban elemzett feltételek meglétének a jövőben egyre nagyobb, még a mainál is sokkal fontosabb szerepe lesz.

Mindazonáltal aki ebben a versenyben a felszínen marad és bekerül oktatónak egy jogi egyetemre, az (a presztízsén túl) arra is számíthat, hogy viszonylag jó fizetést fog kapni. A jogi tanári pozíciók megszerzéséért ugyanis nem folya olyan kiélezett verseny, ha az erkölcsi megbecsülésen mellé nem járna megfelelő anyagi megbecsülés is. Míg a privát szférában jelenleg (2006 elején) az átlagos fizetés jogterülettől függően 60 000 és 85 000 dollár között van,⁸⁶ addig az egyetemi oktatók körében ez az összeg jóval magasabb. A 2004/2005-ös adatok⁸⁷ szerint már egy *assistant professor* is körülbelül 75 000 dollárra számíthat, egy *associate professor* fizetése nagyjából 90-95 ezer dollár között, egy *full professor*-é pedig 120 ezer dollár körül mozog. A negatív „rekordot” a rendelkezésre álló adatok alapján⁸⁸ az Inter-American tartja, ahol az előbbi kategóriákba tartozók sorrendben 59 656, 66 073, illetve 77 802 dollárt kerestek, míg a csúcs az *assistant professor*-ok vonatkozásában a Michigan, az *associate professor*-ok esetében a University of Texas, a *full professor*-oknál pedig ismét a Michigan nevéhez fűződik 125 000, 147 900, illetve 182 925 dollárral.

A jogi oktatói karrier kapcsán elkerülhetetlen, hogy szóljunk a jogi oktatóvá válás és a jogi oktatói karrier egy fontos (és napjainkban igen népszerű, ezáltal pedig sokszor és sokak által elemzett) területéről, az esélyegyenlőség, ezen belül is pedig kifejezetten a nemi és a faji esélyegyenlőség kérdéséről.⁸⁹ A faji és a feminista jogelmélet hívei körében napjainkban is általános az a meggyőződés, hogy a nőkkel és a faji kisebbségekhez tartozókkal szemben az Egyesült Államokban az élet majd minden területén hátrányos megkülönböztetés érvényesül, és ez alól nem kivétel a jog és a jogi oktatás területe sem. Az az utóbbi időkben ugyan már nem hangzik el, hogy a joghallgatók felvétele során ez a megkülönböztetés létezne (az „*affirmative action*”, vagyis a pozitív diszkrimináció általánosnak mondható gyakorlata miatt ez nyilvánvalóan nem is állná meg a helyét), az azonban már gyakran megfogalmazódik vádként,

⁸⁴ Ennél magasabb felvételi arányt az 1990-2003 közötti 14 esztendőben csak 2000-ben (15,0 %) és 2002-ben (15,6 %) sikerült elérni, míg például 1996-ban mindössze a pályázók 7,2 %-a volt sikeres (ekkor a 957 kandidánsból 69-et vettek fel).

⁸⁵ 2004-ben még ennél is többen tanultak és végeztek a jogi egyetemeken: a joghallgatók összlétszáma ekkor már 140 376, míg a végzettek száma 40 018 volt.

⁸⁶ Forrás: www.payscale.com

⁸⁷ Forrás: 2004-05 SALT Salary Survey. In: SALT Equalizer, Volume 2005, Issue 1, February 2005 (www.saltlaw.org/EQ-Feb2005.pdf).

⁸⁸ A SALT (Society of American Law Teachers) említett felméréséhez mindössze az ABA által elismert *law school*-ok fele szolgáltatott adatot.

⁸⁹ A következőkben ismertetett és elemzett adatok forrása az ABA (<http://www.abanet.org/legaled/statistics/stats.html>) és az AALS (www.aals.org/statistics/0405/html/index.html).

hogy az oktatás során érződik a női és/vagy színes bőrű hallgatókkal szembeni eltérő bánásmód⁹⁰ (ezáltal pedig csökken az esélyük arra, hogy az egyetemet jó eredményekkel végezzék el és így jó állásokat kapjanak), vagy hogy a jogi oktatói állásokra való felvétel során diszkriminálják őket. Az is gyakori állítás, hogy az egyszer már jogi oktatóvá vált férfiak és nők, illetve fehérek és kisebbségek nem azonos eséllyel lépnek előre a ranglétrán;⁹¹ hogy ez utóbbiak, különösen a nők körében (különböző, a hátrányos megkülönböztetéssel összefüggő okok miatt) nagyobb a pályaelhagyás;⁹² hogy a munkahely biztonsága esetükben kevésbé garantált (más szóval hogy nagyobb valószínűséggel nevezik ki őket szimpla *contract*-tel, mint *tenure*-rel,⁹³ illetve hogy ez utóbbit szignifikánsan több év jogi oktatásban eltöltött idő után kapják csak meg, mint a férfiak és/vagy a fehérek); sőt még azt is felhozzák, hogy a férfiak általában magasabb presztízzsel rendelkező tantárgyakat tanítanak, mint a nők.⁹⁴ Most vizsgáljuk meg, hogy ezek az állítások (legalábbis azok, amelyek objektív alapokon ellenőrizhetők) helytállóak-e, azaz valóban létezik-e különbség a jogi oktatóvá válás és a jogi oktatói karrier vonatkozásában a férfiak és a nők, illetve a fehérek és a színes bőrűek esélyei között.

Az biztos, és ezt a kritikusok is elismerik, hogy az egyetemi felvételik során ma már nincs diszkrimináció.⁹⁵ Míg például 1971-ben az akkori 91 225 joghallgató közül mindössze 8 567, azaz 9,39 % volt nő,⁹⁶ addig 2004-ben a 140 376 beiratkozottból már 67 438, vagyis 48,04 %.⁹⁷ A végzettek tekintetében még jobb az arány: a 2004-ben jogi diplomát szerző 40 018

⁹⁰ Ezen érvek sorába tartozik a vizsgáztatás során történő hátrányos megkülönböztetés, de olyan kritikák is megfogalmazódnak, amelyekkel őszintén szólva nemigen lehet mit kezdeni, objektíve (például statisztikai adatokkal) pedig még kevésbé lehet vizsgálni. Ilyen például az a vád, hogy az egyetemi légkör ellenséges a nőkkel (ritkábban a feketékkel és más színes bőrűekkel) szemben; hogy jobban elnyomva érzik magukat; hogy ritkábban szólítják fel őket szemináriumokon; hogy úgy érzik, kevésbé figyelnek rájuk, amikor az órákon ők beszélnek, a tanár sem fordít ugyanakkora figyelmet az általuk elmondottakra, mint a férfiak esetében; sőt még azt is felhozzák a feminista jogelmélet hívei, hogy mindennek eredményeképpen a férfiokról négyszer gyakrabban gondolják társaik, hogy jó humorérzéssel rendelkeznek, mint a nőkről, és hogy ez is az ellenséges, elnyomó egyetemi légkör következménye. („Female students’ comments are more likely to be overlooked, devalued or misattributed.” [Rhode, Deborah L.: *Midcourse Corrections: Women in Legal Education*, 485. o. és Rhode, Deborah L.: *The Unfinished Agenda. Women and the Legal Profession*, 28. o.]) „...on average, women speak less in class, [...] and feel a greater sense of alienation from law school” [Bashi, Sari – Iskander, Mariana: *Methodology Matters*, 505. o.] „...women were called on less frequently than men. Further, when women did speak, teachers greeted their comments with less than full attention, and sometimes ignored the women’s comments. [...] more women than men perceived law school classrooms to be <<alienating and hostile>> [...] Men were reported four times more often than women to have a good sense of humor.” [Resnik, Judith: *A Continuous Body: Ongoing Conversations About Women and Legal Education*, 570-571. o.] „)

⁹¹ „...women, particularly women of color, are underrepresented in the ranks of full professors and deans” (Rhode, Deborah L.: *Midcourse Corrections: Women in Legal Education*, 481. o.) „Despite substantial progress, women in legal education still have not achieved wholly equal opportunities, particularly for leadership positions. Only 20 percent of full professors and 10 percent of law school deans are female, and only about 5 percent of those in either position are women of color.” (Rhode, Deborah L.: *The Unfinished Agenda. Women and the Legal Profession*, 27. o.)

⁹² „...White women, women of color, and men of color were all more likely than white men to abandon teaching” (Merritt, Deborah Jones – Reskin, Barbara F.: *New Directions for Women in the Legal Academy*, 491. o.)

⁹³ „...women were far more likely than men to take non-tenure-track positions at law schools” (Merritt – Reskin: i.m., 490. o.)

⁹⁴ „Female academics are also underrepresented in some of the most prestigious and assertedly <<rigorous>> fields such as constitutional law, corporate finance, and commercial law, and are overrepresented in <<soft>> areas such as family law.” (Rhode, Deborah L.: *Midcourse Corrections: Women in Legal Education*, 481. o.)

⁹⁵ Az itt következő adatok a jogi alapképzésre és a jogi alapidiplomára (J.D.) vonatkoznak.

⁹⁶ Forrás: *Facts About Women and Law*. American Bar Association Division for Media Relations and Public Affairs.

⁹⁷ A statisztikai adatok forrása az American Bar Association.

személyből 19 818, azaz gyakorlatilag a végzettek fele (egészen pontosan 49,52 %-a) volt nő.⁹⁸ A színes bőrűek úgyszintén nagyjából számarányuknak megfelelően járnak jogi egyetemre és végzik el azt: ebben az esztendőben valamely jogi karra 29 489 színes bőrű járt (ez a joghallgatók pontosan 21 %-át jelenti), a diplomáknak pedig 20,91 %-át (összesen 8 367-et) osztották ki valamely kisebbséghez tartozóknak.⁹⁹ Ami az egyetemeken való, a nőkkel szembeni rosszabb bánásmódot illeti, a statisztikai adatok azt sem igazolják, sőt: 1981 és 2003 között, azaz a teljes utolsó negyedszázadban minden egyes évben (kivétel nélkül) a férfiak körében nagyobb volt a lemorzsolódás. 1981-ben például 4 490 férfi, és mindössze 2 268 nő „bukott ki” az egyetemről, ami nagyobb, mint amit a férfi és női egyetemi hallgatók számaránya közti különbség magyarázna, és ez az összes ezt követő esztendőre is igaz: a férfiak számarányuknál valamivel nagyobb mértékben hagyják ott (kénytelenek otthagyni) az egyetemet, mint a nők. Természetesen ahogy haladunk előre az időben, ez a különbség a jogi egyetemet diploma nélkül befejezők nominálértéke tekintetében csökken (hisz nő a nők részvétele a jogi felsőoktatásban), de még 2003-ban is jól látható (és a férfiak számára hátrányos) különbség figyelhető meg a két nem képviselőinek lemorzsolódása esetében,¹⁰⁰ noha ekkor már a férfi és a női joghallgatók száma gyakorlatilag egyforma.

Ami magát a jogi oktatóvá válást illeti, azt láthatjuk, hogy az utóbbi 14 évben (1990-2003 között) mind a nők, mind a kisebbségek számarányuknak megfelelő (sőt sokszor annál nagyobb) eséllyel pályáztak e posztokra sikerrel. A nők esetében, ha pusztán az abszolút számokat nézzük, akkor elmondható, hogy ugyan még ma is kevesebb nő válik jogi oktatóvá, mint ahány férfi, de a jelentkezők között eleve sokkal kevesebb is a nő. A nők a férfiakhoz képest nagyobb arányban képviseltetik magukat az újonnan felvettek között, mint a pályázók között, tehát a női jelentkezők bekerülési esélye meghaladja a férfiakét. A feministák ott követik el a legdurvább módszertani hibát, hogy abszolút számokat hasonlítanak egymással össze, pedig azok az esélyekről önmagukban semmit nem mondanak. Diszkriminációról csak akkor beszélhetünk, ha az arányok is jelentősen elbillennek valamely fél javára, anélkül, hogy ezt valamilyen reális, a felek között meglevő különbség indokolná.

(Egy nagyon egyszerű, és a megértés kedvéért sarkított, szélsőséges példa: az nem diszkrimináció, ha egy cég 100 munkavállalót kíván felvenni, „X” csoportból jelentkeznek ezekre az állásokra százan, míg „Y” csoportból kilencszázan, és a vállalat nem 50-50 „X” és „Y” csoporthoz tartozót vesz fel, hanem előbbiből 5-öt, utóbbiból 45-öt. Sőt, ha minden egyéb feltétel és körülmény egyforma, akkor pont ez valósítja meg az egyenlő bánásmódot, hiszen semmi oka a cég vezetésének feltételezni, hogy a két csoport tagjai között a szórás a tehetség, tudás stb. tekintetében különböző, vagyis minden valószínűség szerint ugyanannyi százalékuk tartozik a legjobbak közé. Ha a „legjobbakat” például úgy definiáljuk, hogy az a felső tíz százalék, akkor a „legjobbak” közé „X” és „Y” csoportban is a felső tíz százalék tartozik. Ha pedig a legrátermettebbeket kívánjuk felvenni, akkor a legjobb tíz százalékot választjuk ki. Az pedig nyilvánvaló, hogy a nominálértékben több ember tíz százaléka nominálértékben is több; ha tehát egy állásra az egyik csoportból kilencszer több ember jelentkezik, akkor abban az esetben nem valósul meg hátrányos megkülönböztetés ha /minden egyéb körülményt azonosnak feltételezve/ abból a csoportból 9-szer több embert vesznek fel, hiszen a két csoport tagjainak csak ekkor lesz az adott posztra való bekerülésre ugyanakkora az esélye. Ha viszont a szigorú, abszolút értékben felfogott egyenlőség nevében a százfős és a kilencszáz fős csoportból is 50-50 személyt vesznek fel, akkor az előbbi csoporthoz tartozóknak 50 %, míg az

⁹⁸ Ha az összes diplomázót nézzük, ideértve a posztgraduális jogi képzéseket elvégzőket is, akkor is ez az arány jön ki: a 2004-ben bármilyen jogászdiplomát szerző 44 769 hallgató közül 21 866 személy (48,84 %) volt nő.

⁹⁹ Az első évfolyamra 2004-ben beiratkozott összes (J.D., LL.M. stb.) hallgató között a nők aránya 47,48 % (48 239-ből 22 904), a színes bőrűek aránya pedig 22,27 % (számszerűen 10 743 személy).

¹⁰⁰ 2003-ban 3 686 férfi és 3 128 „bukott ki” a jogi egyetemekről. (Ugyanez a két szám egyébként 2002-ben 3 309 és 2 904, 2001-ben pedig 3 127 és 2 796 volt.)

utóbbi csoporthoz tartozóknak 5,5 % esélyük lesz a poszt megszerzésére, és ez már valóban diszkrimináció.)

Ezt a szélsőséges példát csak a tisztánlátás kedvéért hoztam fel, a való életben természetesen ilyen extrém esetek nem (vagy csak igen ritkán) fordulnak elő, de maga a *mechanizmus* a kisebb ingadozás ellenére más esetekben is ugyanez. Igaz mindez a jogi oktatók rekrutációja esetében is: ennek során ugyanis sem a nők, sem a színes bőrűek vonatkozásában nem beszélhetünk hátrányos megkülönböztetésről, épp ellenkezőleg: az „*affirmative action*” gyakorlatának köszönhetően mindkét csoport tagjait nagyobb arányban veszik fel jogi oktatónak, mint amilyen arányban azok a férfiakhoz vagy a fehérekhez képest ezen állásokra jelentkeztek.¹⁰¹ Az 1990-2003 közötti felvételi statisztikai adatsort megvizsgálva azt látjuk, hogy a nők és a színes bőrűek minden egyes évben nagyobb arányban nyertek felvételt, mint amilyen arányban a férfiakhoz, illetve a fehérekhez képest jogi tanári posztokra jelentkeztek (a nők esetében ez alól az 1995-ös, a színes bőrűek esetében pedig az 1997-es év kivétel).

A nők vonatkozásában a leginkább kiugró évnek 1991 tekinthető: ekkor 314 női és 675 férfi pályázó volt, vagyis a pályázók kevesebb mint egyharmada (31,7 %) volt nő, és több mint kétharmada (68,3 %) férfi. Ahhoz képest azonban, hogy a férfi pályázók száma a nőkéhez képest több mint kétszeres volt, mégis majdnem ugyanannyi nőt (60-at) vettek fel ebben az évben, mint ahány férfit (71-et). Mindez azt jelenti, hogy ebben az esztendőben a nőknek majdnem kétszer akkora esélyük volt oktatónak egy jogi karra bekerülni, mint a férfiaknak; míg ugyanis a női jelentkezők 19,1 %-át (314-ből 60-at), addig a férfi pályázóknak mindössze a 10,5 %-át (675-ből 71-et) vették fel. És habár nem ilyen nagy, de ugyancsak a nők javára fennálló aránytalanság figyelhető meg az összes többi évben is (kivéve az említett 1995-ös esztendőt):¹⁰² a 14 év átlagát tekintve a nők 14,9 %-os,¹⁰³ míg a férfiak 11,8 %-os¹⁰⁴ eséllyel pályáztak a jogi egyetemeken meghirdetett tanári állásokra, vagyis a nők 26 %-kal nagyobb valószínűséggel kerültek be a jogi karokra, mint a férfiak.

A színes bőrűek esetében ez az aránytalanság még nagyobb: itt a leginkább kiugró év 1994 volt, amikor is annak ellenére, hogy öt és félszer több fehér pályázott ezen állásokra, mint ahány kisebbségi (935, illetve 171, vagyis az összes jelentkező 84,5, illetve 15,5 %-a), az elnyert pozíciók tekintetében ez a különbség már csak alig kétszeres volt (szám szerint 98 fehér és 46 színes bőrű jutott be a meghirdetett posztok valamelyikébe). Mindez azt jelenti, hogy ebben az évben a jelentkezett színes bőrűek 26,9 %-át (171-ből 46-ot), míg a pályázó fehéreknek csak a 10,5 %-át (935-ből 98-at) vették fel jogi oktatónak. Emellett azonban a többi esztendőben is (egyetlen kivétellel) az látható, hogy a valamely faji kisebbséghez tartozóknak

¹⁰¹ Azt lehet mondani, hogy a jogi oktatói felvételi eljárás során ma már kifejezetten előnyt jelent nőnek és/vagy kisebbséginek lenni. A néhány évtizeddel ezelőtti hátrányos megkülönböztetés gyakorlatát kompenzálандó ugyanis mind az ABA, mind az AALS elvárja a jogi egyetemektől (és ennek érdekében erőteljes nyomást gyakorol rájuk), hogy minél több nőt és színes bőrt (és persze mozgássérültet stb.) vegyenek fel, illetve hogy azonos feltételek esetén rendre e csoportokhoz tartozókat részesítsék előnyben. Ma az Egyesült Államokban bevallott és teljesen elfogadott gyakorlatnak tekinthető, hogy az egyetemek már az Oktatókiválasztási Konferenciára meghívandó jelöltek listájának összeállítása során elsősorban a női és színes bőrű (vagy az önéletrajzuk alapján annak tűnő) jelentkezőket válogatják ki (az FRC-n tehát jóval több nő és színes bőrű vesz részt, mint amit az össztársadalomhoz viszonyított arányuk indokolna), és az *on-campus interview*-ra is nagyobb arányban hívják be őket.

¹⁰² 1990-ben a jelentkező nők 17,0 %-át, a jelentkező férfiaknak pedig a 13,8 %-át vették fel; ugyanez az arány 1991-ben (az említett legszélsőségesebb évben) 19,1 % és 10,5 %, 1992-ben 16,3 % és 10,4 %, 1993-ban 12,0 % és 9,6 %, 1994-ben 15,3 % és 11,5 %, 1995-ben (egyetlen kivételként a férfiak javára) 9,1 % és 11%, 1996-ban 8,2 % és 7,7 %, 1997-ben 14,7 % és 11,9 %, 1998-ban 14,2 % és 12,6 %, 1999-ben 13,6 % és 11,2 %, 2000-ben 16,7 % és 14,5 %, 2001-ben 15,4 % és 13,5 %, 2002-ben 21,1 % és 13,4 %, 2003-ban pedig 18,9 % és 15,6 % volt.

¹⁰³ 1990 és 2003 között összesen 4 326 nő jelentkezett jogi tanárnak, és közülük 646 pályázó volt sikeres.

¹⁰⁴ 14 év alatt a jogi oktatói állásokra jelentkezett 8 457 férfiból pontosan 1000-et vettek fel.

szignifikánsan nagyobb esélyük volt (van) jogi oktatói pozíció elnyerésére:¹⁰⁵ az 1990 és 2003 közötti 14 év átlagát figyelembe véve azt állapíthatjuk meg, hogy végül is a jogi tanárnak jelentkező színes bőrűek 18,0 %-át,¹⁰⁶ míg a jogi oktatói pozíciókra pályázó fehéreknek mindössze a 12,3 %-át¹⁰⁷ alkalmazták, vagyis egy kisebbséginek 46 %-kal volt nagyobb esélye egy ilyen poszt megszerzésére, mint egy, a többségi társadalomhoz tartozó vetélytársának.

Talán nem meglepő ezek után, ha azt mondjuk, hogy a kisebbségi nők pályáznak a jogi karok által meghirdetett oktatói állásokra a legnagyobb eséllyel: az adatok részletes elemzését és ismertetését mellőzve csak annyit állapítunk meg, hogy amíg 1990 és 2003 között a fehér férfiak „sikerességi aránya” 11,3 %, ¹⁰⁸ addig ugyanez a kisebbségi nők esetében 18,8 %¹⁰⁹ volt, vagyis az ez utóbbi kategóriába tartozó pályázók felvételi sikerességi mutatója 66 %-kal volt magasabb, mint a fehér férfiak által benyújtott pályázatok sikerének az esélye. Ha sorrendet akarunk felállítani, akkor az 1990 és 2003 közötti 14 év statisztikai adatai alapján a következő eredményt kapjuk: a felvételi jelentkezések pozitív elbírálása a színes bőrű nők esetében a legnagyobb arányú (18,8 %); másodikak e sorban a színes bőrű férfiak (18,0 %), harmadikak a fehér nők (14,8 %), és legutolsók a fehér férfiak (11,3%). Mindezen tények fényében az egyértelműen megállapítható, hogy a jogi egyetemek oktatóinak rekrutációja során a nőkkel és a kisebbségekhez tartozókkal szemben semmilyen hátrányos megkülönböztetés nem érvényesül, sőt az „*affirmative action*” (pozitív diszkrimináció) gyakorlatának folyományaként mind a nők, mind pedig a színes bőrűek kifejezetten előnyt élveznek a férfiakkal és a többségi társadalom tagjaival szemben.

Mi a helyzet azonban a már egyszer a jogi felsőoktatásba bekerültekkel? Itt a kép már nem annyira világos: a statisztikai adatok szerint ugyanis az összes oktató között kevesebb a nő és a színes bőrű, mint az a társadalmon belül elfoglalt arányuk alapján várható lenne, és különösen feltűnő az aránytalanság a magasabb pozíciók esetében. Ha azonban figyelmesebben megvizsgáljuk a tényeket, akkor láthatjuk, hogy ennek elsősorban nem az az oka, hogy jelenleg a nők és a kisebbségek hátrányos megkülönböztetést szenvednének el, hanem főként az a korábbi (húsz-harminc évvel ezelőtt megnyilvánuló) diszkrimináció, amelynek tovagyűrűző hatásai ma is érződnek. Ennek a következménye például az, hogy a dékánok között 2004/2005-ben még mindig csak 19 % volt a nők, 12,8 % a színes bőrűek és mindössze 1,1 % a színes bőrű nők aránya; ugyanez a *full professor*-oknál 26,7 %, 13 % és 4,6 %, az *associate professor*-oknál 47,6 %, 26,6 % és 13,6 %, az *assistant professor*-oknál pedig 51,0 %, 24,7 % és 13,4 %.

Ezen adatokból arra a következtetésre juthatunk, hogy – ahogy azt az előbbieken már egyébként is megállapítottuk – a jogi oktatók rekrutációja során napjainkban már nem érvényesül diszkrimináció, hiszen mind a nők, mind a színes bőrűek, mind pedig a színes bőrű nők a társadalomban meglevő számarányuknak megfelelő (sőt az utóbbi két kategória esetén annál valamivel nagyobb) mértékben képviseltetik magukat az újonnan kinevezett, fiatal jogi oktatók (az *assistant* és az *associate professor*-ok) között. A *full professor*-ok és a dékánok vonatkozásában ez ugyan már nem igaz, de ez nem azt jelenti, hogy ezen pozíciókba való kinevezés során diszkriminálnák őket, hanem pusztán arról van szó, hogy itt jelenleg a régebbi, két-három évtizeddel ezelőtti, akkor ténylegesen és markánsan létező hátrányos megkülönböztetés hatása érvényesül. A dékánok és professzorok ugyanis idősebb emberek,

¹⁰⁵ 1990-ben a pályázó kisebbségek közül 25,8 %-ukat, míg a jelentkező fehérek közül 13,8 %-ukat vették fel; ugyanez az arány 1991-ben 22,3 % és 12,7 %, 1992-ben 16,4 % és 11,6 %, 1993-ban 13,4 % és 10,2 %, 1994-ben (a fent elemzett legkiugróbb évben) 26,9 % és 10,5 %, 1995-ben 14,6 % és 9,8 %, 1996-ban 10,6 % és 8,0 %, 1997-ben (egyetlen kivételként a fehérek javára) 10,0 % és 15,3 %, 1998-ban 15,7 % és 13,9 %, 1999-ben 14,8 % és 11,9 %, 2000-ben 19,7 % és 14,3 %, 2001-ben 18,8 % és 13,5 %, 2002-ben 24,3 % és 14,2 %, 2003-ban pedig 21,2 % és 15,1 % volt.

¹⁰⁶ A 14 év alatt ezen állásokra jelentkező 2 218 színes bőrből pontosan 400-at vettek fel.

¹⁰⁷ 1990 és 2003 között 9 811 fehér pályázott jogi tanári állásra, és közülük 1207 sikeresen.

¹⁰⁸ A 6 602 fehér férfiből 746-nak sikerült jogi oktatói állást szereznie.

¹⁰⁹ E 14 év alatt 918 kisebbségi nő jelentkezett jogi oktatónak, és közülük 173-at vettek fel.

akik egy másik generációt képviselnek, mint a ma oktatóvá válók. És mivel amikor az ő nemzedékük pályázott ilyen posztokra, akkor valóban kisebb esélyük volt a nőknek és a kisebbségieknek valamely jogi kar oktatói állását elnyerniük, nyilvánvaló, hogy közöttük ma is több a férfi és a fehér, mint amennyi egyébként indokolt lenne. Mihelyt azonban a mostani, nemi és faji szempontból is kiegyensúlyozott fiatal oktatói gárda tömegesen eléri azt a kort, amikor már az ő generációjuk fogja a dékánok és a professzorok nagy részét alkotni, akkor ezen magasabb pozíciók vonatkozásában sem beszélhetünk majd diszkriminációról. Ez a folyamat már most megkezdődött,¹¹⁰ és 15-20 év alatt be fog fejeződni; addig pedig minden valószínűség szerint mind a nők, mind a kisebbségiek, mind pedig a színesbőrű nők aránya el fogja a magasabb pozícióban levő jogi oktatók között is érni az állampolgárságon belül meglévő arányukat.

Van azonban egy neuralgikus pont, ahol egyelőre még nem valósult meg az egyenlőség, ez pedig a munkahely biztonságának kérdése. Ez a probléma specifikusan a nőkkel szemben jelentkezik, a színes bőrűek vonatkozásában nem, ami minden valószínűség szerint azzal van összefüggésben, hogy a munkáltatók (és ez alól nem jelentenek kivételt a jogi egyetemek sem) kimondva vagy inkább kimondatlanul, de nem szívesen kötnek nőkkal hosszú távú lekötöttséget jelentő szerződéseket attól való félelmükben, hogy a nők esetében nem tartják ugyanolyan bizonyosnak azt, hogy a munkaviszonyt az eredeti feltételekkel fenn fogják tartani, mint a férfiak esetében. Emögött a megfontolás mögött nyilvánvalóan a nőknek az a társadalmi szerepe áll, miszerint ők azok, akik gyereket szülnek és emiatt szülési szabadságra mennek, általában ők vállalják a gyermek nevelését az első években stb., tehát a munkáltató kevésbé számíthat egy nőre, mint egy férfira, ezért hosszabb távon kevésbé is számol vele, és szívesebben juttatja a stabil jogviszonyt lehetővé tevő pozíciókat nők helyett férfiaknak. Mindennek az a következménye, hogy egy férfinak sokkal nagyobb az esélye arra, hogy eleve *tenure*-rel vagy *tenure-track*-kel nevezzék ki, mint egy nőnek, illetve hogy egy férfi átlagosan sokkal korábban (sokkal kevesebb jogi oktatóként eltöltött év után) megkapja a *tenure*-t vagy a *tenure-track*-et, mint egy nő (esetleg míg a férfi ugyanannyi jogi oktatói tapasztalattal *tenure*-t kap, addig a nő csak *tenure-track*-et).

Akármelyik oktatói kategóriát is nézzük meg, az előbb elmondott tendenciák jól érzékelhetőek: a 2004/2005-ös adatok alapján a *full professor* férfiak 90,56 %-a (3 528-ból 3 195), míg a *full professor* nőknek csak 82,94 %-a (1284-ből 1065) rendelkezett *tenure*-rel, ellenben a női professzorok 11,76 %-át (151 személyt), a férfi professzoroknak viszont csak a 3,57 %-át (126-ot) foglalkoztatták *contract*-tel.¹¹¹ Az *associate professor* férfiak és nők 34,16 %-át (688-ból 235 személyt), illetve 32,21 %-át (624-ből 201 oktatót) foglalkoztattak *tenure*-rel; 47,67 %-ukat (328-at), illetve 39,58 %-ukat (247-et) pedig *tenure-track*-kel; a szimpla *contract*-tel alkalmazottak esetében viszont e kategóriában is a nők vezetnek (a nők 21,63 %-át /135-öt/, a férfiaknak viszont mindössze 11,92 %-át /82-t/ alkalmazták ilyen jogviszony keretében).¹¹² Végül hasonló nemi alapú diszkrimináció érvényesül az *assistant professor*-ok körében is: itt három férfi van *tenure*-rel kinevezve a 432-ből (ez 0,69 %-ot) jelent, a 449 nőből

¹¹⁰ Ez nyilvánvalóvá válik, ha megnézzük az utóbbi évek fejleményeit, hiszen ez a növekedés minden említett kategóriában (nők, színes bőrűek, kisebbségi nők) folyamatos mind a dékánok, mind a professzorok között. Az utolsó hét év fejleményeit tekintve azt láthatjuk, hogy míg 1998-ban a női dékánok aránya 10,4 %, a kisebbségi dékánok aránya pedig 8,9 % volt, addig ugyanez 2005-re 19,0 %-ra, illetve 12,8 %-ra nőtt. A professzorok között pedig a nők és a színes bőrűek aránya 1998-ban 20,0 %, illetve 10,0 % volt, 2005-re azonban az előbbi 25,0 %-ra, az utóbbi pedig 13,3 %-ra emelkedett. Természetesen most még csak a folyamat elején járunk, és – ahogy korábban említettem – az körülbelül 15-20 év múlva fog tetőzni, a nők és a kisebbségiek aránya tehát csak akkorra fogja teljesen elérni azt a szintet, ami ezen csoportok tagjait a társadalmon belül elfoglalt tényleges helyük alapján megilleti.

¹¹¹ *Tenure-track*-kel a férfi professzorok 1,67 %-a (59 személy) és a női professzorok 2,65 %-a (34 személy) volt foglalkoztatva; a többiekéről (a férfi *full professor*-ok 4,20 %-áról és a női *full professor*-ok 2,65 %-áról) nincs adat.

¹¹² A férfiak 6,25 és a nők 6,57 %-áról nem áll rendelkezésre adat.

viszont egy sem (0,00%). Az ebben az oktatói kategóriában rangot jelentő *tenure-track*-re is jóval nagyobb eséllyel pályázhatnak a férfiak, mint a nők: míg előbbieket 65,97 %-a (285 oktató) van ilyen jogviszony alapján foglalkoztatva, addig utóbbiaknak csak az 53,01 %-a (238 személy). A bizalom hiányát jelentő *contract*-tel való munkajogi jogviszony aránya ellenben itt is a férfiak körében kisebb: amíg közülük csak 17,82 % (77 személy) rendelkezik ilyennel, addig a nők közül 32,29 % (145 személy).¹¹³

Mindent összevetve tehát elmondható, hogy amíg a legtöbb, jogi oktatással összefüggő területen – a feminista és a faji jogelmélet híveinek és aktivistáinak minden kritikája ellenére – nincs diszkrimináció (sőt éppen ellenkezőleg, pozitív megkülönböztetés érvényesül), addig a munkahely biztonságának kérdését tekintve van még ez ügyben tennivaló, mivel a nők szignifikánsan hátrányosabb helyzetben vannak ezen a téren, mint az ugyanolyan pozícióban levő és ugyanazon feltételekkel rendelkező (például ugyanannyi ideje a jogi oktatásban tevékenykedő) férfiak.

Utoljára pedig – témánk logikai fonalát némileg elhagyva – kitekintésképpen szeretnénk szólni arról a kérdésről, hogy vajon az Egyesült Államokban a szigorú értelemben felfogott *elméleti jogász* (tehát nem pusztán valamely tételes jog tudományát oktató, hanem kifejezetten a jog egészének elméletét tanító személy) milyen specifikusabb képzettséggel rendelkezik, vagyis a következőkben azt fogjuk megvizsgálni, hogy ezek az elméleti jogászok milyen jogterületen nyert tapasztalatokból indulnak ki saját jogfelfogásuk kialakítása során. Ismeretes, hogy míg például Németországban a jogelmélet önmagában vett művelése nem jellemző, hanem az elméleti jogászok (a jogbölcselek) egy tételes jogi tárgy szakavatott ismerői is egyben, addig Magyarországon a tételes jog és az általános (nem egy meghatározott szakjogi tárgyra vonatkozó) jogelmélet elválik egymástól: a tételes jogászok nem foglalkoznak általános jogelmélettel, míg a jogbölcselek nem foglalkoznak tételes joggal. (Természetesen ez az elkülönülés viszonylagos, hiszen a jogi teóriákat szükségképpen a tételes jog elemzéséből lehet csak felállítani, pusztá spekulációból nem, és mindenfajta tételes jog hatékony gyakorlati műveléséhez úgyszintén szükség van elméleti alapokra /gondoljunk csak a jogági kapcsolódásokra, a jog-összehasonlításra, a jogszabályok értelmezésére, a jogi kodifikációra, a bírói jogalkalmazásra stb./, ám a német modellhez képest a két szféra elkülönülése mégis jól megfigyelhető.) Mi a helyzet azonban mindezzel az USA-ban?

A kérdésre úgy válaszolhatunk, ha azt mondjuk: az amerikai szituáció nem hasonlít sem a németre, sem a magyarra, mégpedig legfőképpen azért nem, mert az Egyesült Államokban nincs a jog egészének elméletét oktatni szándékozó „általános” jogelmélet, csak a jog meghatározott aspektusaira koncentrálnak diszciplinák oktatása folyik, illetve ezenkívül mindössze speciális nézőpontú teoretikus megközelítések léteznek. Ez azt jelenti, hogy vannak ugyan egyetemek, ahol oktatnak „*jurisprudence*”, „*theory of law*”, „*legal theory*” vagy más hasonló elnevezésű tantárgyakat, ám ezen diszciplinák tankönyvi struktúrája általában nem egyezik meg a magyar (vagy a német) tankönyvekével. Míg ugyanis Európában törekednek a „jogelmélet” c. tárgy keretén belül a fontosabb elméleti megközelítések lehetőség szerinti teljes ismertetésére, többnyire anélkül, hogy azok helytállósága vagy értéke tekintetében állást foglalnának, addig az USA-ban a „jogelmélet” oktatása (ha ilyen nevű tantárgy egyáltalán létezik az adott kar kurrikulumban) mindig szubjektív alapokon történik. Ez még az olyan, az időbeli távolság miatt viszonylagos objektivitást elviekben lehetővé tevő tárgyak esetében is igaz, mint a „*philosophy of law*” vagy a „*law and philosophy*”. A nálunk nagyrészt jogelmélet-történetet takaró jogelmélet, állam- és jogelmélet stb. oktatása *kifejezetten ilyen címen* (például „*history of legal philosophy*”) pedig gyakorlatilag (ha egyáltalán) kizárólag fakultatív jelleggel, szabadon választható diszciplinaként történik. Ezenkívül csak olyan kötelező jogelméleti tárgyak találhatók a kari kurrikulumokban, amelyek (ahogy azt már említettük) vagy

¹¹³ Nincs adat a férfiak 15,51 %-áról és a nők 14,70 %-áról.

specifikusan egy jogelméleti részterület oktatását vállalják fel (például „*legal reasoning*”, „*legal ethics*”), vagy pedig amelyeken a jog sajátos szempontú szemléletmódját tanítják („*law and economics*”,¹¹⁴ „*law and literature*”, „*law and society*”, „*critical legal theory*”, „*feminist legal theory*”, „*critical race theory*” stb.).

Jogelméleti szerzőnek vagy jogbölcésznek ezért a klasszikus európai értelemben nagyon kevés jogi oktatót nevezhetünk; az amerikaiak inkább az előbbi megközelítések valamelyike reprezentánsainak tekinthetők. Ha azonban a „jogelmélet” kifejezést tág értelemben fogjuk fel, és ide soroljuk az előbbi jogelméletek híveiként számontartott egyetemi tanárokat, akkor már feltehetjük azt a korábban ismertetett kérdést, miszerint a tipikus amerikai „elméleti jogász” milyen tételes jogi tárggyal (ritkábban tárgyakkal) foglalkozik a saját jogelméletén kívül, pontosabban mely konkrét jogterületek elemzésével alakította ki saját teoretikus álláspontját. Az itt következő fejtegetések eredménye egyáltalán nem tekinthető reprezentatívnak, ahogy vizsgálódásunk sem próbált pontos, részletes adatokkal alátámasztott következtetésekre jutni. Célunk ehelyütt bevallottan annyi, hogy felhívjuk a figyelmet egy olyan területre, amelynek feltárása és kielemezése a magyar jogelméletben még nem történt meg, jelezve ennek szükségességét; illetve hogy néhány tény figyelembe vételével megpróbáljunk legalább egyfajta stilizált képet kapni az amerikai jogelmélet helyzetének erről a szeletéről. Ennek érdekében a leghíresebb amerikai elméleti jogászok közül huszonegyet vettünk górcső alá, és néztük meg azt, hogy saját teóriájuk mely gyakorlati jogi terület vagy területek markánsabb, hangsúlyosabb elemzésén alapul, illetve hogy egyáltalán mindegyikük esetében van-e ilyen jogterület. Természetesen a huszonegy szerző kiválogatása szubjektív, és ezért önkényes, de mivel ezt az elemzést pusztán gondolatébresztőnek szántuk, úgy véljük, munkánk ezen jellege jelen esetben kellő indokul szolgál a szubjektivitásra.

Ami következtetéseinket illeti, röviden azt mondhatjuk, hogy Amerikában a jogelmélet elsősorban alkotmányjogot (illetve alkotmányjog-elméletet) jelent. A legtöbb szerző, aki valamilyen „jogelmélettel” (is) foglalkozik, az ezt alkotmányos nézőpontból teszi, és elsősorban az emberi és az állampolgári jogokra, a kisebbségek helyzetére, az Egyesült Államok Alkotmányára, annak szövegére és szövegének értelmezésére, a Supreme Court helyzetére, feladataira, értelmezési szabadságának (illetve a törvények és a precedensek „alkotmányos” /az Alkotmánynak megfelelő/ értelmének) kérdésére, a szövetség és a tagállamok helyzetére stb. koncentrál. Nyugodt szívvel állíthatjuk, hogy az Egyesült Államokban majdnem minden jogelméleti kérdés alkotmányos kérdés, és majdnem minden jogelméleti probléma alkotmányos (alkotmányjogi) probléma. Igaz ez általában is, de különösen igaz ez az állítás a jogelméleti frontvonalak legfőbbjét manapság meghatározó teóriák, így a *Critical Legal Studies*, a *Critical Race Theory* és a *Femist Legal Theory* híveinek vonatkozásában. (A név után zárójelben jeleztük azt az egyetemet, ahol az illető tanít, a jogág vagy jogterület után pedig – ha azt fontosnak tartottuk – szintén zárójelben vagy lábjegyzetben az adott tárgyban írt főbb munkákat, könyveket, monográfiákat.)

A huszonegy, általunk megvizsgált kortárs jogi gondolkodó közül tíz tartozik ezen elméleti irányzatok valamelyikébe, és majdnem mindegyikük alkotmányjogi alapokból alakította ki saját elképzeléseit. Kifejezetten a CLS hívének mondható ezen szerzők közül Mark V. Tushnet (Georgetown University), aki egyértelműen és kizárólag alkotmányjoggal foglalkozik.¹¹⁵ Szintén CLS-hívő, és szintén elsősorban alkotmányjoggal, ezen belül is

¹¹⁴ „Jog és gazdaság”; ugyanezt az elméleti megközelítést takarja egyébként az irányzat szintén gyakran használt két másik elnevezése is; az egyik ezek közül az „*economic analysis of law*” („a jog gazdasági elemzése”), a másik pedig az „*economic approach to law*” („a jog gazdasági megközelítése”).

¹¹⁵ „Brown v. Board of Education: the battle for integration”; „Central America and the law: the Constitution, civil liberties and the courts”; „Comparative constitutional federalism: Europe and America” /ed./; „Comparative constitutional law”; „Constitutional law” /ed./; „A Court divided: the Rehnquist court and the future of constitutional law”; „Defining the field of comparative constitutional law” /ed./; „An essay on rights”; „Making civil rights law: Thurgood Marshall and the Supreme Court”; „The NAACP’s legal strategy against segregated

alkotmányjog-történettel foglalkozik Morton J. Horwitz (Harvard).¹¹⁶ Roberto Mangabeira Unger (Harvard) és Richard L. Abel (UCLA) a kritikai jogi tanulmányokon kívül társadalomelméletet („*law and society*”) kutat, Duncan Kennedy (Harvard) a jogi oktatással (és a gazdasági jogelmélet kritikai szemléletmódjával), Mark G. Kelman (Stanford) pedig adójoggal és betegjogokkal foglalkozik még. Részben a *crit*-ekhez, részben már a feminista jogelmélethez sorolható Catharine A. MacKinnon (Michigan és Chicago), aki semmilyen tételes jognak nem szakavatott ismerője, hacsak a szakterületének számító szexuális zaklatás témakörét nem tekintjük annak; végül kifejezetten a feminista jogelmélethez sorolhatjuk Robin L. Westet (Georgetown), akinek a szakterülete az alkotmányjog; Carol Gilligan (New York University), aki szintén nem szakjogász, sőt elsősorban nem is jogász, hanem pszichológus;¹¹⁷ és Deborah L. Rhode-ot (Stanford), aki gyakorlati jogterületek művelése helyett (a feminista jogelméleten kívül) jogászai etikával foglalkozik.

A *crit*-eken kívül szintén elsősorban az alkotmányjogot műveli Ronald Myles Dworkin (New York University), Akhil Reed Amar (Yale), Laurence H. Tribe (Harvard) és William N. Eskridge (Yale).¹¹⁸ A szintén a fő érdeklődési körét jelentő alkotmányjog mellett Martin H. Redish (Northwestern University) még polgári eljárásjoggal, Cass R. Sunstein (Chicago) gazdasági jogelmélettel és pszichológiával, Bruce A. Ackerman (Yale) pedig tulajdonjoggal, társasági joggal és környezetvédelmi joggal foglalkozik. A jog gazdasági elméletének hívei nyilvánvalóan azokat a jogterületeket ismerik és művelik, ahol a gazdaság logikájának közvetlen befolyása van; így a „*law and economics*” irányzat három legnevesebb képviselője, Richard A. Posner, Frank Easterbrook és Richard A. Epstein (akik mindhárman a University of Chicagón tanítanak)¹¹⁹ elsősorban a tulajdonjogban, a kötelmi jogban, a kártérítési jogban, a társasági jogban, a trösztellenes jogban és a kereskedelmi jogban van otthon, de Posner emellett még szakavatott ismerője a „jog és irodalom” irányzatának, megalkotta továbbá a közjog és az alkotmányjog gazdasági elméletét, és foglalkozott általános jogelmélettel is.¹²⁰ Igazi, a klasszikus értelemben felfogott elméleti jogásznak azonban leginkább Robert S. Summers-t (Cornell) tarthatjuk. Ő az, aki specifikusan jogelmélet-történettel¹²¹ és a szoros értelemben vett jogbölcseleti témákkal foglalkozik, így például jogfilozófiával és általános jogelmélettel;¹²² gyakorlatilag tehát (a nevesebb, nemzetközi hírnű professzorok közül) ő tekinthető az Egyesült Államok egyetlen elméleti jogtudósának, „jogbölcészének”.

education”; „The new constitutional order”; „Red, white and blue: a critical analysis of constitutional law”; „Remnants of belief: contemporary constitutional issues”; „The Rights International companion to criminal law & procedure : an international human rights law supplement” „Slave law in the American South : State v. Mann in history and literature”; „Taking the Constitution away from the courts”.

¹¹⁶ „The transformation of American law, 1780-1860”.

¹¹⁷ „In a different voice: psychological theory and the women’s development”; „Mapping the moral domain: a contribution of women’s thinking to psychological theory and education”; „Meeting at the crossroads: women’s psychology and girls’ development”; „Women, girls and psychotherapy: reframing resistance”.

¹¹⁸ Eskridge szakterülete egyébként a homoszexuálisok jogai.

¹¹⁹ Az, hogy mindegyikük chicagói, nem a véletlen műve. Az 1960-70-es években ugyanis ebből a városból indult világhódító útjára az az Adam Smith-i alapokon nyugvó, libertariánusnak is nevezett neoklasszikus közgazdaságtani iskola, amely – egyebek mellett – lehetővé tette a gazdasági szemléletmód egyéb, a gazdaságtól eredetileg független területekre (így például a jogra) való kiterjesztését.

¹²⁰ „Frontiers of legal theory”.

¹²¹ „American legal theory” /ed./.

¹²² „Essays in legal philosophy” /ed./; „Essays in legal theory”; „Essays on the nature of law and legal reasoning”; „Form and substance in Anglo-American law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions”; „Instrumentalism and American legal theory”; „Interpreting precedents : a comparative study” /ed./; „Interpreting statutes : a comparative study” /ed./; „The jurisprudence of law’s form and substance”; „Law: its nature, functions and limits”; „Legal reasoning and statutory interpretation” /ed./; „Pragmatic instrumentalism in twentieth century American legal thought: a syntheses and critique of our dominant general theory about law and its use”.

Felhasznált irodalom

1. 2004-05 SALT Salary Survey. In: SALT Equalizer, Volume 2005, Issue 1, February 2005 (www.saltlaw.org/EQ-Feb2005.pdf)
2. Bashi, Sari – Iskander, Mariana: Methodology Matters. In: Journal of Legal Education, Vol. 53, Nr. 4, December 2003, pp. 505-514.
3. Carson, Clara N. – Curren, Barbara A.: Growth and Gender Diversity. In: Researching Law, Vol. 16., Nr. 1., Winter 2005. (www.abfn.org/images/reslawwin05.pdf)
4. Facts About Women and the Law. American Bar Association for Media Relations and Public Affairs. (www.abanet.org/media/factbooks/womenlaw.pdf)
5. Leiter, Brian: Information and Advice for Persons Interested in Teaching Law. November, 2002. (www.utexas.edu/law/faculty/bleiter/GUIDE.HTM)
6. Merritt, Deborah Jones – Reskin, Barbara F.: New Directions for Women in the Legal Academy. In: Journal of Legal Education, Vol. 53, Nr. 4, December 2003, pp. 489-495.
7. Morgan, Denise C.: Advice for Law Professor Wannabes. In: Chin, Gabriel J. – Morgan, Denise C. (ed.): Breaking into the Academy: The 2002-2004 *Michigan Journal of Race and Law* Guide for Aspiring Law Professors, pp. 458-469. (students.law.umich.edu/mjrl/guide/Guide.pdf)
8. Moser, John (ed.): Law School and Beyond. The IHS Guide to Careers in Legal Academia. (www.theihs.org/pdf/materials/91.pdf)
9. Nagy Zsolt: A klinikai jogi oktatás kérdéseiről. In: Jogelméleti Szemle, 2001/3. szám.
10. Pokol Béla: Szociológiaelmélet. Felsőoktatási Koordinációs Iroda, Budapest, 1997
11. Redding, Richard E.: „Where Did You Go to Law School?” Gatekeeping for the Professoriate and Its Implications for Legal Education. In: Journal of Legal Education, Vol. 53, Nr. 4, December 2003, pp. 594-614.
12. Resnik, Judith: A Continuous Body: Ongoing Conversations About Women and Legal Education. In: Journal of Legal Education, Vol. 53, Nr. 4, December 2003, pp. 564-577.
13. Rhode, Deborah L.: Midcourse Corrections: Women in Legal Education. In: Journal of Legal Education, Vol. 53, Nr. 4, December 2003, pp. 475- 488.
14. Rhode, Deborah L.: The Unfinished Agenda: Women and the Legal Profession. ABA Commission on Women in the Profession, 2001.
15. Wendel, Brad: The Big Rock Candy Mountain: How to Get a Job in Law Teaching. (www.lawschool.cornell.edu/facultypages/wendel/teaching.htm)

Egyéb, internetes forráshelyek

<http://careers.cua.edu/handouts/Lawcarer.cfm>

http://salary.com/learning/layoutscripts/leal_display.asp?tab=lea&cat=nocat&ser=Ser289&part=Par416
<http://www.aals.org/frs/index.html>
<http://www.aals.org/statistics/0405/html/index.html>
<http://www.abanet.org/legaled/>
<http://www.abanet.org/legaled/statistics/stats.html>
<http://www.abanet.org/marketresearch/resource.html>
<http://www.cleaweb.org>
http://www.law.columbia.edu/careers/law_teaching/Everything
<http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1095207119654>
<http://www.payscale.com>
<http://www.princetonreview.com/law/testprep/testprep.asp?TPRPAGE=300&TYPE=LSAT>
http://www.usnews.com/usnews/edu/grad/rankings/law/lawindex_brief.php
<http://webapp.utexas.edu/blogs/archives/bleiter/000342.html>

Varga Csaba

Jogfilozófia, jogelmélet — a teoretikus jogi gondolkodás jövője

(1. Kérdés és tudás) Ha valóban vannak nagy igazságaink, úgy azok nem változtak s nem is változnak az idők során. Már pedig hiszem, hogy voltak és vannak ilyenek. Az idők változása egyébként sem annyira valaminek az igazságáról szól, legfeljebb — ugyanúgy, ahogy bennünk is régi felismerések folyvást továbbélnék, hogy új és új problémáinkkal szembesülve további színeket, kapcsolódásokat tárjanak fel és mindezzel mélyebb üzeneteket közvetítsenek — ezen igazságok gazdagodásáról és benső gyarapodásáról, amiként egy emberöltő összegződésében is (koncentrikus vagy éppen dekoncentrikus körökként) egymásra halmozódhatnak tapasztalatok, új belátásaikkal folyvást megújuló szintéziskezdeményekben öltve testet.

*

(2. Jog és jogfilozófia) A jogot megértésünk hozza létre. Megértésünk helyezi el és láttatja a jogot adott jelenségformában, s ugyanaz a megértés, mely adott szinten és módon társadalmiságunkban jogot érzékeltet velünk, más szinten és módon viszont jogfilozófiát — és ez a jog és ez a jogfilozófia egymás közt a kapcsolatuknak megfelelő szinten és módon kommunikálhat.

(1.1. Jog és bölcsелем viszonyai) Ha a világot tervszerűség eredményeként fogom fel, amiként az Új Szövetséget hírül hozó evangélista az isteni providenciára gondolva hallatlan tömörséggel kifejezte, úgy joggal mondhatjuk: „Kezdetben vala az Ige.” Ha a tudomány laicitásának pusztán empiriára alapozott racionalizáló kifejtésére hagyatkozunk, úgy pedig a mindennapiság talaján új és új, önszerveződést s ezzel mesterséges építkezést is mutató összetettebbé válásról elmélkedhetünk.

Egy teologikus bölcsелеmben a jog eleve az isteni teremtes művének az emberi beteljesítése, általunk belakása és rendeltetett lehetőségeinek a valóra váltása jegyében gondolható el, vagyis — érték tudatosításával és a járható utak kicövekelésével — mintegy maga ez a teologikus háttérű jogbölcsелеm hozza létre a jogot. A másik oldalról közelítve viszont, a közönséges létünk heterogeneitása talaján idővel szükségképpen épülő homogenizálódások egyikeként felfogva, a jogi egyneműség kialakulásában, megerősödésében és társadalmilag nem egy tekintetben öntörvényűvé válásában nyilvánvalóan valamiféle alapvetően gyakorlati, tehát döntően a praxistól kötött folyamatot kell látnunk, amelyben az adott kihívásokra megfogalmazott gyakorlati válaszadások folyamatos és párhuzamos — eleinte bizonyára legfeljebb k ö v e t ő , a jogi homogenizáció kialakultával viszont immár bizonyosan p a r a l l e l , majd a tudatos emberi alakítás, a társadalmi mérnökös ködés (röviden tehát: a jogi voluntarizmus) előtérbe kerülésével és úgyszólván kizárólagossá válásával pedig egyenesen eleve m e g h a t á r o z ó , a tervezés alapjait magába rejtő — racionalizációját testesíti meg az a tudás, ami a jogot érintő általános elméleti vizsgálódásokban tárulkozik fel az érdeklődők köre előtt.

Már pedig amióta az ember bölcsелеkedni kezdett saját világáról, azóta berendezkedett világának saját rendje, annak lehetőségei és határai felett is tűnődik. Ebben az értelemben a jogbölcselet az emberi önreflexióval egyidős. Nem véletlen, hogy — visszafelé következtetve

— ugyanazon eposzok szövegszerűségéből, szétszórt nyelvi fragmentumok tömegéből kísérli meg a görög filológia szemantikailag rekonstruálni (egyebek közt) a valamiféle jog s a jogilag releváns jelenségek korabeli jelenlétére utaló, netalán azokat valamiképpen (meg)nevező jeleket, amiként az ezeket világtrendjükbe, világképükben elhelyező, bölcselkedést magukban hordozóan megtestesítő jeleket is. Amióta pedig mindebből egy formális jog alakul — aminek bizonyos előképeivel a jogi formalizmusok, vagyis már a ma ősinek tekintett és modern értelemben először SIR HENRY MAINE által elemzett ókori közel-keleti és görög–római kezdeményezésektől kezdve találkozhatunk, noha ma ismert uralmát a római jog Bolognában indult recepciója óta, legkifejlettebben s módszertanilag is dogmatikába merevülten pedig a nemzeti jogkodifikációk korától, vagyis a XVIII–XIX. századtól érte el¹ —, a jognak egy saját valóság igényével fellépő s így magának tényként kezelést is előíró pozitivitása látszólag elrejtí annak szükségét, hogy a jog mint egy immár eldologiasodott struktúrában és úgyszólván mechanikus automatizmussal funkcionáló képződmény mögött mégiscsak azt így vagy úgy működtető, mindennapiságukból kiinduló s a megoldandó feladatot teljes emberként is vállalni kívánó emberek állanak;² ugyanakkor e mindennapi működtethetést egy többé-kevésbé rendszeres „karbantartás” teszi lehetővé, amely magában foglalja (haszontalanná vált részei, hulladéka ki)takarítását, (működtetési elgondolások szerinti és működtetési zavarok kiiktatásától egyként igényelt) fejlesztését, s a távlati, stratégiai továbbalakításához folyvást szükséges alapok tisztázását egyaránt. Ez utóbbi funkcióban bukkan ismét elibénk a jogot illető teoretikus gondolkodás.

(2.2. *Látszatok a modern formális jogban*) A jog szabályszerűsítése mindenkor a behatárolatlan jövő megszabásának igényével s így mintegy az örök érvényesség jegyében zajlik. Tudjuk azonban, hogy az ebből fakadó rutin mindig időleges: a szabályok köré idővel óhatatlanul szabályoktól eltérés — kivételek megállapítása — épül, ami előbb-utóbb új szabályformulálásba torkollik. A jogi forma viszonylagos állandósága mögött is általa és benne megoldandóan s belezsúfolandóan különféle érdekek feszülnek egymásnak, amik az adott formát folyvást megkérdőjelezzik, s mind e közben a gyakorlati értelmezésben történő tartalmi átszabásával, értelmezése tágításával és szűkítésével élhetővé teszik. Vagyis állandó alternatívításban gondolkodnak, alkalmas forma keresése jegyében kutakodnak, míg a megtalált, kikovácsolt, az adott feladathoz igazított formai keret a következő kihívásban már maga válik egyszersmind továbbalakítandó és ezzel meghaladandó adottsággá, miközben és alapvetően mégis az adott formában és feladatmegoldási kultúrában történő megmaradás, azaz a hagyománykövetés, maga a mintaszerűsítetttség biztosítékává.

Mondhatnók, hogy a t e t e l e s s z a b á l y o z á s, az elmúlt gyakorlatot ennek alapján általánosító, fogalmi összefüggéseit kidolgozó és így egyúttal jövő útjait is elhivatottsága szerint kicövekelő d o g m a t i k a, valamint a jogági szabályozás közvetlen elméleti alapjait tisztázó és mindenkor újragondoló d o k t r í n a csak az egyik fundamentuma a jogi gyakorlatnak. Technicista, mélyen eldologiasodott, az elidegenedettség határát súrolóan rutinná merevült olyan jogi kultúrákban, amelyek a jogiasított viszonyok, eljárásmodok és tevékenységek tömegében jogtechnikusok tömegszerű beavatkozását és menedzselését

¹ Vö. a szerzőtől *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség* [1979] bőv. és jav. 2. kiad. (Budapest: Akadémiai Kiadó 2002) 439 o.

² Saját kifejtésben, személyes gondolati fejlődésem két végpontjaként, a problémaérzékeléstől a rendszerszerű magyarázatig tett úton vö. a szerzőtől '»Dolog« és eldologiasodás a jogban' *Állam- és Jogtudomány* XXI (1978) 1, 61–81. o. egyfelől, és *A jogi gondolkodás paradigmái* [1997] átdolg. és bőv. 2. kiad. (Budapest: Szent István Társulat 2004) 504 o. másfelől. Lásd pl. a *Critical Legal Studies* baloldali kritikus dekonstrukcionizmusából indító amerikai összefüggésben pedig William A. Conklin tollából 'Human Rights, Language and Law: A Survey of Semiotics and Phenomenology' *Ottawa Law Review* 27 (1995–1996) 1, 129–173. o. és *The Phenomenology of Modern Legal Discourse* The Judicial Production and the Disclosure of Suffering (Aldershot, etc.: Ashgate 1998) xii + 285 o.

igénylik, mindez persze alig látható. Amikor immár úgyszólván egész életünk vállalkozástól, kereskedelemtől s forgalomtól körített és közvetített lesz, a tömeghasználatú standardoknak is tömeges újratermelése zajlik: formulák és teauruszok generálása, eljárási *modus*okra lebontás és irányokká általánosítás, értelmezések értelmezése és kommentárok kommentálása. Mindez pedig a szabványosítás előrehaladása, új területekre kiterjesztése, mélységekben és részletekben bővítése, és persze az időközben megváltozott viszonyokra alkalmazása vagy éppen — visszacsatolásszerűen — a szabályozási ráció újragondolása jegyében történik. Modern formális kultúránkban mindez együtt adja az applikáció közegét s képezi a térénümát — egyidejűleg szolgáltatva változatlan keretet és szolgálva folytonos életszerű megújulást, röviden szólva tehát: megszüntetve megőrződést e szakadatlan folyamatban.

Olyan látásmódot, nyelvi és kommunikációs önállóságot, önjáró mechanizmust sugallnak ezek az eldologiasított struktúrák, amik gyakorlatként, emberi tevékenységformákként, egyesén specializációként is egyszersmind már korábban megtervezett lehetőségek és bejárt utak egyre bővülő reprodukcióját sugallják. Mert látszata, kultúrájának *f o g a l m i a s í t o t t s á g a* elrejti a mind e közben óhatatlanul s mindazonáltal mégis benne munkáló emberi szellemet, a mindenkori kihívásra adandó válaszolás gyakorlati célratörését, és mindezzel persze az emberi válasz erkölcsi fedezendőségét, a következményekért is viselendő visszavonhatatlan felelősségét.

Az elméleti jogtudomány tárgya tehát, úgy tetszik, mind e közben láthatatlanná nemesedett ebben az elvarázslásban. Pedig ott van, bizonyosan, legalábbis hármasságban. *N y i l v á n v a l ó a n* előbukkan stratégiai tervezésben és döntéshozatalban, amikor vagy a jövő útjait próbáljuk kifürkészni, vagy új helyzet, illetőleg módosult felismerések nyomán magát e fogalmiasított kultúrát megváltoztatni. Hasonló a helyzet s hasonlóképpen a rutin látszatát fenntartó formalisztikus pillérek mögött megbúvó elvi és gyakorlati megfontolások, azaz gondolati építményeink újraaktiválására kerül sor akkor, amikor a szabályozás tényleges hiányosságai okán a formalisztikus automatizmus látszatának fenntartásával mégis önálló akaratelhatározásra, eredeti értékelésen nyugvó döntésre kerül sor, például joghézagkitöltéskor vagy a diszkréció klasszikus eseteiben. *N e m n y i l v á n v a l ó a n* — de korábbi érvelésünkben magábanfoglaltan — a teoretizálás csírái mozgattatnak meg bennünk (akár, ha maradéktalanul átadtuk volt magunkat professzionális szocializációnknak, úgy csupán már úgyszólván a tudatalattink tartományába szorultan) mindennapi rutinunkban is, miközben látszólag problémátlan logizált levezetési sorokba bújtatjuk gyakorlati okfejtésünket és jogi döntéshozatalunkat, amikről csak egy utólagos analitikus rekonstrukció tárhatja fel, hogy voltaképpen alternatív helyzetek közötti választásról volt szó. És harmadsorban, *t e r m é s z e t s z e r ű l e g*, elméleti jogtudományt művelünk és ez utóbbi eredményeit használjuk fel vállaltan tudományos minőségünkben, helyzetünkre alkalmazottan a szociális világunkat illető tudományos magyarázat során.

(2.3. *Differenciáció a komplexitásban*) Az ember *t e r m é s z e t i*, *s z o c i á l i s* és *s z e l l e m i* világa egyfajta egységet s folytonosságot képez. Természeti környezetünk adottság (még ha alakítottuk is); szociális világunkat konvencionalitásunkkal generáción keresztül magunk hoztuk létre (hozzá tehát készként társadalmasodunk, miközben saját, egyidejűleg konvencionalizált és újra-konvencionalizáló hozzájárulásunkkal tovább formáljuk); míg szellemiségünkben ezekhez némi kritikai távolsággal, ámde saját értékeléssel (transzcendencia-tudatunkkal vagy annak hiányával) viszonyulunk. Nos, ilyen módon tendenciális korrelációk élnek és érvényesülnek az ember természeti, szociális és szellemi világa hármasságában, mert a legkülönbébb impulzusok és felismerések, jobbra törekvések és gyakorlati visszacsatolások a mindenkori társadalmi alakulásban — történelmi távolságból s perspektívából szemlélve — egyfajta egyensúlyi állapotot hoznak létre. Ami alakulhat, az

alakul, így természeti világunk s felfogása is,³ szociális intézményesedésünk s funkcióbetöltésének mikéntje is, és persze mindebben szellemiségünk is, formálóként s tapasztalatunktól formáltként egyaránt. Nem értékítélet, nem is szándékkifejezés vagy helyeslés, hanem pusztán ténymegállapítás ezért annak rögzítése, hogy társadalmi létünk komplexitása a történelmi időkben olyan belső tagozódást mutató komplexumot hozott létre, amiben az *Ausdifferenzierung des Rechts* folyamata⁴ is az emberi civilizációk és kultúrák nem csekély részében lezajlott. Társadalmi tárgyaink, edologiasodott gyakorlatunk és eldologiasított produktumaink ezen idők óta olyan immár önálló ismerettárgyakként számbavehető objektivációkban öltönek testet, amikhez most már — *nolens, volens* — mint szociális világunk részéhez viszonyulunk.

Jog? Valami olyasmi ez, ami van, működik, társadalmi konvenciók osztatlansága cövekeli körül mindennapiságunkban immár szilárdan a helyét. Látszólag szikla keménységével különül el minden mástól, s csupán egy teoretikusan dekonstruktív rekonstrukció mutatja ki — utólag — róla, hogy voltaképpen nem más, mint beszédmód, specifikus kommunikáció, társas színjáték, ami annyiban létezik valójában, amennyiben hivatkozási alapként használják ilyesmiben.⁵ A jog saját játékszabálya szerint viszont csakis az lehet ilyen specifikus — jogi — kommunikáció, amiben minden lényeges ütelágazásnál, új indításnál történnek ilyen hivatkozások. Már pedig annak körét, amire ilyen hivatkozások egyáltalán eshetnek, e beszédmód szerint az ún. é r v é n y e s s é g határolja körül. Érvényesség pedig azt illeti, ami e játékszabálynak megfelelően generáltatott.⁶

*

(3. Következmények?) Legelsőbben is két vaskos következtetés adódik mindebből. Mindkettő nyilvánvaló lehetett volna már évtizedekkel korábban is, kellő élességgel azonban mégis csak korunk veszélyeztetettsége és fenyegetettsége magyarázza. S végezetül levonhatunk egy harmadik következtetést is, jelenünk némely tendenciájából kiolvashatóan.

(3.1. A jogfilozófia diskurzivitás-rekonstrukciójává történő visszazorolása) Mint láttuk, a jogi teoretizálás mindenekelőtt s a mindennapokban leginkább a látszólag problémátlan a problémássá tételével indul, akkor, amikor a látszólag egyértelműre és úgyszólván magától zajlóra, a bírói állítólagosan szabálmegvalósító magatartásban rejlő rutin mikéntjére és hogyanjára kellő udvariatlansággal s látszat szerint ünneprontó hagyománytalansággal rákérdezőnk. Nos, ez az elvileg az ún. bírói esemény [*judicial event*] bármely résztvevőjében felbukkanó eretnek hitetlenkedésnek a rendszeres művelése és nagyelméletté [*grand-theory*] szervezett újrafogalmazása az, ami napjainkban a professzionista jogbölcselkedésben is döntően vagy döntő motívumként zajlik. Egyfajta kontrasztra gondolok. Arra a csupán pár évtizeddel ezelőtti önmagunkra, amikor ünnepeles komolysággal a jog ismeretelmélete és

³ John Lukács *Egy nagy korszak végén* [At the End of an Age, 2002] (Budapest: Európa Könyvkiadó 2005), 128. o., 80. jegyzet érdekes példája a svájci hegyvidék kultúrtáji változását említi az utóbbi néhány évszázad során — élethez rideg kietlenségéből a szelíd beteljesülés gazdagságához elérkezve, mindenekelőtt az emberi belátásnak az időkben történő változása és az embernek az alkalmazkodó belakása következményeként.

⁴ Vö. Niklas Luhmann *Ausdifferenzierung des Rechts* Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1981, ²1999) 456 o. [Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft 1418].

⁵ A legtöbet az ún. skandináv jogi realizmus tette az ennek nyilvánvalóságára való rádöbbenésért. Vö. pl. *Scandinavian Legal Realism / Skandináv jogi realizmus* ed. / szerk. Visegrády Antal (Budapest: [Szent István Társulat] 2003) xxxviii + 162 p. [Philosophiae Iuris / Jogfilozófiák], valamint háttérként a szerzőtől 'Skandináv jogi realizmus' in *Jogbölcsélet XIX–XX. század, Előadások*, szerk. Varga Csaba (Budapest: Szent István Társulat 1999), 81–91. o. [Bibliotheca Cathedrae Philosophiae Iuris et Rerum Politicarum Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae].

⁶ Vö. a szerzőtől 'Érvényesség' *Állam- és Jogtudomány* XLV (2004) 3–4, 247–262. o.

módszertana, a jogviszonyelmélet s a jog akarati jellege, valamint mindenféle a jogra ráaggatott vagy rávonatkoztatott számos egyéb gúnya iránt érdeklődtünk, mint ahogyan közelíti az élő testet először a biofizikus, aztán a biokémikus, hogy majd anatómusnak, végül patológusnak adja át jelképes szikéjét, hogy ki-ki a magának valót kimetszhesse — feltételezve, hogy mindazt, amit róla gondoltunk, szükséges volt lézen láthatnunk is az élőben vagy a holtban. A jog ilyen korporeális felfogásában legfeljebb sűrűlődtak az izmok s csikorogtak az inak és a csontok, de azért működtek a test funkciói. Nos, e ragyogó együgyűség — *sancta simplicitas* — gyönyörű átláthatóságú tagoltságával szemben ma formákat bontunk s nyilvánvalóan nem „létező”, legfeljebb beszédaktusainkkal folyvást rá vonatkoztatott minőségek szerint differenciálunk. Analízis az, amit ilyenkor végzünk, fogalmat fogalommal operálunk, s emeljük ki újmódi Münchausen báróként abból, ami önmaga, helyezve utóbb vissza ismét legfeljebb csak oda, ami úgyszintén önmaga. A jog állítólag diszkrét (tehát külön-külön vizsgálható) elemeinek régimódi statikus boncolása helyett tehát ma abból csinálunk elméletet, amit pedig egykor még szemérmesen észrevenni sem voltunk igazán hajlandók — mintha az atlétikum erőfeszítésében vagy esztétikumában valamiféle különös indíttatásból most egyszeriben csak kizárólag a test vizeletkiválasztására vagy izzadásgörbéire tudnánk koncentrálni —, vagyis annak eddig elhallgatott problematikumára, hogy miként tud logikai látszattal eljárni a bíró, amikor pedig éppen nem logikai az a következés, ami egyébkénti gyakorlati következetességében hitünk szerint megjelenik.

Ez az arculatváltás azt mutatja, hogy a szó legalább egy értelmében mégis csak divatfik vagyunk: koráramlatok is indukálják azt az érdeklődést, amivel egy tárgy iránt viseltetünk. Nem a „mi?”, hanem az „annak ellenére is: miként?” most, napjainkban a kérdés. A tárgyban nem természetszerű adottságot, hanem egy dekonstruálandó konstrukciót látunk. A mikroszkóp alá szikénkkel voltaképpen a tudatalattinkból hasítunk. Tudományról részvétlenkedünk, miközben nárcisztikus önboncnokok lettünk. A kor szava az elméleti jogtudományban manapság nemcsak a „hogyan?” kérdésére koncentráltat, de az önálló testek okozatosság által előállított összefüggéséből és mozgásából most egyszeriben emberi reflexet, fogalmi vonatkoztatást kreált. Szófordulatokat, nyelvi gyakorlatot és gyakoriságot, egy értelmesnek tetsző kijelentés értelmeként feltételezett előzményeit kutatja hát a jogban ahelyett, hogy korábban még fennállónak hitt valóságosságát vizsgálná.⁷

És mint láttuk, hadd utaljak ismét arra, hogy nem szürkülés vagy szűkítés ez, hanem az ismerettárgy mint szociálisan képzett tárgyasítás [*objectivatio*] változásának egyfajta terméke, kivetülése, mentális reakció-formája.

(3.2. *A természetjog megoldatlansága*) A másik következtetés az ilyen gyakorlat előfeltételére vonatkozik, annak kérdésére, hogy a jognak valóban kizárólag — és kizárólagosan kritériumszerű — formális eljárásosságban kimerülő *érvenysége* és faktuálisan empirizálható s kvantifikálható *hatékonyasága* van-e, és lehet-e, gondolható-e még egyéb tényezőnek hasonlóképpen kritériumszerűsített bármely szerepe. Ti. ha a jog modernitásunkban valóban ilyenné fejlődött, vagyis a társadalmi komplexitásban egyéb tényezőktől önállósuló kiválása tényleg azt eredményezte, hogy levált az addig az emberi magatartásformákat és szociabilitásunkban az *ordo* mikénti berendezkedését átható és végső fokon uraló *theologicum* és *ethicum* keretszabásától, úgy nyilvánvalóan ez utóbbiak minőségei, kritériumai, vagy legalábbis minimum-tartalmaiknak addig *sine qua non* feltételt képező *imperativuma* is kikopott az imígyen immár okkal nevezhetően *modern formális jogból*. Akkor viszont mi maradt a jogot *érték*ként megközelítés lehetőségéből? Túl

⁷ Háttérként vö. a szerzőtől ‘Teória s gyakorlatiasság a jogban: A jogtechnika varázsszerepe’ in *Emlékkönyv Losonczy István professzor halálának 25. évfordulójára* szerk. Gál István László & Köhalmi László (Pécs: [Kódex Nyomda Kft.] 2005), 314–326. o. [Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pécs publicata 138].

sovány lenne vigasznak, ha csupán annyit mondhatnánk, hogy ott munkálhat az axiologikum, az értékelő szemlélet a jogpolitikában, a szabályozás tervezéséről gondoskodó törvényhozásban, illetőleg amúgy elkerülhetetlenül jelen van (s jelen is kell lennie) a valójában alternatív (tehát önálló *decisio* momentumát magában rejtő) opcionális lehetőségeket egyirányú logikai levezetési sorba verbálisan, de kulturálisan is átrendező (hiszen döntési hatalmunkat a napi rutinban gyakran magukban az eljáró döntnökökben sem tudatosító) jogalkalmazásban.

Ha természetjog és jogpozitivizmus úgymond örök szembenállásának a gyakori képzetére gondolunk,⁸ úgy valójában az előbbi folyamatos térvesztését konstatálhatjuk csupán, s e szembenállásra nem gondolhatunk másként, mint a klasszikus idők párharcának szimbolikus értékű kifejeződésére, amikor az ókori görögségben, a romanizmusban, majd egészen a középkor vívódásáig és a korai modernitásig valójában az *ancilla theologiae* pozíciójából kiszabadulásért, evilági rendünkben a gyakorlatiként is felfogott emberi minőségbeli *renaissance* kivívásáért folyt a küzdelem. A *praxis*, s benne az emberi érdek és haszonelvűség azonban idővel meglegezte a maga terepét. S függetlenül attól, hogy monokrácia uralkodik-e még vagy kitalálták már a képviseleti demokráciát, tetszőlegessé lett a jog — aligha mássá, mint amiként a *Kommunista Kiáltvány* másfél évszázada jellemezte: egy uralkodóvá tetten formaiságokba burkolt akarát.⁹ S széplelkek terrénuma maradt immár a jó minőségének párosíthatósága a joggal;¹⁰ másként szólva, modernitásunkhoz elérkezve szociális világunk önállósodott, leszakadva immár szellemi világunkról is. Hiszen kritériumszerűen a jog értékmentessé (vagy pontosabban: értékközömbössé) lett, amit azonban nem követett — s szerencsénkre, maradéktalanul nem is követhetett — a professzionális deontológia mint a jogászság szakmai ideológiája¹¹ értékmentesedése vagy éppen cinizmusa.

Nos, egy amerikai magyar idős szerzetes fizikatörténész kutatásaiból tudjuk,¹² hogy tudománytörténetünk csak azzal írhatja le kereszténység és iszlám szétválását s a *scientia* eszméjének kizárólag a nyugati kultúrában létrejöhetségét és létrejöttését, hogy az első ezredforduló után lezajlott teológiai viták kinyilvánították evilági esendőségünk esélyét, vagyis azt, hogy valóban birtokunkká tétetett földünk, s sorsunkká az életünk, mert az isteni providencia sem a világunkba beleteremtett törvényekkel, sem a jó és a rossz közötti visszavonhatatlan választási lehetőségünkkel nem interferál. Tudományként is létezhet hát valóságos ontológia és az ember bűnbeesését éppen nem kizáró humán antropológia. Törvényekként megfogalmazhatókká lettek ezáltal ismétlődő szabályszerűségek, s nem kishitűség, hanem éppen a Teremtőtől kapott megbízatás beteljesítése az ezek megismerésében ügyködés és a jóra valósság tettekben megnyilatkozása.

Ez a XI–XIII. század táján lezajlott s valójában a világunk örömteli belakhatását, egy a majdani *renaissance* lehetőségét biztosító és véglegesítő esemény mint a természeti és a szellemi világ relatív szétválása azonban nem ismétlődött meg ilyen egyértelműséggel a szociális és a szellemi terén.

⁸ Lásd pl. *Natura iuris* Természetjogtan & jogpozitivizmus & magyar jogelmélet, szerk. Szabó Miklós (Miskolc: Bíbor Kiadó 2002) [Prudentia Iuris].

⁹ Vö. pl. a szerzőtől 'Marxizmus' in *Jogbölcselet* XIX–XX. század [5. jegyzet], 24–32. o.

¹⁰ Lásd Sebastião Cruz *Ius. Derectum (Directum)* Dereito (derecho, diritto, droit, direito, Recht, right, etc.) 7.^a ed. (Coimbra: [Gráfica de Coimbra] 1986) 58 o. és Jasús Lalinde Abadía *Las culturas represivas de la humanidad* (H. 1945) I–II (Zaragoza. Prensas Universitarias de Zaragoza 1992), valamint Kovács Ferenc *A magyar jogi terminológia kialakulása* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1964) 206 o. [Nyelvészeti tanulmányok 6].

¹¹ Ontológiai és ismeretelméleti összefüggéseire lásd a szerzőtől *A jog helye Lukács György világképében* (Budapest: Magvető 1981) 287 o. [Gyorsuló Idő], különösen VI. fejelet 4. pont, 251. és köv. o.

¹² Jáki Szaniszló *A természettudomány eredete* (Győr: Keresztény Értelmiségiek Szövetsége Győri Szervezete 1993) 15 o. általában, valamint különösen *Jesus, Islam, Science* (Pinckney, Mich.: Real View Book 2001) 32 o. {Fejérváry Boldizsár ford. *Jézus, iszlám, tudomány* (Budapest: Való Világ Alapítvány 2002) vii + 86 o.}.

Csupán néhány meghatározó nagy eseményre utalva, például — és először — a természetjog klasszikus nagy korszakai ugyan modernitásunk felé haladva új formációknak adták át helyüket, azonban egyrészt a természetjogság által történő juszifikáció régi igénye, másrészt viszont a jogból kiűzetése után a voluntarizmustól betöltött űr nem ritkán ijesztő kietlensége nem engedte teljesen lezárni a kérdést.¹³

Új öltözékbe bújtatta a teoretikus megválaszolatlanságot az Egyház társadalmi doktrínájának kritikai igényként történő bejelentése legújabb jelenkorunk egyébként sem megkésetlen időszakában, amikor a nyugati világ társadalmi és gazdasági berendezkedésének elembertelenítő diszfunkcionalitásában végre a klasszikus spirituális hatalom a szót magához ragadta és megnyilatkozni kezdett. Mert nyilvánvaló, hogy az Evangéliumnak van üzenete általában, azonban AQUINÓI SZENT TAMÁS kora óta sem záratott le — egész földi létünk elhivatottsága nem is teszi egyébként lehetővé, hogy magunkat, szociális világunkat s az abban teremendő rendet a fizikalitásba épült/épített törvényszerűségek részvétlenségével és totális autonómia-igényével kezeljük — megnyugtatóan, hogy a természetjog egyébkénti kétségbevonatlansága mit is jelent pontosan a pozitív jog számára. Az Egyház társadalmi tanítása nyilvánvalóan az Evangéliumból meríti érveit, de ezt korunk — mindenkori kora — teológiai hermeneutikájába ágyazott értelmezésben teszi, miközben tanításában ezek alkalmazása vegyül egy aktualizált temporális *hic et nunc* válaszadás igényével, vagyis a mögötte álló társadalom és kultúra legjobbként érzett várakozásainak egyfajta optimalizálásával.¹⁴

Végezetül utolsó századunk barbaritása, majd az ember emberrel szembeni elaljasodásának felváltása jövőnk technokrata kiüresítésével, bolygónk és tartalékai célratörő kifosztásával, vagyis a szocializmusok ideokráciáinak most már a globalizmusok pragmatikus homogenizációjával történő utódlása — vagyis valamiféle végső *finita la commedia!* általánosuló érzetével való párosulása — a II. világháború vége óta többé-kevésbé állandósultan veti fel a jog öntörvényűsíthetősége kérdését. A náci típusú elvetemültség jogi számonkérhetősége (az ún. RADBRUCH-formula), a polgári viszonyoknak a kódex szorításától valamelyest mentesülő újraépíthetősége („a dolog természete”), majd legszorosabban jelenkorunkban a dél-amerikai és más roncs társadalmak megoldatlan kínja, bolygónk erőtartalékainak az emberiség jövőjét felemészítő elpocsékolása, a technológiai vívmányainktól szült hallatlan manipulációs lehetőségek emberellenes felhasználhatósága, a nyugati példaértékű világ végleges romlottsága saját önértékeiben fogant belső morális hasadtságával (a kettős mérték kérdése), s nem utolsósorban az atlanti jog- és államszervezési vívmányok egyetemes kiterjesztéséből adódó pusztító diszfunkciók (különösen bizonyos kelet-európai térségekben s a *law & modernization*, majd a *law & development* amerikai mozgalmi

¹³ A folyamatot életműszerűen, megújulóan elemzi Michel Villey *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* (Nouv. éd. [1957] (Paris: Dalloz 1962) 318 o. [Philosophie du droit 6], *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire* (Paris: Dalloz 1969) 370 o. [Philosophie du droit 12] és *Critique de la pensée juridique moderne* (Douze autres essais (Paris: Dalloz 1976) 275 o. [Philosophie du droit 16], valamint hatalmas jegyzetvállalkozása, *La formation de la pensée juridique moderne* rév. Stéphane Rials (Paris: Presses Universitaires de France 2003) 624 o. [Léviathan].

¹⁴ Különösen az előbbi jegyzetben már hivatkozott szerző vívódott visszatérően e kérdéssel, arra következtetve, hogy már AQUINÓI SZENT TAMÁSnál is éppen azért különül el a gyakorlati világi jogfogalom, mert annak közvetlen uralására sem az Evangélium, sem a bármiképpen felfogott természetjog nem képes, így tehát nem is illetékes. Lásd Michel Villey *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique* ou le bon usage des dialogues (Paris: Presses Universitaires de France 1987) 185 o. [Questions], valamint fragmentumokként még tőle *Les Carnets Réflexions sur la philosophie et le droit*, éd. Marie-Anne Frison-Roche & Jamine Christoph (Paris: Presses Universitaires de France 1995).

imperialisztikus hatásának kitett ún. fejlődő területeken) — nos, mindezek mintha mind valamiféle külső, exteriorális mérték után kiáltanának.¹⁵

Miközben tudjuk, hogy egy mai természetjogi újjászületés kapcsán csakis érzékenységbővítésről, topikus érdeklődés kiszélesítéséről, szélesebb kultúránkba történő visszaágyazódásról lehet szó, és aligha egy új levezetés [*Ableitung*] vagy alárendelés [*subordinatio*] igényléséről, hiszen ez csakis egy *pre-scientismus*ba vezethetne vissza. A kérdés tehát részben nyitott, s így elméleti érdeklődésünktől is választ várva teoretikus megalapozás után kiált.

(3.3. *Pozitív jog — jogpozitivizmus nélkül?*) Mint utaltunk rá, a dolgok leginkább összefüggnek, legfeljebb a rálátás, a perspektíva hiánya időlegesen nem teszi még számunkra megláthatóvá a lappangó összefüggést. Nos, teljes meggyőződéssel vallott korábbi tételünk — miszerint a teoretikus jogi gondolkodás érdeklődésének az utóbbi évtizedekben bekövetkezett változása világképünk úgyszólván ugrásszerű átalakulásával, tudományfilozófiai újrakérdésünkkel függ döntően össze, s ez magyarázza a jog testetlenítését, elsődlegesen diskurzív folyamatként, sajátos kommunikációként történő újráírását¹⁶ — nem feltétlenül ad önmagában elégséges s főként kimerítő magyarázatot. A nyugat-európai és atlanti jogvilág leírásában¹⁷ csakúgy, mint az Európai Unión belül nemsokára bizonyára magyar részvételt is igénylő főként magánjogi és eljárási közös kodifikációs elhatározás jellemzésében¹⁸ egyaránt árulkodó jel, hogy — közel mintegy fél évszázadra, azaz az utolsó világégés utáni nyugati újjáépülési időszakra visszavonatkötött kezdettel¹⁹ — a jog pozitívitásának a tételezettségre visszavezetett kizárólagossága folytonos oldásával számolnak, amit ráadásul liberálisnak mondott divatos hívószavakkal is nem alaptalanul leírnak — például demokratizálásként, részvételként, és/vagy maga a jogi folyamat többpólusúvá válásaként. Ha és amennyiben ez eluralkodik — és amerikai makroszociológiai rendszerépítések már évtizedek óta kifejezetten ezek majdani eluralkodását prognosztizálják²⁰ —, úgy ez nyilvánvalóan növekvő mértékben kiiktatja majd annak a speciális beszédmódnak és kommunikációs kultúrának az elidegenítő hatását is, ami az önjáróság látszatát kelthette mindeddig s fölöslegesként száműz(het)te a jogról gondolkodást a jogban való és mintakövető rutin eljárásokra visszavezetett cselekvés köréből.

Ezek szerint viszont a jogról történő teoretikus igényű filozófiai gondolkodásra nem múlt vár, hanem éppen jövő. A jogfilozófia az ilyen — folyvást alakuló — jog része lesz. Az, amit majd jognak nevezünk, azzal együtt határoz meg vagy határol körül, amit róla kellő okkal és bizonyító, sőt meggyőző erővel gondolunk. Feltehetően érdekes, de nagymértékben idejétmúlt előzménynek tudjuk majd be a XX. századnak úgyszólván a végéig tartó s immár csupán előtörténetként kezelt jogfilozófiát, mely a jog mintegy természettudományaként a tételes

¹⁵ A fentiek néhány kardinális vonatkozását elemzi tömör, de rányomató áttekintésében — a római LUMSA jogi karát megtisztelő díszdoktori beszédében [Joseph Ratzinger] XVI. Benedek pápa 'A jog jelenkori válsága' [ford. Németh Borbála & Varga Csaba] *Iustum, Aequum, Salutare* [Budapest] I (2005) 1, 7–10. o.

¹⁶ Lásd 3.1. pont.

¹⁷ Pl. a szerzőtől 'Az angol–amerikai és a kontinentális-francia jogi hagyományok találkozásának peremvidékén: Kanadai fejlemények és tapasztalatok' *Jogtudományi Közöny* LVII (2002. július–augusztus) 7–8, 309–322. o.

¹⁸ Pl. a szerzőtől 'Kodifikáció az ezredforduló perspektívájában' *Állam- és Jogtudomány* XLIV (2003) 1–2, 65–93. o.

¹⁹ Tanulságos összevetésben közép- és kelet-európai perifériákkal, lásd mindenekelőtt Zdeněk Kühn 'Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement' *The American Journal of Comparative Law* 52 (2004), 531–567. o.

²⁰ Legelsőbben is pl. Philippe Nonet & Philip Selznick *Law and Society in Transition Toward Responsive Law* (New York, etc.: Harper & Row 1978) és Roberto Mangabeira Unger *Law in Modern Society Toward a Criticism of Social Theory* (New York: The Free Press 1976) ix + 309 o., kortársi értékelésként lásd a szerzőtől 'Átalakulóban a jog?' *Állam- és Jogtudomány* XXIII (1980) 4, 670–680. o.

elemzések mellett és főként fölötté mintegy tudományfilozófiai és tudomány módszertani megaszintű alapozást kívánt elvégezni, részekre szedve a jogot, mint a kutató a rovat vagy retortákban a likvideket, hogy tudományosan szétválasztott — mert különállónak gondolt — alkatelemeit külön-külön tehesse górcső alá. Elgondolható, hogy — persze, mint mindig — mindebből elsődlegesen azok a momentumok maradnak majd leginkább élők s emlékeztetések az utókor tudatában, amelyek pontosan ennek meghaladásához szolgáltathattak adalékokat.

Túl csábító a HEGELiánus tézis / antitézis / szintézis hármassága, mégsem kerülhetem meg ama gyanúm megfogalmazásában, hogy a közeljövő jogfilozofálásában a már többször aposztrofált *s z o c i á l i s* nak és a *s z e l l e m* nek egyfajta ismételt találkozása, újra egymásra találása tér majd vissza. A jog pozitivistikus önmeghatározása oldódásának előbb említett jelszavai maguk is ilyesmire utalnak. A jog mögötti értékvilág mint transzcendencia újrabedolgozásának kényszere szintén nem láttat mást. Az ember visszatér önmagához — mint paradigma-fejtegetéseim végkövetkeztetéseként egy évtizede líraizáltam²¹ —, és ennek egyébként is tán legadekvátabb útja a filozófiai reflexióktól táplált teoretikus gondolkodás.

*

(4. *A periféria virágzása*) Veszélyes korban élünk, s ez környezetünknek mérgekkel telítődését nemcsak természeti világunkban, de szocialitásunkban, sőt — még szabványokhoz kapcsoltságtól is mentesítve, magát az egészséges mentális túlélést veszélyeztetve — szellemi világunkban is eredményezi.²² Nemcsak nálunk kísérleteznek tudni, merni, tenni képes erők egy új gondolat-vezérelt világ megteremtésével; másutt hasonló már be is következettként vizionálnak. Hiszen a világ egyik leggazdagabb, számos tekintetben mégis legártatlanabb felében máris a jogi oktatás s a jogtudomány árucikké válásáról, a jogi kutatás majdani eredményének kész klisékként már eleve megrendeltségéről és kész politikákhoz pusztán igazolórongyként felhasználásától féltik a jövőndőt, amely úgy körülfonhat bennünket, hogy vagy elmerít, vagy csupán sterillé vált aggszűzként tengethetjük majd azt, mi éltünkéből még megmaradt.²³

Számos jel utal arra, hogy a helyzetek mindig kétarcúak. Talán az ilyen fenyegetettségéből sem vonhatunk le egyéb konklúziót most annál, mint hogy a perifériának is lehet vajmi haszna.

²¹ Vö. a szerzőtől *A jogi gondolkodás paradigmái* [2. jegyzet], 7. fejj., 315. o.

²² Az Európai Unió egy reménybeli új tagjában írván e sorokat, a Török Filozófiai Társaság, az Ankarai Ügyvédszervezet s az ankarai egyetem jogi fakultása nemzetközi kongresszusán, pontosan ilyen fenyegetettségérzetet tükröz, hogy a jog és jogi gondolkodás általános állapotán túl jog és erkölcs kapcsolatára, az emberi jogok, a világméretű terrorizmus s a feminizmus ott saját üzenetű témáira összpontosították a figyelmet — a tudomány képviselői mellett gyakorló jogászok meglepően tömeges részvételével.

²³ Egy pesszimizmusra egyébként nem hajló szerző figyelemfelhívó segélykiáltása szerint például „L’enseignement sera une marchandise.” Aligha marad más lehetőség, mint „se vendre pour rester des facultés de droit dignes de ce nom, ou refuser de se vendre et vieillir comme des vierges stériles.” (16. o.) „[L]e travail scripturaire universitaire [...sera...] se concrétiser comme »fournisseur de prémisses« justifiant toujours une quelconque politique ou une orientation idéologique” (17. o.) A perspektíva nem több hát, mint „l’exploitation de la recherche [...] pour obtenir une légitimation, une justification des politiques étatiques ou de l’industrie.” (18. o.) Bjarne Melkevik ‘Scolies sur le futur des facultés de droit’ *Le verdict* Audi alteram partem [Journal de la Faculté de Droit de l’Université Laval, Québec], 4 (décembre 2005) 4, 14–19. o.

Vincze Dávid
A szomszéd fűje - Gregory Leyh: Legal Hermeneutics¹

„Beszéljen bármiről az irodalomelmélet, az értelmezendő szövegeket legtöbbször úgyis csak mint velünk szemben álló tárgyakat észleljük: elkezdni egy recenziót általában nem jelent mást, mint a legriviálisabban értett könyvleírást. Pontosabban: szükségünk van egy pillantásra, amivel ha illuzórikusan is, de érzékeljük a szöveg egész voltát, a verseskötet kötetyszerűségét, a regény könyvbe foglaltságát ahhoz, hogy a „hol kezdjük?” kérdésre adott válaszukat kiszabadítsuk az önkényesség vádjának fogságából. A jó recenziók persze azonnal felül- vagy egyenesen alullicitálják ezt a momentumot, a madártávlat, a mélyfűrés, az *in medias res* típusú felütés, sőt a mottó is, mind egy-egy eszközt jelent arra, hogy amit pillantásunkkal egyszer befogtunk, a különböző habitusoknak (tudományos, esszéisztikus, személyes stb.) megfelelően kibonthatóvá válhasson.”²

Gregory Leyh Jogi hermeneutikája egy esszégyűjtemény az 1987 – 1992 közötti időszakból, amelynek összeállításához az Amerikai Politikatudomány Egyesülete chicagói konferenciája adta az ötletet. Ki is ő valójában? Saját weboldalán megtekinthető életrajza alapján³ a minnesotai Egyetem a politikatudományok végzőseként szerezte meg elsőfokú egyetemi diplomáját, néhány évvel később doktori címét, majd az illionioisi Egyetem docense. Ezután az indianai Jogi Egyetemen doktorált, miközben összeállította a Jogi hermeneutika című esszégyűjteményt. Az egyetem elvégzése után bírói hivatalnokként tevékenykedett az Egyesült Államok Hatodik Kerületi Feljebbviteli Bíróságán, Richard F. Suhrenreich bíró mellett. Manapság a Missouri állambeli Kansas Cityben jogászcodik, s főleg munkajogi, egyéb jogászokkal egyetemben fogyasztóvédelmi perekre szakosodik a közjogon belül.

A recenzió az esszégyűjtemény pár esszéjével foglalkozik csak a teljesség igénye nélkül. Fred Dallmayr, Peter Goodrich, James Farr, Terence Ball, Gregory Leyh esszéit vettük górcső alá, mert ezek az esszék érdekesek az angolszász és a kontinentális jogi kultúra hozzáállásbeli különbségeinek megjelenítésére, s olyat mutatnak, mutathatnak, ami érdekes s tanulságos lehet európai szemmel nézve.

Fred Dallmayr esszéjében a „rule-governance”, a jog alapján megvalósuló kormányzás a jog uralma és az anarchia viszonyát vizsgálja a hermeneutika szempontjából. Kiindulópontja a „rule of law”, a joguralom, melynek különböző változatait mutatja be, majd kitér H. G. Gadamer hermeneutikájára is. Miközben a formalizmustól az anarchiáig vezet bennünket, bemutatja, mennyire függ a hermeneutika a tradícióktól és konvencióktól.

Dallmayr nagyon részletesen foglalkozik a „rule of law” tartalmának kialakulásával és változásával, mint ő maga is állítja, a fogalom folytonos értelmezés és újraértelmezés tárgya. A hellén kor jogi felfogásán, Platón és Arisztotelész munkásságán keresztül eljut a középkorig, Aquinói Szent Tamásig, majd John Locke eszméitől elvezet bennünket Rousseau-ig és

¹ A mű a következő weboldalon található: <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft4779n9h2/>

² Tamás Dénes: A semmi megköltése: www.korunk.org,
<http://www.korunk.org/oldal.php?ev=2005&honap=12&cikk=1198>

³ www.leyhlaw.com/Attorney%20Profile.htm

Montesquie-ig, hogy aztán egy nagyobb lélegzetvételnél szünetet tartson Hamiltonnál, az „alapító atyáknál” és magánál az amerikai alkotmánynál. Az amerikai alkotmányt illetően szembeállítja Locke és Rousseau elképzelését a korlátlan törvényhozó hatalomról és a „checks and balances” elvét.

Európai szemmel és az európai kultúra alapján nagyon érdekes a Madison vs. Marbury (1803) Amerikai Legfelsőbb Bírósági döntés, amit John Marshall, az akkori Amerikai Legfelsőbb Bíróság elnöke hozott. John Marshall 1801-től egészen 1835-ig állt az említett intézmény élén. Az alkotmányt 1787-ben fogadták el, és habár szöveg eléggé világosan rendelkezett a szövetségi alkotmány elsőbbségéről (a szövetségi alkotmány VI. cikkelyének második bekezdése), mégis 16 évet kellett várni ahhoz, hogy a precedens értékű döntés úgymond hatályba léptesse az alkotmány szóban forgó cikkelyét és kimondja, minden, a szövetségi alkotmánnyal ellentétes jogi norma érvénytelen. A bírósági döntés így egyfajta végrehajtó rendeletként szerepelt, ami viszont, úgy tűnik, ellentétes a „checks and balances” elvével, mivelhogy a végrehajtó hatalom nem a bíróság, hanem az elnök hatáskörébe tartozik, és ebben az esetben, a végeredményt tekintve a *döntés*, vagy *értelmezés* végrehajtja az alkotmány kérdéses cikkelyét, ami viszont már maga az alkotmány elfogadásával érvényes és hatályos volt. Egyszerűen mondva: „a törvényhozó hatalom törvényeket *alkot*, a végrehajtó hatalom *végrehajt*, a bírói hatalom pedig *értelmez*” (Black’s Law Dictionary, Seventh edition, St. Paul, Minn., 1999 – a Separation of powers címszó alatt). A bíróságnak tehát alkotmányos joga értelmezni a jogi normákat, köztük az alkotmányt is, ez rendben is lenne, a bíróság döntött – értelmezett egy konkrét esetben, de olybá tűnik, mintha addig az ideig az elv, az alkotmány elsőbbsége nem is létezett volna – ezért mondom, hogy eredményét tekintve a bírósági döntés – értelmezés átlépte a hatalmak közti határt, és beleavatkozott a végrehajtó hatalom jogkörébe.

Értelmezni lehetetlen szövegkörnyezet, kultúra nélkül. Akkor sincs értelmezés, ha bárki kisajátítja magának a jogot a szöveg értelmének meghatározásához, különösen veszélyesek ilyen tekintetben a változatos „izmusok”.

Érdekes a politika – joguralom (rule governance) konfrontációja, melyek ezidáig egészen egymás antitézisévé nőttek ki magukat. A politika – jogosság ellentéte valójában az állam szuverenitásának és a jog uralmának ellentéte, leegyszerűsítve. A szerző szerint nem lehet őket egyszerre alkalmazni, de indokot nem igazán ad hozzá. Így csak találgatni tudunk, mire is gondolhatott Dallmayr, amikor erről írt – támaszpontként szerepeljen az előző bekezdés állítása, miszerint nem létezhet értelmezés akkor, ha bárki kisajátítja magának a jogot arra, hogy meghatározza egy szöveg értelmét. Ha demokratikus államformát veszünk alapul, ez az állítás nem állhatja meg a helyét, merthogy az állam, szuverenitásából kifolyólag törvényekkel szabályozza az élet egyes területeit s betartatja azokat, de nem határozza meg azt, hogy a törvényt hogyan is kell értelmezni – ezért szerintem nincs ellentmondás a rule governance és a szuverenitás között, ezen a téren. Alátámasztja ezt az esszé befejezése is.

Dallmayr hangsúlyozza, hogy a jogászok, bírák, bíróságok nem tudják bebiztosítani a jogszerűséget, jogosságot olyan társadalomban, mely etnikai, gazdasági vagy egyéb konfliktusokkal van teli, vagy ahol elterjedt a korrupció, igazságtalanság vagy sérült az egyenlő bánásmód. Csak azután, ha ezek a társadalmi problémák megoldódnak, lehetséges egyfajta méltányosság kialakulása, mely a jog uralmának alapfeltétele. Maga a tradíció nem lehet a jelen problémáinak egyetlen megoldása. A hermeneutikának az a dolga, hogy összekösse a jelen értelmezést a múltbelivel, anélkül, hogy az eredeti jelentés súlyát túlértékelné.

A szomszéd füje mindig zöldebb. Míg az angolszász jogtudósok irigykedve figyelték a kontinentális jogrendszer kiforrottságát, fogalmi pontosságát, rendszerezettségét, mi az angolszász jogrendszer hatékonyságát és ütőképességét. Peter Goodrich pont azzal foglalkozik, ami hiányzik a kontinentális tankönyvekből – a kontinentális jog hatásával az angol jog fejlődésére, a belső viszályokra és az angolszász jogi kultúra elszigetelődésének okaira. Mondanivalója, a teljesség igénye nélkül, a nyelv, a vallás és a tradíció köré csoportosul, mind – mind elősegítve azt, amivé végül is az angol jogtudomány, jogrendszer fejlődött. A szerző célja az angol jog „tudatalattijának feltárása” (Foucault).

A 15- 16. századi angol jogtudomány eltérő ágazatok tanításából, pl. szónoklattan, teológia állt, s ez a 17. században változott csak meg, amikor a jogi egyetemek - Inns of Court inkább a precedensek a jog forrásaira, a gyakorlatra, jogi érvelésre helyezték a hangsúlyt. Ezt a változó időszakot ragadja meg a szerző, és próbálja meg feltárni belső viszályoktól sem mentes angol jog, jogtudomány fejlődését. Ebben az időszakban vált aktuálissá a kérdés: hogyan tovább? Kétfajta megoldás kínálkozott, az egyik a kontinentális jog behozatala - Petrus Ramus (az ő nevéből ered az esszé címadó irányzata – Ramizmus), Omar Talon skolasztikájának képviselőjében, vagy az angol tradíció továbbvitele, továbbfejlesztése. Cox, Puttenham a szónoklattan mellett kardoskodtak. Mások a logikát preferálták, de mai ésszel már tudjuk, hogy az egyik nem létezik a másik nélkül, hiszen hiába logikus az érvelés, ha nincs a megfelelő köntösbe bújtatva, és ellenkezőleg, minek a díszes köntös a belső ellentmondásokkal teli, de retorikailag tökéletes szövegnek? Fraunce szerint a jog mellett hermeneutikát is kellene oktatni.

A 16. században az angol jognak kb. 4 század lemaradása volt a kontinentális joggal összehasonlítva, mely a már említett nyelvi következetlenség, rendszernélküliség eredménye. Az akkori angol jogtudósok tudatában voltak ennek a hátránynak, és különböző javaslatokkal álltak elő ennek ledolgozására – az egyik csoport pont a kontinentális jog recepciója volt, nyelvi, fogalmi kiforrottsága, rendszerezettsége miatt. A másik csoport, az előbbiekkal ellentétben, erről természetesen hallani sem akart és a tradicionális angol értékeket, jogrendet részesítette előnyben. Ugye mondanom sem kell, melyik ág elképzelései valósultak meg. Érdekes, hogy a kontinentális jog recepcióját nem igazán merték nyíltan vállalni még azok sem, akik mellette álltak, valamiféle másodlagos dolognak tartották, és illett róla mélyen hallgatni. Az angol jogtudósok élesen bírálták a kontinentális jog következetlenségeit, hibáit, de tudatosan elhallgatták a saját rendszer(telenség)ük tökéletlenségeit. Saját maguk felmagasztalásában viszont már a középkorban odáig jutottak, hogy az angol jogrend a legeslegjobb, s az angol jogtudósok a világon párjukat ritkítják. Bátran állíthatjuk tehát, hogy ha nincs az angol jogtudósok tradícióhoz való ragaszkodása, a saját, a nemzeti védelme és minden áron megőrzése, ma Európa, jogrendszerét tekintve, homogén lenne.

Ami a kontinentális jogrendszerben a latin, az az angolszászban a jogi francia (Law French, Norman French). A jogi francia vagy normann francia a normann hódítás hatására terjedt el (1066), alakult „tisztá” jogi nyelvvé és egészen 1731 – ig az angol hivatalos jogi nyelv volt. A jogi francia sokban különbözött a Franciaországban beszélt franciától. (Black’s Law Dictionary, Seventh edition, St. Paul, Minn., 1999 – a Law French és a Norman French címszó alatt, 891. és 1083. oldal). Az angol jogtudomány egyik legnagyobb problémáját pont a jogi norma nyelvezetére vezeti vissza a szerző, habár egyesek szerint (pl. Fortescue) pont az teszi alkalmassá a tisztán tudományos terminológiai használatra, hogy a jogi francia nem beszélt nyelv, nem fejlődött, megmaradt eredeti állapotában, tehát halott nyelv, mint a latin. Hasonlóképpen, mint a kontinentális jogrendszerben, az angolban is mostanáig megtalálhatóak a jogi franciához köthető, máig használatos fogalmak, pl. en banc, en brever, treasure trove stb., sőt, latin jogi kifejezések is. A jogi francia védelmezői azt szerették volna elkerülni, hogy

tanulatlan emberek esetleg következtetéseket vonhassanak le a törvény, szabály szövegéből, így sajátos módon értelmezve azt. Másrészt az angoloknak nagyon sértette a büszkeségét az a tény, hogy törvényeik többsége a barbár normannok nyelvén íródott. Coke, Davies, akik nevéhez az első saját metodológiával és tanrenddel működő Inns of Court fűződik, emellett koruk nagy és elismert jogtudósai a jogi francia megóvása mellett kardoskodtak, mivelhogy őrzi a jogi szöveget a laikusok, nem hozzáértők okoskodása elől.

James Farr a politikatudomány professzora a Minnesota Egyetemen. Esszéjében Francis Lieber munkásságát írja le, felvillanásokként megjelenítve a tágabb történelmi – társadalmi kontextust.

Francis Lieber porosz emigránsként került Amerikába 1827 – ben. 1837 – ben jelentette meg Jogi és politikai hermeneutika című művét. Francis Lieber, eredetileg Franz Lieber (1798 – 1872) Berlinben született német - amerikai jogász, politikafilozófus. Mint elkötelezett hazafi, a Porosz Hadsereg tagjaként harcolt és megsérült a waterloo-i ütközetben. Hazatérése után a Turnverein mozgalom tagja lett (a Turnverein a testedzés fontosságát hangsúlyozó mozgalom, ezen kívül jelentős szociális és hazaszeretetre ösztönző funkciói is voltak. Eredetileg a francia fennhatóság ellen létrejött mozgalom, de Napóleon bukása után jelentősége igencsak csökkent). Lieber, liberális nézetei miatt a rendőrség folytonos zaklatásának volt kitéve, kétszer be is börtönözték. Mivel porosz egyetemet nem látogathatott, a jeni Egyetemen szerzett diplomát. 1826 – ban Angliába menekült, 1827 – től Bostonban tanított Jahn féle gimnasztikát. Az ő ötlete alapján fordították le a Brokhaus Enciklopédiát angolra, ez lett az első Amerikai Enciklopédia (13 kötet, 1829 – 33) melyet ő állított össze. Lieber a történelem és politikai közgazdaságtan professzora lett a dél karolinai Főiskolán (ma: University of South Carolina). Ottani munkássága alatt írta könyveit, melyek megalapozták politika filozófus hírnevét (pl. A politikai etika kézikönyve, 1838, Esszék a tulajdonról és a munkáról, 1841, A polgári szabadságról és az önrendelkezésről, 1853). 1856 - től a Columbia Egyetem tanára egészen haláláig. Az egyik legismertebb műve a 100. általános parancs, mely a későbbi, a nemzetközi hadviselésről szóló szerződés alapja. A polgárháború után Lieber a radikális republikánusok sorait gazdagította. 1870 – től haláláig diplomáciai közvetítőként tevékenykedett az Egyesült Államok és Mexikó között.⁴

Lieber nevéhez több elsőség fűződik: Amerikában ez a mű nevezte először nevén a hermeneutikát, és terjesztette ki a jogon és az értelmezés klasszikusnak mondható területein - mint pl. teológia, irodalomelmélet – túlra, a politológiára is, ő írta meg az első államtudományokról („statistics”) szóló amerikai könyvet; érdekes lenne utánanézni, milyen ismertségnek és elismertségnek örvendhetett Lieber Európában azelőtt, mielőtt Amerikába vándorolt volna ki (lásd az életrajzi adalékot az előző bekezdésben). A mű célja Lieber saját elmondása alapján az volt, hogy egy olyan általánosan, széles körben olvasható, érthető művet hozzon létre, melyet bárki bátran a kezébe vehet és a benne foglaltak szerint legalább alapjaiban megismerkedhet a hermeneutikával; egy „szakácskönyvszerű” mű, útmutató létrehozása lebegett a szerző szeme előtt, melyben lépésről lépésre elmagyarázta az olvasónak a hermeneutika alapjait és módszereit. A mű máig használatos és értelmezhető. Az esszéhez csatolt függelékben mutatja be Farr Lieber értelmezésének egyes lépéseit, elveit. A „Jogi és politikai hermeneutika” pont az amerikai alkotmány 50. évfordulója évében jelent meg. Azt hihetnénk, 50 évvel az alkotmány elfogadása után már lecsillapodtak az alkotmány elfogadása

⁴ Az életrajzi adatok a következő weboldalakról származnak: *The Columbia Electronic Encyclopedia*, 6th ed. Copyright © 2005, Columbia University Press (<http://www.infoplease.com/ce6/people/A0829717.html>); en.wikipedia.org/wiki/Francis_Lieber

körüli ellentétek, de furcsa módon az ellenkezője az igaz: sok állam pont az alkotmány eltörlése, megszüntetése mellett kardoskodott. Ebben a korban élt és alkotott Tocqueville, James Mill, Jeremy Bentham. Ekkor fedezték fel Amerikában Comte-ot és műveit.

Lieber előtérbe állította a hermeneutika interdiszciplináris jellegét; mindenhol, minden tudomány- és művészeti ágban, értelmezni lehet, kell. Ezt a fajta hozzáállást „magával vitte” Amerikába, s valójában Humboldt, Niebuhr, Schleiermacher hatására alakult ki. Kiemelte a nyelv fontosságát, változásait, új lételemmel való megtelésének súlyát – mind – mind elengedhetetlen a korrekt, jó értelmezéshez. Nem kevésbé jelentős a jogi szöveg precizitása, egyértelműsége, frappánsága. Lieber elítélte azokat, akik csak a cél érdekében értelmeznek – s ezáltal megerőszakolják a szöveget. Az értelmezés sosem lehet öncélú, s a szöveg értelméből kell fakadnia, mint azt Madison is hangsúlyozta. (Mintha ezt az elvet kicsit hanyagolnák a gyakorló jogászok, amikor a törvényt úgy értelmezik, hogy elismerik a kártérítési igényét annak az embernek, akinek a kezén áthajtott egy autó, pontosabban az az autó, amelynek épp a keréktárcsáit lopta.) A jelentés csakis a szándék segítségével, előteremtésével, felkutatásával érthető meg. Egy szónak csak egy igaz értelme lehet – a szöveggörnyezetből és a pozíciójából fakadóan. Minél öregebb egy szöveg, annál tágabban kell értelmeznünk, s az értelmezés határait maga a szöveg - főleg az a szöveg, amelyben ellentmondások vannak - adja meg. Ha az értelmezés rossz irányban haladna, segítőtársra akad a jó hiszem és a józan ész (good common sense) személyében. Alkotmányértelmezésében az egyik legfőbb elv a közjó (public welfare), mellyel semmiféle ellentétes magyarázat, semmiféle ellentétben álló értelmezés nem jöhet létre.

Lieber szerint az értelmezés mindenkié – mindenkinek ki kell olykor nyilvánítania a véleményét, például állampolgárként, anélkül, hogy ennek tudatában legyen, hiszen naponta számtalan jogi ügyletet kötünk anélkül, hogy ezt észlelnénk. Ha belegondolunk, bő száz évvel azelőtt még azon vitatkoztak az angol jogtudósok, hogy feladják – e a jogi franciát vagy sem, pont azt akarva megakadályozni, hogy ahhoz nem értő emberek értelmezzék jogaikat, s akkor egy porosz emigráns Amerikában kiad egy széles rétegnek, nem kifejezetten a hivatásbeliek számára írt jogi művet...

Terence Ball a politikatudomány professzora a Minnesota Egyetemen. Esszéjének célja megpróbálni megválaszolni azt a kérdést, hogy a szöveg értelme egyenlő – e a szerző eredeti elgondolásaival, elképzeléseivel, hitével, vagy esetleg változik – e a korral és a értelmező(k) nézőpontjaival? Erre a kérdésre, kétfajta hozzáállás, koncepció alapján kétfajta választ kaphatunk. Ha az originalisták táborába tartozunk, akkor az első kérdésre a válasz igen, a másodikra nem, ha viszont intencionalisták, akkor fordított a helyzet, az elsőre a válasz nem, a másodikra igen. Természetesen lehetséges a feltett kérdésekre máshogy is válaszolni, de Ball csak erre a két táborra koncentrál tanulmányában. Kik is az originalisták, s kik az intencionalisták? Az originalisták azok, akik az eredeti jelentés, értelem előkeresése, előbányászása mellett teszik le a voksukat, s ez az eredeti értelem az originalisták számára a mérvadó, a fő, az autoritativ, amit aztán megpróbálnak a peres ügyre alkalmazni, rászabni. Ezzel ellentétben az intencionalisták azok, akik számára a szöveg több jelentéssel bír, az eredeti pedig egy ezek közül a jelentések közül; nem a mérvadó, s nem is autoritativ, s a szöveggörnyezet alapján határozzák meg, melyik is az alkalmazandó értelem.

Az értelmezés nagyban függ a világról alkotott képünkről. Először magunkat, világképünket kell megismernünk ahhoz, hogy aztán jól, helyesen értelmezhessünk – mondjuk ez vitatható abból a szempontból, hogy létezik – e egyáltalán „helyes” értelmezés, s ha mélyebben belegondolunk a nyelvi különbségekbe akár csak egy nyelven belül, nem beszélve az idegen nyelvekről, maga az értelmezés értelme szorul háttérbe. Az idegen nyelvek szintjén ez úgy

mutatkozik meg, hogy habár képesek vagyunk lefordítani a szót, de lehet, hogy ez egy adott nyelvet beszélő közösségben más jelentőséggel és jelentéssel bír, mint a lefordítóéban; más kultúra, más szokások. Mindezek ellenére Ball állítja, hogy a nyelven keresztül mégiscsak eljuthatunk egy szöveg eredeti értelméhez, a szerző elképzeléseihez, ha figyelembe vesszük a nyelv fejlődését, változásait, a különbségeket, a szubnyelveket és szubkultúrákat. Egyben biztosan azonos az alapító atyák nyelve a mai angollal, mégpedig abban, hogy az az angol is telített volt a már említett szubnyelvekkel, s habár megtalálhatjuk egy szó eredeti értelmét, mégsem tudjuk a mai feltételekhez igazítani; Ball hasonlatával élve ez olyan, mintha egy ultramodern hajót navigációs rendszer nélkül bocsátanának vízre, s a kapitánynak a régi térképek alapján, ahol a Föld még lapos, kellene navigálnia. Az originalizmus nem annyira lehetetlen, mint amennyire félrevetett céljaiban és kidolgozatlan a gyakorlatban.

Az „egy – szerző” hibája (the single author fallacy). Ball rámutat az originalisták és az értelmezők egyik leggyakoribb hibájára, amikor egy összetett, sok szerző által írt dokumentumot egy szerzőnek tulajdonítanak – ilyen pl. az amerikai Alkotmány is, mely sok szerző kompromisszumaként látta meg a napvilágot. A probléma e hiba körül az, hogy ilyenkor melyik szerző elgondolását tartják a mérvadónak és az eredetinek? Egy praktikus példát is felhoz álláspontja megmagyarázásához, az 1986 – os Perpich vs. Dept. Of Defence, a Montgomery módosítással kapcsolatban – mely jelentősen megnyirbálta volna a szövetségi állam jogát ahhoz, hogy kiküldheti – e saját hadseregét külföldre, vagy sem, tehát a szövetségi állam hadserege felett is Washington rendelkezett volna.

Madison szerint a szöveg mindig tökéletlen, a szerzőn kívül szüksége van olvasóra és értelmezőre is; csak segítségükkel válik egy szöveg kerekké. Minél bonyolultabb egy szöveg objektuma, annál több a félreértés lehetősége, számításba kell venni az emberi értelem, felfogás hibalehetőségét, a nyelv természeténél fogva pedig egyenesen magában hordozza a pontatlanságot. Ha Isten nem tudja magát tökéletesen kifejezni, félreértés nélkül, hogyan tudhatná bármilyen törvényhozó? S még csak reménye sincs arra, hogy valaha sikerül neki.

A „szeplőtelen befogadás dogmája” szerint az ember tabula rasa, így tiszta az értelme – csak hogy az értelmezés emberfüggő, s minden értelmező a saját világlátását, elképzeléseit viszi bele mások gondolataiba. Ball végkövetkeztetése szerint az originalizmus olcsó trükk.

Gregory Leyh az illioisai Wesleyan Egyetem segédprofesszora volt, esszéje a jogi oktatás mai formáját, hatását a közéletre és vice versa mutatja be. Esszéje első részében az állampolgárságon keresztül szemlélteti a polgárok viszonyulását a közülethez, s az ebből később kialakuló jogi oktatást. Az állampolgárt úgy érti, mint egy jogi közösség tagját, aki feljogosított mindennemű előnyre, és kötelezett mindennemű kötelezettség teljesítésére, mely állampolgárságából származhat. Az ókori kultúráknál kezdve a szemléltetést Arisztotelészt idézi, s az akkori polgár ideált, aki aktívan részt vállal a közösség irányításában, alakításában. A későbbi nemzetállamok kialakulása megtörte ezt a fajta polgári attitűdöt, és helyette egy passzív, befogadó állampogár képét tárja elénk. A mai ideál a kettő kombinációja, mert, mint ahogy a szerző állítja, a demokrácia nem működhet efektíven a polgár bizonyos fokú passzivitása nélkül. Ezen kívül szükségeltetik műveltség is ahhoz, hogy valamely polgár hozzá- és beleszólhasson a történésekbe.

A jogi iskolák, egyetemek létrejötte előtt egy az amerikai jogász a jogon kívül irodalmat, művészeteket, politikát, s ezek helyes megértését tanulmányozta; a cél létrehozni egy nagy általános műveltséggel rendelkező, a közélet széles területén „bevethető” szakembert nevelni. Az akkori jogászok ennek megfelelően óriási hatásúak voltak a közéletre, fontos pozíciókban

formálhatták a közvéleményt. Mára, s a jogászképzés megváltozásával ez az óriási hatás eléggé csökkenő tendenciát mutat. Az előbb felvázolt oktatási gyakorlat (a jogon kívül humán tárgyak oktatása) gyökeresen megváltozott akkor, amikor a Harvard Egyetem élére C. C. Langdellt nevezték ki dékánnak. Ezt a posztot 1870-től 1895-ig látta el. Az ő nevéhez fűződik az ún. Klasszikus ortodoxia irányzat, mely a jogi oktatásból hermetikusan kizárta a jogon kívüli humán és egyéb tantárgyakat, tehát csak tiszta, 100% -os pozitív jogot oktattak, minél több gyakorlati esettel (case law). Ez az irányzat nagyon sokáig, több, mint 100 évig tartotta magát, de kritikusai már dominanciája alatt is hallatták hangjukat, merthogy Langdell elképzelései kétségkívül hasznosak a leendő jogászok gyakorlati érvényesülése terén, mert valóban jól képzett szakembereket oktatnak, de ezek a szakemberek képtelenek lesznek megérteni a szélesebb társadalmi összefüggéseket. Paradox módon még pl. a római jog alapjait is elutasították... Pont a klasszikus ortodoxia ellenpólusaként jött létre a jogi realizmus irányzata, mely a már említett szélesebb látókörral rendelkező, s nem kevésbé jó szakemberek képzését tűzte ki célul. Véleményem szerint az igazság a két nézet között van, ugyanis fontos az, hogy az egyetemi képzés után a fiatal pályakezdő szakmailag felkészült legyen, de ugyanolyan fontos az is, hogy értse, felfogja a szélesebb társadalmi kontextust is; a jogászképzésnek nem lehet célja szű látókörű profikat nevelni. Leyh arra keresi a választ, milyen legyen az ideális jogi oktatás: a már említett szűk látókörű profi, vagy széles általános műveltséggel rendelkező jogász legyen az ideális és a követendő példakép? Mert nem elég csak profinak lenni, a jog morális dimenzióját is figyelembe kell venni. Ezen az elég hosszú úton jut el Leyh ahhoz, hogy fontos az egyetemeken átszervezni az oktatás módszerét, például bevezetni a hermeneutika tanítását, mert segítségével jobban érthetjük, foghatjuk fel a jog tartalmát, szélesebb kontextusát.

A könyv befejezésekképpen egy eléggé vitatható esszé, Stanley Fish esszéje áll, aki azzal a meglepő és enyhén megállapítással fejezi be a mondandóját, hogy egy dolgot tudunk csak igazán a jogértelmezésről, mégpedig azt, hogy mindig meg kell csinálnunk. Jobb lett volna ezt az esszét talán a gyűjtemény elejére tenni, mintegy figyelmeztetésként a gyanútlan olvasónak. Műve valójában a könyvről megjelent első recenzió (érthetetlen, miért szánta el magát Leyh a recenzió gyűjteménybe foglalására), olykor kijavítva, olykor kiegészítve, olykor vitatva a szerzők nézeteit.

Maga a gyűjtemény megkívánja az olvasótól, hogy legalább alapismeretekkel rendelkezzen a hermeneutika terén. A könyv következő szokatlansága, hogy egyik fejezetében, a harmadikban, két vitatkozó ellentábor nézetét konfrontálja. Félreértés ne essék, nem a nézetek legszélesebb körű bemutatása ellen van kifogásunk, hanem az ellen, hogy ez a két esszé egy hosszabb ideje húzódó vita egy része, amit elég nehéz nyomon követni, és a jobb megértés érdekében lehet, hogy jobb lett volna többet közölni a két vitapartner vitájának genéziséről, vagy legalább beszúrni valamiféle aprócska megjegyzést, hogy aki többet szeretne tudni, kattintson egy weboldalra vagy nézzen utána egy bizonyos műben, esetleg teljesen kihagyni egyre intenzívebb vitájukat az esszégyűjteményből.

A művek összeválogatása is érdekes, merthogy, talán a hermeneutika történelmén kívül foglalkozó két kiváló bevezető esszén kívül nincs középút, csak jobb, vagy bal (az Egyesült Államok politikai spektrumán belül). Lehet, hogy Gregory Leyh pont ezt akarta – egymással szemben álló nézeteket ütköztetni, konfrontálni, teret adni mindegyiküknek, hadd mutassák be, tegyék ki kritikának, esetleg védjék meg véleményüket, álláspontjukat. Ez egyértelműen az esszégyűjtemény pozitívuma – a mű teret ad mindenkinek, hogy bemutakozzon, vitakozzon, ezáltal az olvasó több szempontból, több látószögből közelítheti meg az értelmezést, s alakíthatja ki saját véleményét, vonhatja le saját következtetéseit.

Érdekes a könyvet abból a szempontból is forgatni, hogy hogyan állnak egy alapvetően gyakorlat – orientált jogi környezetben az elméleti fejtegetéshez, tudáshoz, magához az értelmezéshez.

Visegrády Antal

A skandináv jogelmélet kialakulása és fejlődése

A skandináv jogtudomány megalapítójának a dán A. S. ÖRSTED-et (1777-1860) tekinthetjük, aki olyan volt az északiak számára, mint BLOCKSTONE, POTHIER vagy SAVIGNY az angol, a francia vagy a német jogi gondolkodás számára. Ő volt az első, aki elutasította a racionalista természetjog rendszerező feldolgozását, hogy ehelyett egy pozitivisztikus, realista jogtudományt hozzon létre. A gyakorlati szükség vitte erre: a bírósági gyakorlattól támogatva a jogtudomány eszközeivel kellett kitölteni azokat a hézagokat, amelyeket az akkor már elavult, de változatlanul hatályos Danske Lov rendelkezései hagytak. A bíróságok akkor még precedensekre nem hivatkozhattak. Számos javaslatot tett a porosz ALR, a francia Code Civil és az osztrák AB6B tanulmányozása eredményeket a szóban forgó kódex módosítására. A dán és a norvég magánjogot bemutató hatkötetes munkája ma is olvasott. F. C. BORNEMANN és A. W. SCHELL műveiben SAVIGNY hatása tükröződik, s ugyancsak a német pandektisták motviálták J. E. LARSEN-r és F. T. J. GRAM-ra is, akiknek irodalmi munkássága a XIX. sz. közepén bontakozott ki.

Svédország három jogi karán – Stockholm, Uppsalában és Lundban – csak az 1961-62. tanévtől neveztek ki jogelméleti professzorokat. Korántsem jelentette ez, hogy a jogelmélet előzmény nélküli lett volna svéd földön. Gupán annak adott kifejezést, hogy a jogelmélet önálló oktatási tárggyá s felelősökkel rendelkező kutatási területté és diszciplinává vált. Legáltalánosabban a jogelméletet a jogfilozófia és a konkrét jogi kérdések között közvetítő diszciplinaként fogták fel, amely mindenekelőtt a sajátosan jogászai technikákkal, módszerekkel és okfejtéssel, a jogforrások elméletével és más, a jog jelenségvilágában közös problémákkal foglalkozik. Mindennek a fundamentuma az északi jogelmélet gondolkodás nemzetközi hírnevét megalapozó skandináv realizmus, amely a jog pszichológiai szempontjából történő megértését kutatta, jóllehet az iskola egyik képviselője, Alf ROSS, a bírói funkció kihangsúlyozásakor sokkal inkább egy amerikai modellhez közelített.

A századunk elejétől származtatható skandináv realizmusra Sigmund FREUD elméletei voltak hatással. A “realista” elnevezést azért kapták, csak úgy, mint az amerikaiaknál, mivel szándékukban állt, hogy megmagyarázzák, mi is a jog “valójában”.

Az iskola alapvető meglátása az, hogy az olyan jogi fogalmak, mint pl. az érvényesség vagy kötelezettség, nem rendelkeznek objektív valósággal és valódi hatásukért adott eljárásokra és a nyelvhasználatra irányuló pszichológiai kondicionált reakciókra támaszkodnak.

A jogelmélet skandináv realista irányzatának gyökerei az ún. Uppsala-iskolához, nevezetesen Axel HAGERSTRÖM munkásságához nyúlnak vissza.

HAGERSTRÖM (1968-1939) 1933-ig az alkalmazott filozófia professzora volt. Nézeteit a svéd Vilhelm LUNDSTEDT (1899-1979) és Karl OLIVECRONA (1897-1980), valamint a dán Alf ROSS (1899-1979) fejlesztette tovább.

LUNDSTEDT 1914-től az Uppsala Egyetemen a polgári és a római jog professzoraként oktatott és ugyanitt érte HAGERSTRÖM hatása is.

OLIVECRONA professzor – HAGERSTRÖM és LUNDSTEDT hallgatója – a Lundi Egyetemen tanított eljárási jogot 1933 és 1964 között.

A dán ROSS, aki disszertációját 1929-ben HAGERSTRÖM-höz írta, a Koppenhágai Egyetemjogi fakultásának volt professzora 1935-től.

HAGERSTRÖM, az “alapító atya” nem jogász volt, hanem filozófus. Ontológiájában tagadja az objektív értékek létezését. Ily módon a világon nincsenek olyan dolgok mint “jóság” és “rosszaság”.

A szavak egyszerűen a helyeslés vagy rosszallás érzelmi attitűdjeit fejezik ki, bizonyos tényeket és szituációkat illetően. Csak a nyelvi forma az, amely abszolútumokká teszi őket, és objektív létet biztosít számukra. Pl. a “kötelezettség” szó is a kényszer érzetének a kíváncs magatartás tanúsításával párosuló ideáját fejezi ki. Kizárólag a nyelvi forma az, amely objektíve megjeleníti (pl. “az a kötelességem, hogy így és így tegyek”). Ez aztán HAGERSTRÖM-öt a “kell” tudománya lehetőségének tagadásához vezeti el.

HAGERSTRÖM gyanúsna találta a jog és az erkölcs felfogását, mely arra vonatkozó kijelentéssel nyugodott, hogy valamilyen erkölcsi vagy jogi szabály ténylegesen létezik.

Történelmi kutatásai meggyőzték, hogy az “ősjog” időszakában az emberek ténylegesen hittek a varázserőben és kötelmekben, amelyek összeillenek a “jog” és “kötelezettség” szavakkal. Ahogy a jog fejlődött, az ezekben a varázslatos entitásokba vetett hit elhalványult, az emberek mentális reakciója az olyan szavakra, mint “jogosság”, “feladat” és így tovább, bevésozott. Következésképpen az alapvető pszichológiai realitás, amit ma a jog képvisel egyszerűen az, ami évezredes kondicionálás alatt lerakódott, először varázslat, majd rászoktatás útján. Ezen elmélet szerint, ha valaki például kijelenti, hogy “Ez az én tollam”, a személy és a toll között nem létezik valós kapcsolat, hanem inkább olyan jogosultsági igény, amely pszichológiailag hatékony a más személyek irányítására való hatásgyakorlásban, akik természetesen szintén igényt tartanak “tollukra” és egyéb vagyontárgyakra.

Jóllehet HAGERSTRÖM elképzeléseinek néhány alkotóeleme elfogadható, az általa alkalmazott meglehetősen mechanikus természetű reagálás a rituális és szóformákra mindazonáltal túlságosan leegyszerűsített. Azt is lehetne mondani, hogy egy, a kondicionálási mechanizmusokra alapozott pszichológiai jogmodell nehézségekkel találhatja szemben magát a jogi változásokkal való foglalkozás során.

LUNDSTEDT-et tekintik a skandináv realisták közül a legszélsőségesebbnek. Számára a jogtudománynak a tényeken és tényleges kapcsolatok megfigyelésén és nem pedig személye értékeléseken és metafizikai entitásokon alapuló természettudománynak kell lennie. LUNDSTEDT számára az olyan kifejezések mint “jogi” vagy “kötelezettség”, semmi olyat nem fejeznek ki, ami tapasztalat által megerősítést nyerhet, pusztán megjelölésül szolgálnak, talán helyesen, jelezve a cselekvések követendő irányát, minden bírák felett, különböző körülmények között, a jogok, ennek megfelelően egyszerűen előnypozíciók, amelyek azért olyanok, mivel az állam törvénykezési gépezetén keresztül általános védeltséget élveznek.

LUNDSTEDT egyike volt a Svéd Szociáldemokrata Párt szellemi vezéreinek. Elméletének második alkotóeleme a társadalmi jólét, mely “meghatározott aktuális értékeléseket foglal magában arról, ami a társadalom számára a törvényalkotást illetően a legjobb ... vagy egy bizonyos törvény értelmezését illetően, vagy végezetül valamely olyan irányelvre vonatkozóan ... ahol egy azonnal alkalmazható törvény hiányzik ... Általánosságban a lényeg a következőképpen fejezhető ki: hasznos az, ami társadalmi érdekként értékelhető.”

Miben különbözik ez a felfogás a BENTHAM és a POUND féle megközelítéstől?

Nos, LUNDSTEDT nem ideológiai alapon (pl. az “igazságot” keresve) vizsgálódik, hanem kizárólag a társadalmi valóságban, tehát az emberekben gyökerező érvekkel operál. A társadalmi jólét módszere, melyet javasol, ily módon teljesen eltér az olyan szokásos elméletektől, mint pl. a társadalom vagy társadalompolitika szükségletei, mivel az nem koncentrálna másra mint arra, hogy ténylegesen mi hasznos a társadalom tagjainak, beleértve életmódjukat és adott időpontban mutatkozó törekvéseiket. Ez a nézet, mely ténylegesen vallja, hogy az a jog, amely a többség érdekeivel ellentétes, valamilyen “titokzatos” közérdek nevében megtartandó, nemcsak morálisan és politikailag tarthatatlan, hanem a bizonyos fajta metafizikával is fertőzött, amit LUNDSTEDT megvet.

OLIVECRONA HAGERSTRÖM munkásságára alapozott.

OLIVECRONA szerint a jogszabály az emberek magatartására vonatkozik. Célja azok cselekvéseinek befolyásolása. Tartalma egy képzeletbeli bírő képzeletbeli ténykedése egy képzeletbeli helyzetben.

OLIVECRONA rámutat, hogy “a gyakorlati hatással bíró törvények alkotásának képessége a népesség körében meglevő, az alkotmányra vonatkozó általános állásfoglalás eredménye, mely állásfoglalás egyben a törvényhozók törvényhozási hatalmának közvetlen forrása is”. Olyan helyzetben vannak, melyben egy szöveget jogi jelleggel ruházhatnak fel... mely univerzálisan elfogadást nyer...Ez pedig pszichikai szinten gyakorol hatást. Vagyis, a törvény ereje az állampolgár értelmére, gondolkodásmódjára gyakorolt hatásában keresendő.

A jog nem az állam alkotása. Az állam nem egy, a jogtól függetlenül létező entitás. Tehát a jog nem eredhet tőle. Azt a helytelen felfogást, miszerint az állam alkotja a jogot, OLIVECRONA arra a tényre vezeti vissza, hogy az államszervezet biztosítja azt a gépezetet, amely pszichikailag hatékony normák alkotását végzi, a törvényhozáson keresztül.

Nincs alapvető különbség az erkölcsi és jogi normák között. Eltérésük nem a szabály objektív jellegében rejlik, hanem az általa kiváltott elmebeli reakcióban. OLIVECRONA számára a szabályok “független imperatívuszok”, mivel nem egy személyes utasítás emberkapcsolati jellegén alapulnak. Hangsúlyozza, hogy a “parancs” alapeleme esetről esetre jelentősen eltérhet, kiválogatva – különösen tekintettel – a jogalkotással, a bírói joggal, valamint a szokásjoggal asszociálható formákat.

Egy jogi előírás két elemet tartalmaz: egy tett, cselekedet képét (“lopás”) és néhány imperatív szimbólumot (“kell”, “köteles”). A szabályok csak papírra vetett szavak. A “valóság” az egyének pszichikai reakciója. OLIVECRONA pszichológiai jog-modellje (“élő” jog) jelentősen hozzájárul a jogelmélethez, két probléma azonban itt is megemlíthető.

Az OLIVECRONA ellen felhozható kritikák egyike az, hogy “kávéházi teoretizálás”, nem pedig empirikus kutatás útján jut empirikus általánosításokra. Másik megkérdőjelezhető tézise szerint pedig a jogalkotóknak, gyakorló ügyvédeknek és bírácoknak, akik a “törvényt” képezik, nem áll szándékukban az állampolgárok “lelki életét” megtárgyalni.

A skandináv realizmus utolsó jelentős alakja ROSS. Láthatóan magáévá teszi HAGERSTRÖM-nek a jog fogalmára vonatkozó elemzését. ROSS kifejti, hogy az olyan szavak, mint “jog” és “tulajdon” semmit nem fejeznek ki, jelentés nélküli, szemantikai referenciával nem rendelkező szavak. Ám az ítélkezési folyamatban szokásos, a jogokkal kapcsolatos megállapítások reális tartalomra tehetnek szert.

ROSS hangsúlyozza az “érvényesség” fogalmát, mint a jog “doktrínaszerű” tanulmányozásának alapkérdését, amely a jogi normáknak a leíró analízisét adja. Arra következtetésre jut, hogy az “érvényes jog a normatív ideák olyan absztrakt sorozatát jelenti, amely értelmezési sémát nyújt az érvényesülő jog jelenségéhez, amely azt jelenti, hogy ezeket a normákat ténylegesen követik, mégpedig azért, mert a bírák és más jogalkalmazó szervek társadalmilag kötelezőnek tapasztalták és érezték azokat... Az érvényesség tesztje az, hogy az e hipotézis alapján – azaz a normák rendszerét értelmezési sémaként felfogva – a bírák ténykedését (a bíróságok döntéseit) adott körülményekre vonatkozó, jelentéssel bíró reakciókként foghatjuk fel és bizonyos határok között előre meg is jósolhatjuk azokat” – Ross szerint a jogi normák két széles kategóriába sorolhatóak: “irányítási normák” és “hatásköri normák”. Az előző előírja, vagy megtiltja a cselekvést, az utóbbi hatalmat és autoritást adományoz. Arról érvel továbbá, hogy a gyakorlatban minkét kategória redukálható a hivatalnokokra vonatkozó direktciókra, különös tekintettel a bíróságokra.

Ez a tézis meglehetősen problematikus, mivel inkább a hivatalnokokra vonatkozó direktciókat hangsúlyozza, nem pedig az emberekhez szólóként általában.

ROSS a többi skandináv realista gondolkodótól érezhetően némileg eltérő koncepciót vall, különösen mivel bíróságközpontú.

Melyek az amerikai és skandináv realizmus hasonló és eltérő jellemzői?

Talán az, mondanunk sem kell, hogy nemcsak az igazság abszolút ideáit vetette el mindkettő, hanem a fortiori a teljes természetjogi pozíciót.

A skandináv és amerikai tudósok kivétel nélkül a metafizikai és spekulatív reflexiók ellen vannak és a jogi élet “tényeinek” kutatására kívántak összpontosítani.

Mindazonáltal az amerikai realisták főképp a törvényszéki eljárás gyakorlati működése érdekelte, míg a skandinávokat jobban foglalkoztatta a jogi rendszer – mint egész – elméleti működése.

Összegezve azt mondhatjuk, hogy a skandináv mozgalom, mindent egybevetve, kizárólag az európai filozófia hagyományain belül marad, míg az amerikai az angol empiricizmus sok jellemzőjét is viseli.

Véleményem szerint a skandináv realista iskola a jog működésének fontos elemét képezi, jóllehet a kép nem teljes.

A jogi realizmus minden kétséget kizáróan a skandináv jogtudomány aranykorát jelentette. Mindazonáltal voltak és vannak más jelentős irányzatok is a nordikus jogelméletben.

Svédországban Per STJERNQUIST játszott úttörő szerepet a szociológiai módszer jogtudományok területén való alkalmazásában. Hangsúlyozta a funkcionális kutatás fontosságát, azaz a társadalmi-gazdasági tényezők és jogi normák közötti kölcsönös kapcsolat vizsgálatát.

Per Olop EKELÖF a társadalmi célok szerepét hangsúlyozta a jogi értelmezésben, míg Folke SCHMIDT az előkészítő anyagok törvényértelmezésben való jelentőségét emelte ki.

Knut RODBE szerint a jogtudományok feladat többek között jogilag lehetséges megoldások kidolgozása azok konzekvenciáival együtt, nem pedig a lehetséges döntések közüli választás vállalása.

Napjain svéd jogfilozófiájának legprominensebb képviselője Alexander PECZENIK.

PECZENIK – mint a koherentista episztemológia híve – elutasítja mind a biztos és vitathatatlan értékek és jogok létét valló, mind az ezeket ab ovo kétségbe vonó irányzatot. Jelszava: “minden megkérdőjelezhető, de nem egyidejűleg”. PECZENIK kimutatja, hogy a logikai konzisztencia mellett számos további kritériuma van a koherenciának. Így pl. hány általános fogalom tartozik hozzá, hány élethelyzetre érvényes stb.

PECZENIK szerint X igazolása annyit jelent, mint integrálni azt az egyén meggyőződésének, perefenciáinak és érveinek totális rendszerébe. Ebbe az elméletbe illeszkedik a jogi okfejtés is, szemben HAGERSTRÖM-mel.

PECZENIK hangsúlyozza, hogy a koherencia fokát a súlyozás és mérlegelés determinálják. Ami előbbinek a jogban játszott szerepét illeti, annak egyik fontos területe a jog kötelező forrásainak a rendszere (pl. a törvény erősebb jogi érv a precedensnél a kontinentális jogokban). Még döntőbb a súlyozás jelentősége a törvényértelmezésben (pl. mi a törvény célja). A súlyozást néhány alapvető jogi és politikai fogalom (pl. jogállam, jogbiztonság) is feltételezi.

PECZENIK szerint a jog “kell” a morális “kell” speciális esete: prima facie kötelesség a jog követése.

Híres az érvényes jogra vonatkozó elmélete, amely kölcsönös kapcsolatban álló alkotóelemek összességéről szól. Ebben a komplexumban két típusba sorolható alkotóelemek foglalják el a központi helyet: 1) némely normák és 2) némely cselekedetek. Továbbá másodlagosak, mint pl. 1a) jogi értékek, melyek a normákat igazolják és magyarázzák, valamint 1b) mentális folyamatok, amelyek cselekedetekhez kapcsolódnak. Azonban – írja – az “érvényes jog” kifejezés kétértelmű és valami mást jelöl, mint az értelmezett jogot.

PECZENIK különbséget tesz a különböző normák belső érvényessége és a rendszer, mint egész külső érvényessége között. A hatékonyság a jogi normák és a cselekedetek közötti összefüggés kérdése.

Egy cselekedet magában kölcsönös kapcsolatban álló alkotóelemek összessége, mint pl. a) viselkedés és b) szándék. Az egyén egy cél érdekében cselekszik.

Kiemelést érdemel a XX. század második felében alkotó dán K. ILLUM professzor és tanítványa S. JÖRGENSEN tudományos tevékenysége. Előbbi a skandináv realizmus szélsőségeinek bírálatairól és az értékelési folyamatok tudományos lehetőségeink kimunkálásáról ismert, aki hajlott arra, hogy a jog érvényesülését, s így érvényessége egyes összetevőit statisztikai átlagot mutató valószínűségként fogja fel.

JÖRGENSEN műveit pedig egy a jog dogmatikai oldala kibontakoztatásának szükségét immár nem tagadó szociologizmusra való törekvés, a jogfogalom érvényességi és tényelemei bizonyos egyensúlyba hozatala kívánalmának kifejezése, s ezzel egyidejűleg a természetjogi gondolat egy sajátos toleráns felfogása, és végül, de nem utolsósorban a jogi okfejtési folyamatokban az értékelő mozzanatnak racionális, s így logikailag is megnyugtató és ellenőrizhető keretbe való foglalása jellemzi. Fő munkája: *Ret og samfund* (1970).

A dán jogtudomány e képviselői az amerikai-skandináv realizmus és az empirikus szociologizmus egyre szélesbedő térhódítása kapcsán korábban kísérletet tettek arra, hogy kapcsolatot találjanak e megközelítési mód és a hagyományos, ún. jogászi megközelítés között, s a realizmus szélsőségeinek elutasításával egyidejűleg eljutottak a mindkét megközelítési módban rejlő specifikusok további fenntartása indokoltságának kimutatásához egyaránt.

A skandináv realizmus nem volt különösebb hatással a finn jogtudósok körére sem, néhány elszórt esetet leszámítva. A polgárháború és a második világháborút megelőző évek között eltelt időszak magán viselte a konstruktív jogi gondolkodás nyomát és egyfajta "késői Begriffsjurisprudenz" hatása alatt állt.

Az első megemlíthető tudós egyértelműen Elieser (Elpiö) KAILA. 1924-ben a jogi logikáról jelentett meg disszertációt. KAILA tanulmányában, egyéb dolgok mellett a jogi szövegek logikáját tárgyalja, például a felszólító, megengedő és tiltómondatok problémáját. Véleménye szerint a jog az "akarati" szférához való tartozás kérdése, nem pedig a tudásé.

Paavo KASTARI volt az első, aki Hans KELSEN munkáit finn nyelvre lefordította. KASTARI később, egyéb dolgok mellett, a jogi személy problematikájáról írt elemzést.

A modern finn jogelmélet "megalapítója" Otto BRUSIIN volt, akinek "A bírói mérlegelés normák hiánya esetén" c. disszertációja (finn nyelven) az analitikus jogelmélet 1938-tól kezdődő fokozatos jelenlétét biztosította.

BRUSIIN koncepciója szerint a jog teljes egészében társadalmi ügy. A társadalmi realitások alapján, valamint a történelmi fejlődés eredményeként a jogi rend háttérében, annak támogatására kialakult célkomplexum. BRUSIIN a bírói döntésekben szerepet játszó politikai elemet is hangsúlyozza, ami azelőtt ismeretlen volt Finnországban.

Közvetlenül a második világháborút követően a BRUSIIN és kortársai által elültetett magok kezdtek meghozni gyümölcsüket. Elérkezett az analitikus jogelmélet és a (polgári) jog analitikus tanulmányozásának kora.

Ennek az irányzatnak az első képviselői: Osvi LAHTINEN és Simo ZITTING.

LAHTINEN szerint az örökösök közösségének mint jogalanynak a kérdésköre például olyan pszeudoprobléma, mely a lingvisztikai zavarokból adódik. A jogi dogmatika nyelvezetének elemzése segítségével elérhető a probléma teljes megszüntetése.

A tulajdonjog átruházásáról írott doktori disszertációjában (1951) ZITTING megkísérelt kidolgozni egy olyan jogi dogmatikát, amely a kereskedelem érdekeit szolgálná. Szerinte a jogok és köteleességek mindig adott jogalanyok között fennálló kapcsolatokként manifesztálódnak. Ezért a tulajdonos pozíciója személyek kapcsolataira osztandó szét. A tulajdonjog átruházása, másrészt a kapcsolatokban megfelelő jogi változást jelent. Ezek az események egymást követő láncolata, amelynek bizonyos joghatásai bizonyos jogi tényekkel asszociálhatók. Látható, hogy ZITTING elmélete közeli kapcsolatban áll Alf ROSS gondolataival és ezért az ún. skandináv realizmussal is.

A későbbi analitikus jogelmélet Kaarle MAKONEN-nel kezdődött Finnországban, aki a "Gondolatok a jogi nyelv logikai elemzéséről" (finn nyelven, 1959) c. cikkében azokról a

sikkes “nyelvi játék”-okról ír, amelyeket a bírák játszanak a döntéshozatali szituációkban, pl. azt a kifejezést használva, hogy “úgy tartott, hogy...”. MAKKONEN analízisére úgy tűnik G. H. von WRIGHT és L. WITTGENSTEIN is hatással volt.

Disszertációjában (A jogi döntés problematikájához, 1965) a következőkben jelölte meg a jogfilozófia alapvető kérdéseit:

- egyetlen helyes megoldás eszméje,
- a döntéshozó lépése az eltérő értelmezési szituációkban, izomorfától kezdve a “hézag” szituációkig,
- és a jogdogmatikai megállapítások logikai státusa.

Megkísérelte körülhatárolni és meghatározni azt a területet, amelyen belül egy Weltanschauung (erkölcs, vallások és társadalmi értékelések) kérdései hatással lehetnek a döntésekre, valamint, hogy azt megkülönböztesse attól a területtől, ahol kognitív szempontok játsszák a főszerepet. Ezután érthető, hogy MAKKONEN analitikus hermeneutikáját azonnal kitörő lelkesedés fogadta.

A másik jelentős tudós, Georg Henrik von WRIGHT “Norma és tett” (1963) c. könyvének az a fő üzenete, hogy a tett fogalma két elemet tartalmaz: a tevékenységeket és szándékokat. Eképpen a személy motivációi a tett fogalmának a részesévé válnak.

Végezetül, de nem utolsósorban pedig röviden be kell mutatnunk a világhírű finn jogfilozófus, Aulis AARNIO tevékenységét, akinek munkásságát ZITTING és WITTGENSTEIN nézetei is inspirálták.

AARNIO sikeres kísérletet tett WITTGENSTEIN nyelvi játék koncepciójának a jog birodalmában aló alkalmazására. Kimutatja pl., hogy a végrendeletek nyelvezete nyelvi játékok sokaságából áll, amelyek rokon vonásokat mutatnak egymással. E speciális jogágazat nyelvezetének elemzésétől már csak ez lépés a jogi kutatás elemzése, mely hasonló berendezkedésű.

AARNIO jogkoncepciójának következő pillére a közösségről való episztemológiai elmélete, melynek értelmében csak az azonos közösséghez tartozó személyek juthatnak egyetértésre tekintetben, hogy mi a helyes válasz a nehéz jogi problémákra. AARNIO hangsúlyozza, hogy a helyes választ csak egy válogatott közösség igazolhatja, amely bírákból, ügyvédekből, ill. egymással véletlenül találkozó emberekből állhat. A közösség lehetséges variációit életformánk korlátozza.

AARNIO jelentős szerepet tulajdonít az ún. hermeneutikus körnek. ebben tétetik kísérlet az egyes kifejezésnek az egészbe (a totalitásba) való bekapcsolására, minek folytán utóbbi új megvilágításba kerül. A totalitás viszont újra visszatükröződik az értelmezés tárgyában stb. Ennek a körkörös mozgásnak az eredményeként a kifejezés értelme fokozatosan világosabbá, egyre jobban érthetővé válik.

Végezetül AARNIO szerint a jogdogmatika paradigmái a következők:

- 1) Filozófiai háttérű előfeltevések sorozata, többek között arról, hogy a jogi okfejtés az érvényes jogon alapul.
- 2) A jogforrásokkal kapcsolatos előfeltevések.
- 3) A jogi módszerrel kapcsolatos előfeltevések.
- 4) Értékek rendszere, melyek fókuszában a jogbiztonság és az igazságosság áll.

Ami a jogszociológia skandináviai fejlődését illeti, úgy jellemezhetnénk, mint egy olyan mozgalmat, mely a “Jog és társadalom” témakörtől a “Jog a társadalomban”-ban vizsgálataig jutott el.

Az északi országok jogszociológiája csak az 1960-as évekre fejlesztette ki saját diszciplináját.

Az új diszciplína történelmi, valamint interdiszciplináris távlatokat nyitott meg a jog tanulmányozásához. Az előbbi eredménye a társadalmi-gazdasági tényezők tanulmányozása, amely a normák, társadalmi osztályok és jog közötti viszonyt határozza meg (WIDERBERG).

Az utóbbi következményeként a specifikus jogi intervenciókra fókuszáló költség-haszon tanulmányok mindennapossá váltak (Werin and alii).

A skandináv jogszociológia elsősorban a jog okozatainak és hatásainak tanulmányozásával foglalkozik. Az északi jóléti társadalmak törvényhozása erőteljes alapot biztosít egy szilárd jogszociológia kialakításához (pl. dolgozók egészsége és munkavédelme stb.). Hangsúlyoznunk kell a női jogászok szerepét (pl. FROST és KETSCHER), akik tanulmányaikban leszögezik, hogy a családjogi törvényhozás nem kielégítő, mivel helytelen vagy megkérdőjelezhető premisszákból indul ki. Fontos továbbá megemlítenünk a Grönlandon alkalmazott dán joggal kapcsolatos vizsgálatokat (BRENTON, GOLDSMIND stb.), valamint az állam és lappok érdekei közötti konfliktusokat feltáró kutatásokat (SOLEM).

Irodalom

AARNIO, A.: Legal point of view. Helsinki, 1978.

JÖRGENSEN, S.: Grundzüge der Entwicklung der skandinavischen Rechtswissenschaft. Juristenzeitung, 1970.

VISEGRÁDY, A. (szerk.): Scandinavian Legal Realism - Skandináv jogi realizmus. Jogfilozófiák sorozat. Főszerk. Varga Csaba Bp., 2003. (Teljeskörű bibliográfiával)

Zámbó Géza

A gyámság szabályozása Európa különböző országaiban, sajátosságok

I. Bevezetés

Az általunk vizsgált országokban a gyámságra vonatkozó szabályokat azonos szempontok alapján mutatjuk be. Ez a módszer kínálja, de egyben szükségessé is teszi az egyes országok gyámságára vonatkozó szabályok összevetését. Ennek alapján értékeljük a meglévő és szembetűnő hasonlóságokat, ugyanakkor rámutatunk a fennálló sajátosságokra, és a speciális szabályokra is. Egy-egy szabály magyarázatánál hivatkozunk korábbi, vagy hatályos magyar szabályokra is.

A római jogi hatás nyomon követhető különösen a francia Code civil, továbbá az olasz Codice civile, vagy a portugál Código civil gyámságra vonatkozó szabályai tekintetében, de a német BGB is a gyámrendelés esetén a végrendeleti, a törvényes, vagy a rendelt gyámság eseteit említi ebben a sorrendben.

A gyámrendelés, a gyámság megszüntetése – a vizsgált országokban – döntően bírósági hatáskörbe tartozik, a volt szocialista országokban - Lengyelország kivételével - ezek a hatáskörök közigazgatási szervekhez vannak telepítve.

A vizsgált országok esetében – a gyámságra vonatkozó törvények – német nyelven álltak rendelkezésünkre, tekintettel erre a magyar nyelvre történő fordítás során nem az eredeti jogi szövegből indultunk ki. Ez a körülmény bizonyos vonatkozásban könnyebbséget, egyes esetekben nehézséget okozott számunkra. Kutatásaink során – az általunk vizsgált országokra vonatkozó törvények – eredeti szövegből magyar nyelvre fordított hitelesített változatait nem leltük fel.

II. A gyámság szabályozása az egyes országokban

1. A gyámság Ausztriában

Forrás:

a.) Az Általános Polgári Törvénykönyv (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB) 187-284. cikkei.

b) A gyámság szükségessége

Az osztrák szabályozás szerint a gyámság intézménye – más országok szabályozásához hasonlóan – a kiskorúról való személyi és vagyoni szempontú gondoskodásra, képviselőre szolgál, ha ezeket a jogokat a szülők nem gyakorolják. A gyámság a család, illetve a családban való gondozás helyettesítésének elvére épül.¹

¹ A magyar és az osztrák szabályozásban találunk hasonló elemeket. Az osztrák hatás arra is visszavezethető, hogy a kiegészítést megelőzően az OPTK rendelkezéseit alkalmazták itthon is a jogalkalmazó szervek.

c) *A gyám kirendelése, felügyelete*

A gyámi tisztség viselésére alkalmas személy kirendelése „beiktatása” után kezdi meg tevékenységét, amelyet a bíróság ellenőriz, felügyel. A bíróságon lehet a gyám jogsértő, kötelességsértő magatartását bejelenteni. (200.§) Magyarországon a Gyt. hatálybalépését követően gyámhatóságokhoz, árvaszékekhez, jelenleg gyámhivatalokhoz lett ez a hatáskör telepítve.

d) *A gyámság fajtái*

Először azt a személyt kell gyámul kirendelni (kinevezni), akit a szülők végrendeletükben gyámul neveztek. (195.§) A törvény a sorrendet is meghatározza. Alkalmatlan személy megjelölése esetén vagy végrendelet hiányában a legközelebbi alkalmas hozzátartozó a gyám. Ha nincs hozzátartozó, más alkalmas személyt kell gyámul kirendelni. (198-199.§) Alkalmas szülő, illetve hozzátartozó hiánya esetén, valamint a talált gyermekek esetében a gyámügyekben eljáró bíróság döntéséig, vagy az alkalmatlanság megszűnéséig, ex lege a gyermekjóléti szerv gondozója jár el. (213.§) Ugyanez a szerv jár el a belföldön talált gyermekek esetében is. (211. §) A fentiek értelmében ismert a hivatásos (hivatalos) gyámság intézménye. Ezt a jogintézményt az osztrák jog is átmenetinek tekinti. Megszűnik a hivatásos gyám tevékenysége, ha a szülő, nagyszülő vagy más személy alkalmassá válik a gyámi tisztség ellátására.

d) *A gyámságból való kizárási, felmentési okok*

Nem lehetnek gyámok:

- a kiskorúak,
- a korlátozottan cselekvőképes személyek, mivel tőlük a kiskorú megfelelő nevelése, gondos vagyonkezelése nem várható el,
- az olyan személyek, akiket a szülők, mint törvényes képviselők kizártak,
- akik a kiskorúval vagy annak szüleivel ellenséges viszonyban vannak, illetve jogvita vagy nyílt követelés áll fenn közöttük.

Rendszerint alkalmatlanok:

- egyházi személyek,
- aktív, hivatásos katonák,
- közhivatalnokok,
- a 60 év feletti személyek,
- a külföldiek,
- az olyan személyek, akik már gyámi tisztséget viselnek, vagy legalább három kiskorúról kell gondoskodniuk,
- az olyan személyek, akiknek lakóhelyük a bíróságtól nagy távolságra van, és ez a feladatok ellátását nagymértékben megnehezítené. (193-194.§)

f) *A gyámság, a gyámi jogviszony megszűnése*

A gyámság megszűnik:

- a kiskorú nagykorúságának elérésével,
- a kiskorú halálával,
- ha egy olyan személy, aki a kiskorú gondozására jogosult, a vagyonkezeléssel és képvisellel kapcsolatos feladatokat legalább részben átvállalja. (249-251.§)

A gyámi jogviszony megszűnik:

- a gyám halálával,
- ha a gyám a jogviszonyból származó kötelességeit neki felróhatóan megszegi, vagy jogaival visszaél,
- utóbb a törvényben megjelölt kizáró ok áll be,
- ha határozott időre nevezték ki. (261.§)

g) A gyám jogai, kötelességei

A gyámi kötelezettségek „klasszikus” hármas tagozódása az osztrák jogban is megjelenik. El kell látnia a gondozás-nevelés, a vagyonkezelés (ehhez kapcsolódóan számadási kötelezettség is terheli) és a képviselő feladatát. Több országban is ismert szabály, hogy a vagyonkezelő és a gondozó személye elkülönülhet. (210.§) A gyám kiadásainak megtérítésén túlmenően díjazásra nem tarthat igényt. A bíróság azonban a gyámolt vagyon tiszta jövedelmének legfeljebb 5%-ában, egy a végzett tevékenységgel arányos évenkénti jutalmat állapíthat meg. A gyám ezen felül a gyámság megszűnésekor is méltányos jutalomra jogosult. (266-267.§) A vagyonkezeléssel összefüggésben a bíróság feladata a vagyon felkutatása és leltározása, az értékek és okiratok bírósági letétbe helyezése és a készpénz takarékbba helyezése.

2. A gyámság Finnországban

a) Forrás:

A gyámságról szóló 1898. augusztus 19-i 34. sz. törvény 1-78.§-ai.

b) A gyámság szükségessége

Gyámság alatt áll minden olyan személy, aki a 18. életévét nem töltötte be. A törvény a kiskorúság meghosszabbítását is lehetővé teszi, ha gyámja jelzi a bíróságnak (das Landbezirksgericht), hogy a kiskorú a 17. életvének betöltése ellenére a nagykorúsághoz szükséges érettséget nem szerezte meg. A kiskorúság meghosszabbítását a bíróság – a kiskorú meghallgatását követően – legfeljebb annak 22. életvéig rendelheti el.² Az, akinek kiskorúságát meghosszabbították, vagy 18. életévét még nem töltötte be, és házasságot köt, nagykorúvá válik. (16-18.§)

Gyámság (Vormundschaft) alatt állhat az a nagykorú is, aki beszámíthatatlansága, alkoholfüggősége, tékozló magatartása miatt vagyonának megfelelő kezelésére nem képes.

Az idős korú, csökkent szellemi állapotú, testileg fogyatékos, vagy hosszadalmas betegségben szenvedő személy maga is, illetve a házastársa, hozzátartozója, a gyámsági bizottság, vagy az ügyész is indítványozhatja a gyámság alá helyezést, ha a fennáll a vagyon elsikkasztásának veszélye. (19-21.§) A német nyelvű törvény szöveg a gyámságról (Vormundschaft) szól.

c) A gyám kirendelése, felügyelete

A városokban a városi bíróság, más településeken a tartományi bíróság kötelessége arról gondoskodni, hogy a kiskorúak gyámság alatt álljanak. A bíróság illetékességét a szülők lakóhelye, ha azok elváltak, az apa lakóhelye, illetve a nagykorú gyámolt állandó lakóhelye határozza meg.

A bíróság feladata a gyámok felügyelete is. A bíróság e feladatainak ellátását a gyámsági bizottságok segítik, amelyek településenként jönnek létre. Lehetőség van azonban arra, hogy több település egy körzetet alkotva csak egy gyámsági bizottságot hozzon létre. (1-3.§)

d) A gyámság fajtái

² A kiskorúság meghosszabbítására a Gyt. alapján korábban a hazai szabályozás is biztosított lehetőséget.

A kiskorú személy törvényes gyámjai a szülei. Ha valamelyik szülő meghal, vagy a gyámsághoz való jogot tőle megvonják, a gyámságot a másik szülő viseli. Ha a szülők külön élnek, a házastársi életközösségük megszakadt, vagy a házasság bírói ítélettel való felbontására kerül sor, a gyámságot az a szülő viseli, akinek a gondozási jogot a bíróság odaítéli.³ Ha a szülők e tekintetben megegyeztek, és ez nem ellentétes a gyermek érdekével, a bíróság jóváhagyja az egyezséget. Ellenkező esetben a bíróság dönt a gyermek érdekeinek figyelembe vételével. Fontos szabály, hogy amennyiben nem a szülők a gyermek gyámjai, a kapcsolattartásukat a gyermekkel – kivéve, ha annak érdekei mást kívánnak – biztosítani kell. Törvényes gyám (der gesetzliche Vormund) hiányában a gyermek részére a bíróság rendel gyámot. Ha a törvényes gyám hiányának oka a szülő halála – és ő gyámul nevezett egy olyan személyt, aki ezt elfogadta – akkor ezt a személyt fogja a bíróság gyámul kirendelni. Ilyen személy hiányában más alkalmas személyt kell kirendelni. A nagykorú személy részére elsősorban házastársát kell gyámul kirendelni.

A bíróság szükség esetén több személyt is kirendelhet gyámul. Arra is lehetőség van, hogy amíg az, akinek a gyámnak kell lennie, nem tudja átvenni a gyámságot, ideiglenes gyámot rendeljenek ki. (23-27.§)

e) A gyámságból való kizárási, felmentési okok

Nem lehet gyám, aki

- maga is gyámság alatt áll,
- idős, gyenge, rokkant, eladósodott, saját életvitelét illetően is meggondolatlan, így nem lenne képes a gyámi feladatok megfelelő ellátására,
- olyan bűncselekményt követett el, ami alkalmatlanná teszi a gyámi tisztség viselésére.

Nem lehet gyámul kirendelni azt a személyt sem, aki 25. életévét még nem töltötte be. Nem kizárási ok, de a törvény rögzíti, hogy a gyám és a gyámolt vallásának lehetőleg azonosnak kell lennie. (28.§)

A bíróság kirendelésén alapuló gyámság alól való mentesülésre ad okot, ha az érintett személy

- külföldön tartózkodik vagy ott él,
- súlyos betegsége folytán nem tudja a gyámsággal kapcsolatos feladatokat ellátni,
- 60. életévét betöltötte,
- több saját gyermeke van,
- két másik, vagy egy terhes gyámságot lát el,
- hivatali, szolgálati kötelességei nem teszik lehetővé a gyámság viselését,
- más alapos ok miatt nem képes a gyámság ellátására.

A nők gyámul való kirendeléséhez a beleegyezésük szükséges. (29.§) Egyéb esetben a gyámi tisztség viselése kötelező, erre az érintett személy pénzbírság útján is kötelezhető. (31.§)

f) A gyámság megszűnése

Megszűnik a gyámság, ha

- a gyámolt nagykorúvá válik,
- a gyámolt meghal,
- a gyám tisztsége átszáll egy másik gyámra. (62.§)

g) A gyám jogai, kötelességei

³ A törvény nem szülői felügyeletről, hanem gyámságról szól.

A kiskorú gyermek gyámja köteles gondoskodni a gyermek neveléséről. Abban az esetben, ha a gyermek gyámjai nem a szülők, - a fogyatékoság miatt megvont gyámi jog kivételével – továbbra is jogosultak és kötelesek a gyermek neveléséről gondoskodni. A gyermek vagyoni viszonyait érintő kérdésekben a gyám tanácsát azonban ki kell kérniük. A szülők és a gyám közötti nézeteltérés esetén a gyámügyi bizottság dönt.

A gyermeket istenfélőnek, erkölcsösnek kell nevelni, és körülményei által megkívánt tevékenység vagy szakma gyakorlásához kell szoktatni. A nagykorú személy gyámsága esetén ez a gyámi kötelesség úgy módosul, ahogy azt az érintett körülményei megkívánják.

A gyámolt vagyonának kezelése során egy körültre tekintő, megfontolt ember gondosságával kell eljárni. Ha a gyám nem így jár el, köteles az ebből eredő károkat megtéríteni. A vagyont szükség esetén több személy is kezelheti. Ezek a személyek a bíróság döntésének megfelelően vagy közösen, vagy valamilyen ok alapján megosztva látják el feladatukat.⁴ A közösen gyakorolt vagyonkezelés a gyámok egyetemleges felelősségét vonja maga után a gyámolttal szemben, a nem megfelelő kezelés miatt bekövetkező károkért. A mentesülésre meghatározott személy vonatkozásában csak az adhat okot, ha az érintett gyám a többi gyám vétségét megakadályozni nem tudta.

Ha a gyermek gyámjai a szülei, és a gyermeknek saját vagyona van, a vagyonkezelés joga elsősorban az apát illeti. A szabály nem kógens, a vagyonkezelési jog ugyanis az anyát is megilleti, ha alkalmasabbnak mutatkozik rá. (33-38.§)

A gyámot a gyámság átvételekor leltározási, megszűnésekor számadási kötelezettség terheli. (Ha a gyámság a gyám halála miatt szűnt meg, a számadás a hagyatékban részesülőket terheli.) A számadás elmulasztása esetén a kötelezettet pénzbírsággal, vagy más megfelelő büntetéssel kell annak a benyújtásra kényszeríteni. A számadás benyújtásától számított egy év és egy nap elteltével a gyám és jogutódai a felelősség alól mentesülnek, ha az említett határidőn belül nem került sor fellebbezés előterjesztésére. (63-64.§)

A képviselő vonatkozásában a törvény ugyanazt rögzíti, mint a vagyonkezelésnél: azaz elsősorban az apát illeti a bíróságok és más hatóságok előtti képviselő joga, de az anyát is illetheti, ha alkalmasabbnak mutatkozik rá.⁵ (37.§)

A gyám tevékenysége ellenében a munkájának megfelelő és helyzetéhez méltó díjazásra tarthat igényt. Ha a gyám a feladatait nem megfelelő módon látta el, a bíróság dönthet a díjazás mellőzéséről is. (49.§)

3. A gyámság Franciaországban

a) Forrás:

A Polgári Törvénykönyv (Code civil, Cc.) 389-475. cikkei.

b) A gyámság szükségessége

A kiskorú gyámság alá helyezésének szükségessége mindkét szülő halála, vagy szülői felügyeleti jogának elvesztése esetén merül fel. Gyám kirendelésére kerül sor akkor is, ha a házasságon kívül született gyermeket önkéntesen a szülő nem ismeri el.

Ha a szülők a szülői felügyeleti jogot együtt gyakorolják, gyámi vagyonkezelőnek minősülnek. A gyámi vagyonkezelésnek ezt a formáját nevezik egyszerű és tiszta gyámi vagyonkezelésnek. Ez mellett ismert a bírósági felügyelet mellett gyakorolható gyámi vagyonkezelés, amelyre valamelyik szülő halála, a szülők házasságának felbontása, különköltözése, a gyermek

⁴ A gyámrendelés a bíróságok hatáskörében van. Ismert a „többes,, gyámság, vagy osztott gyámság. A kiskorú vagyonkezelésénél az apa elsőbbséget élvez az anyával szemben.

⁵ Az anya vagyonkezelésre és képviselőre vonatkozó alkalmasságának megítélésére vonatkozó szabályt törvény nem tartalmaz. Vita esetén a bíróság dönt a kérdésben, bár a törvény ezt szó szerint nem rögzíti.

házasságon kívül született volta adhat okot. Az egyszerű és tiszta vagyonkezelés esetén csak súlyos ok, míg a bírósági felügyelet mellett gyakorolt vagyonkezelés esetén a szülők, hozzátartozók kérelme is okot adhat a vagyonkezelői jog megvonására, a gyermek gyámság alá helyezésére. A második esetben a gyámbíró hivatalból is kezdeményezheti a gyámság alá helyezést. (389-391.§)

c) A gyámjog sajátos intézményei a francia jogban

A francia gyámsági jogot vázlatyszerűen bemutató leírás sem mellőzheti néhány intézmény rövid bemutatását. Ezek: a gyámbíró, a gyámellenőr és a családi tanács.

A gyámbíró:

A gyámbíró feladatait a gyermek lakóhelye szerint illetékes helyi bíróság látja el. A gyámbíró általános felügyeleti jogot gyakorol az illetékességi területén tevékenykedő gyámok és gyámi vagyonkezelők felett. Ebbe beletartozik a gyámok tevékenységének folyamatos figyelemmel kísérése, továbbá a gyámbíró magyarázatot kérhet, észrevételt tehet, utasíthatja őket. Az utasítás nem teljesítése esetén bírságolási joga is van. (393-396.§)

A gyámellenőr, ellenőrző gyám:

A családi tanács a gyámság minden fajtájánál köteles gyámellenőrt választani. Feladata a gyám tevékenységének ellenőrzése, és a gyámolt képviselője a gyám és a gyámolt között fennálló érdekellentét esetén. Értesítési kötelezettség is terheli a gyámbíró irányában, ha a gyám választása során valamilyen rendellenességet észlelt. A függetlenségének biztosítéka, hogy ha a gyám valamelyik szülő, vagy annak egyenes ági rokona, a gyámellenőrt a másik szülő ágáról kell választani. (420. § 423.§)

A családi tanács:

A családi tanács tagjait a gyámbíró nevezi ki a gyámság idejére.⁶ A tagok száma 4-6 fő, de a gyám és a gyámbíró nem minősülnek tagnak (a gyámellenőr viszont igen). A tagok a gyámolt szülei, hozzátartozói, esetleg a család barátai, szomszédai lehetnek. A kiválasztás során a gyermekkel való kapcsolat, az állandó lakóhely, az életkor, a viselkedés, a döntő tényezők. A törvény jelenleg csak azt rögzíti, hogy mindkét szülő rokonságából kell tagokat választani, de a gyakorlatban – a Code Napoleon „örökségeként” – ügyelnek az apai és anyai rokonok egyenlő számára. A törvény a tagok személyes jelenlétét követeli meg a tanácsüléseken, helyettesítésre csak kivételesen van lehetőség, és akkor sem jogi képviselő (hanem pl. a nem tag másik szülő) útján. A tanácskozás összehívása nem szükségszerű, a gyámbíró külön-külön is konzultálhat a tagokkal. A tanácskozás megtartásához a tagok felének a jelenléte szükséges. A tanács elnöke a gyámbíró, aki szavazati joggal rendelkezik, sőt szavazategyenlőség esetén az ő szavazata a döntő. Az üléseken tanácskozási joggal vehet részt a gyám és a gyámellenőr. Az ítélőképesség kiskorú a bíró ellenkező döntéséig, míg ezt követően szabadon, szintén tanácskozási joggal vehet részt az üléseken.⁷ (407-416.§)

A magyar szabályozás szintén lehetőséget biztosított családtanács felállítására. Az atyai hatalmat ténylegesen gyakorló atyának jogában állt végrendeleti úton, a kiskorú gyermekei részére – ha összes hagyatéka a terhek levonása után a 100 ezer forintot meghaladta – családtanácsot felállítani, és annak tagjait kijelölni. Atyai rendelkezés hiányában a belügyminiszter engedélyezhette a családtanács felállítását, ha kiskorú jelentős vagyonnal rendelkezett és annak szakszerű kezelése ezt indokolta.⁸ A családtanács elnöke tisztet az

⁶ Az egyes személyek konkrét körülményeit figyelembe véve a tagokat a gyámbíró elmozdíthatja.

⁷ A francia szabályozás erős jogosítványokkal ruházta fel a családi tanács tagjait.

⁸ Csiky Kálmán: Magyar Közigazgatási Jog kézikönyve Pallas Irodalmi és Nyomdaipari Rt. Bp. 393.p.

illetékes gyámhatóság szerinti árvaszék elnöke töltötte be, tagjai a gyámolt rokonai voltak. A családtanács gyámhatósági jogkörrel bírt, határozatai ellen a belügyminiszterhez címzett fellebbezést lehetett előterjeszteni.

A rokonok jogait és kötelezettségeit a Gyt. a gyámság vonatkozásában elszórtan de kellő részletességgel szabályozta. Ezek a rendelkezések a gyámhatóságok hibájából, vagy a rokonok közönye miatt kevésbé érvényesültek.⁹ Ugyancsak Szokolay fejtette ki, hogy a rokonoknak lehetőségük van családtanács felállítását kezdeményezni, de rögtön hozzá is tette, hogy a jogintézménynek gyakorlati jelentősége nem volt, mivel az országban egyetlen családtanács működött.¹⁰

d) A gyámság fajtái

Elsősorban az utoljára elhunyt szülő joga, hogy gyermekének végrendeletben vagy közokiratban gyámot nevezzen. Ilyen gyám hiányában a legközelebbi hozzátartozó gyámul való kirendelésére kerül sor. Az azonos fokban rokonok között a családi tanács dönt. Végrendeleti és törvényes gyám hiányában, a gyám személyéről szintén a családi tanács dönt a gyámsági bíró felhívására. (897-405.§)

e) A gyámságból való felmentési, kizárási, elmozdítási okok, alkalmatlanság

A gyámság viselése közfeladat, de csak a gyermek szülei és a hozzátartozók kötelezhetők a gyámi tisztség betöltésére, mely ha betöltetlen marad, a kiskorú gyermekkel továbbiakban a szociális ellátásáért felelős szerv foglalkozik.¹¹ Ebben az esetben hivatali, intézményi gondoskodásról beszélhetünk.

A gyám felmenthető a tisztség gyakorlása alól, ha

- életkora,
- betegsége,
- szakmájával vagy a családjával kapcsolatos feladatok ellátása nagymértékben hátráltatja a gyámi feladatok ellátásában.

A felmentésre okot adhat az is, ha a fentebb sorolt okok a gyámmá való kinevezés után következtek be (kivéve az anyát és az apát). A gyám és a gyámellenőr felmentés iránti kérelmét a családi tanács bírálja el, míg a családi tanács tagjának kérelméről a gyámbíró dönt. (427-432.§)

A törvény a megszokottnál árnyaltabb kategória-rendszert állít fel. Rögzíti, hogy gyámmá – nemre való tekintet nélkül – bárki kinevezhető, kivéve (alkalmatlanság)

- a cselekvőképtelen személyeket,
- azokat a személyeket, akiket korábban a gyámi tiszttől alól mentesítettek vagy tevékenységüket felfüggesztették,
- a kiskorúakat,
- a gyámság vagy gondnokság alatt álló nagykorúakat és az elmebetegeket. (441-442.§)

Ki kell zárni, vagy el kell mozdítani a tisztségéből azt,

- aki más személy testi épsége ellen irányuló, vagy megszegyenítő bűncselekményt követ el. Ezek a személyek csak a saját gyermekeik gyámjai lehetnek a családi tanács hozzájárulásával.
- akit megfosztottak a szülői felügyeleti joga gyakorlásától. (443.§)

⁹ Szokolay Leó: A rokonok szerepe a gyámhatósági eljárásban. 519.p.

¹⁰ Szokolay im.: 529. p.

¹¹ A gyermek a gyermekvédelmi rendszerbe kerül.

Ki lehet zárni vagy el lehet mozdítani a tisztségéből azt, aki visszatérően hanyagul és tisztességtelenül végzi feladatait. (444.§)

f) A gyámság, a gyámi jogviszony megszűnése

A gyámság megszűnik

- a kiskorú halálával,
- a nagykorúság eléréssel (18. életév)
- a nagykorúsítással,
- ha a házasságon kívül született gyermeket valamelyik szülője elismeri és kérelmére a gyámbíró a gyámságnak a gyámi vagyoni kezelésre való átváltoztatásáról dönt. (392.§)

A francia jogban külön kell vizsgálni a gyám, a gyámellenőr és a családi tanács tagjai vonatkozásában a felmentési, kizárási, elmozdítási és alkalmatlansági okokat. Ezek az adott személy vonatkozásában a tisztség megszűnéséhez vezetnek, de a gyám elmozdítása vagy kizárása az eset körülményeitől függően a gyámellenőrré és a családi tanács tagjaira is kihat. (434.§)

g) A gyám jogai, kötelességei

A gyám feladatai:

- a gyermek gondozása,
- felügyeli és kezeli a gyermek javait, köteles a vagyont megóvni,
- képviseli továbbá a gyermeket minden magánjogi ügyletben, kivéve a mindennapi élet szokásos ügyleteit. (450.§)

A kiskorú eltartására és oktatására vonatkozó követelményeket, a vagyoni kezelés elveit a családi tanács határozza meg. (449.§ 455.§)

4. A gyámság Németországban

a.) Forrás

A Polgári Törvénykönyv (BGB) 1773-1895. szakaszai, továbbá a KJHG (Die Kinder- und Jugendhilfegesetz) rendelet hivatkozott szakaszai.

a) A gyámság szükségessége

Gyámság alá kerül a kiskorú, ha

- nem áll szülői felügyelet alatt,
- a szülőktől a kiskorú személyes és vagyoni ügyei intézésének jogát megvonták,
- a kiskorú családi állapota nem határozható meg. (1773.§)

b) A gyám kirendelése, felügyelete

A gyám kirendelésének joga a gyámbírást illeti meg. A gyámolt részére csak egy gyám rendelendő, különleges eseteket és házaspár gyámul való kirendelését kivéve. (1775.§) A német jog lehetővé teszi, hogy a gyermeknek már születése előtt gyámot rendeljenek, ha feltehető,

hogy a gyermek megszületésekor a gyámság már szükséges.¹² A gyámbíróság gyámrendelő határozata a gyermek megszületésekor lép hatályba. (1774.§)

A gyámügyi hivatalnak kell javaslatot tenni a gyámnak alkalmas személyekre és egyesületekre a gyámbíróság felé. A gyámok tevékenységét, a gyámolt nevelésének és gondozásának ellátását a gyámügyi hivatal ellenőrzi (kivéve az egyesületeket). Hiányosságok feltárása esetén elsősorban tanácsadás útján kell ezek kiküszöbölésére törekedni, és csak a korrekció elmaradása esetén kell a gyámbíróságot tájékoztatni. A gyámolt vagyonának veszélyeztetéséről való tudomásszerzés szintén a gyámbíróság tájékoztatását vonja maga után. (KJHG 53.§)¹³

c) *A gyámság fajtái*

Az alkalmas személyek közül a gyermek szülei által megnevezett személyt kell elsődlegesen potenciális gyámnak tekinteni. Abban az esetben, ha a szülők különböző személyeket neveztek, az utoljára elhunyt szülő gyámnevezését kell érvényesnek tekinteni. A szülők általi gyámnevezést a törvény korlátok közé szorítja. A szülők csak végakarat-jellegű rendelkezésben, és csak akkor nevezhetnek gyámot, ha halálukkor megillette őket a gyermekről és annak vagyonáról való gondoskodás joga. Az apának – akinek csak halála után születik gyermeke – a gyámnevezése akkor tekinthető érvényesnek, ha ez a jog a gyermek születése előtt is megillette volna. A szülők által nevezett gyámot csak akkor lehet figyelmen kívül hagyni, ha a személy

- a gyámságra alkalmatlan, vagy a tisztviselőkkal és egyházi személyekkel kapcsolatos kizárási ok forog fenn vele szemben,
- a gyámság átvételében akadályoztatva van (az átmeneti akadályoztatás esetén a gyámbíróság az akadály elhárulása után, kérésére az addigi gyám helyére kinevezi gyámnak),
- késlelteti az a gyámi tisztség átvételét,
- kirendelése a fiataikorú jólétét veszélyeztetné,
- kinevezését a 14. életévét betöltött fiataikorú ellenzi (kivétel ha a fiataikorú cselekvőképtelen). (1776-1778.§)

Ha ilyen módon a gyám nem rendelhető ki, a gyámot a gyámbíróság választja ki a gyámügyi hivatal, valamint a gyermek rokonainak meghallgatását követően. Az eljárás során olyan személyt kell kiválasztani, aki a személyes kapcsolata, vagyoni helyzete és más körülményei alapján alkalmas a gyámságra. Ha sok személy mutatkozik alkalmasnak, a szülők akaratát, a gyámolt személyes kapcsolatait, a rokonsági vagy sógorsági kapcsolatot, a vallási hovatartozást kell szem előtt tartani. (1779.§)

Az előbbi két gyámsági forma hiányában – a tartományi gyámügyi hivatal által erre alkalmasnak talált – egyesület is megbízható a gyámi tisztség ellátásával, ha ehhez hozzájárul.

A tartományi gyámügyi hivatal általi engedélyhez szükséges, hogy az egyesület garantálja:

- megfelelő számú, alkalmas munkatársa van, akiket felügyel, és továbbképez.
- Biztosítással rendelkezik a munkatársak által harmadik személyeknek okozott károk megtérítésére.
- Igyekszik egyéni gyámokat és gondnokokat találni, azokat a szükséges tanácsokkal ellátja, továbbképz.

¹² Ez a rendelkezés a magyar hatályos szabályozáshoz annyiban hasonlítható, hogy az említett esetben idehaza a méhmagzat részére nem gyámot, hanem eseti gondnokot rendelnek ki.

¹³ Frankfurter Lehr- und Praxis-Kommentar zum KJHG/SGB. VIII. Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhiefegesetzes (KJHG) 438.p.

- Munkatársai körében lehetővé teszi a tapasztalatcserét. (KJHG 54. §)¹⁴

A tisztségből fakadó feladatokat ebben az esetben az egyesület tagja vagy munkatársa látja el. Más alkalmas személy hiányában gyámhatóság látja el a gyámi tisztséget (hivatali gyámság).¹⁵ Ez a szabály afféle ultima ratioként érvényesül. A gyámhatóságot a szülők nem nevezhetik gyámnak, és nem is zárhatják ki a gyámság viseléséből. A gyámhivatala a hivatali gyám feladatának gyakorlását egyes tisztviselőire ruházza. A tisztviselő vagy alkalmazott az átruházásban meghatározott kereteken belül a gyámolt törvényes képviselője. (KJHG 55.§)¹⁶ A törvény által meghatározott esetekben a gyámi tiszt gyámhatóság általi viselése ex lege következik be.

- Ha az apasági per során kiderül, hogy az addig a gyermek apjának tekintett férfi nem az apa, a döntés jogerőre emelkedésével.
- Ha a nem házas szülők gyermekének gyámhatóság általi gondozása a törvény szerint véget ér, a gyámhatóság folytatja a gyámság viselését is. (1791.§)

A törvény szerint meghatározott esetekben ellengyám kirendelése is lehetséges/szükséges. Ellenőrző gyámot kell kirendelni ha a gyámság vagyonkezeléssel jár együtt, kivéve, ha a vagyon nem jelentős vagy a gyámi tisztséget több személy tölti be. Ellenőrző gyám kirendelése a gyámi tisztség több személy általi viselése esetén lehetséges. Ekkor az egyik személy a másiknak az ellenőrző gyámja. Ellenőrző gyámnak a gyámhatóság is kinevezhető, és lehetőség van az intézmény alkalmazására akkor is, ha a gyámi tisztséget a gyámhatóság viseli. (1792.§)

d) A gyámságból való kizárási, felmentési okok

Nem lehet gyám, aki

- cselekvőképtelen,
- kiskorú,
- aki mellé gondozót rendeltek.

Relatív kizárási okok állnak fenn azzal szemben,

- akit a szülők kizártak a gyámi tisztség viseléséből, feltéve, hogy megilleti őket a gyámnevezés joga (a szülők elérő rendelkezése esetén az utoljára elhunyt szülő rendelkezése az irányadó),
- aki külön törvényben meghatározott tisztviselő vagy egyházi személy, és szolgálati okokra való hivatkozással nem engedélyezték a gyámi tisztség viselését. (1780-1784.§)

A bíróság által kiválasztott személy esetén, a gyámi tisztség viselése minden német állampolgárnak kötelező. Ez alól a törvény csak meghatározott okokra való hivatkozással enged kivételt. A gyámság átvételét elutasíthatja:

- a szülő, ha kettő vagy több még nem iskolaköteles gyermeket gondoz vagy kinyilvánítja, hogy a gyámsággal járó feladatok családja ellátását számára rendkívül megnehezítenék,
- aki a 60. életévét betöltötte,
- aki több mint 3 kiskorú személyről és azok vagyonáról gondoskodik,
- aki betegség vagy fogyatékosság folytán a gyámságot megfelelően ellátni nem tudja,

¹⁴ Frankfurter Lehr- und Praxis-Kommentar zum KJHG/SGB. VIII. 441.p.

¹⁵ Ez más országokban és hazánkban is szabályozott hivatásos gyámság egyik sajátos formája. Nyilvánvaló, hogy a gyámbíró ellenőrzi a gyámhatóságot és annak nem „önellenőrzéséről” van szó.

¹⁶ Frankfurter Lehr- und Praxis-Kommentar zum KJHG/SGB. VIII. 444.p.

- akinek a gyámbíróság székhelye és lakhelye közti távolság miatt, a gyámság jelentős megterhelést jelentene,
- akit egy másik emberrel együtt a gyámság közös gyakorlására rendeltek ki,
- aki több mint egy gyámságot, gondnokságot visel, vagy több mint egy személyt gondoz (a több testvér feletti gyámság vagy gondnokság csak egynek számít)

Az elutasítási jog elévül, ha a kirendelés előtt a gyámbírószágon nem érvényesítik. A gyámság átvételének alapos ok nélkül való elutasítása esetén – amennyiben bebizonyosodik a vétkenesség – az érintett személy felel azokért a károkért, amelyek a tisztség átvételének késedelme miatt a gyámoltat érték. (1785-1787.§)

e) A gyámság, a gyámi jogviszony megszűnése

Megszűnik a gyámság, ha

- elrendelésének okai már nem állnak fenn, (1882.§)
- a gyámolt eltűnt, feltéve, hogy a gyámhatóság a gyermek haláláról értesülve megszünteti a gyámságot,
- a gyámolt holtta nyilvánításával, vagy a halál tényének megállapításával, ha az ezt kimondó határozat jogerőre emelkedik. (1884.§)

A gyámhatóság a gyámot elbocsátja, ha

- annak kötelesség-szegő magatartása a gyámolt érdekét veszélyezteti,
- kizárási ok merül fel vele szemben, (1886.§)
- külön törvényben meghatározott tisztviselő vagy egyházi személy, és gyámi tisztség viselésére adott engedély időtartama lejárt vagy az engedélyt visszavonják. (1888.§)

A gyámbírószágnak el kell bocsátania a gyámhatóságot (Fiatalkorúak Hatósága, Jugendamt) vagy az egyesületet a gyámi tisztségből és a másik gyámot kell kirendelnie, ha a döntés a gyámolt jólétét szolgálja és van a gyámság ellátására alkalmasabb másik személy. A döntésnek hivatalból és kérelemre egyaránt helye van. A kérelmet a 14. életévét betöltött gyámolt, és bárki, akinek jogos érdeke fűződik hozzá, benyújthatja. A gyámhatóság és az egyesületek kötelesek a kérelmet benyújtani, ha tudomásukra jut, hogy másik gyám kirendelésének feltételei állnak fenn (1887.§); de kérelmezhetik is az elbocsátásukat, ha van másik gyámságra alkalmas személy és a gyámolt érdeke ezt kívánja. (1889.§ (2) bek.)

A gyámbíróság a gyámot fontos okokra való hivatkozással saját kérelmére is elbocsáthatja. Ilyen fontos ok lehet, ha utóbb a gyámság elutasításának alapjául szolgáló okok merülnek fel. (1889.§ (1) bek.)

f) A gyám jogai, kötelességei

A gyám joga és kötelessége a gyámolt személyéről és vagyonáról gondoskodni, és a gyámoltat képviselni. (1793.§) A gyámolt személyéről való gondoskodás kapcsán a gyámságról szóló fejezetben csak az került rögzítésre – ha a gyámhatóság vagy egyesület gyámként határoz a gyámolt elhelyezéséről –, hogy a gyámolt (és családja) vallását és világszemléletét is figyelembe kell venni. A gyámbíróság megvonhatja a gyámtól a gyámolt vallásos neveléséről való gondoskodás jogát, amennyiben vallásuk eltérő. (1801.§)

A törvény a vagyonkezelésre, a leltározásra és a számadásra vonatkozóan részletes szabályokat tartalmaz.¹⁷

¹⁷ A vagyonkezelésre vonatkozó szabályokat a törvény 1802-1847.§-ai tartalmazzák.

A gyám 1793.§-ban megfogalmazott általános képviseleti joga akkor kerül korlátozásra, ha érdekellentét áll fenn a gyám, a gyám házastársa, élettársa, vagy egyenes ági rokona és a gyámolt között. A gyám nem képviselheti a gyámoltat, ha a jogügylet kizárólag valamilyen kötelezettség teljesítésére szolgál. A gyámbíróság a gyámtól egy konkrét ügy, vagy bizonyos ügytípusok vonatkozásában is megvonhatja a gyámtól a gyámolt képviseletét. (1795-1796.§)

Külön ki kell térnünk arra az esetkörre, amikor több személy viseli a gyámságot. A gyám jogait és kötelességeit elláthatják közösen, és lehetőség van jogkörök felosztására is, az egyik gyám a gyámolt gondozását, a másik a vagyonkezelést látja el. A gyámi tisztség gyakorlásának megosztott formáját a kirendelő okmányban rögzítik. A gyámság közös gyakorlása esetén, valamint ha a gyámolt személyéről és vagyonáról külön gyám gondoskodik és a gyámok között vita van, a vitatott kérdésben a gyámbíróság dönt. (1797-1798.§)

A korábban említett gyámtípusnak, az ellengyámnak speciális jogai és kötelességei is vannak. Joga van a gyámtól felvilágosítást és az iratokba való betekintést követelni, és köteles a gyámbíróságnak jelenteni a gyám kötelességszegéseit és minden olyan körülményt, ami a bíróság közbelépését indokolja (pl. ha a gyám elbocsátása szükséges).¹⁸ (1799.§)

5. A gyámság Olaszországban

a) Forrás:

A Polgári Törvénykönyv (Codice civile, Cc.) 343-413. cikkei. (A rendelkezésünkre álló jogforrás csak erősen kivonatossan tartalmazza.)

b) A gyámság szükségessége

A gyámrendelés szükségessége akkor merül fel, ha a mindkét szülő meghalt, vagy a szülői hatalmukat valamilyen okból nem gyakorolják. (343.§)

c) A gyám kirendelése, felügyelete

Ha gyámrendelés szükségessége merül fel, a gyámbíró (der Vormundschaftsrichter) az erről való tudomásszerzést követően megteszi az előzetes intézkedéseket. A kiskorú érdekében lehetőség van – a gyám kirendelését megelőzően is – azonnali, sürgős intézkedések megtételére is.

d) A gyámság fajtái

A olasz jog is ismeri a gyámfajták „klasszikus triászát”. Minden esetben sor kerül ellenőrző gyám kirendelésére. Testvérek számára azonban rendszerint csak egy gyámot rendelnek.¹⁹ Az ellenőrző gyám képviseli a kiskorút a közte és a gyámja között felmerült érdek-összeütközés esetén; míg testvérek számára ilyenkor „különleges gondozót” kell kirendelni.

A törvény külön cím alatt a gondozott státuszban lévő gyermekeket is megemlíti, kiemelve azt, hogy a részletszabályokat külön törvény tartalmazza.

Az olyan kiskorúak esetében,

- akik ismeretlen szülőktől származnak,
- akik házasságon kívül születtek, csak az anya ismeri el őket, és nem tudja felnevelni,

¹⁸ Az ellengyám jogosultságai bizonyos vonatkozásban hasonlíthatók a magyar hatályos szabályozás szerinti gyámi tanácsadó jogosítványaihoz.

¹⁹ A különféle szabályozások ellenére általában azonos ez a szabály, amely szerint a testvéreknek közös gyámot kell kirendelni.

- testi vagy erkölcsi szempontból rossz körülmények között élnek (hanyag, képzetlen, erkölcstelen életmódot folytató, vagy más okból alkalmatlan személy neveli őket) gondoskodni kell állami gondozó intézetben való átmeneti elhelyezésükről. A gyámság ekkor az intézmény vezetőjét illeti meg.²⁰ A gyámbíró jogköre azonban érintetlen marad a tekintetben, hogy a gyámságot véglegesen egy gondozó intézetre vagy egy gyámra ruházza át. Az intézetnek jeleznie kell a gyámbírónak, ha a szülő ismételtén gyakorolni kívánja szülői hatalmát. Ha a szülő viszonyai megváltoztak, alkalmas a gyermek gondozására, a gyámbíró által meghatározott keretek között a szülői hatalom visszaállítására is sor kerülhet. (400-403.§)

Az olasz jog szintén gyámság alá helyezi azokat a nagykorúakat, illetve azokat az emancipált kiskorúakat, akik tartós és állandó elmebetegségük miatt ügyeiket nem képesek önállóan intézni. Az ilyen személyeket megfosztják önjogúságuktól és teljesen cselekvőképtelenek, helyettük a gyámjuk (Vormund) jár el. ²¹(414-432.§)

e) A gyámságból való kizárási, felmentési okok

Nem lehet gyám az a személy,

- aki a saját vagyonát is csak korlátozásokkal kezelheti,
- akit a szülők írásban kizártak a gyámi tisztség viseléséből,
- aki maga, vagy akinek házastársa, leszármazója, vagy felmenője jogvitát folytat a kiskorúval és fennáll a kiskorú vagy vagyona károsodásának veszélye,
- aki szülői hatalmát elveszítette,
- aki csődbe jutott és nem törölték a csődlistáról.

A törvény lehetővé teszi a gyámság viselése alól történő felmentést. Erre a tisztségre való alkalmatlanság miatt kerülhet sor.²² Ebben az esetben a tisztséget más alkalmasabb személy fogja ellátni. A Cc. 1995-ös módosítása szerint a nők nem tarthatnak igényt a gyámi tisztség alól történő felmentésre pusztán női mivoltukra való hivatkozással.

f) A gyámság, a gyámi jogviszony megszűnése

A gyámbíró méltatlanság, fizetéseképtelenség és nem megfelelő viselkedés esetén elbocsáthatja, sürgős intézkedést igénylő esetben átmenetileg fel is mentheti a hivatalából a gyámot. A döntés meghozatala előtt mindkét esetben meg kell hallgatni a gyámot.

g) A gyám jogai, kötelességei

A gyám feladata a kiskorúról való gondoskodás, a vagyon kezelése és a polgárjogi ügyekben való képviselés.

²⁰ Rokoni vonások fedezhetők fel az 1997. előtti magyar szabályozás intézeti gyámságra vonatkozó rendelkezéseivel.

²¹ Ehhez képest a korlátozottan cselekvőképesek, a tékozlás vagy iszákosság miatt önmagukat vagy családjukat veszélyeztetők, a megfelelő képzésben nem részesülő vakon és süketnémán születettek gondnokot (curator) kapnak.

²² A gyám alkalmasságának vizsgálata szinte valamennyi országban követelmény. A magyar szabályozás szintén tartalmazta ezt a követelményt. Az új Polgári Törvénykönyv koncepciója és tematikája ezt hangsúlyosan jeleníti meg igényként a jövőre vonatkozóan. „A gyám személyének a gyámhatóság részéről való kiválasztásában nagyobb súlyt kell kapnia a gyámnak a gyámi feladatok ellátására való alkalmasságának, sőt annak is, hogy olyan személy rendelhető ki gyámul, aki a gyámi tisztséget vállalja.” Magyar Közlöny 2003. évi 8. számában a Kormány 1003/3003. (I.25.) Korm. határozatával elfogadott szöveg 65. oldal IV. fejezet 2/a.

6. A gyámság Portugáliában

a) Forrás:

A Polgári Törvénykönyv (Codigo civil, Cc.) 1921-1972. cikkei.

b) A gyámság szükségessége

A gyámság szükségessége akkor merül fel, ha

- a gyermek szülei meghaltak,
- ismeretlenek,
- 6 hónapnál hosszabb időn keresztül nem tudják gyakorolni szülői jogaikat és kötelezettségeiket, vagy
- a szülők a gyermek ellátásában akadályoztatva vannak. (1921.§)

c) A gyám kirendelése, felügyelete

A gyámsággal kapcsolatos feladatokat a gyám és a családi tanács látja el. A vagyon kezelésére külön személy(ek) nevezhető(k). A gyám, a vagyonkezelő és a családi tanács tagjainak kiválasztásában – a törvényben meghatározott keretek között – a fiataikorúak bíróságának van hatásköre. (1924-1925.§)

d) A gyámjog sajátos intézményei a portugál jogban

A családi tanácsra vonatkozó szabályok egyértelműen a francia jog hatását tükrözik. A tanács egyik tagja az államügyészség (die Saatsanwaltschaft) egy megbízott tagja.²³ Két másik személyt a gyermek rokonai, ezek hiányában a szülők barátai, közül választ ki a bíróság. A személyek kiválasztásakor irányadó szempontok is hasonlóak a franciáknál soroltakhoz. Figyelembe kell venni: a rokonsági fokot, a kapcsolat minőségét, az életkort, a lakóhelyet, a képességeket, a gyermek iránt tanúsított érdeklődést. Lehetőség szerint az apai és anyai rokonoknak is biztosítani kell a képviselét. A családi tanács feladata, hogy a törvény által biztosított jogok gyakorlásának mikéntjét meghatározza, és felügyelje a gyám tevékenységét. (1951-1954.§)

Ez utóbbi feladat ellátásával a családi tanácson belül, az ellengyámnak nevezet személyt bízzák meg. A pártatlan eljárás érdekében – törvény ezt rögzíti – az ellengyámnak lehetőség szerint a másik rokonsági ágot kell képviselni. Ha ez nem lehetséges (pl. mert mindkét tag ugyanazt a rokonsági ágot képviseli, vagy nem is rokonok a tagok), akkor a bíróság jelöli ki az ellengyám személyét.

További feladata:

- a gyámot akadályoztatása esetén való helyettesítése,
- a gyám és a gyámolt közötti érdekellentét esetén, a gyermek képviselése,
- a gyám beleegyezésével, a családi tanács által megállapított feltételek mellett kezelheti a vagyont. (1955-1956.§)

A családi tanácsot valamely tagja, a bíróság, az államügyészség, a gyám, a vagyonkezelő, a gyermek rokona, vagy a 16. életévét betöltött fiatakorú kérésére kell összehívni. Az üléseken a képviselőt kizárt, a személyes megjelenés kötelező. Ha az egyik tag hiányzik és az ismételt összehívás sem eredményes, a másik tag meghallgatását követően a vitás kérdésekben az államügyész dönt. Az üléseken tanácskozási joggal azok is részt vehetnek, akik az ülés összehívását indítványozhatják, vagy meghallgatásuk egyébként célszerű. A tagok tevékenységükért díjazásban nem részesülnek. (1957-1960.§)

²³ Sajátos és szinte egyedülálló, hogy az államügyészség ennyire operatív módon részt vesz és közreműködik a családi tanács munkájában.

e) *A gyámság fajtái*

A szülőket –továbbá a szülői hatalmat egyedül gyakorló szülő esetén a szülőt – megilleti az a jog, hogy gyermeküknek végrendeletben, közjegyzői, vagy közjegyző által hitelesített okiratban gyámot rendeljenek. Ha a közös gyámrendelést követően csak az egyik szülő halálozik el, a rendelkezés a másik szülő halálát megelőzően csak akkor lép életbe, ha őt a szülői hatalom gyakorlásától megfosztják. Az okiratban több gyám is megjelölhető. Az ottani sorrend a későbbiekben is irányadó, kivéve, ha a gyámok egymás között másként állapodnak meg.

Ha a szülők nem, vagy nem megfelelően neveztek gyámot, a fiatakorúak bíróságának feladata, hogy a családi tanács meghallgatását követően a rokonok, vagy más – a gyermekről már korábban is gondoskodó – személyek közül gyámot rendeljen. A gyám kirendelése előtt a 14. életévét betöltött gyermeket is meg kell hallgatni. (1928-1931.§)

Ha nincs a gyámság viselésére alkalmas személy, az intézeti gyámságra vonatkozó szabályok lépnek életbe. Ekkor a magán-, vagy állami kézbe lévő intézet vezetője gyakorolja a gyámi tisztséget. (1962.§)

f) *A gyámságból való kizárási, felmentési okok*

A gyámság viseléséből kizártak körét a portugál jog igen széleskörűen határozza meg. Kizárt a gyámság viseléséből:

- a nem emancipált fiatakorú, ha gondnokság alá helyezték,
- az a személy, aki bizonyítottan elmebeteg, függetlenül attól, hogy gondnokság alatt áll-e,
- akinek életmódja, magaviselete nem megfelelő,
- az olyan szülő, akinek szülői hatalmát korlátozták,
- aki már viselt gyámi tisztséget, vagy volt családi tanácsnak tagja, de hivatalából felmentették vagy felfüggesztették,
- aki házassága felbontását önhibájából mondták ki,²⁴
- aki a gyermekkel vagy annak szüleivel szemben panasszal élt, ha azóta kevesebb, mint öt év telt el,
- akinek szülei, gyermekei, vagy házastársa élt a gyermekkel vagy annak szüleivel szemben panasszal, ha a panasztétel óta kevesebb, mint öt év telt el,
- akit a gyermek szülei zártak ki,
- aki a gyermekkel vagy szüleivel ellenséges viszonyban van.

A bíróság mérlegelésétől függően kivételt képezhetnek a pazarlók, a csődbejutottak, a fizetéseképtelenek, azok, akiknek szülői hatalma kizárólag vagyoni helyzete miatt van korlátozva, és a gyámság viselésétől ezért ideiglenesen eltiltották. Az említett személyek vagyoni helyzetének kedvező változását követően a bíróság dönthet úgy, hogy a gyermeket náluk helyezi el, és gyámi tiszttel is viselhetnek. (1933.§)

A gyámság viselésétől mentesül a személy, ha:

- a megkérdezett a köztársasági elnök vagy a kormány tagja,
- szerzetes, pap vagy apáca,
- katonai szolgálatot teljesít,
- a gyermek vagyonának fekvése szerint illetékes bíróság területén kívül él, kivéve, ha a felelőssége csak a gyermek személyére terjed ki, vagy a vagyon csekély mértékű,

²⁴ A házasság felbontása és az önhiba értékelése sajátos feltétel.

- háromnál több gyermeket nevel,
- más gyámsági vagy gondozói tevékenységet folytat,
- 65 évnél idősebb,
- oldalági rokona a gyermeknek, vagy negyedfokú egyenesági rokona,
- ha betegsége, munkahelyi tevékenysége, vagy a jövedelme miatt a gyámság vállalása jelentős terhet jelentene. (1934.§)

A gyám utóbb is kérheti elbocsátását, ha az elutasítási ok utóbb merül fel, vagy három év elteltével akkor, ha a gyámságot az elutasítási ok ellenére vállalta el és az még fennáll. (1950.§)

g) A gyámság, gyámi tisztség megszűnése

A gyámság megszűnik:

- a nagykorúság eléréssel,
- az emancipációval,
- örökbefogadással,
- ha a szülői hatalom gyakorlása már nincs akadályoztatva,
- az apaság vagy anyaság megállapításakor. (1961.§)

A gyám „helyettesítésére” kerül sor, ha:

- a gyám kötelezettségeit nem teljesíti, vagy alkalmatlannak minősül,
- a gyámi tisztség elvállalása után olyan körülmények merülnek fel, amelyek már a kinevezését is megghiúsítanak.

A helyettesítést az államügyészség, a gyermek rokona, vagy más olyan személy indítványozhatja, akinek felügyeletére de iure vagy de facto rábízta. A döntést a fiatakorúak bírósága a családi tanács meghallgatását követően hozza meg.²⁵ (1948-1949.§)

h) A gyám jogai, kötelességei

A gyám jogait és kötelességeit a portugál törvények a szülői jogokra és kötelességekre való utalással határozzák meg. A kettő főszabály szerint megegyezik, a gyámnak a jó családapa gondosságával kell eljárnia. (Itt egyértelműen egy régi római jogi szabály tér vissza.) Ezen túlmenően, részletekbe menően rögzítik a vagyon kezelésére vonatkozó elveket, amelyek jóval több kötöttséget tartalmaznak a szülőkre vonatkozó elveknél. (1935.§)

7. A gyámság Svájcban

a) Forrás:

A polgári Törvénykönyv (Zivilgesetzbuch, ZGB) 360-456. cikkei.

b) A gyámság szükségessége

A svájci törvények szerint gyámság alá tartoznak azok a kiskorúak, akik nem állnak szülői felügyelet alatt.

²⁵ Nem találtunk részletszabályt arra vonatkozóan, hogy a gyám helyettesítése esetén készítenek-e a kiskorú vagyonáról leltárt vagy számadást.

A gyámság (Vormundschaft) szükségessége felmerülhet nagykorú személy vonatkozásában is, ha

- elmebetegség vagy gyengeelméjűség miatt saját ügyeinek ellátására nem képes, állandó gondoskodásra vagy felügyeletre szorul, vagy mások biztonságát veszélyezteti,
- tékozlás, iszákosság, szenvedélybetegség, vagy a vagyonkezelés módja miatt családját szükséghelyzetnek vagy elszegényedésnek teszi ki, mások biztonságát veszélyezteti, vagy folyamatos felügyeletet igényel,
- egy évnél hosszabb szabadságvesztésre ítélték,
- ő maga kéri a gyámság alá helyezését időskori gyengeségre, fogyatékosságra, tapasztalatlanságra való hivatkozással.

c) *A gyám kirendelése, felügyelete*

A gyám kinevezése a gyámhatóság feladata. A ZGB e tekintetben csupán általános megállapításokat tartalmaz. A gyámhatóságokra, a felügyeleti szervekre, a fellebbviteli fokokra és ezek illetékességére vonatkozó részletszabályok megállapítását a kantonokra bízta.²⁶ Abban az esetben, ha a gyámolt érdeke - még a gyám személyének megállapítása előtt - beavatkozást igényel, a gyámhatóság megteszi a szükséges intézkedéseket. Lehetőség van a cselekvőképesség átmeneti megvonására és ebben az esetben eseti gondnok kirendelésére is. A gyám kiválasztásának tényét haladéktalanul közlik a gyámmal, és a lakóhelyen, valamint a lakóhely székhelyének hivatalos lapjában is közzéteszik. A közzététel a törvényellenes kinevezés megtámadásának lehetőségét biztosítja, a tudomásszerzéstől számított 10 napos határidőn belül. Ez a határidő szolgál a gyámként megnevezett személynek is arra, hogy elutasítási okot érvényesítsen. Ha a hatóság a megtámadást vagy az elutasítást alaposnak találja, új gyámot jelöl meg, egyet nem értés esetén az ügyet a felügyeleti hatósághoz terjeszti fel.

A törvény kivételes esetben lehetővé teszi a gyámhatóság jogainak és kötelességeinek a családi tanácsra (der Familienrat) történő átruházását is. Ennek a gyámolt érdekét kell szolgálnia. (Például gazdasági társaság vagy mesterség továbbvitale adhat alapot erre.) A családi tanács tagjait két közeli cselekvőképes rokon, vagy egy közeli rokon és a gyámolt kérésére a felügyeleti hatóság jelöli ki. A legalább három tagból álló testület tagja a gyámolt gyámság viselésére alkalmas rokona, vagy házastársa lehet. A kötelességeik teljesítése érdekében a törvény biztosítékot követel meg a tanács tagjaitól. A tisztség határozott időre – négy évre szól -, de a felügyeleti hatóság a jogkörátruházást bármikor visszavonhatja a kötelességek elmulasztása esetén, vagy ha a gyámolt érdekei ezt kívánják.

d) *A gyámság fajtái*

A gyámnevezési eljárás során azok a nagykorú személyek vehetők figyelembe, akik a tisztség ellátására a törvény szerint alkalmasak. Kivételesen lehetőség van ugyanazon személy vonatkozásában több gyám kinevezésére is.

A szóba jövő személyek közül elsődleges a szülők valamelyike által megnevezett személy gyámul való nevezése. Ilyen személy hiányában a házastárs vagy egy közeli rokon lesz a gyám, figyelembe véve a gyámolttal való személyes kapcsolatot és a lakóhelyek távolságát. Ha elmebetegség, gyengeelméjűség, szenvedélybetegség, iszákosság miatt a gyámság alatt álló nagykorú részére a családban történő gondozás nem biztosítható, lehetőség van az intézeti kezelés elrendelésére is. A kérdésben a gyámhatóság dönt, de az érintett vagy egy hozzá közel

²⁶ Felvetődik a kérdés, hogy mennyire egységes a gyámság szabályozása és hogyan harmonizál az egyes kantonok között. Külön vizsgálat tárgyát képezhetné az illetékesség változását követően – más szabályozási környezetben - a gyámolt sorsának alakulása..

álló személy a döntés közzétételétől számított 10 napon belül a bíróságnál jogorvoslati kérelmet terjeszthet elő. Az intézeti gondoskodás elrendelése korlátozza az érintett személyes szabadságát, ezért csak az érintett személy állapota által indokolt ideig tartható fenn.

e) A gyámságból való kizárási, felmentési okok

A gyámi tisztség viseléséből kizárt:

- aki maga is gyámolt,
- akit polgári jogaitól megfosztottak, vagy becstelen életmódot folytat,
- akinek érdekei a gyámolt érdekeivel ellentétesek, vagy vele haragban áll,
- a gyámhatóság tagja, ha más alkalmas személy áll rendelkezésre.

A gyámság viselése a gyámolt minden férfi rokonának és férjének kötelessége, visszautasításra csak meghatározott okokra hivatkozva van lehetőség.

Ezek:

- a 60. életév betöltése,
- olyan testi fogyatékoság, amely a feladat ellátását nagymértékben megnehezítené,
- több, mint négy gyermekről való gondoskodás,
- egy időigényes, vagy két másik gyámság gyakorlása,
- szövetségi tanácsban, szövetségi bíróságban való tagság, kantonok államszövetségének kancellári tiszte,
- más, a kantonok által megjelölt hivatal tagsága.

f) A gyámság, a gyámi jogviszony megszűnése

Megszűnik a gyámság

- a kiskorú gyámolt nagykorúvá válásakor,
- a szabadságvesztésre ítélt személy büntetésének kitöltésével,
- más esetekben, akkor, ha a gyámhatóság ilyen tartalmú döntést hoz. A megszüntetés iránti kérelmet a gyámolt és az a személy nyújthatja be, akinek ez érdekében áll.

Elmebetegség vagy gyengeelméjűség miatt elrendelt gyámság megszüntetésének csak egyetértő szakértői vélemény esetén van helye. A tékozlás, iszákosság, szenvedélybetegség vagy rossz gazdálkodás miatt elrendelt gyámság megszüntetésének pedig csak akkor, ha a gyámolt legalább egy éve nem adott okot panaszra. A megszüntetés iránti eljárás részleteinek megállapítása a kantonok hatáskörébe tartozik, de biztosítani kell a szövetségi bírósághoz való fellebbezés lehetőségét.

A gyámi tisztség akkor szűnik meg, ha

- ha a gyám cselekvőképességét elveszti, vagy meghal,
- ha a 2 évre szóló kinevezés időtartama lejárt és meghosszabbítás nem történik (ez egyszer történhet meg újabb két évre),
- ha a gyámmal szemben kizárási ok merül fel,
- ha a gyámhatóság a gyámot felmenti hivatalából jogokkal való visszaélés, súlyosan gondatlan eljárás, fizetéseképtelenné válás, vagy olyan cselekmény elkövetése miatt, amely alapján méltatlanná vált. A felmentésre okot adhat az is, ha a gyámi feladatoknak akár vétlenül nem tesz eleget, és a gyámolt érdekeit ez veszélyezteti.

Szükség esetén ideiglenes intézkedések is eszközölhetők. A felmentést a belátási képességgel rendelkező gyámolt, illetve bármely érdekelt kezdeményezheti, de hivatalból is helye van, amennyiben a hatóság más úton szerez tudomást az esetről. Ha a vizsgálat csupán kisebb szabálytalanságot tár fel, gyámhatóság 100 frankig terjedő pénzbírságot alkalmazhat, és kilátásba helyezheti a felmentés lehetőségét. Súlyosabb eset akár büntető feljelentés megtételére és a gyám vagyonának elkobzására is lehetőséget adhat.

g) A gyám jogai, kötelességei

A gyámolt kiskorúsága esetén a gyám elsődleges kötelessége a gyámolt eltartása és nevelése. A gyámot ekkor a szülői jogok illetik meg, de a törvény fenntartja a gyámhatóság beavatkozásának lehetőségét. A gyámolt nagykorúsága esetén a gondozás fogalma a gyámolt érdekeinek védelmét és a személyes ügyekben való tanácsadást takarja.²⁷ A gyám feladata a gyámolt jogi ügyekben való képviselése, de a törvény itt is fenntartja a gyámhatóság közreműködésének lehetőségét. A vagyonkezeléssel kapcsolatban a gondos eljárás kötelezettségét rögzíti a törvény. A kezelésről könyvelés vezetendő, amelyet legalább kétfévente kell a gyámhatóságnak bemutatni.

8. A gyámság Svédországban

a) Forrás:

A szülőkről szóló 1949. június 10-i 381. sz. törvény 10-14. fejezetei.

b) A gyámság szükségessége

Gyámság alatt a kiskorú személyek állnak. A kiskorú személy házasságkötése – az általában követett szabálytól eltérően – nem érinti a gyámságot, a kiskorú gyámja továbbra is az marad, aki korábban volt. (10.fejezet 3.§)

c) A gyám kirendelése, felügyelete

A gyám a felettes gyám és az illetékes albíróság (Untergerichts) felügyelete alatt végzi tevékenységét.

A gyám kirendelését (vagy felmentését)

- a felettes gyám,
- a 16. életévét betöltött kiskorú,
- a kiskorú házastársa, a kiskorú közeli hozzátartozója is kezdeményezheti. (10.fejezet 18.§)

A gyám kirendelésére az albíróság az illetékes, ahol a gyámság regisztrálására sor került. Az illetékességet főszabály szerint a gyám lakóhelye határozza meg. (12. fejezet 1.§) A felettes gyám közvetlenül felügyeli, hogy a gyám a gyámságból fakadó kötelességeit teljesíti-e, illetve, hogy a gyámolt jogainak megóvása megvalósul-e. (17. fejezet 1.§)

d) A gyámság fajtái

A kiskorú gyermek gyámságát elsősorban az öt gondozó szülők látják el.²⁸ Ha valamely szülővel szemben kizárási okok állnak fenn, vagy eltiltják a gyámságtól, a gyámságot kizárólag a másik szülő viseli. (10. fejezet 2.§)

²⁷ A svájci szabályozás a török szabályozáshoz hasonlóan a gyámságot a nagykorú személyekre is kiterjeszti hasonló feltételek fennállása esetén.

²⁸ Lényegében a szülői gyámság más országokban a szülői felügyelethez kapcsolódó jogosítványokat tartalmazza.

Alkalmas szülő hiányában a kiskorú részére az albíróság rendel gyámot. A szülők kiskorúsága miatt kirendelt gyám csak a valamely szülő nagykorúsága eléréséig gyakorolja a tisztséget. (10. fejezet 5.§)

Az albíróság a gyám kirendelése során figyelembe veszi a szülők esetleges ez irányú rendelkezését. A szülők által megjelölt személy mellőzésére csak annak alkalmatlansága esetén kerül sor. (10. fejezet 7. §)

A kiskorú számára több gyám (Mitvormund, azaz társgyám) is kirendelhető, ha ezt a körülményei indokolják. Ebben a vonatkozásban az albíróságnak mérlegelési jogköre van. (10. fejezet 8.§) Ha több gyámot rendelnek ki, a gyámok a vagyont közösen kezelik, de az albíróság dönthet akként, hogy a gyámok csak meghatározott vagyonrészt kezelnek. (Az eset körülményeitől függően más elv szerint is történhet a feladatok megosztása.) A kiskorú személyéről való gondoskodást is bízhatja több személyre az albíróság, ha a gyámok házastársak, vagy élettársi viszonyban állnak.²⁹ Ha a gyámok között valamely kérdés kapcsán nézeteltérés merül fel, annak a véleménye számít, akit a felettes gyám (Obervormund) korábban kijelölt. (13. fejezet 8.§)

A gyám kirendelésére irányuló eljárás elhúzódása esetén – amennyiben a kiskorú gondozásának szükségessége merül fel – ideiglenes gyám kirendelésére is sor kerülhet. (10. fejezet 16.§)

e) A gyámságból való kizárási, felmentési okok

Gyámnak nemtől függetlenül becsületes, tapasztalt, vagy egyéb okból alkalmas személy rendelhető ki. (10. fejezet 6.§)

Nem lehet gyám, aki

- kiskorú, vagy
- maga is gondozásra szorul (10. fejezet 1.§).

A gyám felmentésére az adhat okot, a gyám

- törvénysértő magatartása,
- más mulasztása,
- a fizetése képtelenné válása,
- illetve ha más ok miatt a gyámi tisztség viselésére alkalmatlanná válik. (10. fejezet 10.§)

Az albíróság a gyámot felmentő döntésének jogerőre emelkedése előtt is felmentheti, ha jogerős döntés bevárásával járó késedelem a kiskorú számára veszélyt jelentene. (10. fejezet 17.§) A felmentésre okot adó körülményről az albíróság a felettes gyámtól, a 16. életévét betöltött kiskorútól, a kiskorú házastársától, vagy közeli hozzátartozójától, illetve a szociális gondozótól is tudomást szerezhet. Az eljárás kérelemre indul, de a gyámolt veszélyeztetettsége esetén hivatalból is eljárhat az illetékes szerv. (10. fejezet 18.§)

A gyám felmentésre kerülhet sor, ha a gyám betegség vagy más ok miatt nem képes a gyámsággal kapcsolatos feladatainak ellátására. A felmentett gyám helyett az albíróság ekkor egy gondnokot rendel ki a kiskorúról való gondoskodásra. (11. fejezet 1.§)

A gyám maga is lemondhat a tisztségről. Kivételt a szülők képeznek. (10. fejezet 9.§)

f) A gyámság, a gyámi jogviszony megszűnése

A gyámság megszűnik, ha a gyámolt nagykorúvá válik, vagy valamilyen okból új gyám kirendelésére kerül sor.

g) A gyám jogai, kötelességei

²⁹ Ennek jelentősége természetesen akkor van, ha nem a szülők, vagy az egyik szülő látja el a gyámságot.

A gyám elsődleges kötelessége a gyámolt személyéről gondoskodni, a gyámolt vagyont kezelni és a gyámoltat minden vagyoni ügyében képviselni. (13. fejezet 1.§) Köteles a gyámolt jogait a legnagyobb körültekintéssel megóvni, és érdekeit a lehető legjobban képviselni. (13. fejezet 3.§)

A gyám jövőjével összefüggő kérdésekben való döntés előtt köteles a 16. életévét betöltött gyámolt véleményét is meghallgatni. Ha a gyámolt házas, a házastárs véleményét is be kell szerezni. (13. fejezet 5.§)

A vagyonkezelésre vonatkozó szabályokat részletesen szabályozza a törvény. Vannak esetek, amikor a törvény mögöttes szabályozást tartalmaz és más speciális rendelkezést kell alkalmazni. Speciális szabályok vonatkoznak az ajándékozás, végrendelet, vagy járadék útján szerzett vagyont is. (13. fejezet 1.§)

A gyám a gyámság körébe tartozó bármely kérdésről köteles a felettes gyám, vagy az albíróság felhívására beszámolót készíteni. (13. fejezet 6.§) Az albíróság mérlegelésétől függ az is, hogy a gyámot biztosíték fizetésére vagy zálog nyújtására kötelezi-e és ha igen, milyen összegben. A biztosíték kezeléséről, illetve a zálog megőrzéséről az albíróság a felettes gyám révén vagy más megfelelő módon gondoskodik. (13. fejezet 7.§)

A gyám köteles megtéríteni azt a kárt, amit a gyámoltnak szándékosan vagy gondatlanul okozott. Több gyám esetén a kártérítési kötelezettség a vétkesség foka szerint terheli a gyámokat, ha ez nem állapítható meg, akkor egyenlő arányban. A gyám időközben bekövetkezett fizetéseképtelensége esetén a többi gyám felel. A gyámolt a gyámság megszűnésétől számított egy éven belül indíthat kártérítési keresetet. A határidő a gyámság megszűnésekor készített számadás átadásától számít.³⁰ A keresetindításra biztosított egy éves határidő azonban bűncselekménnyel okozott kár megtérítéséért indított perre nem vonatkozik. (13. fejezet 9-10.§)

Az általános képviseleti jogot biztosító szabály alól az érdekellentét a kivétel, amely a gyám, a gyám felesége, vagy más, általa képviselt személy és a gyámolt között áll fenn. Testvéreknek kirendelt közös gyám azonban képviselheti a gyermekeket az örökség megosztásával kapcsolatos ügyben, ha nincs érdekellentét közöttük. (13. fejezet 2.§)

III. A különféle országok szabályozására jellemző sajátosságok

1./ A rokonok szerepe, a családi tanács

Bulgáriában a rokonok közreműködésével gyámsági tanács működik. Franciaországban a családi tanács nagyon erős jogosítványokkal rendelkezik. A családi tanács választ gyámellenőrt és nagy szerepe van a gyám vagyonkezelésének koordinálásában is.

Portugáliában a gyámságot kvázi a gyám és a gyámsági tanács együttesen látja el.

Svájcban is működik a családi tanács intézmény, tagjait a gyámhatóság nevezi ki.

A Gyt. ismerte a családi tanács intézményt, de *Szokolay Leó* szerint hazánkban mindössze egy működött, és elsikkadt a jelentősége.

³⁰ A jogorvoslatra vonatkozó szabályozás a magyar szabályozással azonos.

A hatályos magyar szabályozás a kiskorú családban való nevelését helyezi előtérbe, de a rokonokra kevésbé épít. A családi tanács gondolata nincs napirenden.

2./ A gyámrendelés „sajátos „ esetei

Finnországban a szellemi fogyatékos, tékozló, vagy testi hibás nagykorú személy részére gyámot rendelnek ki.

Törökországban hasonló a szabályozás a tékozló életvitel, vagy rossz üzletvezetés, továbbá az egy évnél hosszabb tartamú szabadságvesztés kiszabása az érintett személyek vonatkozásában gyám kirendeléséhez vezet. Az utóbbi szabályt Svájcban is alkalmazzák.

Bulgáriában és Oroszországban a tizennegyedik életévét betöltött kiskorú automatikusan tizenhét éves koráig gondnokság alá kerül.

Nem kívánunk a más-más szabályozási környezetből kiragadott szabályokhoz külön magyarázatot fűzni, mint „sajátosságot „érdemesnek tartottuk megemlíteni.

3. /Helyettes gyám, többes gyám, hivatásos gyám

A helyettes gyám, a többes gyám több ország szabályozásában szabályozott és alkalmazott intézmény.

A többes gyámság Ausztriában, Finnországban, Franciaországban, vagy Németországban nem teljesen azonos tartalommal de működik. A többes gyámok általában osztott jogkörben járnak el. Finnországban a gyám vagyonának kezelése egyes vagyontárgyak vonatkozásában elkülöníthető a gyámok között. Franciaországban az egyik gyám a gyámolt vagyonának kezelését, a másik a gyámolt személyi felügyeletét látja el.

Portugáliában a gyámolt vagyonának kezelését a gyámi tanács mellett egy, vagy több vagyonkezelő is gyakorolhatja.

Svédországban a társgyám a többes gyám nevesített esete. Sürgős esetben ideiglenes gyámot is ki lehet rendelni.

A hivatásos gyám is több országban ismert és alkalmazott, különösen abban az esetben, ha nincs a rokonok között alkalmas kirendelhető személy.

Ausztriában hivatásos gyám lehet a gyermekjóléti szolgálat gondozója, Németországban a gyámhatóság jár el hivatásos gyámként.

Oroszországban és Romániában ismert az intézeti gyámság.

4./ Gyámi tanácsadó, gyámellenőr

Vitatkozni lehet abban a vonatkozásban, hogy a gyámi tanácsadó mennyiben lát el klasszikus gyámellenőri tevékenységet. A magyar hatályos szabályozás a gyámi tanácsadók tevékenységét nem a gyám ellenőrzésére, hanem a tanácsadásra koncentrálja.

Más országokban a gyámellenőrök konkrét ellenőri jogosítványokkal rendelkeznek.

Franciaországban a gyámellenőrt a családi tanács választja meg. Németországban a gyámellenőrt ellengyámnak tekintik.

Olaszországban ellenőrző gyámot rendelnek ki, ha a gyám a gyámolt, vagy testvére között érdekellentét áll fenn.

Magyarországon a gyámok helyettesítését a jogalkotó nem szabályozta. A hivatásos gyám akadályoztatása – esetleg szabadsága - esetén eseti gondnok rendelhető ki. Ezzel a lehetőséggel a jogalkalmazók kevésbé élnek, ezért a kiskorú gyámolt törvényes képviselője olykor nem biztosított. A probléma kiküszöbölhető lenne ideiglenes, vagy helyettes gyám szabályozásával. A gyámrendelés során a helyettes gyámot is meg kellene jelölni, aki a gyám akadályoztatása esetén minden további intézkedés nélkül ellátná a halaszthatatlanul szükséges feladatokat.

Felhasznált irodalom és a hivatkozott jogszabályok

Csiky Kálmán: A magyar közigazgatási jog kézikönyve. Bp., 1899. Pallas Irodalom és Nyomda Rt.

Szokolay Leó: A rokonok szerepe a gyámhatósági eljárásban. Pécs, Egyetemi Kiadó, Nyomdaipari Rt. 1943.

Zámbó Géza: A gyermekvédelmi gyámság (történeti gyökerek, jelenkori problémák és lehetséges jövőképek) PhD értekezés, Szeged, 2005.

Ausztria: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB).

Finnország: 1898. évi 34. sz. a Gyámságról szóló törvény.

Franciaország: Code civil.

Németország: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Frankfurter Lehr- Praxis-Kommentar zum (KJHG/SGB).

Olaszország: Codice civile (Cc.)

Portugália: Código civil (Cc.)

Svájc: Zivilgesetzbuch (ZGB)

Svédország: 1949. évi 381. sz. törvény