

TAKÁCS PÉTER

JOHN AUSTIN

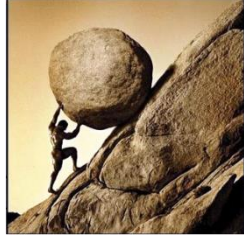
**ÉS A KLASSZIKUS ANALITIKUS ISKOLA
JOGELMÉLETE**

JOHN AUSTIN ÉS A
KLASSZIKUS ANALITIKUS ISKOLA JOGELMÉLETE

SISYPHUS

ÁLLAM- ÉS JOGBÖLCSELETI ELŐADÁSOK

HU ISSN 2061–6724



Bibliotheca Iuridica
Publicationes Cathedrarum 41

HU ISSN 1586–8265

TAKÁCS PÉTER

**JOHN AUSTIN ÉS A
KLASSZIKUS ANALITIKUS ISKOLA
JOGELMÉLETE**

BUDAPEST 2010

A borító René Magritte: *Az ember fia* [*Le fils de l'homme*, 1964] és *Férfi keménykalapban* [*L'Homme au Chapeau Melon*, 1964] című képeinek felhasználásával készült.

Az itt közzétett írás azon egyetemi előadások szerkesztett, kibővített és szemléltető idézetekkel kiegészített anyaga, amelyeket a szerző 2005 és 2010 között különböző egyetemeken tartott. A képek jelentős része az internetről származik és engedéllyel került felhasználásra vagy az internetes közlési hely nem utalt felhasználási korlátra.

Az első kiadás nyomdai munkálatait az ELTE Állam- és Jogtudományi Karának pénzügyi támogatása tette lehetővé. Az e kiadásban megjelent példányokat – melyekben e bejegyzés olvasható – ezen intézmény hallgatói térítés nélkül kapták meg.

ISBN 978–963–284–142–7

© René Magritte (*borítókép*)

© Takács Péter (*szöveg*)

TARTALOM

A JOGI POZITIVIZMUS	1
A jog szemléletmódjai és a pozitivista jogszemlélet ♦ A pozitívizmus mint jogi gondolkodásmód ♦ A pozitívizmus mint jogelmélet	
BENTHAM ÉS AUSTIN JOGELMÉLETE	29
Jeremy Bentham elméletének vázlata ♦ John Austin élete és munkássága ♦ A jog elmélete: fogalmak elemzése ♦ Hatalom és engedelmesség: a szuverenitás kérdése	
A KLASSZIKUS ANALITIKUS ISKOLA	52
Az iskola képviselői és főbb tanai ♦ A joghelyzetek elmélete: Wesley N. Hohfeld és Albert Kocourek ♦ A klasszikus iskola hatása	
JEGYZETEK	68
SZAKIRODALOM	78
NÉVMUTATÓ	83

A JOGI POZITIVIZMUS

A *jogi pozitivizmus* kifejezést, valamint annak különböző változatait (például: jogpozitivista, a jogi pozitivizmus híve stb.) több értelemben is használjuk. Mindenekelőtt egy sajátos, elsősorban a jogászokra és a jogot hivatásszerűen alkalmazó tisztviselőkre jellemző **gondolkodásmódra** utalunk vele, de e kifejezést alkalmazzuk a jog egyik lehetséges **szemléletmódjának** megnevezésére is, melyet bárki elfogadhat. Végül, pozitivistának nevezünk bizonyos **tudományos elméleteket** is a jogbölcselet, mindenekelőtt pedig a jogelmélet terén.

Így mondhatjuk azt, hogy valaki a pozitivista szemléletmód alapján közelíti meg a jogi kérdéseket; hogy bíróként, ügyvédként vagy más jogász foglalkozást űzve pozitivista minták szerint gondolkodik, s azt is, hogy egy jogelmélet vagy jogfilozófia pozitivista jellegű. Nyilvánvaló, hogy egy pozitivista jogelmélet mögött valamilyen jogpozitivista gondolkodás- és szemléletmód áll, s ez utóbbiak gyakran vezetnek pozitivista jogelméletekhez. Ám távolról sem biztos az, hogy aki gyakorló jogászként pozitivista módon gondolkodik, az mindenben egyet is ért a pozitivista jogelméletekkel. A „szemlélet”, a „gondolkodásmód” és az „elmélet” tehát *nem* logikai *szükségszerűségek módjára* függ össze egymással.¹

Továbbá: e három jelenség **időrendi megjelenése** is különbözik. Mint szemléletmód a pozitivizmus **ősi jelenség**, tulajdonképpen szinte egyidős a joggal; mint jogászai gondolkodásmód az **újkori európai** országokban kibontakozó joggyakorlat kiegészítése és feltétele s mintegy három-négy évszázados múltja van; tudományos elméletként pedig a pozitivizmus – a legtöbb jelentős jogelméleti irányzathoz hasonlóan – a **XIX. század eleje** óta része hagyományainknak.

A „POZITÍV JOG” ♦ A jogi pozitivizmus a *jog* olyan szemlélete, elmélete és annak érvényesítéséhez szükséges olyan gondolkodásmód, amelynek középpontjában a *pozitív jog* áll.

A *pozitív* szót először – bár a jogra még csak közvetve vonatkoztatva – a II. században használták a maihoz hasonló értelemben. Aulus Gellius ókori nyelvész, a *Noctes Atticae* [Attikai éjszakák]² című mű szerzője ugyanis a *naturalis* | *positivus* szavakkal fordította latinra a görög *phúszzei* | *theszei* fogalompárt, mely közismert módon a természeti törvény és a mesterséges (emberi, társadalmi-jogi) törvény ellentétére utalt. A *positivus* – szemben a természettől adottal, vagyis azzal, ami „természetes” [*phúszzei, naturalis*] – ekkor

arra utalt, ami az emberi *akarat* szándékos alkotása.³ Az évszázadok folyamán a két kifejezés a jog, illetőleg a törvény eszméjéhez is társult (a *naturalis* hamarabb, a *positivus* később), s bár mindkettő sok jelentésváltozáson ment át, a „pozitív jog” mint kifejezés a XVIII-XIX. századtól többé-kevésbé állandósult tartalommal bír.

A *pozitív jog* kifejezés mai jelentését a „pozitív” jelző értelme határozza meg, mely leszűkíti a *jog* jelentéstartományát.

A *pozitív* szó mind a magyar, mind a modern európai nyelvekben a latin *positus* főnév [állás, fekvés, helyzet], illetőleg a *pono* ige [odatesz, odaállít, elültet, elvet, elhelyez, alapoz valamire, helyez valamibe, felállít, meghatároz, megszab, megállapít, kijelent, állít, számít, sorol valahová] jelentését hordozza. A jogi nyelvben a „pozitív jog” így mindenekelőtt a **megállapított** és **rögzített** jogi szabályokra utal. Mivel e szabályok rögzítettek és *megállapítottak*, a jogalkalmazás szempontjából is viszonylag könnyen *megállapíthatók*. Az ilyen jog e jellemzőinél fogva képes arra, hogy érvényesüljön, ill. **készen áll** arra, hogy **érvényesítsék**. A megállapított jelleg – többnyire, bár nem mindig – a jog **jogalkotó** által **meghatározott** voltát is jelenti. Emiatt a „pozitív jog” elsősorban **alkotott**, s mint ilyen, emberek valamilyen csoportja által *akart* jog. Ám mégsem kizárólag a jogalkotó által meghatározott, tehát tételezett, mert tartalmazza a *jogalkalmazásban* keletkezett és érvényesülésre kész szabályokat, például a bírói jogot és a jogászjogot is.

A *pozitív jogot* a jogalkotó által meghatározott volta miatt a hazai szóhasználatban olykor összekeverik a *tételezett* joggal, ez utóbbit pedig a *tételes* joggal. A *tételezett jog* – mely a G. W. F. Hegel által oly és magától értetődően használt terminusra, ti. a *tételezésre* utal – a jog jogalkotó által **akart** és **ki nyilvánított** voltát jelzi. A *tételes jog* a jogtételekbe rendezett jogot jelenti. Ezek az átfedések és pontatlanságok a mindennapi nyelvhasználatának szokásos reflektálatlanságával függnek össze. Bár a nyelvhasználati szokásokkal itt nem foglalkozok, megjegyzem, hogy a jogászok szóhasználatában ugyanilyen részleges átfedés mutatható ki a *pozitív jog* és a (német jogfilozófiai hagyományból ismert) *tárgyi jog* kifejezések között, noha kétségtelen, hogy az érvényesülő *alanyi jog* is pozitív jognak tekintendő.

A pozitív jog **ellentéte** nem a „negatív jog”, ilyesmi ugyanis nem létezik, hanem az érvényesülésre, illetőleg érvényesítésre – már vagy még – nem készen álló, illetőleg a joghatás kiváltására nem alkalmas jog. Ilyen például a hatályon kívül helyezett vagy más módon hatályát veszített jogszabály, az érvénytelen (megsemmisített) törvény, valamint a helyesnek gondolt, de a jogalkotó által (valamilyen okból) nem tételezett jog, azaz a **természetjog**. A pozitív jognak különösen ez utóbbival való ellentéte látványos, hiszen ez is –

hogy úgy mondjam – érvényesülni szeretne, sőt hívei szerint arra készen áll. Ezért a jogpozitivisták elméletek és természetjogi jogelméletek ellentéte is igen éles, **képviselőik vitája pedig heves.**

A jogelméleti szakirodalomban újabban mind külföldön, mind itthon divatos lett ezen ellentét megszűnését sugallni. Néhányan például azt állítják, hogy lehetséges olyan elmélet, amely „túlmege” a pozitívizmuson, hogy valami van, vagy legalábbis „jön” a „pozitívizmus(ok) után”; vagy hogy annak a természetjoggal való szembeállítását egy „elhasznált analitikai eszköz”,⁴ stb. Ezzel szemben én úgy látom, hogy ez az ellentét nem szűnt meg, s erre várhatóan a jövőben sem kerül sor. Ez ügyben számomra inkább Judith N. Shklar álláspontja tűnik megalapozottnak, aki a *Legalism* [Legalizmus, 1964, 21986] című művében így fogalmazott: „A filozófiai viták ritkán oldódnak meg; néhányuk inkább elenyészik. Van azonban egy-két olyan, amely különleges képességgel bír arra, hogy mindent túléljen. Ennek nevezetes példája a természetjogászok és a pozitivisták vitája.”⁵

A pozitív jogtól egyébként a jog számos más formája is megkülönböztethető. Az egyik legismertebb – bár nem biztos, hogy a legszerencsésebb – különbségtétel például az volt, amikor az európai szabadjogászok egy évszázaddal ezelőtt a társadalmi életben *érvényesülő* jogot – részben a pozitív jogtól való megkülönböztetés szándékával – **élő jog**nak nevezték el. Később ezt vették át az amerikai pragmatisták is. E kifejezéssel mindkét irányzatban azt sugallták, hogy a *pozitív jog* (ahogyan azt – a jogi pozitívizmus egy akkor befolyásos irányzatának hatására – felfogták) nem él és – szemben az érvényesülő joggal [*law in action*] – csak a törvénykönyvekben [*law in books*] található. Úgy gondoltak rá, mint ami csak papír-szabályokat [*paper rules*] tartalmaz és nincs benne semmi elevenség, élet. Ez nyilvánvalóan túlzó álláspont volt, melyet a pozitivisták jogelméletek akkor uralkodó formáinak a túlzásai váltottak ki.

A JOG SZEMLÉLETMÓDJAI ÉS A POZITIVISTA JOGSZEMLÉLET

NÉZŐPONT, PERSPEKTÍVA, SZEMLÉLET ♦ A jog – miként számos más jelenség – **unitas multiplex**, vagyis a *sokféleség egysége*.⁶ Ez azt jelenti, hogy *különböző nemű elemekből* áll, ám mégis egységesnek tűnik, s bizonyos értelemben és mértékben egységes is.

Viszonylagos egységét részben belső mechanizmusai, részben a rá ható társadalmi, politikai és erkölcsi tényezők teremtik meg. Talán nem felesleges itt megjegyezni, hogy ennek az egységnek a megteremtése egy-egy korszak jogászása számára gyakran feladatként jelenik meg.

Melyek azok a különböző jellegű „elemek”, amelyekből e **komplex** jelen-ség⁷ áll?

A jog mindenekelőtt **szabály** (norma), illetőleg szabályok rendszere, melyeket egy *jogalkotó hatalom* alkotott vagy ismert el. Ennek alapján mondjuk azt, hogy *normatív* jellegű. A norma magatartás-minta, melyet kötelezőnek tartunk és érvényesnek ismerünk el, s amelynek érvényesüléséről végső soron egy hatalmi intézmény gondoskodik. A normatív jelleg persze sokféleképpen fogható fel és sok irányban gondolható tovább: hangsúlyozható például a szabályok szöveg-jellege (ezt tette például az *exegetikus iskola*), de kiépíthetők belőle a jog ún. intézményei is (ahogyan azok a *pandektistáknál* megjelentek), és így tovább.

A jog ugyanakkor nemcsak szabály, hanem *érvényesülő* szabály is, s ebben az értelemben **tényleges** emberi **magatartás**, illetőleg azok halmaza, esetleg valamely vonatkozása (például *tevékenység*, esetleg *döntés*, vagy bizonyos *döntések* sora stb.). A tényleges magatartások kiemelése esetén is különböző dolgokhoz juthatunk; így hangsúlyozhatjuk annak *szabálykövető* jellegét, de – (az amerikai realistákhoz hasonlóan) a bírói kreativitást előtérbe állítva – jogfejlesztő, tehát *szabály-teremtő* következményeit is.

S harmadszor, a jog szerves részét képezik azok az **eszmények** is, amelyeket egy adott jogközösségben a szabályokhoz vagy a magatartásokhoz társítanak. Ezek az eszmények igen változatosak (jogbiztonság, igazságosság, egyenlőség és így tovább), és sokféle módon társulhatnak a jog eszméjéhez: lehetnek a szabályozás vagy a jogi ítéletalkotás előfeltételei, kritériumai, esetleg következményei. Bárhogy is legyen, a jogban mind a három, egymástól eltérő jellegű és nemű elem – *szabály, magatartás, eszmény* – megtalálható. Alább utalok majd más elemekre is; például az *akaratra, a döntésre, a szövegre* és így tovább.

Nos, amikor a jogot szemügyre vesszük, akarva-akaratlan valamilyen *irányból* közelítünk felé. Azaz elemzésekor tudatosan vagy öntudatlanul **nézőpontot**, s ezáltal *perspektívát választunk*, aminek aztán az lesz a következménye, hogy bizonyos elemei az egyes pozíciók által adott perspektívából jobban látszanak, vagy fontosabbaknak tűnnek másoknál. Olyan ez, mint amikor egy bonyolult dolgot, például egy várost különböző magasslatokról szemlélhetünk, s mindegyikről *mást és máshogyan* látunk: máshogy azt, ami a többi pontról is megnézhető, s egy-egy pontról számos olyan dolgot is felfedezhetünk, ami csakis onnan látható. Aki járt már Rómában és felment a hét híres domb legalább némelyikére, az bizonyára megtapasztalta ezt.

A **nézőpont** legáltalánosabban az a helyzet, ahonnan a szemlélő látja és láttatja a dolgokat. A reflektív vizsgálódások során több nézőpontot is vá-

laszthatunk, sőt rendszerint helyes, ha többet választanunk, amelyekből ugyanazt az eseményt vagy dolgot többféle perspektíva szerint szemlélhetjük. Amit így látunk arról többféle, ún. deiktikus perspektíva⁸ szerint adhatunk számot; láttatva is azt, például, hogy aki az egyikből „jön”, az a másiktól „megy”, amit az egyikből „vesznek”, azt másiktól „eladják”, s aki egyszer „házigazda”, az máskor „vendég”.

Az egyes nézőpontokból megpillantható látvány funkciója, jellege és értéke között természetesen számos különbség létezik, s vannak olyan esetek is, amikor nem tartjuk természetesnek vagy szükségesnek a többféle perspektívát. E bonyolult helyzet következményeit a **szemlélet** tartalmazza, ami egy-egy nézőpont *állandóságát*, *fontosságát* (befolyását) vagy *értékét* is jelzi. Az *Egri csillagok* című regény szerzője például a magyarok nézőpontjából és értékrendje szerint, s így mondható: egy európai szemlélet alapján láttatja az eseményeket. Valószínűleg nem olvastatnának magyar gyermekekkel tömegesen egy olyan regényt, ami – bár lehet, hogy érdekes volna – ugyanazt a történetet a törökök nézőpontjából mutatja be.

Az egyes nézőpontok elkerülhetetlen részlegességének következtében persze **ismereteink** is **részlegesek** lesznek, s ezt – amennyiben az **nem** válik **részrehajlássá** – bizonyos határok között el is fogadjuk. Ennek ellenére természetesnek tartjuk és igényeljük – ugyancsak bizonyos határok között – a perspektívák sokféleségét is, mert az egyik nézőpontból szerzett ismereteink korlátait így a másiból szerzett ismeretekkel haladhatjuk meg. Úgy gondoljuk: az egyes nézőpontok a szokásos esetekben kiegészíthetők, sőt ki is kell egészíteniük egymást, csak venni kell a fáradságot, hogy többféle perspektívából is megnézzük a dolgokat.

JOGSZEMLÉLETEK ♦ Aki a *szabályok* felől közelíti meg a jogot – úgy gondolva például, hogy *a jog: az érvényes szabályok rendszere* –, az először és minden mást megelőzően annak *normatív* jellegét látja meg, ill. láttatja (**pozitivista szemlélet**). Aki a jog kapcsán elsősorban a tényleges emberi *magatartásokat* veszi észre, az azt tekinti jognak, ami a *való életben jogként érvényesül* (**szociológiai szemlélet**). S végül, aki a jogban a normákhoz kötődő és azokban – ideális esetben – kifejeződő *értékeket*⁹ keresi (régebbi kifejezéssel: **természetjogi**, újabban **értékorientált**nak mondott szemlélet), az a szabályokat ezen eszmék és értékek alapján értelmezi, ezek szerint kívánja alakítani, sőt ezek hiányában a szabályok egy adott rendszerét nem is tekinti jognak.

Ezek az alapvető szemléletmódok attól függően egészülnek ki továbbiakkal, hogy a jog legfőbb alkotóelemei mellett annak *keletkezés módját*, *érvényesülését* vagy *intézményi működését*, ill. működtetését vizsgáljuk-e.

A szabályok megszületésének és érvényesülésének előfeltételeit számba véve például könnyen azt mondjuk, hogy a jog, s különösen a modern európai jog, *alkotott* normák rendszere. A jogalkotó a normák megalkotása során hatalmi pozícióból valamilyen *politikai akaratot* érvényesít. Egy törvény eszerint elsősorban annak köszönheti létét, hogy a törvényhozó hatalom megalkotta. Másfelől viszont azt is tudjuk, hogy politikai-hatalmi eszközökkel nem lehet a jog részévé tenni bármilyen normatív tartalmat: ahhoz, hogy egy jogrendszer működjön, szabályai jelentős részének a közösség többsége részéről történő *követésére* van szükség. Lehet, hogy a jog betartására rá lehet kényszeríteni az embereket, de hosszabb távon mindig csak egy társadalom kisebbsége kényszeríthető, s az is csak azon az áron, hogy a többség önként engedelmeskedik. Az ilyen értelemben vett jogkövetés a közösség részéről a jog valamilyen szintű **elismerését** feltételezi. A jog alkotott, s e mögött akart jellegének középpontba állítása az ún. **imperatív** jogszemlélet része, többségi elfogadottságának és követettségének hangsúlyozása pedig a **konvencionális** szemlélet alapja.

Beszélhetünk továbbá **anyagi jogi** és **eljárásjogi** jogszemléletekről is. Az előbbi híve például egy jogvita kapcsán elsősorban vagy kizárólag azt kérdezi, vajon a szóban forgó jogi igény a jogszabályok alapján fennáll-e (megalapozott-e), míg az utóbbi fő kérdése az, hogy miként kell vagy lehet azt érvényesíteni. Ő ugyanis úgy gondolja, hogy egy deklarált jogosultság csak akkor valódi, ha egy jogi eljárás (például per) révén érvényesíthető (amint mondani szokták: peresíthető).

Ugyanígy: megkülönböztethető a **textualista**, a **formalista** és a **realista** jogszemlélet is, aszerint, hogy valaki az írott jog szövegét, annak formális rendszerét vagy érvényesülését tekinti-e elsődlegesnek.

Ezek az utóbb említett szemléletmódok különböző, de véges számú kombinációkban a három alapvető szemlélet valamelyikéhez is kapcsolódnak. Az *imperatív* például rendszerint a pozitivistát kíséri (noha ez alól kétségtelenül vannak fontos kivételek; a kálvini jogelméletben például a az imperatív jogszemlélet a természetjoggal keveredik), a *realista* a *szociológiai*hoz társul, a *természetjogi* pedig többnyire *anyagi jogi* jellegű (bár a modern jogelméletben arra is akadt példa, hogy a természetjog az *eljárásjogi* szemlélettel kapcsolódott össze).

A POZITIVISTA JOGSZEMLÉLET ♦ A pozitívizmus szemléletmódként azt jelenti, hogy a jogi jelenségek megfigyelője elsősorban azok **alkotott szabályokkal** összefüggő, **normatív** jellegét látja meg, s másodlagosnak tekinti, vagy észre sem veszi a jognak minősülő normák tényleges *érvényesülését* és *érték-*

tartalmát. Ezt úgy is fogalmazhatjuk, hogy a pozitivista szemlélet képviselője a **pozitív jogot** tekinti **jognak**.

Abban a kérdésben, hogy mely szabályok és milyen alapon minősülnek jognak, a pozitivista szemlélet híve többnyire *formális* és *empirikus* [tapasztalatilag megállapítható], vagy legalábbis empirikusnak tűnő kritériumok alapján foglal állást, tehát a jogi **érvényesség** *formális* felfogását követi. A jogi formalizmus e tekintetben bizonyos külsődleges jelek előtérbe helyezését jelenti.

A POZITIVISTA-IMPERATÍV JOGSZEMLELET ♦ Mint jeleztem, a pozitívizmus könnyen társul az **imperatív** jogszemlélethez, mi több, a két szemlélet sok esetben oly szorosan kapcsolódik egymáshoz, hogy szinte lehetetlen megállapítani, melyik melyiknek a része, előfeltétele, ill. következménye. Ez azért van így, mert a pozitivista – akár az imperatív szemléleten keresztül, akár attól függetlenül, s kimondva vagy kimondatlanul – a **jogot** a jogalkotóhoz és a jog érvényesítőjéhez, vagyis az **államhoz**, a hatalomhoz, vagy legalábbis valamely állami intézményhez (például a törvényhozóhoz vagy a bírósághoz) köti. Ennek része lehet az is, hogy a jog **állami kényszerrel** való érvényesíthetőségét hangsúlyozza, tagadja bizonyos normák, például a szokások jogi mivoltát, ill. ennek lehetőségét és kétellyel fogadja a nem-állami jog, így például az egyházjog vagy a tőzsdejog jogi jellegét.

E szemléletmód ősi voltának bizonyításához talán elég itt Szophoklész *Antigonéjára* utalni. E drámában ugyanis – melyből a felületesebb tankönyvek csak Antigonénak a természetjogi szemléletre utaló mondatait idézgetik – megtalálható egy másik jogszemlélet sűrített kifejezése is. Ezt a „hatalom embere”, Kreón állítja szembe Antigoné igazságával.

Megtagadva Kreón parancsának végrehajtását, Antigoné így érvelt:

*„Olyan hatalmas soha nem lehet szavad,
hogy bármi földi rendelettel elsöpörd
az istenek iratlan, szent törvényeit.
Azok nem mától: mindöröktől állanak,
és senki sincs, ki fölfedhetné keltüket”.*¹⁰

Ezt azóta is a *természetjog* melletti tanúságtételnek tekintik.

Erre Kreón ezt felelte:

*„Akit királlyá tett a nép, követni kell
Minden szavát, legyen jogos vagy jogtalan.
Mert fejtelenségénél nincs nagyobb veszély,
A városok pusztulnak, házak általa
Dőlnek romokba, és baráti fegyverek
Kicsorbulnak. De hogyha elvállalt a nép
Fegyelmező hatalmat, az megmentheti
Ezért meg kell a város rendjét védeni.”*¹¹

Az idézett szöveg az imperatív-jogpozitivista szemlélet első jellegzetes megfogalmazása.

S hogy a *jog és hatalom* bensőséges kapcsolatára a történelem „másik végéről” is hozzak egy példát, elég itt arra utalni, hogy sok XX. századi jogász szerint a jog az *állami akarat* kifejeződése. Szászy-Schwarz Gusztáv például ezt már-már gyermekes naivitással így fogalmazta meg: „minden jogszabály: állami parancs”.¹²

A JOGPOZITIVISTA-IMPERATÍV SZEMLÉLET BÍRÁLATA ♦ Bár a pozitivista és az imperatív szemlélet összekapcsolódása, mint említettem, nem szükségszerű (vagyis a pozitívizmusnak vannak nem-imperatív formái is), de mintegy száz éven át mégiscsak azok voltak a legjellegzetesebb és leghangosabb változatok, amelyekben ez megtörtént. Ezért nem csoda, hogy a XX. század derekán Gustav Radbruch ún. „Hitler-argumentuma” ezt a szomorú kombinációt vette célba. Eszerint az 1945 előtt Németországban uralkodónak mondható¹³ pozitivisták szemlélet – „a törvény az törvény” formulával, mely az annak való engedelmisséget hangsúlyozta – **ki-szolgáltatta** a jogászokat a **hatalomnak**, amely a jogot alkotta. Érdeemes teljes terjedelmében ide idézni egy rövid, de annál komolyabb súlyú írás pozitívizmusról szóló részét, vagyis az „öt perces jogfilozófia” első percének szövegét.

„A parancs az parancs – tanítják a katonáknak. A törvény az törvény – mondják a jogászok. Amíg azonban a katonáktól, ha tudják, hogy a parancs büntett vagy vétség elkövetését célozza, sem az erkölcs, sem a jog nem kíván



Gustav Radbruch

engedelmisséget, addig a jogászok – mióta úgy egy évszázaddal ezelőtt az utolsó természetjogász is eltávozott körükből – nem ismernek semmilyen kivételt a törvény érvényessége és az annak alávetettek engedelmisségi kötelezettsége alól. A törvény azért érvényes, mert törvény, s akkor törvény, ha van hatalom, amely az esetek többségében érvényesíti. A törvénynek és érvényességének e felfogása (melyet **pozitivisták** tannak nevezünk) védtelenné tette a jogászokat, miként a népet is, a mégoly önkényes, mégoly kegyetlen és mégoly bűnös törvényekkel szemben. E felfogás képviselői



Kutas Diána: *Szophoklesz: Antigone*
Magyar Képzőművészeti Egyetem,
Látványtervező szak, diplomamunka, 2009

végeredményben *azonosították a jogot és a hatalmat, s úgy vélték, hogy jog csak ott van, ahol hatalom létezik.*"¹⁴

A POZITIVISTA JOGSZEMLELET ÚJABB FORMÁI ♦ Radbruch Hitler-argumentuma a pozitívizmus vonatkozásában – amint azt a kérdés egyik hazai elemzője, Gyórfi Tamás megjegyezte¹⁵ – ma már csak a „jogelméleti folklór” része: egyetleneken tanítják és beszélnek róla, de megfontolt gondolkodók nem veszik komolyan. Ez azért van így, mert az elmúlt fél évszázadban a pozitívizmus megszabadult az *imperatív szemlélettől* és ezzel számos tételtől, melyet hagyományosan pozitivistának mondtak. Mostanában a pozitívista szemléletet kísérő, nélkülözhetetlennek tűnő kiegészítő gondolat alighanem a **jog érvényességét** meghatározó tényező mibenlétével és a **jog és erkölcs** viszonyával kapcsolatos.

Ha arra a kérdésre keresünk választ, hogy a mai pozitívizmus a változások ellenére mit őrzött meg a hagyományból, akkor – a hazai szakirodalomból Szilágyi Péter elemzésére utalva – e hagyomány középpontjában egyfelől (a) a **jog pozitivitásának** tételét, másfelől (b) az ún. az **elválasztási tételt** találjuk. A jog pozitivitásának tétele – fogalmazott Szilágyi – „magában foglalja [a/1] a *metafizikus előfeltevések... mellőzését* a jog fogalmának meghatározása és általában a jogi kérdések tárgyalása során; [a/2] annak állítását, hogy *csak a pozitív jog a jog*; [a/3] annak állítását, hogy a jog pozitivitása és így „jogi jellege” *elvileg empirikusan megállapítható...*; [a/4] annak állítását, hogy a pozitív jog *változó és elvileg változtatható jelenség.*” Az ún. elválasztási tétel „lényege, hogy szigorúan el kell választani egymástól két kérdést: a ‘mi a jog’ és a ‘milyennek kell(ene) lennie a jognak’ kérdését...”¹⁶

Gyórfi Tamás – ehhez részben hasonlóan, részben eltérően (s érdekes módon az angol és német pozitívista elméletek különbségeit is tükrözve) – a következő két tézisben látja a kortárs pozitívizmus legszélesebb körben osztott alapvető állításait. Az egyik ilyen állítás szerinte (a) a **társadalmi tények tézise**. Eszerint „[m]inden jogrendszerben van valamilyen *k* kritérium [tkp. érvényességi főszabály, elismerési szabály], mely meghatározza a többi jogi norma érvényességi feltételeit, s ennek a kritériumnak a létezése társadalmi tények kérdése.” A másik (b) a **szeparabilitási [elválaszthatósági] tézis**. Eszerint „[l]étezik legalább egy elképzelhető elismerési szabály (s ezért egy lehetséges jogrendszer), amely nem határozza meg egyetlen jogi proposíció [állítás] igazságfeltételeként sem azt, hogy erkölcsi elvként igaznak [értsd: helyesnek] bizonyuljon.”¹⁷



Gyórfi Tamás

Bár a „mi a jog” és a „milyennek kellene lennie” kérdések, illetőleg a „jogi állítás igazsága” és az „erkölcsi elv helyessége” érdemben nem teljesen azonosak a **jog és erkölcs** közötti viszony problémájával, a szemlélet és a gondolkodásmód szintjén mégis igen gyakran így jelennek meg.

Mindezek alapján a pozitívizmus **Janus-arcú jelenségnek** tűnik. Amint az köztudott, Janusnak, a rómaiak ezen ősi istenének, akit gyakran a város



Janus, a rómaiak kétarcú istene

valamelyik kapuja fölé helyezett szobron ábrázoltak, két arca volt. Tekintetével így mindig figyelemmel kísérhette a kapu alatt áthaladókat: az érkezőket és a távozókat is. E két arccal egyszerre tekinthetett kifelé és befelé, előre és hátra, a múltba és a jövőbe. A jogi pozitívizmus ugyanígy tekint egyfelől a **jogalkotó**, másfelől az általa alkotott **jogi norma** felé, illetőleg egyfelől a normát *érvényesíteni* képes *hatalom*, másfelől az *érvényesség* sajátosan

jogi, de társadalmilag érvényesülő kritériuma felé. A nehézséget e tekintetben – mint később látni fogjuk – az okozza, hogy e két arc időben elválik egymástól: az elméleti tradíció elején főleg az **imperatív**, annak mai formájában a **normatív** változat tekinthető jellegzetesnek. Ez azt a látszatot kelti, hogy a jelenség lényegileg megváltozott. Bár egy lényegi változást nem lehet kizárni, lehetséges az is, hogy ugyanaz maradt, csak manapság *egy másik arcát* mutatja meg. E bonyolult kérdés egyes részleteire később még visszatérek.

A POZITIVIZMUS MINT JOGI GONDOLKODÁSMÓD

Amikor a pozitívizmust a jogászokra, a hivatalnok-jogászokra és a jogot hivatásszerűen alkalmazó közigazgatási tisztviselőkre jellemző *gondolkodásmódként* is jellemzem, akkor ezzel bizonyos – a gyakorlati munkát segítő és kísérő – **axiómák** és **gondolati minták** elfogadására utalok. E meglehetősen egyszerű (gyakran túlságosan is leegyszerűsített) axiómák, posztulátumok és minták csak hozzávetőleges szabotossággal határozhatók meg.

Ilyen például (a) az, hogy a jogot egy meghatározott, politikai szereppel is rendelkező állami intézmény, a jogalkotó (vagy a jogforrások ideális hierarchiájára is utalva: a törvényhozó) hatalom alkotja, egy másik intézmény pedig (ti. az igazságszolgáltatás, ill. egyes elemeiben a közigazgatás) alkalmazza. A **jogalkotás** és **jogalkalmazás** tehát két, egymástól már jellege szerint is lényegesen **eltérő** tevékenység, mely különböző intézményekhez kötődik.

A jogalkotás és jogalkalmazás elválasztásából könnyen levezethető, hogy (b) a pozitivista jogi gondolkodás számára a **szokásjog** *nem jog*, a bíró alkotta (ún. **jogász-jog**), ill. a közigazgatási szervek gyakorlatából előálló jog pedig *nem létezik*, ti. már csak azért sem, mert – mint mondják – a bíró és a köztisztviselő nem alkothat jogot.

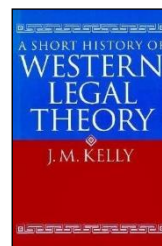
Egy ugyancsak széles körben elfogadott axióma szerint (c) a jogot alkalmazó „gyakorló jogásznak” le kell mondania a jog **értékeléséről**, s mindarról, ami ezen értékeléssel együtt jár(hat). A jog így **elválasztható** az *etikai, politikai, gazdasági, történeti értékítéletektől*. Ennek számos következménye közül talán az a legfontosabb, hogy a pozitivisták azt feltételezik: ezen elválasztással a jog és a jogász meg is védhető a politika befolyásától. Ebben azonban – amennyiben általános, mindenütt érvényes igazságnak tartják – gyakran csalódnuk kell.

A jog és a politika, illetőleg a jog és az erkölcs elválasztásának egyik legfontosabb következménye az, hogy (d) a jog **érvényességét** illetően a pozitivisták csak a **formális** érvényességi kritériumokat fogadják el.

Az értékítéletek és jogi rendelkezésekről tehető leíró megállapítások elválasztásának (e) egy további következménye az a feltételezés, hogy a gyakorló jogásznak és a jogot hivatásszerűen alkalmazó közigazgatási tisztviselőnek – a pozitivisták szerint – **nincs szüksége** jogi ismeretei **elméleti megalapozására** sem. A jog „gyakorlati vállalkozás”, a jogtudomány pedig – mondják egyesek – valójában nem is tudomány, vagy legalábbis a „tudomány” hagyományos eszméje értelmében nem az. Nem véletlenül állította Gustav Radbruch a német törvénypozitivizmusról, mely a jogpozitivizmus egyik legnyersebb elmélete volt, hogy az lényegében „a jogfilozófia eutanáziája”.

Az, hogy a jogi gondolkodás – az efféle feltételezések szerint – a megállíthatatlan elméleti, filozófiai, vagy ahogy kissé pejoratívan mondják: „metafizikai” alapok nélkül is, még nem teszi a jogpozitivizmust bárdolatlansággá. A helyzet ugyanis ennél jóval bonyolultabb, hiszen az „annak is van filozófiája, aki azt állítja, hogy nincs neki” a jogtudományban különösen igaz.

A nyugati jogelmélet fejlődését bemutató művében az ír John M. Kelly ennek hátterét a következőképpen vázolta: „A kodifikáció francia képviselőinek vezéreszméje az volt, hogy kizárják a jogalkalmazásban a bizonytalanságot és az önkényt, s e cél érdekében a lehető legkisebbre csökkentsék a bírók jogértelmező és alkotó funkcióját, amiben nem bíztak. A bíró [számukra] már csak egy olyan gépezet volt, amely okosan alkalmazza az egyértelmű és állandó – ezért teljes, kicsiszolt és egybefüggő hálózatnak tekintendő – szabályok halmazát, ami bármely probléma



megoldását automatikusan megmutatja. E hálózat gondos felépítésében az **értelemnek** természetesen **vezető szerepe** volt; s a befejezett építmény az értelem legfőbb teljesítménye. E folyamat eredménye mindazonáltal különös volt. A XVIII. századi *Értelem*, mely szekularizált volt, hogy ne mondjuk istentelennek, abban az európai hagyományban gyökerezett, amely azt [ti. ezt az értelmet] a XVII. század előtt isteni eredetűnek tulajdonította, és nem volt hajlandó egyértelműen elválasztani a természeti törvénytől, sem pedig ez utóbbit az emberi lelkiismerettől, mely esetleg azt parancsolja neki, hogy a gonosz törvényt tekintse semmisnek. Ám az, amit ezek után a történelem kacskaringóiból kipároltak, egy olyan törvény volt, ami a bírók számára kizárólagos útmutatóul szolgált, melynek pusztá elfogadása érvényességének kielégítő garanciája volt, s amely kapcsán sem a bírónak, sem az állampolgárnak nem volt szabad azon túli, ill. azon kívüli értékeket keresnie. Az **eredmény**, még a tudományos világban is az **elméleti reflexió** vagy a történeti kutatás **elbátortalanítása** lett...¹⁸ Ez a megközelítés tehát azt sugallja, hogy a pozitívizmus nem annyira a jogfilozófia eutanáziája, mint inkább kasztrálása. S ahogy a kasztráltak hangja is megváltozik, úgy a pozitivisták is gyakran csak sipítózni tudnak, ha egy-egy valódi elméleti problémát kell megválaszolniuk.

A XX. század elejére jellegzetessé vált gyakorlati jogászai munka Max Weber szerint bizonyos posztulátumokból indul ki. Ezek a következők. „1. Minden jogi **döntés** egy elvont **jogtétel 'alkalmazása'** egy konkrét 'tényállásra'". – „2. Minden konkrét tényállásra az érvényes elvont jogtételekből **szükségszerűen** nyerhető egy **döntés** a **joglogika** eszközeivel". – „3. Ennek megfelelően az érvényes *tárgyi jog* jogtételek **'hézagmentes'** rendszereként jelenik meg... vagy legalábbis a jogalkalmazás céljára ilyenként kell kezelni azt". – 4. „Ami jogászilag **raciónalisán** meg nem **'konstruálható'**, az jogi szempontból sem lehet releváns". – Végül „5. az emberek közösségi **cselekvésének** kivétel nélkül **jogtételek 'alkalmazását'** ill. **'végrehajtását'**, vagy ellenkezőleg jogtételek **megsértését** kell jelentenie”.¹⁹ A gyakorlati jogi munka e „posztulátumai” lényegében a pozitívista jogászai gondolkodás tételei.



Max Weber

Az efféle okfejtéseket egyébként célszerű két szinten kezelni: egyrészt úgy, mint a gyakorlati jogi munkát segítő tételeket, másrészt pedig úgy, mint az az azokból építkező elméletet. Ezért az a tény, hogy Max Weber mint teoretikus a XIX. század végi törvénypozitívizmus jogelméletének foglya volt, mit sem változtat azon, hogy a gyakorló *jogászok* és a jogot alkalmazó közigazgatási *tisztviselők* előfeltevéseit megközelítően helyesen írta le. E

jogászok és tisztviselők ugyanis hosszú évtizedeken át ugyancsak a törvénypozitivizmus jogelméletének foglyai voltak. Anakronisztikus ugyan, de néhányan még ma is azok.

Ha a gyakorlati jogi munka posztulátumait nem a német törvénypozitivizmus által befolyásolva, hanem a hivatalos francia jogi gondolkodást sokáig meghatározó *exegetikus iskola* [*école de l'exégès*] képviselőinek, példának okáért Alexandre Durantonnak vagy Jean Joseph M. Bugnet-nak a tanai alapján vizsgálánk, akkor – feltevésem szerint – azt találnánk, hogy ők a németeknél nagyobb hangsúlyt helyeztek a *szabály* fogalmára, s így valószínűleg az abból következő *normatív* elemekre is. Ezzel felvetem, bár csak hipotézis-szerűen (mert tudomásom szerint e kérdést mindeddig nem vizsgálta senki), hogy a pozitivizmus Janus-arca a gyakorlat-orientált jogi gondolkodás szintjén is kimutatható.

A JOGÁSZI GONDOLKODÁS FŐBB TÖRTÉNETI TÍPUSAI ♦ Hogy az ilyen kérdésekben tisztábban lássunk, nem felesleges kitérni itt az ún. gyakorló jogászok gondolkodásának főbb típusaira. Ezt az is indokolja, hogy e gondolkodásmódok döntően befolyásolják az olyan jelenségek értelmét is, mint a jogi pozitivizmus. A jogászok gondolkodásának elemzése során a **történeti** típusalkotást részesíthetjük előnyben, hiszen e gondolkodás egyfelől a jog struktúráihoz és formáihoz, másfelől a kultúrához kötődik.

E gondolkodásmódokat lényegében a *jogforrások rendszere* és a *jogrendszer szerkezete* (például a törvény és a bírói ítélet viszonya), az *ítélkezés* és a *politikai hatalom* viszonya, a jog *tudományos* elemzésének módja, a jogi *oktatás* jellege, stb. befolyásolja. Követve e tekintetben a jogbölcselet terén is kiválóan képzett német magánjogász, Helmut Coing tipológiáját, melyet *A jogfilozófia alapjai* [*Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950, magyarul 1996] című könyvében²⁰ fejtett ki, fő vonalaiban a következő római jogi, a középkori skolasztikus, a pandektista, az exegetikus és az angol-amerikai gondolkodást különböztetjük meg.

A **római jogászok** gondolkodását – mutatott rá Coing – lényegében az befolyásolta, hogy a klasszikus római jog csak **normatív keretként** létezett: a törvényhozás csupán egyes kérdések szabályozására korlátozódott, a praetori jog pedig csak kiegészítő jogrend volt. E jog jelentős része „a bizonyos tényállásokra vonatkozó kereseti ígéretekben és az eljárás lefolytatásához szükséges formulákból állt”, a formula pedig gyakran csak keret volt, mely a gyakorlati alkalmazásban kitöltést igényelt. Az ítéleteket nem, vagy csak ritkán indokolták, így az indokolások „nem dokumentálták” e gondolkodásmódot. A római jogtudomány eredetileg részletdöntések sorából állt; e döntések szabad vitában keletkeztek és fejlődtek; s a részdöntésekből rögzí-

tett alapelveket csak a későbbi korokban alkottak. A klasszikus korban az a szabály érvényesült, amely szerint „nem a regulából vezetik le a jogot, hanem a jogból a regulát”.²¹ Ilyen körülmények között a római jogi gondolkodás lényegében **problémamegoldó** gondolkodás volt, mely a megoldásokat nem egy előzetesen rögzített *általános szövegből* vezette le, hanem több autoratív jellegű forrásból következett ki, meglehetősen *rugalmas* módon. A római jogászok gondolkodásának másik fő jellemzője az **eljárásjogi jogszemlélet** volt, ami – különböző okokból – a modern angol joghoz társuló jogászai gondolkodásnak is sajátja lett.

A **középkori** skolasztikus jogi gondolkodás a római jogi szövegekből indult ki s az **autoratív szövegeket** – elsősorban a *Corpus iuris civilist* (egyreszeiben 529-től, nyomt.: 1583) és a *Corpus iuris canonicit* (egyreszeiben 1150-től, nyomt.: 1580) – tartotta fontosnak. „A középkori jogász – fogalmazott Coing – mindig a forrásból származó szöveg segítségével gondolkodott”. A jogtudomány – mely ugyancsak ezen szövegeken mint egységes *ius communén* orientálódott – ún. egyetemi tudomány volt, s az oktatásban a korabeli (nemzeti) jogforrások nem játszottak jelentős szerepet. Miként a római, úgy a középkori jogász *sem* ismerte a *jogrendszer* eszméjét. A jogászai érvelésből a történeti és a szociológiai szempontok teljesen hiányoztak; a szövegek **kazuisztikus** magyarázata során viszont római jogászokéhoz képest számos újítást vezettek be. Ilyen volt például a logikai és nyelvtani értelmezést, több definíciós technika és a problémamegoldás *tézis–antitézis–solutio* sémája. A római jogászokkal ellentétben a skolasztikus jogászok gondolatmenete a különböző forrásokban, például az ún. *consiliákban* [szakértői véleményekben] világosan megjelenik előttünk.

A **pandektisták** ugyancsak a római jogi szövegekből indultak ki,²² ám nem az egyes szöveghelyeket magyarázták, hanem azokból **alapelveket** képeztek, s a jogi kérdéseket ezek segítségével oldották meg. Ezért mondta Coing, hogy a pandektisztikus jogászai gondolkodás „alapelvek alapján való gondolkodás”. Úgy vélték továbbá, hogy a szabályok **jogintézmények** részei: eszerint „a tudomány feladata megállapítani, hogy az egyes szabály milyen viszonyban áll a jogintézménnyel”. A jogász számára az egyes jogi szabályok ismereténél fontosabb a jogintézmények ismerete, illetve lényegük helyes felismerése. A pandektista jogtudomány harmadik, módszertanilag is jelentős újítása a **jogrendszer** fogalma volt. „Savigny számára – olvashatjuk – a pozitív jog úgymond két rétegből tevődött össze: egy alsóbb rétegből, ezek az egyes pozitív szabályok, és egy magasabból; ezek a jogintézményekből, melyek rendszerré állnak össze. Egyedül a magasabb rétegre, a rendszerre való visszalépés teszi lehetővé a szabályok megértését és al-

kalmazását”. Ez a szemlélet és az erre épülő tudományos elmélet nyilvánvalóan áthatotta és meghatározta a gyakorló jogászok gondolkodását is: például fontossá tette a rendszertani értelmezést, a **fogalomalkotást** és fogomelemzést, valamint állandóan szem előtt tartatta a **jog céljait**. Az eleinte Rudolf von Jhering által is helyeselt (majd egy későbbi művében bírált) „fogalmi jogtudomány” [Begriffsjurisprudenz] szerint a *rendszertani fogalmak a szabályok felett állnak, s a pozitív jogot csak ebből a fogalomrendszerből kiindulva lehet értelmezni és alkalmazni*. Ezen értelmezéshez és alkalmazáshoz persze pillantást kell vetni a *jog céljaira*, valamint – ahogy azt az érdekkutató iskola [Interessenjurisprudenz] hangsúlyozta – a szabályokkal kapcsolatos *érdekekre* is.



R. von Jhering

Ezzel szemben a francia **exegétikus iskola** [école de l'exégèse] képviselői szerint a jognak nincsenek elvei, intézményei, rendszere; csak **szövege** van. Az *egyetlen* és kizárólagos **jogforrás a törvény**. A jogtudomány feladata, hogy a törvény szövegbe foglalt szabályainak értelmét megállapítsa, a jogászé pedig az, hogy ezt alkalmazza. Ehhez csupán nyelvtani és logikai eszközökkel lehet azt értelmeznie; nincs szüksége az érdekek és a célok vizsgálatára (ideértve a jogalkotói célt is), s a törvény értékelésére sem. Az iskola nagy hatású képviselője, Jean Joseph M. Bugnet az exegétikus tanítás lényegét így fejezte ki: „Nem a polgári jogot tanítom, nem tanítok mást, csak a *Code Napoleon*”.²³ E megállapítás háttérben nyilvánvalóan az a francia alkotmányjogi tan állt, amely szerint a jog megalkotása és alkalmazása – tekintettel a hatalommegosztás elvére – nem keveredhet össze egymással: a törvényhozó *megalkotja*, a bíró pedig – mint a „törvény szája”, ahogy Ch.-L. Montesquieu némi képzavart előidézve fogalmazott – **alkalmazza** a jogot.²⁴ Ezen az alapon a bírónak nem feladata a jog fejlesztése sem, s a szokásjog nyilvánvalóan semmilyen értelemben nem tekinthető jognak.



J. J. M. Bugnet

Az **angol jogászok** – a közismert történeti okok miatt – ugyancsak úgy tekintenek a törvényi jogra, mint ami csak *egyed* (konkrét) kérdésekre vonatkozik. A törvény ráadásul felfogásuk szerint csak akkor és általa lesz része a jognak, miután egyedi bírói ítéletekben már alkalmazták (régóta kifejezéssel: azokhoz „lehorgonyozták”). Hiszen az angol jogot, végül is, bírósági döntések alakították olyanná, amilyen. A jog tehát **esetekből** épül fel [case law], pontosabban – és a XIX. századi szigorú precedens-elmélet megszületése után (vö. *stare decisis*) – a precedenssé vált esetekben megfogalmazott szabályokból áll. A szabály ugyanakkor a *ratio decidendi*-ben nem konkrétan meg-

szövegezett formájában áll a jogász előtt, hanem azt abból **ki kell olvasni**. Mindennek eredményeként a probléma-megoldás az angol jogász számára sem az általános szabályokban (például kódexekben) foglalt előírások dedukciója, hanem a jog egyes elemeiből kiinduló **indukció**. Az angol jogász gondolkodását továbbá az **eljárásjogi jogszemlélet** jellemzi, szemben a kontinentális jogászok anyagi jogi jogszemléletével. Az utóbbiak, mint fentebb jeleztem, egy-egy jogi kérdés felvetődésekor először azt kérdezik, vajon megalapozott-e a szóban forgó igény, s csak ezután jut eszükbe, hogy ha igen, akkor az miként érvényesíthető. Az előbbiek gondolkodásában ezzel szemben e két kérdés (ti. az anyagi jogi és az eljárásjogi) nem különül el, mert úgy vélik nem jog, vagyis nem megalapozott jogi igény az, ami nem érvényesíthető. Ez nem más, mint a régi római jogi maxima: *ibi ius, ibi remedium* [ahol a jog, ott a jogorvoslat, s megfordítva: ahol a jogorvoslat, ott a jog].

A a gyakorlati problémákat megoldó jogászok gondolkodásának e történeti típusai, amint azt Coing is megjegyezte, megérdemelné a fentieknél részletesebb elemzést és a további vizsgálódásokat.

A JOGI POZITIVIZMUS ELTERJEDÉSÉNEK TÁRSADALMI OKAI ♦ Annak, hogy a pozitivistá gondolkodásmód az európai fejlődés egy meghatározott korszakában, nevezetesen az újkorban előtérbe került és dominánssá vált, sajátos **társadalomtörténeti okai** voltak, ideértve az állam- és politikátörténeti okokat is. Ezek közül csak a legfontosabbakra utalok.

Ilyen volt például az (a), hogy a XV-XVII. században születő modern európai állam politikailag központosított és központosító állam volt, ami a jogképződés módjait illetően a jogalkotás előtérbe kerülésével járt. Az ilyen állam – ahogy később fogalmaztak – **jogalkotó állam**. Ennek vezetői és polgárai a társadalom integrálása és saját politikai céljaik előmozdítását is magába foglaló irányítása egyik legfőbb eszközének a (megalkotott) jogot tekintik. Az újkorban a jogalkotó által alkotott törvény vált a legfontosabb jogforrássá, s a helyi sokféleséget és a tradíciókat előmozdító jogforrások háttérbe szorultak. E fontos, évszázadok alatt kiteljesedő változást egyebek mellett a **szuverenitás** eszméjének kialakulása kísérte, mely sokak számára azt is sugallta, hogy az állampolgároknak **engedelmeskedniük** kell a megalkotott jognak.

A modern európai fejlődés anyagi feltételeit továbbá a kapitalizmusnak nevezett gazdasági rend alakította ki, a **kapitalista gazdálkodás** pedig (b/1) – amint annak legjelentősebb elemzői, például Karl Marx vagy Max Weber hangsúlyozták – megkövetelte az életviszonyok alakulásának bizonyos fokú **állandóságát, előre jelezhetőségét és kiszámíthatóságát**. Ennek hátterében az áll

– hangsúlyozta Max Weber –, hogy „a modern tőkés üzem belsőleg elsősorban a kalkuláción alapul. Létezéséhez olyan igazságszolgáltatásra és igazgatásra van szüksége, amelynek működése legalábbis elvileg szilárd egyetemes normák szerint, ugyanolyan racionálisan kiszámítható, ahogyan egy gép előrelátható teljesítményét számítjuk ki”.²⁵ A kiszámíthatóság és a folyamatosságra épülő előre jelezhetőség eszméjét a jog területén egy szóval **jogbiztonságnak** nevezzük, amit leginkább a jog pozitívizmus szolgál.

A jogbiztonság iránti igény természetesen nem csak a gazdálkodási móddal volt és van ma is kapcsolatban; az a társadalmi együttműködés **más területein** is (b/2) megjelent mint a modern korban normálisnak tekintett várakozás. A *büntetőjog* terén például ez fejeződött ki a *kiszámítható büntetések*hez (rögzített büntetési tételekhez, ill. szabályozott büntető ítélkezéshez) való viszonyban, amit a pozitivista gondolkodók a XVIII. században sokkal határozottabban követeltek, mint az elsősorban a bűn megtorlására figyelő (vagyis a megtorló igazságosságot középpontba állító, s ennek érdekében olykor még az önkényes módon kiszabott büntetéseket is elfogadó) ún. észjog hívei. De hogy ne menjünk vissza olyan messzire a történelemben, a jogpozitívizmus és a jogbiztonság összefüggései – s azok bonyolult és ellentmondásos volta – a közép-kelet-európai rendszerváltozások idején is megfigyelhető volt.²⁶

A pozitívizmus elterjedéséhez nagyban hozzájárult az is (c), hogy a modern európai társadalmak a **világnézetek** és a politikai **értékek** szempontjából **plurális** jellegűek, az államok pedig bizonyos határok között és bizonyos vonatkozásban (pl. a vallásokhoz való viszonyukban) tendenciaszerűen semlegesek. Az ún. értékpluralizmus viszonyai között az újkori európai közélet egyik lehetséges – és történelmileg dominánssá vált – alternatívája a **jog és politika elválasztása** volt, ami a pozitívizmus keretei között volt kivitelezhető. A jogpozitívista számára az erkölcsi és politikai felfogások sokfélesége ma is könnyebben tolerálható, ami alkalmasint az értékrelativizmus gyanúját veti ezen irányzat híveire.

A pozitívizmus térnyerésében mindezek mellett szerepe volt annak is (d), hogy az újkorban megváltozott a **tudományok módszertana**. A változás lényege általánosságban abban állt, hogy uralkodóvá váltak a **természettudományos módszerek**, s általánossá lett a meggyőződés, hogy a társadalom és jog kérdéseinek elemzése terén is ezek segítségével lehet eljutni a helyes válaszokhoz. E módszertan egyes elemei – például a *megfigyelés*, a „*tények*” *megállapítása*, *indukció* stb. – a természetjogi gondolkodással szemben a jogi pozitívizmust erősítették.

Mindezek mellett (*e*) bizonyos **jogi változások** is a pozitivista gondolkodásnak kedveztek. Ilyen volt mindenekelőtt a *nagy kodifikációk* megindulása. Nehéz persze eldönteni, hogy a kodifikáció ok vagy okozat (ti. hogy a kodifikáció vezetett a jogi gondolkodás megváltozásához vagy a jogi gondolkodás változása a kodifikációhoz), de – mint minden ún. tyúk-tojás probléma esetén – az kétségtelen, hogy a két dolog bonyolult kölcsönhatásban állt.

A POZITIVIZMUS MINT JOGELMÉLET

A jogi pozitívizmus nem csupán *jogszemlélet* és jogász *gondolkodásmód*, hanem a tudományosság kritériumainak eleget tevő *elmélet* is. Pontosabban: bizonyos tudományos elméletek pozitivistának nevezhetők, s megfordítva, a pozitívizmus mint szemlélet és gondolkodásmód tudományos elméletek alakjában is megjelenik. Nincs itt hely annak kifejtésére, hogy az ismeretek bizonyos halmaza – különösen a társadalom és a jog vonatkozásában – milyen feltételek esetén tekinthető tudománynak (vagyis melyek a tudományosság kritériumai), de az talán e nélkül is kijelenthető, hogy a különböző **jogelméletek** lényegében az egyes **jogszemléletek teoretizált formái**.

Ez azt jelenti, hogy az elmélet itt **érveket biztosít** a szemlélet által észrevetthez, **igazolja** és **elemzi** a szemléletileg adottat, s feltárja, illetőleg kidolgozza annak **következményeit**.

E három „tudatforma” különbségét egy példával érzékeltetve azt lehet mondani, hogy ami a *szemlélet* szintjén úgy jelenik meg, hogy „minden jogszabály: állami parancs”, az a *gondolkodásmód* szintjén azt is jelenti: az államilag alkotott jogot a bíró csak „alkalmazza”, tehát a jogalkotás és a jogalkalmazás jellegük szerint *eltérnek* egymástól. Ezt a *jogtudomány* – egyebek mellett (és csak egyetlen dologra utalva itt) – azzal egészíti ki, hogy megadja e két eltérő tevékenység *fogalmi* elválasztásának feltételeit, jellemzőit és következményeit.

A tudományosság ilyen felfogása azt is jelenti, hogy a jog, illetőleg a jogtudomány e területén az elmélet **magasabb szintre emeli** a szemléletileg adottat, de annak **korlátait**, végső soron, **nem haladja meg**.

A POZITIVISTA JOGELMÉLET KIALAKULÁSA ♦ A szakirodalom nem egységes abban a kérdésben, hogy a *jogi* pozitívizmus vajon milyen szellemi közegben alakult ki. Az egyik álláspont szerint az **általános** (filozófiai) pozitívizmus **részeként**, esetleg annak hatására, a másik szerint attól **függetlenül**; ti. a jogász *gondolkodás* **belső fejlődésének** eredményeként született. Számom-

ra az utóbbi álláspont tűnik megbízhatóbbnak, de tanulságos volta okán utalok itt az előbbire is.

Az *általános* vagy filozófiai pozitívizmust August Comte fogalmazta meg, egyebek között, a *Cours de philosophie positive* [A pozitív filozófia tanfolyama, 1830–42] és a *Système de philosophie positive* [A pozitív filozófia rendszere, 1851–54] címen közzétett írásaiban. Az emberi szellem fejlődésének szerinte három nagy korszaka különböztethető meg (*három stádium törvénye*). Az emberi magatartásokat az ún. **teológiai** korszakban *transzcendens indokokkal*, az ún. **metafizikai** korszakban pedig *általános filozófiai elvekkel* magyarázták. Ezeket azonban szerinte a **pozitív** korszak követte, melyben a *természettudomány* módszereit alkalmazzák a társadalomtudományokra is, s lemondanak a *végső elvek* és az *általánosan érvényes eszmék* kutatásáról. Saját korát Comte a pozitívista szellem korszakának tartotta.

Úgy vélte, hogy ebben a korban a **tudományosság új eszméje** válik elfogadottá: a tudományoknak a **tényeket** kell vizsgálniuk, vagyis azt, ami a *tapasztalat* számára hozzáférhető. A tények – szemben a metafizikai korszakban szokásos *következtetésekkel* mint módszerrel – **megfigyelhetők** és (ugyancsak szembeállítva a korábbi korszakok *értékelő* módszerével) **leírhatók**. Ezen új korszakban a deduktív következtetések helyébe az ismeretek felépítésének **induktív** módszere lép, az *a priori* elvekkel szemben a hangsúly a **tapasztalatra** helyeződik, s általában az **érzékszervekkel** megfigyelhető jelenségek válnak fontos tényezővé. A pozitívista tudomány – mondják hívei – **törvényszerűségeket** kutat.²⁷

Az egyik álláspont szerint tehát a jogpozitívizmus ennek az általános – s a filozófiában, a történetírásban, etikában, gazdaságtanban stb. is teret nyert – felfogásnak a részeként született. Azok a gondolkodók teremtették meg, akik a jog területén is a **tényeket** kutatták (bármennyire is e módszertanon kívüli eszközökkel lehet megállapítani, hogy mi tekinthető „tény”-nek), akik *nem az értékelésre*, hanem a **leírásra** törekedtek (legyen bármily bizonytalan, hogy mit kell leírni és hogyan), s akik a **tapasztalat** számára hozzáférhetőt kívánták megállapítani (bármilyen is legyen az). Ezzel az állásponttal azonban az a baj, hogy amikor Comte e nézeteket kifejtette, a jogi pozitívizmus már készen állt.

A másik álláspont hívei ezzel szemben úgy vélik, hogy a jogi pozitívizmus első képviselői – Comte elméletéről mit sem tudva – önállóan alakították ki nézeteiket. Szerin-



August Comte



David Hume

tük a jogi pozitivizmus olyan szemléletmód, amely először David **Hume** filozófiájában sejlett fel az etikai normák elemzését illetően. Hume ugyanis elvi jelleggel mondta ki, hogy a dolgok **leírására** és a kötelezettségek **előírására** használt állítások **különböző** jellegűek. Az *Értekezés az emberi természetről* [A *Treatise of Human Nature*, 1739–40] című művében így érvelt: „Az általam ismert erkölcsi rendszerek mindegyikében megfigyeltem, hogy jól lehet a szerzők egy ideig a megszokott következtetési mód szerint haladnak előre fejtegetéseikben, s megállapítják Isten létezését, vagy elmondanak valamit az emberi élet dolgairól, de a szokásos állítások – valami **így van**, más meg *nem így van* – egyszer csak hirtelen megszakadnak, és már csupa ilyen kijelentést találok: ennek **így kell lennie**, annak meg *nem szabad így lennie*. Az átmenet észrevétlen, ám – úgy érzem – annál nagyobb jelentőségű. Ugyanis ez a *kell* és *nem szabad* valamilyen **új állítást vagy relációt fejez ki**, s e fölött nem tudok elsiklani, ez okvetlenül magyarázatra szorul; egyben pedig várom annak a megindokolását is, ami különben teljesen felfoghatatlannak tűnik a számomra, hogy ezt az új relációt miként lehet levezetni a többi, egészen másféle relációból.”²⁸

Ezen az úton haladva – tehát a „**van**” és a „**legyen**” nézőpontját külön tartva – az első, bár töredékesen maradt pozitivistá elméletet a haszonelvűség irányzatának megalapítója és az angol jogi reformmozgalom kezdeményezője, Jeremy **Bentham** alkotta meg a XIX. század elején.

A POZITIVISTA JOGELMÉLETEK FŐBB IRÁNYZATAI ♦ Az elmúlt kétszáz évben a tudományos igényű pozitivistá jogelméleteknek számos irányzata alakult ki. A legfontosabbak a következők.

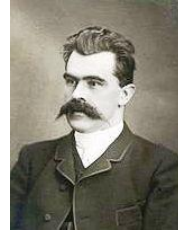
1. A jog tudományos elméletének tekinthető pozitívizmust először – Jeremy **Bentham** kezdeményezéseit követve – John **Austin** dolgozta ki. Austin fogalmakat elemző, ún. **analitikus** jogelméletet [*analytical jurisprudence*] alkotott, megalapozva egy új, tudomány-módszertani elvek köré szerveződő iskolát is. Ezen iskola klasszikus, majd mai képviselőinek tanait ugyancsak a pozitívizmus valamilyen formája hatja át.

2. A jogpozitívizmus legharsányabb színfoltjait a német **törvénypozitívizmus** képviselői vitték fel a jogelmélet palettájára. Leegyszerűsítő elméleti tételeik ellenére (vagy talán éppen azért) roppant nagy hatásuk volt a gyakorló jogászok gondolkodására.

E körbe sorolható a pozitívizmus programjának és egy *általános jogtan* szükségességének meghirdetője, Adolf **Merkel**, a *pandektisztika* kialakításában és a BGB előkészítésében is jelentős szerepet játszó Bernhard **Windscheid**, az *államtanra* is nagy hatást gyakorló Paul **Laband**, a List elméletével

szembehelyezkedő büntetőjogász, Karl **Binding**, valamint az öt kötetes *Juristische Prinzipienlehre* (1894–1917) szerzője, Ernst Rudolf **Bierling**.

A törvénypozitivizmus leghatározottabb képviselője, Carl Magnus **Bergbohm** volt, aki a *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* [*Jogtudomány és jogfilozófia*; 1892] című művében az egyik legélesebb természetjog-kritikát fogalmazta meg. Azt állította, hogy a természetjog és a pozitív jog rendszerei **kölcsönösen kizárják** egymást. E téves gondolat máig befolyásolja a jogelméleti gondolkodást. Azt is hangsúlyozta, hogy *minden jog egy meghatározott történelmi szituációban* érvényes, és minden erkölcsi rendszer érvényessége az idő és a társadalom függvénye. Ez utóbbi tétel nem más, mint az **erkölcsi relativizmus**: annak kimondása, hogy nincsenek általánosan érvényes erkölcsi



C. M. Bergbohm

tételek. Bergbohm szerint egyébként – s ebben a vonatkozásban az újkantiánus gondolkodók hatása alatt állt – a jog elméletének feladata a jog fogalmának és legáltalánosabb, a konkrét történelmi körülményektől független jellemzőinek megállapítása. Ő fejtette ki továbbá először – hosszú időre befolyásolva ezzel is a jogelméletet – a **jog hézagmentességének tanát**, amit aztán Windscheid „a jogrend: **zárt rendszer**” tételével erősített meg. A törvénypozitivisták túlzó állításaiból több mai pozitívizmus-kritika egy leegyszerűsített képet alakított ki, amit afféle ökölvívásban használt „pofozógép-ként” használ mindenfajta jogi pozitívizmus lejárataához.

3. Pozitivisták voltak a német **fogalmi jogtudomány** [*Begriffsjurisprudenz*] képviselői is, akik több elméleti hagyományt folytattak (egy-egy képviselőik például az ún. történelmi jogi iskola tanait vitték át a fogalom-elemzésbe), s akiknek munkássága számos más jogelméleti irányzathoz is besorolható.

4. Pozitivisták jogelméletet fejtett ki az **újkantiánus** jogfilozófia számos képviselője is, így például így Rudolf **Stammler**, Hans **Kelsen** és a magyar **Somló Bódog** is. Érdekes ugyanakkor, hogy az újkantianizmusban – amint azt erre már Kant elmélete predesztinálta (mely egyszerre hajlott a pozitívizmus és a természetjog felé) – helyet kapott a természetjogi gondolkodás is, például az olasz G. del Vecchio elméletében. Gustav Radbruch esetében pedig, aki a pozitívizmus felől az értékorientált jogelmélet felé mozdult el, e kettősség – figyelembe véve történelmi körülményei és pályája kontextusát is – egy életművön belül is kifejeződött.

5. Végül a XX. század második felében H. L. A. **Hart** elméletével megszületett a **mérsékeltnek** nevezhető jogi pozitívizmus, mely nem osztozott az imperatív szemléletben, s a jog pozitívítása mellett meggyőző magyarázatot adott a jog és erkölcs viszonyának számos kérdésére. Az angolszász jogfilo-

zófia Hart utáni korszakában többen – például Will J. **Waluchow**, Joseph **Raz** és ez utóbbi tanítványai, mindenekelőtt Leslie **Green** – kifejezetten megújították ezt a jogelméleti irányt.

A jogpozitivizmust más tudományos irányzatok felől is megerősítést kapott. Ahogy léteztek „*természetjogias*” *elméletek* (olyan, lényegük szerint más irányzatokhoz sorolható teóriák, amelyek egy-egy elemükben elfogadták a természetjog tételeit vagy erősítették annak következményeit), úgy léteztek és léteznek „**pozitivisztikus** jogelméletek” is.

Ilyen például a *skandináv jogi realizmus*, amelyben a jog szociológiai és pszichológiai elemzése keveredik a pozitivizmussal. Az ide sorolható gondolkodók – mindenekelőtt a dán Alf N. Ch. **Ross** – például arra mutattak rá, hogy az absztrakt norma, melyről Kelsen beszélt, még nem jog ugyan, de azt a *jogrendszer egészébe* (vagyis egy átfogó összefüggésrendszerbe) helyezve, illetőleg az *alkalmazás* során *konkretizálva* **valóságos szabályhoz** jutunk. A pozitivitás igazi értelme szerinte e *valóságos* jelleg, melyben nem választható szét az érvényesség és az érvényesülés. A hazai szakirodalomban ezt az álláspontot Tamás András képviseli.

Pozitivisztikus jellegű (bár nem a jogi, hanem a szociológiai pozitivizmus értelmében) Niklas **Luhmann** ún. *autopoietikus* elmélete is. Ennek keretében a német szociológus – egyebek mellett – azt állítja, hogy a **modern jog** egyik fő jellemzője a **pozitivitás**. Amíg azonban e terminust régen az *érvényesség alapjának* megjelölésére használták (a helyességhez kötve azt), addig mára a „pozitivitás” leválasztódott a helyesség eszméjéről), s valójában a *jog érvényességnek* szinonímája lett. A jog funkcionális elkülönülése, aminek elméletében oly nagy jelentőséget tulajdonít, szerinte csak azért lehetséges, mert a jogi érvényességet „pozitív” módon (ahogy írja: „maga a jog által tételezeten”) kezelik: „a jog kizárólag azért érvényes, mert úgy döntöttek, hogy érvényes”. Ezt valószínűleg így értette: egy-egy szabály azért érvényes, tehát azért pozitív jog, *mert úgy döntöttek*, hogy az legyen a jog. E nagy ívű elmélet egy-két rész kérdését az utóbbi években Günter Teubner tisztázta.

A POZITIVISTA JOGELMÉLETEK KRITÉRIUMAI • Mivel a tudományos elméletek számos, olykor egymástól eltérő jellegű tételt tartalmaznak, eltérnek a vélemények abban a kérdésben is, hogy egy-egy elmélet milyen tartalmi elemek megléte esetén tekinthető pozitivistának. E tekintetben két jellegzetes álláspontot mutatok be; egy viszonylag egyszerűt és egy jóval komplexebbet.

Helmut Coing szerint a jogi pozitivizmus három tételt állított fel. Ezek a következők. (a) A pozitivisták szerint „**csak a pozitív jog** tekinthető **jognak**.” Ez magtól értetődően azt is jelenti, hogy a természetjog – amennyiben nem része a pozitív jognak (márpedig rendszerint így gondolják el) – nem jog. E

tétel kapcsán Coing egyébként Bergbohmra utalt, aki úgy vélte: „annak, hogy egy gyakorlati, az emberek, illetve közösségeik magatartását és kapcsolatait meghatározó normát vagy szabályt a joggyakorlat és a jogtudomány értelmezése szerint pozitív jognak ... lehessen tekinteni, az a nélkülözhetetlen feltétele, hogy a szabály lényegében normatív tartalma mellé az éppoly lényeges **jogi formát is** elnyerje, ami azonban **csak** oly módon történhet meg, hogy egy illetékes **jogalkotó hatalom** ad jogi minőséget neki egy alkalmas, *külsőleg felismerhető eljárás* révén, amely – mint olyan – a történelemhez tartozik, és a kérdéses norma formális jogforrását képezi.”



Helmut Coing

A pozitivisták szerint továbbá, állítja Coing, (b) „a pozitív jog **feltétlen engedelmességet** követel.” Ez azt jelenti: „a törvény (esetleg erkölcstelennek vélt) tartalmára vonatkozó megfontolásokra hivatkozva kizárt annak nem alkalmazása.” Ugyancsak Bergbohm szavaival: „És éppen a káros és embertelen mivolta miatt elvetendő joggal szemben győzedelmeskedik csak igazán a tiszta jogász legtisztetreméltóbb erénye: a képesség, hogy értelmét el tudja zárni még legmélyebb személyes meggyőződése és a legégetőbb kívánságai befolyásától is, és azok kielégítését csak a jogalakítás útján tartja megvalósíthatónak.”

E két tételt gyakran, bár nem minden elméletben az a követelmény egészíti ki, mely szerint (c) „a törvény értelmezésének alapelszzerűen a **nyelv-tani-logikai értelmezésre** kell korlátozódnia. A teleologikus és értékszempontú megfontolások megengedhetetlenek. Utóbbiak a **jogpolitika** területére tartoznak, s ezt élesen meg kell különböztetni a **jogtudománytól**.”²⁹ Talán mondani sem kell, hogy a jogértelmezési módszerek elméleti háttere, illetőleg következményei jóval bonyolultabb dolgok annál, semhogy a pozitívizmus határai szerint alakuljanak.

Az angol jogfilozófus, H. L. A. Hart a pozitivista jogelméletek „azonosítására”, s így azok közös fogalmi magjának meghatározására egy összetett kritériumrendszert alkalmazott. Egy pozitivista elmélet azonosításához szerinte az szükséges, hogy abban szerepeljen a következő öt állítás valamelyike vagy valamilyen kombinációja. A szakirodalomban – fogalmazott Hart – azt az állítást szokták pozitivistának tekinteni, amely szerint (1) „a törvények *emberi lények parancsai*”; amely szerint (2) „**nincs szükségszerű kapcsolat** a jog és az erkölcs között, vagyis a létező jog és a helyes jog között”, amely szerint (3) a jogi **fogalmak** jelentésének elemzése fontos dolog, amit „meg kell különböztetni a jog *történeti* vizsgálatától, *szociológiai* elemzésétől, valamint a jog-



H. L. A. Hart

nak az erkölcsök, társadalmi célok, 'funkciók' vagy más hasonló fogalmakban zajló *bírálatától* vagy *értékelésétől*"; amely szerint (4) „a jogrendszer '**zárt logikai rendszer**', melyben az előzetesen meghatározott jogi szabályokból kizárólag *logikai* eszközökkel *helyes* jogi döntések vezethetők le”, a helyes döntéshez tehát nincs szükség társadalmi célokra, politikai irányokra vagy erkölcsi mintákra való hivatkozásokra; végül amely szerint (5) „az **erkölcsi ítéleteket** – ellentétben a tényállításokkal – **nem** lehet **racionális** érveléssel vagy racionális bizonyítással megalapozni vagy védeni”, vagyis a *tényítélet* és az *értékítélet* eltérő jellegű, az erkölcsi ítélet pedig értékítélet.³⁰

Egy-egy elméletben természetesen nem találjuk meg mind az öt állítást; s ez az oka annak, hogy a jogi pozitivizmus elméletei olyan sokszínűek. Bentham és Austin például elfogadták az (1), a (2) és a (3) alatti állításokat, a (4) és az (5) alattiakat azonban nem. Kelsen osztotta a (2), a (3) és az (5) alatti állításokat, de nem fogadta el az (1) és (4) alattiakat. Maga Hart leghatározottabban a (2) alatti tételhez ragaszkodott, és hevesen bírálta az (1) alattit. Azt hangsúlyozta, hogy a jog és az erkölcs között – mind történeti, mind funkcionális szempontból – számtalan kapcsolat létezik ugyan (például az erkölcsi változások hatnak a jogra, a jogfejlődés változásokat idéz elő az erkölcsi rendszerben és így tovább), de mindez mit sem változtat azon, hogy kapcsolatuk **nem szükségszerű**. Ezt az állítást, vagy annak egy ehhez hasonló megfogalmazását a szakirodalomban **elválasztási** (*szeparációs*) vagy **elválaszthatósági** (*szeparabilitási*) tézisnek nevezik. Ez úgy is megfogalmazható: nem szükségszerű az, hogy a jogszabályok újrafogalmazzák az erkölcsi szabályok tartalmát. Nem más ez, mint annak kijelentése, hogy az erkölcsi tartalmat teljes mértékben nélkülöző szabályok is jognak nevezhetők.

Hart e megállapítása állásfoglalás volt abban a híres vitában, hogy „vajon jognak tekinthetők-e a hitleri Németország (1933–45) szabályai?” A II. világháború után ugyanis a *Harvard Law Review*ben kezdődő és számos más helyen folytatódó vitában egy amerikai természetjogász, Lon L. Fuller azt állította, hogy a Németországban 1933 és 1945 között hatályos szabályok **nem** tekinthetők **jognak**, mert *nélkülözik* azt a *minimális erkölcsi minőséget*, ami ehhez szükséges. Hart ezzel szemben úgy látta, hogy a jog pozitivista elmélete szerint ilyen **erkölcsi minőség nem követelhető meg**, mert annak, hogy bizonyos szabályokat jogi szabályoknak tekintsünk, nem erkölcsi kritériumai vannak. Bár e vita réginek tűnik, ám lényegében ugyanezek a problémák vetődtek fel újra az 1989/1990-es közép- és kelet-európai rendszerváltozások után is. Meglehetősen érdekes, de az elméleti keretek és az érvek sem változtak sokat.

ANGOLSZÁSZ ÉS NÉMET JOGI POZITIVIZMUS ♦ Az elmúlt csaknem két évszázadban született elméletek kapcsán a szakirodalomban egyesek, például a svájci Walter Ott különbséget tesznek angolszász és német pozitivist elméletek között.

Így azt hangsúlyozzák, hogy az *angolszász* elméletek **tény-pozitivismus**-nak nevezhetők, mert ezekben **társadalmi tények** kérdése, hogy mi minősül jognak, szemben a *német* elméletekkel, ahol azt, hogy mi a jog, a **jogalkotási eljárás** vagy a **jogi forma** (pontosabban: a jogalkotási eljárásra *visszavezetett* jogi forma) határozza meg.

Mások az angol elméleteket *gyenge* pozitivismusnak nevezik, a németeket pedig *erősnek*, pusztán azért, mert az előbbiben a jogalkalmazók szempontjából „külön tartják” a *jogit* és az *erkölcsit*, míg az utóbbiakhoz gyakran (bár nem kivétel nélkül) **etikai relativizmus** kapcsolódik.

E jellegzetes különbségtételen túl a pozitivista hagyományon belül számos már törésvonal is létezik; melyre alább még visszatérek.

Utalok viszont itt egy olyan elméletre is, amelyre éppen az a jellemző, hogy nem kezelhető az angol és német kultúra disszonanciájának mentén. Ez Günter Teubnernek a *jog pozitívitásáról* alkotott teóriája. Niklas Luhmannhoz hasonlóan ő is azt állította, hogy a modern jognak „önkonstitúciója” van, vagyis létrehozza önmagát. E sok szempontból vitatható tételt ő úgy értette, hogy a jog elemei és alkotórészei egy bizonyos fejlődési szinten *elkezdenek önálló életet élni*. A skót jogtörténész, W. A. J. Watson elemzéseit felhasználva – aki ugyancsak azt hangsúlyozta: egy bizonyos fejlődési szinten a jog egyre kevésbé lesz a társadalom más aspektusainak reflexe – oda konkludált, hogy a modern jog alkotóelemei már *nem* valamilyen szociális *cél* jogi eszközeként jelennek meg, hanem „öncélként”. Teubner szerint a modernitás előtti, vagyis a „társadalmilag diffúz jog” még nem határolódott el a normákra orientált egyéb társadalmi kommunikációtól, a modern, ún. *hiperciklikus jog*-ban viszont ez megtörténik. A

pozitívitás eszerint abban áll, hogy saját alkotóelemei – így a jogi **eljárás**, a **jogdogmatika**, a jogi **norma**, és a jogi **aktus** – mintegy önmagába zárják a jogot, vagy legalábbis kommunikációs szempontból elszigetelik azt a kör-



G. Teubner: A jog hiperciklikusan összekapcsolt rendszerkomponensei

nyezetétől. A *Recht als autopoietisches System* [A jog mint autopoietikus rendszer, 1989] című művében így fogalmazott: „A pozitív jog 'szívének csücske' a szabály [norma] és a döntés cirkuláris viszonya... Eszerint a törvényben lefektetett jog csak azon bírói aktus révén tesz szert érvényességre, amely saját érvényességét ismét csak a törvényből kiindulva indokolhatja meg. De a norma [szabály] és a döntés eme elsődlegessége ellenére ugyanez érvényes a rendszer más alkotórészei, így különösen a dogmatika és az eljárás számára is.”³¹

MAGYAR „POZITIVIZMUSOK” ♦ Amikor a jogászok valamit vagy valakit pozitivistának neveznek, ezen igen változatos dolgokat értenek. Ez különösen akkor van így, ha a kifejezést önmeghatározásra, vagy – éppen ellenkezőleg – mások (bírálandó) álláspontjának azonosítására használják.

Hazai szóhasználatunkban például igen elterjed a **szövegpozitivista** kifejezés, mely lényegében a szabályok szövegéhez ragaszkodó jogalkalmazásra, az ehhez kötődő érvelésre, a jogértelmezés nyelvi módszerének a hangsúlyozására, s általában a jogpolitikai koncepciók mérséklésének igényére utal. Pokol Béla, aki e kifejezést nálunk meghonosította, rendszerint (és helyesen) a *törvénypozitivizmus*, alkalmasint (és vitatható módon) pedig a *decizionizmus* szinonimájaként használta. A német jogtudomány jellemzésekor használta a „**jogdogmatikai pozitívizmus**” kifejezést is,³² amin a jogdogmatikai kategóriarendszerhez kötött jogalkalmazást és érvelést értette. Ez azonban – bár a jogi módszertan [*Juristische Methodenlehre*] német és magyar képviselőinek³³ elméletére többnyire kétségtelenül jellemző – nem terjedt el.

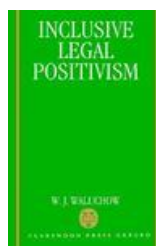
Bevett hazai kifejezéssé vált viszont az **alkotmánypozitivizmus**, amely ugyancsak a német jogtudományból került át hozzánk, ám sajátosan magyar jelentést kapott.³⁴ Lényegében ez lett az alkotmány szövegéhez szorosabban kötődő, az azt át nem törő döntés, az ún. szubsztantív érvektől idegenkedő érvelés és az alkotmányjogi problémákat lehetőleg eljárási oldalról megközelítő jogászai gondolkodás hozzávetőleges gyűjtőneve. Ellentéte eredetileg a „láthatatlan alkotmány” ma már alig használt metaforikus kifejezésére utaló ún. alkotmányjogi *aktivizmus* lenne, de mégsem az, mert valamilyen oknál fogva sok aktivista alkotmányjogászunk is alkotmánypozitivistának nevezi önmagát, és még senki nem győzte meg őket arról, hogy tévednek. A hazai szóhasználat egyébként gyakran inkább csak a szemlélet vagy a gondolkodásmód (olykor értékválasztásokat is megjelenítő) különbségeit tükrözi, s nem a jogelméleti álláspontokat.

A KORTÁRS ANGOLSZÁSZ JOGELMÉLET „POZITIVIZMUSAI” ♦ Az elmúlt évtizedek gazdag angolszász jogelméleti szakirodalmában tűzijátékszerűen buk-

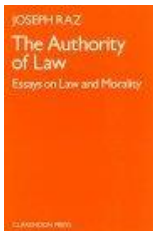
kantak fel a pozitívizmus-elméletek újabb és újabb változatai. Ezek gyakran attól függően alakultak ki, hogy az egyes szerzők miként választották meg a Hart által exponált kérdéseket a jog és az erkölcs viszonya kapcsán.

Az amerikai Jules Coleman például, egy meglehetősen különösnek tűnő terminológiát bevezetve, a **negatív** és **pozitív pozitívizmust** különböztette meg. A *negatív pozitivisták* szerinte elfogadják Hart fő tézisét, és azt állítják, hogy a jog érvényességi kritériumának *nem* szükségszerűen *kell* erkölcsi szabályokat tartalmaznia (*negatív* oldal). Arra a kérdésre azonban, hogy az tartalmazhat-e ilyen kritériumot (*pozitív* oldal), – Harthoz ugyancsak hasonlóan – az elméletben mind az igenlő, mind a tagadó választ elfogadják, a gyakorlatban pedig a jogrendszerek sokféleségére mutatnak rá, melyek között mindkét esetre akad példa.

Azt az álláspontot, amely nem zárja ki, hogy egy jogrendszer elismerési szabálya erkölcsi kritériumokat is magában foglaljon, a kanadai-amerikai Will J. Waluchow által meghonosított kifejezéssel **inkluzív jogi pozitívizmusnak** nevezik. Mint látni fogjuk, Hart elmélete ide sorolható; s egyéb feltételek megléte esetén ez az álláspont *mérsékelt* pozitívizmusnak is nevezhető. Az **exkluzív pozitivisták** (például Joseph Raz) ezzel szemben úgy vélik, hogy egy jogrendszer érvényességi főszabályának, az elismerési szabálynak nemcsak hogy *nem* kell, de *nem is lehet* erkölcsi kritériumokra hivatkoznia.



Az elméletek terén az a kérdés is megosztottsághoz vezetett, hogy a jogi pozitívizmus inkább **tartalmi** (szubsztantív) vagy inkább **módszertani** álláspont-e. A legtöbb gondolkodó valamilyen, a jogelmélet nagy problémáival rendszerint megegyező tartalmi kérdésben való *érdemi állásfoglaláshoz* köti a jogpozitívizmust. Például ahhoz, hogy ki alkotja a jogot, mi lehet annak a forrása, vagy – jellegzetesen és az előbbiekkal összefüggésben – mitől függ szabályainak *érvényessége*, stb. Mások azt állítják, az e kérdésekben való állásfoglalásoknál fontosabbak azok a módszertani szempontok, amelyeket a pozitívista jogelméletek követnek. Ilyen például az – mondják –, hogy a pozitivisták *értékmentes-leíró* elméletet akarnak alkotni, ami a kritikák szerint nem lehetséges, vagy nem kívánatos. Az angol-amerikai jogelmélet e *módszertani* problémáival kapcsolatos kérdéseket a hazai szakirodalomban Bódig Mátyás elemezte,³⁵ annak számos *tartalmi-tematikus* kérdését pedig Győrfi Tamás tekintette át *A kortárs jogpozitívizmus perspektívái* (2006) című könyvében.



Felhívták a figyelmet arra is, hogy az angol-amerikai jogpozitivisták elméletekben létezik egy harmadik törésvonal is: nevezetesen a jog **normativitás**hoz és **kényszerrend**-jellegéhez való viszony kapcsán. A normativitás fogalmában ugyanis a társadalom többségének önkéntes *normakövetése* hangsúlyozódik, annak minden egyéb elméleti következményével együtt, például a norma-keletkezés vagy az érvényesség-érvényesülés terén, stb. A kényszerrend-jelleg – ideérve az ún. *szankció* problémát és megannyi mást is – ezzel szemben azt hangsúlyozza, hogy a jogi előírásokat valamely hatalom akár kényszerrel is érvényesíti. Az ezzel kapcsolatos kérdések egyik szála visszavezet bizonyos etikai kérdésekhez (például *erkölcsi kötelezettség-e a jognak való engedelmség?* [ti. a jog betartása], stb.), egy másik pedig **a jog és az autoritás** kapcsolatát állítja középpontba (olyan kérdésekkel, hogy mi a jog *autoritás-igényének az alapja?* stb.).

Teljesen nyilvánvaló, hogy az angol-amerikai jogelméletek e harmadik törésvonala annak a *kétarcú jellegnek* a kifejeződése, amire a szemléletek kapcsán utaltam. S ha e **Janus-arcú** jelleg kimutatása a gondolkodásmód terén esetleg további kutatást is igényel, az elméletek terén ez máris kézzelfogható. Az álláspontok sok kérdésben jelenleg is formálódnak, annyi azonban e vitákból már ma is bizonyos, hogy a jogi pozitivizmusnak csak olyan jogelmélete lehet, amely **nem** tud **minden kérdést** megválaszolni, ami a joggal kapcsolatban felvetődik, s ez talán nem is feladata. Vagyis a jogi pozitivizmus **nem lehet** a jog **általános elmélete**. Többek között erre is gondoltam fentebb, amikor a *szemlélet-gondolkodásmód-elmélet* viszonyában azt állítottam: az elmélet magasabb szintre emeli ugyan a szemlélet által adottat, de annak korlátait nem haladhatja meg.

BENTHAM ÉS AUSTIN JOGELMÉLETE

Az imént vázolt felfogások és elméletek egy olyan hagyomány végpontján állnak, amelynek központi figurája a XX. században H. L. A. Hart volt, s amely a XIX. században Jeremy Bentham és John Austin teóriáival vette kezdetét. Figyelemre méltó, hogy a pozitívizmus e hosszú hagyomány elején az egyik, annak végén a pedig a másik arcát mutatja számunkra. Most e hagyomány elején álló gondolkodók munkásságára térek át.

JEREMY BENTHAM ELMÉLETÉNEK VÁZLATA

Austin tanárának, mesterének és mentorának, Jeremy Benthamnek (1748–1832) az elméletére már csak azért is ki kell térni itt, mert amilyen ismeretlen, de legalábbis hatás nélküli e „nyughatatlan szellem” elmélete a magyar jogtudományban, annyira kultikus a szerepe van még ma is az egyébként nyugodt angol akadémiai hagyományban.

Bentham egyes kérdésekben inspirálta tanítványát, másokban pedig – amint az szertelen intellektusa miatt gyakran kéziratban maradt és csak utólag publikált írásaiból később kiderült – egyenesen megelőlegezte annak elméletét. Ő volt az első jogi gondolkodó, aki tudatosan elválasztotta a **ténylegesen létező** és a **helyes jogot**: „más a jog, amint létezik és más, amint lennie kell(ene)” – hangsúlyozta több helyen is.

Megegyezik a két elmélet abban is, hogy mindketten a **szuverén** hatalom **parancsára** vezették vissza a jogot (ezért mindkettő *imperatív* elméletet alkotott), amit a természettudományokra jellemző *tapasztalati fogalmak* keretében próbáltak értelmezni. Ahol ez nem sikerült nekik, ott mindkét gondolkodó szívesen „pszichologizált”, vagyis az emberi természettel összefüggő lélektani folyamatokkal magyarázta a dolgokat.

ÉLETE ÉS MUNKÁSSÁGA ♦ Különleges tehetségét magas társadalmi helyzetű szülei nem hagyták veszendőbe menni; állítólag már három éves korában olvasott és latinul tanult. Az oxfordi egyetemen később jogot hallgatott, majd ügyvédi vizsgát is tett, bár alig praktizált – jogászként inkább az angol jog kodifikálását célzó mozgalom élére állt.

Mindenekelőtt társadalmi **reformer** volt, aki javaslatait elméletileg is alátámasztotta, s a „mintegy mellékesen kifejtett” filozófiai és jogelméleti tanaival az angol értelmiségiek sorát befolyásolta. Az ún. „filozófiai radikálisok” számára James Millel (John Stuart Mill apjával) együtt megalapította a *West-*

minster Review-t (1824–1914), mely a kor szellemi életének egyik nagy hatású lapja lett. A filozófiai *racionalizmus* és az *állam szerepét* is elismerő politikai *liberalizmus* által befolyásolt reform-javaslatok közül sok ma már természetesen tűnik, abban a korban azonban, amelyben élt, még meg kellett küzdenie értük vagy miattuk. Fellepett például a *rabszolgaság* eltörlése érdekében (mely az angol gyarmatokon még létezett), az *állam és egyház* teljes különválasztása végett (mely Angliában még nem volt teljes), követelte a *szólás teljes szabadságát* és a *szabad kereskedelmet*, felvetette a *testi büntetések* eltörlését és (egy sokáig kéziratban maradt írásában) a *homoszexualitás* büntetőjogi eszközökkel történő korlátozásának megszüntetését, végül, elismerésre méltónak tartotta a *nők egyenjogúságát*, a *váláshoz való jogot* és az „*állatok jogait*”.



Jeremy Bentham

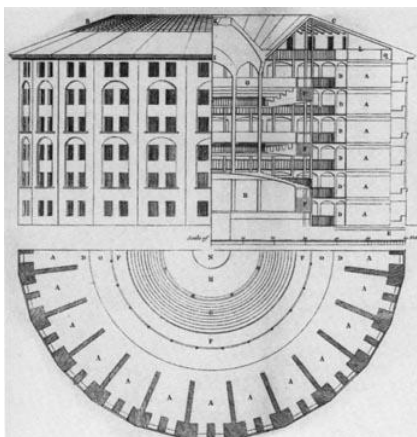
Foglalkozott *közgazdaságtan*nal is, többek között tanulmányt írt a *kamatmaximalás* ellen, vagyis az „*uzsora*” védelmében, ugyanakkor – a korabeli liberálisokkal szemben – az államnak fontos szerepet tulajdonított a társadalom és a jogrendszer megreformálásában.

Részt vett az 1830-as évek angol **szociális és jogi reformjainak** előkészítésében. Ilyen volt például az iskola-ügy reformja (1808–1820), az önkormányzati reform (1828), a parlamenti reform (1832). Van olyan angol jogtörténész, ti. Henry Maine, aki azt állítja: a XIX. század második feléig minden angol reformtörvény visszavezethető Bentham eszméire. Valójában „ötlet-gyáros” volt, aki ingyen osztogatta gondolatait. A jogi reformok keretében elsősorban a hagyományai okán „szétszórt” és lassan változó angol jogot szerette volna **kodifikálni**.³⁶

Úgy gondolta, létre tud hozni egy *Pannomi*onnak nevezett átfogó törvénygyűjteményt, amelyben **minden szabály** benne foglaltatik, s amelyet lényegében – s még az angol ún. bíró-alkotta jog [*judge made law*] viszonyai között is – a jogalkotó döntése tesz joggá. A jog szövege persze sokkal bonyolultabb annál, semhogy ez sikerülhetett volna neki. Figyelme elsősorban a büntetőjogra terjedt ki; e területen javasolt reformjai mellett egy modern börtönépületet is tervezett, melyet *Panopticon*nak nevezett. Ebben a börtönben – ami szerinte olyan „malom, amely tisztességes emberekké őrli a gazembereket” – egy láthatatlan felügyelő egyetlen pontról szemmel tarthatja az összes bennlakót. Bár a terv Bentham életében nem valósult meg, a mögötte rejlő elméleti megfontolások okán és a francia posztmodern filozófus, Michael Foucault elemzéseinek következtében – aki a „fegyelmező hatalom”

archetípusát látta benne – a *Panopticon* még ma is tudományos közbeszéd tárgya.

Bentham különleges karaktere és személyisége már saját korában anekdoták tárgya volt (gyakori nevetési ingerén sokszor nem tudott úrrá lenni; miután egy fiatalon tett házassági ajánlatát visszautasították, élete végéig agglegény maradt, de szinte minden nőnek udvarolt, stb.); hatása azonban nem ezeken alapult. Inkább azon, hogy az angol társadalom és jog nagy reformja idején vetette fel jog energikus javaslatait. Műveinek csak töredéke jelent meg életében; ilyen volt például *An Introduction to Principles of Morals and Legislation* [Bevezetés az erkölcsök és a törvényhozás alapelveibe, kinyomtatva: 1780, megj.: 1789], a *Panopticon* [1787, 1791] és a *Book of Fallacies* [Téveszmék könyve, 1824]. Egyes munkái először franciául jelentek meg, majd onnan fordították vissza angolra, néhány írást álnéven tett közzé, a William Blackstone politika- és államelméletét bíráló *Fragment on Government* [Kormányzati töredék, 1776] c. munkájának nagyobbik részét pedig csak másfél évszázados késéssel adták ki *Commentary on the Commentaries* [A Kommentárok kommentára, 1928] cím alatt. Összes műveinek új kiadásában eddig 25 kötet jelent meg.



J. Bentham: A *Panoptikon* vázlata (1791)



Az ún. *Auto-Icon*

Bentham meg volt győződve arról, hogy a korszerű ismeretek megszerzését széles körben lehetővé kell tenni a szegények és a „bevett felekezetekhez” nem tartozók számára is. Ezért őt tekintik az 1826-ban alapított Londoni Egyetem [University of London; jelenleg: University College London] „keresztapjának”, mely – a régi angol egyetemektől eltérően – már ekkor ezen elvek érvényesítésére törekedett. Ezen az egyetemen van elhelyezve egyébként az *Auto-Icon*, Bentham szellemének, akaratának és földi maradványainak tárgyilag is kifejeződő bizarr elegye, mely még a civilizált angol kultúra csodálóját is zavarba hozza egy kicsit.

A HASZONELVŰSÉG ♦ Bentham elméletét a haszonelvűség (*utilitarizmus*) hatotta át. Ez az epikureizmusig visszavezethető szemlélet és elmélet, mely a *konzekvencializmus* egyik formája, lényegében azt állítja: az emberi cselekedetek, valamint a társadalmi, jogi és politikai intézmények helyessége attól függ, *mennyire hasznosak* azok az egyének szempontjából. Az a helyes magatartás és intézmény, amely „**a legtöbb ember számára** a legtöbb jót, vagyis **legnagyobb boldogságot** okozza” (a szlogenné vált fordulat szerint: *the greatest happiness for the greatest number*). Ez az elv Bentham szerint az erkölcsök és a **törvényhozás** alapelve is lehet: a jogot aszerint kell alakítani, hogy lehető legtöbb jót okozza a lehető legtöbb ember számára.

De milyen módon állapítható meg – kérdezhetjük –, hogy *mi a jó* az emberek számára, vagyis *mi hasznos* nekik? A hasznosság mércéje Bentham szerint az **élvezet** [öröm; *pleasure*], illetőleg annak egy sajátos inverze, a *fájdalom elkerülése*. Az tehát a hasznos magatartás, intézmény, törvény, stb., amely a lehető legtöbb örömet és a lehető legkevesebb fájdalmat okozza az embereknek. Az *An Introduction ...* című írásában e gondolatot így alapozza meg: „A természet két szuverén úr – a **fájdalom** és az **élvezet** – kormányzata alá helyezte az emberi nemet. Egyedül az ő dolguk kijelölni, *mit kell tennünk*, csakúgy, mint meghatározni, hogy *mit fogunk tenni*. A helyes és helytelen mértéke egyfelől, s az okok és okozatok láncolata másfelől az ő trónjukhoz van erősítve. **Ők kormányoznak bennünket** mindenben, amit *teszünk*; mindenben, amit *mondunk*; mindenben, amit *gondolunk...*”. Ennek következtében aztán – fogalmazott – „az egyedüli cél, amit a törvényhozónak szem előtt kell tartania” nem más, mint „azon **egyének boldogsága**, akiből a közösség összetevődik, azaz **élvezeteik és biztonságuk**”.

De milyen módon állapítható meg – kérdezhetünk tovább –, hogy egy cselekvés vagy intézmény **milyen mértékű** örömhöz, illetve boldogsághoz vezet. Erre Bentham „boldogság-kalkulusa” [*felicific calculus*] vagy „hasznosság-kalkulusa” [*utility calculus*] válaszol.

Ez azon alapul, hogy az örömeket és fájdalmakat össze lehet hasonlítani. Miután az előbbiekből 12, az utóbbiakból 14 félélt különböztetett meg, úgy gondolta, hogy figyelembe kell vennünk az öröm (*a*) intenzitását, (*b*) tartóságát, (*c*) előfordulásának biztos vagy bizonytalan voltát, (*d*) közelségét vagy távoli jellegét, (*e*) termékenységét, ti. hogy milyen hatása van, (*f*) tisztaságát (azt a valószínűséget, hogy nem követi majd az ellentétes érzés), valamint – John Stuart Mill szempontját is ide idézve – (*g*) kiterjedtségét, ti. azt, hogy hány embert érint. Mindezek után, vagyis **az örömeik és a fájdalmak összehasonlításával** szerinte „ki tudjuk kalkulálni”, hogy valamely cselekvés vagy intézmény hasznosabb-e a másiknál.

A haszonelvűségnek ma is vannak hívei, s az – a heves kritikák ellenére – a XXI. században is eleven társadalomfilozófiai felfogás. Ma már – attól függetlenül, hogy a hasznosság mint mérce alapján *szabályok* vagy *magatartások* helyességét gondoljuk-e megítélhetőnek – megkülönböztetik az ún. **szabály-** és a **cselekvés-**utilitarizmust.

A JOG HASZONELVŰ ELMÉLETE ♦ A haszonelvűség több síkon is helyet kaphat a jogbölcseletben. Az egyik, amikor a jog egészének, egy-egy ágzatának vagy valamely területének *alakításának* szemléleti módjaként – mintegy a **törvényhozás** „*jogpolitikai segédeszközeként*” – szolgál. Ebben az esetben az utilitarizmus a közvetlenül is a **gyakorlat** alakításának az elmélete.

Ennek keretében Bentham úgy tekintett a jog egészére, mint ami *örömeket és fájdalmakat oszt el*, s ezen elosztás kívánatos rendje a törvényhozó által bizonyos célok elérése érdekében módosítható. Úgy vélte: a jogot megalkotó törvényhozó a *mesterséges öröm és fájdalom*, vagyis **jutalom és büntetés** módszerével képes mozgatni a társadalmat.

Ehhez azt kellett feltételeznie, hogy a **jogi szankció** nem más, mint az *öröm és a fájdalom szétosztásának eszköze*. Az öröm és a fájdalom mint hatóok – hangsúlyozta – lényegében a **szankciók alakjában működik**. A jognak már csak azért is szüksége van szankcióra – hangzott különös (pszichologizáló) érvelése –, mert az esetleges büntetés nélkül a törvény betartása, vagyis a jognak való engedelmesség „*ok nélküli hatás*” volna.

A mesterséges öröm és fájdalom kiszabásának Bentham szerint az a célja, hogy a helyes magatartás kívánatos voltát azok számára is kézzelfoghatóvá tegye, akik enélkül nem volnának képesek felfedezni az önérdék és a közérdek összefüggését. Mivel a *büntetés* a „*bűncselekmény mesterséges következményeként kimért fájdalom*”, a helyesen működő büntetőjog – hangsúlyozta – a fájdalom eszközével nagyobb fájdalomtól kíméli meg a társadalmat. A jogalkotónak egy új jogszabály meghozatala előtt mindenekelőtt azt kell „*kikalkulálnia*”, hogy a szankció társadalmilag több örömet fog-e előidézni, mint fájdalmat. Vannak persze olyan törvények is – figyelmeztetett –, amelyek sokkal veszélyesebb bűnökhöz vezethetnek, mint amilyeneket meg kívánnak, s esetleg meg is tudnak szüntetni. A kalkulációnak tehát az ilyen, a javasolt törvényhez csak közvetve kapcsolódó esetekre is ki kell terjednie.

Talán mondani sem kell, hogy egy ilyen szemlélet annak a jele, hogy valaki a **büntetőjogot** tekinti a jog alapjának és *mintájának*. Benthamnek a polgári jog terén tett javaslatai (ahol az „*örömet*” mindenekelőtt a *biztonsághoz*, amellet pedig az *egyenlőséghez*, a *létfenntartáshoz* és a *javak bőségéhez* kötötte) mára szinte teljesen feledésbe merültek, büntetőjogi elgondolásai azonban ma is sokak figyelmét lekötik.

A haszonelvűség jogbölcseleti érvényesítésének másik, az előbbinél *teoretikusabb* síkja bizonyos jogi intézmények **igazolása**; annak vizsgálata, hogy hozzájárulnak-e, s ha igen, milyen mértékben „az egyének boldogságához”. Itt ennek egyik példájára, a *törvényes jogokról* alkotott elméletére térek ki, érintve jogosultságok haszonelvű szemléletének problémáit is.

A TÖRVÉNYES JOGOK ♦ Diákévei alatt Bentham William Blackstone-t hallgatta Oxfordban. Blackstone volt az angol jog átfogó és azóta is híres kommentárjának, a *Commentaries on the Laws of England* (1765–1769) szerzője. E mű az akkor hatályos jogot írta le, de *természetjogi nyelvvezet*et használt. E nagy formátumú jogászt Bentham úgy jellemezte, mint „tetszelgő, hideg, tartózkodó és mereven büszke” előadót. Valójában nem kedvelte tanárát, mi több, utálta őt. Egyes életrajzírói azt sugallják,



W. Blackstone

hogy a személynek szóló ellenszenv okán alakult ki benne a természetjoggal szembeni érzület. Akármilyen is volt azonban az oka, az létezett, s Bentham lett a természetjog első nagy kritikusa.

Elméletében azt fejtegette, hogy „a **jogok** [jogosultságok] kizárólag a **törvények termékei**, nincsenek jogok törvények nélkül, s főként *nincsenek a törvények* [ti. a pozitív jog] előtt létező jogok”.³⁷ A természetjog, illetőleg természetes jog tehát nem létezik, s az embereknek csak **törvényes** (értsd: a törvények által biztosított) **jogaik** lehetnek. A „természetes jog”, mint az ember születéssel adott, vagyis a természettől fogva létező és nem a törvényekből következő joga – fogalmazott az *An Introduction ...*-ban – „hétmérföldes csacskaság” [„nonsense upon stilts”].

Arra a kérdésre, hogy milyen alapon ismerje el – azaz biztosítsa – a törvényhozó ezt vagy azt a jogot, Bentham azt válaszolta: azokat a jogokat kell a törvényeknek elismerni, amelyek hasznosak, s másoknál nagyobb mértékben járulnak hozzá az egyének boldogságához. Ez a jogosultságok haszonelvű felfogását, s egyben a *szabadságjogok* elismerésének első haszonelvű **igazolását** jelenti. Ezt az igazolási módot a politikai filozófiában később John Stuart Mill fejlesztette tökélyre.

A JOGOK HASZONELVŰ SZEMLÉLETE ♦ Egy jog haszonelvű igazolása azt jelenti, hogy azt nem azért kell törvényes jogként elismerni, mert „természetes” vagy valamilyen természeti törvény előírja, hanem azért, mert az ilyen elismerés valamilyen haszonnal jár az egyén, illetőleg a közösség számára. Például hozzájárul az egyéni boldogághoz, a közösség jólétéhez, vagy valami olyanhoz, ami a közösség élete szempontjából fontos. John Stuart Mill például azt hangsúlyozta, hogy a szólás és a sajtó szabadságához való jog elis-

merésének az a „haszna”, hogy ha mindenki el- és kimondhatja a véleményét, akkor hozzáteszi azt a többiekéhez, s végül a sok (esetleg részlegesen helyes) egyéni véleményből előbb-utóbb összeáll a teljes (és feltehetőleg helyes) igazság.

Ezzel az érvelési stratégiát gyakran azon az alapon bírálják, hogy felhasználható az egyéni vagy a közösségi jót (hasznot) megkérdőjelező célok érdekében is. Ez az utilitarizmus mint gondolkodásmód belső szerkezetével függ össze: nevezetesen azzal, hogy amennyiben a közösség (a társadalom) jóléte növekszik, vagy az mint egész valamilyen szempontból jobban jár egy-egy **szabadságjog korlátozásával**, akkor a haszonelvűség híve nem érdeklődik a jólét vagy előny *társadalmon belüli megoszlása* iránt. Azaz a *többség* jólétének növekedése érdekében megengedi, vagy legalábbis nem zárja ki *néhány* ember **jogainak megsértését**. Konkrét mai példával élve: a terrorizmus korában sokak biztonsága (*közösségi jó*) érdekében elfogadhatónak tartja egyes terrorista-gyanús személyek megkínzását (ami az *egyéni jogok „korlátozása”* vagy megsértése) a nyomozati eljárásokban. Az efféle sérelmek, az utilitaristák szerint, egy társadalmilag hasznos cél elérésének sajnálatosan rossz, egyeseknek esetleg fájdalmat okozó, de az összességnek előnyös (ti. többek, vagyis a terrorista merénylet potenciónalis áldozatai számára a fájdalom elkerülését, tehát bizonyos mennyiségű örömet lehetővé tévő) eszközei. Bírálói szerint azonban az ilyen gondolkozásmód híve bizonyos embereket úgy kezel, mint mások céljainak az *eszközét*. Az utilitaristák ezért – mondják többen is manapság – valójában **„nem veszik komolyan a jogokat”**.

Az így felfogott haszonelvűség ellentéte a jogosultságok *abszolút* (töbnyire az emberi személyiség abszolút értékére hivatkozó *kantiánus*) felfogása, mely szerint a jogok elismerését nem lehet azok kedvező következményeitől függővé tenni.

JOHN AUSTIN ÉLETE ÉS MUNKÁSSÁGA

Talán nem túlzás kijelenteni, hogy John Austin a XIX. századi angol jogtudomány legjelentősebb alakja, akinek munkássága az angolszász jogelmélet szempontjából csaknem egy évszázadon át meghatározó jellegű volt. Tantörténeti érdekesség, hogy idősebb kortársai, például Thomas Carlyle, James Mill és John Stuart Mill már pályája kezdetén nagy jövőt jósoltak neki, ám munkásságát – sajátos lelki alkata miatt – életében nem koronázta siker. Kudarcot kudarcra halmozó, végső soron önbizalomhiányának, törekeny egészségének és depresszióval párosult neuraszténiájának köszönhető sikertelen

szakmai pályafutása ugyanakkor halála után tudományos elismertséggel és az iskola-alapítók befolyásával párosult.

AUSTIN JOGELMÉLETÉNEK JELENTŐSÉGE ♦ Austin jogelmélete azért tekinthető korszakalkotónak, mert (a) ő dolgozta ki az első, mai értelemben is szakjogtudományi jellegűnek tekinthető **jogelméletet**. Jogfilozófiát természetesen alkottak korábban is, később is, s az elméleti igényű szakjogtudományt művelték Austin német és francia kortársai is. Ő volt azonban az első, aki – helyesen vagy helytelenül – úgy vélte, hogy a jog általános jellemzői pusztán a *pozitív jogra tekintettel* kifejezhetők, s a **pozitív jog önmagában is megalapozható**. Ő fejtette ki továbbá (b) a *jogi pozitivizmus első teljes* jogelméletét. Bár a pozitivisták szemlélet egyes elméleti következményeit, mint láttuk, mások is megfogalmazták, azok részlegesekek maradtak. Austin ezzel szemben teljes, s ami ehhez szükséges: részleteiben is végiggondolt jogelméletet alkotott. Mindennek az volt az egyik előfeltétele, hogy – amint azt a XX. században az osztrák Alfred Verdross a rá jellemző tömörséggel és lényegre törően megfogalmazta – Austin „a pozitív jogot nem a jogeszmé fényében, hanem **el-szigetelt tényként** szemlélte, s azt a feladatot tűzte ki, hogy kidolgozza azokat az ismérveket, amelyekkel a pozitív jog megalapozható”.³⁸

Elmélete azért is jelentős, mert (c) ő alkotta meg az első **imperatív** jogelméletet, mely a jogalkotói akaratra vezeti vissza a jogot. Ennek keretében a jogról való gondolkodást *eloldotta* egyfelől az azt körülvevő *társadalmi környezet* elemzésétől, másfelől ennek *történeti* vizsgálatától.³⁹ Bár ma már a jog imperatív, vagy más néven parancs-elmélete (miközben a szakjogászok között sporadikusan még mindig vannak hívei) nem tartozik a kelendő jogelméleti portékák közé, e nélkül nem dolgozhatta volna ki (d) a **szuverenitás** sajátos jogászai elméletét, amely ugyancsak új korszakot alkotott. Végül (e) Austin – Jeremy Bentham útján haladva – először fejtett ki egy teljes **analitikus** jogelméletet, mely a jog lényegi sajátosságait annak fogalmi elemzése révén kívánta megállapítani.

Austin elméletét egyébként – annak néhány tartalmi elemére tekintettel – az **utilitarizmus** [haszonelvűség] irányzatához sorolják, ez azonban – mivel az utilitarizmust mások, így például J. Bentham és J. S. Mill sokkal határozottabban és eredetibb módon alkalmazták a jogra – elmélettörténeti szempontból akár mellékesnek is tekinthető.

ÉLETE ÉS MŰVEI ♦ John Austin (1790–1859) a kelet-angliai Suffolk megye Creting Mill nevű településén született egy jómódú helyi molnár gyermeként. Fiatalon, tizenhat éves korában katonai pályára lépett, ám öt évi, Szicíliában és Máltán töltött szolgálat után lemondott arról a tervéről, hogy

katona legyen. Ezután a négy híres londoni *Inn* [kb. ügyvédi kamara] egyikében, az *Inner Temple*-ben⁴⁰ folytatott jogi tanulmányokat (1812–1818), majd ügyvédként tevékenykedett. Viszonylag kevés ügyet vitt, s 1825-ben feladta praxisát. 1818-ban megnősült; Sarah Taylor írónőt vette feleségül vette. Felesége egy művelt, szép, okos és energikus asszony volt, akiért az idős Bentham rajongott, s aki franciaországi és németországi utazásaik alkalmával a szellemi élet legkiválóbb képviselőit gyűjtötte maga és férje köré.

1826-ban Austin kinevezést kapott az akkor alapított Londoni Egyetemre, így ő volt Angliában a jogbölcselet első egyetemi professzora. Előadásainak megkezdése előtt, afféle felkészülésként két évig Heidelbergben és Bonnban tanulmányozta a jogtudományokat, többek között Gaius nem sokkal azelőtt felfedezett *Institúcióit*. Bonnban Carl F. von Savigny társaságához tartozott; baráti viszonyban volt például a dán államférfival és történésszel, Barthold Georg Niebuhrral és a német romantika vezéralakjával, August Wilhelm Schlegellel is. Első londoni előadásán az angol szellemi élet számos kiválósága megjelent. Előadásait később szerény és folyamatosan csökkenő létszámú hallgatóság számára tartotta. Bár jó társalgó, kiváló társasági ember és – Thomas B. Macaulay, John Stuart Mill vagy a francia történész, François Guizot leírásai szerint – tehetséges vitázó volt, órái állítólag érdektelenségbe fulladtak, mert kifejezetten rosszul adott elő. 1834-ben – abban a reményben, hogy a joggyakorlatra készülő diákok körében nagyobb sikere lesz – előadásait áthelyezte az *Inner Temple*-be, ahol korábban ő maga is tanult, hallgatósága azonban ott is elfogyott. 1835-ben lemondott katedrájáról.

Felesége ösztönzésére még 1832-ben megjelentette előadásainak anyagát *The Province of Jurisprudence Determined* [*A jogbölcselet területének szabatos meghatározása*, 1832] címmel. Az utilitaristák szűkebb körén kívül a könyv nem gyakorolt különösebb hatást; életében egyetlen recenzió sem jelent meg róla. Később írt néhány kisebb jogi és politikai tanulmányt is.

Barátai javaslatára és ajánlásával különböző jogi bizottságok tagjaként is tevékenykedett; tagja volt például a Büntetőjogi Reformbizottságnak [*Criminal Law Commission*] és a Málta kormányzati reformját előkészítő királyi bi-



John Austin (?)
[nem maradt fenn róla
biztosan azonosítható kép]



Sarah Austin

zottságnak. Bár javaslatai nem mindig arattak sikert, az utóbbi bizottsági tagságért pénzt is kapott (két év után három ezer fontot; mint életrajzírói megjegyzik, ez volt az egyetlen jelentős összeg, amit életében keresett).

1848 előtt Austinék mintegy tíz évig Németországban és Párizsban éltek, majd – megint csak felesége kitartó ösztönzésére – előkészítette a *Province...* második, javított kiadását

(megj. *postumus* 21861). Dolgozott továbbá előadásainak átdolgozott szövegén; de gyakran módosuló elgondolásai, tökéletességre való törekvése és melankóliája megakadályozták abban, hogy publikálja ezeket. Halála után felesége (a baráti

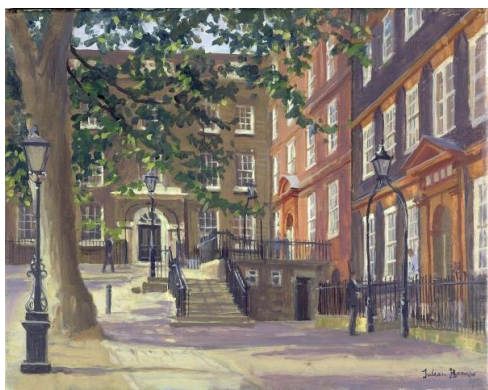


T. H. Shepherd: University College, London, 1827/28

körtől kapott anyagi támogatást is felhasználva) kiadta kéziratait *Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law* [Jogelméleti előadások avagy a pozitív jog filozófiája, 1863] címmel. E kötet a XIX. századi angol jogelmélet legnagyobb hatású könyve lett – bizonyítva ezzel azt is, hogy a joghallgatók ítéletei a jogelméleti oktatás terén nem mindig megbízhatók, hisz a

rossz előadó is mondhat okos dolgokat. A könyv annak ellenére is sikeres lett, hogy – s ez a pozitivizmus mint elmélet vonatkozásában akár szimbolikusnak is tekinthető – az Austin által tervezett 57 előadásából végül is csak 6 előadás anyaga készült el és jelent meg.

Sir Henry Maine – akitől egyébként az „analitikus jogelmélet” kifejezés származik – 1869-es cambridge-i előadásain már az



Julian Barrow: Kings Bench Walk, Inner Temple

angol jogelmélet meghatározójának nevezte Austint (bár saját elméletét más koordináták mentén jellemezte). Az ezt követő néhány évtizedben elmélete számtalan követőre talált; s analitikus elemzéseivel lényegében egy jogelméleti iskolát alapozott meg. A *Lectures...* az 1870-es évektől a jogot tanulmányozó diákok kötelező olvasmánya lett.

Különös jelenség, de Austin hatásához az is hozzájárult, hogy akik bírál-
ták, ezt szenvedélyesen, már-már haraggal tették. James Bryce például – akit
az utókor inkább a politika-, semmint a jogtudományi művei alapján ismer –
1901-ben így fogalmazott: Austin „jogtudományokhoz való hozzájárulása
olyan szerény és oly sok tévedéssel vegyített, hogy könyvének már nem
szabadna a joghallgatók számára előírt könyvek között szerepelnie.” Ezt az
álláspontot azonban ekkor már senki nem fogadta el: elméletét nagyra be-
csülték, módszertanát pedig egyre többen követték. A *Lectures...* egy késői
kiadásának előszavában H. L. A. Hart úgy fogalmazott, hogy Austin „a jog-
elmélet angliai fejlődésére minden más szerzőnél nagyobb hatást gyako-
rolt”.⁴¹ 1875 és 1925 között Angliában, az Egyesült Államokban és az angol-
szász világ más országaiban alighanem ő volt legbefolyásosabb jogelméleti
gondolkodó.

Magyarországon elsősorban Somló Bódogra hatott, aki a *Juristische
Grundlehre* [*Jogi alaptan*, 1917] című művében a „jogi hatalomról” kifejtett
teóriáját sok vonatkozásban Austin szuverenitás-elméletére
alapozta, s egyébként is sok austini gondolatot épített jogel-
méletébe. Elméletének máig legteljesebb feldolgozását hazai
szakirodalmunkban Horváth Barna *Angol jogelmélet* (1943,
²2004) című könyvének központi fejezete nyújtja. E ma is ele-
ven szellemű, kiváló feldolgozással kapcsolatban azonban
meg kell jegyezni, hogy amikor Austin elméletét Horváth
elsősorban az angol *utilitarista* jogelmélet hagyományaihoz
sorolja, akkor ezzel – bár nem téved, de – annak nem a legfontosabb sajátos-
ságait emeli ki. Austin elmélete esetén ugyanis a haszonelvűségnél sokkal
fontosabb az, hogy egy **új módszert** vezetett be a jogelméleti gondolkodás-
ba: a jogi fogalmak elemzését.



Somló Bódog

A JOG ELMÉLETE: FOGALMAK ELEMZÉSE

A JOGELMÉLET FELADATA. A JOGTAN ♦ Austin szerint a jogtudománynak az
ő korában új fordulatot kell vennie. Ennek első lépése abban áll, hogy a **jog-
filozófián** belül meg kell különböztetni a **jogtant** és a **törvényhozás tudomá-
nyát**. A *jogtan* a jogrendszerek közös vonásainak leírására irányuló *általá-
nos jogtanra* és az egyes jogrendszerek leírására irányuló *különös jogtanra*
oszlik; a *törvényhozás tudománya* pedig azt a kérdést vizsgálja, hogy a jognak
milyennek kellene lennie. Az előbbi leíró, a utóbbi pedig értékelő jellegű
tudomány. Mint láttuk, a **leírás** és az **értékelés** elválasztása a pozitivista

elméletek egyik sarokköve; elválaszthatóságának megkérdőjelezése pedig a pozitívizmus bírálóinak gyakori kiindulópontja.

A *leírás* és az *értékelés* elválaszthatóságát Austin egy később gyakran idézett rövid fordulattal így indokolta: „**A jog léte egy dolog, helyessége vagy helytelensége pedig egy másik...** A törvény, mely ténylegesen létezik, törvény, bár esetleg nem kedveljük, vagy eltér attól a szövegtől, amivel helyeslésünket vagy helytelenítésünket irányítjuk”.⁴²

Mi a jelentősége annak, hogy egy gondolkodó a „van” és a „legyen” elválaszthatóságát – melyet már Hume is hangsúlyozott – kiterjeszti a tudományrendszertanra is? Az, hogy ezzel a jogelméletet – mely addig lényegében az etika vagy a politikai filozófia egyik ága volt – olyan **önálló tudománynak** tekintheti, amelynek tárgya a pozitív jog: „*A jogelmélet tárgya a pozitív jog*” – kezdte Austin az I. előadást.⁴³

A jogtan tehát a joggal foglalkozik, amint az szükségképpen van, s nem a joggal, amint annak lennie kellene. A jogtan így **nem jogpolitika**. A jogtan **módszere** pedig – mivel a történeti, az etikai vagy a szociológiai elemzés nem a jog elméletéhez, hanem valamilyen jogfilozófiához vezetne – a **jogi fogalmak elemzése**.

E fogalmak körében Austin megkülönböztette a **szükségszerű** és az **átható** fogalmakat.

Szükségszerű jogi fogalmak azok, amelyek nélkül a jog el sem gondolható. Ezek a jog általános fogalmából következnek. Ilyen például a **törvény** (s a törvény fogalmának három eleme: a **parancs**, a **kötelezettség**, a **szankció**), a **szuverén**, vagyis a fölérendelt és az **alattvaló** fogalma.

Átható, vagy egy másik fordítás szerint *végigható jogi fogalmak* azok, amelyek nem következnek szükségszerűen a jog fogalmából és a jog elgondolható nélkülük, de a fejlett jogrendszerekben megtalálhatóak. Ilyenek például az **alanyi jog**, a **személy**, az **akarat**, a **dolog**, a **státusz**, a **tulajdon**, a **jogsértés** vagy a **vétség** fogalmai.

Az analitikus módszer hívének természetesen választ kell adni arra kérdésre, hogy miről szól az elmélete: a fogalmakról vagy a valóságról, amelyre a fogalmak vonatkoznak? *Austin fogalmai*, illetőleg fogalom-meghatározásai – amint azt a pozitívizmus egyik befolyásos elemzője, Walter Ott megállapította – **érzéki adatokra referálnak**, ezért – teszem hozzá – ő nem tekinthető afféle modern nominalistának. Mondhatjuk úgy is, hogy elméletében nem vált szét az ún. „szociológiai” (leíró) és a „normatív” pozitívizmus.

A TÖRVÉNY FOGALMA ÉS FAJAI ♦ A törvényt Austin a legáltalánosabb és legátfogóbb jelentésben, melyben e kifejezést szó szerinti értelmében használ-

ják, olyan **szabályként** határozza meg, amelyet **eszes lény irányítása** céljából **egy másik eszes lény** fektet le, akinek az előbbi felett *hatalma* van.⁴⁴

Az így meghatározott törvényt természetesen *többfajta* „eszes lény” is lefektetheti: így *Isten* az emberek számára, illetőleg az egyik *ember* a másik ember számára. Törvénynek mondhatjuk továbbá a jogi és az erkölcsi törvényeket is, valamely vallás előírásait és a szokásokat, s a szülő is „törvényt szabhat” gyermeke számára. A törvény általános fogalma által nyitva hagyott lehetőségekre tekintettel Austin először is megkülönböztette a tulajdonképpeni (szükségképpeni) és a nem tulajdonképpeni (nem szükségképpeni) törvény fogalmait.

A **tulajdonképpeni** (szükségképpeni) törvény szerinte lehet isteni és emberi. Az **isteni** törvény a természetjog része, pontosabban maga a természetjog, az **emberi** törvény pedig vagy a pozitív jog, vagy a pozitív erkölcs⁴⁵ része. Az előbbi esetben pozitív jogi törvény, az utóbbiban pozitív erkölcsi törvény.

Pozitív jogi törvény alatt értendők azok a törvények, melyeket közvetlen vagy közvetett parancsként a **politikai fölérendelt** – a szuverén uralkodó vagy a szuverén testület – bocsát ki az adott politikai társadalomban neki **alárendelt(ek)** számára: „minden pozitív törvény, vagyis minden tulajdonképpeni törvény egy uralkodó vagy egy több személyből álló politikailag fölérendelt szuverén közvetlen vagy közvetett parancsa, azaz egy uralkodó vagy egy szuverén testület közvetlen vagy közvetett parancsa egy vagy több olyan személynek, akik alá vannak vetve a parancs kiadójának”.⁴⁶

A **pozitív erkölcsi törvényt** ezzel szemben *nem a politikai fölérendelt* bocsátja ki a neki alárendeltnek, hanem mások, másoknak. E törvény kibocsátói és címzettjei három csoportba tartozhatnak. Lehetnek (a) olyanok, akik *egymással szemben természetes állapotban* vannak. Ilyenkor a törvény kibocsátója hatalommal, de nem politikai hatalommal rendelkezik a másik felett (például a szülő a gyermeke felett). Így amikor az apa azt mondja tizenöt éves fiának az esti program előtt, hogy „éjfél előtt itthon legyél, mert különben...”, az Austin fogalmi rendszerében pozitív erkölcsi törvény. Ilyen törvényt bocsáthatnak ki továbbá (b) a *szuverének egymás irányában*. Ha például – hogy pihentetésül a mai viszonyokra utaljak – a visegrádi országok köztársasági elnökeinek pécsi csúcstalálkozóján az egyik elnök azt mondja a másiknak, hogy „ne tépd le a bánáti bazsarózsát, mert különben...”, az Austin elméletében ugyancsak pozitív erkölcsi törvénynek minősül (feltéve persze, hogy ezen országokban a köztársasági elnökök a szuverének). Végül, e törvények lehetnek (c) olyanok, amelyeket *jogállapotban élő magánszemélyek* adnak egymásnak jogaik érvényesítése végett. Például amikor egy tanár fe-

gyelmezési célból azt mondja a diáknak: „ne hozd be az órára a kutyádat, mert különben...”, vagy egy klub alapszabálya úgy fogalmaz: „a klub rendezvényein a kizárás terhe mellett csak szmokingban lehet megjelenni”, az pozitív erkölcsi törvény.⁴⁷

E látszólag egyszerű osztályozás mögött mély belátás rejlik, s annak a jog jellegét illetően roppant komoly következményei vannak, melyeket Austin nem mulasztott el levonni.

Ha például a pozitív jog kritériuma az, hogy annak szabálya a politikai fölérendelt parancsa az adott politikai társadalomban a neki alárendeltek számára, akkor a **nemzetközi jog** egész biztosan **nem** tekinthető tulajdonképpeni (szükségképpeni) értelemben vett **jognak**: „Az úgynevezett nemzetközi jog [*law of nations*] nem tulajdonképpeni jog” – fogalmazott.⁴⁸ A nemzetközi jog jogi jellegének kétségbe vonhatósága, s az ezzel kapcsolatos érvek és ellenérvek jellege, illetve megalapozottsága azóta is a jogelméleti irodalom szokásos témája. Ebben az irodalomban a szkeptikus érvek a XX. század második feléig (ameddig ugyanis nem tűnt kézzelfoghatónak, hogy az államok központosított szervezetet tudnak teremteni e jog megalkotására, bírósági alkalmazására és jogszerű kikényszerítésére) sokakat meggyőztek, egyesek számára pedig még ma is meggyőzőnek tűnnek.

Ennél komolyabb vitára adhat és adott is okot az, hogy Austin – komolyan véve saját premisszáit – az alkotmányjog jogi jellegét is megkérdőjelezte: az **alkotmányjog** tulajdonképpeni (szükségképpeni) értelemben szerinte ugyancsak **nem jog**.⁴⁹ Ha ugyanis a pozitív jog a politikailag fölérendelt parancsa a neki alárendeltek számára, akkor az *alkotmányjog*nak nevezett szabályok legjelentősebb része – minthogy olyan szervek viszonyára vonatkozik, amelyek nem alá- és fölérendeltek egymásnak, s amely viszonyban az egyik szerv sem tud a másiknak parancsot adni – csak a *pozitív erkölcs* része lehet.

E látszólag egyszerűnek tűnő (s a mai alkotmányjogászok által – okkal vagy ok nélkül – egyszerűen megcáfolhatónak vélt) gondolatnak ugyancsak messzire ható következményei vannak. Ezeket Austin szuverenitás-elmélete keretében vonta le, és én is ott térek ki rájuk. Már itt megjegyzem azonban, hogy – egy rendszerint joginak tartott szabálycsoport jogi jellegének vitathatóságán túl – a fő kérdés e ponton az, hogy **lehetnek-e jogi garanciái a közjognak**.

A **nem tulajdonképpeni** (nem szükségképpeni) törvény Austin szerint olyan szabály, amelyet az emberek egy meg nem határozott „testülete” által táplált **vélemények és érzések** teremtenek meg (alkotnak) és kényszerítenek ki. Ezek körébe tartoznak – egyfelől – a *becsület* (tkp. az erkölcs), a *divat* és a

szokás szabályai, valamint – másfelől – a nemzetközi jog és az alkotmányjog szabályai. Ezeket az emberek nem azért követik, mert a politikai fölérendeltől származnak, hanem azért, mert – különböző vélemények által indítatva – magukra nézve kötelezőnek tartják.

Végül Austin elmélete szerint vannak **metaforikus** vagy képletes értelemben vett törvények is. Ezek mögött nem áll semmilyen „akarat”, mégis „engedelmeskedünk” nekik. Ezeket (mint például a természeti törvényeket) legfeljebb valamilyen „távoli analógia alapján” nevezzük törvényeknek. Ezek a „törvények” nem parancsok, nem állapítanak meg kötelezettséget, sőt, a szó szoros értelmében ezeket nem lehet megsérteni. Ilyen például (a) a **törvényhozói jogértelmezés** eredményeként előálló szabály (amit Austin a római jogra tekintettel *autentikus* értelmezésnek, az angol jogra gondolva *deklaratív* törvénynek mond). Ilyen továbbá (b) a más törvényeket **hatályon kívül helyező** törvény, amit – mivel sok esetben már létező kötelezettségek alól mentesít – *mentesítő* törvénynek [*permissive law*] is nevezett. Végül (c) ilyen, a csak metaforikus értelemben joginak nevezhető törvény a **lex imperfecta** is, melynek nincs szankciója.⁵⁰ Ezek kivételt jelentenek azon tétel alól, mely szerint a törvény – parancs.

A TÖRVÉNY ELEMELI ♦ A törvény fogalmának – mely nélkül tehát nem lenne elgondolható a jog fogalma – három lényeges eleme van: a parancs, a kötelezettség és a szankció.

Austin szerint a *törvény* egyfelől a **parancs** egyik fajtája, másrészt viszont a parancs a törvény fogalmi eleme. „**Minden törvény** vagy [jogi] szabály (lehető a legkiterjedtebb jelentést adva a tulajdonképpeni kifejezésnek) – olvashatjuk – **parancs**. Vagy inkább úgy fogalmazzok: a tulajdonképpeni törvény vagy szabály a parancsok egyik fajtája”.⁵¹

A **parancs** a parancsoló valamilyen kívánságának kifejezése, mely összekapcsolódik a **kényszer általi fenyegetéssel**. A parancs ezért *nem pusztán kívánság, nem óhaj* vagy *vágy*, és *nem is kérés*. A valaminek megtételére vagy a valamitől való tartózkodásra vonatkozó kívánsága megfogalmazásakor a parancsadó valami olyan „rosszra” is utal, ami a kívánság nem teljesítése esetén bekövetkezik. Ez a **szankció**, ami fogalmilag nem más, mint a **rossznak való kitétség**. Austin tehát úgy vélte, hogy a kilátásba helyezett rossz *bekövetkezési esélye* elvezet a kötelezettség fogalmához. Bár mindenütt kerülni igyekezett annak kijelentését, hogy a parancs valamilyen hátrány hozzákapcsolásával képes létrehozni az engedelmisséget, mégis úgy vélte: a „rossznak való kitétség” közvetítésével magában a parancsban adva van a **kötelezettség** fogalma is. Pontosabban: a **parancs és kötelezettség** szerinte **korrelatív fogalmak**.

Gondolatmenete a következő volt: „A command is a signification of desire, but ... the party to whom it is directed is liable to evil from the other, in case he comply not with the desire. Being liable to evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am *bound* or *obliged* by your command, or I lie under a *duty* to obey it... *Command and duty* are, therefore, *correlative terms*: the meaning denotes by each being implied or supposed by the other... The evil which is probably be incurred in case a command be disobeyed or (to use an equivalent expression) in case a duty be broken, is frequently called a *sanction*, or an *enforcement of obedience*. Or (varying the phrase) the command or duty is said to be *sanctioned* or *enforced* by the chance of incurring the evil.”⁵²

Kétségtelen, hogy az érvelés logikája itt-ott megtörik, s amint az idézett szövegből is látható, Austinnek **nem** sikerül bebizonyítania, hogy a parancs képes **jogi kötelezettséget teremteni** vagy *megalapozni*. Akinek megparancsolnak valamit, annak – bizonyos feltételek megléte esetén – azt meg „kell” tennie, de egyáltalán nem biztos, hogy „köteles” is megtenni azt. A jogelmélet emelkedettebb nyelvén fogalmazva ezt úgy is mondhatjuk: Austin *nem* tudta *bebizonyítani*, hogy a *parancsból normatív érvényesség ered*. Amint a XX. századi angol jogelmélet történetéből, nevezetesen H. L. A. Hart főművéből tudjuk, a *parancs* és a *kötelezettség kapcsolata* az a pont, amelynek kritikája révén Austin egész elmélete megcáfolható.

IMPÉRIUM-ORIENTÁLT JOGELMÉLET ÉS SZANKCIÓ ♦ Austin – Jeremy Bentham elméletét követve – a jog **parancs-elméletét** fejtette ki, amelyben a *jogalkotói akarat parancsként* jelenik meg. A jog ilyen magyarázata nyilvánvalóan szemben állt azzal a régi – s a *common law* viszonyai között különösen kihangsúlyozott – hagyománnyal, amely szerint a jognak bizonyos értelemben és mértékben a közösség szokásait és hagyományait kell tükröznie, egy adott társadalom általános értékrendjét kell kifejeznie, s elsősorban a közös szükségleteket kell szolgálnia. E **közösség-orientált** szemlélet helyett Austin elméletét az **impérium-orientált** szemlélet uralta, ami – amint azt a szakirodalomban a jogelmélet szociológiai-társadalomtörténeti háttérét mindig kiválóan elemző Roger Cotterrell megjegyezte⁵³ – az újkor központosított kormányzatának érdekeit és szükségleteit szolgálta.

Ebben a szemléletben a **szankció** a jog **lényeges fogalmi eleme**; anélkül az el sem gondolható. Austin szankció-tana – mely ügyesen vegyíti a jogi és a pszichológiai szempontokat – a jogelmélet érdekes színfoltja. Vázlatosan a következőképpen foglalható össze.

A szankció a kívánságainkra hat. Nem lehetünk kötelezve azt kívánni, amit a jog megparancsol, mert noha kívánjuk a szankciótól való menekülést,

ám nem utáljuk azt, amit a jog tilt. Azért vagyunk kötelezve, mert menekülni kívánunk a szankció elől. Amikor a szankciótól való félelem már egészen eltörölte a jogsértés vágyát, akkor – hangsúlyozta Austin – az ember nem félelemből, hanem önként engedelmeskedik. Az a kényszerítés, amit a kötelesség foglal magában – állította –, olyan rossz gyűlölete és félelme, amelyet a vágy és kívánság útján kikerülhetünk: ha olyasmit kívánunk véghezvinni, amit véghezvithetünk, ha kívánjuk. Ez azt is jelenti: az *akarata uralma* nem terjed ki a *lélek egészére*. A pusztán kívánsággal nem lehet a lélek állapotát megváltoztatni; olyan eszközök segítségével azonban, amelyek kívánságainkkal állnak kapcsolatban, ez lehetséges. A kívánságainktól függő lelki változások fizikai kényszer eredményei.



William F. Yeames: *Vádolt és védő* (1895)

A **szankció** azonban **nem** azonosítható a **kényszerrel**: a jognak ugyanis önként engedelmeskedünk, hogy elkerüljük a kilátásba helyezett rosszat.

Akármit is gondoljunk e szellemes elemzésről, vegyük figyelembe, hogy a szankció – a kötelesség-fogalom közbeiktatása révén – a jogi tartalom érvényesítésének, és az érvényesítéshez szükséges *igazolásának* az eszköze. Ez azt is jelenti, hogy ha valamit **jogi kötelességnek** tekintünk, azzal Austin elméletét alapul véve **nem** állítjuk azt is, hogy az **engedelmeségi** kötelezettséget **erkölcsi** vagy más módon is meg kell alapozni. Ez a jogi pozitivizmus diadala.

POZITÍV JOG ÉS TERMÉSZETJOG ♦ Különösen plasztikussá válik a fenti összefüggés a **pozitív jog** és a – közismert módon mindig „szankció-problémákkal küzdő”, vagyis sok elmélet szerint valódi szankciók nélküli – **természetjog** viszonyának austini megközelítésekor. Austin is elfogadta, hogy a természetjog (mely szerinte „vagy az isteni jog, vagy a pozitív jog és a pozitív erkölcs egyik része”) a pozitív jog **mércéje lehet** – ám úgy vélte, hogy a pozitív jog emberi alkotás, s nem valamilyen erkölcsi eszmény kivetülése.

Ez azt is jelenti: ha a pozitív jog és a természetjog (isteni törvények) összeütközése esetén valaki inkább azt érzi kötelességének, hogy az utóbbit kövesse, azért még nem szabad azt hinnie, hogy ez mentesíti őt a pozitív jog megsértésének következményei alól. Mint mindig, a probléma e tekintetben

is a **jog** – tartalmi értelemben vett – **érvényességének** kérdésévé válik. Ennek kapcsán Austin így fogalmazott: „aki azt mondja, hogy az isteni törvénnyel ellentétes emberi törvények nem kötelezőek, azaz nem is törvények, az **merő képtelenségeket** [*stark nonsense*] beszél.”⁵⁴

Ezt a tudományban szokatlanul harsány álláspontot aztán azzal indokolta, hogy egy jogilag (formailag) érvényes törvény igazságtalanságára kifejezetten **praktikus okokból** nem lehet hivatkozni a bíróság előtt. „A bíróságok – folytatta az előbbi (egyébként W. Blackstone egy megjegyzésével kapcsolatos) kritikai érveit – mindig érvényre jutatták a legveszedelmesebb, s ezért az Isten akaratával leginkább ellentétes törvényeket is, és érvényre juttatják ma is. Tegyük fel, hogy a szuverén halálbüntetés terhe mellett megtilt valamilyen ártalmatlan vagy pozitíve előnyös magatartást. Ha ezt elkövetem, bíróság elé állítanak és elítélnék; s ha azért kifogásolom az ítéletet, mert ellentétben áll Isten törvényével, aki azt parancsolta, hogy az emberi törvényhozó ne tiltsa meg olyan cselekedeteket, amelyeknek nincsenek káros következményei, akkor a bíróság azzal fogja bebizonyítani érvelésem következtlen voltát, hogy – ama jogot követve, amelynek érvényességét vitattam – felakaszt. Az **isteni törvényre** a világ teremtésétől kezdve mindmáig bíróságon **még sosem alapoztak** kivételes **igényt, ellenkérelmet** vagy **keresetet**.”⁵⁵ Magyarul – és ez a pozitívizmus jogászok közötti sikerének valódi oka – a *természetjog* alapján *nem lehet pert nyerni*.

Kétségtelen, hogy a jogi pozitívizmus effajta magabiztosságában van valami pökhendiség. Ha a magasztos jogfilozófia orra alá dörgölik a joggyakorlatot, az elmélet embere számára az bántó lehet. Ám Austin sokkal finomabb szellem volt annál, semhogy ezt az egyszerű eszközt aknázza ki. Tudatos bírálatának hangneme mögött valószínűleg a természetjogászokkal szembeni harag, e mögött pedig a **természetjogi** tanok **ártalmas** jellegéről vallott szilárd meggyőződése állt, amit már Bentham is hangsúlyozott. Úgy vélte, hogy a pozitív jog érvényességét – tehát kötelező erejét – megkérdőjelező természetjogi álláspont pártolása – politikai és jogi értelemben – „az **anarchia hirdetése**”, mely „ugyanolyan *veszélyes* a bölcs és kegyes uralomra, mint a buta és tomboló zsarnokságra nézve”.⁵⁶

Végül, e gondolatok értékeléséhez mindig szem előtt kell tartani egy korábban már hangsúlyozott összefüggést: annak megállapítása, hogy egy törvény pozitív jogot képez-e, Austin elméletében még nem dönti el azt a kérdést, hogy e törvénynek *engedelmeskedni* kell-e. Az **engedelmeskedéssel** (a jog egyéni betartásával, követésével vagy jogászai alkalmazásával) kapcsolatos problémák ugyanis ezen elmélet fényében **etikai kérdések**, melyeket **nem a jogelméletnek** (jogtannak) kell megválaszolnia.

HATALOM ÉS ENGEDELMESSÉG: A SZUVERENITÁS KÉRDÉSE

A SZUVERENITÁS ♦ Mint fentebb jeleztem, ahhoz, hogy jogról beszéljünk, a törvény, valamint az annak lényeges elemét alkotó parancs, kötelezettség és szankció fogalmain túl szükség van még a *fölérendelt* és az *alattvaló* fogalmára is.

Fölérendeltségen Austin azt a **hatalmat** értette, amelynél fogva a fölérendelt a másikat kényszeríteni képes valamire. A fölérendeltség tehát valamilyen rossz akarásának a képessége, mely feltételezi az attól való félelmet is. „A fölérendeltség – fogalmazott – *hatalmat* jelent: azt a képességet, hogy másoknak rosszat vagy fájdalmat okozzunk, s e rossztól való félelem révén arra kényszerítsük, hogy magatartását kívánságunk szerint irányítsa”.⁵⁷ A fölérendeltség fogalma – mely a parancs fogalmának része – Austinnál a meghatározott jellemzőkkel bíró *tényszerű hatalomra* utal, s ebben az értelemben a fölérendelt *szuverénnek* is mondható.

Hatodik, legterjedelmesebb előadásának kezdetén így határozta meg a szuverenitás fogalmát: „Ha meghatározott emberi fölérendelt, aki **nem engedelmeskedik** szokásosan hasonló fölérendeltnek, valamely adott társadalom zöme részéről szokásos **engedelmességben részesül**, ez a meghatározott fölérendelt szuverén abban a társadalomban, s az a társadalom (beleértve a fölérendeltet) független és politikai társadalom”.⁵⁸

Az így értelmezett – lényegében „szociológiailag” (vagyis a társadalmi kontextusra tekintettel) felfogott – szuverenitást az alattvalók *alkalmi* engedetlensége éppúgy nem veszélyezteti, ahogyan *alkalmi* engedelmességük sem teremti meg. A szuverenitás meglétéhez Austin szerint a „társadalom zömének” kell „szokásos módon” bizonyos magatartást tanúsítani, ti. engedelmeskedni, egy személynek vagy egy testületnek pedig nem szabad szokásos módon engedelmeskedni másoknak (ha ugyanis ezt tenné, nem lehetne szuverén). Nyilvánvaló, hogy ez a fogalom meglehetősen képlékeny, ezért határhelyzetekben sok vitára okot adó meghatározása. Az ezzel kapcsolat-



B. Cole: *Pillantás a Képviselőházra*

ban felvetődő problémákat (például hogy lehetségesek-e „félíg szuverén” államok; hogy a monarchia és arisztokrácia mellett fogalmilag vagy technikailag lehetséges-e egyáltalán az alattvalók összességét szuverénnek tekintő demokrácia, stb.) itt nem követem.

SZUVERENITÁS ÉS JOG ♦ Fontosabb s talán elméletileg is izgalmasabb ezeknél az, hogy Austin a szuverenitás tartalmát *a szuverén „jogi meg nem kötöttségében”* látta. Vagyis azt állította, hogy a szuverenitás birtokosának – legyen az egy személy vagy egy testület – tevékenységét **nem lehet jogilag korlátozni**. A szuverénnek természetesen lehetnek (például etikai, politikai, társadalmi és – egy XX. században bevett szempontot is idesorolva – gazdasági jellegű) korlátai, de nem lehetnek jogi korlátai. „A szuverént vagyis a legfőbb hatalmat – hangsúlyozta – nem lehet jogilag korlátozni”.⁵⁹ Más helyütt ezt így fogalmazta meg: „A pozitív jog által korlátozott legfőbb hatalom nyilvánvaló fogalmi ellentmondás”.⁶⁰

Ha azt mondjuk, hogy minden legfőbb kormányzat mentes a jogi korlátoktól, akkor ezzel azt is állítjuk, hogy *jogi értelemben zsarnoki* is lehet. S Austin ki is mondja ezt: „minden legfőbb kormányzat mentes a jogi korlátoktól”, vagy (ami ugyanez az állítás eltérő kifejezésekkel megfogalmazva) minden legfőbb kormányzat **jogilag zsarnoki** [*legally despotic*].⁶¹ Ez a „**jogilag zsarnoki**” persze itt elsősorban annyit jelent: jogi értelemben véve nincs és nem is lehet ellene apelláta. Ám ha így van, akkor ott a kérdés: vajon az általa alkotott **törvény** lehet-e **alkotmányellenes**? Érdemes e tekintetben felidézni Austin finom distinkciót – ha másért nem, hát azért, hogy vitatkozzunk vele.

Az **alkotmányellenes** jelzőt szerinte kétféleképpen használják: olykor általánosan és bizonytalan tartalommal, olykor pedig sajátos és meghatározott értelemben.

Minden, vagy majdnem minden független politikai társadalomban vannak olyan elvek és maximák – hangsúlyozta –, amelyeket a szuverén elfogad és alkalmaz, vagy szokás szerint követ, s amelyek a társadalom zömének, vagy befolyásos tagjai zömének helyeslésével találkoznak.⁶² Ezek követésének és betartásának azonban csak **erkölcsi szankciójuk** van. (a) Amikor a szuverén valamely törvényét alkotmányellenesnek mondják, akkor ezen általánosan és bizonytalan tartalommal azt értik, hogy nem egyezik meg a szuverén által egyébként elfogadott, s az alattvalók zöme által is helyesnek tartott elveknek. Így például, amennyiben szuverén elfogadta azt az elvet, hogy a törvényhozó csak időben előreható hatályú törvényt alkosson, egy – egyébként „szörnyűséges” és „nyilvánvaló rosszat” jelentő⁶³ – *visszaható hatályú törvény* ezen az általános és bizonytalan módon **alkotmányellenesnek** nevezhető, bár **nem** mondható **jogellenesnek**. Ha nem ezt, akkor az

alkotmányellenesség csak azt jelentheti, hogy az annak minősített törvényt általában véve veszélyesnek gondoljuk vagy helytelenítjük. (b) Az alkotmányellenes jelzőt azonban használhatjuk sajátos és meghatározott értelemben is, nevezetesen akkor, amikor az összeütközik az alkotmányjoggal. Alkotmányjogon azonban Austin a „pozitív erkölcsöt vagy a pozitív erkölcs és a pozitív jog keverékét” értette, aminek csak erkölcsi szankciója van. Így egy törvény tulajdonképpen **alkotmányellenesnek** nevezhető, ám ez **mégsem** jelent egyben **jogellenességet** is.⁶⁴

Ezen álláspont feltétele nyilvánvalóan a következő axiómák elfogadása. Az, hogy (a) a jogot parancsnak, (b) az alkotmányjogot pedig – a fentebb jelzett kritérium okán – erkölcsnek tekintsük, melynek nincsenek és nem is lehetnek jogi jellegű szankciói, s mindezek következtében úgy véljük, hogy (c) a közjognak nincsenek jogi garanciái. A jogfejlődésnek egy „alkotmánybíráskodás előtti” állapotában ez az álláspont – a hobbes-i politikai filozófiában kialakított axiómák alapján,⁶⁵ illetőleg a már létező amerikai joggyakorlatról mit sem tudva, a későbbi osztrák-német intézményi újításról pedig még mit sem sejtve – könnyen védhető. Ha úgy gondoljuk, hogy a szuverén jogilag nem korlátozható, akkor jogilag nem is kötelezhető.

Ám ha ez így van, kérdéses lehet, hogy a **szuverén** személy vagy testület e jogi korlátlanága vajon kiterjed-e arra is, hogy szabadon döntsön **utódai** jogairól és kötelezettségeiről, például előírjon számukra valamit? Ha ugyanis ezt megteheti, a későbbi szuverén jogilag már korlátozott lesz. Például egy szuverén vajon megtilthatja-e utódjának, hogy átadja jogalkotó hatalmát egy másik szervnek? Ha nem teheti meg, akkor jogilag korlátozott, ha pedig megteheti, akkor utóda lesz jogilag korlátozott. Azt a lehetőséget, hogy valamely szuverén, például egy parlament, átadhatja a jogalkotó hatalmát egy másik szervnek, példának okáért a joghallgatók vasárnapi egyesületének, az angol alkotmányjogi szakirodalomban úgy nevezik: a szuverén „**törvényhozái öngyilkosságot**” követhet el.

Az elméleti probléma tehát az, hogy egy szuverenitás-elmélet megalkotójának választani kell a „**mindenre kiterjedő, de csak egy pillanatig gyakorolható**” hatalom és a „**folyamatosan gyakorolható, de nem mindenre kiterjedő**” hatalom között.⁶⁶ Amennyire én ismerem a helyzetet, Austin érzékelte e problémát, de – a fenti axiómák alapján ez nem is csoda – nem nézett vele szembe és nem válaszolta meg.

A SZUVERENITÁS KÉSŐBBI ELMÉLETEI ♦ A XIX. század második felének államtudósai ezt és az ezzel összefüggő problémákat a **jogi** és **politikai** értelemben vett **szuverenitás** megkülönböztetésével oldották fel. A megkülönböztetést Albert Venn Dicey vezette be a brit alkotmányra vonatkoztatva, azt

állítva, hogy a „jogi korlátozhatatlanság” nem jelent egyben „politikai korlátlanságot” is.

A *Bevezetés az angol alkotmányba* [*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885] című művében így érvelt: „Jól meg kell azonban jegyeznünk, hogy a ‘szuverenitás’ kifejezés, ha azt szigorúan abban az értelemben használjuk, amelyben Austin néha alkalmazta, **pusztán jogi fogalom**, s nem jelent egyebet, mint jogilag korlátlan törvényalkotó hatalmat. Ha a ‘szuverenitás’ szót ilyen jelentésben használjuk, a ‘szuverén hatalom’ az angol alkotmány szerint kétségtelenül annyi, mint ‘parlament’. De a ‘szuverenitás’ szót néha inkább **politikai**, mint jogi értelemben veszik. ‘Politikai’ értelemben az államban az a testület a szuverén, amelynek akaratát az állam polgárai mint végsőt követik. Ilyen értelemben mondhatni, hogy Anglia választói, a koronával és a főrendekkel együtt, vagy szigorúan véve talán a királytól és a főrendektől függetlenül is, az a testület, mely a szuverén hatalmat bírja. Mert a tényleges állapot szerint a választókerületek akarata, vagy legfeljebb a választókerületeknek, a lordoknak és a koronának egyesült akarata, végső soron biztosan érvényesülni fog minden olyan ügyben, amelyben az angol kormány határoz. De tovább is mehetünk és azt is kijelenthetjük, hogy a jelenlegi alkotmányos szokások szerint a választók akaratának az érvényesülése országos szinten rendes és alkotmányos úton végső soron mindig biztosított. Ez azonban nem jogi, hanem politikai tény. A választók végül is mindig kierőszakolhatják akaratukat; a bíróságok azonban az ilyen akarattal nem számolnak. A bíróságok a népnek csak azt az akaratát ismerik,



James Bryce

ami egy parlamenti döntésben megnyilvánul és nem fogják megengedni, hogy kétségbe vonják a törvény érvényességét, mert a választók akarata ellenére szavazták meg vagy tartják fenn. Igaz, hogy a ‘szuverenitás’ szó politikai értelme éppoly fontos sőt talán fontosabb, mint a jogi. De a két kifejezés, bár egymással szoros kapcsolatban áll, lényegileg **különböző**; Austin pedig munkája némely részeiben nyilván összezavarta e két jelentést.”⁶⁷

Később James Bryce megkülönböztette a *de jure* és a *de facto* szuverenitást. A jogász számára – fogalmazott –, „az a személy vagy testület a szuverén hatalom, aki vagy amely utasításainak a jog jogi erőt tulajdonít.” Ezt a fajta szuverenitást Bryce szerint „a jog alkotta, s az a jogra és csakis a jogra vonatkozik”. Ám felfedezhető egy „gyakorlati szuverén” is: „az a személy vagy a személyek azon testülete, aki vagy amely – akár a jog eszközével, akár azzal szemben is – érvényesíteni tudja akaratát. Ez a személy (vagy testület) a *de facto* uralkodó.”⁶⁸

Ezzel megindult a szuverenitás-fogalom felaprózása. A XX. században W. J. Rees adott kimerítő elemzést azokról a módokról, ahogyan a „szuverenitás” szót a szakirodalomban használják. Egyebek mellett a politika-tudós Ernest Barker, valamint a jogász J. W. Salmond és J. Ch. Gray szóhasználatát elemezve azt állította, hogy a szuverenitásnak *három* lehetséges jelentése van, a „**jogi** szuverenitás”, a „**kényszerítő** szuverenitás” (vagyis a legfőbb kényszerhatalomként felfogott szuverén; valószínűleg az állam) és a „**politikai** befolyásként” felfogott szuverén.⁶⁹

Mára már klasszikussá vált írásában Stanley Isaac Benn a szuverenitás *hat* alkalmazható jelentését különböztette meg. Azt állította: a szuverenitás „(a) kifejezheti valamely **norma legfelső** voltát egy *jogi hierarchián belül*...(b) vonatkozhat egy **törvényhozó szerv** mindenre kiterjedő vagy saját területén belül vett *legfőbb hatáskörére*; (c) kifejezheti egy **jogrend** önmagában megálló voltát...; (d) vonatkozhat a **részleges** rend egy **sajátos fajtájára**, melynek meghatározása jogrendszerrel jogrendszerre változhat ...; (e) kifejezheti a **fegyveres** erők és más hasonló szervek képességét minden lehetséges vetélytárs legyőzésére; valamint (f) egy részleges érdek azon képességét, hogy döntően **befolyásolja** a politikát.”⁷⁰ Talán nem igényel különösebb magyarázatot, hogy a jelentések e sokasodása szuverenitás fogalmának eredendő belső ellentmondásosságával áll kapcsolatban. Ezeket itt nem részletezem.

BÍRÁLAT ♦ Austin jogelméletének külső bírálatát⁷¹ viszonylag könnyű kifejezni: igazságait a XIX. és XX. század számos fontos nem-pozitivistá, nem-imperatív, nem-utilitarista, nem-analitikus módszereket követő jogelmélete és jogfilozófiája megkérdőjelezheti. Az ilyen bírálat azonban, bár átfogó, mégsem erőteljes, mert nem az elmélet alapjaira irányul.

Austin *jogelméletének alapjainál a szuverenitás tana* áll, melynek központi eleme a „szokásszerű engedelmisség”. Ez azonban – amint arra H. L. A. Hart rámutatott – nem képes megmagyarázni a **jog folyamatosságát**, vagyis azt a tényt, hogy a jog címzettjei nem csupán az eredeti szabályalkotónak „engedelmeskednek”, hanem utódjainak is. A **szokások** továbbá –melyekre Austin a „szokásszerű engedelmisség” fogalmát alapozta – nem normatív jelenségek, és senkit sem ruházhatnak fel jogokkal, illetve jogszerű hatalommal.

Az a tétel továbbá, hogy a jogi korlátozásoknak alávetett szuverén fogalmi ellentmondás, csak bizonyos gondolati előfeltételek megléte esetén lenne elfogadható. Például el kellene fogadni hozzá azt is, hogy a szuverén, aki megszabja a köteleességeket, nem lehet kötelezettség alanya. Ám tudjuk, hogy a szuverének nem tehetnek meg mindent, vagyis korlátaik, egyebek között jogi korlátaik vannak. A jogi korlátok természetesen nem azonosak a

jogi kötelességekkel, hanem inkább **jogi akadályok** [*disabilities*], melyek a **jogi hatalom hiányát** jelzik. E lehetőséggel Austin egyáltalán nem számolt. Az olyan állami jogi döntés, ami nincs tekintettel az ilyen korlátokra, jogilag érvénytelen.

A KLASSZIKUS ANALITIKUS ISKOLA

Az analitikus jogelmélet jelentőségét akkor értjük meg, ha komolyan vesszük azt a gondolatot, amit John Chipman Gray – az „amerikai Austin” – fogalmazott meg a *The Nature and Sources of the Law* [A jog természete és forrásai, 1909] című művében. „Aki a jogtudomány tanulmányozására adja a fejét – írta Gray –, az gyakran kerül szembe azzal a zavaró érzéssel, hogy nem dolgokkal kell foglalkoznia, hanem szavakkal, s hogy egy kirakójáték darabjainak alakját és méretét vizsgálgatja. Ha azonban megérti, hogy ezek a szavak ugyanúgy kerülnek forgalomba, mint a pénz – nemcsak ostobák által és ostobák számára, hanem a legélesebb elmék által és számára is –, akkor felismeri azt is, hogy méltó foglalatosságra akadt, melyet érdemes méltó módon elvégezni.”⁷²

AZ ISKOLA KÉPVISELŐI ÉS FŐBB TANAIK

Az analitikus jogelmélet klasszikus – bár ma már mondhatnánk így is: régi – iskolájának főbb képviselői William Edward **Hearn** (1826–1888), Sheldon **Amos** (1835–1886), James **Monahan** (1855–1923), William **Markby** (1829–1914), Thomas Erskine **Holland** (1835–1926), John William **Salmond** (1862–1924), John Chipman **Gray** (1839–1915), Wesley Newcomb **Hohfeld** (1879–1918), Albert **Kocourek** (1875–1958) és George W. **Keeton** (1902–1989) voltak.

Az iskola befolyásához nagyban hozzájárult, hogy képviselőik az angolszász világ különböző országaiban tevékenykedtek. Hearn például eleinte Írországból, majd 1855-től az ausztráliai Melbourne-ben tanított. Markby, oxfordi kinevezése előtt, 12 évig az indiai legfelső bíróság bírója volt Calcuttában. A neveltetése okán Új-Zélandhoz és Londonhoz kötődő Salmond több évtizeden át különböző új-zélandi és ausztrál egyetemeken (Wellington, Adelaide) tanított, Új-Zélandon volt ügyvéd, később főügyész, majd a legfelső bíróság bírója. Keeton Kanadában is tanított, Amos pedig nemcsak Londonban, hanem egy ideig Sydney-ben (Ausztrália) tevékenykedett, majd Egyiptomban telepedett le, ahol ügyvédként kereste kenyerét. Monahan,

Gray és Hohfeld amerikai születésűek voltak, s szakmai pályájuk is az Egyesült Államokhoz kötődött.

Bár a klasszikus analitikus iskola – bizonyos fokig az angol kultúra 1850–1950 közötti expanziójának is betudhatóan – nagy hatást gyakorolt a világ jogtudományára, időbeli befolyása tiszavirág életű volt, s a XX. század közepére elveszítette vonzerejét. Az iskola tagjainak műveire a szakirodalomban ma már nem nagyon hivatkoznak. Ez alól Salmond *Jurisprudence* [Jogelmélet, 1902], Holland *The Elements of Jurisprudence* [A jogelmélet elemei, 1880], valamint Gray *The Nature and Sources of the Law* [A jog természete és forrásai, 1909] című munkái kivételt jelentenek.



T. E. Holland



J. W. Salmond

A kifejtett gondolatok múltékonysága tekintetében a legjelentősebb kivételt Wesley Hohfeld munkássága jelenti. Az *Alapvető jogi fogalmak a bírói érvelésben* [Fundamental Legal Conceptions as Applied in Juridical Reasoning, 1913, 1917, kötetben: 1919, 1923; magyarul részlete: 2000] c. tanulmányával ugyanis Hohfeld nemcsak nagy betűkkel, de véglegesen is beírta nevét a jogelmélet aranykönyvébe. Gondolatai ma is elevenek és sokak számára inspirálóak. Ő az, aki kapcsolatot teremt a régi és a mai analitikusok között.

A kifejtett gondolatok múltékonysága tekintetében a legjelentősebb kivételt Wesley Hohfeld munkássága jelenti. Az *Alapvető jogi fogalmak a bírói érvelésben* [Fundamental Legal Conceptions as Applied in Juridical Reasoning, 1913, 1917, kötetben: 1919, 1923; magyarul részlete: 2000] c. tanulmányával ugyanis Hohfeld nemcsak nagy betűkkel, de véglegesen is beírta nevét a jogelmélet aranykönyvébe. Gondolatai ma is elevenek és sokak számára inspirálóak. Ő az, aki kapcsolatot teremt a régi és a mai analitikusok között.

nagy betűkkel, de véglegesen is beírta nevét a jogelmélet aranykönyvébe. Gondolatai ma is elevenek és sokak számára inspirálóak. Ő az, aki kapcsolatot teremt a régi és a mai analitikusok között.

AZ INSTITUCIONALISTA JOGFOGALOM ÉS A JOGHELYZETEK ELMÉLETE ♦

A klasszikus, vagyis az 1945 előtti analitikus iskola fejlődésében – amint arra az annak történetét áttekintő Horváth Barna rámutatott – két lényeges tendenciát különböztethetünk meg. Az egyik az **imperatív** jogszemlélet fokozatos **átalakulása**. Austinnál a *jog a szuverén parancsa*, az analitikus iskola későbbi képviselőinél pedig a **jog az, amit a bírók annak mondanak**. A fordulatot e tekintetben J. W. Salmond és J. Ch. Gray hajtotta végre. A másik változás a *jog fogalmi elemzésének a joghelyzetek elméletévé történő átalakítása*. E tekintetben W. N. Hohfeld és az ő tanait is továbbfejlesztő A. Kocourek elméletei jelentettek áttörést. E változások áttekintése érdekében érdemes itt hosszabban idézni Horváth Barna kiváló munkáját, az *Angol jogelméletet*.



John Ch. Gray

„Markby, Amos és Holland – olvashatjuk e műben – az orthodox austiniánusok. Austin gondolatain náluk kevés változtatást találunk. Markby azt mondja, hogy a jog azoknak a szabályoknak az általános teste, amelyeket valamely politikai társadalom uralkodói intéznek e társadalom tagjaihoz és amelyeket általánosan követnek. Megjegyzi, hogy csupán Austin eredményeit ismétli. Amos a nemzetközi jog jogisága kérdésében, Maine hatása alatt, némileg eltér Austintól. Úgy véli, hogy a jog nem annyira a szuverén tekintélyen, mint inkább a szankció bizonyosságán múlik. Holland már bizonyos irányt visz az Austin-féle jogfogalom fejlődésébe, amikor a *jog jellemzőjeként* nem a szuverén tekintély parancsát, hanem **kikényszerítését** nevezi meg. Definíciója szerint a jog a külső emberi cselekedetnek a szuverén politikai tekintély által *kikényszerített általános szabálya*. Monahannak a jogi módszerről írt kiváló könyvecskéjében már megtaláljuk azt a jellemző gondolatot, hogy a jog magatartási rend, amelyet a bíróságok tényleges vagy lehetséges beavatkozása tesz joggá. Hearn a jogot az állam parancsának tartja és minden parancsban **hét fogalmi jegyet** talál. Ezek a *kibocsátó* (a jogparancs esetében az állam), a *címzett*, a *kibocsátó kívánsága*, a *kívánt magatartás*, a *kívánság kifejezése*, a *fenyegetés*, a *kikényszerítő hatalom feltételezése*. A jogtétel Hearn szerint az alárendeltek magatartására vonatkozó államakaratnak illetékes szervek részéről kifejezett és más szervek részéről szankcionált tudomásul adása. Salmond szerint a **jog** az állam részéről az igazságszolgáltatásban elismert és alkalmazott elveket, vagy rövidebben, a **bíróságok által alkalmazott szabályokat** jelenti. Ezzel tulajdonképpen végbement az Austin-féle jogfogalom jellegzetes átalakítása. A jog ismérve többé nem a szuverén parancsa, hanem a bíróságok általi alkalmazás. Gray is azokat a szabályokat tartja jognak, amelyeket a bíróságok a jogosítványok és kötelezettségek meghatározása céljából lefektetnek. Kocourek szerint a jog az emberi magatartás ellenőrzésének az állam által autorizált eszköze. Végül [mindezt] Keeton igyekszik összefoglalni. Kissé bonyolult definíciója szerint a jog valamely politikai társadalom e célra rendelt szervei által alkalmazott olyan magatartási szabály, amelyet első ízben az uralkodó politikai tekintély állít fel az általa, vagy a részéről megbízottak által helyesnek tartott igazságossági eszme megvalósítása érdekében.”

Ezt a változást akár az ún. **institucionalista jogfogalom** kialakulásaként is értékelhetjük. Eszerint valamely norma nem azért jog, mert a szuverén megparancsolta (*imperatív jogfogalom*), hanem azért, mert valamilyen intézmény, jelen esetben a bíróság részéről alkalmazást nyer (*institucionalista jogfogalom*). „Mindezekben a [meg]fogalmazásokban – jegyzi meg helyesen Horváth Barna – az a gondolat törekszik felszínre bukkanni, hogy a jogot az

őt [azt] alkalmazó, érvényesítő vagy általa delegált szervekkel és intézményekkel is lehet jellemezni.”

A változások másik fő iránya az volt, hogy a jog fogalmi elemzése a **joghelyzetek elméletévé** és a **jogosultság tanává** vált. „Ennek a fejlődésnek a fő állomásai – Horváth Barna szerint, akit itt megint hosszabban idézek – a következők. Salmond szerint a szoros értelemben vett jogosítvány korrelatívuma a kötelezettség. Tágabb értelemben azonban jogosítvány szerinte minden jogilag elismert érdek, akár megfelel neki a kötelezettség, akár nem. Nevezetesen vannak a szoros értelemben vett jogosítványon kívül szabadságok és hatalmak. Amint a szoros értelemben vett jogosítványnak megfelel a kötelezettség, akként felel meg Salmond szerint a szabadságnak a képtelenség [tkp. a hatalom hiánya], a hatalomnak pedig a kiadottság [mai kifejezéssel: a beavatkozásnak kitettség]. Salmond-nál még **sok bizonytalanság** van a joghelyzetek rendezésében. *Kérdés*, hogy a kötelezettséget eléggé jellemzi-e a szabadság hiánya? *Kérdés*, hogy a szabadság egyáltalában joghelyzet-e? Főképpen *kérdéses* azonban, hogy a kiadottságot miként lehet nem csupán a hatalomnak, hanem a szabadságnak korrelátumaként is felfogni? Akinek nincs jogi kötelezettsége (azaz Salmond szerint szabad), azzal szemben nem kiadottak vagyunk, hanem jogosítvány hiányában szenvedünk. Mindazonáltal Salmond az első szerző, aki nemcsak a jogosítványt elemzi és osztályozza, hanem annak korrelatívumait is keresi. A joghelyzetek elméletének további fejlődése a fiatalon, 39 éves korában elhunyt Hohfeld, valamint Kocourek nevéhez fűződik. Keeton csak röviden összefoglalja az eredményeket. Hohfeldnél a **joghelyzetek táblázata** a következő. Korrelatívumok a jogosítvány és a kötelezettség, a kiváltság és a jogosítvány hiánya, a hatalom és a kiadottság, végül a mentesség és a képtelenség. Ellentétek, vagyis negatívumok a jogosítvány és a jogosítvány hiánya, a kiváltság és a kötelezettség, a hatalom és a képtelenség, a mentesség és a kiadottság.⁷³ Kocourek fő aggálya ezzel a táblázattal szemben az, vajon lehetnek-e általános negatívumok igazi korrelatívumok?”

A JOGHELYZETEK ELMÉLETE: HOHFELD ÉS KOCOUREK

HOHFELD A JOGI FOGALMAKRÓL ÉS A JOGOKRÓL ♦ A Stanford, majd a Yale egyetemen tevékenykedő Wesley N. Hohfeld több száz amerikai és más bírósági ítéletet, valamint egyéb jogi dokumentumot vizsgált meg abból a szempontból, hogy az azokat megszövegező bírók és jogászok miként használtak bizonyos alapvető jogi fogalmakat. Ám nem csupán azok tartalmát

elemezte, hanem meghatározott sémába is rendezte a közöttük lévő viszonyokat.

Az eredetileg folyóiratban megjelentetett, majd könyvben is közzétett *Alapvető jogi fogalmak a bírói érvelésben* [Some Fundamental Legal Concepts as Applied in Judicial Reasoning, 1913/1919] című írásában a következőképpen indokolta e törekvését: „A jogi problémák világos megértése, pontos megfogalmazása és tényleges megoldása útjában álló egyik legfőbb akadály abból a kifejezett vagy rejtett feltevésből származik, hogy minden jogi viszony visszavezethető 'jogokra' és 'kötelességekre', s ennél fogva ezek a kategóriák alkalmasak még az olyan legösszetettebb jogviszonyok elemzésére is, mint a *trust*, elővételi jog, okirati letét, váromány, társasági részesedés és így tovább. Még ha e nehézség csupán a terminológia pontatlanságából és kétértelműségéből fakad is, komolysága nagy figyelmet érdemel és megoldásra irányuló állhatatos törekvést kíván; hisz a **kaméleon módjára színt váltó szavak** minden tüzetesen megvizsgált jogi vagy nem-jogi kérdés esetében **gátolják a tiszta gondolkodást** és pontos kifejezést. A kifejezések fent jelzett pontatlansága és kétértelműsége igen gyakran a bevett jogi fogalmak hasonló elégtelenségét és zavarait tükrözi. [...] Az igazán alapvető jogi viszonyok – fogalmazott – végül is *sui generis* jellegűek; ezért a formális meghatározás síkján tett kísérletek mindig elégtelenek, ha nem is teljesen haszontalanok. Ennek megfelelően az előrehaladás legígéretesebb útjának az tűnik, ha az 'ellentétek' és 'korrelációk' sémájába rendezve mutatjuk be a különböző viszonyokat, s aztán konkrét esetekkel példázzuk egyedi kiterjedésüket és alkalmazásukat.”⁷⁴

Elemzésének kiindulópontján így a következő *ellentétes* jogi fogalmakat rögzítette: **jog** [*right*] és **joghiány** [*no-right*], **szabadság** [*privilege*] és **kötelezettség** [*duty*], **felhatalmazottság** [*power*] és **beavatkozás-képtelenség** [*disability*], **mentesség** [*immunity*] és **beavatkozásnak kitétség** [*liability*].

A *korrelatív* jogi fogalmak ezzel szemben a következők: **jog** [*right*] és **kötelezettség** [*duty*], **szabadság** [*privilege*] és **joghiány** [*no-right*], **felhatalmazottság** [*power*] és **beavatkozásnak kitétség** [*liability*], **mentesség** [*immunity*] és **beavatkozás-képtelenség** [*disability*].

Ugyanez áttekintő táblázatba rendezve a következőképpen ábrázolható:

ELLENTÉTES JOGI FOGALMAK	jog	szabadság	felhatalmazottság	mentesség
	joghiány	kötelezettség	beavatkozás- képtelenség	beavatkozásnak kitétség

KORRELATÍV JOGI FOGALMAK	jog	szabadság	felhatalmazottság	mentesség
	kötelezettség	joghiány	beavatkozásnak kitétség	beavatkozás- képtelenség

E fogalmakat azután Hohfeld részletesen elemezte és közelebbi viszonyukat is meghatározta.

Elméletének jellegét az alábbiakban két példával érzékeltetem; a jogosultság jelentéstartalmának meghatározásával, és egy esetlegesen kiválasztott korrelatív fogalompár – a mentesség és beavatkozásra képtelenség – általa adott elemzésének bemutatásával.

Ami a **jogosultság** fogalmát illeti, Hohfeld úgy látta, hogy a „valakinek joga van valamihez” – az analitikus jogelmélet nyelvén fogalmazva: a „*p*-nek joga van *z*-hez” – jellegű kijelentéseknek a következő tartama lehet.

Egy ilyen kijelentés, először is, a leggyakrabban arra utal, hogy *y* (azaz valaki más, illetve mindenki más) **köteles hagyni** *p*-t *z* megtételében. A hangsúly ilyenkor nem csupán *p* valamely lehetőségén van, hanem *y* azon kötelességén is, hogy tegye lehetővé *z* megtételét. A jogokkal ebben az esetben kötelezettségek állnak szemben. *P*-nek ezért **igénye** van *y*-nal szemben *z*-re vonatkozóan. Hohfeld fogalmi rendjében az efféle jog **igény-jog** [*claim-right*].



W. N. Hohfeld

A római jogi megkülönböztetés alapulvételével mások különbséget tettek még *in personam* és *in rem* igény-jogok között is (mint amilyen például egy szerződésből születő jog és a tulajdonjog), attól függően, hogy pontosan megjelölhető-e a kötelezett személye.

Másodszor, a „*p*-nek joga van *z*-hez” jelentheti azt is, hogy *p* szabadon megtehet valamit, vagy tartózkodhat valami megtételétől. Ezt Hohfeld **privilegium** [*privilege*] nevezte, a későbbi szakirodalomban inkább a **szabadság** kifejezéssel jelölik. E jogok egy része valóban szabadságjog, de másfajta jogok is ide tartoznak. Ilyen privilegium vagy szabadság az, ha a kijárási tilalom idején a rendőr az utcán tartózkodhat; ha a magzatelhajtás jogi tilalma esetén az anya életének megóvása végett az orvos végrehajthatja az abortuszt; és ilyen joggal rendelkezik az angol bíró is, aki hivatalos minőségében eljárva nem követhet el becsületsértést, mondjon bármit is. A privilegium esetén a fő szempont nem az, hogy *y*-nak kötelessége-e megtenni va-

lamit vagy tartózkodni valamitől, hanem az, hogy *a jog alanya sajátos helyzetben van*, és ezért *lehetősége van* olyan dolog megtételére, ami mások esetében jogellenes.

A „*p*-nek joga van *z*-hez” kijelentés, harmadszor, jelentheti azt is, hogy *P*-nek *hatalmában áll valamit megtenni*, és ezzel *változást idézhet elő* a jogok és a kötelezettségek rendszerében: a tulajdonos végrendelkezhetsé, a zálogbirtokos érvényesítheti a zálogjogát, és ezzel megváltoztathatja egy dolog tulajdonjogi helyzetét, stb. Az így felfogott jog tehát **hatalom** [*power*], **felhatalmazottság** vagy **képesség**, és e jogokkal nem állnak szemben kötelezettségek. Kötelezettségek ugyanis az ilyen jogok gyakorlása következtében születő igényjogokhoz társulnak.

S végül, a „*p*-nek joga van *z*-hez” jelentheti azt is, hogy senkinek sincs hatalma *p* jogi viszonyainak megváltoztatására. Ebben az esetben *p* **mentességet** [*immunity*] élvez, azaz *senki nincs olyan helyzetben*, hogy változást idézzen elő jogi helyzetében. Ilyen például a legtöbb szabadságjog alanyának a törvényhozóhoz viszonyított helyzete.

Hohfeld elemzését később sokan követték és finomították. Természetesen rendkívül sok bírálat is érte. Felvetették, hogy megkülönböztetései magánjogi jellegűek, a büntetőjogra azonban nem alkalmazhatók. Mások azt kifogásolták, hogy elemzése csak a jogosultságokra terjedt ki, és a kötelezettség fogalmát úgy kezelte, mintha az egységes lenne. Hohfeld munkája azonban hiányossága ellenére is jelentős mértékben hozzájárult a jogokkal kapcsolatos gondolkodás fejlődéséhez.

A másik példa a következő. A **mentesség** és a **beavatkozásra képtelenség** fogalmihoz Hohfeld a következő elemzést fűzte: „...a mentesség a beavatkozásra képtelenség (‘felhatalmazottság-hiány’) korrelatív párja, és a beavatkozásnak kitettség ellentéte vagy negatívja: Az előzetes vázlatból és az eddig kifejtettekből talán kézenfekvőként következik, hogy a felhatalmazottság általában ugyanúgy viszonyul a mentességhez, mint a jog a szabadsághoz. A jog a mással szembeni pozitív igény, a szabadság pedig valaki más jogával vagy igényével szembeni szabadság. Hasonlóképpen: a felhatalmazottság más jogi viszonyának ‘alakítására’ irányuló lehetőség; míg a mentesség másvalakinek egy jogviszony ‘alakítására’ szóló jogi felhatalmazottságától való szabadság [*freedom*].”⁷⁵

Már utaltam rá, hogy Hohfeld munkássága jelenős mértékben hozzájárul a **deontikus modalitások** problémáinak végiggondolásához. Az ellentétes és a korrelatív jogi fogalmakat például gyakran az ún. *logikai négyzet* mintája⁷⁶ alapján ábrázolják, elemzik és tanítják.

ALBERT KOCOUREK ELMÉLETE ♦ Pusztán szemléltetésként érdemes részletebben is kitérni itt Albert Kocourek mára kissé elfeledett munkásságára. Gondolatait – egyebek mellett – a *Jural Relations* [*Jogviszonyok*, 1927, ²1928] című művében fejtette ki. Elméletének jelentősége az, hogy a jogokkal kapcsolatos hohfeldi *szemantikát* – amint azt az újabb szakirodalomban mondják – *szintaxissá* változtatta át.⁷⁷

Mivel a hazai szakirodalomban, nevezetesen Horváth Barna *Angol jogelméletében* Kocourek elméletének áttekintése már rendelkezésünkre áll, elég azt itt segítségül hívnunk. Az alábbiakban újra ezt idézem.⁷⁸ „Kocourek – kezdi elemzését a magyar jogelmélet e különös alakja – szinte pazarló részletességgel fejti ki a joghelyzetek elméletét. Felfogásával érdemes kissé behatóbban megismerkednünk, hiszen a fogalomelemzést joghelyzet-tanná kiépítő fejlődési iránynak ma [ti. 1943-ban] ő a viszonylagos végpontja.

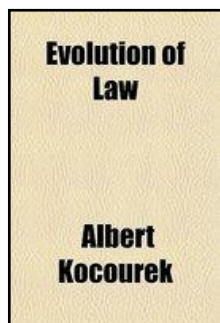
Kocourek szerint az az alapvető eszme, amely akkora fontosságú a jogban, mint a *gravitáció* eszméje a fizikában, a **joghelyzet** fogalma. A jogtételek önmagukban véve csupán elvont és feltételes jellegűek, a jog bennük csak potenciális. A jogszabályok és a tények között szükség van összekötő princípiumra, amely a jogi szabályok rendszerét és a társadalmi cselekvések rendszerét egymással összekapcsolja. Ez éppoly elengedhetetlen, mint az, hogy a gőzkazánban összeszoruló gőznek meglegyen a közlekedő útja a tolattyúnak és szelepeknek a rendszeréhez, ha azt akarjuk, hogy a gép szabályosan és hasznosan dolgozzék. A jog ereje és a szociális matéria közötti ezen összekötő elv a **jogi vonatkozás**, a '**juris nexus**', vagy '**juris vinculum**'.

A jog közvetlen célja a külső cselekvési szabadság. Minden jogi cselekvőség szabadsággal kezdődik és azzal végződik. A joghelyzet olyan jogi és tényleges helyzetnek az elvont fogalma, amelynél fogva az egyik személy korlátozni képes valamely emberi lénynek természetes fizikai mozgási szabadságát, valamely másik személy javára. A joghelyzet fizikai elemekből elvont tiszta fogalom. A jog sohasem tárgyakkal, hanem mindig csak fogalmakkal dolgozik. Ezért joghelyzetnek nem lehet helye a térben. Az adósságnak nem lehet *situsa*, mint a teleknek, sem mobilitása, mint az ingóságnak. A joghelyzetnek csakis olyan tulajdonságai lehetnek, mint a *formának* általában. Nem bírhat ellenben az *anyag* tulajdonságaival. A joghelyzet tehát teremthető, megváltoztatható és elpusztítható, de nem lehet fekvése, mobilitása vagy oszthatósága.

A joghelyzet egyesíti magában a jog **normatív** és **faktikus** elemeit, s akkor áll elő, amikor a jogtétel a tényleges helyzetet megéri. A joghelyzetek atomisztikusak. Mint az atomokat, akként a joghelyzeteket is felbonthatjuk protonokra és elektronokra. De a bíróság ezekkel a végső elemekkel nem

foglalkozik. Számára a joghelyzet a végső egység. Ezért részleges joghelyzetek nem állhatnak fenn. Sőt a joghelyzet integrális jellege még maradandóbb, mint az atomé. Atomok más atomokká alakulhatnak át, de a joghelyzet belső elemeiben mindig állandó marad. A **jogviszony elemei**, protonjai és elektronjai, a **személyek** és a **cselekedetek**. Az előbbiek állandóak, az utóbbiak változóak. Tévednénk azonban, ha azt hinnénk, hogy a személy és a cselekedet a tények, nem pedig a tiszta fogalmak világába tartozik. A **jogtudomány** Kocourek szerint minden ízében **fogalmakat vizsgáló tudomány**. A joghelyzetek is fogalmak, mert hiszen azokat a tényelemeket, amelyek a joghelyzet szubsztrátumai, a jogi eljárásban csak fogalmak alakjában ismerjük. A joghelyzet elemei, a személyek és a cselekedetek, szintén fogalmi természetűek. A személyek a joghelyzetek polaritásának fogalmi vonatkozás-pontjai. A cselekedetek a joghelyzet tartalmának és fejlődésének a fogalmi. A jogtételek maguk is fogalmi formulák. Az összes jogi operációk tisztára fogalmiak. Ez áll még a jogszabályok tényleges érvényesítésére is. Maga a jogi dolog is, amelyet Kocourek jövőbeli védett *infra-jurális helyzet*ként határoz meg, sőt még a jogi dologelemek is, amilyen a tér, a mozgás, az anyag, amelyekre minden jogi dolog végelemzésben visszavezethető és amelyek viszont a joghelyzetek végső vonatkozás-pontjai, fogalmi természetűek. Már pedig a fogalmak oszthatatlanok, időn és téren kívüliek. Az a Raphaello-kép, amely a perbeli bizonyítás eredménye gyanánt mint jogi dolog-elem áll előttünk, nem egyéb, mint a kép fogalma. A fungibilis dolgok esetében a dologelemek fogalmi természete még-inkább kézenfekvő.

A *jogi értelemben vett személy* fogalom, amelynek a joghelyzetben állás képességét tulajdonítjuk. A *jogi értelemben vett személyiség* tulajdonképpen



valamely jogi értelemben vett személy joghelyzeteinek az összessége. A személy redukálhatatlan jogi szubszisztencia. Ideális beszámítási pont, mint Kelsen tanítja. A joghelyzetek alanyai sohasem fizikai emberi lények, hanem fogalmi természetű személyek, akik sohasem azonosíthatók azokkal az emberi lényekkel, akik rendszeren szubsztrátumaik. A jogi értelemben vett személyiség megelőzheti és túlélheti a fizikai személyiséget. Ott is, ahol fizikai személy van jelen, a jogi személyiség külön jogi entitás. A fizikai emberi lények a jognak csak tárgyai.

Amint az individuális személyiség fogalmi természetű, ugyanúgy természetesen az ún. jogi személy személyisége is az. Minden jogi értelemben vett személyiség mesterséges személyiség.

Míg a személy a joghelyzetnek statikus, addig a **cselekedet** annak dinamikus eleme. A cselekvés fogalmából azonban ki kell zárni mindenféle lelki elemet és behaviorisztikusan kell felfogni azt. A cselekedet valamely testmozgás eredményének, vagy pedig testmozgás hiányának betudható eredménynek a jogi fogalma. Cselekedet jogászi értelemben nem az izmok mozgása, nem mozgásban levő valami. Nem is objektív tény, nem is objektív eredmény. Hanem, szigorúan véve, feltételezett objektív eredmény jogászi fogalma. Az objektív eredménynek és jogászi fogalmának az egybeesését a jogelmélet éppoly kevésbé biztosíthatja, mint az ismeretelmélet az ismeret tárgyának a tárgy ismeretével, a független dolognak a jelenséggel való egybeesését. A cselekedet funkciója jogi jelenségek létrehozása, éppúgy, mint ahogyan az érzet és az észrevétel funkciója lelki jelenségek létrehozása. A jogi jelenség oka a külvilág egy részének a jogi percepciója. Hogy ez a percepció egybevág-e a külső ténnyel, azt soha abszolút bizonyossággal nem tudhatjuk. A jog perceptív processzusa, a „jogészrevétel” vagy „jogészlelés”, a jogi eljárás szabályaiban van rendezve. Valószínűtlen az, hogy ez a kodifikált észlelés szabatosabb lenne, mint a közönséges percepció. A cselekedet fogalmi természetét különben a joghelyzet fogalmi természetéből is következik. Személy és cselekedet egyaránt oszthatatlan, mert a fogalmak oszthatatlanok.



Kocoureknek ez a felfogása merő konceptualizmus és logizmus. **Fogalmi jogászat** a jogelmélet síkjára hozva. Amikor azonban a jogi észlelést párhuzamba állítja a közönséges észrevétellel, akkor tulajdonképpen elejti azt a címet, amelyen a jogi dolgokat fokozottabban fogalminak mondja más dolgoknál. Igaz, hogy a jogban az előírások szemüvegén keresztül észlelünk. Észlelésünk mesterkéltabb. Ez nem okvetlenül azt jelenti, hogy pontatlanabb. Főképpen pedig nem azt, hogy fogalmibb. A közönséges és a jogi észlelő egyaránt fogalmi struktúrán keresztül észlel. Egyaránt [el]érik vagy nem érik el a fogalmakon keresztül a tényeket.

Kocourek szerint minden joghelyzetnek van **uralkodó** és **szolgáló** oldala. Az uralkodó oldalon, a *Dominus* oldalán, **jogosítványokat** (*rights*), a szolgáló oldalon, a *Servus* oldalán, **kötöttségeket** (*ligations*) találunk. Kocourek következetesen keresztülviszi azt a gondolatot, hogy nincs jog kötelesség nélkül, de kötelesség sincs jog nélkül. A jogosítványok lehetnek igények (*claims*), mentességek (*immunities*), kiváltságok (*privileges*) és hatalmak (*powers*). A kötöttségek lehetnek kötelezettségek (*duties*), tehetetlenségek (*disabilities*), igénynélküliségek (*inabilities*) és kiadottságok (*liabilities*). Korre-

latív joghelyzetek: igény – kötelezettség, mentesség – tehetetlenség, kiváltság – igénynélküliség, hatalom – kiadottság. Az igény és a hatalom a végső, alapvető relációk.

A mentesség az igénynek, a kiváltság a hatalomnak csak **reciprokjai**. *Igény* az a jogi képesség, amelynél fogva más magatartását követelhetjük. *Mentesség* pedig az, amelynél fogva más magatartását megakadályozhatjuk. Az adósság megfizetésére való igény tehát egyúttal a nemfizetés alóli mentesség (reciprocáció). Hasonlóképpen *hatalom* az a jogi képesség, amelynél fogva mással szemben jogi hatállyal cselekedhetünk. *Kiváltság* pedig az, amelynél fogva másra háríthatunk valamely cselekedetet. Útszolgálat esetében például hatalmam van a szolgáló telken átmenni, ami egyúttal azzal a kiváltsággal is egyértelmű, hogy másra háríthatom annak a különben fennálló kötelezettségnek a teljesítését, hogy a telken való átjárástól tartózkodjam (reciprocáció).

A **reciprocációnak** Kocourek-nél az lenne az értelme, hogy a joghelyzetek számát csökkentjük, néhány alapjog-helyzetre vezessük vissza. Csakhogy Kocourek eközben összezavarja a jog érvény-elemét és tény-elemét, a jogi szükségességeket és a jogi képességeket, a magatartások bekövetkezendőségét és bekövetkezhetőségét, a statikus szabálytartalmat és a dinamikus tény-folyamatot. A *mentesség* nem kötelezettség-hiány, hanem kiadottság-hiány. Ennélfogva az igény nem lehet kiadottság alóli mentesség, hanem legfeljebb kötelezettség alóli kiváltság. Az adósság megfizetése iránti igény nem a nemfizetés alóli mentesség, hanem a nemfizetés eltűrésének kötelezettsége alóli kiváltság. A *kiváltság* viszont kivételes kötelezettség-hiány. Az a kiváltság, hogy a szolgáló telken átjárhatok, nem az útszolgálatban rejlő hatalmamnak, hanem igényemnek a reciprokja. Hatalmam reciprokja pedig az a mentességem, amely fennáll a tulajdonosnak az átjárást megtiltó hatalmával szemben, amelynek mások ki vannak adva. Helyesen felfogva tehát az *igény* és a *kiváltság*, a *hatalom* és a *mentesség*, a *kötelezettség* és az *igénytelenség*, a *kiadottság* és a *tehetetlenség* lennének esetleg **reciprokálhatók**, azaz **egymás minősített eseteként felfoghatók**. Még így is óvatosság ajánlatos ennél a merész logikai operációnál. A reciprokok csak tökéletlenül fejezik ki egymás értelmét. Hogy igényem van, az nem egészen ugyanaz, mint a nem-teljesítés-tűrésének kötelezettsége alóli kiváltságom.

Hogy hatalmam van, az nem pontosan ugyanaz, mint a nekem kiadott, hatalmával szemben fennálló kiadottság-hiányom. Kötelezettségem nem azonos igénytelenségemmel, és kiadottságom sem egyszerűen minősített esete tehetetlenségemnek.

Kocourek **attraktív reláció**król beszél, amikor az egyik oldal vonzza a másikat, **repulzív reláció**król pedig akkor, amikor kivédi a másik akcióját. Az igény vonzza a kötelezettség teljesítését, a kiadottság pedig a hatalom gyakorlását. A mentesség kivédi a hatalmat, a kiváltság pedig az igényt. **Processzív reláció**kban az egyik fél cselekedhetik a másikkal szemben, **recesszív reláció**kban a másik oldal felé hárítja a cselekvést. A hatalom és a kötelezettség Kocourek szerint processzív, a kiváltság és a tehetetlenség ellenben recesszív relációk.

A repulzív jog mindig recesszív kötöttséget foglal magában, ez processzív kötöttséget von maga után, amely attraktív joggal korrelatív. Más szóval, az *attrakció* és a *repulzió* együtt jár, mint a *processzió* és a *recesszió*. Az áttétel folyamata közben a cselekedet előjele pozitívról negatívra, vagy megfordítva, változik. A nemfizetés alóli mentesség (repulzív jog) az adós tehetetlenségét (recesszív kötöttség) foglalja magában, ez viszont az adós fizetési kötelezettségét (processzív kötöttség) vonja maga után (miközben a nemfizetés negatív magatartása a fizetés pozitív magatartásává változott!), amely utóbbi a hitelező fizetés iránti igényével (attraktív jog) korrelatív.

Igény-kötelezettség esetében a cselekedetet teljesíteni kell, kiváltság-igénynélküliség esetében nem kell. A cselekedetet mentesség-tehetetlenség esetében vissza lehet utasítani, hatalom-kiadottság esetében nem lehet visszautasítani. Ugyanannak a cselekedetnek a pozitív és negatív tekinteteiről van szó az előbbi és az utóbbi esetszoportokban.

A legegységesebb reláció Kocourek szerint a **hatalom** dinamikus relációja. Tulajdonképpen minden reláció *Dominus*ának hatalma van a *Servus* felett. A *jog ereje* Kocourek szerint a **hatalomreláció**ban valósul meg. A *jog hatalomkorlátozások rendszere*. Tényleges működésében egyedül hatalmakkal, nem pedig kötelezettségekkel dolgozik. Ez utóbbiak merő jogászai konstrukciók a jogi jelenségek jobb megértésére.

Nem lenne tanulságos jobban elmélyedni Kocourek jogászai algebrájában: a joghelyzetek ellentétbe helyezésének és konverziójának, a generális, végső és specifikus negatívumoknak, a konjunktív és diszjunktív joghelyzeteknek, a joghelyzetek logikai és integrális konfliktusának, a jogi interrelációknak (joghelyzetek helyzeteinek), az egyes és többes, a *kongruens* és *ütköző*, a *homológ* és *heterológ*, a *dipolikus* és *polipolikus*, a *homadikus* és *heterodikus*, a *homotaxikus* és *heterotaxikus*, a *homomorf* és *heteromorf*, a *homogén* és *heterogén*, a *dependens* és *independens*, a *polarizált* és *nem polarizált* relációknak, a joghelyzetek esetlegességének stb., stb. problémáiban. Az osztályozásoknak és disztinkcióknak sokszor játszi [játékra emlékeztető] jellege van és ismertetésük nem

adna hozzá lényegest ahhoz a képhez, amelyet Kocourek joghelyzet-tanáról eddig festettünk.

Meg kell azonban emlékeznünk a *zignomikus* és *mezonomikus* helyzetek különbségéről, amelynek bizonyos jelentősége van Kocourek elméletében.

Zignomikus reláció az, amelyben közvetlen fizikai kényszer van jelezve, a jog támogatásával, a *Servus* ellen. **Mezonomikus reláció** pedig az, amelyben ilyen fizikai kényszer nincs kilátásba helyezve. Az ajánlattevő és az ajánlatot elfogadó fél például egyaránt jogi hatalmat gyakorol. Egyik hatalom-reláció sem jelez közvetlen, a jog által támogatott, fizikai kényszert a másik féllal szemben. És mégis mindkét hatalom gyakorlásának van jogi hatása. Az ajánlat elfogadása ugyanis zignomikus relációt teremt, amelyben már a jog által támogatott közvetlen fizikai kényszer van jelezve. A zignomikus relációval, amelyet az elfogadás hatalmának gyakorlása teremt,



Horváth Barna

közelebbi kapcsolata van az elfogadás hatalmának, mint az ajánlat-tevés hatalmának. Ezért az elfogadás hatalmát *pro-zignomikus* hatalomnak lehet nevezni. A mezonomikus relációk jogi potenciája alsóbbrendű. De a legnehezebb és legfontosabb jogi problémákban éppen mezonomikus relációkról van szó. A modern jogban a mezonomikus relációk teljesen beárnyékolják a zignomikusakat. A mezonomikus relációk evolúciójának hatása prozignomikus vagy zignomikus relációk teremtése.

Kocourek megkülönböztetéseiének gyakorlati alkalmazását és a mezonomikus és zignomikus relációk különbségének jelentőségét szemlélteti Kocourek következő analízise. Tegyük fel, hogy *A* a *Fekete* nevű szántó tulajdonosa, *B* pedig egyike a közelebbiről meg nem határozott többi embernek. *B*-t az a kötelezettség terheli *A*-val szemben, hogy ne háborítsa őt a *Fekete* birtokában. Ez nem-polarizált (*in rem*) reláció, mert a tulajdont megalapító reláció nem jelölte ki *B*-t ennek a kötelezettségnek az alanyául. Ez akkor is áll, ha *B* az eladó. A tulajdonjog relációja ugyanis a következő előzmények után állt be. Az átruházás hatalma megillette *B*-t, pozitív cselekedetet kívánt *B*-től *A* iránt, egyébként mezonomikus reláció volt. Ennek a hatalomrelációnak az evolúciója volt a hatalom gyakorlása, vagyis az átruházás szolgáltatása, ami pozitív cselekedet volt *B*-től *A* iránt. Ennek az evolúciónak az eredménye az elfogadás hatalmának a mezonomikus relációja, amely pozitív cselekedetet kíván *A*-tól *B* iránt. Ennek az evolúciónak az eredménye a tulajdonjog zignomikus relációja, amely negatív cselekedetet kíván *X*-től *A* iránt. Kérdés, mi történik *A* ama igényével, hogy *B* ne háborítsa őt birtokában,

akkor, ha *A* útszolgalmat enged *B*-nek? Kocourek szerint *A* igényét a szolgáalom nem semmisítette meg, hanem a szolgáalom ezt az igényt beárnyékolja. Ez egyik reláció eklipszise a másik által. *A* igénye ugyanis a szolgáalom elengedése után *nexális* (zignomikus) igényből egyszerű (mezonomikus) igénnyé változott. Ha *A* birtokháborításért beperli *B*-t, pernyertes lesz, ha *B* nem védekezik szolgalmával. *B*-nek *nexális privilégiuma* van a *Feketén* átjárni. *A* egyszerű igénye logikai konfliktusban áll *B* *nexális* privilégiumával.”

ÉRTÉKELÉS ♦ Mindezek után Horváth Barna –, akinek szellemi karakterét éles eszén, nagy műveltségén és széles körű szakmai tájékozottságán túl talán sajátos stílusának emelkedett póza és szertelensége is érzékelteti – így értékeli Kocourek elméletét. „Kocourek logizmusát az újrealisták természetesen a gúny maró savaival öntözik. Lényegileg a **fogalmi jogászat vádját** emelik ellene. Kocourekot valóban nehéz lenne e váddal szemben védelmezni, mert osztályozó és logizáló szenvedélye **meddő túlzásokra** ragadtatja. Mindazonáltal a joghelyzet-tanban van használható matéria. A joghelyzet-tan lényegében véve szívós törekvés a jogi élmények irracionális árjában úszkáló **logikai struktúráknak** az átvilágítására. Kocoureknel megtalálni azokat az elemeket, amelyekből ő maga ugyan még nem építette fel a jog teljesen áttetsző fogalmi szerkezetét, de amelyekből azt fel lehet építeni. Természetesen nem abban az értelemben, mintha a jog csak fogalmi elemekből állana. Hanem abban, hogy amennyi a jogból fogalmi elemekre vezethető vissza, az bizonyos legegyszerűbb elemekből néhány egyszerű törvényszerűség szerint épül fel akár a legbonyolultabb joglogikai alakzatokká. Ebben az értelemben kísérelte meg e sorok írója is Kocourek elméletének a továbbfejlesztését a saját joghelyzet-tanában.

Érdekes megfigyelni, hogy a *joghelyzet-tan* is az **institucionalizmus** irányában fejleszti az analitikus jogelméletet, amidőn a mezonomikus relációk nagy tömegével mintegy 'beárnyékolja' a tulajdonképpeni fizikai kényszerrel kilátásba helyező zignomikus relációkat. Ez a beárnyékolás nem kevesebbet jelent ugyanis, mint azt, hogy a mezonomikus relációk hosszú, intézményesedett sorozata, amely mind messzebbre tolja ki a zignomikus relációkat, a jognak a tulajdonképpeni jellegzetessége. Minél később torkollanak a mezonomikus relációk zignomikus relációkba, annál kétségtelenebb, hogy jogról van szó. Ugyanaz a gondolat ez, amely a *jogot* a mögötte álló *kényszerítő hatalom* helyett, amely gyakran problematikus, azoknak a *szerveknek* és *intézményeknek* a gazdagságával kívánja jellemezni, amelyeket a joggal kapcsolatban kézzelfoghatóan tapasztalhatunk.”

A klasszikus analitikus iskola értékelése kapcsán ugyancsak elég itt egyetértően idézni Horváth Barnát (megjegyezve persze, hogy a „pozitivizmus”

és a „racionalizmus” nem szükségképpen szitok-szavak): „Az analitikus iskolát a mai [ti. 1943-as] klasszikus angol iskolának nevezhetnők. Mégis leginkább érezzük rajta az összes mai irányok közül, hogy egy letűnt korszak jogelmélete. **Formalista, pozitivista, racionalista.** Annyira **elszigeteli a jogot**, hogy ez végül élettelen, **üres szkémává** változik. E mögött világnézeti törekvések is működnek, a jog monopolizálása, a hétköznapi lárma és élet fölé emelése. Az elefántcsont-toronyba vonuló tudomány szava mindig az: *noli me tangere!*”⁷⁹

A KLASSZIKUS ISKOLA HATÁSA

Mint fentebb jeleztem, az analitika ma is része a jogelméleti gondolkodásnak. Az analitikus módszer az angolszász jogelméletben elsősorban a **jogsultságok elemzése** terén őrizte meg a befolyását. Richard E. Flathman *The Practice of Rights* [A jogok gyakorlata, 1976], Carl Wellman *A Theory of Rights* [A jogok elmélete, 1985] és Judith Jarvis Thomson *The Realm of Right* [A jogok birodalma, 1990] című írásaikban egyértelműen fogalom-elemző módszereket alkalmaznak. Az analitikus megközelítés az utóbbi években a magyar jogtudományban is szerepet kapott, bár dominánsnak távolról sem mondható. Az alkotmányjog terén Bragyova András és Tóth Gábor Attila, a jogelméletben pedig Gyórfi Tamás képviseli.

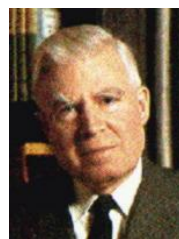
Hohfeld munkássága a jogtudományokon túl is hatott: befolyásolta John R. Commons gazdaságtanát, Adamson E. Hoebel antropológiáját, valamint (a klasszikus analitikus iskola más képviselőivel együtt) a

logika jog szempontjából jelentős területeinek művelését is. A modalitások elméletét megfogalmazó Georg H. Wright *Deontic Logic* [Deontikus logika, 1951] és Arend J. T. Soeteman *Logic in Law* [Logika a jogban, 1989] című művei Hohfeld rendszerének ismerete nélkül szinte érthetetlenek volnának, Stig Kanger és Lars Lindahl pedig egyenesen Hohfeld nyomán fejtették ki saját formális logikájukat.

A szó tágabb értelmében vett analitikus hagyomány a XX. század második felében a jogelmélet terén nemcsak továbbélt, de – részben a nyelvfilozófia hatására – **meg is újult**, amennyiben a **jog általános**



J. J. Thomson



G. H. Wright



N. Bobbio

jellegeről is újat tudott mondani. E megújulásban legnagyobb szerepe a filozófiai-logikai és az analitikai pozitivizmus egyesítésére törekvő olasz Norberto **Bobbionak** és a jogelméletre döntő hatást gyakorló angol Herbert **Hartnak** volt. Az ő elméletüket egy másik alkalommal tekintem át.

JEGYZETEK

- ¹ Eltérésük (viszonylag ritka) lehetőségének plasztikus példáját Thomas Hobbes joggal kapcsolatos elmélete jelenti, aki – számos későbbi szakirodalmi vitát előidézve ezzel – a *jogszemlélet*et illetően *pozitivist*a volt, miközben a természeti törvényről és a természetes jogról egy sajátos *természetjogi elméletet* fejtett ki. E bonyolult kérdést itt természetesen nem tárgyalom; a szemlélet és az elmélet összefüggésére azonban még többször visszatérek.
- ² A főszövegben hivatkozott művek esetén a mű címe akkor áll először magyarul, majd []-ben eredeti nyelven, ha az adott műnek van magyar nyelvű kiadása, s megfordítva: ha a mű magyarul még nem jelent meg, akkor a mű címét először először eredeti nyelven adom meg, s []-ben magyarul.
- ³ Vö. Sten Gagnér: *Studien zur Ideehngeschichte der Gesetzgebung* című művére (Uppsala, 1960. 208. és 242. o.) hivatkozva Friedrich Hayek: *Law, Legislation and Liberty*. 1–3. kötet. London, Routledge, 1973, 1976 és 1979. 1. kötet 20–21. és 2. kötet 44–45. o.
- ⁴ Vö. Bruce Caldwell: *Beyond Positivism*. London, Unwinn, 1982, Routledge, ²1994 (tudományelméleti kérdésekről), Varga Csaba: *Mi jön a pozitívizmusok után? = Állam- és Jogtudomány*. 2000/3–4. sz. 231–252. o. és *Natura iuris. Természetjogtan & jogpozitívizmus & magyar jogelmélet*. Szerk.: Szabó Miklós. Miskolc: Bíbor, 2002, 197–214. o., Bódig Mátyás: *A természetjogtan és a jogpozitívizmus szembeállítása: egy elhasznált analitikai eszköz. = Natura iuris. id. kiadás, 143–158. o.*
- ⁵ Judith N. Shklar: *Legalism. Law, Morals, and Political Trials* [1964]. Harvard University Press, ²1986. 29. o.
- ⁶ Vö. Szigeti Péter – Takács Péter: *A jogállamiság jogelmélete*. Bp. Napvilág, [1998] ²2004. 143. és 164–176. o.
- ⁷ Talán nem felesleges itt megjegyezni, hogy valaminek a *sokféleség egysége*ként és sok tényezőből álló, *komplex* jelenségként való felfogása nem teljesen ugyanaz. Ti. az előbbi esetében a dolgot *különböző nemű* elemekből állónak, az utóbbiban pedig *sok*, egymáshoz *bonyolult* módon kapcsolódó, de (feltehetően) azonos nemű elemekből állónak gondoljuk el. A különbségek azonban jelen céljaink szempontjából elhanyagolhatók. Megjegyzem még, hogy a jog *unitas multiplex*ként való felfogását Szigeti Pétertől vettem át, akivel azonban e jellegzetességéből eltérő következtetéseket vonunk le. A mai hazai szakirodalomban egyébként a jog *komplex jelenség*ként való felfogása általánosan elfogadott, bár az egyes szerzők másként határozzák meg a komplexitás elemeit és máshogy fogják fel azok viszonyát. Pokol Béla például *különböző műveiben* a jog „rétegeiről”, s az ezen rétegek kapcsolódása révén megragadható *szerkezetéről* beszél. Vö. Pokol Béla: *A jog szerkezete* Bp. Gondolat, 1991, átdolg.: Rejtjel, 1998. és *Jogelmélet*. Bp. Századvég, 2005. Varga Csaba azt állítja, hogy a jog *folymatszerű* (mert [norma]szöveg és gyakorlat találkozása), *többelemlű*

(mert létében szabály, hatósági döntés és tényleges gyakorlat) és *aktusszerű* (keletkezésében a szokásra, az alkotó és az alkalmazó aktusra visszavezethető). Vö. Varga Csaba: *Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról*. Bp. Eto-Print, 1997. 170–173. o. és *A jogi gondolkodás paradigmái*. Bp. Szent István Társulat, 2004. Talán mondani sem kell, hogy akik a jogot *komplex* jelenségeként írják le, nem állítják, sőt talán nem is fogadják el, hogy az (a fenti értelemben) a *sokféleség egysége*.

⁸ *Deiktikus*: valamire utaló, rámutató. A *deixis* olyan pragmatikai jelenség, mely a „szövegvilág részévé tett, érzékelésen alapuló reprezentációt verbális (nyelvi) rámutatással jelöli ki, vagyis 1. valamely dologra, személyre, tér- vagy időviszonyra, módra, minőségre, vagy 2. egy másik szövegelemre nyelvi formával rámutat”. Tolcsvai Nagy Gábor: *A magyar nyelv szövegtana*. Bp. Nemzeti Tankönyvkiadó, 2001. 175. o.

⁹ Érdemes itt külön is kiemelni, hogy a természetjogi eszmék teret nyerhetnek a jog értékelésében (elméleti megítélésében), a *jogalkotásban* és – amiről a pozitivisták gyakran megfélemlenek – a *jogalkalmazásban* is. Az utóbbi vonatkozásban a természetjogi szemlélet legideálisabb terepe a *jogértelmezés*, s azon belül is az ún. materiális jogi fogalmak (például „jó hiszem”, „gazdasági erőfölény”, „tisztes verseny” stb.), valamint a bizonytalan tartalmú fogalmak (pl. „embertelen büntetés”) közelebbi jelentésének meghatározása. Ez utóbbira jó példa a strassburgi esetjogban az ún. Soering-ügy.

¹⁰ Szophoklész: *Antigoné*. 453–457. sorok. Ford.: Mészöly Dezső. Ugyanez a szöveghely Trencsényi-Waldapfel Imre fordításában így hangzik: „Parancsaidban nem hiszem, hogy oly erő | lehet, mely engem istenek nem változó | Íratlan törvényét áthágni kényszerít. | Mert nem ma vagy tegnap lépett életbe az, | De nincs ember, ki tudná, hogy mióta áll.”

¹¹ Szophoklész: *Antigoné*. 666–667 és 672–676. sorok. Ford.: Trencsényi-Waldapfel Imre. Ugyanez a szöveghely Mészöly Dezső fordításában így hangzik: „Kit élre állított a köz: kövesse azt, | s ne kérdje, hogy mi jogszerű, mi jogtalan. [...] | Fejetlenségénél nincs a földön vész nagyobb: | ez dúlja szét az államot; ez pusztít el | családokat; ez bont meg ép hadrendeket | a harcmezőn. De engedelmes érzület | megmenti a fegyelmezett nép életét”. **A kérdés egyes érdemi részéről lásd Juhász Zita: A phüszisz-nomosz vita. = *Jogelméleti Szemle*. 2008/4. sz. -... ..**

¹² Szász-Schwarz Gusztáv: *A jogszabály tana. = Paregra. Vegyes jogi dolgozatok*. Bp. Athenaeum, 1912. 1. o.

¹³ Azt az érdekes jogelméleti problémát illetően, hogy az 1933–1945 közötti német joggyakorlatban szerepe volt bizonyos (sajátosan értelmezett) természetjogi tanoknak is, lásd Karácsony András: *Természetjog-jogpozitivismus vita a háború utáni német gondolkodásban = Jogfilozófia és társadalomelmélet*. Bp. Pallas-Attraktor, 2000. 50–64. o.

- ¹⁴ Gustav Radbruch: *Öt perc jogfilozófia* [1945] [Ford.: Takács Péter.]. = *Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből*. Szerk.: Szabó Miklós. Miskolc, Bíbor, 1997. [2004] 126–128. o. újranyomva: *Jogállam*. 1998–1999/1–4., 214–215. o.
- ¹⁵ Gyórfi Tamás: Normatív pozitívizmus. = *Natura iuris*. id. kiadás. 175–177. o. Az ún. Hitler-argumentum megkérdőjelezését lásd még Walter Ott - Franziska Buob: Did Legal Positivism render German Jurists defenceless during the Third Reich? = *Social & Legal Studies* [London, Sage]. 1993/2.1. 91-104. o.
- ¹⁶ Szilágyi Péter: A természetjogtan és a jogpozitívizmus napjainkban. = *Natura iuris*. id. kiadás. 54–55. o.
- ¹⁷ Gyórfi Tamás: *A kortárs jogpozitívizmus perspektívái*. Miskolc, Bíbor Kiadó /Prudentia Iuris, 25/, 2006. 13-14. o.
- ¹⁸ J. M. Kelly: *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford, Clarendon, 1992. 312. o.
- ¹⁹ Max Weber: Jogsociológia [1. §]. = *Jog és filozófia*. Szerk.: Varga Csaba. Ford.: Józsa Péter, Sajó András és mások. Bp. Akadémiai, 1981. 146. o. Ugyanez (némileg eltérő szövegezéssel). *Gazdaság és társadalom. A megértő szociológia alapvonalai*. 2/2. kötet: *A gazdaság, a társadalmi rend és a társadalmi hatalom formái (Jogsociológia)*. Ford.: Erdélyi Ágnes. Bp. KJK, 1995. 22. o.
- ²⁰ Lásd Helmut Coing: *A jogfilozófia alapjai*. Ford.: Szabó Béla. Bp. Osiris, 1996. 228. s köv. o. (idézetek 228-229., 231-233. és 235. o.). A jogászai gondolkodásmódoknak ez a tipológiája természetesen csak hozzávetőleges és részleges, történetisége Európacentrikus (nem esik benne szó például az iszlám, a japán vagy a kínai jogászok gondolkodásáról), sok szempontból pontatlanul idealizál (köztudott például, hogy az angol jog a *statute law* előtérbe kerülésével már közeledik a kontinentális joghoz, a kontinentális jog pedig a precedens joghoz) és így tovább. Vázlatossága ellenére is jól mutatja azonban azt, hogy milyen sokféleképpen kapcsolódhat össze az általános jogfogalom, a történeti jogrendszer-típus és a konkrét jogrendszer, s hogy a jogászai gondolkodás módjában milyen jelentős szerepet játszik mind a jogszemlélet, mind a jogelmélet.
- ²¹ D. 50. 17. 1. [*non ex regula ius summatum, sed ex iure quod est regula fiat*]
- ²² Meglehetősen érdekes, hogy ugyanazon forrás, ti. a római jogi szövegek alapján az európai jogtörténetben háromfajta jogászai gondolkodás is kifejlődött. Ennek történeti okait és következményeit, pl. a római jog oktatása terén lehetséges következményeit itt nem vizsgálom.
- ²³ [*„Je ne connais pas le droit civil, j’enseigne le Code Napoléon.”*]
- ²⁴ A hajlékony magyar nyelv ugyanis érzékelhetetlenné teszi az ilyen tanok szigorát: mi ugyanis azt szoktuk mondani, hogy a bírók nem „alkotnak” jogot, de a bírói kar, illetőleg a felsőbb bíróságok „alakítják” azt.
- ²⁵ Vö. Max Weber: *Államszociológia. A racionális állam s a modern politikai pártok és parlamentek*. = Max Weber: *Állam, Politika, Tudomány. Tanulmányok*. Ford. Józsa Péter. Bp. KJK, 1970. 387. o. [újranyomva: *Államtan. Írások a XX. századi általános államtudomány köréből*. Szerk.: Takács Péter. Bp. Szent István Társulat, 2003. 54. o.

²⁶ Arra a kérdésre, hogy jogi eszközökkel meg lehet-e büntetni az 1990 előtti bűnök elkövetőit, akiket a politikai rendszer sajátosságai miatt addig nem vontak felelősségre, a magyar és a német jogi gondolkodás eltérő választ adott. A német jogászok – amint azt a német Alkotmánybíróság 1996-os ún. *Mauerschützen*-ítélete, valamint az azok mögötti rendes bírósági ítéletek jelezték – az igazságosság (ti. a megtorló igazságosság) elvét részesítették előnyben a jogbiztonsághoz képest. A magyar Alkotmánybíróság ezzel szemben több éven át s igen intenzív politikai-jogi viták közepette lényegében pozitívizmus álláspontjára helyezkedett: éveken át úgy vélte, hogy a jogbiztonság fontosabb a megtorló igazságoságnál. Ebben – a jogfelfogáson és a jogászai gondolkodás tradícióin túl – nyilvánvalóan szerepet játszott az NDK és a Magyar Népköztársaság politikai rendszereinek különbözősége, valamint a rendszerváltozás némileg eltérő jellege is. Valószínűleg ez az a kontextus, amelyben Sólyom László önmagában ellentmondásos megállapítása [„A jogbiztonság – amivel kapcsolatban az Alkotmánybíróság a jogi kontinuitásra hivatkozik – a politikai és ideológiai diszkontinuitásból nyeri jelentőségét” (vö.: Sólyom László: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei*. Bp. Osiris, 2001. 65. o.)] ellentmondásmentesen értelmezhető. Az ún. *Mauerschützen*-ítéletről lásd: Takács Péter: *Nehéz jogi esetek. Jogelmélet és jogászai érvelés*. Bp. Napvilág Kiadó, 2000. 346–362. o.

²⁷ Mindezt Comte *A pozitív szellem* című művében így fogalmazta meg: „Fokozatosan szabaddá vált értelmünket a szükségszerű előkészítő szakaszok hosszú sora elvezeti a racionális *pozitivitás állapotába* mint végső stádiumba, melyet itt részletesebben kell jellemeznünk, mint a két megelőző stádiumot. Miután a felkészülést szolgáló gyakorlatokból szinte automatikusan adódik számára a kezdeti filozófiára – akár teológiai, akár metafizikai alakjában – jellemző homályos és önkényes magyarázatok tökéletes haszontalansága, az emberi szellem ezentúl lemond a csak gyermekkorához illő abszolút érvényű kutatásokról, s fáradozásait az igazi *megfigyelés* mostantól rohamos fejlődésnek induló területére korlátozza, lévén hogy ez a számukra *valóban hozzáférhető*, s tényleges szükségleteink kielégítésére bölcsen *felhasználható* ismeretek egyetlen lehetséges alapja. A spekulatív logika mindeddig abban állott, hogy zavaros elvek alapján többé-kevésbé szubtilis módon következtetéseket vontunk le. Mivelhogy azonban maguk az elvek kellően sohasem voltak bizonyíthatók, a végtelenségig ismétlődő vitákra adtak alkalmat. Mostantól fogva viszont alapszabályként fogadja el ez a logika, hogy nem lehet valóságos és érthető értelme egyetlen állításnak sem, amelyet nem lehet szigorúan visszavezetni valamely különös vagy általános *tény* ésszerű kimondására. Az elvek, amelyeket felhasznál, maguk sem egyebek, mint igazi tények, csupán általánosabbak és elvontabbak, mint azok, amelyeket össze kell kapcsolniuk. Bárhogyan, racionális vagy kísérleti úton tárjuk fel őket, tudományos hatékonyságuk mindig kizárólag attól függ, hogy közvetve vagy közvetlenül egybevág-e megfigyelt tényekkel. A puszta képzelőerő tehát visszavonhatatlanul elveszti régi uralmát szellemünk fölött, s szükségszerűen alárendelődik a megfigyelésnek, hogy ily módon teljesen normális logikai állapot jöjjön létre; a képzelőerő azonban továbbra is igen fontos

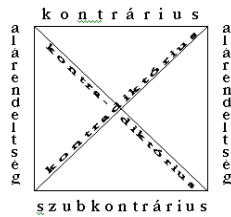
- és múlhatatlan szolgálatot tesz a pozitív elméleteknek, amennyiben megteremti avagy tökéletesíti a végleges vagy átmeneti kapcsolat eszközeit. Az értelmük felnőttkorára jellemző alapvető forradalom tehát lényegében annyit jelent, hogy már nem foglalkozunk hiábavalóan a tulajdonképpeni okok meghatározásával. ehelyett mindenütt egyszerűen a *törvényeket* kutatjuk fel, azaz azokat az állandó kapcsolatokat, amelyek a megfigyelt jelenségek között állnak fenn.” – Auguste Comte: *A pozitív szellem. Két értekezés.* Ford.: Berényi Gábor. Bp. 1979. 207-209. o.
- ²⁸ David Hume: *Értekezés az emberi természetről.* Gondolat Kiadó, Budapest, 1976. és *A Treatise of Human Nature.* Szerk.: Ernest C. Mossner. London, Penguin, 1969. 521. o.
- ²⁹ Lásd Helmut Coing: *A jogfilozófia alapjai.* Idézett kiadás, 77–78. o. [Továbbá: Bergbohm: *Jurisprudenz und rechtsphilosophie.* 1892. 549. o.]
- ³⁰ H. L. A. Hart: Positivism and the Separation of Law and Morals. = *Harvard Law Review.* 71/1958. 593-629. o. és *A jog fogalma.* Bp. Osiris, 1995. Jegyzetek a IX. fejezethez.
- ³¹ Günter Teubner: Vajon hiperciklikus-e a jog? [ford.: Cs. Kiss Lajos]. = *A társadalom és a jog autopoietikus felépítettsége.* Válogatás a jogi konstruktivizmus irodalmából. Szerk. Cs. Kiss Lajos és Karácsony András. Bp. Osiris, 1994. / *Jogfilozófiák* / 108. o.
- ³² Vö. Pokol Béla: *Jogelmélet.* id. kiadás, 97. o.
- ³³ A német-osztrák képviselők kapcsán lásd például Karl Engisch, Theodor Viehweg, Karl Larenz, Josef Esser, Claus-Wilhelm Canaris, Franz Bydlinski és Werner Krawitz, a hazaiak kapcsán pedig Szabó Miklós munkáit.
- ³⁴ Lásd erről *Az Alkotmány kommentárja.* 1-2. kötet. Szerk.: Jakab András. Bp. Századvég, 2009. *passim.*
- ³⁵ Lásd Bódig Máttyás: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia. Jogelméleti módszertani vizsgálódások.* Miskolc, Bíbor Kiadó / *Prudentia iuris* 23/, 2004.
- ³⁶ Maga a „kodifikáció” [*codification*] szó is tőle származik (miként egyébként az „internacionális” [*international*] is, s így ő a „nemzetközi jog” [*international law*] terminus megalkotója
- ³⁷ Jeremy Bentham: *Bevezetés az erkölcsök és a törvényhozás alapelveibe* [An Introduction to the Principles of Morals and Legislation]. Szerk.: J. H. Burnes – H. L. A. Hart. London, Althone Press / *Collected Works of Jeremy Bentham*/, 1970.
- ³⁸ Alfred Verdross: *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau.* Bécs, Springer, 1958, 1963. 175. o.
- ³⁹ Idősebb korában Austin olykor a „történeti jogi iskola” képviselőjének gondolta magát, s a jog keletkezéséről és történeti változásáról ki is fejtett egy vázlatos elméletet; önmeghatározása azonban a későbbi fejlemények fényében tévesnek bizonyult.
- ⁴⁰ Érdemes itt megjegyezni, hogy a XIX. században az angol jogászokat még nem egyetemeken, hanem ügyvédi kamarákban képezték, s a jogtudományokat – néhány ritka kivételtől eltekintve – az egyetemeken nem tekintették oktatásra méltó tárgynak. Ez a helyzet csak a XIX. század második felében változott meg, s min-

tegy száz év kellett ahhoz is, hogy a jogászok többsége egyetemi diploma birtokában lépjen a pályára.

- ⁴¹ H. L. A. Hart: Introduction. = J. Austin: *Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*. London, Weidenfeld and Nicolson, 1954. XVI. o. Austin elméletének hatás-történetéről lásd még *Neil Duxbury: English Jurisprudence between Austin and Hart*. = *Virginia Law Review*. 91 (2005) 1. 1–91.
- ⁴² J. Austin: *Province of Jurisprudence Determined*... id. kiadás (1954). V. előadás, 184. o.
- ⁴³ *Ugyanott*, I. előadás, 9. o. Másutt ugyanezt így fogalmazza meg: „A jogelmélet tudománya (vagy egyszerűen és röviden: a jogelmélet) a pozitív törvényekkel, vagyis a tulajdonképpeni törvényekkel foglalkozik, azok helyességére vagy helytelenségére tekintet nélkül”. *Ugyanott*, V. előadás, 126. o.
- ⁴⁴ *Ugyanott*, I. előadás, 10. o.
- ⁴⁵ A „pozitív erkölcs” kifejezésen Austin egy adott társadalomban *ténylegesen* követett erkölcsöket értette.
- ⁴⁶ *Ugyanott*, V. előadás, 134. o.
- ⁴⁷ *Ugyanott*, V. előadás, 137. o. Itt jegyzem meg, hogy e példák egyszerűeknek tűnnek, de oktatási célból további jogelméleti problémák érzékeltetésére is alkalmazsak. A legutóbbi kapcsán például felvethető, amint az az angol jogtörténetben fel is vetődött: mi az alapja annak, hogy „a klub rendezvényein csak fehérbőrűek jelenhetnek meg” jellegű „pozitív erkölcsi törvény” egy pozitív jogi törvénnyel felülbíráható.
- ⁴⁸ *Ugyanott*, V. előadás, 142. o.
- ⁴⁹ *Ugyanott*, VI. előadás, 254–264. és 259. o.
- ⁵⁰ *Ugyanott*, I. előadás, 26-27. o. Minthogy valamely (jogi) szabály szankciónélküliségének kérdése a későbbi szakirodalomban oly sok vitát váltott ki, érdemes itt utalni arra, mit értett Austin *lex imperfectán*: „A tökéletlen törvény (abban az értelemben, amelyben a kifejezést a római jogászok használták) – írta – olyan törvény, amelynek hiányzik a szankciója, s amely ezért nem kötelező. A legegyszerűbb és legnyilvánvalóbb példa erre egy olyan törvény, amely bizonyos magatartást bűncselekménnyé nyilvánít, de semmilyen büntetést nem kapcsol az azon osztályba tartozó magatartás elkövetéséhez”.
- ⁵¹ *Ugyanott*, I. előadás, 13. o.
- ⁵² *Ugyanott*, I. előadás, 14-15. o.
- ⁵³ Roger Cotterrell: *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*. London, LexisNexis, 2003. 21-31. o.
- ⁵⁴ Austin, *i. m.* V. előadás, id. kiadás, 185. o.
- ⁵⁵ *Ugyanott*.
- ⁵⁶ *Ugyanott*, 186. o.
- ⁵⁷ *Ugyanott*, I. előadás, 24. o.
- ⁵⁸ *Ugyanott*, VI. előadás, 194. o.
- ⁵⁹ *Ugyanott*, VI. előadás, 223. o.
- ⁶⁰ *Ugyanott*, VI. előadás, 224. o.

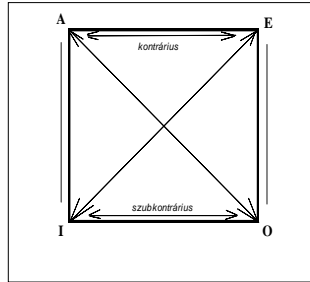
- ⁶¹ *Ugyanott*, VI. előadás, 271. o.
- ⁶² *Vö. ugyanott*, VI. előadás, 257.o.
- ⁶³ *Vö. ugyanott*, VI. előadás, 321.o.
- ⁶⁴ *Ugyanott*, VI. előadás, 259. o.
- ⁶⁵ Érdemes megjegyezni, hogy Austin a *jog és igazságosság* viszonyában – melyről bizonyára nem véletlenül, ugyanezen a helyen értekezik – ugyancsak Hobbes elméletét követi, mely szerint semmilyen pozitív törvény jogilag nem igazságtalan (vö. *uo.* 261-263. o).
- ⁶⁶ A probléma teológiai gyökerű és az *isteni mindenhatóság* értelmezésével párhuzamos: ha Isten mindent megtehet, akkor megteheti azt is – igaz, csak egy pillanatig gyakorolva teljes hatalmat –, hogy hatalmát átadja valakinek, s ettől a pillanattól már nem lesz mindenható; vagy folyamatosan gyakorolja hatalmát, de az nem terjed ki arra, hogy másnak átadja, tehát mégsem terjed ki mindenre.
- ⁶⁷ Ld. A. V. Dicey: *Bevezetés az angol alkotmányba*. [Ford.: Tarnai János.] Bp. MTA, 1902.
- ⁶⁸ Lord [James] Bryce: *Studies in History and Jurisprudence*. New York, Oxford University Press, 1901. 2. kötet, 51-60. o.
- ⁶⁹ W. J. Rees: The Theory of Sovereignty Restated. = *Mind*. 59 (1954) 517. o.
- ⁷⁰ Stanley I. Benn: The Uses of „Sovereignty”. [Ford.: Tattay Szilárd.] = *Political Studies*. 3 (1955) 2. 109-122. o. magyarul: *Államtan. Írások a XX. századi általános államtudomány köréből*. Szerk. Takács Péter. Bp. Szent István Társulat, 2003.
- ⁷¹ Egy-egy elmélet sokféle stratégia alapján bírálható. A legegyszerűbb az, ha egy másik, hasonlóan teljes elméletet alternatívaként állítunk fel vele szemben (*külső bírálat*). Az is lehetséges azonban, hogy elfogadjuk (egy) kiindulópontjait, ám azokból más következtetésekre jutunk („*belső*” *bírálat*). Gyakori az is, hogy valamely elméleten a szerző korának, társadalmának, világszemléletének, rosszabb esetben társadalmi helyzetének vagy az azzal összefüggő érdekeinek a nyomait mutatják fel (*társadalmi vagy ideológiai kritika*). A sor természetesen folytatható.
- ⁷² John Chipman Gray: *Nature and Sources of the Law*. 1909. *Bevezető*, VIII. o.; idézi: Hohfeld: Alapvető jogi fogalmak a bírói érvelésben. = *Jog és nyelv*. Szerk.: Szabó Miklós – Varga Csaba. Ford.: Szabó Miklós és mások. Bp. k. n. /Jogfilozófiák/ 2000.
- ⁷³ Az analitikus jogelmélet által használt angol szavak és kifejezések közül néhány – figyelemmel arra is, hogy Horváth Barna munkája annak idején folytatás nélkül maradt és e hagyomány hazai szakirodalmi feldolgozása csak az elmúlt egymásfél évtizedben kezdődött meg – a magyar jogi nyelvben csak nehézkesen és bizonytalanságok árán adható vissza. A Horváth Barna által használt terminusok egy részét az újabb hazai szakirodalom, elsősorban Szabó Miklós színvonalas Hohfeld-fordítása módosította, ezért az ezt követő szövegrészekben az újabb kifejezéseket használom.
- ⁷⁴ W. N. Hohfeld: Alapvető jogi fogalmak a bírói érvelésben. [Ford.: Szabó Miklós.] = *Jog és nyelv*. Szerk.: Szabó Miklós és Varga Csaba. Bp. k. n. /Jogfilozófiák/ 2000. 270.
- ⁷⁵ *Ugyanott*, 93. o.

⁷⁶ A logika oktatása során használt ún. logikai négyzet elsősorban a *kontrárius* és *kontradiktórikus* ellentét, illetőleg az *alárendeltség* és a *következmény*, stb. érzékeltetésére alkalmas képi kifejezési eszköz. Ezeket általában a következőképpen ábrázolják:



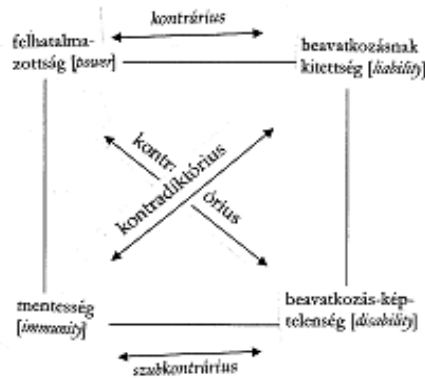
A logika-tankönyvekből jól ismert példát használva:

- | | | |
|---|---------------------------------------|--|
| A | "Minden macska fekete." | - Minden jogász jól keres. |
| E | "Egyetlen macska sem fekete." | - Egyetlen jogász sem keres jól. |
| I | "Van olyan macska, amely fekete." | - Van olyan jogász, aki jól keres. |
| O | "Van olyan macska, amely nem fekete." | - Van olyan jogász, aki nem keres jól. |



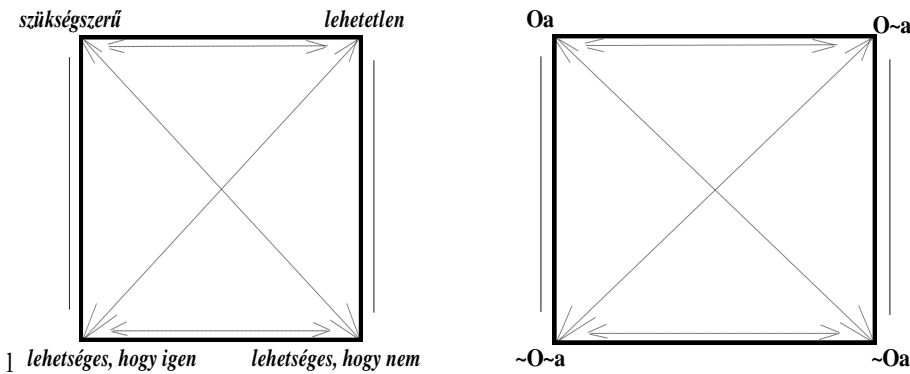
Mindezzel az bizonyítható és szemléltethető, hogy négy állítás közül kettő-kettő állhat egymással *kontradiktórikus*, *kontrárius* és *szubkontrárius* viszonyban. Két állítás akkor *kontradiktórikus*, ha nem lehetnek sem egyszerre igazak, sem egyszerre hamisak; akkor *kontrárius*, ha nem lehetnek egyszerre igazak, de lehetnek egyszerre hamisak, s akkor *szubkontrárius*, ha nem lehetnek egyszerre hamisak, de lehetnek egyszerre igazak.

A logikai négyzetet és annak belső viszonyait Hohfeldi elméletére alkalmazva a következő eredmény áll elő:



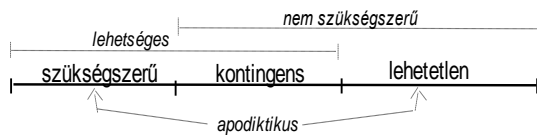
Az arisztotelészi *alethikus modalitások*, vagyis a „szükségszerű” [N], a „lehetetlen” [\sim M], a „lehetséges” [M] és a „kontingens” [C] viszonya alapján (lásd az alábbi, bal

oldali ábrát) Gottfries W. Leibniz – az *Elementa iuris naturalis* [A természetjog elemei, 1672] című művében – kialakította a négy „jogi modalitást” [*iuris modalis*]: kötelező, tilos, szabad, közömbös [*debitum, illicitum, licitum, indifferentum*]. – Nagyrészt erre támaszkodott G. H. Wright, amikor a *Deontic Logic* [Deontikus logika, 1951] c. munkájában kidolgozta ezek deontikus megfelelőit: kötelező [vagyis megparancsolt, *obligatory*: O], tilos [azaz megtiltott, *forbidden*: F], megengedett [*permitted*: P] és közömbös [vagyis parancs-semleges, *indifferent*: I]. Mindezeket követően T. A. Soeteman *A Logic in Law* [Logika a jogban, 1989] c. írásában – azon hipotézis alapján, hogy minden modalitás-forma leírható a kötelezettséghez való viszony való formájával – a deontikus modalitásokat a következőképpen formalizálta: egy bizonyos *a* magatartás kötelező volta nem más, mint annak megkívánt jellege [$O = O_a$], tilalma nem más, mint $\sim a$ megkívánt jellege [$F = O\sim a$], megengedettsége nem-tilos voltát jelenti [$P = \sim O\sim a$], a cselekvés nem kötelező volta pedig a nem tevés megengedettsége, vagyis azt, hogy $\sim (a$ megkívánt) [$I = \sim O_a$] (lásd ehhez az alábbi, jobb oldali ábrát).

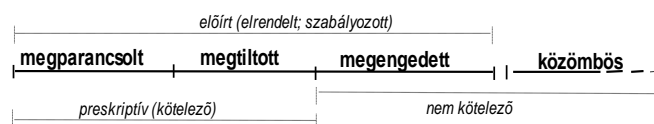


A normallogikában a fenti összefüggések a következőképpen értendők. Két állítás akkor *kontradiktórius*, ha nem lehetnek egyszerre érvényesek, sem egyszerre érvénytelenek; akkor *kontrárius*, ha nem lehetnek egyszerre érvényesek, de lehetnek egyszerre érvénytelenek; s akkor *szubkontrárius*, ha nem lehetnek egyszerre érvénytelenek, de lehetnek egyszerre érvényesek.

Talán érdemes itt utalni arra, hogy Wright és Soeteman fogalmi rendszere nem pontosan fedi egymást, s hogy az *alethikus* és a *deontikus* modális kijelentések több ponton is különböznek. Ez utóbbi különbségek a következőképp is kifejezhetők:



vagy:



Mindezekekről részletesebben lásd Szabó Miklós: *Trivium. Grammatika, logika, retorika joghallgatók számára* (Miskolc, Bíbor, 2001) című írását.

- ⁷⁷ Vö. Nigel Jamieson: A Legal Logic for Public and Private Rights. = *Otago Law Review* [Új-Zéland]. 5 (2003) 10. 371. o. [A *szemantika* a nyelvi formák, mindeneke-lőtt a szavak, újabban ezek mellett a mondatok és szimbólumok *jelentésével*, illetve jelentésváltozásaiával foglalkozó tudományterület; *jelentéstan*. A *szintaxis* a nagyobb nyelvi egységek (a *szintagmák*, többnyire tehát mondatok) elemzésével foglalkozó tudomány, kb. *mondattan*.] Mivel a szintaxisban szerepet kap a *pragmatika* is, ami [mint a jelek kommunikációs folyamatban való használatának kérdéseit elemző egyik tudomány] a jelenetést a *társadalmi kontextus* függvényében állapítja meg, Nigel Jamieson megállapítása Kocourek *Jural Relations* című könyvében kifejtett elmélete vonatkozásában némi kritikával fogadható.
- ⁷⁸ Lásd Horváth Barna: *Angol jogelmélet*. Idézett kiadás. Az idézetet az 1943. évi kiadást követi: 598-606. o. [a 2001. évi kiadásban: 524-530. o.], a lábjegyzet-hivatkozások elhagyásával. A szöveg egyébként leggyakrabban Kocourek fő művére, a *Jural Relationsre* (1927) utal.
- ⁷⁹ *Noli me tangere!* = (szó szerint) *Ne érints!*, (tkp.) *Ne csüngj rajtam, engedj el!*, *Engedj utamra (mert fontos dolgokban járok)! A fordulat arra a bibliai történetre utal (vö. Jn. 20,16), amikor Magdalai Mária találkozott az éppen feltámadott, s már atyjához igyekvő Jézussal. Mária ekkor elragadtatva és félelemmel teljes tisztelete jeleként elé borult és átkarolta lábát, s mire Jézus azt mondta neki: μή μου ἅπτου (a latin Vulgata-fordításban: *noli me tangere*). A szituáció és a fordulat évszázadokon keresztül a művészek kedvenc toposza volt, sőt mai is az: a középkorban gregorián énekek szövegében kapott helyet, később többen – így például az ifjabb Hans Holbein (1497–1543), Magyarországon pedig Lucas Huetter (?–1760) – ilyen címmel festettek képeket, Jose P. Rizal Mercado y Alonso Realonda (1861–1896) hasonló címmel írt regényt, nemrégiben pedig a témáról mozifilm is készült.*

78-84.



SISYPHUS

ÁLLAM- ÉS JOGBÖLCSELETI ELŐADÁSOK

Bibliotheca Iuridica

*Az ELTE Állam- és Jogtudományi Kar
tudományos kiadványai*

ISBN 978 963 284 142 7

