

DEÁK DÁNIEL*

A POZITÍV JOG VÁLSÁGA ÉS A POZITIVISTA JOGFELFOGÁS KORLÁTAI

„... a nemzeti bíróságok kötelesek figyelembe venni ajánlásokat ahhoz, hogy az eléjük terjesztett vitákban döntsenek, különösen akkor, ha azok fényt vethetnek a nemzeti vagy közösségi jog más rendelkezéseinek értelmezésére”.¹

A dolgozatban a szerző számba veszi a pozitív jog működési zavarait, amiből arra következtet, hogy a pozitivista jogfelfogás érvénye egyre inkább korlátozott. A szerző észleli azt, hogy a törvényhozás feletti alkotmányossági felügyelet intézményeinek (alkotmánybírászkodás) kiépülése olyan jelenség, amelynek éle az államhatalom választott képviselői ellen irányul, és azt célozza, hogy ellensúlyozza a politikai többség által gyakorolható hatalmat. A dolgozatban kifejtésre kerül az is, hogy a globalizációhoz társuló digitális világban a jog szerepe is megváltozik. Jellemzően technicizálódás megy végbe, ami viszonylagos politika-mentességet jelent, de legalább is mentességet a hagyományos pártpolitikai küzdelmektől. A szerző szerint szükséges és lehetséges keresni olyan egyetemes értékeket, amelyek felhasználhatók arra, hogy a joggyakorlat adott esetben eloldozható legyen az ideológiai természetű megfontolásoktól, és ennek eredményeként a joggyakorlat megszabadítható legyen az életidegenségtől és szétszakadozottságtól. Ideális viszonyok között a társadalmi gyakorlatban kialakulnak olyan viselkedési mintázatok, amelyek a jogrenden belül végbemenő formalizálás irányába mutatnak, és amelyek homogenizációs hatást váltanak ki. A kétértelműségek kiiktatása érdekében hiteles jogértelmezésre és jogi kommentárookra van szükség. A szerző végső következtetése: a globális kapitalizmus szerinte nyilvánvalóvá teszi azt, hogy a határon átnyúló gazdasági tevékenységgel nem összeegyeztethetők az egymástól elszigetelt nemzetállamok által fenntartott jogrendszerek. A pozitív jog kudarcából adódik a puha jog jelensége, amire lehet egyszerűen azt mondani, hogy az a „nem jog” világa. Lehetséges azonban olyan megközelítés is, hogy jog a nem jogászok által felfogott jog is, ami más szóval nem a pozitív, hanem a természetes jog. Itt olyan felfogáshoz jutunk, amelynek révén nem okozhat gondot a jogon kívüli elemek beemelése a jogfogalomba.

Az EU Bíróságának a nevezetes *Grimaldi*-ügyben meghozott döntéséből számos kérdés következik, a mottóba foglalt bírósági megállapításban ugyanis ellentmondások fedezhetők fel. Akár azt is mondhatnánk, hogy ebből az egyetlen megállapításból a pozitív jogban rejlő mély működési zavarokra következtethetünk. Hogyan lehetséges például az, hogy egy ajánlásnak jogilag kötelező ereje legyen, a bírósági megállapítás szerint ti. a nemzeti bíróságokat köti a jogvitában felhívott bizottsági ajánlás?

* Egyetemi tanár, Budapesti Corvinus Egyetem, 1093 Budapest, Fővám tér 8. E-mail: daniel.deak@uni-corvinus.hu.

¹ C-322/88 *Grimaldi*, EU:C:1989:646, EBHT 1989. 4407., 19. bek.

És a bizottsági ajánlás tekinthető-e úgy, hogy az a nemzeti vagy uniós tételes jog meghosszabbítása, mintegy azok kiterjesztése, jöllehet, egy bizottsági ajánlás nem bír jogilag kötelező erővel? A normatív rendelkezések értelmezésére vonatkozó instrukció maga is kötelező jogi rendelkezés? A jog értelmezésében való autentikus állásfoglalás a jog lényege, amihez képest a jogok kikényszerítési módja csak alárendelt jelentőségű kérdés?

A jog máig leginkább szembeszökő jelensége az, hogy legmagasabb rendezettségi formájában államilag alkotott tételes jogban, sőt, jogrendszerben jelenik meg. A második világháborút követően azonban világszerte hatást fejt ki a joggyakorlat és a jogi kultúra erős amerikanizálódása, a gazdasági kapcsolatok gyorsuló ütemben nemzetköziesednek, majd bekövetkezik az, amit globalizációnak hívunk. E változásokat csak felerősíti a digitális gazdaság térhódítása.

A fenti fejlemények következtében megbomlik a jogi szabályozás hagyományos egyensúlya, az európai kontinensen is felkavarodik a nagyrészt XIX. századi minták alapján szerveződő jogélet. Részben bírói aktivizmus jut egyre inkább érvényre összefüggésben az ún. alkotmányosodással, vagyis az alkotmányos felülvizsgálat jogra való rátelepedésével, részben pedig jogiasodnak gazdasági és más nem jogi kapcsolatok (amelyek például a liberalizált nemzetközi kereskedelem vagy az emberi jogok határon átnyúló érvényesítése során keletkeznek). Ezáltal a mélyben fekvő társadalmi konfliktusok – ha nem is megoldhatóvá, de – kezelhetővé válnak. A problémák érdemi megoldása helyett a jog a technicizálódás irányába mozdul el.

A konfliktusközpontú társadalomfelfogás mellett a második világháború után előtérbe kerülnek az integrációs elméletek, és ténylegesen integrációk bontakoznak ki belső és határon átnyúló viszonylatokban is. Az Európai Unióban autonóm jogrend jön létre úgy, hogy eközben e jogrend mögött nincs egységes államhatalom. A kibontakozó jogi perfekcionizmus lehetővé teszi a nem jogi problémák jogi eszközökkel megvalósuló hatásos kezelését.

Ezek után már a jogi pozitívizmus sem tartható fenn anélkül, hogy ne lenne elméleti reflexió a fent vázolt fejlődésre. Az a jogfelfogás, amelynek képviselője a jogot államilag adminisztrált rendszerben értelmezi, és a középpontba helyezi az állami kényszert, mint a jogérvényesítés zálogát, válságba jut. Ugyanakkor viszont megdő a jelentősége a mindig is létezett természetes jogi megközelítésnek, amire jellemző a jogi és jogon kívüli tényezők merev szétválasztása.

A természetes jognak köszönhetően könnyen beépíthetők a jogba azok a fejlemények is, amelyek a pozitív jogi felfogás elé korlátot állítanak. E természetes jogi felfogás nem azt jelenti, hogy a jog feltétlenül magasabb rendű, netán transzcendens értékekből lenne levezethető – amint az a középkor hosszú évszázadaiban történt –, csak annyit, hogy jog és nem jog (szokások, konvenciók stb.) között nincs merev választóvonal. Az alábbiakban számba vesszük a tételes jogi szabályozás működési zavarait, példákat is hozunk erre különböző jogterületekről, majd megvizsgáljuk azt, hogy ez milyen hatással van a pozitívista jogfelfogásra.

I. MŰKÖDÉSI ZAVAROK

1. A TÉTELES JOG VÁLSÁGJELENSÉGEI

Jogot lehet tételezni, amit egyik ember állapít meg a másikra nézve. Ennek kiemelése jogi pozitívizmushoz vezet. Lehetséges azonban az a magyarázat is, hogy a jog magasabb – és jogon kívüli – értékekből származtatható. Ilyenek lehetnek igazságosság vagy hagyomány, de akár transzcendens megnyilvánulások is. Ez természetes jogi megközelítés.

A jogi pozitívizmus értelmében az állítható, hogy a jog társadalmi termék, amelynek milyenségét a jogon kívüli tényezők határozzák ugyan meg, de a jog a modern államban a jogot körülvevő társadalmi körülményeket széles körben eljogiasítja.² Bár nem lényegtelen a jogrend eszméknek való megfelelése – például az, hogy az adott jog szolgálja-e az igazságosságot vagy a demokráciát –, e körülmény a tételezett jog létezéséhez képest másodlagos kérdés. A modern államban a jog azonosítható az állammal, pontosabban nem feltételezhető az állami működésnek olyan aspektusa, amely ne lenne jogilag szabályozva. Ezzel szemben viszont a jogállamot alááshatja a szuverén nemzetállamnak az a politikai igénye, hogy az állam ne legyen azonos a joggal, hanem legyenek kivételes helyzetek, amikor egy szuverén jogon kívüli döntést hozhat.³

A jog közönségesen állami kényszer révén válik érvényesíthetővé. Emellett legalább akkora jelentősége van azonban a jog jogállam által hitelesített értelmezésének. A számunkra megismerhető pozitív jog a nemzetállam által fenntartott rendszerben jelenik meg, amelyben bármely felmerülő kérdés, magatartás vagy cselekvés értékelhető jogilag, és arról eldönthető az, hogy jogszerű-e vagy jogellenes.⁴

A tételes jog a jogalkotás terméke, a törvényeket és más jogszabályokat pedig az állam hivatalos közlönyökben közzéteszi. A tételes jogból valóságos életviszonyokban létrejövő jog jogkövetés, illetve a jogalkalmazás révén jön létre. A joggyakorlat hagyományba ágyazódik. Mivel a jogszokások és a jogi hagyomány kihatással van a jogalkotásra és a jogalkalmazásra, a jogteremtés nem szűkíthető le egyedi akciókra és egyes időszakokra, az élő jog ugyanis folyamatjelleggel ölt, és közösségi alkotás gyümölcse.

² „It is [...] possible for the legal order, by obliging the law-creating organs to respect or apply certain moral norms or political principles or opinions of experts to transform these norms, principles, or opinions into legal norms, and thus into sources of law.” – HANS KELSEN: *General theory of law and state* (Cambridge: Harvard University Press 1945) 132.; „we shall take Legal Positivism to mean the simple contention that it is no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so.” – H.L.A. HART: *The concept of law* (Oxford: Clarendon 1961) 185–186.; „those rules of behavior which are valid according to the system’s ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and [...] its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behavior by its officials.” – *Ibid.* 116.

³ „Sovereign is he who decides on the exception.” – CARL SCHMITT: *Political Theology* (Cambridge: MIT Press 1985) 5.

⁴ „Law is not, as it is sometimes said, a rule. It is a set of rules having the kind of unity we understand by a system.” – KELSEN (2. lj.) 3.

Ugyanakkor a jog működését kultúrától függően változó hangsúllyal ugyan, de jelentősen befolyásolja a tudatos jogalkotás és a jogintézmények működésének elemzése, tudós magyarázata. Az ezekben kikristályosodó jogi doktrinák hozzájárulnak a jogi mechanizmusok jobb megismeréséhez és a jogintézmények jobb működéséhez. A jog tudományos vizsgálata annyiban korlátozott, hogy az emberek jogról és igazságosságról vallott elképzelései egymástól igen különbözőek lehetnek, amelyekben való állásfoglalás megosztja a társadalmat, ami viszont a tárgyilagos véleményalkotás akadályá.

Amikor a jóléti állam és a liberális demokrácia intézményei válságba kerülnek, akkor megkérdőjeleződik az, hogy a tényleges joggyakorlat megfeleltethető-e a pozitív jog fent vázolt elképzelésének. Mivel a kapitalizmus kezdetektől fogva világgazdaság,⁵ ma pedig már a globális és digitális gazdaság korában vagyunk, e fejlemény kihívást jelent a pozitív joggal szemben, amely mint rendszer csak nemzetállami keretek között jelenhet meg, a nemzetállam viszont csődöt mond a nemzetközi gazdasági kapcsolatok nemzeti és nemzetközi jogi szabályozásában.⁶ Számolnunk kell azzal az ellentmondással, hogy ahol az önszabályozó piac uralomra jut (még ha erőteljesen korlátozva van is számos gazdaságon kívüli tényező által), ott dinamikus gazdasági rendszer jön létre, amelynek működése nem összeegyeztethető a nemzetállamba zárt joggal, mely utóbbi tételezett és rendszerezett, és a működőképessége állandóságon alapul.

A dinamikus külső környezet és a tételes jog valósága közötti ellentmondás a leglátványosabban a joggal való visszaélésben mutatkozik meg. Eleve megmagyarázhatatlannak tűnik a versenykapitalizmus nézőpontjából az, hogy akinek jogai vannak, és győztes pozícióban van, annak nincs egyoldalú jogalakítási képessége, hanem gazdaságon kívüli korlátokkal kell számolnia („*neminem laedit qui suo iure utitur*” – „nem gyakorolhatja valaki úgy a jogát, hogy eközben mást terheljen”). Ha pedig megállapíthatóvá válik a jogokkal való élés felelőtlensége – vagyis a joggal való visszaélés (annak alapján, hogy: „*honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*” – „élj becsületesen, mást ok nélkül ne terhelj, add meg a másíknak

⁵ Immanuel WALLERSTEIN: „The rise and future demise of the capitalist world system: concepts for comparative analysis” in *The capitalist world-economy* (Cambridge: Cambridge University Press 1980) 5–6., 17–19., 34.; Immanuel WALLERSTEIN: *The modern world-system, I.: Capitalist agriculture and the origins of the European world-economy in the sixteenth century* (New York – San Francisco – London: Academic Press 1974) 63., 165. Braudel szerint a versenyzgazdaság lehetőségeit behatárolják felülről a nemzetközi kereskedelmi monopóliumok, alulról pedig az egyes régiókban adott anyagi élet kultúrája (életmód, szokások, rutinok, a mindennapi élet struktúrái). Leírja, hogy mi a tőke, és milyen a tőkés, mit jelent a kapitalizmus mint világszisztem kialakulása. Fernand BRAUDEL: *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècle, Tome II, Les Jeux de l'échange* (Paris: A. Colin 1979) 201–205.; Fernand BRAUDEL: *Civilization and capitalism, 15th-18th century; Vol. II: The wheels of commerce* (London: Collins 1982) 232–242.

⁶ Megfigyelve, hogy az egyidejűleg végbemenő privatizálódás és globalizmus hatására az alkotmányosság túllép a nemzetállami kereteken, Gunther Teubner a „társadalmi alkotmányosság” fogalmát vezeti be, amelyet felfogása szerint alrendszer sokasága alkot; az alkotmányosodás egyúttal pluralizmust jelent. Gunther TEUBNER: „Fragmented foundations; Societal constitutionalism beyond the nation state” in Petra DOBNER – Martin LOUGHLIN (szerk.): *The twilight of constitutionalism?* (Oxford: Oxford University Press, 2010) 328–329.

azt, ami neki jár”) –, akkor a versenyszabadság és a jogszerűség követelményei kibékíthetetlen ellentmondásba kerülnek egymással.

A pozitív jogi felfogás fenntarthatósága ellen dolgozik az a körülmény is, hogy az alapjogok (személyes és politikai szabadságok, diszkriminációtítilalom stb.) érvényesítése elvileg nem tehető függővé az állam tetszésétől. Jogvitában a valós körülmények figyelembevételére és azok jogi értékelésére persze nem mellőzhető, ami az eljáró hatóságok felelőssége. Ez azonban nem változtat azon a tényen, hogy az alapjogokkal élni kívánó polgár elsőbbséget élvez az államhatalommal szemben.

Hasonló a helyzet a második világháború óta széles körben nemzetközi jogi elismerést nyert emberi jogokkal, amelyek megsértése akár nemzetközi fórumon is (Emberi Jogok Európai Bírósága, az ENSZ Nemzetközi Bírósága vagy Nemzetközi Büntetőbírósága stb.) az egyébként szuverén nemzetállam terhére róható. Megjelenik és terebélyesedik az állam nélküli jog, ami kinyitja Pandora szelencéjét, vagyis megnyitja az utat az olyan jogfejlődés előtt, amellyel nem társul állami hatalomgyakorlás. Ez igaz például az uniós jogra, amely a tagállami joggal szemben elsőbbséget élvez, és amelynek az EU Bírósága általi értelmezése nem függhet a tagállami hatóságoktól.

A demokratikus politikai és jogi kultúra fényében tehát az állam nem lehet meg jog nélkül, de a jog lehet állam nélkül. Az állam nélküli jogfejlődés utat nyit annak a lehetőségnek is, hogy a jogon kívüli tényezők különféle módon behatoljanak a jogba. Az állam nélküli jog világában sokszor értelmetlenné válik az állami és nem állami, valamint a jogi és nem jogi szabályozási eszközök egymástól való megkülönböztetése, ami ismét csak a természetes jog szerepét teszi nyilvánvalóvá. A tételes jog működési zavarait észelve már nem elégséges egy egységes jogrendszerben gondolkodni, hanem egymás mellett élő újabb és újabb jogrendszereket kellene elképzelni, aminek a kimenetele viszont több mint kétséges.

2. ALKOTMÁNYBÍRÓSÁGI AKTIVIZMUS

A törvényhozás feletti alkotmányossági felügyelet intézményeinek (alkotmánybíráskodás) kiépülése olyan jelenség, amelynek éle az államhatalom választott képviselői ellen irányul, és azt célozza, hogy ellensúly legyen állítható a politikai többség által gyakorolható hatalommal szemben. Ma már a hatalom intézményes megosztásának feltűnő problémája nem a végrehajtó és törvényhozó hatalom összeütközése, és ennek rendezése utóbbi javára, előbbi megregulázandó, hanem a törvényhozó és a bírói hatalom közötti összeütközés. Lehetséges, hogy bíróság előtt az állam bármely megnyilvánulásáért perelhető – ideértve a kérelmező szerint hibás vagy neki kárt okozó alkotmányos gyakorlatot vagy jogalkotást is –, de az is lehet, hogy elkülönült alkotmánybírók jönnek létre.⁷

⁷ Lech GARLICKI: „Constitutional courts versus supreme courts” *International Journal of Constitutional Law*, 2007/1. 44.

A hatalommal való visszaélés durva eseteiből okulva, a második világháború után a joguralom elvét Európában elmélyítették azzal, hogy bevezették a törvényhozás alkotmányos ellenőrzésének követelményét. Alkotmánybíróságokat hoztak létre előbb Németországban, azután Európa déli országaiban, majd Közép- és Kelet-Európában is. E mögött olyan elgondolás húzódik meg, hogy nemcsak a végrehajtó, hanem a törvényhozó hatalom is felügyeletre szorul, továbbá az a megfontolás, hogy bár a törvényhozás a népszuverenitás fő letéteményese, jogállami rendben, ahol a fékek és ellensúlyok érvényesülnek, a törvényhozás hatalma sem lehet korlátlan.⁸ A törvényhozói hatalommal való visszaélés különös veszély az újdemokráciákban, mint amilyen Magyarország, olyan törékeny viszonyok között, amikor a politikai szabadság és a demokratikus értékrend még nem szilárdult meg nemzedékeken keresztül, és az államhatalom ki van téve a populista politika kísértéseinek.

Az is megtörténhet, hogy nincs kifejezett alkotmánybíráskodás (pl. Hollandiában vagy az észak-európai államokban, amelyek pedig szilárd alkotmányos demokráciák). Hollandiában ennek ellenére lehetséges a nemzeti törvényeket, illetve a belföldi joggyakorlatot a nemzetközi jogilag elismert egyenlőségelvhez hozzámérni, bár erre a holland jogrendben csak alkalmilag kerülhet sor.⁹ Ilyen körülmények között persze az alkotmányellenesség fogalma is sokkal bizonytalanabb.

A francia alkotmányos hagyomány azt diktálja, hogy a bírónak egyáltalán ne legyen lehetősége a törvényhozás befolyásolására, mert az nem demokratikus,¹⁰ vagyis formálisan a bíróságoknak nincs szerepe a jogalkotásban. A gyakorlatban mégis elkerülhetetlen a bírói aktivizmus, ugyanis minden bírósági ítélet óhatatlanul jogi és politikai beavatkozással jár. Az ítéletek ugyan rövidek és személytelenek, érvelést pedig látszólag nem tartalmaznak, nyelvtani értelmezéssel feltárják azonban úgymond az alkalmazott törvényi rendelkezés jelentését, kitégítva eközben a kritikus kifejezések és szavak értelmét.

A Franciaországban elfogadott doktrína szerint a tényállás elemeire alkalmazott törvény az ítéletben válik valósággá. A bíróság eszerint nem értelmezi a törvényi rendelkezést, hanem azt az ítéleti tényállás tekintetében az ítéleti kijelentéssel valósággá változtatja. A bírósági eljárás mégis voltaképpen az intézményesített rossz-hiszeműségen alapul, a bíróság ugyanis a jog értelmezését elrejtí, úgy mutatva azt be, mintha csupán a készen kapott jogot kijelentené az adott tényállás összefüggésében, ami azonban elkerülhetetlenül feltételezi a törvény olvasásának egyéniesített módját.¹¹

⁸ Patricia POPELIER: „Legal certainty and principles of proper law making” *European Journal of Law Reform* 2000/3. 326–327.

⁹ Hans L.M. GRIBNAU: „Chapter 2: Equality, consistency and impartiality in tax legislation” in Hans L.M. GRIBNAU (szerk.): *Legal protection against discriminatory tax legislation: The struggle for equality in European tax law* (The Hague: Kluwer Law International 2003) 28.

¹⁰ Pierre LEGRAND: „Adjudication as grammatication: The case of French judicial politics” in Luís Pereira COUTINHO – Massimo LA TORRE – Steven D. SMITH (eds): *Judicial activism; An interdisciplinary approach to the American and European experiences* (Cham: Springer International Publishing 2015) 51.

¹¹ LEGRAND (10. lj.) 61–62.

Jónéhány országban előfordul az, hogy az önálló alkotmánybíróság absztrakt és eseti joghatóságot is élvez az alkotmányos felügyelet során, ami azt jelenti, hogy egyaránt gyakorolhat norma- (jogszabályi) kontrollt, és működhet rendkívüli jogorvoslati fórumként (panaszbeadványra válaszolva alkotmányellenesnek jelenteve ki konkrét ítéleteket), sőt, az angolszász gyakorlat az, hogy a rendes bíróságok kapnak alkotmányfelügyeleti funkciót. Arra demokratikus körülmények között mégis ügyelnek, hogy a politika ne legyen képes befolyásolni az ítélkezést. E cél megvalósításának a legtisztább módja az, ha elkülönült alkotmánybíróság működik, amely csak absztrakt normakontrollt végezhet.¹²

Vannak olyan országok, ahol az alkotmányossági felügyeleti funkciót betöltő szerv része az igazságszolgáltatási szervezetrendszernek. Az angolszász jogi hagyománynak az felel meg, hogy az általános perelhetőség elé nem állítanak akadályt szervezeti elkülönítéssel, mint ahogy nem alakul ki a köz- és magánjog közötti doktrinális megkülönböztetés sem. Ennek ellenére, ha az alkotmánybírósági hatáskör bírósági ítéletekre is kiterjed, számos nehézséggel kell számolnunk. Ilyen például az, hogy döntő jelentőségű lesz az alkotmányos és nem alkotmányos témák (alkotmányos és közönséges jogszerűségi kérdések) közötti megkülönböztetés, ami azonban viszonylagos, és így nagy nehézségekbe ütközhet.

Még nagyobb probléma az, hogy a bíróságok feletti kontroll veszélyeztetheti a bírói függetlenséget. Különösen veszélybe kerülhet a bírói függetlenség akkor, ha olyan alkotmánybíróság kap rendkívüli jogorvoslati hatáskört, amelyet a parlament hoz létre, vagyis a tagok a politikai kiválasztottjai. Magyarországon például még ennél is rosszabb a helyzet, mert a parlamenti többség sorozatosan egyoldalúan, a pártok közötti konszenzust mellőzve dönt az alkotmánybírák személyéről.

A jogállam csak nevében utal az államra (a magyar gyakorlat a német nyelvhasználatot követi: „Rechtsstaat”), valójában a jogról szól, pontosabban a joggá átalakuló államról.¹³ A jogállamiság feltételei Magyarországon 2012. január 1-től, az Alaptörvény hatálya lépésétől újragondolandók. Az Alaptörvény tartalmi kérdésekben nagyrészt a folytonosságra utal, frazeológiájában azonban jelentősen új, a hatályos alkotmányos rendelkezések, és az ahhoz nagy számban kapcsolódó sarkalatos törvények alkalmazásának hatása pedig ma még nem felmérhető.¹⁴

A közép- és kelet-európai térségben, a félig kifejlett versenygazdaság viszonyai között a piaci mechanizmusokat beárnyékolva jog alatti megállapodások vezetnek gazdasági döntésekhez, ami aláássa a jogban való egyenlőséget és a joguralom érvényesítésének esélyét is. Ilyen közegben a jogok nem feltétlen igényként jelen-

¹² GARLICKI (7. lj.) 46., 67.

¹³ Kelsen szerint a politika és az állam is a jog sajátos megnyilvánulási módja, a modern társadalomban a hatalmi viszonyok jogiasodnak: „Just as everything King Midas touched turned into gold, everything to which the law refers becomes law, i.e., something legally existing.” – KELSEN: (2. lj.) 161.; Francois OST: „Between order and disorder: The game of law” in: Gunther TEUBNER (szerk.): *Autopoietic law: A new approach to law and society* (Berlin – New York: W. de Gruyter 1988) 79.; Roscoe POUND: *Administrative law: Its growth, procedure and significance* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press 1942) 2–3.

¹⁴ András JAKAB – Pál SONNEVEND: „Kontinuität mit Mängeln: Das neue ungarische Grundgesetz” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2012/1. 79.

nek meg, hanem a felsőbbiségektől megszerzett oltalom folyamányai. A jogok nem bírnak önértékkel, hanem a jogon kívüli célok elérésének eszközeként szolgálnak.¹⁵

Az alkotmánybíróvási aktivizmus a korunkban elterjedt alkotmányosodás terméke. Ez az aktivizmus üdvözölhető, mert ellensúlyt képezhet a parlamenti többség túlkapasáival szemben, de bírálható is akkor, ha túlságosan kiterjedt, és veszélyezteti a bírói függetlenséget. Lehetséges mindenesetre olyan történetileg különös helyzet, amikor az alkotmánybíráskodástól akár még több aktivizmust várnánk el, mint ami ténylegesen megvalósul.

E nézőpontból bírálható a 11/1992. (III. 5.) AB határozat,¹⁶ mivel a magyar Alkotmánybíróság a jogi pozitívizmus magvát képező jogbiztonság elvére hagyatkozva ragaszkodott ahhoz, hogy az elévülési idő törvényben visszamenőleges hatállyal nem terjeszthető ki még a legsúlyosabb politikai bűncselekmények esetében sem, jóllehet azok üldözésére a rendszerváltozás előtt értelemszerűen nem került sor. Bár a jog politika és morál feletti elsőbbségének kimondása tartalmilag pozitívista állásponthez segítette hozzá az Alkotmánybíróságot, ezzel szemben hivatkozni lehetne az „gesetzliches Unrecht” (törvénybe foglalt jogtalanság) radbruchi kategóriájára¹⁷ vagy Martin Luther King álláspontjára,¹⁸ aki az igazságtalan törvénnyel szembeni ellenállás jogát hirdette meg. Lehet tehát érvelni amellett, hogy kivételes esetben indokolt lett volna, ha a morál felülírja a jog folytonosságát, ráadásul az Alkotmánybíróság által a múlt rendszer jogával vállalt folytonosságot.

Miközben bírálható a magyar Alkotmánybíróság azért, mert a pozitív joghoz mint a jogrendszer megnyilvánulásához hátrálva nem írja felül az aktuális pozitív jogi terméket, vagyis életben hagy egy konkrét törvényt, ugyanakkor azt látjuk, hogy a megbírált Alkotmánybíróság paradox módon aktivizmust tanúsít a pozitív jog mint jogrendszerbeli megnyilvánulás védelmében, és a jog folytonossága mellett érvelve mintegy láthatatlan alkotmányt teremt. A parlamenti többséggel való szembe helyezkedés azonban hatását csak konkrét esetben fejtí ki, mert egyébként az ún. láthatatlan alkotmány strukturálisan a jogi pozitívizmust erősíti meg. Egy „érted haragszom, nem ellened” helyzet alakult ki: a pozitív jog mint rendszer védelmére került sor a pozitív jog mint eseti megnyilvánulás ellenében.

Más kérdés az, hogy az esetet nemcsak jogi, hanem politikai szempontból is lehet magyarázni. Ez utóbbi esetben a magyar Alkotmánybíróság azért bírálható, mert szembehelyezkedett azzal a politikai radikalizmussal, hogy jogi eszközökkel rendezzenek politikai vitát vagy jogi eszközökkel kényszerítsenek ki valós vagy vélt történelmi igazságot. A magyar Alkotmánybíróság szembehelyezkedett azzal, hogy a jog fölé kerekedjék a politika, védve azt a jogállami álláspontot, hogy a jog dolga korlátokat állítani a politikai hatalom gyakorlóit elé, és hogy mindenkinek csak annyi hatal-

¹⁵ András SAJÓ: „On old and new battles: Obstacles to the rule of law in Eastern Europe” *Journal of Law and Society* 1995/1. 100–102.

¹⁶ ABH 1992. 77.

¹⁷ Gustav RADBRUCH: „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946/1. 107.

¹⁸ „We can never forget that everything Hitler did in Germany was »legal«” – Martin Luther KING: „The Negro Is Your Brother (Letter from Birmingham Jail)” *The Atlantic* 1963/August 78–88.

ma lehet, amennyit a jog számára lehetővé tesz. Mégis, mivel az Alkotmánybíróság úgymond öncélú döntésével indokolatlanul avatkozott be a törvényhozás munkájába – egy ún. láthatatlan alkotmányt fetisizálva –, fel lehet lépni a jog szisztematikus zártságának, vagyis a jogi pozitívizmusnak a megbontásával szemben.

Akár azt is lehet állítani, hogy a bírált alkotmánybíróvási határozat ellenforradalmi, és a jog eszközeinek felhasználásával akadályává vált a rendszerváltoztatásnak, továbbá, hogy a jogállamiság védelme ez esetben az államilag szervezett bűnözéssel érintett politikusok megvédését eredményezte. Látható, hogy aki az alkotmányosodást bírálja, annak a szemében a régi rendszerrel fennálló jogfolytonosság kimondása az új rendszer politikai és morális esélyeit ásta alá.¹⁹ Mégis arra kell következtetnünk, hogy a láthatatlan alkotmány koncepciója látszólagos aktivizmus, mert funkciója a jogban rejlő folytonosság, és ezzel a jog politikával szembeni védelme, de az is igaz, hogy ugyanakkor valóságos aktivizmus, mert a (2012 előtti) Alkotmánybíróság a törvényhozói hatalmat körbevette az alkotmányosodás termékeként megjelenő jogfolytonossági koncepcióval. Ez az Alkotmánybíróság azt tekintette ugyanis kiindulópontnak, hogy a jogban nem lehet büntetlenül *tabula rasa* helyzetet előállítani.

3. TECHNICIZÁLÓDÁS ÉS ÚJRAPOLITIZÁLÓDÁS, A JOGI FORMA LERONTÁSA

Az elmúlt két-három évtizedben tapasztalt változások a globális térben játszódnak le. A globalizációhoz társuló digitális világban a jog szerepe is megváltozik. Jellemzően technicizálódás megy végbe, ami viszonylagos politikamentességet jelent, de legalább is mentességet a hagyományos pártpolitikai küzdelmektől.

E folyamatban azok, akik gazdasági vagy politikai hatalommal rendelkeznek, lemondanak arról, hogy közvetlenül érvényre juttassák elképzeléseiket az anyagi igazságosság kérdéseiről (javak központosítása, közösségi feladatok kijelölése stb.). Ehelyett alávetik magukat az egymástól eltérő érdekeltségű csoportok közötti viták rendezésében a közösen megállapított játékszabályoknak, amelyek mentén a vitás kérdések eldönthetők. Ilyen értelemben a politika visszahúzódik, illetve politikai tartalmak a nyilvánosság előtt kevésbé érhetők tetten.

A globális és technicizált jog kikezdi a nemzeti jogrendszerek stabilitását. Elsőbbséget kaphatnak jogelvek a normák felett, ami jelentéktelenné teszi a jogszabályi hierarchiát. Így például az ún. természetes igazságosság („natural justice”), a tisztességes bánásmódhoz való jog („fair trial”), vagy a valós és megbízható összkép („true and fair view”) elve olyan eszközök, amelyek révén felülírhatók különös jogszabályok, amiben a technicizált jog nyitottsága és rugalmassága mutatkozik meg. Az ilyen elvek már nem is annyira jogelveknek, hanem inkább a jog metaelveinek tekinthetők (l. szubszidiaritás, arányosság, jogbiztonság, helyes eljárás – „due

¹⁹ Csaba VARGA: „Philosophical foundation and constitutional rejection in Hungary” *History of Communism in Europe* 2013. 37–38.

process” –, diszkriminációtilalom stb.). Ezek árnyékában a pozitív jog zárt világa egyre több tekintetben erodálódik.

A technicizálódás jogiasodást is jelent. A nemzetállamok által szabályozatlanul hagyott térben a nem jogi természetű problémák megoldására irányuló törekvések merítenek a jogi hagyományból. Így alakul ki például a „lex mercatoria” (a nemzetközi gyakorlatban évszázadok alatt kialakult kereskedelmi jog).

Mivel nem államilag felhatalmazott szereplők állapítanak meg játékszabályokat, a szó szigorú értelmében vett jogról nehéz lenne beszélni. Ezért terjedt el a „soft law”, az ún. puha jog kifejezés. Ugyanakkor a nemzetközi kapcsolatok szervezéséhez átfogó kérdésekben árnyalt szabályozásra van szükség, amelyek alapján döntőbíráskodási fórumok előtt lehet rendezni a felmerülő vitákat.

A polgárok öntevékenyen igazodnak a nemzeti, uniós és nemzetközi jog, különösen a nemzetközi jogegységesítés rugalmasabb formái adta lehetőségekhez. Lényegében maguk teremtenek jogot határokon átnyúló helyzetekben, amikor szerződéses kapcsolataik szabályozására maguk alakítják ki azokat az elveket és szabályokat mintegy „magánalkotmányban”, amelyek igazodnak elvárásaikhoz. Arról van tehát szó, hogy a polgárok és vállalkozásaik fellelik az „itt és most” helyes jogot. Szerencsés esetben autopoietikus cirkulációs folyamatok indulhatnak be, ahol a létrejövő mikrostruktúrák eléggé gazdagok ahhoz, hogy saját kommunikációs közeget és nyelvet kialakítva önszabályozó funkcionális rendszerekké váljanak.

Új jogforrásokat lehet felfedezni jogi naturalizmus alapján, amikor az egyik lehetőség az emberi jogok feltárása magas absztrakciós szinten, a másik pedig a szokásoké és a szokásjogé a tények aprólékos világában.²⁰ A jogi normák sűrűsödnek és megerősítést, elismerést nyernek bizonyos helyzetekben, a fejlődés azonban egyenetlen, és különböző utak-módok fordulhatnak elő. Lehetnek például széles körben idézett ítéleti megállapítások, máskor viszont tételes jogi szabályokat esetleg évtizedekig egyáltalán nem alkalmaznak (*desuetudo*).

További jellemzője a jogi globalizálódási folyamatnak a pluralizmus abban az értelemben, hogy egyidejűleg van jelen a hagyományos, nemzetállamok által alkotott jog és a nemzetközi térben megjelenő puha jog. A globalizmus váltás a területi alapon történő szerveződésről a funkcionális szerveződésre. Ennek megfelelően nem csupán világesemények vannak a globális térben, amelyek embercsoportokat sajátos módon integrálnak egymással, hanem a szociális tér – mint társadalmi

²⁰ Graf-Peter CALLIESS: „Lex Mercatoria: A Reflexive law guide to an autonomous legal system”, *German Law Journal* 2001/17. Kissé másként fogalmazva, a nemzetállamoktól független nemzetközi jogi rend igazolása lehetséges (i) a „consuetudo lunga” fogalmára való hivatkozással (a szokások gyakorlata mint a tények világa), vagy (ii) institucionalista alapon (*droit corporatif*; *societas mercatorum*), vagyis lehetséges a jog kialakulása mögött álló más közösség is, mint az állam, továbbá (iii) lehetséges hivatkozási alap a „self-regulatory contract” / „contrat sans loi” (önszabályozáshoz vezető szerződések láncolata / törvényt megkerülő jogszerű kötelezés) koncepciója is, amikor azzal érvelhetünk, hogy a szerződési szabadság és más kereskedelmi szabadságok, miként az alapvető jogok is, túlmutatnak a nemzetállam határain, azt nemcsak a nemzetállam garantálhatja. L. még erre: Gunther TEUBNER: „Global Bukowina: Legal pluralism in the world society” in Gunther TEUBNER (szerk.): *Global law without a state* (Brookfield: Dartmouth 1997) 6.

alrendszer – is megteremtődik funkcionális differenciálódás révén, virtuálisan (de nagyon is valóságosan).²¹

A jogiasodás és technicizálódás összefügg az alkotmányosodással. Mindkét esetben arról van szó, hogy ellenerők jelentkeznek – jobbára a szaktudás politikai befolyásra váltásának következtében – a parlamentáris politikával szemben. A politikai konfliktusok elsimítása és semlegesítése a pártpolitikától való függetlenedés következménye.

Az alkotmányosodás következtében a jogrendszer összetettebbé, jobban rétegzetté válik. Új funkciók jelennek meg: a jog most már nem csupán jogágakra (viszonylag homogén köz- és magánjogi jogterületekre) tagoltságot és jogszabályi hierarchiát jelent, hanem a jogi mechanizmusok feletti kontroll új típusa fejlődik ki azáltal, hogy az alkotmányosság megnövekedett hangsúlyt kapó értékeihez is hozzá lehet mérni a jogalkotás és a jogalkalmazás eddig megszokott teljesítményét, és ennek a parlamentáris rendbe belesimuló apparátusát. A proceduralizálódásban testet öltő technicizálódás leértékeli a materiális értékek elosztásának eddig megszokott módszereit, és az ezzel kapcsolatos politikai viták jelentőségét is.

A technicizálódásnak és az ezzel összefüggő alkotmányosodásnak azonban paradox módon nemcsak semlegesítő hatása van, hanem egyidejűleg azzal a politikai következménnyel is lehet számolni, hogy az alkotmánybírói kontroll korlátozza a parlamenti választásokon megszerzett politikai többség hatalmát. Magyarországon viszont ezzel ellentétes irányú folyamat játszódik le: az alkotmánybíráskodás egyre kevésbé képez ellensúlyt a központosított politikai hatalommal szemben, utóbbi ugyanis az Alkotmánybírószágot befolyása alá vonta, amelyet azután egyre inkább a bíróságok feletti kontroll eszközeként használ fel.

Alkotmányos garanciák hiányában a hatalom központosítása megállíthatatlan. Ilyen körülmények között alkotmánybírói aktivizmus tulajdonképpen nem is értelmezhető, mert az alkotmányosodás a társadalom önmozgásának a következménye, ami viszont Magyarországon az alkotmányos demokrácia lebontása folytán végzetesen elgyengülőben van. Bírói aktivizmus kialakulásához a parlamenti többséggel párhuzamos politikai fórumok megléte szükséges, a jogrendszer mélyebb tagozódásához pedig a jog mint funkcionális alrendszer önmozgása. Ha azonban a politika mindent bedarál, akkor a bírói aktivizmus és az egymással versengő jogrendszerek kialakulásának lehetőségét csírájában elfojtja a központosított hatalmi gépezet.

Magyarországon a tét jelenleg az, hogy a politikai hatalom képes-e megrendíteni a bírói függetlenség intézményét, a központi hatalomtól való függetlenség talán utolsó bástyáját. Már látható, hogy az alkotmánybírói befolyás fokozódik. A 2020-tól hatályos bírósági szervezeti törvény értelmében ugyanis alkotmánybírák felsőbírói

²¹ „Global society is defined by a primacy of functional differentiation. Its economy cannot be controlled politically; its science can be sponsored by the economy but not thereby made to produce results that are scientifically credible.” – Niklas LUHMANN: *Law as a social system* (Oxford, New York: Oxford University Press 2004) 480–481.

bíróként folytathatják karrierjüket, ami viszont a bírói függetlenséget közvetlenül és súlyosan veszélyezteti.²²

Az alkotmánybíráskodás súlya jelentősen megnőtt Magyarországon azóta, hogy az Alkotmánybíróság már nem csak absztrakt normakontrollt gyakorolhat, hanem a bírósági döntések is felülvizsgálhatóvá váltak alkotmányossági szempontból.²³ A folyamat azonban nem alkotmányosodás vagy bírói aktivizmus következménye, hanem a politika akarja ellenőrzése alá vonni a rendesbíróságokat. Nem annyira a politikai hatalmi fórum és a jogrendszer esetleges megkettőződéséről van szó, hanem a jogállamiság aláásásáról.

Amikor a magyar állam eltörölte a 2012 előtti alkotmánybírói ítéletek hatályát,²⁴ akkor ezzel olyan lépést tett, amivel megszakítja a jogfolytonosságot. E döntés azt üzeni, hogy lehetnek helyzetek, amikor a politika felülírhatja a jogot, amikor a politika megengedheti magának azt, hogy cezúrát teremtsen. A jog lényege a folytonosságban kikristályosuló forma, vagyis a jog belső rendezettség; ha ezt a politika kikezdi, magát a jogot ássa alá. Ha a politika azt üzeni, hogy a politikai többség hatalma korlátlan, vagyis az alkotmány nem képezi gátját a többség hatalomgyakorlásának, akkor a politika a jogállamot és a demokráciát ássa alá, a 2012-es magyar alkotmány pedig éppen ezt sugallja, amire ráerősít azzal is, hogy az Alkotmánybíróság csak formai hiba esetén mondhatja ki az alkotmánymódosítás alkotmányellenességét [24. cikk (5) bekezdés].²⁵

Mélyebb értelemben véve a jogi forma az, amit Lon Fuller a jog belső moralitásának, jogi „kiválóságok” (deziderátumok²⁶) együttesének hív. Demokráciában a jog nem elsősorban arról szól, hogy milyen legyen a materiális javak elosztása, hanem arról, hogy melyek legyenek azok az eljárások, amelyek alapján az elosztásra vonatkozó vitás kérdéseket a polgárok maguk eldöntik egymás között. A demokratikus jogállam innét nézve maga a forma.

Mint jeleztük, az alkotmányosodás, globalizálódás, jogiasodás és technicizálódás széles körben elterjedt a mai nemzetközi joggyakorlatban. Érdekes ezek közül

²² Egy igen terjedelmes, ún. salátatörvénynek (a 2019. évi CXXVII. törvénynek) betudható, hogy 2020-tól: a közhatalmat gyakorló szervezetek alkotmányjogi panasszal fordulhatnak az Alkotmánybírósághoz (lásd az Alkotmánybíróságról szóló 2011. évi CLI. törvény módosítását: Abtv. 27. §); az Alkotmánybíróság tagjává megválasztott személy a hivatalba lépését követő harminc napon belül kérelmezheti bíróvá történő kinevezését (Abtv. 10/A. §); tovább csorbulhat a bírák mérlegelési jogköre (azon túl, hogy például a kihirdetett törvények indokolásához is tartaniuk kell magukat), mert a bíróságok kötelesek a Kúria jogértelmezését követni [lásd a bírósági szervezetről szóló 2011. évi CLXI. törvény módosítását: Bsz. 42. § (1) bekezdés].

²³ Előzetes és utólagos normakontrollt kérhetnek arra feljogosított szervek (Abtv. 23–25. §§). Alkotmányjogi panasszal lehet támadni jogszabályi rendelkezést, az alkotmányos jogot sértő bírói döntést vagy az olyan bírói döntést, amely alkotmánnyal össze nem egyeztethető jogszabályon alapul (Abtv. 26–27. §§).

²⁴ Az Alaptörvény negyedik módosítása következtében 2013. április 1-től az Alaptörvény hatályba lépése előtt meghozott alkotmánybírói határozatok hatályukat veszítik (záró és vegyes rendelkezések, 5. pont).

²⁵ E rendelkezés azon alkotmánybírói döntésre való reakció következményeként került be a hatályos Alaptörvénybe a negyedik módosítás révén, amelyben az Alkotmánybíróság az Alaptörvény átmeneti rendelkezéseinek megsemmisítéséről döntött – 45/2012. (XII.29.) AB. ABH 2012. 347.

²⁶ Lon L. FULLER: *The morality of law* Yale (New Haven and London: University Press^{rev}1964) 39–41.

kiemelni néhány példát. Külön kitérünk adójogi tárgyakra is, hogy érzékeltetni lehessen egy szakjogi terület alkotmányosodását, illetve jogiasodását a globális térben.

II. PÉLDÁK A JOGRENDSZER MŰKÖDÉSI ZAVARAIRA

1. JOGI PERFEKCIONIZMUS ÉS AUTONÓM UNIÓS JOGREND

Az alapvető szabadságok érvényesítési lehetőségeire figyelemmel az uniós jogban végbemegy a jogiasítás révén megvalósított integráció („integration through law”) projektje. Az EU Bírósága áthidalta a harmonizáció fogyatékoságaiból adódó réseket, még ha nem is mindig a tagállami akarattal egybevágó módon. Az európai integráció fényes példa arra, hogy a jogi formalizmus – perfekcionizmus – diadalt aratott a tagállami politikai teszetoszaság felett.

A perfekcionizmusra adott reakciónak megfelelően ellenirányzatok is kifejlődtek. Eszerint a bírósági aktivizmus túlhajtotta a teleologikus értelmezést. A tagállami akaratok összehangolásának hiányában úgy tűnik mégis, hogy a bírósági aktivizmus elkerülhetetlen. Ahogy ugyanis az EU Bírósága a tagállami intézkedéseknek a vitatott esetre gyakorolt gazdasági hatása szerint kezdte el alkalmazni az uniós jogot, ezzel kikezdte a jogbiztonságot, amit pedig másként nem lehetett visszahozni, csak erőteljes teleologikus jogértelmezéssel.

Az uniós jog egy bizonyos értelemben felszabadította az európai polgárt, aki a határon átnyúló szabadságokat egyre szélesebb körben lett képes gyakorolni, ugyanakkor azonban ezt a polgárt de-szocializálta, és így az integráció és harmonizáció a társadalmi igazságosság kárára ment végbe.²⁷ A határon átnyúló szabadságát gyakorló európai polgár elveszítette a politikai közösségét, amely csak tagállami szinten volt meg, a határon átnyúló térben azonban az állampolgári közösségek nem találnak otthonra.²⁸ Amellett lehet érvelni, hogy meg kellene erősíteni azt, ami politikai, szociális és lokális a szuper liberalizmussal és a versenyközpontú homogenizációval szemben.

A harmonizációhoz való kritikai hozzáállás vagy az uniós intézmények megjavításának javaslatát állíthatta előtérbe, vagy pedig – radikálisabb kritikával megtámogatva – megkérdőjelezhetővé válik az uniós jog által formába öntött jelenlegi *status quo* maga, és új narratíva kialakításának az igénye vetődött fel. Ilyen radikálisan új ajánlattal jön Habermas, aki elveti azt a tézist, hogy demokratikus működés kizárólag csak kibővített és javított nemzetállami keretek között lehetséges, és a hagyo-

²⁷ Editorial comments: „The critical turn in EU legal studies” *Common Market Law Review* 2015. 884–885.

²⁸ A liberalizációs spirál szellemét nem lehet visszakényszeríteni a palackba, ami viszont alkotmányos tartalmait nézve kiüresítette az európai polgár viszonyát a tagállamhoz és az unióhoz, továbbá a másik polgárhoz is. Dimitry KOCHENOV – Andrew Trevor WILLIAMS: „Europe’s justice deficit introduced” *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series* No. 9/2015 (December 2014) 2.

mányos nemzetközi jog helyett – Immanuel Kant, John Rawls és Jeremy Waldron nyomán – a kozmopolita közösségképzés lehetőségeit keresi.

Mivel Habermas szerint egy föderális európai állam nem legitimálható, ezért a nemzetek közötti föderáció megteremtése helyett a polgárok közötti demokratikus együttműködés intézményi kereteit kellene megteremteni, amihez viszont le kellene bontani a ma még meglévő mentális korlátokat. Mivel az egyes államok a pénzügyi piacok problémáival hatásos együttműködés nélkül nem tudnak szembenézni, államközi szabályozásra van szükség. Ehhez Habermas szerint lehetőséget kínál a gyakorlatban nem kielégítő nemzetközi jogilag szervezett közösség helyett a polgárok kozmopolita alapon létrejövő közössége.²⁹

Az autonóm uniós jogrend kifejlődése kétségtelen tény, habár nem egy állam konstituálta, hiszen az EU nem állam.³⁰ Az uniós jogrend messzemenően nem korlátozódik a határon átnyúló versenyszabadság érvényesítésére. Az EU Alapjogi Chartájának elfogadása olyan mértékben elmélyítette az emberi jogi dimenziót, hogy az EU polgárainak aktivitása tartalommal telt meg. Az EU-polgárok tehát annak ellenére képesek lettek alkotmányosan értékelhető aktivitást kifejteni, hogy az EU nem állam. Ezáltal legalább részlegesen lehetővé vált a nemzetállam és polgára között kiüresedő viszonyból adódó hiányok pótlása.

A jog formalizálódása alkotmányosodásként is felfogható, de annak csak közvetve terméke. A sajátos alkotmányosodás fő hordozója ugyan az EU Bírósága, de a bíróságot a polgárok által benyújtott igények galvanizálják. Az alapvető uniós szabadságok bíróság előtti érvényesítése révén olyan sok évtizede tartó folyamat kelt életre, ami a tagállami szinten végbemenő nagypolitikai egyeztetésekhez képest egy másik valóságot teremt. Ez nem annyira egy szuper-jogrendszer kialakulásával, hanem inkább azzal magyarázható, hogy a tételes jog romjain a jogot kívülről megújító tényezők jutottak jelentőséghez.

Az autonóm uniós jogrend kialakulása a határon átnyúló szabadságok érvényesítési igényének alárendelt jogfejlődés gyümölcse. E jogfejlődés olyan integrációteremtő erő, amelynek a magva az, hogy nem jogi problémákat sikerült jogiasítani. Szükségszerű volt a jog kívülről való megújítása tagállami akaratkifejtés és politikai egyeztetés hiányában is, mert az adott tételes jogi renden az élet túllépett.

A formális jogi intézményekbe épített tudás, illetve kultúra dinamizáló hatású, és a jogiasítás irányába hat, ami különösen igaz az uniós jogra, amelynek értelmezését

²⁹ Jürgen HABERMAS: *The crisis of the European Union; A response* (Cambridge: Polity Press 2012) X–XI.

³⁰ Grainne de BÚRCA – Joseph H.H. WEILER: „Introduction” in Grainne de BÚRCA – Joseph H.H. WEILER (szerk.): *The worlds of European constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press 2012) 5.; Bruno de WITTE: „The European Union as an international legal experiment” in Grainne de BÚRCA – Joseph H.H. WEILER (eds): *The worlds of European constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press 2012) 40.; Neil WALKER: „The place of European law” in Grainne de BÚRCA – Joseph H.H. WEILER (szerk.): *The worlds of European constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press 2012) 63., 82.; Grainne de BÚRCA: „The ECJ and the international legal order: a re-valuation” in Grainne de BÚRCA – Joseph H.H. WEILER (szerk.): *The worlds of European constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press 2012) 108., 119., 141.

és alkalmazását áthatja az „Európa népei közötti egyre szorosabb egység”³¹ („ever closer Union”³²) eszméje, illetve a metaelvek – különösen az „effet utile”, vagyis az uniós jog olyan érvényesítése, amely a jogalkotó valós szándékainak leginkább megfelel), a diszkriminációtilalom és az arányosság elveinek – alkalmazása. Az uniós jogban rejlő perfekcionizmus forrását nem csupán az uniós jogi doktrínák és az egyes intézmények (pl. az EU Bírósága) képezik, hanem egy láthatatlan, de nagyon is jelenlévő európai kormányzás, amely az integráció elmélyítésére irányul abban az antropológiai optimizmust kifejező tudatban, hogy az elmélyítésnek egyes vélemények szerint nincs is alternatívája.³³ A Brexit fejleményét illetően persze e felfogás törést szenved, de ennek kifejtése messzire vezetne.

A jogi perfekcionizmus folyamata korántsem idealizálható. A szociálpolitika és az igazságosság szempontjai például átfogó harmonizáció hiányában megrekedtek tagállami szinten, ugyanakkor a tagállam és polgárának viszonya sok tekintetben meggyengült, mivel a harmonizálódó, versenyközpontú uniós jog a tagállami jogi arzenált erodálta. A határon átnyúló helyzetekre vonatkozó döntések következményei leszivárogtak a tagállami jogi gyakorlatba. A harmonizáció hiányosságai, valamint a tagállam és polgára közötti viszony tartalmatlanná válása következtében a szociális szférában – munkajog, társadalombiztosítás, költségvetési transferek stb. – egyre nagyobb leépülés megy végbe.³⁴

2. JOGGAL VALÓ VISSZAÉLÉS, ADÓELKERÜLÉS

A jogérvényesítés ténylegességének követelménye összeütközésbe kerülhet a tételes jog tiszteletével. Nem csupán arról van szó, hogy a legalitás nem lehet merő formalitás, hanem arról a valóságos konfliktusról is, amely nem tagadható módon létezik a tárgyi jog betűje és annak szelleme között. Ha a jogi rendelkezések által ténylegesen kiváltott hatást vesszük alapul, bizonytalanná válhat a jogi norma jelentése, miáltal elkanyarodunk az egyébként kívánatos jogbiztonság követelményétől.

A jogérvényesítés ténylegességének elve („effet utile”) tulajdonképpen feltételezi azt, hogy a tételezett jog mindig hordoz magában hibákat, a valósággal való meg nem felelést, ezért korrekcióra szorul. Ez jogpozitivistá felfogásban korántsem magától értetődő. A jogrendszer önmagába zárt egységét ugyanakkor azért még akkor is lehetséges biztosítani, ha a tárgyi jog értelmezésének és alkalmazásának – éppen a jogérvényesítés ténylegességének követelményére figyelemmel – tágabb mozgásteret biztosítunk.

A joggal való visszaélés problémája elvileg a jogrendszer működése egészének a kérdése, ezért a joggal való visszaélés a tárgyi joggal, a törvénnyel való visz-

³¹ Lásd az Európai Unióról szóló szerződés 1. cikkét. *HL C* 115. 2008.05.09. 16.

³² Lásd az Európai Tanács Stuttgartban 1983. június 19-én keltezett ünnepélyes nyilatkozatát.

³³ Jacco BOMHOFF: „Perfectionism in European law” *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2012. 76.

³⁴ C-438/05. *Viking Line*, EU:C:2007:772. EBHT 2007. I-10779.; C-341/05. *Laval*, EU:C:2007:809. EBHT 2007. I-11767.

szaélést jelent („fraus legis”). Ilyen értelemben a kérdés kezelésének alkotmányos jelentősége van. A gyakorlatban azonban igen nehéz a konkrét magatartások tárgyi joggal való összevetése, és a jogalkotói célkitűzések fényében való értékelése. Ezért a hangsúly a rendeltetésszerű joggyakorlás követelményére esik, illetve arra, hogy miként él valaki vissza jogaival („abus de droit”, „Missbrauch von Steuergestaltungsmöglichkeiten”).

A joggal való visszaélés – a tételes jog megkerülése vagy a valós cselekvési motívumok elfedése színleléssel – a tételes jog minden egyes rendelkezésének kínos pontossággal való betartása mellett is megállapítható. Még nagyobb baj az, hogy a jogellenes állapot a tételes jog eszközeivel nem is számolható fel, hiszen tisztán pozitív jogi értelemben nem állapítható meg jogellenesség akkor, ha nem valósul meg valamely tételes jogi rendelkezés megsértése. Ilyenkor a tételes jog kudarcot vall, és csak jogon kívüli eszközökkel válik kezelhetővé a joggal való visszaélés problémája.

Lehetséges ugyan azt állítani, hogy akinek a terhére joggal való visszaélés állapítható meg, annak a magatartása a jogrend integritását gyengíti, ami azonban önmagában még nem elég pozitív jogi értelemben véve a jogellenesség megállapításához. A pozitív jog felől nézve ugyanis a jog mint rendszer nem lehet önellentmondásos. Ezért tételes jogi rendelkezés megsértése nélkül nem is állítható meg jogellenesség.

A XX. század első felében kiteljesített pozitivistá hagyomány (Kelsen, Hart) szerint a jogot olyan normák zárt rendszereként foghatjuk fel, amelyek érvényesülésének középponti szervező eleme az államilag biztosított kényszer. E normák ugyanakkor a tárgyi jog olyan rendszerében jelennek meg, amely tisztán a formális logika szabályai szerint értelmezhető, és amelyben a jogilag értékelhető magatartás maradéktalanul betudható a törvényben megfogalmazott elvárásoknak. Ami a jogrendszerbe bekerül, vagyis ami joggá válik, csak jogi eszközökkel értékelhető, ha viszont a tárgyi jog eszközeivel bármely okból nem lehetséges valamely magatartás értékelése, akkor ahhoz nem lehet jogkövetkezményt fűzni.

Ennek következtében például az adóelkerülés – amelynek során különös törvényi rendelkezést nem sértenek meg – jogilag nem szankcionálható. Ez az álláspont fejeződik ki klasszikus módon a *Duke of Westminster*-ügyben hozott bírósági döntésben.³⁵ Innét nézve a joggal való visszaélés paradox módon csak jogon kívüli eszközökkel (pl. etikailag) marasztalható el.

A jogi értékelésnek legfeljebb annyiban jut hely, hogy a jogrendszer egészét gyengítő magatartás jogellenesnek tekinthető, de ennek sincs tételes jogi alapja. A joggal való visszaélés, illetve az adóelkerülés kezelhetetlenségének a problémája abból a csapdahelyzetből adódik, hogy a jogalkalmazók a vizsgálandó tárgyhoz képest alkalmatlan – ti. a pozitív jogra leszűkített – vonatkoztatási rendszert vesznek fel. A jog pozitivistá értelmezésében a joggal való visszaélés valóban paradox jelenség.

Többféle – jogon túlmutatató – következtetés vonható le az adóelkerülés, és ennek kapcsán az adójogi deviancia elemzéséből. Egy olyan elgondolt rendszerben, ahol a jogi normák érvényessége a normák hierarchikus rendjében tisztán a másik nor-

³⁵ Lord Tomlin: „Every man is entitled, if he can, to order his affairs so that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be” – *Duke of Westminster, IRC v Duke of Westminster* (1936) 19 TC 490 (1936) AC 1.

mához fűződő viszony értelmezési keretében és az aktuális jogi hagyomány tükrében határozható meg, a jogkövetés mindenkor megvalósul, ha egyébként létezik érvényes és hatályos jog (jogszabályokból, precedensekből és tudományos magyarázatokból összetevődő pozitív jog). A jog intakt rendszerét nem fenyegethetik az erkölcs és a természetes jog kívülről jövő, felforgató értékei.

A jogok társadalmi rendeltetésüknek megfelelő gyakorlása mégis olyan probléma, amely a jogérvényesítést formalizált hatósági eljárásban megkísérlő jogalanyok társadalmi terében, vagyis a törvény előtti egyenlőség és jogállamiság elveire alapított hivatalos jog világában, egy makrovilágban lényegében értelmezhetetlen, ami azonban nem tűnik fel, amíg nem szaporodnak meg a joggal való visszaélés esetei. Ekkor viszont nyilvánvalóvá válik az, hogy a pozitív jog esetenként képtelen rendező elvet adni. A problémák feloldása csak mikrohelyzetben lehetséges (pl. adóalany és adóhatóság alkuja, vagy a vállalatok között létrehozott szerződés vagy informális megállapodásokkal teremtett „magánalkotmány” révén). Ilyen kivételes helyzetekben van esély diskurzus kialakulására, amelynek folyamatában a jogvita részesei mintegy a „tudatlanság fátylát” levetve megegyezésre juthatnak, a jog integritását előmozdítandó.

Ezen túlmenően, a jog makromechanizmusainak egyre feltűnőbb zavarai nemcsak a mikroléptékű mozgásra érzékeny fenomenológiai megközelítést értékelik fel, hanem ráirányítják a figyelmet arra a problémára is, hogy egyre nehezebb megtalálni az adott helyzetben „helyes” jogot az érvényes jogban.³⁶ Az érvényes jog új kantiánus koncepciója szuverén és tisztán analitikus szemlélet terméke, amely elkülönül az erkölcsi szempontoktól vagy a természetes jog értékeitől. Az érvényes jognak ez a fogalma is a jog makrokategóriája marad, a jogrendszerre mint egészre vonatkozik és független azoktól a mikroorientált módszerektől, amelyek a sajátos helyzetekben irányadó kommunikáció rekonstrukciójára irányulnak.

3. AZ ADÓHATÓSÁGI VISZONY JOGIASODÁSA

A fejlődés kulcsa a nemzetállamokba bezárt, fragmentált világból való kilépés, amit a nemzetközi színtérré kilépő vállalatok és polgárok meg is tesznek, esetről esetre kialakítva maguknak saját használatú jogrendet, amely az érdekelt felek által kölcsönösen elismerve mintegy jogforrásként működik. Másként például nem is lehetne lebonyolítani a sok országot átfogó bonyolult üzleti tranzakciókat, amelyeknek egyébként mindig vannak adózási következményei is. E jogfejlesztés az adóhatóságokhoz fűződő kapcsolatokra is kiterjed, amikor az adóhatóság és az adózó szerződéses viszonyra lépnek egymással az adóigény jobb érvényesítésére és az adózói jogvédelem hatásosságára egyaránt figyelemmel, vagyis létrejönnek, sőt terjedőben vannak az adóigény érvényesítésének horizontális struktúrái.³⁷

³⁶ Rudolf STAMMLER: *Die Lehre vom richtigen Recht* (Halle/Saale: Buchhandlung des Waisenhauses Fränkische Stiftungen; neue bearb. Aufl. 1926) 45.

³⁷ Hans GRIBNAU: „Soft law and taxation: The case of the Netherlands”, *Legisprudence* 2007/3. 291–326.; Richard H. HAPPÉ: „Multinationals, handhavingsconvenanten en fair share” in *Per Saldo*,

A feltételes adómegállapítás, vagy például az OECD által kidolgozott mintaszabályozás szerinti megállapodások („advance pricing agreement” – APA; vagyis: a felek között alkalmazott helyes ár hatósági megállapítása határon átnyúló helyzetben), jogilag rendezett formába öntik azokat a gazdasági kapcsolatokat, amelyeket a hagyományos nemzeti tételes jogot alkalmazó személyek – szimultán látásmód hiányában – nem képesek megközelíteni. A nemzetközi adóztatási rend a kibontakozó megállapodásoknak ebben a folyamatában mintegy jogiasodik, az adózási folyamat adójogi renddel telítődik, adójoggá változik. A jogiasodás azután visszahat magára a szabályozandó kapcsolati rendre, annak szilárdságot kölcsönözve. A jogiasodás segít kiegyenlíteni az érdekeket, áthidalni az esetleges jogon túli ellentéteket.

Amennyiben a nemzetközi adóztatási gyakorlatban egymáshoz közelítő nemzetállami megoldások alakulnak ki, olyan joganyag keletkezik, amely közös munkanyagává („travaux préparatoires”), előbb-utóbb hagyománnyá, közös jogi örökséggé válik. E folyamat végeredményeként a nemzetközi adózás mint nemzetközi jog jelenik meg. Az összehasonlító adójog egyre jobban elterjedt, és kialakulóban van a nemzetközi adózás mint nemzetközi jog elismerése.³⁸ A nemzetközi adójog elsősorban az OECD különféle modellegezményeire és azok egyre terjedelmesebb és árnyaltabb kommentárjaira vezethető vissza, de sokat tesznek a nemzetközi adójogi kultúra fejlesztéséért más nemzetközi szervezetek is. Ilyenek például a Nemzetközi Valutalap és az Európai Bizottság.

Az adóviszony sokáig egyáltalán nem, vagy csak elemeiben volt jogilag szabályozva, kitéve szinte teljes mértékben az állami diszkréciónak. Mára azonban általánosan elfogadott az, hogy az adózásnak jogviszony keretében kell lefolynia, ebből következően elismerhetők az adózók jogai és az adózók hatásos jogvédelmének igénye. Erre figyelemmel adózói karták is megjelentek.

További lépés a fejlődésben a kiszerezés opciója a hagyományos fölé- és alárendeltségi viszonyból adóhatóság és adózó között. Az alku kritikus helyzetek adójogi értelmezésére, sőt adókötelezettség megállapítására is irányulhat. Ezzel magánjogi elemek jelennek meg az adójogban az *ex lege* kötelezettségeket szerződéses vállalásokkal felváltva. E fejlemény kihívást jelent a jogbiztonság, de a jogegyenlőség szempontjából is.

Az adózó és az adóhatóság kapcsolatában már nem elegendő csupán tételes jogokat és kötelezettségeket rögzíteni, hanem szükséges, hogy a felek kapcsolatára a méltányosság és az egyenlő játéktér („level playing field”), a tisztességes játék („fair play”) legyen jellemző.³⁹ Olyan értelemben nem változott a helyzet, hogy az adóhatóság és az adózó viszonya továbbra is a *quid pro quo* elve alapján magyaráz-

Overheidsfinanciën en fiscaliteit na twaalf jaar minister Zalm (Den Haag: Sdu Uitgevers 2007) 57–77.; Richard H. HAPPÉ: „Multinationals, enforcement covenants and fair share” *Intertax* 2007/10. 537– 547.; Richard HAPPÉ – Hans GRIBNAU: „The Netherlands-national report: Constitutional limits to taxation in a democratic state: The Dutch experience” *Michigan State Journal of International Law* 2007. 429.

³⁸ Reuven AVI-YONAH: *International tax as international law; An analysis of the international tax regime* (Cambridge: Cambridge University Press 2007) 1.

³⁹ Maria Teresa SOLER ROCH: „Forum: Tax administration versus taxpayer – A new deal?” *World Tax Journal*, 2012/3. 293.

ható, ami azt jelenti, hogy a felek az instrumentális racionalitás fogságában oppor-
tunista módon viselkednek. Mindkét fél egy alkuhelyzet foglya, és nem engedhetik
meg maguknak azt, hogy ne legyenek képesek egyensúlyt, az elérendő előnyök és
a felhasznált erőforrások között megközelíthető egyenlőséget meghatározni a kial-
kudott helyzetekben. Viszonyuk harmadik személyek irányában zárt, mint általá-
ban a katalaktikus viselkedés a piaci térben.⁴⁰

Amit itt az egyik fél a másiktól kap, azt szigorúan viszonznia kell, egyébként a
kapcsolat megszakad. Ezzel szemben egy kölcsönös elfogadáson (reciprocitáson)
alapuló rendszerben tovább lehet egy holtpontra lendülni, mert a felek nincsenek
rákényszerítve arra, hogy egymással szemben mindig egyensúlyozzanak. Ha vala-
ki a másiktól kap valamit, nyugodtan továbbadhatja harmadik személynek. Ezáltal
kinyílik a kétoldalú viszony, többoldalúvá válik, mert újabb és újabb szereplők lép-
hetnek be, láncolatot – sőt, hálózatot – alkotva.

Az OECD által felkarolt kiemelt jogviszonyok („enhanced relationship”) kifejlesz-
tésére irányuló projekt⁴¹ nem paradigmaváltás annyiban, hogy továbbra is két ellen-
érdekű fél feltételezésén alapul, akik a piaci opportunizmustól nem lehetnek men-
tesek, és ezért más lehetőségük nem kínálkozik, mint az ingamozgást követő *quid
pro quo* elvére hivatkozni. Ekkor a szereplők csak abban érnek el haladást a koráb-
bi állapotokhoz képest, hogy viszonyukat a „fair play” elvének alapjára helyezik.
Ugyanakkor a kölcsönös bizalom szisztematikus kiépítésére való törekvés, illetve
annak elvárása már kilépés egy duális alapú konfliktus rendszeréből, átmenet egy
modell felé, amelyben csak nyertes van („win-win”), bár a kölcsönösség igazán háro-
mosztatú viszonyban juthat jelentőséghez. Ehhez be kell vonni mindazon érdekhor-
dozókat, akiknek fontos a jól működő adóhatósági viszony.

Szóba jöhetnek a vállalat dolgozói és szállítói, a szakmai érdekképviseletek,
amelyek képviselői közreműködhetnek a jogszabályi változások megtervezésében,
mediátorok, a hatóságok társadalmi ellenőrzésének informális fórumain résztvevő
személyek stb. A lényeg az, hogy lazítani kell az adóhatósági viszony szigorúságán,
adóhatóság és adózó egymásra utaltságán. Ekkor megindulhat a jogi és nem jogi
irányítási eszközök és magatartási minták keveredése, megkezdődhet a közöttük
lévő határvonalak elmosódása. A szigorú hatékonyságot a kompromisszumra való
képeség válthatja fel, a képviseleti elvet a deliberáció, az *ex ante* meghatározott
szabályozókat az értékek összehangolása és a koherencia elérésére való törekvés.

A kiemelt jogviszonyok keretében nincs szükség jogszabályi változtatásra, mert a
szabályozás forrását viselkedési standardok képzik, ami puha jog (soft law). Azt is
mondhatjuk, hogy ilyen helyzetben reflexív jog keletkezik, ami abból adódik, hogy
egy gazdasági konfliktust a kiemelt jogviszony kialakításának reményében jogia-
sítani lehet, ami viszont visszahat magára az alapviszonyra, miközben jog és nem
jog közötti határvonalak elmosódnak, illetve eredeti értelemben véve már értelmez-
hetetlenné válnak. A jogi reflex azt jelenti, hogy jog és nem jog kölcsönösen hatnak

⁴⁰ Friedrich A. von HAYEK: *Law, legislation and liberty, Vol. 2: The mirage of social justice* (London: Routledge & Keagan Paul 1976) 108–109.

⁴¹ OECD Tax Intermediaries Study Working Paper 6 – The enhanced relationship. OECD Tax Intermediaries Study, Paris, July 2007.

egymásra, miközben az adóhatóság és az adózó viszonyában rejlő konfliktus felpuhulhat.⁴²

A puha jog feltöltődése nem jogi viselkedési standardokkal, olyan elemek jogviszonyba épülése, mint a kölcsönös bizalom, vagy a jogi reflex tipikusan olyan helyzetek, amelyeket pozitív jogi alapon nem lehet magyarázni. Jog és nem jog egymástól elválaszthatatlanná válik, és bár egymástól különböznek, akár ellent is mondhatnak egymásnak, mégis egymást feltételezik. A globális tér egymástól gazdasági, jogi és politikai helyzetüket tekintve különböző szereplőket terel össze, akik együttműködésre vannak ítélve. Az összekerülő felek kulturális hátterüket illetően is annyira különbözhetnek egymástól, hogy a jog hagyományos formái, nemzetállam és pozitív jog csődöt mondanak, holott e helyzetek mégis rendezhetők.

Ha például a Google vagy a Facebook a digitális térben tevékeny olyan globális szereplők, amelyekre az Egyesült Királyság vagy Franciaország az adott államokban kifejtett tevékenységnek betudható, vélelmezett jövedelemre alapított, különleges adókat vetnek ki, a nemzetállam visszavág, pedig hagyományos adójogi eszközökkel a nemzeti hatóságok már csak töredékesen képesek az ilyen vállalatok megadóztatására. A nemzetállamok ma még egyoldalú intézkedéseket hoznak, de a jövőben nyilvánvalóan az várható, hogy igyekeznek összehangolni egymással politikájukat. Ehhez már csak részben fognak olyan eszközöket igénybe venni, amelyek bevett jogelvek mentén, hagyományos jogi kategóriákkal leírhatók, és előtérbe kerül nem jogi kontrolleszközök alkalmazása is (főleg jogon kívüli megállapodások).

Úgy tűnik, a pozitív jognak nincs jövője, illetve a nemzetállam által ellenőrizhető helyi relációkba szorul vissza, mivel a pozitív jog parokiálissá válik. Az ilyen fejlemények lehetnek üdvözölhetők vagy bírálhatók is, nézőponttól függően. A nemzetállam hagyományos joghatósága, a szuverenitás maradékai mellett kitartó kommentátorok például bírálják azt, hogy a nemzetállam hatókörén kívül eső, rendszeren globális erők befolyása alá kerüljön. Mégis úgy tűnik, hogy a nemzetállam és annak tétele joga vesztésre áll a befolyásolásért folyó küzdelemben.

III. ELMÉLETI REFLEXIÓ

1. JOGI UNIVERZALIZMUS

A jogi instrumentalizmus olyan gondolkodási eszköz, amelynek segítségével lehetséges az elvont versenyszabadságra alapított és a tőkemozgás hatósági kezelésének semlegességén nyugvó *status quo* kétségbe vonása. Ezzel szembeállítható a

⁴² Reflexív jogi szabályozás első lépésben közvetett jogi hatást tesz lehetővé tételes jogi rendelkezés hiányában. Georg JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Springer 1914) 69–70. Második lépésben a fogalom kialakuló önszabályozó mechanizmusok, hálózatszerű kapcsolatok kialakítására vonatkozik külső, materiális igazságossági szempontokat hordozó beavatkozás nélkül, a kapcsolati rendben résztvevők személyes élettörténeteinek felépítésén alapuló struktúrák létrehozása révén. Gunther TEUBNER: „Substantive and reflexive elements in modern law” *Law and Society*, 1983/2. 239.

jogi formalizmus. Ez utóbbi lényege a jog autonómiájának hirdetésében van, a jogi instrumentalizmusé viszont abban, hogy a jog e felfogás szerint csak a társadalmi környezet, közelebről a strukturális érdekek érvényesítésének és a hierarchikus alárendeltség biztosításának a következménye, az uralkodó osztályok szolgálatának az eszköze.⁴³ A szuper-instrumentalizmus – mint például a marxizmus vagy a jogi realizmus⁴⁴ – képviselői a jog ideológiai meghatározottsága mellett elhanyagolják a jogi szimbolizmust, vagyis a jognak azt a képességét, hogy gazdaságon kívüli kényszerrel civilizációs formába öntsön, ami ezáltal társadalmilag elfogadottá tehető.

Ideális viszonyok között a társadalmi gyakorlatban kialakulnak olyan viselkedési mintázatok, amelyek a jogrenden belül végbemenő formalizálás irányába mutatnak, és amelyek homogenizációs hatást váltanak ki. A kétértelműségek kiiktatása érdekében hiteles jogi értelmezésre és jogi kommentárookra van szükség. Az értékek homogenizációjának betudhatóan kialakulhat a jog Max Weber-i értelemben vett formális racionalitása, ami előre láthatóságban és kalkulálhatóságban mutatkozik meg.⁴⁵ A jogi formalizmus annak eszköze, hogy a hiteles jogi értelmezésért folytatott küzdelemben a jog egyoldalú meghatározásának a lehetősége azok számára legyen fenntartva, akik a jogi kompetencia magas fokát birtokolják.⁴⁶

A globális ökológiai válságra tekintettel, antropocén korban (amikor az embernek a természeti környezetre gyakorolt befolyása visszafordíthatatlan folyamatokat indított el a természetben) a környezeti jog, sőt a teljes jogi szabályozási rend radikális megújítása elkerülhetetlennek látszik. Ez csak azon alapulhat, hogy a jogot segítő antropomorf etika biotikus etikával egészül ki. Eszerint a természet leigázása helyett az emberi és nem emberi lények teremtményi társként való együttélésnek a lehetőségét kell megteremteni.

Ehhez a jogi formanyelv megújítására van szükség, ami elsősorban attól remélhető, hogy feloldhatóvá válik a jogban jelenleg megtapasztalt töredékesség és merevség, és lehetővé válik a hagyományos jogintézmények tágabb, liberálisabb értelmezése. A merevség egyik oka az, hogy a jog alapvető funkciójának többnyire máig a kényszerítést tekintik, és ennek megfelelően érvelni lehet amellett, hogy a kényszer az együttélés civilizált rendjének megteremtéséhez nélkülözhetetlen. Ez viszont azt jelenti, hogy a jog nem lehet igazán pártatlan, és nem lesz mentes a politikai erőcsoportok kiszámíthatatlan és átláthatatlan befolyásától.

A továbbfejlődést hátráltató merevség másik oka módszertani nehézségben keresendő, ami a tételes jog túlhangsúlyozásából fakad. A jogalkotó hajlamos a jogilag megkívánt cselekvést azonosítani a ténylegesen bekövetkezett társadalmi cselekvé-

⁴³ Karl MARX – Friedrich ENGELS: *Manifest der Kommunistischen Partei* (Február 1848); II. Proletarier und Kommunisten; Karl Marx u. Friedrich Engels Werke, Bd. 4 (Berlin: Dietz Verlag Berlin 1974) 477.; Pierre BOURDIEU: „The force of law: toward a sociology of the juridical field” *Hastings Law Journal* 1987. 814.

⁴⁴ Eugen EHRLICH: *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (München und Leipzig: Duncker & Humblot: 1913) 399.; Jerome FRANK: *Law and the modern mind* (New York: Brentano's 1930) Chapter IV: Judicial law-making, 34.

⁴⁵ Max WEBER: *Wirtschaft und Gesellschaft* (Tübingen: J.C.B. Mohr, P. Siebeck 1922) 385., 394–396., 467., 502–504.

⁴⁶ BOURDIEU (43. lj.) 849–850.

sekkel, és azt gondolni, hogy a követendő tárgyi joghoz társítható értékek és következmények feltétlenül egybeesnek a jogilag kikényszerített cselekvésekkel. Ennyiben a jog el is idegenedik a valóságtól.

Annak érdekében, hogy el lehessen kerülni a fent jelzett rugalmatlanságot, keresni kell egyetemes értékeket, amelyek felhasználhatók arra, hogy a joggyakorlat adott esetben eloldozható legyen az ideológiai természetű és túlságosan pragmatikus megfontolásoktól, és ennek eredményeként a joggyakorlat megszabadítható legyen az életidegenségtől és szétszakadozottságtól. Az egyetemes értékek felé tájékozódva nyilvánvalóan lehetséges hivatkozni az egyenlőségeszményre, amelynek a legtágabb értelemben vett követése az önkényes döntések elkerülésének esélyét hordozza magában. A tételes jogtól való elhatárolódás és a természetes jog értékrendjéhez való közelítés elősegítheti az ideológiai kötöttségektől való megszabadulást.

Abból a célból, hogy felleljük az ideális jogot, a reflexiót intuícióval, fantáziával és érzésekkel lehet és szükséges kiegészíteni. A való életben a szubjektív meglátások és meggyőződések beépülhetnek a racionálisan kezelhető hipotézisek igazolásának folyamatába. Ettől még persze fennmarad az a nehézség, hogy amennyiben a jogi normák parancsokat közvetítenek, a jogértelmezés eleve nem lehet mentes elfogultságoktól és szubjektivitástól. Ezek mégis csökkenthetők, sőt, annál inkább csökkenthetők, minél inkább képes a társadalmi gyakorlatba beépülő jog egyetemes értékeket magába fogadni.

A jog eszközeivel való társadalmi beavatkozás eleve kizárt, ha a jogalkotás hamis hipotéziseken alapul. Ez akkor történik meg, ha a jogalkotó rosszul ítéli meg a jogalkotással befolyásolni kívánt várható események bekövetkezését. Még a legfejlettebb társadalmak tagjai sem menekülhetnek meg attól, hogy időnként – Hayek kifejezésével élve – ún. szinoptikus csalódás áldozatai ne legyenek, ami akkor következik be, ha a társadalmi tervezés hibás.⁴⁷

A jogot nem feltétlenül alkotja közvetlenül az állam, még ha a modern társadalmak jogéletének középpontjában a racionális állam áll is. A második világháború után általánosan elismertté váltak nemzetközi szinten az emberi jogok, amelyek gyakorlása nyilvánvalóan megelőzi az állami működést.⁴⁸ A XIX. és XX. század nagy jogászai a jogban olyan kényszerítő eszközt láttak, amelynek révén civilizált formában megoldható az érdekellentétek rendezése.⁴⁹ Ezzel szemben viszont aki a jogra mint élő folyamatra tekint, kulturális interakciókat lát a jogban, és nemzedékek közös erőfeszítéseinek gyümölcsét véli a létrejövő jogintézményekben fölfedezni.⁵⁰

Talcott Parsons heves bírálatot gyakorolt a pozitív jog pápája, Hans Kelsen felett. Parsons lényegében romokba döntötte Kelsen tiszta jogelméletét, rámutatva Kelsen jogfelfogásának egyoldalúságaira, miszerint a jog feszesre alakított logikai kategó-

⁴⁷ Friedrich A. von HAYEK: *Law, legislation and liberty, Vol. I: „Rules and order”* (London: Routledge & Kegan Paul 1973) 14.

⁴⁸ Jürgen HABERMAS: „Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren” *Kritische Justiz* 1995/3. 310.

⁴⁹ Rudolf JHERING: *Der Zweck im Recht* (Leipzig: Breitkopf und Härtel 1893) Bd. I. 77–78.

⁵⁰ Friedrich Carl von SAVIGNY: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg: Mohr und Zimmer 1814) 30.

riákon, szervezett kényszeren, az instrumentális racionalitáson és retributív logikán alapulna. Parsons azt állítja, hogy az egyes ember magatartásának betudható, jutalmazással és büntetéssel operáló jogi értékrend érdektelen lehet a társadalmi cselekvés alakulása során a valós életben.⁵¹

A jog szabályozó ereje nem végtelen. Így például a jogalkotás és a jogalkalmazás közötti viszonylagosságra már maga Kelsen rámutatott.⁵² Hasonlóképpen relativizálódnak hatóság és ügyfél pozíciói akkor, amikor egy hagyományos hatósági viszonyt elfednek az utóbb létrejött horizontális kapcsolatok, vagyis lehetségessé válik a hatósággal való alku, amit a jog formalizál.

Coase is úgy fogalmaz – a piaci alku mikrohelyzeteit vizsgálva –, hogy az olyan makromechanismusok, mint a kártérítési jog vagy adóztatás lényegében megkerülhetők, az önszabályozó piac szereplői ugyanis eléggé találékonyak, és számukra a piaci alkalmazkodás elvileg bármikor jobb választ képvisel a megoldandó problémákra, mint a jogok és kötelezettségek előre elhatározott és központilag kialakított rendje. Az önszabályozó piac lehetővé teszi azt, hogy a szerződő felek a makroszinten kialakított rendtől függetlenül cselekedjenek mikrohelyzetekben. Más szóval itt a tételes jogi szabályozás határhelyzetéhez érkezőnk: a jogi szabályozást az érintett felek önszabályozása váltja fel.⁵³

A jogban rejlő azon irányultság, hogy a kényszerítés civilizálására irányuljon, nem mindig találkozik a valósággal. Amikor pedig a jognak a kényszerítő mechanizmusokat fenntartó hatalma valamely okból visszaszorul, a hangsúly a jog működésében a dolgokról a fogalmakra esik. E mozgás fényében elismerhető, hogy nemcsak dolgok – közelebbről az anyagi életfeltételek alakítására kiható kényszerítő mechanizmusok – ismerhetők el létezésükben függetlennek, hanem azok meghatározása, megnevezése és tudatosítása is. E változások és körülmények utat nyitnak a jog értelmezésének.

A XIX. században olyan jogtudomány fejlődik ki, amely a jogéletet már rendszereszméletben képes láttatni, bár továbbra is szoros kapcsolatban maradt a gyakorlati problémákkal. Ennek egyenes következménye az, hogy a szubjektivizmus és az esetlegesség ma sem zárható ki a joggyakorlatból. Ilyen ellentmondásos körülmények között megnő viszont a jogi értelmezés jelentősége.

Ronald Dworkin szerint a jogilag támasztható igények nem leíró, de nem is értékelő jellegűek, az értelmezés folyamatában ugyanis a jog mindkét aspektusa jelen van, de csak félig kifejtett formában. Az ilyen igények és értelmezések, amelyek a leírást (a történeti tényállási elemek feldolgozását) és az értékelést (magatartási szabályoknak egy adott normatív rendbe való bevezetését) is magukba foglalják. A jog terén elvégzett értelmezés egyúttal olyan általános jellegű cselekvés, amely nem

⁵¹ Talcott PARSONS: „Book review on Hans Kelsen, *Society and nature: A sociological inquiry*” *Harvard Law Review* 1944/1. 143.

⁵² HANS KELSEN: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses vom Staat und Recht* (Tübingen: J.C.B. Mohr, Paul Siebeck ²1928) 96.; HANS KELSEN: *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: J. Springer 1925) 233–234.

⁵³ Vö. „[...] the ultimate result (which maximises the value of production) is independent of the legal position if the pricing system is assumed to work without cost.” – RONALD H. COASE: „The Problem of social cost” *Journal of Law and Economics* 1960/October 8.

egyszerűen a jogalkotói akaratot fedi le. Jogértelmezésre végső soron azért kerül sor, hogy megkísérelhető legyen a jogban rejlő tények és értékek közötti ellentmondás feltárása és kifejtése.⁵⁴

A jogi kényszerítés az érdekek hálójához tapad, amelyben a jogalanyok törekvései a történeti tényálláshoz kötve, az anyagi igazsággal összeegyeztethető módon fejthetők fel. Ha tudomást veszünk a tételes jog kudarcairól – amelyek például a joggal való visszaélés során visszavonhatatlanul bekövetkeznek –, vagy olyan megrázkódtatásairól, mint amikor a rutinszerű joggyakorlat konfrontálódik a tisztességes eljárás („fair trial”) vagy a természetes igazságosság („natural justice”) metaelvéivel, szükségessé válik az ellenérdekű felek által felhozott és megtestesített értékek és eszmék egymáshoz való közelítése, és e folyamat végeredménye ezek összetartása lehet. Ekkor belső harmónia jöhet létre a vitában részes felek között, akik adott helyzetben képesek megegyezni vitájuk rendezésének módjában és előfeltételeiben.

2. A JOGI POZITIVIZMUS KORLÁTAI

Aki a tételes jog válságának szembeszökő jelei ellenére továbbra is fenn kívánja tartani pozitív jogi szemléletét, kénytelen a pozitív jog elméletén változtatni. Ilyen korrekciós kísérlet a jogrendszer megkettőződésének, vagy akár megsokszorozódásának az elmélete.⁵⁵ Az adott jogrendszerhez képest valamiféle szuperjogrendszerrel vélhetünk felfedezni, például annak köszönhetően, hogy az egyes szakjogágak úgymond alkotmányosodnak, vagyis alkotmányos elvek felől megközelítve felülírhatóvá válnak szakjogi döntések.⁵⁶ Másik példa: terjed a globális térben kibontakozó, állam nélküli jog, amely annak a terméke, hogy nem jogi problémák transzponálódhatnak jogi problémává (jogiasítódnak).⁵⁷

Ha feladjuk a pozitív jogi felfogást, engedve a jogon kívüli körülményekből származó kényszerítő körülmények nyomásának, akkor a természetes jog felé mozdulunk el, érzékelve azt, hogy a jogi szabályozásra változatos módon egyre inkább rárakódnak jogon kívüli elvárások. A jog helyébe sokszor jogon kívüli konfliktusrendezési eszközök lépnek, amelyekkel kiküszöbölhető a terhes bizonyítás és a bonyolult jogi minősítés, és az ügy mégis eldönthető. Erre példa a véletlenszerű elemeken nyugvó döntőbíráskodás („baseball arbitration”), miszerint aki egy vitában lezárt borítékban ésszerűbb ajánlatot helyez el, mint ellenfele, annak nagyobb az esélye arra,

⁵⁴ Ronald DWORKIN: „Law as interpretation” *Texas Law Review* 1982. 528–529.

⁵⁵ POKOL Béla: *A juriszokratikus állam* (Budapest: Dialóg Campus 2017); POKOL Béla: „A jogrendszer duplázódása” *Jogelméleti Szemle* 2019/4.

⁵⁶ GARLICKI (7. lj.) 48.

⁵⁷ Jan KLABBERS: „Setting the scene” in Jan KLABBERS – Anne PETERS – Geir ULFSTEIN (szerk.): *The constitutionalization of international law* (Oxford: Oxford University Press 2009) 8., 19.; Geir ULFSTEIN: „Institutions and competences” in Jan KLABBERS – Anne PETERS – Geir ULFSTEIN (szerk.): *The constitutionalization of international law* (Oxford: Oxford University Press 2009) 49.; Dieter GRIMM: „The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world” in Petra DOBNER – Martin LOUGHLIN (szerk.): *The twilight of constitutionalism?* (Oxford: Oxford University Press 2010) 5., 9.

hogy a döntőbíró mellette fog dönteni. Ha azonban a bíró nem találja meggyőzőnek a letett ajánlatot, a másik félnek adja át az ajánlattevés jogát, és ez így folytatódik egészen addig, amíg a bíró nem dönt.

Ha a jog továbbra is rendszerben jelenik meg, akkor megmaradhat a pozitív jog szemléleti keretei között, még ha egy rendszerből több lesz is. Az a probléma azonban fennmarad, hogy egymással konkuráló jogrendszerek esetében nem biztosítható a jog kategorikus ellentmondás-mentessége, ami pedig a pozitív jog felfogásából adódó követelmény. A jogrendszerek inflációja még akkor is leértékeli a pozitív jogot jelentőségében, ha egyébként zárt jogrendszerek létezése elismerhető.

Egy második (vagy többedik) jogrendszer létrejöttének víziója mellett a tételes jog strukturális válságára adható másik reakció az, hogy a képviselői demokrácia rendszerében nem legitimált új szereplőt vélünk felismerni hatalmi tényezőként, ti. a többszöröződést generáló szakértői köröket, amelyek csorbíthatják a parlamenti többség választásokon elnyert hatalmát. Ez a bírói hatalom túltengése, amit jurisztokrácia névvel is szoktak illetni.⁵⁸ A szaktudás erősebb hatalomnak bizonyul a választott politikai hatalomnál, vagyis szaktudás és politika konfliktusában alkalmanként előbbi bizonyul életképesebbnek. A protestantizmus, a racionalista filozófia és a felvilágosodás évszázadai alatt a szaktudás leválk a hitről, most már pedig a politikáról is, és mandarin-típusú hatalom jöhet létre a monopolizált szaktudás bázisán.

Az alkotmányosodás és a jogiasodás feltárása és elismerése anarchiába dönti a hagyományos jogrendet, persze csak pozitivista nézőpontból. Mivel a természetes jog felfogásában nem kezdi ki a jogrendszert az, hogy megjelennek különféle jogon kívüli elemek, ezeknek a joggal való együttélése vagy a jogba való beépülése nem okoz semmiféle megrázkódtatást a jogelméletben. Így nincs is arra szükség, hogy a válságjelek szaporodásával kvázi-jog megjelenését feltételezzük vagy a voltaképeni jog utáztatainak megjelenésére következtessünk.

Egy szigorú pozitivista felfogásban az emberi jogok inkább a morál, mintsem a jog birodalmába tartoznak. E nézőpontból voltaképpen nem probléma az alkotmányosodás vagy jogiasodás sem, mert e fejlemények egyszerűen nem tekintendők jognak a szó szűkebb értelmében véve, és ezért nincs is olyan készlet, hogy ezeket duplikátumként vagy szuper-jogként be kellene építeni a jogfelfogásba. Ugyanigy kirekesztendők a jogból az elvek, mivel nem illeszthetők be egy szabályközpontú rendbe. Az Európai Unióban kifejlődött jogi perfekcionizmus, a nemzetköziesedett emberi jogi bíraskodás (EU Bírósága, Emberi Jogok Európai Bírósága, az ENSZ Nemzetközi Bírósága) vagy az OECD jövedelemadózási modellegezmenyének kommentárja köré épített egyezményi és értelmezési háló – bár a valóság kemény tényei – a merev normativizmusnak egy egészen Visinszkijig visszamenő szigorú jogi szemüvegén át nézve láthatatlanok.

⁵⁸ James ALLAN: „The activist judge – Vanity of vanities” in Luís Pereira COUTINHO – Massimo LA TORRE – Steven D. SMITH (eds): *Judicial activism; An interdisciplinary approach to the American and European experiences* (Cham: Springer International Publishing 2015.) 77. Waltman pamfletjében élesen szembeszáll a bírói aktivizmussal. Lásd különösen: Jerold WALTMAN *Principled judicial restraint; A case against activism* (New York: Palgrave Macmillan 2015) 102–104.

Andrej Visinszkij szerint a jog olyan magatartási szabályok rendszere, amelyek az uralkodó osztály akaratából fakadnak, és amelyeket állami kényszer biztosít.⁵⁹ E felfogásban tehát a jogfogalom elemei a normativitás és akaratkifejezés, a rendszerszerűség, az ideologikusság és az állami kényszer. A társadalmi meghatározottság e felfogásban is jelen van, ugyanakkor azonban egyoldalúan a tételes jog hangsúlyozódik, és ezért ez esetben nagyon szigorú jogi pozitívizmushoz jutunk.

A jogi normativizmus szigorúságát oldja az, ha a jogra nem csupán a szabály, hanem a társadalmi környezet és a kultúra felől tekintünk. A merev normaközpon-túság alternatívája egy olyan jog szemlélete, amely alkotmányjogiasított, globalizált, és plurális értékrendbe illeszkedő. Ekkor pedig a klasszikus jogpozitívizmus ún. jogi társadalompozitívizmusban olvadhat fel, bár egy ilyen folyamat nyilvánvalóan kikezdi a jogbiztonságot, sőt, a jog érvényességével szemben is komoly kihívásokat támaszt.⁶⁰

A jogiasodás következtében a nemzetállamtól független szereplők kapnak jogalakítási lehetőséget a puha jog formájában. E fejlemények valóban a tételes jog ellenében hatnak, de azáltal, hogy szembeállíthatók a nemzetállammal, a jognak a politikával szembeni önmozgását erősítik meg. A jog hatalmának növekedése együtt jár a politika hatalmának korlátozásával, bár e folyamat nem mondható demokratikusnak. Az Európai Unióban végbemenő jogi perfekcionizmus kapcsán például gyakran fogalmazódik meg az a bírálathoz, hogy az uniós jog demokrácia- és igazságosságdeficitben szenved.

A pozitív jog válsága az alkotmányos demokrácia válságának a terméke, amivel azonban – tetszik, nem teszük – együtt kell élnünk. Amikor a nemzetállami parlament választott politikai többsége elszántan fellép e jogiasodási és globalizációs tendenciákkal szemben, annak az eredménye rendszeresen e többség zsarnoksága, a bírói függetlenség megrendítése, és ezzel az állampolgárok alapjogainak aláásása. A jurisztokrácia és jogiasodás joggal bírálható az alkotmányos demokrácia értékei felől nézve, de ha a parlamenti többséget birtokló politika le akarja vetni magáról az alkotmányos demokrácia korlátait, és az ilyen többség által vezérelt nemzetállam vissza akarja szorítani a globális folyamatokat, akkor e törekvésnek nem a demokráciát építő, hanem azt romboló hatásával kell számolnunk.

A jog önmozgása és a jogtudatnak a globalizáció fényében való elmélyítése már nem csupán a nemzetállami jogi tételezéshez köthető, ennek következtében pedig a jogi pozitívizmus támasztát veszíti, és erodálódik. A nemzetállam által fenntartott jogrendszerben megtestesülő jogi pozitívizmus a globális világban ugyan meggyengül, de nem rendül meg, ezzel egyidejűleg pedig a jogi kultúrát hordozó folytonosság

⁵⁹ Jog: „the totality (a) of the rules of conduct, expressing the will of the dominant class, and (b) of customs and rules of community life sanctioned by state authority – their application being guaranteed by the compulsive force of the state in order to guard, secure, and develop social relationships and social orders advantageous and agreeable to the dominant class.” Szovjet jog: „the aggregate of the rules of conduct established in the forms of legislation by the authority of the toilers and expressive of their will.” – Andrei Y. VYSHINSKY: *The law of the Soviet state* (New York: Macmillan 1948) 51.

⁶⁰ VARGA Csaba: „A bírói döntéshozatal »fekete doboza« és a joguralom; Az európai egységesülés a globalizáció távlatában”; in VARGA Csaba: *Elméleti jogtudomány; Körkép, dilemmák, útkeresések* (Budapest: Pázmány Press 2017) 479.

tudata elmélyülhet. A „szerzőség teszi a jogot” („auctoritas facit legem”) Hobbestól származó tézise a nemzetállamtól eloldozódó jog esetében is fenntartható, miközben a „jog az igazságtól lesz” („veritas facit legem”) ellentézise elerőtlenedik, mert előbbi hordozója a globalizációban kiteljesedő helyes eljárás („due process”) jogtudata, utóbbié pedig az anyagi igazságosság produkálásának hiábavalóságában elgyengülő nemzetállam.⁶¹

A nyugati civilizációban, ahol az egyén a közösséggel szemben önállóan határozhatja meg magát, egy jogrendszer nagy önállóságra tesz szert. E fejlődési folyamatot elősegíti az, hogy egy ország szokásjoga magába foglalhatja az alkotmányos gyakorlat számára való elvvé válás lehetőségét. E tradíció egyaránt elhelyezhető a jogrendszer alján és tetején, amennyiben vagy a törvényi rendelkezések ernyője alatt létrejövő joggyakorlat lényegét fejezi ki, vagy pedig azokat a legmagasabb szintű előfeltevéseket, amelyeken a jogrendszer nyugszik, és amelyeken a törvények is alapulnak.

Jog keletkezése nemcsak tételes jogalkotással lehetséges. Ennél még fontosabb lehet az, hogy a korábban már feldolgozott, tudatosított tények és jogi minősítések kiterjedhetnek új helyzetekre, ami a jogfejlődésnek folytonosságot biztosít.⁶² Észlelve azt, hogy a jogi hagyomány magába épít jogon kívüli értékeket – például szokások vagy erkölcsi megfontolások joggá válnak –, a szigorú jogi pozitívizmust egy jóval nyitottabb természetes jogi felfogás válthatja fel.

Az autoriter állam szembemegy a jogi kultúrával, bár az előretörés korlátját képezi az, hogy egymást követő nemzedékek közösen jogi hagyományt hoznak létre. A jog ebből adódó folytonossága és egysége ugyan távol áll a demokratikus legitimitációtól, szerepe mégis nélkülözhetetlen az emberi méltóság és az állampolgári alapjogok védelmében. Az autoriter állam – mint Visinszkij jogfelfogásának a példája is mutatja – a tételes jogot emeli piedesztálra még akkor is, ha azt a hatósági gyakorlatban megszegik, a természetes jog viszont nem zárja ki az értékluralizmus lehetőségét.

⁶¹ Hobbes nevezetessé vált téziséét eredetileg azzal összefüggésben fogalmazta meg, hogy a jog értelmezése és alkalmazása nem a tudós magyarázat függvénye, hanem hatalmi kérdés. A jog szolgálhatja a társadalmi békét és helyessége racionálisan is lehet igazolható, de az, hogy mi jog, valójában a szuverentól függ: „In civitate constituta, Legum Naturae Interpretatio non a Doctoribus & Scriptoribus Moralis Philosophiae dependet, sed ab Autoritate Civitatis. Doctrinae quidem vera esse possunt; sed Autoritas non Veritas facit Legem.” – Thomas HOBBS: *Elementorum philosophiae, sectio tertia de civie* (Pariisi: 1651) 133; Thomas HOBBS: *Leviathan, sive de materia, forma, & potestate civitatis ecclesiasticae et civilis* (Amstelodami: 1668) Caput XXVI, De legibus civilibus 132–133.; „The interpretation of the laws of nature, in a commonwealth, dependeth not on the books of moral philosophy. [...] That which I have written in this treatise, concerning the moral virtues, and of their necessity, for the procuring, and maintaining peace, though it be evident truth, is not therefore presently law [...] For though it be naturally reasonable; yet it is by the sovereign power that it is law [...]” – Thomas HOBBS: *Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil* (Oxford – New York: Oxford University Press 1998) 183, Chapter 26, Para. 22.

⁶² Lon L. FULLER: *Legal fictions* (Stanford: Stanford University Press 1967) 63.

IV. TANULSÁGOK

A globális kapitalizmus nyilvánvalóvá teszi azt, hogy a határon átnyúló gazdasági tevékenységgel nem összeegyeztethető az, ha vannak egymástól elszigetelt nemzetállamok által fenntartott jogrendszerek. A pozitív jog kudarcából adódik a puha jog jelensége, amire lehet egyszerűen azt mondani, hogy az a „nem jog” világa. Lehetséges azonban olyan megközelítés is, hogy jog a nem jogászok által felfogott jog is, ami más szóval nem a pozitív, hanem a természetes jog. Itt olyan felfogáshoz jutunk, amelynek révén nem okozhat gondot a jogon kívüli elemek beemelése a jogfogalomba.

A nem jogászok által megközelített jog létjogosultsága abból adódik, hogy a társadalmi valóság maga is többféleképpen árnyalható. Lehetséges például egy arisztotelészi hagyományt követni, és akkor a tárgyi valóságot analizáló tudós elme a tapasztalattól jut el a fogalmi meghatározásokig. Lehetséges azonban olyan út is, amikor valaki az affektusok (érzelmek, indulatok) hatására jut el az értelemig, egy platóni hagyományt követve, aki költőiséggel telíti az értelmet a visszaemlékezés (ἀνάμνησις – anamnészisz) folyamatában. A bennünket körülvevő világ nemcsak monologikus és statikus módon, egyjelentésű értékek révén ragadható meg, hanem a világ sarkai többféle pozícióból is kimozdíthatók.