
In memoriam Gáspárdy László

(1937–2006)

2006. március 25-én örökre elment közülünk az a nagy tudású, fanyar humorú, udvariasságban megelőzhetetlen egyetemi oktató, kolléga és barát, aki a Miskolci Egyetem Állam-és Jogtudományi Karának emblemikus alakja volt évtizedeken keresztül. Legutóbbi találkozásunkkor még májusi olaszországi tanulmányútját tervezgette, és a várva várt itt-tartózkodást áprilisban Miskolcon, szeretett városában, melynek polgáraként távozott közülünk. Váratlan halálhíre mélyen megrázott valamennyiünket, akik nemcsak egy nemzetközi hírű tudóst veszítettünk el személyében, aki oly sokat tett a Miskolci Egyetem Állam-és Jogtudományi Kar hírnevének öregbítése érdekében, hanem egy önzetlen, segítőkész, életvidám személyiséget is, aki élete utolsó hónapjaiban is volt kollégáinak előmenetelén, és annak a Karnak az akkreditációján fáradozott, melynek professzoraként vonult nyugdíjba 2003-ban.

A Miskolci Jogi Szemle folyóirat Szerkesztőbizottságának tagjaként büszkeség tölti el szívemet, hogy „A bíróságok alkotmányi szabályozása – de iure condendo” c. – valószínűleg - utolsó tanulmányát a most induló miskolci egyetemi folyóiratnak ajánlotta, hogy utolsó kéziratát mi gondozhattuk és jelentethetjük meg a folyóirat beköszönő számában.

Dr. Wopera Zsuzsa

TANULMÁNY

A bíróságok alkotmányi szabályozása

– *de iure condendo*

Gáspárdy László[†]

1. Előzetes megfontolások. Az alkotmányok – megalkotóik szándéka szerint – *sub specie aeternitatis* születnek meg. Történelmi tapasztalatból tudjuk azonban, hogy a becsvágyó monarchák, vagy az alkotmányozó polgárok művei fölött viszonylag hamar eljár az idő. Egészen kivételes eset, amikor valamely alaptörvény szándékoltan átmenetiként jön létre. Ez történt Magyarországon 1989-ben a rendszerváltás közjogi előkészítésekor, nem várva hazánk új Alkotmányának elfogadásáig. Erre, mint tudjuk, a mai napig nem került sor, mégpedig egy meglehetősen közkeletű, sommás és nem teljesen megalapozott vélekedés szerint a politikai osztály megosztottsága miatt. Kérdés azonban, vajon a jog- és államtudomány művelői megtettek-e mindent annak érdekében, hogy megtörténjék alaptörvényünk teljes terjedelmű kritikus átvilágítása és egy új alkotmány terveinek, tervezeteinek a bemutatása, amely valódi döntési helyzetet teremt az Országgyűlés számára.

Az itt következő tanulmány az alaptörvénynek „A bírói szervezet”-ről szóló X. fejezetére összpontosít, gondolatait eköré csoportosítja, ily módon vállalva csekély, de nem elhanyagolható hányadot a részben még megoldandó feladatokból. A szerzőnek a jelen tanulmányban összefoglalt bíráló megjegyzései és *de lege ferenda* javaslatai több mint két évtizedes szakértői tevékenység eredményei. 1984-ben az Igazságügyi Minisztérium felkérésére írta „Az Alkotmány és a polgári per kapcsolatrendszere Magyarországon” című műhelytanulmányát, majd ugyanabban az évben „Alkotmányvédelem a polgári perben” címmel publikált a Jogpolitika októberi számában. Úgyszintén az Igazságügyi Minisztérium számára készült 1986-ban „Az igazságszolgáltatás alkotmányos vonatkozásai” című írása, melyet a következő évben „Alkotmány és polgári per” címmel a miskolci Publicationes sorozatban közzétett dolgozata követett¹. Az Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézetével kötött kutatási szerződés teljesítéseképpen jött létre 1987-ben „Igazságszolgáltatás és demokrácia” című munkája, majd 1990-ben Keszthelyen egy nemzetközi fórumon,

[†] Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Polgári Eljárásjogi Tanszék, *Professor emeritus*.

¹ Gáspárdy László: Alkotmány és polgári per, in: Publicationes Universitatis Miskolciensis. Sectio Juridica et Politica, Tomus III. Miskolc, Miskolci Egyetemi Kiadó, 1987.

a rákövetkező esztendőben az athéni, a groningeni és a regensburgi egyetemen tartott német nyelvű előadásokat a jogállamhoz vezető utunkról. Ismét az ÁJTI megbízásából készült egy további értekezése „A polgári igazságszolgáltatás alkotmányi kérdései” címmel 1994-ben. Ugyanerről a témáról tartott 1995-ben Miskolcon előadást, a következő esztendőben pedig szakvéleményt írt az új Alkotmány szabályozási elveiről az Alkotmány-előkészítő Bizottság számára. 1998-ban hangzott el Rómában „La Costituzione ungherese” című olasz nyelvű előadása, németül pedig 2000-ben tartott Olomouc-ban előadást „Verfassung und Zivilverfahrensrecht im Rechtsstaat Ungarn” címmel. A tárgykörben legutoljára 2002-ben publikált az „Einheit und Vielfalt des Rechts” című kötetben² „Verfassungsmässige Ordnung des Zivilverfahrensrechts im Rechtsstaat Ungarn” címmel.

A továbbgondolkodás számára döntő segítséget jelentett a „Nemzeti Alkotmányok az Európai Unióban” című, a Közgazdasági és Jogi Könyvkiadónál Budapesten 2005-ben megjelent kötet, melyet Trócsányi László és Badó Attila szerkesztett. Eddigi elemzései és az említett huszonöt alaptörvény áttanulmányozása arról győzték meg a szerzőt, hogy a vizsgált területen számos ponton, de nem koncepcionális jellegű fejlesztésre van szükség.

A huszonnégy tagállam alaptörvényeiből levonható egyik, látszólag formális, következtetés az, hogy a magyar Alkotmánynak a bíróságokkal foglalkozó fejezete a majd összesen négy paragrafusával mélyen a nemzetközi standard alatt található. Átlagkörűlinek az észt Alkotmány mondható, amelynek nyolc cikkelye foglalkozik az igazságszolgáltatással, vagy az osztrák Alkotmány, amely tizenkettő, illetve a belga, amely tizenöt cikkelyt szentel a bíráskodásnak. (A francia Alkotmány megelégedett e tárgyban három cikkellyel.) Az összehasonlítás eredménye arra bátoríthat, hogy alaptörvényünk X. fejezetének tartalma bővíthető, a szabályozás részletesebb is lehet. A jelen értekezés néhány javaslata ennek az igazodási motívumnak a jegyében is született. Másfelől viszont lehetőség szerint mellőzni indokolt a merőben leíró, deklaratív elemeket, hogy helyet adjanak a valódi normatív tartalmat hordozó tételeknek. Vannak olyan szabályozási tárgyak, amelyek nem tekinthetők *par excellence* bíróságiaknak, viszont ezekhez a komplex szabályozási tárgyakhoz a bíróságok, illetve a bírák is kapcsolódnak, így egységes kezelésük célszerű. (Pl. a közszolgálati pragmatika alapjainak az esetében.) Helyes törekvésnek ismertük fel, ha a törvényi szintű szabályozás néhány általánosítható elvét az Alkotmány sáncai mögé emelendőnek tekintjük, hiszen (pl. az Országos Igazságszolgáltatási Tanács esetében) a törvény mintegy túllépett az alaptörvényen, s a feladat ennek a lépéshiánynak a feldolgozása. Arra is rá kell mutatni, hogy a X. fejezetben olvasható őszintétlen főszabály a kollegiális ítélezésről (46. § (1) bekezdés) is az átigazítandó szabályok listájára került, mint részben azok a delegáló szabályok is, amelyek fantáziátlanul adnak szabad kezet a törvényhozónak az átruházott hatalom gyakorlására nézve. Végül felszínre hozzuk azt az igényt, hogy – részben a fentiekkel is összefüggésben – az alkotmány szerzője magában az alaptörvényben tegye erősebbé, fokozza annak jogi erejét.

² Gáspárdy László: Verfassungsmässige Ordnung des Zivilverfahrensrechts im Rechtsstaat Ungarn, in: Einheit und Vielfalt des Rechts, München, Verlag C. H. Beck, 2002, 183. o.

2. A bíróságok szervezete. Alkotmányunknak a bíróságokkal foglalkozó X. fejezetéből a leggyorsabban a szerencsésnek nem mondható címadás vonja magára figyelmünket. „A bírói szervezet” elnevezés logikai fogyatékosága, hogy egy több ezres tagságú szervezetet egyfősként láttat, ez az elnevezés ugyanakkor elűt az Alkotmányban szokásos megjelöléstől, amely a közjogi szervezeteket jelzős szerkezet nélkül definiálja. Az Európai Unióban a címadásnak – nem kivételek nélkül – két típusa alakult ki. Az egyik névadó szokás szerint a kérdéses fejezet címe „A bírói hatalom”. (Belga, cseh, francia, görög, spanyol, szlovák alkotmány.) A másik típusba azok az alaptörvények sorolhatók, amelyekben a fejezetcím „A bíróságok”. (Pl. mindhárom balti országban.) Az alkotmányoktól elvárt tömörség és a magyar Alkotmánynak általánosan követett névadása miatt ezt a fejezetcímet részesítené előnyben e sorok írója.

A bíróságok szervezetével (is) foglalkozó alaptörvényi fejezetnek a stabil törzsanyagaihoz tartoznak: a bírósági rendszer felépítése, továbbá a bírói jogállás szabályozása, nemkülönben a bírósági öngazgatás csúcsszervére vonatkozó normák. Általánosságban megfigyelhető, hogy a bíróságok működésével kapcsolatos normaállományhoz képest a szervezeti oldal szabályozása szokott a túlsúlyos lenni. Alaptörvényünkben a bíróságok típusainak kimerítő felsorolása révén azok az állami szervek jelennek meg, amelyek az igazságszolgáltatásra szakosodtak. Igazságszolgáltatáson az állami bíróságok jogvita-eldöntő tevékenységét érthetjük, ámde jogvitákat nem-állami bíróságok is eldöntenek. Ezekről az ún. extrajudiciális szervekről ritkán esik szó az uniós alkotmányokban. Az ír Alkotmány 37. cikk (1) bekezdése azonban a büntetőügyek kivételével a „bírói természetű” hatáskörök és feladatok korlátozásának átengedését törvényre ruházza. Lényegében ugyanezt mondja ki Luxemburg Nagyhercegség Alkotmánya is, a polgári jogi tárgyú jogvitákat az állam bíróságainak kizárólagos hatáskörébe utalva (84. és 86. cikk.). A portugál Alkotmány 202. cikkelyének 4. pontja, illetve 209. cikkelyének 2. pontja a bírósághoz képest alternatívát jelentő fórumok, így választottbíróóságok létesítését engedélyezi. Svédországban „A Kormányzás szerkezete” című alkotmánytörvény tizenegyedik fejezetének 3. cikkelye hatalmazza fel a törvényhozást, hogy extrajudiciális szervnek jogvitát eldöntő hatalmat biztosítson. Figyelmünket vonhatja magára az Alapjogi Charta III-269. cikke (2) bekezdésének g) pontja, amely az uniós országok figyelmébe ajánlja az alternatív módszerek kidolgozását a jogviták rendezésére. Ilyen körülmények között legalábbis megfontolásra ajánljuk a következő szövegjavaslatunkat: „Közvérdra üldözendő bűncselekmény kivételével a törvény egyes jogviták eldöntését bíróságon kívüli szervnek, illetve személynek engedheti meg. Az érdemi határozat bírósági felülvizsgálatát a törvény nem zárhatja ki.”

Az előzmények (1972) ismeretében, tekintettel az Alkotmány külön bíróságok létesítését engedélyező szabályára (45. § (2) bekezdés), nem dönthető el könnyen, hogy a munkaügyi bíróságok megtartották-e különbíróági jellegüket, hiszen az általános hatáskörű bíróságokkal osztatlan felsorolásban szerepelnek. Ugy gondoljuk, hogy az Alkotmányban adott felsorolás – a különbség megnevezése nélkül – mind az általános, mind a különös hatáskörű bíróságokat felsorolja. A „különbíróság” elnevezés, amely a „*Sondergericht*” tükörfordítása, baljós reminiscenciákat ébreszthet, s így mellőzendő. (Az igazi különbíróóságok létesítését az alkotmányok egész

sora, így pl. a finn és a német alaptörvények is tartalmazzák.) Helyesebbnek látszik az a portugál megoldás, amely szerint szakosított bíróságok, illetve kizárólagos hatáskörű bíróságok is létrehozhatók (211. cikk. 2. pont). Egyébiránt ezek szaporítása, amelyre az Alkotmány korlátozó feltétel nélkül ad engedélyt, amiatt nem helyeselhető, mert az elkülönült bíróságok és az általános hatáskörű bíróságok között egyébként elkerülhető hatásköri összeütközések jöhetnek létre, sőt - ha az alkalmazandó anyagi jog részben vagy egészben azonos - a jogértelmezés és jogalkalmazás eltérő útjai alakulhatnak ki. Az értelmezési divergencia kockázatát a többé-kevésbé egységes perjog is létrehívja.

Fölöslegesnek tűnik az Alkotmány 50. § (2) bekezdése, jelenlegi megszövegezése szerint egészen bizonyosan. A közigazgatási bíráskodás léte ugyanis a bírósághoz fordulás általános jogának következménye egy adott részterületen. A közigazgatási per indításának feltételét törvényeink az alaptörvényhez képest szűkítőleg, de reálisan szabályozzák. A szóban forgó rendelkezés iránt a rendszerváltás közjogi megalapozásának évében politikai okból mutatkozott meg indokolt igény, de ez mára már elveszítette normaképző erejét.

A bírák jogállásával kapcsolatban – nemzetközi összehasonlításban is – az alaptörvényi szabályozás törzanyagához tartozik a funkcióba beiktató szerv kiléte, az elmozdíthatatlanság és általában a bírói karrier, végül az összeférhetetlenség. A bírói funkció elnyerésének általánosan elfogadott jogcíme a kinevezés, amelyet rendszerint az államfő gyakorol, kifejezésre juttatván e hatásköri megoldással az alkotmány a kinevező pártatlanságát egyfelől, másfelől a bírói funkció rangját, méltóságát. Olaszországban, ahol az államfő egyben az Igazságügyi Kar Főtanácsának elnöke, a kinevezés mintegy az igazságügyi kar önkormányzati csúcsszervétől származik. A bírák sokat emlegetett elmozdíthatatlanságáról akár a magyar törvényeket, akár az uniós alkotmányokat olvasva kiderül, hogy ezen elv korlátai csaknem olyan mértékben kiterjedtek, mint bármely munkavállalói kategória esetében, így deklarálása némileg őszintétlen, s így felesleges. Nem tartható azonban fölöslegesnek a bírák jogállására vonatkozó szabályozás összhangba hozatala az egész közszolgálati szférával és a közös szabályozás alapjainak alkotmányjogi rögzítése. (Ld. a 4. pontban.) A lengyel Alkotmány 180. cikk. (5) bekezdéséből nyert tanulság, mely szerint az átszervezés vagy területváltozás miatt szükségessé vált áthelyezés esetén az új munkabér nem lehet alacsonyabb a korábbinál, általános tétel rangjára emelendő.

Minthogy az ülnökök jogai és kötelezettségei a bírósági eljárásokban a hivatásos bírákéival azonosak, jogállásuk lényegi azonosságát fejeznék ki az a rendelkezés, amelynek értelmében az ülnököket is a Köztársasági elnök nevezné ki.

Akár a külföldi alkotmányozási gyakorlatot, akár a magyar Alkotmány belső tagoltságát, felépítését is nézzük, az állapítható meg, hogy az Országos Igazságszolgáltatási Tanács (OIT) szabályozása túlságosan rövid. (A név második tagját alkotó két szót kötőjellel kell elválasztani.) Formai ellenvetéseinknél természetesen lényegesebbek az érdemi ellenvetések. A bíróságok szervezetéről és igazgatásáról szóló 1997. évi LXVI. törvény IV. fejezete az OIT-ről nemcsak részletes, de az alkotmánytól némileg eltérő képet nyújt. A szóban forgó testület jogköre és feladatai máris messze túlmutatnak a bíróságok igazgatásán, mert – egyebek mellett – a költség-

vetési és a zárszámadási törvényjavaslatnak a bírósági fejezetre vonatkozó részét maga alkotja meg a Kormányra nézve kötelező javaslatként, továbbá a bíróságok feladatkörét érintő jogszabály alkotását kezdeményezheti. A hivatkozott és más feladatkörök az Alkotmány szövegében akként jelenhetnének meg, hogy „Az Országos Igazság-szolgáltatási Tanács a bírói kar önkormányzatának független testülete, amelynek létrehozását és működését törvény szabályozza.” Létrehozásának jelenlegi rendjét illetően szükségtelennek látszik, több okból, az elektori rendszer. A közvetett szavazást technikai szempont nem indokolja. Visszás, hogy az elektorok maguk is, sőt csakis ők, possibiliis OIT-tagok. Nincsen elvi magyarázat arra, hogy milyen megfontolás szerint osztja el az elektori helyeket a törvény a bírósági szervezet különféle fokozatai között. A választás demokratizmusa közvetlen és „súlyozástól” mentes választást indokolna, hiszen igazat adhatunk az olasz Alkotmánynak, amely szerint „a bírakat csak feladataik alapján lehet megkülönböztetni” (107. cikk. (3) bekezdés). Az általános, egyéni, titkos és közvetlen választás elvét az Alkotmány mondhatná ki a 71. § (1) bekezdésével összhangban. Fonákul hat, hogy a bírói kar legfőbb önkormányzó testületében maguk a bírák 60%-os képvisellettal rendelkeznek csupán. Azok a személyek, akiket a fentebb hivatkozott törvény 35. § (1) bekezdése felsorol, olyan kívülállók, akiknek állandó vagy eseti, de kötelező meghívása garantálná tanácskozási jogukat.

Az a tény, hogy az OIT elnöke a Legfelsőbb Bíróság elnöke, munkaszervezési szempontból nem szerencsés, őt magát pedig kivonja a bírósági elnökök igazgatási tevékenységének irányítása és ellenőrzése alól, melyet egyébként az OIT végez. Avégett, hogy a bírói kar ne különüljön el teljesen egyéb alkotmányjogi személyektől, illetve testületektől, az a megoldás javasolható, hogy az OIT elnöke a köztársasági elnök legyen. (E megoldás nem lenne példa nélküli az európai gyakorlatban.) Ott, ahol az államfő a megfelelő testület elnöke, ez a funkció érdeminek alig, inkább protokollárisnak nevezhető. Ezért szükség mutatkozik egy alelnök iránt (mint Olaszországban), aki a rendszeresen távollévő elnök jogállását birtokolva biztosítaná az ügyek folyamatos vitelét, az érdemi irányítást. Az említett olasz modellől eltérően azonban – ahol a parlamenti erőviszonyok szerint választanak alelnököt a képviselők – maga az OIT választhatná meg tagjai sorából az alelnököt, vagyis egy bírót, mert a bírák önkormányzatának ténylegesen első emberét csak maga az érintett és érdekelt kar adhatja.

3. A bíróságok működése. A bíróságok működésének is, mint minden szervezet működésének, két oldala van: egy belső és egy külső. Az előbbi a szervezet önmozgása, ami a bíróságok esetében az Országos Igazság-szolgáltatási Tanács és az egyéb „bírói önkormányzati szervek” működésének alkotmányi leírásában játszik szerepet. E sorok írója azonban az alábbiakban a bírósági működés külső, szolgálati (vagy szolgáltatói) rendeltetését betöltő oldalát kívánja elemezni *de lege ferenda*. Hatályos Alkotmányunk a bíróságok működésének külső oldalát a X. fejezetben az 50. § (1) és (2) bekezdésére korlátozza, egyhatodnyi szövegét szánuva e szerkezeti egységnek. Az a mondat, amelyben az alkotmányozó a bírósági ténykedés lényegét ábrázolja, megállja a helyét, de doktriner meghatározás, olyan deklaráció, amely-

ből a normatív tartalom teljességgel hiányzik, s így fenntartása nem mutatkozik szükségesnek.

A bíróságok működésével összefüggő, alkotmányi szabályozást igénylő kérdések, egyik, az összességhez viszonyítva kisebbik része egyedül a büntető bírósággal függ össze. Ezekkel a jelen dolgozat nem foglalkozik. Az alaptörvényi kérdések többsége mind a büntető, mind a polgári eljárást, sőt egyesek a hivatalos jogalkalmazás egész horizontját érintik. Lehetnek olyan alapjogok, amelyek egyedül a polgári bírászkodást érintik. Végül – előjáróban – azt a munkahipotézist vázoljuk, mely szerint a hivatalos jogalkalmazói eljárásokkal kapcsolatba kerülő személyeknek lehetnek az általánosíthatóság magas szintjén megjeleníthető kötelezettségei is. Azokkal a kérdésekkel, amelyek túlmutatnak a bírósági működés keretein, mint a joguralom, illetve az *abusus* tilalma, továbbá a jogalanyok egyenlőségének és a közszolgálati feladatok vállalásának mint alanyi jognak a kérdésével e dolgozat 4. pontjában foglalkozunk.

Működésük során a bíróságok, ha a felek nézőpontjából nézzük, elsősorban különféle alapjogok reciprokjaként, mint kötelezettségek hordozói tűnnek fel. A feleknek és a bírósági eljárásokban résztvevő más személyeknek ezen jogait az Európai Unió országainak alaptörvényei rendszerint nem a bíróságokkal foglalkozó szerkezeti egység keretei között, hanem az alapvető jogok sorában fogalmazzák meg. Vannak azonban példák arra is, hogy a bíróságokkal kapcsolatban rögzít valamely alkotmány olyan alapjogot [aminek a bíróság kötelezettsége felel meg], amely az igazság-szolgáltatással kapcsolatos. Így az osztrák Alkotmány 87. cikk (3) bekezdése lényegében a *juge nature* tételét az „Igazságszolgáltatás” címet viseli részben, a belga Alkotmány 149. cikkelye „A bírói hatalom” cím alatt az ítéletek indokolásának és nyilvános kihirdetésének tételét mondja ki. A görög Alkotmány is a 93. cikk (3) bekezdésében lényegében a belga szabályozással egyezően foglalt állást, ugyanitt kimondja azt is, hogy a bíró különvéleményének „közzététele” kötelező. Valóban, vannak olyan alapvető jogok és bírósági kötelezettségek, amelyeknek elhelyezése helyesebb a bírósági fejezetben. Ezeket a helyzeteket ugyanis az a közös mozzanat foglalja egységbe, hogy azokra a már folyó bírósági működés során kerül sor, azok a bíróság akaratából realizálódnak. A vázolt nemzetközi tapasztalatok szerint ezek a szituációk a következők: a tárgyalás nyilvánossága vagy zártsága felől való döntés; az ítélethirdetés nyilvánossága zárt tárgyalás esetén; az indokolási kötelezettség; a bírói különvélemény; de a kör bővíthető.

A polgári és a büntetőeljárásra, a közigazgatási szervek hatósági eljárásaira, nemkülönben a választottbíróság előtti eljárásra vonatkozó jogszabályok többé-kevésbé közös vagy hasonló törzsanyagából lehetséges ugyanis megkonstruálni egy olyan, akár alkotmányi rangra helyezhető általános kötelezettséget, melynek az „együttműködési kötelezettség” nevet adhatjuk. Az említett törzsanyag a költségekkel való takarékoság, az eljárások ésszerű időn belül történő befejezése, továbbá a megalapozott és jogszerű döntés érdekében tartalmazza a jogalkalmazó szervvel és – szűkebb körben – az eljárás más résztvevőivel való együttműködés kötelezettségét. Ennek összegzése az alkotmányban talán erkölcsi okból sem ellenjavallt, mert becikkelyezése révén szűkül az alkotmányi jogok és köteleességek között meglévő aránytalanság, s egy ilyen tétel bizonyára jótékonyan hívja fel a fi-

gyelmet arra az evidenciára, hogy – akárcsak *Goethe* szerint a saját művei egy kollektivitás alkotásai – a jogalkalmazói eljárások (főleg a bírósági eljárások) eredményei is – a véghatározatok – egy eseti kollektíva ténykedései révén jönnek létre. Szövegjavaslatunk az alábbi: „Avégett, hogy a jogalkalmazási eljárások felesleges költségektől mentesen, ésszerű időn belül megalapozott és jogszerű határozattal fejeződjenek be, az azokban résztvevők a jogalkalmazó szervvel és – eljárási helyzetük, az ügy jellege és állása szerint, a jogalkalmazó szerv irányításához mérten – egymással együttműködni tartoznak. A költségek felesleges okozása kivételével nem vonatkozik ez a kötelezettsége arra, akit (amelyet) bűncselekmény vagy szabálysértés elkövetésével gyanúsítanak.”

Ami a tárgyalás nyilvánosságához fűződő jogot illeti, Alkotmányunk 57. § (1) bekezdése némileg fiktív, minthogy a kivételek felől hallgat. A kivételeket az Egyesült Nemzetek Közgyűlése XXI. ülészakán elfogadott Egyezségokmány tartalmazza, melyet az 1976. évi 8. törvényerejű rendelet hirdetett ki. Megjegyzendő, hogy a 14. cikk 1. pontjának 2. mondatával, amely a zárt tárgyalás eseteit tartalmazza, a Polgári perrendtartás 5. § (2) bekezdése nincs összhangban, a személyállapoti perekben alkalmazandó 284. § (1) bekezdése pedig kifejezetten ellentétes a New York-i egyezménnyel. Mindebből az Alkotmányra csupán annyi tartozik, hogy mondja ki: „A zárt tárgyalás elrendelésének feltételeit és módját törvény határozza meg.” Azt a belga megoldást viszont, amely szerint bizonyos pertípusokban – ítélőtanács elbírálást feltételezve – a tárgyalás zártságát csak egyhangú szavazási eredmény esetén szabad kimondani, marginalitása miatt súlytalannak és túlhajtottnak is érezzük (148. cikk.). Ha igazán komolyan vesszük a tárgyalás nyilvánosságához való jogot, akkor természetesen a megsértésének következményeit is végig kell gondolni. A polgári ügyek körében már az 1911: I. tcz. 504. §-a és 542. §-a a fellebbezés, illetve a felülvizsgálat körében *gravamen*-nek tekintette azt az esetet, „ha az eljárás nyilvánosságára vonatkozó szabályok meg voltak sértve”. A Pp. 252. § (2) bekezdése alapján ugyanezt ma is felpanaszolhatja az, akinek fellebbezési joga van. Nincs azonban jelenleg megoldás törvénytárunkban annak a személynek a javára, akit a bíróság jogellenes végzésével akadályozott meg abban, hogy jogát a tárgyaláson hallgatóként való megjelenéssel gyakorolhassa. Az elégtételre új Alkotmányunk azzal utalhatna, hogy a rendezés konkrétan törvényre tartozik. (Bizonyára a tárgyalási jegyzőkönyv bemutatásának lehetővé tételével a melőzött személy számára.)

Mind a nemzetközi közjogi források, mind a belső jog (Pp. 5. § (3) bekezdés) a zárt tárgyaláson hozott döntések nyilvános kihirdetését teszik kötelezővé. A törvényerejű rendeletben használt „ítélet” szó azonban hibás fordítás eredménye, mert az ítélet indokolásának nyilvánosságra hozásával megghiúsulna a titok vagy a zárt tárgyalás elrendelését indokló más ok védelme. Helyesen tehát a rendelkező részről van szó. Ez az, amelynek nyilvánosságát az új Alkotmánynak ki kellene mondania.

Figyelemre méltó a belga Alkotmány 149. cikkében foglalt szabály, amely az ítéletek megindokolásának általános kötelezettségét írja elő. Egy ilyen norma beillesztése a magyar Alkotmányba a polgári ügyek körében tarthatatlanná tenné a „mulasztási ítélet”, azaz a bírósági meghagyás esetére előírányzott szabályt, amely sze-

rint e határozatot – a mulasztás tényének megállapításán kívül – indokolni nem kell (Pp. 136. § (3) bekezdés). Úgy véljük ezzel szemben, hogy a görög Alkotmány 93. cikk (3) bekezdésének előírása, amely a bírói különvélemény kötelező közzétételét (valószínűleg a periratokhoz csatolását) rendeli, szélsőségesen ritka előfordulása miatt a magyar tapasztalatok szerint nem üti meg az alaptörvényi szintű összegezhetségség mértékét, és a kollegialitás erőzóját serkentheti.

4. Közösen szabályozható tárgyak. A bíróságokkal, ezek személyzetével és az azokkal kapcsolatba kerülő személyekkel összefüggésben felismerhetők olyan, alkotmányi szabályozást igénylő tárgyak, amelyek nem tekinthetők specifikusnak, hanem olyan általános, közös sajátosságokkal rendelkeznek, amelyek egységes megítélést kívánnak. Ilyen, az igazság-szolgáltatás kérdésén túlmutató, de azokkal szoros egységet alkotó problémák a bírák alárendeltsége a törvénynek (Alk. 50. § (3) bekezdés), továbbá a közszolgálat és egyes alapjogok kérdése.

Kétségtelen, hogy a törvénynek való alárendeltség klasszikus formulája több vonatkozásban is szűknek mondható. A bírák ugyanis nemcsak a törvénynek, hanem minden jogszabálynak alá vannak rendelve. Maga az Alkotmány mondja ki, hogy a jogegységi határozatok a bíróságokra kötelezőek (47. § (2) bekezdés), sőt – ha érvényre jut azon felfogás, mely szerint e határozatok kötelező erejét *erga omnes* kellene elismerni – a jövőben akár közkötelező jellegűek lehetnek. A bíróságok azonban nemcsak a nemzeti jogot, hanem a nemzetközi közjogot is alkalmazzák. Alaptörvényünk 7. § (1) bekezdése szerint „A Magyar Köztársaság jogrendszerre elfogadja a nemzetközi jog általánosan elismert szabályait, biztosítja továbbá a nemzetközi jogi kötelezettségek és a belső jog összhangját.” Ez a kissé homályos norma, vagy inkább ígéret a mai realitások felől közelítve a kérdéshez, nem állja meg a helyét. Uniós alkotmányok, mint pl. a Cseh Köztársaság Alkotmányának 95. cikk (1) bekezdése vagy a szlovák alaptörvény 144. cikk. (1) bekezdése az adott állam által aláírt és kihirdetett nemzetközi szerződést a nemzeti bíró által alkalmazandó jogforrásnak tekinti. Magyarország számára is felmerül az uniós jogszabályok alkalmazásának kérdése, mint alkotmányilag szabályozandó tárgy. Ennek elismerése a legmagasabb jogforrási szinten ma már nem látszik megkerülhetőnek. A törvénynek való alárendeltség klasszikus formulája átadná helyét egy olyan szabálynak, amelynek címzettjei nem egyedül a bírák, hanem mindenki, aki a bíróságon közhatalmat gyakorol, és ez a kör – mint tudjuk – a delegálás révén egyre inkább tágul. Ezért helyesebb, nem a bírák, hanem a *bíróságok* tevékenységét meghatározó normáknak való alárendeltségről beszélnünk. („A bíróságok az európai uniós és a nemzeti jogszabályoknak, a Magyar Köztársaság által aláírt és kihirdetett nemzetközi szerződéseknek és a jogegységi határozatoknak vannak alárendelve.”)

Bár az alkotmányozási gyakorlatban általánosnak mondható, hogy a jogi normáknak való alárendeltséget az alaptörvények az igazságszolgáltatás működéséhez, illetve a bírák eljárásához kötik, egy jogállamban az imént felsorolt normák teljes együttese irányadó kell legyen a társadalom minden egyes tagjára és szervezetére nézve. Erre tekintettel volt fentebb állítható, hogy a „törvénynek való alárendeltség” formulája nem egyedül az igazság-szolgáltatás sajátja. A fentebb felso-

rott négy norma-típusnak való alárendeltség szabályát tehát az Alkotmány 77. § (2) bekezdésében lehetne kimondani, mely esetben a X. fejezetben történő megemlí-tése akár feleslegessé is válhatna.

A közhatalmat gyakorló személyek jogállása alkotmányi szabályozásának kérdé-se is olyan probléma, amely a lényegét tekintve közösen oldható meg, és alkotmá-nyi rögzítést igényel, s érdemel. A közhatalmat gyakorló személyekkel szemben ál-talánosan támasztható követelmény a cselekvőképesség és a büntetlen előélet. A közérdek kárára veszélyt jelentő állapot létrehozása, illetve fenntartása tilos. Az említett személyi körhöz képest szűkebb a közszolgálati alkalmazottak köre. A köz-szolgálat ellátásának alapvető feltétele a magyar állampolgárság. (*Mutatis mutandis* ugyanúgy a svéd Alkotmány 9. cikk (3) bekezdése „A kormányzás szer-kezete” című alkotmánytörvényben.) Felmerül a többes állampolgárság kérdése is. Úgy gondoljuk, hogy az Alkotmánynak ezt nem lenne szabad megengednie, mert többes kötődésű emberekre a magyar közszolgálatban nincs szükség. (A történelmi félmúlt gyászos tapasztalataiból is a fenti eredmény látszik igazolhatónak.) Termé-szetes követelmény a közszolgálatban a típusonként eltérő szakmai jártasság: ezek szabályozása csak az alkotmányinál alacsonyabb jogforrási szinten oldható meg.

Érdekes módon alaptörvényünk hallgat az összeférhetetlenséget illetően, kivéve a párttagságot, míg az uniós alkotmányok egész sora – főleg a bírák tekintetében – valaminő szabályozást ad. Jellemző, hogy akár az összeférhetetlenségről általában, akár a párttagságról különösen essék is szó, e szabályozási tárgy elsősorban a volt szocialista országok sajátja. (Cseh Köztársaság Alkotmánya 82. cikk (3) bekezdés, Lengyel Köztársaság Alkotmánya 178. cikk (3) bekezdés, Litván Köztársaság Al-kozmánya 113. § (1) bekezdés, Szlovák Köztársaság Alkotmánya 54. cikk és 145/A cikk (1) bekezdés. Hasonlóképpen a spanyol Alkotmány 127. cikk (1) bekezdése.) A közszolgálati szférában jelentkező összeférhetetlenségi okok közül kiemelkedik a párttagság és a politikai tevékenység tilalmának kérdése. Alkotmányunk ezt mind a bírák, mind az ügyészek, mind az alkotmánybírák esetében tiltja (50. § (3) bekez-dés, 53. § (2) bekezdés, illetve 32/A. § (5) bekezdés). Az Európai Unióhoz utóbb csatlakozott volt szocialista országok szabályozása hasonló ehhez. E sorok írója úgy véli, hogy a bírák, de a közszolgálat személyzetének bármely más tagja is, felnőtt emberek, tanult, érett személyek, akik egészen bizonyosan rendelkeznek politikai világnézettel. A politikai rokonszenv és ellenszenv azonban – főleg a bírói pályán – aligha törhet a felszínre, hiszen a bírósági ügyek között a politikai színezetű affér a legritkább eset. A párttagság ténye egyébként alig ellenőrizhető, így a párttagság-tól a bírákat, ügyészeket eltiltó alkotmányi előírás némileg álságos, ugyanakkor jól tükrözi a rendszerváltást előkészítő alkotmánymódosításban fellelhető aggodalmat. Mára azonban úgy vélhető, hogy a merő párttagság a közszolgálat egész területén engedélyezhető, mert e diszkrimináció fenntartásának nyomós okai nincsenek. Más a helyzet a politikai tevékenységgel. E tevékenység egyrészt ellenőrizhető, más-részt nyílt színvallást, esetleg „pártütést” jelent az aktuális kurzussal szemben. Ez tehát olyan viselkedés, amelytől a pártsemleges állam indokoltan tilthatja el a köz-szolgálati apparátus alkalmazottait.

Bár nem politikai színezetű, de kapcsolódik az összeférhetetlenség problémájá-hoz a bírák választottbírói ténykedésének kérdése. Az egyetlen görög Alkotmány

kivételével (89. cikk. (3) bekezdés) engedélyt nem találni. Az egész közszolgáltatrára nézve alaptörvényünk kimondhatná e tilalmat, mint az összeférhetetlenség egyik generalizálható esetét.

Nemcsak a közkötelező jogi normák együttese és a közszolgálati pragmatika alapjai igényelnek felfogásom szerint közös alkotmányi rendezést, hanem néhány alapvető jogelv is.

Mindenek előtt hangsúlyozandó, hogy Alkotmányunkból hiányzik az alanyi jogok rendeltetésszerű gyakorlására vonatkozó parancs kimondása, úgyszintén a joggal való visszaélés általános tilalmának becikkelyezése, holott e kétoldalú jogtétel jogrendi szinten érvényes. Mindez a bíróságok működésével is összefügg, minthogy a felek és más perbeli személyek nézőpontjából e működés, mint alanyi közjogok halmaza nyilvánul meg. Ámde alanyi közjogokat az ügyfelekkel és a hatósági eljárással kapcsolatba kerülő más személyekkel összefüggésben a közigazgatási hatóságok is gyakorolnak. A szituációk lényegi azonossága miatt és nyomatékositás végett az új Alkotmány kimondhatná azt is, hogy „A közhatalom gyakorlása során a bíróság és a közigazgatási hatóság is a jogait azok társadalmi rendeltetésével összhangban köteles gyakorolni, és tartózkodni jogainak visszaélésszerű gyakorlásától”.

A magyar alaptörvény szerint „a bíróság előtt mindenki egyenlő” (57. § (1) bekezdés). Ez a tétel a szűkreszabottsága miatt aggályos, mert egyfelől nem fogja át az összes jogalkalmazó szervet, másfelől említés nélkül hagyja a jogszabályokat. Maga az Alkotmány is mutat példákat arra, hogy az egyenlőség elvét a bíróságon kívül is érvényesíti, így a tulajdonformák egyenjogúsága terén (9. § (1) bekezdés), a nemek egyenjogúsága körében (66. § (1) bekezdés), továbbá az egyenlő munkáért – egyenlő bér esetében (70/B. § (2) bekezdés). Elvi általánosságban lenne tehát kimondható, hogy „A Magyar Köztársaságban az emberek, a jogi személyek és a jogi személyiséggel nem rendelkező szervek mind a jogalkotó hatalom, mind a jogalkalmazó szervek előtt egyenlők”.

A törvényházaikon túlmutatnak, s így közös szabályozás tárgyaivá tehetők egyes olyan szabályok, amelyeket az Egyesült Nemzetek Szervezete XXI. ülészakán New York-ban fogadtak el 1966-ban az emberi és politikai jogokról, illetőleg amelyeket ezen egyezmény „előképe”, a Rómában 1950. november 4-én aláírt hasonló elnevezésű szerződés, egyébként Magyarországra nézve is kötelezően tartalmaz. A közigazgatási szervek hatósági eljárása során, de mindenfajta jogalkalmazó tevékenységre nézve kiterjeszthető az eredetileg a bíróságra modellezett követelmények közül több is. Így az alkotmányi általánosság szintjén jelenhetne meg az elintézés ésszerű időtartamára, a pártatlan eljárásvitelre és döntésre és az eljárás tisztességes voltára vonatkozó követelmény. (Az Alkotmány 57. § (1) bekezdésében használt „igazságosság” szó helyett a nemzetközi gyakorlatnak megfelelően ajánlható a „tisztességes” szó.) A tárgyalás nyilvánosságára és az előre felállított bíróságra vonatkozó tételek maradnának meg tehát mint csak a bíróságra érvényes, *sui generis* követelmények. Megjegyzendő, hogy alaptörvényünk a fentebb hivatkozott Római Egyezmény 6. cikkelyének I. bekezdéséből a „*délai raisonnable*” tételét nem veszi át, mert 1989-ben az alkotmányozót csak a New York-i egyezmény kötötte, a Római még nem, amely a szóban forgó kitélt tartalmazza. Ez utóbbi Egyezményhez hazánk a rendszerváltás után csatlakozott.

5. Az Alkotmány jogi erejének fokozása. Az Európai Unió huszonöt állama alkotmányainak tanulmányozása arról is meggyőz, hogy az alaptörvények nagymértékben nélkülözik azt a vonást, amelyet – jobb híján és újszerűen – az alkotmánynak a jogforrási hierarchiában betöltött csúcspozíciója hatékonyabb kihasználásának nevezhetünk. Az magától értetődik, hogy az alkotmány jogi ereje az egész normatív mezőre meghatározó erővel terjed ki, ámde a hierarchikus fölérendeltségen túl lehetnek, sőt szerintünk kellene is, hogy legyenek olyan megoldások, amelyek révén az alaptörvény az expanzió és az önvédelem egyéb jegyeit mutatja fel. Ezekre a megoldásokra avégett van szükség, hogy az alkotmány betűje és szelleme az eddigiekhez képest hatékonyabban töltsen be egyeduralkodói rendeltetését. Ritka kivételként találni példát arra, ha a törvényhozói hatalomra delegált szabályozásra nézve az alaptörvény eligazítást nyújt. (Pl. Szlovákia Alkotmányának 46. cikk. (3) bekezdése kimondja: „A bíróság jogköréből nem lehet kizárni az alapvető jogokat és szabadságokat érintő határozatok felülvizsgálatát”.) Sőt arra is találunk példát, hogy az alkotmányozó a saját normáit programjellegű szabályokként hagyományozza a törvényhozóra. (Málta Alkotmányának az Alapelveket tartalmazó Második fejezete 21. cikkelye szerint: „A jelen fejezet rendelkezésére hivatkozva nem lehet bíróság előtt jogot alapítani, de az azokban foglalt alapelvek iránymutatóként szolgálnak az ország kormányzásánál, és segítik az államot az alapelvek törvénybe foglalásában”.) Az alkotmány jogi erejének ritkán, de szélsőségesen alkalmazott esete, ha az alaptörvény bizonyos tárgykörökben kizárja a másként való szabályozás lehetőségét. (Grundgesetz 79. cikk. (3) bekezdés, azaz a magyarul „örökkévalósági záradéknak” nevezett „*Ewigkeitsklausel*”; olasz Alkotmány 139. cikk.) A magyar Alkotmányból ismert módszer szerint rendkívüli, illetőleg szükségállapot, vagy veszélyhelyzet esetén az alapvető jogok közül egyesek felfüggeszthetők, illetve korlátozhatók, mások nem (8. § (4) bekezdés). Végül több uniós alkotmány az alaptörvény biztosítékeként említi, méltán, de egyedüli jogintézményként, az alkotmánybíróságot.

Az alábbiakban elvi általánosságban, a teljesség igénye nélkül és az igazságszolgáltatás tárgyköréhez kapcsolódva óhajtjuk felhívni a figyelmet azokra az említett és további alkotmányi módszerekre, amelyek révén alaptörvényünk jogi erejének kiterjesztése mint kívánatos eredmény érhető el. Legátfogóbb jellege folytán a törvényhozóhoz (vagy más jogalkotóhoz) delegált jogalkotási hatáskörök gyakorlásának lehetséges alkotmányi kötöttségeiről teszünk elsőként említést. Az ilyen „kötött mandátumnak” elsősorban akkor van értelme, ha egzaktsága révén szavatolja a számonkérhetőséget. A bírósághoz fordulás, a bírói út témaköre teheti indokolttá a szóban forgó kötöttségek alaptörvénybe iktatását. Ezzel a technikával nyílnak mind az alkotmányban tételezett egyes alapvető jogok kiemelt, hatékony védelmének garantálása. Így Alkotmányunk kimondhatná, hogy alkotmányos alapjogok bírói védelmét a jogszabály nem zárhatja ki, sőt nem is korlátozhatja. Az ilyen alanyi jog vagy jogos érdek érvényesíthetősége számára a törvény az átlagosat meghaladó időtartamot köteles meghatározni, a jogorvoslat feltételeit pedig az átlagosnál kedvezőbben tartozik kialakítani. Az Alkotmányozónak a törvényhozóhoz való aktívabb, „beszédesebb” viszonyát mutatná, ha az alaptörvényben irányelvyszerű útmu-

tatás volna található egyes törvényhozói hatáskörök gyakorlását illetően. Jelenleg pl. sem a külön bíróságok létesítésének, sem az egyesbíráskodásnak, sem az ülnöki részvételnek nem található „fogódzója” az Alkotmányban.

Az igazságszolgáltatással összefüggő egyes alkotmányos alapjogok bírálható kezelése is szót érdemel. Magyarország Alkotmányának 8. § (4) bekezdése veszélyhelyzetben stb. az 57. § (1) bekezdésének tartalmát felfüggeszthetőnek, illetve korlátozhatónak jelenti ki. Eszerint a bíróság előtti egyenlőség, illetve a törvény által felállított független és pártatlan bírósághoz való jog, továbbá az igazságos és nyilvános tárgyaláshoz való jog nem szerepel a demokrácia „vastartalékai” között, s ezt a tárgyalás nyilvánossága elvének kivételével csak sajnálni lehet. Ez alighanem szövetszerkesztési elvétel, amely feltételezésünket megerősíti, hogy a közigazgatási bíráskodásra vonatkozó 50. § (2) bekezdést a veszélyhelyzet stb. nem érinti, holott az igazságszolgáltatás működésének ez is egyik terepe. Közbevetőleg jegyezzük meg, hogy a mi „bíróság előtti egyenlőség”-formulánk a nemzetközi összehasonlítást nem állja ki, mert az alkotmányok – helyesen – az ennél tágabb, „törvény előtti egyenlőség” kifejezést használják (pl. görög Alkotmány 4. cikk (1) bekezdés, litván Alkotmány 25. cikk (1) bekezdés). A veszélyhelyzet stb. indok a bíróságok működésének szüneteltetésére, de ha működnek, a nyilvánosság esetleges korlátozását kivéve az Alkotmányunk 57. § (1) bekezdésében írt követelmények szerint kell működniük.

Hazánk alaptörvénye rendelkezik a jogegységi határozatokról is (47. § (2) bek.). Ezek a bíróságokra kötelezőek. A jogegységi határozatok azonban ténylegesen *erga omnes* hatályosulnak, így a jelenlegi megfogalmazás őszintétlen. Ennek kiküszöbölése végett az „általánosan kötelezők” szavak használata javasolható. Ebben az esetben módot kellene adni arra is, hogy ezen iránymutatásokat – alkotmányossági szempontból – az Alkotmánybíróság megvizsgálhassa. Ily módon egy alkotmányi intézmény kontrollját – ha az, az alaptörvény 32/A. § (1) bekezdésébe bekerülne – maga az Alkotmány biztosítaná.

Kockázat és kalkuláció az építési vállalkozásnál*

Jakab Éva**

A római jog több mint ezer éves múlttal rendelkező diszciplína. Az évszázadok néha roppant súllyal nehezednek a kutató vállára: bármilyen dogmatikai problémához nyúl, könyvtárnyi irodalmat kell áttekintenie és az esetleg szerencsésen meglelt egyéni álláspontot (új tudományos eredményt) régmúlt tudományos iskolák és neves szerzők sorával szemben védelmeznie. A kutatás fáradságos folyamata csak akkor kecsegtet sikerrel, ha a horizontot állandóan tágítva új forrásokat és interdiszciplináris megközelítési módokat hívunk segítségül. A tradicionális, évszázadokon át követett módszer, amely pusztán a Digezta jogtudósi kommentárjainak forráshalmazára épít, túlhaladottnak számít, főleg a jogélettel, a mindennapos joggyakorlattal annyira összefonódó témakörökben, mint a szerződési jog. Ezt a röviden vázolt elméleti kiindulópontot szemlélteti egy konkrét jogeset kapcsán a következő tanulmány.

Ralph Backhaus 2002. szeptemberében, a 34. Deutscher Rechtshistorikertagon Würzburgban előadást tartott a „társas vállalkozások” és a szerződési kikötések viszonyáról, amelynek kibővített változatát a Savigny-Zeitschrift 2004. szeptemberében megjelent kötetében tette közzé „Die Gefahrtragung bei gemeinsamen Unternehmungen und ihre Modifikation durch Parteiabsprachen im klassischen römischen Recht” címmel.¹ A tanulmány középpontjában Iulianus/Ulpianus egyik nevezetes fragmentuma áll (D. 19, 5, 13, 1 Ulp. 30 Sab.):

*Iulianus libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit ...*²

* A tanulmány a Római Jogászok Találkozóján 2004. áprilisában tartott előadásom hivatkozásokkal ellátott szövegét tartalmazza. Ezúton is szeretnék köszönetet mondani a miskolci Római Jogi Tanszéknek és ezen belül is elsősorban Péter Orsolya tanszékvezető docens asszonynak a szakmailag gazdag programért és a szíves vendéglátásért.

** Szegedi Tudományegyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Római Jogi Tanszék, egyetemi tanár.

¹ Ralph Backhaus: Die Gefahrtragung bei gemeinsamen Unternehmungen und ihre Modifikation durch Parteiabsprachen im klassischen römischen Recht, SZ 121 (2004) 233–261. o.

² D. 19,5,13,1: *Iulianus digesztáinak tizenegyedik könyvében írja: ha a telkemet a tulajdonodba adom (azzal a kikötéssel), hogy miután azon egy insulá-t (bérházat) építtél, annak egy részét rám visszaruházd – ez nem adásvétel, mivel vételár helyett a dolgom egy részét kapom vissza; nem is megbízás,*

A forrás a Digestában a 19,5 *titulus* alatt található: *De praescriptis verbis et in factum actionibus*. Ami a tartalmát illeti, első pillantásra úgy látszik, hogy Iulianus unalmasan leckéztet bennünket szerződési jogból. *Ego* átruházza *Tu*-ra egy építési telek tulajdonát azzal, hogy *Tu* azon bérházat építsen és a kész *insula* tulajdoni hányadát ruházza vissza rá. Ulpianus igyekszik a jogélet szokványos esetét a jogtudomány logikusan felépített, zárt rendszerében, a szerződési jogban elhelyezni. Az elméleti megközelítés mögött az a praktikus kérdés rejlik, hogy a felek szerződészegés esetén milyen keresetet indíthatnának. Iulianus azonban olyan speciális kétoldalú *obligatio*-ról tudósít, amely alig illeszthető be a római szerződések típuskényszeren alapuló rendszerébe. Az adásvételi és a megbízási jogviszony létrejöttét cáfoló érvek nélkülözhetetlen fogalmi elemek hiányára építenek, ezért azonnal meggyőznek; ezzel szemben úgy tűnik, hogy a jogász a társasági szerződés megítélésénél kicsit zavarban van. További példákat idéz, hogy rendszeridegen dologi jogi érvelését szemléletesebbé tegye. A szöveg (itt helytakarékossági szempontból mellőzött) folytatásában egy rabszolgafiúról beszél, akit kitanításra, illetve egy nyájról, amelyet legeltetésre adtak át; a birtok átvétele ezekben az esetekben a jogász számára nem jelent akadályt a társasági jogviszony illetve az *actio pro socio* elismerése útjában. Úgy tűnik, hogy Iulianus, illetve Ulpianus az alapján differenciál, hogy birtok vagy tulajdon került-e átruházásra: a tulajdonátszállás zárná ki a társasági viszonyt? Az indoklás igen tömör: „Senki sem szűnik meg tulajdonos lenni, ha társasági szerződést köt.”

Az a néhány szerző, aki ezzel a fragmentummal foglalkozott, Ulpianus fenti forrását követi és igen röviden intézi el a problémát: Misera,³ Drosdowski,⁴ Artner⁵ és Meissel⁶ általában csak egy-egy mondatot szentelnek a fenti szövegnek. Részletes exegézist egyedül Backhaus kínál.⁷ Szerinte olyan társasági viszonyról van itt szó, ahol az egyik *socius* tőkével, a másik pedig munkával járul hozzá a közös gazdasági cél megvalósításához, és a tevékenységük következtében előállt nyereséget (egyenlő arányban?) megosztják. Backhaus is felfigyel arra a látszólagos ellentmondásra, hogy számos forráshely elismeri a társasági jogviszonyt, ha pusztán az egyik *socius* visz be tőkét (tulajdont).⁸ Gaius, a Kr.u. II. században alkotó jogtudós és jogtanár az elasztikus határok mellett érvel a társasági szerződés jogi definíciójánál (Gai. 3,149):

Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse

mivel nem ingyenes (ügylet) és nem is társaság, mivel társaságra szerződve senki sem mond le a tulajdonjogáról. (A szerző ford.)

³ Karl-Heinz Misera: Der Nutzungstausch bei Nachbarn und Miteigentümern, SZ 94 (1977) 271. o.

⁴ Thomas Drosdowski: *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, csak egyetlen egyszer utal forrásunkra: „...auch die Eigentumsverhältnisse der Gesellschafter werden durch den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags nicht notwendig betroffen”.

⁵ Michael Artner: *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 140. o.

⁶ Franz-Stefan Meissel: *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2004, 185. o.

⁷ Backhaus: i.m. 245. o.

⁸ Backhaus: i.m. 235. o.

*existimavit et ob id non esse ratum habendum. Sed Servius Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti: nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.*⁹

Miért zárja ki Iulianus illetve Ulpianus a társaságot mégis fent idézett esetünkben? Backhaus úgy látja, hogy „die Eigentumsverhältnisse an dem zu bebauenden Grundstück für die primär angestrebte Bautätigkeit völlig bedeutungslos sind”.¹⁰ Így arra a következtetésre jut, hogy „a szerződés tárgyának dologi jogi sorsáról való rendelkezés” elsősorban a kockázatelosztást kívánja szabályozni, mert ezáltal „a telek véletlen pusztulása vagy romlása” egyedül az építési vállalkozót terhelné.

Mielőtt bonyolult dogmatikai fejtegetésekbe kezdenénk, próbáljuk egyszerűen átgondolni, milyen szituációról tudósít valójában az érdekes tényállás. Milyen *vis maior* következtében beállt pusztulás vagy állagromlás képzelhető el a telekre vonatkozóan? A klasszikus római jogászok írásait böngészve építési vállalkozások esetén földcsuszamlásról, földrengésről vagy a ház egyéb vétlen összeomlásáról olvashatunk tudósításokat (D. 19,2,33 Afr.).

Valóban pusztán ezt a kockázatot akarták szabályozni kiinduló esetünkben is a felek? És valóban kedvezőbbé vált a tulajdonátruházás révén a volt telektulajdonos helyzete a *vis maior* típusú károk vonatkozásában? Hisz ha a telket egy későbbi (tulajdonátruházás utáni) földrengés vagy földcsuszamlás elpusztítja, azon bérház sem fog állni, amelynek a felépülése után résztulajdonosává válhatna a volt telektulajdonos! Azaz a *vis maior* kockázata visszaszáll végül a telek eredeti tulajdonosára is (*Ego*), mert a szolgáltatás és az ellenszolgáltatás esetünkben fizikailag egymástól elválaszthatatlan, függőségi viszonyban áll egymással.

Backhaus elmélete akkor sem bizonyulna helytállóbbnak, ha a kölcsönös szolgáltatások nem ilyen speciális viszonyban állnának. Backhaus ugyanis az ún. *locatio conductio irregularis* vagy a *depositum irregulare* mintájára próbálja dogmatikailag magyarázni a szerződéses jogviszonyt. A *locatio conductio irregularis* esetén a fuvaroztató helyettesíthető dolgot (pl. gabona) kimérve ad át a fuvarozónak a behajózaskor, aki a célkikötőben ugyanabból ugyanannyit köteles visszaszolgáltatni. A *communis opinio* szerint a fuvarozó tulajdont szerez a fuvar tárgyán, visszaadási kötelezettsége generikus lesz (ugyanabból ugyanannyit), ennél fogva a gabonáért

⁹ Gai. 3,149: Nagyon nehéz kérdés volt, hogy vajon lehet-e úgy kötni társaságot, hogy valaki nagyobb részben hasznot húz, kisebb részben viseli a kárt. Ezt Q. Mucius a társaság természete ellenére valószínűnek minősítette. De Ser. Sulpicius, akinek aztán győzött az álláspontja, úgy vélte, hogy úgy is lehet kötni társaságot, mint mondta olyan módon is, hogy valaki semmiféle kárért nem felel, de a haszonból részesedik, feltéve, hogy a közreműködése olyan értékesnek látszik, hogy méltányos őt ezzel a kikötéssel bevenni a társaságba. Elfogadott, hogy úgy is lehet társaságot kötni, hogy az egyik pénzt visz be, a másik nem visz be, és mégis közös közöttük a haszon; gyakran ugyanis valakinek a munkája pénzzel ér fel. Brósz Róbert (ford.): *Gaius Institúciói*, Budapest, Nemzeti Tankönyvkiadó, 1993, 129. o. alapján.

¹⁰ Backhaus: i.m. 236. o.

korlátlanul, a *vis maior* okozta pusztulás erejéig is felel.¹¹ Hasonló a *depositum irregulare*, a rendhagyó letét jogi konstrukciója.¹² Ha bizonyos pénzüsszeget úgy helyezek letétbe, hogy a letéteményes azt használhatja, de felszólításra részemre ugyanannyit köteles visszaadni, akkor a letéteményes a *numeratio*-val tulajdont szerez, és ezzel (a kölcsönszerződés adósához hasonlóan) a pénzérmék vétlen pusztulásáért is helyt kell állnia.

Backhaus azonban figyelmen kívül hagyja azt a lényeges különbséget, hogy az analógnként felhozott esetekben helyettesíthető dologról és fajlagosan meghatározott szolgáltatásról van szó (gabona, pénz), míg a bérház építésére szánt telek helyettesíthetetlen dolog, ami a kötelemben *species*-ként (egyedi szolgáltatásként) szerepel.

Backhaus ellen szól továbbá Paulus responsuma (D. 19,5,5,1 Paul. 5 quaest.): *Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit.*¹³ Ez az idézet is a Digešta 19,5 *titulusa* alatt található, azaz tárgya az *actio praescriptis verbis*. Kiindulási esetünkhöz hasonlóan itt is egyenlően kétoldalú *obligatio*-ról tudósít a jogász: *Ego* tulajdonba ad *Tu*-nak egy kelyhet azzal, hogy *Tu* a Stichus nevű rabszolgát fogja ellenszolgáltatásként *Ego*-nak tulajdonba adni. Kiinduló esetünkkel ellentétben azonban itt a két szolgáltatás fizikailag független egymástól. Az ellenszolgáltatás veszélyét, a szerződésben szereplő rabszolga vétlen halálát mégis a hitelező, a szolgáltatás jogosultja viseli (hasonlóan a veszélyviselés főszabályához az adásvételnél).

Felmerül tehát a kérdés: mi lehet a valódi indítéka a szokatlan dologi jogi rendelkezésnek? Miért választották a felek ezt a számunkra meglepő megoldást? És hol a határ az *actio pro socio* és az *actio praescriptis verbis* között – hisz Ulpianus végül az utóbbi kereset mellett voksol.

Maga a klasszikus jogász másutt igen képlékenyen nyilatkozik és a felek akaratára hivatkozik (D. 17,2,44 Ulp. 31 ed.): *Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.*¹⁴ Ulpianus itt már lemond a dologi jogi érvekről. Ehelyett azt hangsúlyozza, hogy az adott gazdasági tartalmat (dolog átadása értékesítésre, eladásra) *aestimatio*, eladási bizomány vagy *societas*, társaság

¹¹ A jogügyletek tartalmához és a pandektisztikában való meghatározásukhoz kiváló áttekintést ad Theo Mayer-Maly: *Locatio conductio*, Herold, Wien, 1956, 40. o. és Max Kaser: *Periculum locatoris*, SZ 74 (1957), 192. o.

¹² Nikolaus Benke: *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der „locatio conductio irregularis“*, SZ 104 (1987), 194. o.

¹³ D. 19,5,5,1: *Ha átdok neked egy ezüstkelyhet azzal, hogy a Stichus nevű rabszolgát add át nekem, akkor Stichusra nézve én viselem a veszélyt, te pedig köteles vagy culpá-ért helytállni.* (A szerző ford.)

¹⁴ D. 17,2,44: *Ha gyöngyöt adtam át neked eladásra azzal (a kikötéssel), hogy ha tízért adod el, tízet adsz nekem vissza; ha többért, akkor a felesleget megtarthatod, akkor szerintem az actio pro socio indítható, ha társaságalapítási szándékkal történt (a szerződéskötés), ha nem, akkor az actio praescriptis verbis.* (A szerző ford.)

formájában is meg lehet valósítani. Ha az *animus contrahendae societatis* fennáll, akkor a feleknek rendelkezésére áll az *actio pro socio* az elszámolásra.¹⁵

Kézenfekvő lépés, hogy az Ulpianus szerint döntő jelentőségű ügyleti akarat lehetséges kifejeződését a fennmaradt okirati anyagban és szerződési kikötésekben vizsgáljuk. Jóllehet a társasági szerződéssel foglalkozó szerzők még a közelmúltban sem szenteltek különösebb figyelmet ennek az értékes forrásanyagnak,¹⁶ egyedül Meissel vonta be az okirati gyakorlatot részletesebben kutatásaiba. Pedig a társasági szerződés okirati gyakorlatát jól szemlélteti két latin nyelven fogalmazott viaszostábla, amelyek a verespataki leletkhez tartoznak. A régészeti kutatás körülményeiről és a szöveg kiadásának történetéről szakszerűen tudósít monográfiájában Pólay Elemér.¹⁷ Az egyik tábla szövege szinte hiánytalanul olvasható, a másik erősen töredékes. A következőkben az ép szövegre koncentrálunk, amely Kr.u. 167 március 28-án kelt (FIRA III Nr. 157):

*Inter Cassium Frontinum et Julium Alexandrum societas danistariae ex kal. Januarias quae proximae fuerunt Pudente et Polione cos. In pridie idus Apriles proximas ventures ita convenit, ut quid in ea societati arre (?) natum fuerit, lucrum damnumve acciderit, aequis portionibus suscipere debebunt. - In qua societate intulit Julius Alexander numeratos sive in fructo ... quingentos et Secundus Cassi Palumbi servus actor intulit ... ducentos sexaginta septem ...*¹⁸

A dáciai Deusarából származó viaszos tábla szerint Julius Alexander, a jómódú üzletember hitelnyújtással foglalkozó társaságot (*societas danistariae*) alapít Cassius Frontinusszal.¹⁹ Julius Alexander 500 dénárt fizet vagyoni betétként, társa csupán 267-et. Az okirat részletesen szabályozza a két *socius* közti belső viszonyt: „mindent, ami a társaságnál nyereségként és veszteségként keletkezik, egyenlő arányban kötelesek elosztani”. Végül még 50 dénár fennálló tartozást rögzítenek a felek bizonyos Lossa (Cossa²⁰) javára, amelyért a társaság köteles helytállni.

Az okirat jól mutatja, hogy a társasági szerződés az ókorban elsősorban elszámolási viszonyt hozott létre a felek között. A *socii* közös társasági (folyó-)számlát nyitnak, amely a nyereség és a veszteség megosztásának az alapja.²¹

A társak közti szoros elszámolási viszonyra utal egy Oxyrynchoszból származó levél (P.Oxy. 2728) a III. századból. Kapitolinosz panaszkodik, mert fivére igen ha-

¹⁵ Az interpolációs gyanúsításokkal szembeszáll az *id quod actum est* kifejezés eredetisége védelmében Meissel: i.m. 147. skk. o.

¹⁶ Az újabb irodalomban Misera, Drosdowski, vagy Artner; hasonlóan Backhaus is. Az okirati gyakorlat szélesebb palettájával ismertet meg viszont Meissel a *societas* tárgyalása kapcsán.

¹⁷ Pólay Elemér: *A dáciai viaszostáblák szerződései*, Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1972, 200. skk. o.

¹⁸ FIRA III Nr. 157: *Cassius Frontinus és Julius Alexander zálogkölcönöket folyósító társaság létesítésére úgy szerződtek Pudens és Polio consulsága évének december 23. napjától a legközelebbi év március 28-ig terjedő időre, hogy bármit szereznek ebben a társaságban, bármilyen haszon vagy kár keletkezik, kötelesek abban egyenlő arányban osztozni. – Ebbe a társaságba Julius Alexander készpénzben, illetőleg terményben ötszáz dénárt vitt be, míg Cassius Palumbus ügyvivő rabszolgája Secundus kétszázhatvanhét dénárt ...* (A szerző ford.)

¹⁹ A *danista* jelentését tárgyalja Peter Gröschler: *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 183. o. 50. lj.

²⁰ Lásd erről Pólay: i.m. 216. o.

²¹ Jakab Éva: *Berenike vor Gericht. Apokeryxis und Gesellschaft in P.Oxy. XXII 2342, Tyche* 16 (2001), 78. o.

nyagul írogat neki. Azonban nem a család mindennapos örömeiről és bánatairól szeretne több információt hallani, hanem a közösen igazgatott birtok gazdasági életéről. Dühösen jegyzi meg: „Én úgy tartom korrektnek, ha megírom neked, milyen bevételek és kiadások merültek fel”. A csípős megjegyzés a pontosan vezetett könyvelésre céloz. Az üzleti életben az volt a bevett szokás, hogy a *socii* könyvelésükéről rendszeresen másolatot küldözgettek egymásnak. Kapitolinosz lelkiismeretesen tartja magát ehhez, a bosszús bevezetést ebben a levelében is hosszú elszámolási lista követi: „Horigenésznek (eladva) 10 *spathia* bor, mértékenként 1.800 drachmáért, összesen 3 talentum...” Végül arra kéri fivérét, hogy Horigenésznek további bormennyiséget szállítson és a befolyt vételárat készpénzben, haladéktalanul küldje el neki, még hozzá úgy, hogy a könyvelésben ez az összeg a fivérnél kiadásként szerepeljen.²² A papiruszokban ránk maradt társasági szerződések szintén következetesen rögzítik, hogy milyen vagyoni betéteket helyeznek a szerződő partnerek a közös társasági számlára, és hogy ennek a felhasználásáról korrekt könyvelést vezetnek.²³

De térjünk vissza a bérházunkhoz. Backhaus úgy látja, hogy a felek a kockázatelepitést az építési telek feletti tulajdoni viszony változtatásával oldották meg.²⁴ Elsősorban azt látom problémásnak, hogy a szerző a *periculum* és a *casus maior* vagy *vis maior* fogalmát igen szűken értelmezi: a tankönyvek szintjén csak az építési telek természeti csapások következtében való megsemmisülését vagy romlását érti alatta.²⁵ A veszélyviselés szabályai a szerződési jogban azt a problémát igyekeznek kezelni, hogy melyik szerződő fél viselje a véletlenül bekövetkezett kárt. A *periculum* fogalmát az újabb irodalomban árnyaltabban fogják fel. A „klasszikus” *vis maior* eseteken kívül ide tartozik az ún. szerződés-specifikus kockázat is, amelynek telepítését a felek tipikusan mellékegyezményekkel rendezik (Theo Mayer-Maly,²⁶ Juan Miquel,²⁷ Geoffrey MacCormack,²⁸ Molnár Imre,²⁹ az építési vállalkozáshoz v. ö. konkrétan Felix Wubbe³⁰ és Wolfgang Ernst³¹ kutatásait).

Összefoglalóan megállapíthatjuk, hogy Backhaus érvelése sem dogmatikailag, sem gazdasági tartalmát illetően nem helytálló. Nyitva maradt azonban az a kér-

²² Jakab: i.m. 79. o.

²³ PUG I 20 u. 21 (= SB XVI 12530); P.Lond. V 1794 p. 250, 487 n.Chr.; hasonlóan P.Lond. V 1795 p. 251, 6. sz. vagy SB XII 11238, Ox. 280 i.sz.; részletesebben Jakab: i.m. 72–78. o.

²⁴ Backhaus: i.m. 236. skk. o.

²⁵ Így például Max Kaser – Rolf Knütel: *Römisches Privatrecht*⁴⁷, München, C.H. Beck, 2003, 262. o.

²⁶ Theo Mayer-Maly: Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung, in: *Festschrift Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag*, Köln-Graz, Böhlau, 1958, 58–77. o.

²⁷ Juan Miquel: Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale, *SZ* 81 (1964), 134–190. o.

²⁸ Geoffrey MacCormack: Periculum, *SZ* 96 (1979), 129–172. o.; Geoffrey MacCormack: Further on periculum, *BIDR* 82 (1979), 11–37. o.

²⁹ Molnár Imre: Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior im römischen Recht, *Iura* 23 (1981), 73. skk. o.

³⁰ Felix Wubbe: Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag, in: *Mensch und Umwelt. / L'homme dans son environnement. Festgabe der Rechts-, Wirtschafts-, und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg zum Schweizer Juristentag, Freiburg, 12.-14.9.1980*, Fribourg, Ed, Universitaires, 1980, 131–147. o.

³¹ Wilhelm Ernst: Wandlungen des vis maior-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft, *Index* 22 (1994), 293–321. o.

dés, hogy a kiindulási esetünkben szereplő telektulajdonos és építési vállalkozó miért nem akart (az építés idejére) társasági szerződésre lépni. A társaság tagadása zavaró, hisz a telektulajdonos kész bérház résztulajdonára vonatkozó arra enged következtetni, hogy a felek végcélja mégis az elkészült *insula* közös hasznosítása (bérbeadása) lesz, ami jellemző *societas*-tényállás lenne. A válasz a társadalmi-gazdasági kontextusban keresendő. Számos Digesta-eset utal arra, hogy Rómában gazdaságilag jelentős építőipar virágzott. Az *insula* címszó alatt elérhető fragmentumokat átolvasva sokrétű információhoz jutunk a korabeli technológiáról, munka-szervezésről, a vállalkozók hierarchiájáról illetve az építés minőségéről és kockázatáról.

Papinianus arról tudósít, hogy valaki tévedésből idegen telken épít fel egy *insulá*-t; a jogász az épület elvitelét (*tollere*) ajánlja.³² Máshol arról olvashatunk, hogy valaki ellopott (elvitt) egy *insulá*-t.³³ Úgy látszik, hogy könnyű, faszervezetes építmények készültek (talán némileg hasonlóak voltak ezek a mai elemes félkész- vagy készházakhoz), amit a helyszínen gyorsan összeácsoltak, és éppolyan gyorsan le is tudtak bontani. Az olcsó és gyors építési technika számtalan esetben katasztrofákhoz vezetett. Meglepően sokszor beszélnek a jogászok *insulae* összedőléséről: pl. a lakbért előre kifizették egy évre, de a bérház már hat hónap múlva összeomlott.³⁴ Alfenus³⁵ és Africanus³⁶ hasonló esetekről számolnak be, de a tulajdonos még időben le tudta bontatni az épületet. Másutt arról olvasunk, hogy a bérházat (összedőlésétől tartva) erős gerendákkal dúcolják alá.³⁷ A bérházakba fektetők könnyörtelen spekulációját mutatja Pomponius haszonélvezeti kikötése, amely a haszonélvezőnek megtiltja az emeletréépítést.³⁸ Ellenállhatatlan erő behatásával csak egyetlen egy forráshelyben találkozunk – Africanus egy földcsuszamlásról tudósít;³⁹ egyébként úgy tűnik, hogy elsősorban az olcsó építési mód és az építőanyagok elöregedése idézte elő a baleseteket.

Rómában a bérházak üzemeltetése viszonylag nagy kockázattal járó üzletnek számított. Gellius és Apuleius egyaránt arra hivatkozik, hogy elsősorban a gyakori tüzesetek veszélyeztették ezt a beruházást.⁴⁰ A klasszikus római jogászok is gyakran hivatkoznak responsumaikban tüzesetekre.⁴¹

A panaszolt rizikófaktorok ellenére úgy tűnik, hogy az *insulá*-k építése és bérbeadása közkedvelt és nyereséges vállalkozás volt. Paulus arról tudósít, hogy egy ha-

³² Pomp. D. 6, 1, 27, 5; hasonlóan Ulp. D. 6, 2, 11, 9–10.

³³ Ulp. D. 6, 2, 11, 9–10.

³⁴ Ulp. D. 19, 2, 19, 6.

³⁵ Alf. D. 19, 2, 30 pr.

³⁶ Afr. D. 19, 2, 35 pr.

³⁷ Gai. D. 3, 5, 5, 13; Ulp. D. 3, 5, 9, 1; Ulp. D. 3, 5, 16; Ulp. D. 10, 3, 4, 4; Paul. D. 13, 6, 17, 3; Pomp. D. 13, 7, 8 pr.; Ulp. D. 15, 3, 3, 8; Afr. D. 16, 1, 17, 2.

³⁸ Pomp. D. 7, 1, 19 pr. A szerződési klauzulák szerepét hangsúlyozza a szolgalmaknál Rolf Knütel: *Zwei Klauseln aus dem Nießbrauchsrecht*, SZ 119 (2002), 352–358. o.

³⁹ Afr. D. 19, 2, 33.

⁴⁰ Gell. NA 15, 1, 1–3; Plutarch. Crassus 2, 5, 34, 1. Egy *insula*-tűzről tudósít Pomp. D. 13, 7, 8 pr.; Alf. D. 18, 6, 12 pr.; Ulp. D. 19, 2, 9, 1; Pomp. D. 45, 1, 15; Paul. D. 4, 3, 18, 2; Ulp. D. 4, 4, 11, 5; Ulp. D. 9, 2, 27, 8. A gazdasági-társadalmi háttérhez lásd Bruce W. Frier: *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton, Princeton University Press, 1980, 21. o.; 32. o.

⁴¹ Alf. D. 18, 6, 12 pr.; Ulp. D. 4, 4, 11, 5; Pomp. D. 45, 1, 15.

szonélvezettel terhelt *insula* tulajdonosa felgyújtotta az objektumot, hogy a helyére az értékes építési telken új, most már tehermentes bérházat emelhessen.⁴²

Végül érdemes néhány szót szólni arról, hogy általában hogyan finanszírozták ezeket az építkezési munkákat és ház-renoválásokat. Pomponiusnál *A* úgy ad el *B*-nek egy *insulá*-t, hogy a vételár bizonyos pénzösszegeből és egy másik *insula* helyreállításából áll.⁴³ A vevő tehát csak részben fizetett készpénzzel, túlnyomóan munkateljesítménnyel. Paulus kommentál egy jogügyletet, ahol *A* épít *B* számára Karthágóban egy *insulá*-t, *B* pedig *A* számára Rómában emel egy bérházat.⁴⁴ Pomponius kiindulási esetünkhöz hasonló tényállásról számol be: *A* elad *B*-nek egy telket *certo pretio* és azzal a kikötéssel, hogy *B* részére a majdan elkészült bérház fele tulajdonát visszaruhazza.⁴⁵ Mivel a vételár legalább részben pénzből áll, a jogász elismeri adásvételnek a jogügyletet.

A fenti példák jól mutatják, hogy a telek- illetve bérháztulajdonosok sokszor likviditási problémákkal küszködtek, azonkívül úgy tűnik, hogy az építési vállalkozók nagy előszeretettel bocsátkoztak készpénzmozgás nélküli üzletekbe. Munkateljesítményük komoly piaci értéket képviselt; természetbeni szolgáltatás esetén a költségvetés kalkulációjánál és a kivitelezésnél szorosabban számolhattak, jobban gazdálkodhattak az anyaggal és a munkaerővel, gazdaságosabban szervezhettek; azaz összességében könnyebben szerezhettek megbízásokat, jobb pozícióval bírtak a versenyben.

Backhaus hangsúlyozza, hogy „die Eigentumsverhältnisse an dem zu bebauenden Grundstück für die primär angestrengte Bautätigkeit völlig bedeutungslos waren”, azaz a telekre vonatkozó tulajdoni viszonyok nem bírtak jelentőséggel az építési tevékenység tekintetében.⁴⁶ A fent vázolt szocio-ökonómiai kontextus ennek éppen az ellenkezőjére utal.

Mérlegeljük még egyszer az érdekvizonyokat kiindulási esetünkben! *Ego* rendelkezett egy építési telekkel, de nem volt tőkéje. *Tu* jól menő építési vállalkozást vezetett, de kevés befektethető tőkével bírt, azaz nem tudott telket venni. Mindketten szívesen fektettek volna a kockázatosnak tartott, de jól jövedelmező bérház-üzletbe. A kész *insulá*-t közös tulajdonként, feltehetően társasági jogviszonyban akarták üzemeltetni. Miért nem alapítanak azonnal társaságot? A társasági jogviszonytól való tartózkodásnak az építkezés fázisában csak egyetlen logikus magyarázata lehet. *Tu*, az építési vállalkozó valószínűleg nem akarta kitergetni az üzleti titkait: sem az üzleti könyvét, sem a kalkulációját nem óhajtotta leendő társa, *Ego* elé tárni, ezért kerülte a társasági jogviszonyt az építkezés ideje alatt. Valószínűleg elesett volna nyeresége tetemes részétől, ha közös nyereségre és veszteségre, pontos elszámolási viszonyban bonyolítják le az építkezést.

⁴² Paul. D. 4, 3, 18, 2. A nyereségi esélyekhez lásd Frier: i.m. 31. skk. o. Az építési előírásokat ismerteti Olivia F. Robinson: *Ancient Rome. City Planning and Administration*, London & New York, Routledge, 1992, 34. skk. o.

⁴³ Pomp. D. 19, 1, 6, 1; hasonlóan Ner. D. 19, 5, 6, ahol az ellenszolgáltatás kizárólag munkateljesítményből áll.

⁴⁴ Paul. D. 19, 5, 5, 4.

⁴⁵ Pomp. D. 19, 1, 6, 2.

⁴⁶ Backhaus i. m. 236. o.

Ebből azt látjuk, hogy az építési telek tulajdonának átruházása nem a telektulajdonos érdekében állt, ahogyan azt Backhaus vélte;⁴⁷ hanem éppen ellenkezőleg, az építési vállalkozó érdekében, akinek ezáltal nyílt lehetősége arra, hogy az építkezés menetét – és főleg költségvetési és kivitelezési kalkulációját – a saját kizárólagos ellenőrzése alatt tartsa. Beruházásainak piaci ellenértékét a felépítendő bérház egykettő tulajdoni hányadával honorálta a szerződő partner.

Azt jelentené ez, hogy jogesetünknek semmi köze a *periculum*-hoz? Ezt semmiképpen sem szeretném állítani. Hiszen az építési telek tulajdonának átruházásával az építési vállalkozóra szállt át az üzlet egész gazdasági kockázata (mennyiért, mennyi munkával tudja felépíteni a bérházat) és a piac *periculum*-a. Florentinus hangsúlyozza, hogy az építési tevékenység kockázata a *periculum* specifikus fajtát képezi, amit elhatárol a *vis maior* klasszikus eseteitől (D. 19, 2, 36):

*Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi maiore opus prius intercederit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit ...*⁴⁸

Az immanens, szerződésspecifikus kockázatot a *conductor* (vállalkozó) Florentinus esetében az *adprobatio* lebonyolításáig viseli. Ez a kockázat bérházunk építésénél is releváns, és itt is a vállalkozót terheli.

Jogesetünk jól példázza, hogy modern jogi terminológiánk és általánosító dogmatikánk alkalmatlan az ókori római szerződési gyakorlat, a jogélet precíz ábrázolására.⁴⁹ Az okirati gyakorlat feldolgozása révén élesebb kontúrokat nyerhetünk. A szerződési formulák tipikus klauzulái a jogügylet gazdaságilag releváns, markáns pontjait jelölik, amelyek szerződési szabályozást illetve jogtudósi értelmezést igényelnek.⁵⁰ A szocio-ökonómikus kontextus vizsgálata nélkülözhetetlen a jogviszony történetileg korrekt felfogásához.⁵¹

Az okirati források – köztük a római Egyiptom papiruszai – felbecsülhetetlen értékű dokumentumai a jogéletnek, amelyek következetes feldolgozása új fényt vet a klasszikus római jogászok jól ismert responsumainak tartalmára is.

⁴⁷ Backhaus i. m. 257. skk. o.

⁴⁸ D. 19, 2, 36: *Ha a munkát átalányba adták ki, akkor a vállalkozó viseli a veszélyt az átvételig. Ha azonban úgy kötötték meg a szerződést, hogy „láb” vagy más mértékegység szerint kell teljesíteni, akkor a vállalkozó csak addig viseli a veszélyt, amíg a lemérés meg nem történik. És mindkét esetben a megrendelő viseli a hátrányt, ha rajta állt, hogy a munka nem került átvételre vagy lemérésre. Ha azonban vis maior (ellenállhatatlan erő) következtében pusztul el a mű az átvétel előtt, akkor a megrendelő viseli a veszélyt, hacsak nem másban állapodtak meg. A megrendelő javára ugyanis nem kell többért helytállni, mint amit a saját fáradtsága és munkája révén elérhetett volna. ...* (A szerző ford.)

⁴⁹ Hans Julius Wolff: Der Rechtshistoriker und die Privatrechtsdogmatik, in: *Festschrift für Fritz von Hippel*, Tübingen, Mohr & Siebeck, 1967, 687. o.

⁵⁰ Jakab Éva: *Vertragsformulare im Imperium Romanum*, SZ 123 (2006), megjelenés alatt.

⁵¹ Alfons Bürge: *Text im Kontext*, SZ 115 (1998), 152. skk. o.

Kritikai észrevételek az új Munka Törvénykönyve konceptiójához*

Prugberger Tamás**

I. Előzmények valamint az újrakodifikálás célja és iránya

1. 2003 őszén a Munkaügyi Minisztérium keretében megalakult az a Kodifikációs Bizottság, amelynek feladata lett volna egy új Munka Törvénykönyvnek a megalkotása. Ennek kellett volna felváltania az 1992:XXII. tv.-nyel életbe léptetett, jelenleg hatályos Munka Törvénykönyvet (Mt.). 2004 júliusára ennek a koncepciója elkészült. A koncepció házi sokszorosítással közzétett szövegét a Minisztérium Jogi Főosztálya egy szűkebb szakértői stáb igénybevételével készítette el, amely munkanyagot azonban már a szélesebb Kodifikációs Bizottság nem vitatott meg.¹ Ebbe belejátszott a 2004 augusztusi miniszterelnök csere, a 2006 tavaszára kitűzésre kerülő választások miatt pedig ebben a kormányzati ciklusban végleg lekerült a napirendről a tervbe vett új Mt. A 'konceptióból' mindössze egy Mt. módosítási javaslat valósult meg, amelynek szövege ugyancsak sokszorosított formában 2005 nyarára a szakmai körök részére szintén publikussá vált.² A jelenlegi Gyurcsány Ferenc által vezetett második szociálliberális kormány e törvényjavaslattal 2006. január 1-jével kívánja az Mt.-t módosítani.³ Az új Mt. megalkotásának a terve azonban ezzel nem került véglegesen le a napirendről, mivel mind a jelenlegi kormány, mind pedig a jelenlegi ellenzék kormányon maradás, illetve kormányra kerülése esetén az új Mt.-t meg kívánja alkotni.

2. Itt vetődik fel mindjárt az a kérdés, hogy szükség van-e minden áron arra, hogy egy új Mt. váltsa fel a jelenlegit. A Konceptió (K.) megfogalmazói azzal indokolják az új Mt. megalkotásának szükségességét, hogy a jelenlegi hatályos Mt. közel 'félszáz' módosítást szenvedett el, ezen kívül pedig 'indokolatlanul' merevvé tette a munkafeltételeket, kizárva a felek megállapodási lehetőségét. Felveti a K. azt is, hogy a globalizáció okozta verseny „a munkáltatók működésének valamennyi ele-

* A tanulmány az OTKA T 046436 pályázatának támogatásával készült.

** Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Munkajogi- és Agrárjogi Tanszék, egyetemi tanár.

¹ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július.

² 2005:CLIV. tv. az Mt. módosításáról. Javaslat, 2005. szept. Munkaügyi Minisztérium.

³ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 3. o.

mét, így a munkaerő alkalmazását is a hatékonyság követelménye alá rendeli.⁴ Ezért a munkavégzés és a foglalkoztatás új szabályozása nem szorítkozhat a munkavállalói érdekeket túlzottan védő minimál-standardokkal teletűzdelt hagyományos munkajogi keretek közé. Ezen túlmenően az új Mt. mellett felsorakoztatott érvek között még az is szerepel, hogy az ipari munkavégzés automatizálása következtében a munkaerő egyre nagyobb mértékben a szolgáltatásba áramlik át,⁵ aminek folyománya, hogy a munkavállalók egyre nagyobb számban kis-, és középvállalkozásokban dolgoznak, ahol a foglalkoztatás formájául a tulajdonosok (üzembirtokosok) egyre inkább a munkaviszony helyett a *tartós vállalkozási és megbízási formában* kívánják foglalkoztatni a munkát végző személyt. Ezáltal a foglalkoztatás költségeinek egy jelentős része a foglalkoztatóról a foglalkoztatottra hárul át (tb.-járulék-, túlmunkapótlék-, szabadságfizetés alóli mentesülés).⁶ Ennélfogva a mai neoliberális globalizált gazdaságban általános jelenséggé vált a 'munkajogból való menekülés' folyamata, aminek részben jogilag elfogadhatatlan költségmegtakarítási célzatból, részben azonban a munkáltató részéről akceptálandó okokból kerül sor a K. megfogalmazói szerint.⁷ A K. megalkotói éppen ezért szükségesnek látják a *munkavégzés atipikus formáinak az előtérbe állítását* az új Mt.-ben, aminek egyúttal azt a célt is kell szolgálnia, hogy a gazdasági aktivitás növelése mellett a rejtőzködő foglalkoztatás is megszűnjön.⁸

3. Mindezekkel együtt a K. a *munkaügyi kapcsolatokat*, ideértve az érdekegyeztetés jogát és az üzemi tanács intézményrendszerét *leválasztva az Mt.-ről*, két külön törvényben kívánja *szabályozni* abból kiindulva, hogy az új Mt. alapvetően magánjogi szabály, míg az ún. 'kollektív munkajog' inkább közjogias jellegű.⁹ Mindjárt ez lesz az első olyan kardinálisnak tűnő javaslat, amelyet kritikai élel kívánunk e tanulmányban megtárgyalni.

4. Az itt megemlített és a K. I. részében szereplő Mt. módosításra irányuló és az új kodifikáció szükségességét megalapozni kívánó indok részletezéseként a II. rész az új szabályozás struktúrájára, karakterére és határaitra, valamint differenciáltságára, míg a III. rész az új Mt. szerkezetére és a főbb tartalmi változtatásokra irányuló elvi javaslatokat tartalmazza. Ezt követi a IV. részben a munkaviszonyra vonatkozó szabályok betartását ellenőrző jogintézmény-rendszer kiépítésére és az V. részben a munkaügyi viták (egyéni és kollektív jogviták és érdekviták), valamint az alternatív vitarendezés szabályainak a megreformálására irányuló új elképzelések bemutatása. A K. VI. része végezetül a munkajogi normák kodifikációs szempontú áttekintését tartalmazza.¹⁰

5. E kérdésekkel most a választásokat megelőző szakmai nyugalmi időszakban érdemes foglalkozni, mivel jelenleg a 'munkapolitika' is a választásokkal foglalkozik és

⁴ Uo. 3. o.

⁵ Uo. 3. o.

⁶ Uo. 4. o.

⁷ Uo. 5. o.

⁸ Uo. 5. o.

⁹ Uo. 6. o.

¹⁰ Lásd uo. egyes részek címeit.

így nyugodtan, tudományos mércének alávetve lehet elgondolkodni azon, hogy a K.-ban mi az, ami helytálló, és mi az, amely vitatható. A továbbiakban a fenti pontok sorrendjében kívánjuk megvizsgálni a K.-ban szereplő javaslatokat. Megpróbáljuk mindezt tárgyszerűen és tárgyilagosan megtenni annak ellenére, hogy a jelen írás szerzője és tagja volt annak a szélesebb körű Munkajogi Kodifikációs Bizottságnak, aminek közreműködésével ez az anyag elkészült.

II. A Konceptióban szereplő egyes témakörök kritikai vizsgálata

1/a. A globalizáció okozta versennyel összefüggésben álló munkahatékonyság növeléséhez fűződő munkáltatói érdek kétségtelenül a *munkaviszony rugalmasságát* és az *atipikus foglalkoztatási formák előtérbe állítását* igényli. E hatékonyságnövelés valóban szükségessé teszi a munkavállalói érdekek védelmét célzó minimálstandardok, és a velük összefüggő kógens munkajogi előírások felülvizsgálatát. Ez azonban nem jelentheti azok radikális szűkítését, csupán azoknak az indokolatlan túlzásoknak a leépítését, amelyeket a jóléti állam virágzásának a csúcspontján elsősorban szakszervezeti nyomásra, valamint a II. világháborút követő nagyfokú munkaerő kereslet miatt vezettek be. Ilyen volt a Német Szövetségi Köztársaság szén és acéliparát érintő azon előírás, hogy a felügyelő tanács taglétszámának 50%-át a munkavállalók delegáltjai kell, hogy adják, továbbá az is, hogy az üzemi tanács hozzájárulása nélkül az üzem dolgozójával szemben rendes felmondás nem volt gyakorolható.¹¹ A német üzemi alkotmánynak ezek az előírásai ma már kiveszőben vannak¹² és ugyanúgy a felmondásvédelmi törvény (KSchG.) hatálya sem az öt főt foglalkoztató üzemekre terjed ki 2005. január 1-je óta, hanem csak a 10 főt meghaladó munkavállalót foglalkoztató üzemekre.¹³ A minimálstandardok munkavállalókat érintő, a munkáltatók antiszociális és egzisztenciális bizonytalanságot teremtő, valamint az alapvető emberi jogokat sértő intézkedéseinek a megelőzésére hivatottak, a társadalmi stabilitás érdekében szükséges fenntartani éppen úgy, mint a polgári jognak a fogyasztói érdekeket védő kógens előírásait a szakmai és gazdasági erőfölényt laikus szervezetekkel szemben.

A munkáltatók egy jelentős része kifelé ugyanis a fogyasztói érdekeket támadó üzletpolitikát, befelé pedig a munkavállalók egzisztenciális, szociális és emberi jogait korlátozni törekvő humánpolitikát folytat. Ebből a szociológiai tényből kiindulva vitatjuk Kemenes Istvánnak mind a jogi szakirodalomban, mind pedig a Ptk. újrakodifikálásával összefüggésben megjelent koncepciók anyagának az egyes szerződésekre vonatkozó részében leírt azt az álláspontját, miszerint természetes jelenség, hogy az iparszerűen gazdasági tevékenységgel foglalkozó cégek maximális haszonra törekednek és ez elé a jog nem emelhet gátat.¹⁴ Ebből egyrészt az követ-

¹¹ Artur Nikisch: *Arbeitsrecht*, III. Band. 2. Aufl. J.C.B. Mohr, Tübingen, 1966, 7–12. és 625–649. o.

¹² *Uo.* 626–650. o.

¹³ Peter Hanau – Wolfgang Hromatka: Richterliche Kontrolle Hexibiler, Entgeltregelmvagen in Allgemeinen Arbeitsbedingungen, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (NZA), 11 (2005) 2. 73–78. o.

¹⁴ Kemenes István: *Az új Polgári Törvénykönyv Konceptiója*, Igazságügyi Minisztérium (soksz. Magyar Közlöny különszám) 2002. IV. könyv II. rész I. 1. IV. 1–3. pontok; Lásd *uo.* 93. o.

kezik, hogy a termelő erőfőlényt kialakítva kizsigerelheti a kereskedőt, a nagykereskedő beszállító a kiskereskedőt, a mezőgazdasági felvásárló a farmgazdaságot, ha pedig ezek egymással összefognak, a fogyasztók tömegeit hozhatják megélhetésüket veszélyeztető helyzetbe. Nem véletlen, hogy a gazdaság- és a szociálpolitika ilyen jellegű torzulásait megelőző és evégett a liberális chicagói közgazdasági iskola kialakította a határ-haszonelméletet,¹⁵ amelynek figyelembevétele a szociális béke szempontjából nagyon is kívánatos. Ezért szükséges iparszerűen gazdasági tevékenységgel foglalkozók haszonmaximálási törekvéseit megfelelő szociális mederben tartani, amely haszonmaximálási törekvés befelé, a munkavállalók, illetve a foglalkoztatottak irányában a munkavállalót védő minimálstandardok lebontására irányuló törekvésben nyilvánul meg.¹⁶

1/b. A munkáltatói és a munkavállalói érdekek megfelelő érdekösszhangja megkívánja, hogy a munkaszerződésnek és a foglalkoztatásnak a klasszikus munkaviszonyhoz képest attól eltérő, *atipikusnak* mondott formái alkalmazásra kerülhessenek. Ez azonban még nem indokolja azt, hogy az ilyen foglalkoztatásra irányuló tartós jogviszonyoknál a polgári jogon belül ne annak sajátos, a munkaviszonyra utaló szabályai érvényesüljenek. A ma alkalmazott atipikus foglalkoztatásnak minősített jogviszonyok egy része nem különbözik a tipikusként kezelt teljes munkaidős határozatlan idejű munkaviszonytól. Ez áll fenn a részmunkaidős és a határozott időre kötött vagy meghatározott munka elvégzésére kötött munkaviszonynál. Közülük az utóbbi átfordulhat vállalkozási vagy megbízási jogviszonyba, de csak akkor, ha nem áll fenn a foglalkoztató részéről szoros felügyelet és minden ténykedési fázisra kiterjedő utasításadási jog.

Ezzel együtt meg kell jegyezni, hogy a szolgálati, azaz a munkajogviszonynak nemcsak az ún. '*függő munka*' a tárgya, hanem az ún. '*szabad szolgálat*' is. Ez utóbbi az a foglalkoztatási típus, amelyet a felek közös megegyezés alapján legálisan akár munkaviszony, akár pedig tartós vállalkozási, vagy megbízási formában köthetnek meg. Ilyen jellegű lehet a házi-bedolgozás vagy a távmunka, a különböző cégek számára végzett rendszeres karbantartási, gépműködés-felügyeleti vagy könyvelési tevékenység, amelyet szellemi szabadfoglalkozású vagy önálló kisiparos végez. Ha a foglalkoztatott önálló céggel vagy vállalkozói igazolvánnyal rendelkezik, és még az őt tartósan foglalkoztatón túl mások megrendeléseit és megbízásait is elvállalhatja, valamint a törvényes munkaidőnek csak egy részében kell az őt tartósan foglalkoztatónál megjelenie, elsősorban célirányosan szükség esetén, akkor inkább vállalkozási-megbízási jogviszonyról van szó, nem pedig munkaviszonyról.

Abban az esetben viszont, ha akár teljes, akár részmunkaidőben közvetlen utasítás és ellenőrzés mellett vállalkozási vagy megbízási szerződéssel foglalkoztat az üzembirtokos munkát végzőket, egyértelműen a munkaszerződés kijátszásáról, azaz valószínű munkaviszonyt palástoló olyan kényszervállalkozásról vagy kényszer-megbízásról van szó, amelynek a rendkívüli munkavégzés esetén járó pótlék megfi-

¹⁵ Pavel A. Samuelson – William D. Nordhaus: *Közgazdaságtan*, Budapest, KJK, 1987, II. kötet, 592–593. o.

¹⁶ Prugberger Tamás: A kiszolgáltatottabb fél védelmének kérdése az új magyar Ptk. koncepciójának kötelmi jogi részében, *Polgári Jogi Kodifikáció*, 4 (2002) 3. 36–41. o.

zetése, továbbá a fizetett szabadság kiadásának, valamint a munka, és a pihenő-időre vonatkozó előírások betartásának a kötelezettsége alól kíván kibújni. Kirívó esete volt ennek, amikor 1999-ben a Fidesz–Kisgazda Polgári Kormányzás második évének elején a minimálbért az Országgyűlés a korábbi 26.000 Ft-ról 50.000 Ft-ra emelte fel. Ekkor ugyanis több helyen a munkáltatók a munkavállalók teljes munkaidőre szóló munkaviszonyát részmunkaidőssé alakították át úgy, hogy ugyanazon műhelyben és munkapad mellett 4 órát munkaviszonyban, 4 órát pedig tartós vállalkozási jogviszonyban töltöttek. Ebben az esetben egyértelmű volt, hogy a vállalkozási szerződés egy valóságos munkaviszonyt a tb. járulékfizetés összegének csökkentése érdekében palástolt, amelyben a második 4 órai munkavégzést mind a munkaügyi felügyelőségek és azok bírságkiszabó határozatait megtámadó munkáltatói kereseteket eldöntő bíróságok a Ptk. 207. § (4) bekezdése alapján is munkaviszonynak minősítették.¹⁷

Az ilyen egyértelmű kérdéseket minden további nélkül a munkaviszony javára a Ptk. előbb hivatkozott szakasza alapján el lehet dönteni. Vannak azonban olyan esetek, amikor ez nem annyira egyértelmű, vagyis amikor a foglalkoztatási jogviszony munkajogviszonynak, de vállalkozási-megbízási jogviszonynak is minősíthető. Ez áll fenn pl. az olyan komputeres, informatikai adatfeldolgozás esetében, amely a foglalkoztatott lakásán is végezhető és tulajdonképpen a foglalkoztató jogilag is elfogadható akaratától függ, hogy e jogviszony minek is fog minősülni. Ha a munkáltató költségmegtakarítást helyez előtérbe, akkor vállalkozói-megbízási szerződést fog a foglalkoztatottal kötni. Ha viszont a vállalati-üzemi titoktartást tartja előbbre valónak, a munkaszerződést helyezi előtérbe. Az ilyen egyszemélyes munkatársat nem alkalmazó 'vállalkozók' jogviszonyát a német-osztrák és a holland jog a szabad szolgálati szerződéshez hasonló jogviszonyként kezeli és *quasi* szolgálati jogviszonynak minősítve, a bírói gyakorlat rájuk nézve a munkajog valamennyi individuális és kollektív jellegű szabályát kiterjeszti.¹⁸ A frankofon jogterületen alkalmazott francia munkajogi szabályozás mindezt jogforrási úton is rendezi, kimondva, hogy az ilyen típusú munkavégzéseknél melyek azok, amelyeknél a *Code du travail* valamennyi individuális és kollektív jogi előírását alkalmazni kell, és melyek azok a munkavégzési formák, ahol a *Code du travail*nek a munkavállalók legfontosabb érdekeit védő minimál standardokat kell figyelembe venni. Ezek is azonban a munkajogviszony leglényegesebb területeire vonatkoznak. A francia munkajogban ezek a minimálbérrel, a munkaidő maximálással, a fizetett szabadsággal, a felmondási védelemmel függenek össze.¹⁹

Mindez arra utal, hogy a *munkajogból való kimenekülést az Európai Uniónak az Európai Gazdasági Közösségből átkerült régi tagállamai nem akceptálják, sőt ellen-*

¹⁷ Prugberger Tamás: A tartós kényszervállalkozási és megbízási szerződés, *Napi Jogász*, 4 (2003) 7–8., 11. o.

¹⁸ Michael Wittner: *Arbeits-, und Sozialverordnung (Ausgewählte und eingeleitete Gesetz-texte)* 24 (1999) Band Verlag, 809–811. o.; Heerma van Voss: *Inleiding Nederlands Sociaalrecht. Derte druk. Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2003, 39–40. o.*

¹⁹ A francia jogban az 1. csoporthoz tartoznak: a.) üzletkötők (Art L. 751-1. etc. C.T.); b.) újságírók (761-1 etc.) c.) művészek (762-1) d.) manókenek (763-1). A 2. csoporthoz: a.) házi bedolgozók (721-1 etc.) b.) házmester (771-1. etc.) háztartási alkalmazott. (772-1); d.) babysitter (773-1. etc.); ruhátáros és programeladók (781-1-1.); kereskedelmi ügyvezető (781 782). Sandra Isenberg, Trier, IAAEG

intézkedéseket tesznek, meggátolva azt, hogy ez a forma mind a munkavállalók, mind pedig az állam és vele együtt a közjogi vetületű társadalombiztosítási önkormányzatok sérelmére elterjedjenek. *Ezt figyelembe véve nem tartjuk helyesnek a K.-nak azt a törekvését, hogy az atipikus foglalkoztatásnak ezen formáit részben, vagy egészben kivegye az Mt. szabályozási köréből.* A K. alkotói által is fontosnak tartott gazdasági aktivitás a szűkítéssel egyáltalán nem növekedne, ugyanakkor a rejtőzködő foglalkoztatás lehetősége szélesedne.²⁰

1/c. A K. I. része arra is utal, hogy az új Mt. nem szorítkozhat a hagyományos munkajogi keretek közé. Megítélésünk szerint ma sem szorítkozik oda. *A nyugat-európai munkajogi szabályokhoz hasonlóan a mai magyar Mt. is alkalmas arra, hogy előírásainak a figyelembe vételével rendezzék a felek a munkajogviszonyt a tipikus és atipikus foglalkoztatási formák esetében, s ugyanígy a ma hatályos munkajogi szabályok egyaránt alkalmazhatók a nagyvállalati, valamint a közép-, és kisüzemi vállalat-szervezeti keretek között.* Ugyancsak egyformán alkalmasak a ma hatályos Mt. rendelkezései arra, hogy megfelelőképpen rendezzék egyfelől a függő munkát, másfelől a szabad szolgálatot. Az ún. függő munkavégzésnek, de ugyanígy a szabad szolgálatnak is, az összes eddig tárgyalt formája egyaránt kialakítható a jelenlegi munkajogi szabályozás keretei között, és e szabályok alapján megfelelő módon rendezhető a munkaviszony a termelői, a kereskedelmi és a szolgáltató iparban egyaránt. Elég csupán kimondani – amit jelenleg is kimond az Mt. –, hogy mely területeken nem kell vagy nem lehet alkalmazni bizonyos munkajogi intézményeket. A jelenleg hatályos Mt. a nyugat-európai jogokkal egyezően mondja ki, hogy az üzemi tanács vagy a speciális felmondásvédelem csak meghatározott vállalati méretek felett alkalmazható, illetve alkalmazandó, ami vonatkozik a kollektív szerződésre is. Az már viszont helytelen, hogy a jelenlegi Mt. 175. §-ának (1) bekezdése indokolatlanul kiveszi a kisvállalatokat az objektív munkáltatói felelősség alól.²¹

1/d. Összegezve az eddigieket, *szükségtelemnek* érezzük a munkajogi szabályozásnak a *foglalkoztatási formáktól*, a vállalati méretektől, és a működési profiltól függő *parcellázását*. Ilyet a nyugat-európai jog is csak részben azért csinál, mert előírásai különböző törvényekben találhatók meg a fokozatos és szerves jogfejlődés következtében. Nálunk Magyarországon ez a szerves jogfejlődés a munkajog vonatkozásában megakadt és formailag jó, tartalmában azonban több vonatkozásban közszolgálatias jellegű egységes munkajogi kodifikáció alakult ki.²² Erre tekintettel – megítélésünk szerint – azokat a jog az 1992:XXII. tv.-t megelőzően megalkotott sztrájk törvényt (1989:VII. tv.) kiegészítve a kizárással, vagyis a lock out-tal, továbbá az ezt követően megalkotott munkavédelmi törvényt (1993:XCIII. tv.), a munkáltató fizetéseképtelenné válásával összefüggő bérgarancia alaptörvény

²⁰ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 5. o.

²¹ Kiss György: *Munkajog*, Budapest, Osiris, 2000, 242. o.; Prugberger Tamás: *Európai és magyar összehasonlító munka- és közszolgálati jog*, Budapest, KJK-KERSZÖV, 2002.

²² Kiss György: *Munkajog*, Pécs, Pécsi Egyetemi Kiadó, 1997. I. kötet. 24. o.; Peine – Heinlein: *Beamten-recht*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999.

(1994:LXVI. tv.), valamint az alkalmi munkáról szóló törvényt szintén be kellene dolgozni az Mt.-be. A munkaküzdelmet az Mt.-nek a munkaügyi kapcsolatokat tárgyaló részébe, az európai üzemi tanácsról szóló 2003:XXI. tv.-t pedig az üzemi tanácsról szóló fejezetbe önálló alcímként. (Itt jegyezzük meg, hogy kár volt onnan kivenni, ha már egyszer ott volt²³.) Az alkalmi munkavállalás az Mt. atipikus munkaviszonyokat tárgyaló fejezetébe tartozik, amelyet a munkaerő-kölcsönzést követően kellene elhelyezni. Ez utóbbi felvetésünk összecseng a K. I/7. pontjával, amelyben utalás történik arra, hogy a Foglalkoztatási Törvény (1991:IV. tv.) 'hatókörének bővítésével garantálni kellene, hogy munkajövedelmük elvesztése esetén a gazdaságilag függő személyek is támaszkodhassanak a munkaerőpiac aktív és passzív eszközrendszerére'.²⁴ Itt a K. nyilván figyelembe vette a Hartz-reformmal kialakított és 2005. január 1-vel hatályba lépett új jogi rendezést, amely az önfoglalkoztatási jellegű alkalmi munkavállalás intézményét, az ún. 'Ich AG.' intézményét vezette be.²⁵

2/a. A K. II. része három nagy kérdéskörrel foglalkozik. Az első az, hogy a jövőbeli magyar munkajogi szabályozás kódex jellegű maradjon-e, vagy az egyes munkajogi intézmények külön törvényekben nyerjenek-e szabályozást, miként ez a nyugat-európai államok többségében fenn áll. A K. e vonatkozásban helyesen továbbra is az egységes munkajogi kódex szabályozás mellett foglal állást.²⁶ Ennek indokait azonban a K.-val ellentétben bizonyos fokig másként látjuk. Az egységes munkajogi kódex melletti álláspontot a K. alkotói a magyar jogtörténeti és jogpolitikai tradíciókkal támasztják alá. Megítélésünk szerint ilyen tradíciókról nem igen lehet szólni, tekintettel arra, hogy a II. világháború végét követő kommunista hatalomátvételig és jogrendszer-átalakításig Magyarországon a munkajogi szabályozás a Curia ítélezési gyakorlatán nyugodott és csak egyes gazdasági ágazatokra és ottani munkavállalási formákra, valamint munkakörökbe volt törvényi, miniszterelnöki (MESz) vagy miniszteri rendeleti szabályzás.²⁷ A munkajognak ezeket a bírói alkotta szokásjogi normáit, valamint a fenti jogforrásokkal megfogalmazott szabályait a mai kollektív szerződés elődjét képező 'munkaszabályzati szerződések' adaptálták az egyes ágazatok és vállalatok konkrét működési és munkaviszonyaira.²⁸ Magyarországon csak a központi tervutasításos szocialista gazdasági rendszer kialakításával és a törpe vállalatok kivételével történt vállalatállamosításokat követően az 1951:VII. tv.-nyel alkották meg a kétszeres módosításon (1953. és 1964.) átesett első Munka Törvénykönyvet, amelyet 1967-ben a II. tv.-nyel, egy újjal cseréltek

²³ Prugberger Tamás: Az európai üzemi tanácsról szóló új magyar jogi szabályozás, *Napi Jogász*, 4 (2003) 5. o.

²⁴ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 6. o.

²⁵ Holgers Schäfer: *Das Hartz-Konzept. Arbeitsmarktreform ohne Biss*. Essen, Deutsche instituts-Verlag, 2005, 22–25. o.

²⁶ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 7–8. o.

²⁷ Vincenti Gusztáv: A munka jogviszonyai, in: *Magyar Magánjog IV. Kötelmi jog, különös rész* (szerk: Szladits Károly), Budapest, Grill K. Könyvkiadó, 1942, 584–640. o.

²⁸ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 562–563. o.

fel.²⁹ Miként már erről szó esett, ez mind nem volt más, mint az egységes közszolgálati rendtartásnak az állami vállalati alkalmazotti jogviszonyra történő adaptálása. Az állami vállalatot ugyanis a rendszer az állami gazdaságirányítás legalsó szintű elosztó egységének tekintette.³⁰ Ennek megfelelően a két Mt. közül egyik sem szabályozta a munkaügyi kapcsolatokat, miként a jelenlegi Ktv. sem.³¹ Itt tehát egy kényszerkodifikálásra került sor, ami viszont előremutató. Nem volt viszont előremutató az, hogy ez a munkajogi kodifikáció teljesen elhatárolódott a Ptk.-tól, aminek hatása a jelenlegi Mt.-ben még mindig érződik.

A nyugat-európai polgári államokban a munkajog fokozatos kialakulásának és szerves fejlődésének a következményeként egységes kódex nem tudott kialakulni, csak egyes intézmények külön törvényekkel történő részletszabályozása. Ugyanakkor részben a két világháború között a nemzeti szocialista Németországban és a fasiszta Olaszországban, részben pedig az 1960-as és 70-es években a jóléti piacgazdaság rendszerének időszakában Németországban és Ausztriában történtek kísérletek munkajogi kódex megalkotására, azonban mindkét esetben sikertelenül. A hitleri időszak *National Arbeitsgesetz*-e a náci uralom alatt nem emelkedett jogerőre. Így az a magyar 1928-as Magánjogi Törvényjavaslatához hasonlóan informális módon került csak alkalmazásra a bírói gyakorlatban.³² Mussolini *'Carta del Lavoro'*-ja a II. világháborút követően esett szét.³³

Az 1940-es és 50-es évtizedforduló német és osztrák kodifikációs kísérletei anynyiban hoztak részeredményt, hogy az érdekegyeztetés joga a kollektív szerződés jogával együtt egységes szerkezetbe foglalva *'Tarifsvertragsgesetz'*-ben (1949), míg az üzemi tanácsrendszer az ún. *'Betriebsverfassungsgesetz'*-ben (1952, Németország), illetve *'Arbeitsverfassungsgesetz'*-ben nyert szabályozást.³⁴ E vonatkozásban a többi nyugat-európai állam is hasonlóképpen áll, mivelhogy az országos és az ágazati tarifátárgyalások joga és a kollektív szerződés (tarifális jog) az üzemi tanácsrendszerrel együtt a BENELUX államokban az Ibériai félsziget két latin államában ugyancsak két átfogó, egy érdekegyeztetési-tarifális és egy üzemi tanácsai részkódexben szabályozva van. Sőt a BENELUX államokban ez még kiterjed az érdekvitákra is.³⁵

Franciaországban sikerült csupán három kötetben egységes munkajogi kódexet létrehozni, a *'Code du travail'*-t. Ezért itt a *'Code de Civil'* a munkaszerződést teljesen keretjellegűen szolgálati szerződésként *'contrat de luage'*-nek elnevezve említi meg, egyaránt vonatkoztatva azt a függő és a szabad munkára.³⁶ Belgiumban is a

²⁹ Radnay József: *Munkajog*, Budapest, Szent István Társulat, 2004, 42–43. o.

³⁰ Ficzere Lajos: *Az állami vállalat a gazdaságirányítás új rendszerében*, Budapest, KJK, 1970, 87. o.

³¹ Kiss György: *A piac és az emberi tényező*, Budapest, Balassi Kiadó, 1995, 32–56. o.

³² Artur Nikisch: *Arbeitsrecht 2. Aufl.*, I. Band. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1966. § 4. 24–28. o.; Theo Mayer-Mali: *Österreichisches Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht*, Wien, Springer, 1989

³³ *Iura Europae (Droit du travail-Arbeitsrecht)*, C. H. Beck Verlag, München-Éditions Techniques Iuris Classeuro. Paris I. 40.00–2-4.

³⁴ *Iura Europae I. Band*, 10.60. I. 2. B. Kodex des österreichischen Rechts. Arbeitsrecht Linde. 4. 1–5. 29–160. o.

³⁵ *Iura Europae* I. 20.50–60. (Belgium); II. 50.50–1–43 (Luxemburg); II. 60.50–1–3 (Hollandia) Employee participation in Europe. EIRR Report number four. European Industrial Relations Review. Portugal, Spanien.

³⁶ *Code Civil*. Titre huitieme. Du contrat de louage. Art. 1708.

*Code Civile*nek ez a lakonikus szabálya van hatályban, itt viszont a munkajog részletszabályait egy a *Code du travail*-hoz hasonló tartalmú rendszerezett olyan jogszabálygyűjtemény pótolja, mint amilyen szerepet a magyar büntetőjogban a Csemegi-Kódex különös részének széthullását követően a BHÖ töltött be 1962-ig.³⁷

2/b. A többi nyugat-európai polgári államban, ahol nem tudott kialakulni sem gyűjteményes, sem törvényi formában kodifikált individuális munkajogi szabályozás, ott a munkaviszony és a munkaszerződés strukturális és tartalmi kérdéseit a munkavállalói érdekeket védő minimál standardokra is kiterjedő viszonylag részletes polgári törvénykönyvbeli vagy önálló munkaszerződés törvényi rendezés érvényesül. Viszonylag részletes munkaszerződési szabályozást tartalmaz a német BGB., az osztrák ABGB., az olasz *Codice Civile*, a svájci *Obligationsgesetz* (OR.), továbbá a holland *Burgerlijk Wetboek*.³⁸ A skandináv államokban, ahol a polgári jog még mindig az 1959. előtti magyar állapothoz hasonlóan a bíró alkotta jogon nyugszik, a munkaszerződést a többi alapszerződéshez (adásvételi szerződés, vállalkozási szerződés, stb.) külön törvény rendezi.³⁹

Összefoglalva az eddigieket, míg a nyugat-európai államokban a fokozatos munkajog fejlődés folytán alakult ki egységes munkajogi kódex és bár törekvések vannak a kodifikálásra, e törekvések eddig legfeljebb fél sikert értek el, addig Magyarországon a többi posztkommunista államhoz hasonlóan, kényszer jelleggel, a munkajog kodifikálása megvalósult. Nálunk a forma lett jó, a tartalom azonban nem, ezzel szemben a nyugat-európai államokban a tartalom alakult ki jóként, csak a forma maradt el. A jó formát nekünk meg kellett teljes egészében tartani, és csak a tartalmat kellett a nyugat-európai modellnek megfelelően átalakítani. Megítélésünk szerint ez az 1992:XXII. tv.-nyel nagy vonalakban sikerült megvalósítani, és ahol kellett, az időközi módosításokat, a korrekciót elvégezték.

a.) Ebből az aspektusból nézve helyesnek tartjuk, hogy a K. a kódex megtartása mellett foglal állást. Azt viszont *kifogásoljuk, hogy az új Mt.-ről le akarja választani a kollektív munkajogot*.⁴⁰ Azzal, hogy az érdekegyeztetési tárgyalások rendjét és az érdekvédelmi szervezetek jogait és kötelezettségeit nem rendezi, elszakítaná ezt az intézményt az ágazati kollektív szerződésektől, amelyeket viszont a vállalati kollektív szerződésekkel együtt az Mt.-ben szabályozni tervez. A K., megítélésünk szerint, túlhajtja az érdekegyeztetés közjogi jellegét. Abban kétségtelenül az állam is részt vehet, de van, amikor távol tartja magát tőle. A magyar rendszerben ezért az érdekegyeztetés *tripartit* és *bipartit* egyaránt lehet.

Ugyanakkor az állami részvétellel *tripartit* módon és az anélkül kétoldalúan kötött általános vagy ágazati 'interorganizációs' kollektív szerződés éppen olyan magánjogi hatállyal kell, hogy rendelkezzen, mint a firma (vállalati) kollektív szerződés. A ma hatályos hazai érdekegyeztetési szabályozásban az látszik problemati-

³⁷ *Iura Europae*, I. 20.00 I/1.2.

³⁸ Manfred Rehinder: *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Bern, Stampfli et Cio, 2002, 22–24. o.

³⁹ *Iura Europae*, III. 70.00-1-6 (Dánia); www.bsz-bw.de 2005. november9.; Frederik Nordlöf: *Arbeitsrecht in Schweden* 1-49. o., Martin Henssler: *Arbeitsrecht in den europäischen Mitgliedsländer* 985-1033. o.

⁴⁰ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 8–9. o.

kusnak, hogy az Mt. 17. §-a értelmében bizonyos kérdésekben a kormány a parlamenthez történő törvényjavaslat benyújtás előtt egyeztetni köteles a koalíciós partnerekkel, és ha ott e kérdésekben megegyezik velük, akkor az köti őt. Egyéb ügyekben megállapodhat a kormány vagy a munkaügyi miniszter a szociális partnerekkel, de ezeket a Legfelsőbb Bíróságnak egyértelműen az európai munkajogi normákkal ellentétes gyakorlata értelmében nem kell, hogy betartsa, mivelhogy nem jogforrások, sem nem polgári jogi szerződések.⁴¹ A Legfelsőbb Bíróság – az érdekegyeztetés keretében kötött *tripartit* kollektív szerződéseket – figyelmen kívül hagyva a nyugat-európai államok gyakorlatát nem minősíti kollektív szerződéseknek. Ezáltal mentesíti az államot a *'pacta sunt servanda'* elv betartása alól.

A K.-nak a koalíciós jognak az új Mt.-ről való leválasztása helyett inkább annak az Mt.-ben fennálló jelenlegi joghézagnak a kitöltésével kellene foglalkoznia, ami abból adódik, hogy a munkáltatói érdekvédelmi szervezetek jogai és kötelezettségei, továbbá a mindkét oldalon lévő koalíciós partnerekre vonatkozó reprezentatív tási kikötések nincsenek tisztázva. Ugyanígy nincsen rendezve az ágazati érdekegyeztetés fórumrendszere sem. E téren a többi posztkommunista közép-, és kelet-európai állam, valamint a nyugat sokkal előbbre áll.⁴² Maga a K. és a II/3. pontban utal arra, hogy e tekintetben szükséges rendet teremteni, és a megfelelő szabályozást elkészíteni, amivel egyet is értünk, csak hogy mi ezt egy egységes Mt.-n belül képzeljük el.

Ugyanez az álláspontunk az *üzemi tanács* és az *üzemi megállapodás* intézményével kapcsolatban is. Tekintettel arra, hogy a magyar Mt. nem a duális, *quasi* parlamenthez hasonlóan működő hely, a luxemburgi és skandináv típusú üzemi tanácsai rendszert⁴³ alakította ki, hanem a német–osztrák–holland rendszerű monista üzemi tanácsrendszert, ahol az Üt. üzemi megállapodást kötve, tehát kontraktussal meg tud egyezni a munkáltatóval. Ezért itt is erőteljesen dominál a magánjogi jelleg. Itt egyébként semmilyen közjogi vonatkozás nincsen, mivel itt az állam ennél a rendszernél semmilyen szerepet nem játszik. Lényegében ugyanez a helyzet a német *bipartit* érdekegyeztetési tárgyalásoknál is. A német jogdogmatika ezért a koalíciós jogot is egyértelműen magánjogi intézményként kezeli.⁴⁴ De ott is, ahol az érdekegyeztetés joga *tripartit* jellegű, annál fogva, hogy az kollektív szerződéskötésre irányul, a magánjogi jelleg erőteljesen megjelenik. Ezen kívül tekintetbe kell venni azt is, hogy a közigazgatás is erőteljesen magánjogiasodik, mivel illeték fejében végzett szolgáltató jellege egyre szélesedik.⁴⁵ A közszállítási szerződések pedig

⁴¹ Prugberger Tamás: A köztisztviselői létszámleépítés hozott bírósági ítéletek problematikus vonásai, *Magyar Jog*, 52 (2005) 6. 334–336. o.

⁴² Prugberger Tamás: *Európai és magyar összehasonlító munka-, és közszolgálati jog*, Budapest, KJK-KERSZÖV, 2002, 78–95. és 463–474. o.

⁴³ Prugberger Tamás: *Európai és magyar összehasonlító munka-, és közszolgálati jog*, Budapest, KJK-KERSZÖV, 2002, 138–139. o. (Svédország); 139–144. o. (Belgium); 145–152. o. (Luxemburg).

⁴⁴ Kiss György: *A piac és az emberi tényező*, Budapest, Balassi Kiadó, 1995, 133–142. o. és 153–169. o.

⁴⁵ Reiner Schmidt: *Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allg. Teil*. Springer Verlag. §§10–11.; Torma András: *Európai közigazgatás, régiók, önkormányzatok*, Budapest, Virtuóz, 2001, 142–150. o.; Imrik Stanek: *Die Landwirtschaft in Ost und West*, Stuttgart, Umtar Verlag, 1975; Harmathy Attila: *Szerződés, közigazgatás, gazdaságirányítás*, Budapest, KJK, 1983.

egyértelműen vegyes jellegűek, vagyis köz-, és magánjogi tartalmúak egyaránt.⁴⁶ Ez is amellel szól, hogy a K.-ban sematikus azon álláspont, amely az érdekegyeztetés, a kollektív szerződés és a munkaszerződés közötti összefüggéseket különálló kollektív és individuális munkajogi kódex megalkotásával szét akarná választani.

b.) Ami a 'flexicurity' irányában történő elmozdulást és az atipikus formák előtérbe állítását illeti, azokkal kapcsolatos álláspontunkat az előző pontban kifejtettük és azok túlnyomó többségben egyeznek a K. álláspontjával. A *munkaidő rugalmasítása*, így a csúsztatott munkaidő alkalmazása kollektív-, és egyedi munkaszerződésbe tartozó kérdés.⁴⁷ A 'flexicurity' azonban erőteljesen érinti a *foglalkoztatási formákat*, különösen a próbaidőt, a határozott idejű munkaszerződést, a munkaviszony helyett a tartós vállalkozási-megbízási foglalkoztatást, amelyekkel kapcsolatos visszaélésekről a II/1. pontban már szoltunk. Itt csak annyit említünk meg, hogy a gyakorlatban általánossá vált, hogy próbaidőre nem fizetnek bért, amit sokszor ingyenes tanfolyammal álcáznak. A munkáltatók nem kevés része a munkavállalókat túlórára kötelezi túlórapótlék fizetése nélkül. Gyakran csak ennek érdekében alkalmazzák a munkaidőkeretet, mivel az azon belül történő bonyolult elszámolási rendszerben össze lehet mosni a túlórák után járó kisebb összegű és a heti pihenőnapokon végzett munka esetén járó nagyobb összegű pótlékokat a kevesebb összeg kifizetése érdekében.⁴⁸

Ebből az tűnik ki, hogy a munkaidőkeretet nem a 'flexicurity', azaz a munkavégzés rugalmassá tétele érdekében, hanem a munkavállaló megrövidítésére használják fel. A munkáltató a munkavégzésnek a K.-ban megjelölt hatékonysági célkitűzését tehát inkorrekt módon fogja fel. Egyértelműen az igazságot tükrözi a K.-nak az az állítása, hogy „a rossz munkaerő piaci helyzet a kiszolgáltatott pozícióban lévők megfélemlítéséhez vezet, az érintettek egzisztenciális okból nem indítanak pert, s nincsenek szakszervezetek, amelyek a kollektív fellépés eredményeként biztosítanak a védelmet és az Mt. hatályosulását”.⁴⁹ A terápia tekintetében azonban a K. már utat téveszt.⁵⁰ Azzal, hogy az új Mt. önkéntes jogkövetési tartalommal töltene meg a munkajog intézményeit, semmit sem érne el. A munkáltató ettől nem alakul át.⁵¹ Egyedül a munkaügyi ellenőrzés szigorítása és következetessé tétele oldaná meg az ezzel kapcsolatos problémát.

⁴⁶ Imrik Stanek: *Die Landwirtschaft in Ost und Wert*, Stuttgart, Umter Verlag, 1975; Harmathy Attila: *Szerződés, közigazgatás, gazdaságirányítás*, Budapest, KJK, 1983.

⁴⁷ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 9. o.; A flexicurity elméleti feldolgozását lásd Ulrich Zahert: *Flexicurity im Arbeitsrecht*, Mitteilungen des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen. Instituts des Deutschen Gewerkschaftsbundes, 2000, 283–290. o.

⁴⁸ Neumann László – Nacsá Beáta: A rugalmas alkalmazkodást lehetővé tevő szerződéstípusok, munkahelyi szintű együttműködés a társadalmi partnerekkel a munkaszervezet modernizálására, különös tekintettel az Mt. 2001. évi módosításának hatásaira, in: *Foglalkoztatást elősegítő munkaügyi kutatások* (szerk: Pongrácz László) Budapest, Munkaügyi Kutatások Szakmai Műhelye, 2005, 222–227. o.

⁴⁹ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 9. o.

⁵⁰ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 10. o.

⁵¹ *Uo.* 10. o.

3. A K. III. része az *új Mt. szerkezetére* és a szabályozás több *tartalmi változtatására* irányuló elgondolásokat tartalmazza. Ami az Mt. szerkezetét illeti – úgy tűnik – a jelenlegit kívánja fenntartani, mivel a munkaviszony alanyait, a munkaviszony fogalmát és tartalmát érintő témakör után a munkaviszony megszűnése és a megszüntetése követi a munkajogi felelősségre vonatkozó módosítási javaslatokat. Logikus az lenne, ha a munkaviszony megszűnése és megszüntetése a munkaviszonyra vonatkozó rész utolsó fejezeteként kerülne tárgyalásra.⁵² Megítélésünk szerint az lenne a helyes, ha az új Mt. is ebben a rendszerben helyezné el a munkajognak ezt az intézményét. Ezt figyelembe véve, eltérve a K. rendszerétől, az általunk javasolt rendszer figyelembevételével írjuk le az idevonatkozó kritikai észrevételeinket.

a.) Ami a *munkaviszony alanyait* illeti, a K. szerint „meg kell állapítani az egyes különös helyzetben lévő alanyok (pl. korlátozottan cselekvőképeseek, cselekvőképtelenek) foglalkoztatására vonatkozó szabályokat”.⁵³ Ez a felvetés jó. Mielőtt azonban e kérdésre rátérnénk, indokolt felhívni a figyelmet arra is, hogy a munkáltató jogalanyiságával is bővebben kellene foglalkozni. A jelenleg hatályos Mt. 73. §-a ugyanis csak annyit mond, hogy munkáltató az lehet, aki jogképes. Ennek figyelembevételével munkáltató csak jogi-, és természetes személy lehetne. Ugyanakkor a gyakorlatban minden további nélkül munkáltatói jogalanyként szerepelnek jogi személyiség nélküli polgári jogi társaságok és gazdasági társaságok, mint amilyen a Kkt. és a Bt. Indokolt lenne a jelenlegi szabályt kiegészíteni azzal, hogy munkáltató jogi személyen kívül nyilvántartásba, illetve cégnyilvántartásba vett saját cégnév alatt működő perképes társaság is lehet. Ez megfelelne annak a jogalanyiságról vallott felfogásunknak, mely szerint önálló jogalanyisággal minden cégnyilvántartásba vett természetes személy és azok társasági közössége rendelkezne, még akkor is, ha nem minősül jogi személynek. A jogalanyiság ezáltal tulajdonképpen a perképesség fogalmának a kiterjesztését jelentené. Ebben az esetben a jogi személyiséggel nem rendelkező társaságok is a saját nevükben szerezhethének jogokat és vállalhatnának kötelezettségeket, a társasági tagok azonban a kötelezettségekért továbbra is a saját vagyonukkal felelnek, ellentétben a jogi személyiséggel rendelkező társaság tagjaival.⁵⁴ Ezt kellene deklarálni a munkáltatói jogalanyisággal kapcsolatosan az Mt.-ben is, ami a munkáltatónak a munkavállalók irányában fennálló felelőssége szempontjából volna elsődlegesen jelentős.

Ami a munkavállalók jogalanyiságát illeti, helyesen veti fel a K., hogy a cselekvőképességnek a jelenleginél részletesebb szabályozása indokolt lenne. Megítélésünk szerint e téren a polgári jog általános szabályai szerint kellene eljárni a munkaszerződés-kötés tekintetében, miként ez a legtöbb nyugat-európai országban

⁵² *Európai és magyar összehasonlító munka-, és közszolgálati jog* című könyvünk (Budapest, KJK-KERSZÖV, 2000, 2001, 2002.) rendszere ezt követi, és így adjuk elő a tananyagot a Miskolci és a Debreceni Egyetemen.

⁵³ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 12. o.

⁵⁴ Lásd A gazdasági társaságokról szóló 1997:CXLIV. tv. 85. § (2) (Kkt.) és 103. § (2) (Bt.), valamint a 129–133§ (Kft.).

fennáll.⁵⁵ Eszerint korlátozottan cselekvőképes kiskorú és cselekvőképességet korlátozó gondnokság hatálya alatt álló nagykorú természetes személy munkaszerződést csak törvényes képviselőjének hozzájárulásával köthetne, amire a kiskorúak esetében a 94/33. sz. EKG irányelv alapulvételével a 15. életév betöltését követően kerülhetne csak sor. Ez alól csak a sport, művészi, manökeni rövid ideig tartó tevékenység jelent kivételt, amelyre vállalkozási jellegű tartalommal a 12. életévét betöltött kiskorú szülője vagy gyámja hozzájárulásával maga is köthetne szerződést. 14 éves életkor alatt pedig a szülő, illetve a gyám köthetné meg továbbra is a szerződést. Mindkét esetben azonban a szerződés megkötéséhez továbbra is fenn kell tartani a gyámhatósági jóváhagyást, elsősorban a 'pedofil' jellegű visszaélések megelőzése érdekében. A cselekvőképességet kizáró gondnokság alatt állók esetében most is a Ptk. előírásainak megfelelően a gondnok köti meg a munkaszerződést.

Mármost ami általunk minél előbb megváltoztatandó jelenlegi magyar szabályozást illeti, mely szerint a korlátozottan cselekvőképes kis-, és nagykorúak törvényes képviselőjük hozzájárulása nélkül is megköthetik munkavállalóként munkaszerződésüket, abból adódik, hogy a Magyar Királyi Curia elvi döntéssel néhány nyugat-európai ország hasonló gyakorlata nyomán lehetőséget adott erre.⁵⁶ Abban pedig, hogy több országban ilyen gyakorlat alakult ki, az játszott közre, hogy a könnyűiparban az üzemtulajdonosok szívesen alkalmaztak női munkaerőt kívül kiskorúakat is, mivel kezűgyességük jobb volt, mint a felnőtteké.⁵⁷ Mára viszont ez a szempont irrelevánssá vált, ellenben egyre nagyobbá vált annak a veszélye, hogy 'mafiózók és drogkereskedők' illegális vagy fél-legális munkaügyi hálójába kerülhetnek korlátozott felfogó képességgel rendelkező, tapasztalatlan személyek.

b.) A *munkaviszony*nak, mint kötelelemnek a *tartalmát* és *fogalmát*, a K.-val elentétben,⁵⁸ – megítélésünk szerint – nem az Mt.-nek kell meghatároznia, hanem a Ptk.-nak. A Ptk. tartalmazza ugyanis az összes nevesített szerződést, így a munkaszerződéshez közelálló, ugyancsak munkavégzéssel összefüggő vállalkozási és megbízási szerződést. Ezért részben a hasonlóságok és a különbségek kimutatásával és az egyes jegyek szerinti egymástól történő elhatárolással sokkal könnyebb kimutatni a munkajogviszony és a munkaszerződés alapvető jegyeit és azt, hogy miben különbözik a vállalkozási és a megbízási szerződéstől. A Ptk.-nak az egyes szerződéseket szabályozó részében lehet ugyanis legmegfelelőbben kimutatni, hogy míg a vállalkozásnál és a megbízásnál a megrendelőtől, illetve a megbízótól való függés nem olyan szoros, mint a munka-, illetve a szolgálati szerződésnél, továbbá azt is, hogy az előző két szerződéstípusnál a tevékenység megszervezésében és végzésében a vállalkozónak, megbízottnak a munkavállalóhoz viszonyítva,

⁵⁵ Prugberger Tamás: A korlátozottan cselekvőképes személy munkaszerződés kötésének problémája *de lege lata* és *de lege ferenda*, *Jogtudományi. Közöny*, 55 (2000) 7-8. 299–303. o. (külföldi forrásmegjelölésekkel együtt).

⁵⁶ Lásd a Magyar Kir. Curia 63. sz. elvi határozatát, ismerteti Vincenti Gusztáv: A munka jogviszonyai, in: *Magyar Magánjog IV. Kötelmi jog, különös rész* (szerk: Szladits Károly) Budapest, Grill K. Könyvkiadó, 1942, 564. o.

⁵⁷ Mayer-Maly: i.m. 57-58. o.; Alfred Söllner: *Arbeitsrecht*, Kohlhammer, 17. o.

⁵⁸ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 12–13. o.

nagyobb döntési szabadsága van. Itt lehet pregnánsan kimutatni azt is, hogy míg a vállalkozás eredménykötelmi jellegű, ugyanakkor a munkajogviszony és a megbízási jogviszony nem az, de a munkajogviszonynál az eredmény valamilyen formában mégis figyelembevételre kerül (pl. selejtes munka díjazásmentes újra elvégzettetése), míg a megbízásnál csak a gondos ügyvitel.⁵⁹ Mindezt figyelembe véve az Mt.-ben csupán a munkaviszonynak a két alapvető tartalmi formáját lenne szükséges egymástól elválasztani, mégpedig a függő munkát a szabad szolgálattól.⁶⁰

c.) A *munka*-, és a *pihenőidő* szabályozása tekintetében a K. a szabályozás rugalmasítását hangsúlyozza⁶¹. Ez részben ma megtörtént. Ez a rugalmasítás azonban nem mehet sem az élő munkaerő regenerálódásának, sem pedig a magán- és családi élet a rovására. Ez azt jelenti, hogy a napi *túlmunkát* továbbra is így indokolt korlátozni, hogy az a napi 4 órát ne haladhassa meg, és egy héten belül három egymást követő munkanapnál több ne lehessen. Azt viszont lehetővé lehetne tenni, hogyha a túlmunkára nem egymást követő napokban kerül sor, akkor még egy negyedik napnál is egy héten belül alkalmazható legyen. Igen komoly probléma a munkaidő és a pihenőidő mai hatályos szabályozásával kapcsolatosan az, hogy az Mt. 117/B. § (3) bek.-ben és a 118/B. § (3) bek.-ben megfogalmazott szabályok ellentétesek a 2000/94. sz. EK. irányelvvel módosított 93/504. sz. EGK. irányelv előírásaival. Az irányelv 1. cikkelye értelmében munkaidőnek nemcsak az az idő számít, amikor a munkavállaló dolgozik, hanem az is, amikor a munkáltató részére annak utasítása alapján rendelkezésre áll. Ennek figyelembe vételével az Európai Törvényszék két ítéletében is kimondta, hogy az ügyeletre a mentősöknek és az orvosoknak teljes fizetés jár.⁶² Tekintettel arra, hogy ezt sem a német, sem a spanyol munkajog nem biztosította, először a hazai bírósági ítélkezési gyakorlata, majd pedig a jogalkotás EU joggal történő harmonizálása megvalósította. Magyarországon erre mindez ideig nem került sor, mivel az Mt. 148. § (1) bek.-e értelmében a munkavállalónak készenlét esetében alapmunkabérének a 20%-a, ügyelet esetében pedig csak 40%-a jár. Emellett készenlét és készenléti jellegű munka, valamint közeli hozzátartozónál, folytonosan vagy több műszakban üzemelő munkahelyen vagy idénymunkában dolgozó munkavállaló esetében a törvényes munkaidőt öt napos munkahetet figyelembe véve kollektív szerződéssel heti 60 órára (napi 12 óra) is fel lehet emelni, holott az irányelv 1. cikkelye értelmében a heti munkaidő csak 48 óra lehet, amit a 75/457. sz. EGK. ajánlás heti 40 órára javasol levinni. Az EU régi tagállamai országos ágazati kollektív szerződésai vagy törvényi szabályozásai ennek megfelelően járnak el, és főszabályként ez a helyzet a magyar jogban is, az előbb már említett csoport kivételével. Ez a kivétel viszont éppen olyan EU nonkonform, mint amilyen a magyar szabályozás mintájául szolgált, korábbi német

⁵⁹ A selejtes termék díjazásmentes újra elvégzését, illetve kijavítását az üzemi/vállalati munkarendek és vállalati kollektív szerződések túlnyomó többsége 1990 előtt is rendre kimondta.

⁶⁰ Kiss György: *A piac és az emberi tényező*, Budapest, Balassi Kiadó, 1995, 25–27. és 133. s. köv. o. A német BGB munkaviszonyra vonatkozó szabályai is megkülönböztetést tesznek a munkaviszony e két formája között.

⁶¹ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 9. o.

⁶² C. 303/98. sz. ügyben hozott 3.10. 2000. keltezésű határozata. *Neue Juristische Wochenschrift* (NIW) 2003. év. 1019. o.; C-151/02. ügy, AG. 18.2. 2003. AP. Nr. 12.4811 BGB. NJW.

volt. Ezt viszont a német jogalkotás és bírói gyakorlat a már tárgyalta két kúriai ítélet követően az irányelv rendelkezéseihez hozzáigazította.⁶³

Hasonló a helyzet a *munkaidőkerettel* kapcsolatosan is. Az irányelv értelmében a munkaidőkeret leghosszabb időtartama főszabályként 4 hónap, ami 6 hónapra meghosszabbítható. Ezzel eszemben az Mt. 118/A. §-ának (3) bekezdése a már említett csoport tekintetében a közeli hozzátartozói viszony kivételével lehetővé teszi a munkaidőkeretnek ágazati kollektív szerződéssel 52 hétre, vagyis 12 hónapra történő meghosszabbítását. Ezt a magyar jog ugyancsak a két kúriai ítélet hatására már hatályon kívül helyezett német jogi szabályozás mintájára rendezte így. Itt kell azonban megemlítenünk, hogy a Gyáripárosok és a Munkáltatók Szervezeteinek Európai Szövetsége (UNICE) és az Állami Vállalatok Európai Központja (CEEP) kezdeményezésére az Európai Bizottság az Európai Parlamenttel együtt (2004) 1154. sz. alatt egy olyan javaslatot terjesztett be az irányelv módosítására, mely szerint a korábbi német-spanyol és a mai magyar szabályozásnak megfelelően átdolgoznák az irányelvet.⁶⁴ Ez ellen a Szakszervezetek Európai Szövetsége (CES) messzemenően tiltakozott.⁶⁵ Úgy tűnik, a Szakszervezetek Európai Szövetségének a tiltakozása sikerre vezetett, mivel a javaslat végül is nem került a Minisztertanács elé. A magyar jogalkotó nyilvánvalóan a jelenlegi irányelv-ellenes Mt. szabályozás uniós konformmá tételével azért nem sietett, mivel meg akarta várni, hogy milyen irányban alakulnak a fejlemények. Ha sikerült volna a módosítást keresztülvinni, akkor a jelenlegi magyar szabályozás EU-konformmá vált volna. Most viszont, hogy a módosítás terve zátonyra futott, indokolt lenne az Mt.-nek az általunk is vitatott előírásait az irányelv rendelkezéseivel összhangba hozni.⁶⁶

Ennek az összhangba hozatalnak azonban még ki kellene terjednie a *két munkanap közötti pihenőidőre* is, amelyet az irányelv egységesen 11 órában állapít meg és valamennyi régi tagállam ma két munkanap között, egységesen legkevesebb ennyi pihenőidőt ír elő.⁶⁷ Ezzel szemben az Mt. 123. §-a, ugyancsak a korábbi német szabályozás mintájára lehetővé teszi, hogy kollektív szerződéssel a már említett csoport esetében a két nap közötti pihenőidő 8 órára lerövidíthető legyen. Az Mt. által adott ez a lehetőség amellest, hogy ellentétes az irányelvvel, antihumánus is és ütközik a Foglalkoztatás elősegítéséről szóló 1991:IV. tv. (Fgl. tv.) 25§ (2) bek. d.) pontjával, mely szerint a munkanélkülivé vált személy a munkaügyi központ által felajánlott megfelelő állások közül olyat is elfogadni köteles, ahová a lakóhelyétől 1,5 órát a munkahelyére és ugyanennyit lakóhelyére visszautazni köteles. Ez összeadva, 3 óra, és ha a két munkavállaló számára biztosítva van, jó, ha 4 órát tud aludni. Hasonlóképpen nincs összhang a *szabadság* tekintetében sem az irányelv és a magyar jogi rendezés között, mivel az irányelv 5. cikkelye szerint a

⁶³ Manfred Löwisch: *Arbeitsrecht* 7. Aufl., Düsseldorf, Verner Verlag, 2004, 275. o.

⁶⁴ Prugberger Tamás: A munkaidőről és a pihenőidőről szóló Európai Unió normák módosításának tervezete, *Munkaügyi Szemle*, 49 (2005) 4. 20–22. o.

⁶⁵ *Uo* 20. o.

⁶⁶ Prugberger Tamás: A munka-, a pihenőidő és a szabadság magyar szabályainak és gyakorlatának az Európai Unió normáival fennálló ütközéséről és kiküszöbölési szükségességéről, *Európai Jog*, 4 (2004) 4. 22–26. o.

⁶⁷ Prugberger Tamás – Tóth Hilda: Munkaidő, pihenőidő, szabadság és távmunka, *Valóság*, 44 (2001) 1. 23–24. o.

szabadság legkisebb mértéke egy hónap, aminek figyelembevételével az EU régi tagállamai átlag 24-25 munkanapot állapítanak meg. Írország jelent annyiban kivételt, hogy csak 22 munkanapot állapít meg. Ezzel szemben a magyar Mt. 131. §-ának (1) bekezdése induló alapszabadságként csak évi 20 munkanapot biztosít, holott egy hónap átlagosan nem 4 hétből, hanem 4,5 hétből áll. Problematikus a 96/34. sz. EK. irányelvvel rendezett *szülői szabadság* is, mivel az az irányelv értelmében, nevelési szempontból, mind a két szülőnek jár. Ezzel szemben az Mt. 132. § (2) bekezdése azt csak annak a szülőnek biztosítja, aki a gyermek(ek) nevelésében nagyobb szerepet játszik. Ez azon túl, hogy az irányelv előírásával kifejezetten szembehelyezkedik, még egy sor esélyegyenlőségi irányelvet is sért, egyúttal pedig sérti az esélyegyenlőségről szóló 2003:CXXV. tv. előírásait is, diszkriminatív jellege miatt.⁶⁸ Ezekben a kérdésekben is a magyar Mt.-t minél előbb az irányelvvel harmonizálni lenne szükséges.⁶⁹

d.) A K. igen helyesen, a szakirodalomban általunk már több helyen kifejtettekkel összhangban azon az állásponton van, hogy a *munkajogi kárfelelősség* szabályait a polgári jog rendelkezéseihez kell közelíteni, fenntartva a gondatlan munkavállalói károkozásért fennálló felelősség korlátozását.⁷⁰ Szintetizálva a kontinentális nyugat-európai államok megoldásait,⁷¹ az 'általában elvárhatósági' (*diligens et bonus paterfamilias*) alapon álló '*culpa*'-ra épül a munkavállaló kártérítési felelőssége az általános polgári jogi szabályoknak megfelelően, ahol azonban a teljes reparáció elve alól *exculpato*-val, pontosabban a *culpa* enyhébb fokának a károkozó részéről történő bizonyításával majdnem olyan mérvű, mint a jelenlegi magyar szabályozás szerinti (Mt. 167. §) *ex lege* felelősségkorlátozás.⁷² Ellentétben a K.-val, a nyugat-európai megoldásokhoz hasonlóan a kártérítésnél nem a szubjektív jellegű szándékosság és gondatlanság kategóriával operálnánk, hanem az ennél sokkal objektívebb '*culpa*-fokozatokkal', úgymint a '*culpa lata*-val, a '*culpa levissimé*-vel, illetve a '*culpa levis*'-szel, valamint a közöttük elhelyezkedő '*culpa gravior*'-ral és a '*culpagramis*'-szal.⁷³ Azt, hogy közülük melyik áll fenn, a nyugat-európai megoldásokhoz hasonlóan a bíróság állapítaná meg, ahol a vétkességkimentés elve érvényesülne, vagyis – ellentétben a hatályos magyar joggal – nem a károsult munkáltatónak kellene bizonyítania a vétkesség súlyosabb fokát.⁷⁴ Egy ilyen, a károkozó munkavállaló által sikeresen bizonyítható vétkességkimentési megoldással összekapcsolt bíróság általi felelősségkorlátozás azért megfelelőbb az *ex lege* korlátozással szemben, mert a felelősség korlátozásának a törvénybe foglalt és ezért előre ismert tudata felelősséget gerjesztő tényező. A K.-ba egy ilyen

⁶⁸ Prugberger Tamás: A szabadság jogi szabályozásának néhány anomáliájáról, *Munkaügyi Szemle*, 46 (2002) 5. 48–49. o.

⁶⁹ Uo. 48–19. o.

⁷⁰ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 16. o.

⁷¹ Az egyes külföldi megoldások dokumentált feldolgozását lásd Prugberger Tamás: A magyar munkajogi kártérítési felelősség átalakításának problematikája a külföldi megoldások tükrében, *Allam- és Jogtudomány*, 40 (1999) 3–4. 206–226. o.

⁷² Uo. 206–226. o.

⁷³ Uo. 206–226. o.

⁷⁴ Uo. 206–226. o.

megoldás befér. Erre utal ui. az a megállapítása, hogy a jelenleg hatályos megoldás „egy döntően társadalmi tulajdonban lévő munkáltatói struktúra, <kárnyelő> képességéből eredő rendszer munkajogának a maradéka”.⁷⁵

Ami a munkáltatóknak a munkavállalók irányában fennálló felelősségét illeti, a K. a munkáltatók objektív felelősségét a *munkabalesetekre* és a foglalkozási betegségekre szűkítené. Ez az álláspont elfogadható. A gyakorlatban lényegében ez a szemlélet érvényesül. Helyes lenne azonban, ha a jogi szabályozás is ezzel összhangban állna. Ennek megfelelően az egyéb munkáltatói károkozásoknál, amelyek a munkavállalót érhetik, a felelősség általános szabályai érvényesülnének. Ez vonatkozna a munkavállaló által az üzembe bevitt tárgyakért fennálló munkáltatói felelősségre is, amelyet a szállodai felelősség analógiájára kellene rendezni.

A munkabalesetekkel fennálló felelősségnél abból kiindulva, hogy a munka megszervezésével és az üzemben belüli biztonság szavatolásával összefüggő helytállás és kockázat a munkáltatót terheli, egyértelműen a veszélyes üzemi felelősség analógiájára, akár a Ptk. idevonatkozó előírásaira hivatkozással lehetne rendezni. Ez viszont azt is jelentené, hogy ellentétben a jelenlegi megoldással – a kis munkavállalói létszámot foglalkoztató családi vállalkozásokra (üzemekre) is ki kellene terjeszteni az objektív felelősséget már csak amiatt is, mert itt a legtöbb az üzemi baleset.⁷⁶ A K. is ezzel egybehangzó álláspontot képvisel, amikor szól arról, hogy a munkáltató vétkesség nélküli felelősségét az élet, egészség és testi épség sérelmével okozott károknál feltétlenül fenntartani szükséges.⁷⁷ Azt is jó felvetésnek tartjuk, hogy a munkáltatók kötelesek lennének az ilyen károkra felelősségbiztosítást kötni.⁷⁸ Ehelyütt még érdemes megemlíteni, hogy az Mt. általános jelleggel a 'munkavállalónak okozott kárról' beszél (174. §). Ez lényegében gyűjtőfogalom, amelyen belül a munkabaleseten kívül a foglalkozási betegséget is érteni kell. A munkáltatót ennek kialakulásáért is felelősség terheli, mivel a foglalkozási betegséget kialakító tényezők megfelelő védőfelszerelésekkel és védőintézkedésekkel elháríthatók. Ezért a munkáltató objektív felelőssége az üzemi balesetért fennálló felelősségével egyező kell, hogy legyen.

Végezetül indokolt a figyelmet felhívni arra is, hogy mind a munkavállaló, mind a munkáltató kárfelelőssége szerződésszegésből eredő felelősségen alapul, ami minden eddigi munkajogi felelősségi jogi rendezésnél elsikkadt. Ezért indokolt lenne erre utalással előírni, hogy a munkavállaló a selejtes terméket díjazás nélkül újból előállítani (objektív szankció), az ebből előállott többletköltségeket pedig viselni köteles (szubjektív szankció).⁷⁹ Ezen az alapon megfontolás tárgyává lehetne tenni, hogy hiányfelelősségnél szükség van-e külön leltárfelelősségi megállapodásra ahhoz, hogy a hiányért fennálló felelősség e tényen alapulva a 'custodia felelősség'

⁷⁵ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 16. o.

⁷⁶ Kiss György: *Munkajog*, Budapest, Osiris, 2002, 247–248. o.

⁷⁷ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 16. o. a.) pont.

⁷⁸ Uo. 16. o. a.) pont.

⁷⁹ Az objektív és a szubjektív polgári jogi szankció dogmatikai tartalmának kidolgozása. in: Asztalos László: *A polgári jogi szankció*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1985.

alapján, közvetlenül megállapítható, vagy vissza lehetne térni a korábbi magyar szabályozáshoz, amely megegyezett a mai angol szabályozással.⁸⁰

e.) A K. nem foglalkozik a munkaviszony módosításával kapcsolatos kérdésekkel, holott a magyar szabályozás nem mindenben vág össze a *kiküldetési irányelv* (96/71. sz. EK.) megoldásaival. Míg az Mt. 83/A. § (3) bekezdése, 105. § (4) bekezdése, és 106. § (6) bekezdése a kirendelést, átirányítást és a kiküldetést egyenként egy naptári éven belül csak 44 munkanapra, valamennyit pedig együtt összesen csak 110 munkanapra teszik lehetővé, és ehhez munkaügyi központ külön hozzájárulása nem kell, addig az irányelv előírásai szerint a 6. hónapot meghaladó kiküldetés, illetve az eredeti munkakörből vagy munkahelyről egy másikra történő ideiglenes áthelyezésnél a munkaügyi központ hozzájárulását be kell szerezni.

Az *ideiglenes áthelyezés* a központ hozzájárulásáig egy évre szólhatott, amelyet a központ hozzájárulásával két évre meg lehetett hosszabbítani. Ez a munkaerő kölcsönzésnél volt különösen jelentős. Figyelembe véve azonban azt, hogy a munkanélküliek száma egyre nő és egyre kevesebb a munkahely, az irányelv legújabb módosítása eltörölte a kiküldetés időtartamának maximalizálását. Erre figyelemmel a kirendelés hazai munkajogi szabályozásából el kellene törölni mind a 44 napos, mind pedig a 110 napos határidőt azokban az esetekben, amikor a kirendelésre és átirányításra vagy kiküldetésre munkahely megőrzési szempontból van szükség. Ezekben az esetekben indokolt lehetővé tenni, hogy kölcsönös megegyezéssel az itt említett határidők feloldásra kerüljenek. Annak érdekében azonban, hogy ezzel a lehetőséggel a munkáltatók a munkavállalók hátrányára ne élhessenek vissza, indokolt lenne az ilyen megoldást a munkaügyi központ hozzájárulásához kötni. Ehhez hasonló megoldást a munkáltatói felmondást érintve a holland jog ismer.⁸¹

Főszabályként munkavállalói érdekvédelemből továbbra is fenntartónak tartanánk az egyenkénti 44, összesen pedig 110 napos kirendelési, kiküldetési és átirányítási időtartamot, amely alól azonban a fenti módon és fenti indok alapján kivételt tennénk lehetővé.

Ugyanígy, ha munkahely megtartási okból kerül sor kirendelésre, lehetővé kellene tenni, hogy arra – munkaügyi központi jóváhagyással – akkor is sor kerülhessen, ha a munkavállalót kirendelő és a fogadó cég között nem áll fenn gazdasági, illetve tulajdonosi érdekelttség. Az Mt., tulajdonképpen ma is lehetővé teszi, hogy az a cég, ahol átmeneti munkaerő felesleg van, átadhassa felesleges munkaerejét ideiglenes munkavégzésre olyan cégnek, ahol munkaerőhiány van. Ez a kiküldés azonban jelenleg a 60 munkanapot nem haladhatja meg. Itt is az időtartamkorlátot minél hamarabb fel kellene oldani. Az időtartamkorlátok feloldására, illetve kölcsönös megegyezéssel történő meghosszabbítására vonatkozó valamennyi munkavállalói-munkáltatói megegyezést indokolt lenne a munkaügyi központ hozzájárulásához kötni. Ez esetben a kirendelés, az átirányítás és a kiküldetés hazai szabályai összhangban lennének az irányelv előírásaival, amely a foglalkoztatási hivatal jóváhagyó szerepét a gyengébb pozícióban lévő munkavállaló érdekeinek a védelmébe alkalmazná.⁸²

⁸⁰ House of Lords 1997. AC555, in: *Contracts of Employment*. Vol. I. 33.1.6. (Loseblat).

⁸¹ Heerma van Voss: i. m. 129-130. o.

⁸² 96/71. sz. irányelv 4. cikkely

f.) A K. a *munkaviszony megszüntetésének* Mt.-beli szabályainál kíván több irányban módosításokat végrehajtani, azonban úgy, hogy alapjaiban meg akarja tartani a hatályos megszüntetési rendszert.⁸³ Amely területeken a K. megfogalmazói változtatást szeretnének látni, a következők:

fa.) A jelenlegi joghellyel szemben lehetővé kívánják tenni azt, hogy a határozott idejű munkaviszony is rendes felmondással megszüntethető legyen. Ez egy jogos igény.⁸⁴ A jelenlegi kötöttség indokolatlanul megkötö a munkáltató kezét, a munkavállaló pedig a munkáltató rovására vissza tud élni bebetonozott helyzetével a munkavállaló rovására. Egy ilyen helyzet, még akkor is, ha az csak átmeneti, a mikrogazdasági érdekeket közvetlenül, a makrogazdaságiakat pedig közvetlenül sértheti. Ezen az alapon a K. lehetővé tenné azt is, hogy ha nemcsak a munkáltató, hanem a munkavállaló személyes körülményeiben a munkaviszony fenntartását el lehetetlenítő változás állna be, a határozott időtartamú munkaviszonyt a munkavállaló is felmondhassa.⁸⁵ A régi tagállamok munkajogában ez egy általánosan elfogadott és alkalmazott megoldás.⁸⁶

fb.) Azzal a módosítási törekvéssel azonban már vitatkozni lehet, amely kollektív szerződéssel lehetővé tenné az Mt.-ben meghatározott felmondási idők lerövidítését.⁸⁷ Figyelembe véve azt, hogy a munkáltatói-munkavállalói viszonylatban az utóbbi pozíciója az ingatagabb, és ahol a szervezet nem tudja eredményesen képviselni a tagjai érdekeit, nem indokolt egy ilyen helyzet kihasználásához állami segítségnyújtást biztosítani. Annyi biztosítékot adna az ilyen esetekre a K. alapján a magyar Mt., hogy a munkáltató részéről történő felmondás esetén a felmondási idő nem lehetne rövidebb, mint amelyet a munkavállaló a saját felmondása esetén az Mt.-ben megilleti.⁸⁸ A felmondási idő törvényi vagy kollektív szerződéssel történő rövidítése azért aggályos, mert a munkáltató rákényszerítheti a saját akaratát a munkavállalóra. A felek közös megegyezéssel minden további nélkül megállapodhatnak más felmondási időben, ha a munkaviszonyt kölcsönös megegyezéssel szüntetik meg. A munkavállalónak a munkáltatóval szembeni gyengébb pozíciója csak így módon egyenlíthető ki.

fc.) A munkavállalók számára a K. szerint előnyös lenne, ha a munkavállaló részéről történő felmondási időt az Mt. rövidebb időtartamban állapítaná meg, mint ami a munkáltató részéről történő felmondásnál fenn áll.⁸⁹ Egy ilyen megoldás a legtöbb esetben nehéz helyzetbe hozhatja a munkáltatót, mert egészen rövid időn belül kellene új munkaerőt keresnie és nem biztos, hogy rövid időn belül alkalmazhatna. Az egyenlő elbánás elvét ebben a vonatkozásban is indokolt fenntartani. Ugyanakkor olyan esetekben a munkavállalói felmondási idő rövidebb meghatá-

⁸³ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 13. o. 4. pont

⁸⁴ Uo. 13. o. 4. pont

⁸⁵ Uo. 13. o. 4. pont

⁸⁶ *Iura Europae*, I-III. 10-90.-16. VI. Kapitel.

⁸⁷ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 13. o. 4. pont.

⁸⁸ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 4. pont 13. alpont.

⁸⁹ Uo. 4. pont 13. alpont.

rozása hátrányos helyzetbe hozhatja a munkavállalókat, amikor kollektív szerződés a felmondási időt a munkáltató részéről történő felmondás esetében a munkavállalói felmondási időhöz közelítő jelleggel állapítaná meg. Minden vonatkozásban megnyugtatóbb ezért, ha a felmondási idő munkáltatói és munkavállalói felmondás esetében egyenlő tartalmú maradna. Ha a felek a felmondási időt rövidíteni akarják, azt kölcsönös megegyezéssel minden további nélkül megtehetik.

fd.) A K.-ban felvetésre került, hogy az 5 munkavállalónál nem többet foglalkoztató kisvállalkozások-vállalatok esetében a felmondási tilalmak ne érvényesüljenek, a munkáltatói felmondást pedig indokolás nélkül, szóban is meg lehessen tenni.⁹⁰ Egy ilyen megoldással alapvetően egyet lehet érteni. A kisvállalkozásokról levenne némi terhet az egyre növekvő adminisztrációból. Ezen kívül – miként a K. is helytállóan utal rá – a kisvállalkozások és vállalatok túlnyomóan családi vagy olyan személyi jellegűek, amelyek a kölcsönös bizalomra épülnek fel. Ha ez megrendül, a munkaviszonyt bármelyik fél felmondhatja. Így rendezik ezt a kérdést a nyugat-európai polgári államokban is.⁹¹ Mégis a munkavállalók érdekeire figyelemmel és a munkanélküliség egyre történő növekedése miatt, a K.-ban szereplő javaslatot úgy lenne jó finomítani, hogy főszabályként szóban és indokolás nélkül is közölni lehet a felmondást, de abban az esetben, ha a munkavállaló kéri, írásban és indokolva kell azt a munkáltatónak megtennie.

Erre a munkavállalók jogainak fokozott védelme miatt lenne szükség, mivel gazdaság-, és munkaszociológiai felmérések tanúsítják, hogy éppen az ilyen családi kisvállalkozásokat fenntartó munkáltatók azok, akik alkalmazottaikat a legnagyobb mértékben kihasználják. Probaidós felvételnél nem fizetnek, túlórapótlék nélkül korra reggeltől késő estig dolgoztatják munkavállalóikat, szabadságra nem engedik őket vagy ha el is engedik őket, azt az időt nem fizetik, hogy végkielégítéshez szükséges szolgálati idő ne gyűljön össze, munkaviszony megszakításokkal sorozatosan megújításra kerülő határozott időre szóló munkaviszonyban vagy kényszer-vállalkozási jogviszonyban foglalkoztatják őket. Ha pedig ez ellen tiltakoznak, éppen e munkáltatók azok, akik munkavállalóikat azonnal elküldik.⁹²

fe.) E körülmények miatt sem tudjuk elfogadni a K.-nak azt a javaslatát, mely el szeretné érni azt, hogy munkáltatói peresztés esetére limitálva legyen az elmaradt munkabér címén követelhető összeg felső határa.⁹³ A K. álláspontja szerint ugyanis nem helyes, ha az elmaradt munkabér címén követelhető összeg a per jogerős elbírálásának időtartamától függ. Éppen ez a körülmény az, amely bizonyos mértékig a munkáltatói önkényeskedésekkel szemben fékező erőt jelent. Erre való tekintettel viszont azt elfogadhatónak tartjuk, hogy a per további folytatása mellett, akár ideiglenes intézkedést tartalmazó bírósági döntéssel, lehetőség nyíljon a munkavállalónak a munkahelyére történő visszahelyezésére addig, amíg a per jogerősen be nem fejeződik. Az ilyen visszahelyezés egyúttal a munkáltatónak is érdeke, mivel a

⁹⁰ Uo. 4. pont 13. alpont

⁹¹ Lásd a 85. sz. jegyzetet.

⁹² Joghallgatóktól szerzett információk Észak-Kelet-, valamint Észak-Nyugat Magyarország területéről és Pest megyéből az 1997-2004 időszakból.

⁹³ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 15. o.

kifizetett bérért munkában realizálódó ellenszolgáltatást kap. Ha pedig a munkavállalót a bíróság jogerősen visszahelyezné, de a munkáltató inkább az Mt. 100. § (4) bekezdésébe foglalt lehetőséggel élve, inkább pénzben kívánja megváltani a visszahelyezést, vagy a munkavállaló kér inkább visszahelyezés helyett pénzbeli megváltást, mert tudja, hogy valamilyen ürüggyel a munkáltató úgylis el fogja távolítani, akkor mindennek ódiumát viselje anyagilag is a munkáltató. Legtöbbször ugyan ilyen esetekben a bosszú uralkodik, ami elborítja a józan ítélőképességet.

Meg kell ugyanakkor jegyezni azt is, hogy a per elhúzóadások is erőteljesen közrejátszanak abban, hogy a munkáltatónak abban az esetben, ha a munkaügyi bírósági eljárás során jogerősen megállapításra kerül a munkaviszony jogellenes megszüntetése, a munkáltatónak nagy összegű kiesett munkabért kell megfizetni. Erre kétségtelenül a jogellenesen elbocsátott munkavállalók is rájátszanak. Éppen ezért a bírói gyakorlat részéről a jelenleginél jóval szigorúbban kellene venni azt, hogy a munkavállaló kárenyhítési kötelezettségként elhelyezkedjen, illetve ez irányban lépéseket tegyen. Ezért a munkaügyi bíróságoknak az ilyen perekben az elmaradt bér összegének megállapítása során vizsgálniuk kellene, hogy a munkavállaló a munkaviszonyának megszűnése után jelentkezett-e a munkaügyi központnál és miként működött együtt vele. Gyakran ugyanis jogellenesen elbocsátott munkavállalók azért nem jelentkeznek azonnal a munkaügyi központnál, vagy nem fogadnak el állásfelajánlást, hogy minél többet kelljen fizetnie az őket jogellenesen elbocsátó munkavállalónak,⁹⁴ hogy minél rövidebb ideig legyen lehetősége a volt munkavállalónak az őt jogellenesen elbocsátó munkáltatótól elmaradt munkabért igényelni, a munkaügyi bírósági eljárás időtartamát a nyugat-európai államokhoz hasonlóan, ex lege perlefolytatási határidőkhöz kellene kötni.⁹⁵

4. Ezzel egyúttal át is térünk a *munkaügyi vitákkal* kapcsolatos azon problémákra, amelyekkel a K. foglalkozik. Helytállóan állapítja meg a K., hogy a bíróságok nagy ügyterhe miatt az ítélezés elhúzódik, ami komoly egzisztenciális problémákhoz vezet.⁹⁶ Erre az előző pontban utaltunk is. Ennek enyhítését a K. a peres eljárást megelőző kötelező egyeztetés előtérbe állításában látja.⁹⁷ Ez még kiegészíthető lenne azzal, hogy a bíróság is két tárgyalást, egy egyesbíróval lefolytatandó előkészítő-, békéltető tárgyalást tartana, majd ezt követné a szakszervezeti és a munkáltatói érdekvédelmi szervezeti képviselő ülnöki közreműködésével történő érdemi tárgyalás akkor, ha a felek az előkészítő–békéltető tárgyaláson nem tudnak egyezségekre jutni. A fejlett nyugat-európai államok többségében első fokon ilyen két fázisban, egy ún. egyes bírói vagy kistanácsban, majd pedig tanácsban, illetve ún. nagytanácsban folynak le a munkaügyi perek.⁹⁸ Az individuális munkaügyi jogviták perrendi előírásait ilyen kétszakaszos eljárással volna helyes megreformálni. A peren kívüli előzetes egyeztetést viszont a K.-val ellentétben nem tennénk kötelezővé. Fakultatív jellegűvé maradása mellett szól az, hogy igen sok esetben a munkál-

⁹⁴ Munkaügyi Bíróságok bírától kapott információ.

⁹⁵ Prugberger: *Európai és magyar összehasonlító munka-, és közszolgálati jog*, 424–427. o.

⁹⁶ Munkajogi Kodifikációs Bizottság, az új Munka Törvénykönyve megalkotásának koncepciója, *Munkajog*, Budapest, 2004. július. 17. o. 1. pont

⁹⁷ Uo. 17. o. 1. pont.

⁹⁸ Lásd a 94. sz. jegyzetet.

atók mindent megtesznek azért, hogy arra ne kerüljön sor, és így azokban az egzisztenciális természetű (munkaviszony megszüntetés) ügyekben, amelyeknél a munkaügyi bírósághoz 30 napon belül kell jogvesztés terhe mellett fordulni, a munkavállalók kikérnék a kereset benyújtására az Mt. 202. §-ában megállapított határidőt.

Ami a *kollektív munkaügyi jogvitákat* illeti, megítélésünk szerint a gyorsított nem peres eljárási rendszer megfelel valamennyi érdekeltnek. Ezért az Mt. ide vonatkozó szabályait (199§ (1) bek., 23. § (4) bek., 54. §, Sztrájk tv.) nem lenne szerencsés megbotlygatni. A kollektív munkaügyi érdekvitáknál azonban szükséges lenne a rendteremtés, mivel az Mt. 194. §-ától a 198-ig terjedő §-aiban szabályozott német modellre épített bizottsági típusú és vitatkozó felek által történő megszervezésre alapozott egyeztetési és arbitrálsági rendszer mellett kialakításra került három oldalú megállapodással (Munkaügyi Minisztérium, munkáltatói és munkavállalói érdekvédelmi szervezeti oldal) az angol-amerikai mediációs és arbitrálsági rendszerhez hasonló Közvetítő és Döntőbírói Szolgálat. A két rendszer közül lényegében egyik sem működik. Mintha kiütnék egymást. Ebbe belejátszik az is, hogy a Közvetítő és Döntőbírói Szolgálatnak, a hasonlóan szervezett angol-amerikai szolgálattal szemben, nem előfeltétele, hogy a közvetítést és arbitrálságot ellátó tagjai mind a két koalíciós oldaltól függetlenek legyenek. Ez azt jelentené, hogy közvetítő és arbitráta csakis olyan személy lehetne, aki sem nem tagja, sem nem tisztségviselője a koalíciós szervezetek egyikének sem.⁹⁹ Ezzel szemben Magyarországon valamennyi szakszervezeti és munkáltatói szövetségi funkcionárius tagja a szolgáltatnak. Ezért az egymással vitatkozó felek nem is kérik fel a szolgálat tagjait közvetítésre vagy arbitrálásra.¹⁰⁰ A felek ugyanis pártosságra hivatkozással egymás javaslatát megvétőznák.

A hazánkban jelenlévő két rendszer közötti választást érintve magunk részéről egy közbülső megoldás mellett foglalnánk állást. Ez a belga-holland-luxemburgi egyeztető hivatali megoldás.¹⁰¹ Ennek figyelembevételével a megyei munkaügyi központok mellett létre kellene hozni közvetítő–egyeztető–arbitrátori hivatalokat, amelyeknél minden olyan esetben, amikor a felek által megszerveződő spontán egyeztetés sikertelenségbe torkollik, vagy ilyenre nem is kerül sor, a munkaküzdőlem meghirdetése előtt a feleknek e hivatal előtt kötelező lenne egyeztetést lefolytatni. Az egyeztetést hivatalos egyeztetők folytatnák le. Az egyeztető hivatalnál három lista lenne, a belga rendszerhez hasonlóan, melyek közül az egyik a pártatlan fő egyeztetők neveit tartalmazná, amely listára való felkerülés tekintetében az ellenérdeklő szociális partnereknek kellene megegyezniük, míg a mellék egyeztetők munkáltatói listáját a munkáltatói szövetségek, a munkavállalói listáját a szakszervezetek jelölnék. Az országos és a megyei egyeztető hivatal jogszabályilag meghatározott arányos számú listáin szereplő fő-, és mellékegyeztetőket a munkaügyi

⁹⁹ Rézler Gyula: Alkalmazhatók-e a munkaügyi viták amerikai elintézési modelljei a magyar viszonyoknak, in: Ünnepi tanulmányok Prugberger Tamás 60. születésnapjára, *Miskolci Egyetem Jogi Kara, Ünnepi Tanulmányok III. kötete*, Miskolc, Novotni Kiadó, 1997, 277–291. o.

¹⁰⁰ *Uo* 277–291. o.

¹⁰¹ *Jura Europae*, I. 20.62. (Belgium); II. 60.60. (Hollandia); III. 50.62. (Luxemburg). További szakirodalmi forrásokkal feldolgozva lásd: Prugberger: *Európai és magyar összehasonlító munka-, és közszolgálati jog*, 185. és 187–188. o.

miniszter nevezné ki. Megítélésünk szerint egy ilyen megoldás munka-, és szociálpolitikai szempontoknak minden vonatkozásában megfelelne.

III. Összegzés

Összegzésként az eddig kifejtettekből azt szűröm le, hogy továbbra is fenn kell tartani a munkajogi kodifikáció egységét, sőt azokat a munkajogi intézményeket, amelyeket ma még külön törvények szabályoznak – így a munkaküzdelmet és a bérgaranciaalapot –, be kell iktatni a Munka Törvénykönyvébe. Ezen kívül pedig az Mt.-nek azokat az előírásait, amelyek az EU irányelveihez viszonyítva hátrányosabb helyzetbe hozzák a munkavállalókat, az irányelvekben foglalt kedvezőbb szabályozásnak megfelelően szükséges módosítani. Ugyanis az uniós munkajogi normák alapelve, hogy a nemzeti jogok az irányelvekhez mérten a munkavállalók – mint gyengébb felek – számára csak kedvezőbb rendelkezéseket hozhatnak, nem pedig hátrányosabbakat.

A munkajog ‘privatizálása’?

Vállalatvezetési kódexek, magatartási szabályzatok a multinacionális vállalatoknál

Kun Attila*

1. Bevezetés. A vállalatok társadalmi felelősségének (CSR¹) eszméje már a XX. század elejétől, a nagy cégek megjelenés óta él, kimagasló funkciója és a vállalat-irányításban való intézményesülése azonban csak az elmúlt néhány évtizedben jelentkezett. A felelős üzleti viselkedés eszméit magukévá tevő vállalatok működésük során – állításuk szerint – a fenntartható fejlődés paradigmájával konform etikus magatartást tanúsítanak, és úgy járulnak hozzá a gazdasági fejlődéshez, hogy egyúttal a munkát végzők és hozzátartozóik, valamint a helyi közösség és társadalom életminőségét javítják, továbbá partnerségben működnek tevékenységük összes érintettjével (‘stakeholder’-ek). A társadalmi felelősség iránti elköteleződés kifejezésének legelterjedtebb, legelemibb, legkarakterisztikusabb eszközei az ún. ‘codes of conduct’-ok, vagy vállalatvezetési kódexek.² A következőkben ezek fogalmára, kialakulására, elterjedésének okaira, lehetséges jogi megítélésükre, fajtáira, tartalmára, végrehajtására és egyéb jellegzetességeire koncentrálnak, különös figyelemmel a kódexek munkaügyi vonatkozású kérdéseire. Nem foglalkozunk tehát ehelyütt a szerteágazó CSR-dialógus egyéb aspektusaival (pl. CSR jelentések, beszámolók, menedzsment standardok, tanúsítványok, társadalmi szempontból felelős befektetés stb.).

2. Fogalom – avagy mi is az a ‘codes of conduct’? A ‘codes of conduct’-nak nem létezik egységes definíciója. Legáltalánosabban azt lehet mondani, hogy a kódexek a társadalmi felelősség irányába tett olyan önkéntes vállalati elköteleződések termékei, amelyek az üzleti magatartást orientálni hivatott etikai standardokat és alapelveket irányoznak elő.³ A legkülönbözőbb vállalatvezetési kódexeknek, magatartási szabályzatoknak (továbbiakban: kódexek) főként azoknál a multinaci-

* Károli Gáspár Református Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Munkajogi és Szociális Jogi Tanszék, egyetemi tanársegéd.

¹ ‘Corporate Social Responsibility’.

² Ans Kolk – Rob Van Tulder: The Effectiveness of Self-regulation: Corporate Codes of Conduct and Child Labour, *European Management Journal*/Vol. 20, No. 3, June 2002, 260. o.

³ Lásd ehhez: Corporate Responsibility, Private Initiatives and Public Goals, OECD, 2001, 32. o.

onális vállalatoknál van központi jelentősége, amelyek számos országban – köztük különösen a fejlődő országokban – termelnek (pl. kiszervezések, azaz 'outsourcing' útján). A vállalat presztízse (és ezáltal piaci sikere) azon is múlik ugyanis, hogy külföldi tevékenysége során mennyiben érvényesíti a társadalmi felelősség eszméit. A közvélemény szemében ugyanis egy erős márkanévvel bíró multinacionális vállalat egységes entitásként sejlik fel, noha az valójában egységes jogi személyiséggel nem bíró komplex hálózatok diffúz és változékony halmaza, ahol a különböző részegységek (leányvállalatok, beszállítók, partnerek, alvállalkozók stb.) önállósági foka szélsőségesen változhat.⁴ Egyre több ilyen jellegű multinacionális cégnél megfigalmazódnak az olyan vállalatvezetési, magatartási kódexek, amelyben többek között a tisztességes munkakörülmények, az emberi jogok, illetve a környezet kímélésének szempontjai artikulálódnak. Ezeket jobb esetben a vállalat alvállalkozóinak és beszállítóinak is be kell tartaniuk, kvázi szerződéses feltételként. A számos lehetséges formában megjelenő vállalatvezetési kódexek fő közös jellemzője, hogy mindig önkéntes alkalmazásúak és elvileg sohasem helyettesíthetik a nemzeti, európai vagy nemzetközi jogi szabályozást, illetve a hagyományos szociális dialógust. A kódexek tehát inkább csak morális, és nem jogi értelemben bírnak kötéserővel.

Ezen elvi elvárás ellenére mégis sokan úgy tekintenek a kódexek gyors elterjedésére, mint a *szociális jogok 'privatizálásának' veszélyes trendjére*,⁵ vagy a szociális látásmód szétforgácsolására, és ez a megközelítés a kapcsolódó nemzetközi szakirodalomban⁶ egyre elterjedtebbé válik. Másképpen megközelítve az is leszögezhető, hogy az önkéntes kódexek széles körű elterjedése éppen a kormányzatok azon mulasztásának is köszönhető, hogy nem biztosítják megfelelő munkaügyi szabályok bevezetését és betartatását.⁷ Márpedig az új, végtelenen piac- és versenyorientált globális gazdaságban a 'szabályozó' államra egyre több kritika is vetül, így a kódexek útján előretörő önszabályozási tendencia a munkaügyi kérdések

⁴ Lásd ehhez támpontul a 'multinacionális vállalat' egyik legautentikusabb definícióját, ahogyan az ILO vonatkozó dokumentuma (A Multinacionális Vállalatokra és szociálpolitikára vonatkozó alapelvek Tripartit Nyilatkozata) megfogalmazta: A Nyilatkozat nem írja elő a multinacionális vállalatok fogalmának pontos meghatározását; a jelen szakasz nem a fogalom pontos definiálását szolgálja, hanem azt, hogy megkönnyítse a Nyilatkozat pontos értelmezését. A multinacionális vállalatok az állami, vegyes vagy magántulajdonban levő, a vállalatok székhelyén kívül telepített termelőkapacitásokat birtokló és ellenőrző szolgáltatásokat és egyéb termelő és kereskedelmi kapacitásokat birtokló és ellenőrző vállalatok. A multinacionális vállalatokon belül az egyes autonóm egységek önállósága vállalatonként változik attól függően, hogy milyen jellegűek a vállalatok belső kapcsolatai, milyen területeken tevékenykednek az egyes vállalatok, milyen a tulajdonviszony, a vállalatok nagysága, a vállalatok tevékenysége és földrajzi elhelyezése. Ettől eltérő jellegű kifejezett definíciók hiányában, a 'multinacionális vállalat' fogalmát ebben a Nyilatkozatban az egyes szervezeti egységeknek (anyavállalatok vagy helyi üzemek, vagy mindkettő, vagy a szervezet egésze) a közöttük létrejött munkamegosztásnak megfelelő jelölésére használják annak reményében, hogy az egységek együttműködnek és támogatják egymást, megkönnyítve a Nyilatkozatban lefektetett elvek érvényesítését. [Tripartit Nyilatkozat 6.] Ez a megfogalmazás is kifejezi a multinacionális vállalat jogi 'megfoghatatlanságát'.

⁵ ABC of the main instruments of Corporate Social Responsibility, European Communities, 2004, 8. o.

⁶ Pl: Neil Kearney: Corporate Codes of Conduct: The Privatized Application of Labour Standards c. cikkének kivonata, in: Henry J. Steiner and Philip Alston: *International Human Rights In Context – Law, Politics, Morals – Text and Materials, Multinational Corporations*, Oxford University Press 2000, 1358-1359. o.

⁷ *Uo.* 1359. o.

terén is feltehetően egyre jobb esélyekkel nyerhet mind nagyobb teret,⁸ akár tesszik, akár nem.

A kódexek megalkotásában és működtetésében a vállalatok tevékenységének számos külső és belső érdekeltje ('*stakeholder*') szerepet vállalhat, illetve érintve lehet annak elfogadása által, így különösen a következők: munkáltatói szervezetek, kis- és nagyvállalatok, beszállítók, üzleti partnerek, NGO-k, szakszervezetek, részvényesek és beruházók, fogyasztók, konzultáns és tanácsadó cégek, szociális auditorok, munkavállalók (különösen a fejlődő országokban tevékenykedő beszállítók alkalmazottai), kormányok, helyi közösségek stb.

Mindegyikük sajátos érdekeltséggel, motiváltsággal is bír a témában, mely predestinálja a kódexekhez való hozzáállását. A *szakszervezeti szféra* például eleinte kimondottan a munkajogi standardok jogalap nélküli privatizációját látta a kódexek elterjedésében, és máig is jellemzően mély gyanakvással tekintenek e kódexekre. Elvárásuk, hogy a kódexek ne helyettesítsék, hanem népszerűsítsék a szakszervezeti képviselőket, illetve a hagyományos munkaügyi szabályozás és ellenőrzés⁹ rendszerét, tartalmilag pedig az ILO (Nemzetközi Munkaügyi Szervezet) standardokon alapuljanak. Fontos, hogy jogkövetésre motiváljanak, ne a jog megkerülésére.¹⁰ A szakszervezetek és a civil szervezetek meglátása szerint a munkavállalók érdekeinek hatékony védelméhez az önkéntes kezdeményezések magukban nem elegendők. A *vállalati szféra* mindenkori véleménye szerint ugyanakkor a CSR fejlődéséhez létfontosságú a kreativitást és az innovativitást serkentő önkéntes jelleg. Szerintük nem létezik olyan megoldás, amely mindenre egyformán alkalmazható.¹¹

3. A kódexek megjelenése – történeti kitekintés. Noha a szakirodalom¹² említ néhány korábbi példát és előképet (pl. a 17. században létrehozott kereskedelmi társaságok, azaz pl. a Kelet-indiai Társaság önszabályozási gyakorlata, vagy a nevezetes angliai Crowley-acélművek munkavállalói jogokat és kötelezettségeket lefektető 17–19. Századi 'jogkönyvei' stb.), az önkéntes vállalatvezetési és önszabályozó kódexek elterjedése igazi 20. századvégi jelenség, és igazából csak az 1990-es évek eleje óta figyelhető meg a munkajogi vonatkozásokkal is bíró önkéntes vállalatvezetési kódexek széles körben történő meghonosodása. A 'trend'az

⁸ Lance Compa and Tashia Hinchliffe-Darricarré: Enforcing International Labor Rights through Corporate Codes of Conduct, HeinOnline – 33 *Columbia Journal of Transnational Law*, Private Labor Rights Enforcement. 1995, 687. o.

⁹ A kódexekhez tapadóan elkezdett kialakulni a privát munkaügyi ellenőrzés sajátos rendszere, elsősorban az ún. erre szakosodott 'szociális audit' cégek formájában. Az ILO egy szakértője egy közelmúltbéli EU-s konferencián hevesen védte a hagyományos állami munkaügyi ellenőrzés értékeit ezen új módszerekkel szemben. Lásd ehhez: Gerd Albracht: Strengthening State Inspection Services to Support Responsible Sourcing, Conference on Responsible Sourcing, Brussels 18 November 2005.

¹⁰ Lásd ehhez: Final Resolution – The Social Responsibilities of Business in a Global Economy ICFTU, Eighteenth World Congress, Miyazaki, 5–10 December 2004, 14. o.

¹¹ Szécsényi Rozália: A vállalatok társadalmi felelőssége, in.: *Az Európai Unió szociális dimenziója*, (szerk.: Gyulavári Tamás), OFA Kht. 2004, 328. o.

¹² Harry Arthurs: Private Ordering and Workers's Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as a Regime of Labour Market Regulation, in.: *Labour Law in an Era of Globalization*, (szerk.: Joanne Conaghan – Richard Michael Fischl – Karl Klare), Oxford University Press 2002, 475. o.

USA-ból indult, de hamarosan átgyűrűzött Európába is. Mindez annak az általános tendenciának a része, mely szerint megfigyelhető egy általános elmozdulás az állami szabályozás primátusából a vállalati önszabályozás irányába a multinacionális vállalatok tevékenységének befolyásolása tekintetében. Ez a folyamat együtt jár az állam gazdasági szerepének folyamatos átalakulásával, hiszen amíg a 70-es években számos kormány még megkísérelte szabályozni a multinacionális vállalatok tevékenységét,¹³ addig a 80-as évek időszaka már sokkal inkább a dereguláció, a privatizáció, illetve a kereskedelem liberalizálásának fénykora volt. Mindemellett az államok egyre aktívabb politikát kezdtek kialakítani a közvetlen külföldi beruházások (FDI) megszerzésért folytatott globálisra duzzadó versenyben, mely verseny végső soron egy tulajdonképpen jóléti költségcsökkentési verseny az államok között ('race to the bottom'). Ebben a versenyben az győz, aki kedvezőbb háttérfeltételeket tud biztosítani a globális tőkének. Mindez alapvetően szintén deregulációra, azaz a foglalkoztatás feltételeinek 'olcsóbbá' tételére ösztönöz munkajogi szempontból.

Kitekintésként említésre érdemes, hogy az első, multinacionális vállalatokra vonatkozó nemzetközi kódexet a nemzetközi kereskedelmi kamara (International Chamber of Commerce, ICC) alkotta tagjai számára még 1937-ben. Ez a multinacionális vállalatok hirdetési praktikáira kívánt standardokat szolgáltatni. Ezt azóta számos alkalommal felülvizsgálták, illetve emellett egyéb marketing-témákban is (pl. direkt-marketing, szponzoráció) alkotott a multikhoz szóló kódexeket a testület. Az ICC mellett egyébként is számos munkáltatói szervezet hozott és hoz létre működési és marketing kérdésekkel foglalkozó kódexeket a legkülönbözőbb ágazatokban.

Az első kormányzati és kormányközi kezdeményezések a Dél-Afrikában tevékenykedő multinacionális vállalatok magatartását kívánták befolyásolni az Apartheid időszakában. Az ILO már 1961-ben határozatban kritizálta az ország faji politikáját, 1964-ben pedig deklarációt fogadott el a kérdésben (Declaration Concerning the Policy of Apartheid). Nagy-Britannia 1973-ban egy gyakorlati tanácsokat tartalmazó kódex¹⁴ útján kívánta a Dél-Afrikával gazdasági kapcsolatot ápoló vállalatainak tevékenységét pozitív irányba orientálni, amit egy 1974-es 'White Paper' követett. 1977-ben az Európai Közösség külügyminiszterei is elfogadtak – brit javaslatra – egy kódexet a kérdésben. Az Egyesült Államok sem maradt tétlen: szintén 1977-ben indították útjára az ún. 'Sullivan' Alapelveket, amelyhez 1984-ig a Dél-Afrikában érdekeltséggel bíró amerikai vállalatok mintegy 60%-a csatlakozott. Mi több, 1986-ban a Kongresszus olyan törvényt fogadott el, amely jogilag kötelezte az USA vállalatainak döntő többségét a Sullivan-elvek orientálta kódexek megtartására, azaz elsősorban diszkriminációmentes humánpolitika folytatására Dél-Afrikában. Megjegyzendő, hogy a Sullivan elvek mintájára születtek 1984-ben az ún. 'MacBride' Alapelvek, amelyek az északir konfliktusokra tekintettel kívánták az

¹³ Bob Hepple megállapítása szerint a 60-as évek második felében, illetve a 70-es években mintegy 22 fejlődő állam fogadott el a multinacionális vállalatok tevékenységét kontroláló jogszabályokat. Rhys Jenkins – Ruth Pearson – Gill Seyfang (szerk.): *Corporate responsibility and labour rights: codes of conduct in the global economy*, Earthscan Publications Ltd., 2002, 1. o.

¹⁴ Code of Practice for British Firms with operating subsidiaries in South Africa.

USA-béli vállalatok ottani tevékenységét befolyásolni kilenc egyenlő bánásmódhoz kapcsolódó elvárás szorgalmazásával. További érdekes történeti adat, hogy az egyik első szociális auditra – mint a privát kódexek napjainkban elterjedő legnépszerűbb implementálási módszerére – 1979-ben került sor Indiában, a Tata Iron and Steel Company üzemeiben (az auditáló testület egy bíróból és két professzorból állt).¹⁵

A 70-es évekre egyébként is felerősödtek a multinacionális vállalatok magatartását kritizáló hangok, amelyek a nemzetközi közvéleményt is „megérintették”. Az ENSZ 1974-ben hozott határozatot az 'Új Gazdasági Világrendről', illetve szakértők csoportjával készítettett egy jelentést a multinacionális vállalatok szabályozásáról. A jelentés bátran kiállt a multinacionális vállalatok nemzetközi szabályozása mellett, különös hangsúllyal a munkavállalók globális védelmét megteremteni hivatott munkajogi harmonizációra. A jelentés adta az alapot egy ENSZ-kódextervezet tárgyaláshoz, amely azonban nem járt sikerrel.¹⁶ A 70-es évek közepének egyéb főbb nemzetközi szabályozási kísérletei sem jártak maradéktalan sikerrel. Mind az OECD, mind az ILO ekkor elfogadott, multinacionális vállalatokra vonatkozó irányelvei pusztán szabályozási kísérletek tudtak maradni, nem sikerült elfogadni jogi kötőerejű átfogó közpolitikai szabályozást. Az OECD vonatkozó Irányelvei (OECD Irányelvek a multinacionális vállalatok számára) 1976 júniusában kerültek elfogadásra (az Irányelveket eredetileg a 'Deklaráció a nemzetközi befektetésekről és multinacionális vállalatokról' (1976. június 20.) című – jogilag nem kötelező – OECD dokumentumhoz kapcsolták, és máig is ebben a szélesebb, kiegyensúlyozott keretben működik).¹⁷ Jelen helyzetben az Irányelvek jogilag nem kötelezőek, hanem tulajdonképpen a felelős vállalatirányítás kormányzatok által szorgalmazott 'szabványát' testesítik meg. Az ILO Tripartit Nyilatkozatát (A Multinacionális Vállalatokra és a Szociálpolitikára Vonatkozó Alapelvek Tripartit Nyilatkozata) 1977 novemberében fogadták el (utoljára pedig 2000 márciusában lett felülvizsgálva). Érdekesség, hogy az ILO 1976 júniusi Egyetemes Munkaügyi Értekezletén a munkavállalói oldal sokkal inkább a témába vágó 'keményebb' Egyezmény elfogadását szorgalmazta, de a munkáltatói oldal csak a jogi kényszer nélküli deklarációt tartotta elfogadhatónak. A multinacionális vállalatok tevékenységét befolyásoló univerzális kormányközi indíttatású szabályozót egyébként azóta sem sikerült elfogadni. A közvetlenül Kofi Annan ENSZ Főtitkár által 1999 januárjában a Világgazdasági Fórumon kezdeményezett, majd 2000 július 26-án New York-ban útjára indított Globális Megállapodás (UN Global Compact)¹⁸ is csak egy olyan laza nemzetközi, többszereplős kezdeményezés ('értékgyűjtemény'), amely átfogóan szorgalmazza bizonyos alapérté-

¹⁵ Említi: Business and Human Rights in a time of change, Amnesty International, 53. o.

¹⁶ Ennek formális elfogadására végül soha nem került sor (noha a tervezet 1984-re elkészült: 'UN Draft International Code of Conduct for Transnational Corporations'). A Kódextervezet egyébként is csak nagyvonalakban, általánosságban 'ajánlotta' volna az emberi jogokat a transznacionális vállalatok figyelmébe. 1992-ben végleg levették a napirendről a tervezet további tárgyalását és elfogadását. Lásd ehhez: Lance Compa and Tashia Hinchliffe-Darricarrére: Enforcing International Labor Rights through Corporate Codes of Conduct, i. m. 669. o.

¹⁷ Ezt az eszközrendszert azóta 1979-ben, 1984-ben, 1991-ben és 2000-ben is módosították, finomították.

¹⁸ www.unglobalcompact.org.

kek előmozdítását a globális üzleti tevékenységek szférájában, természetesen jogi kötőerő nélkül. Az ENSZ-nek van egy jelenleg is óriási viták közepette formálódó speciális Normatervezete a transznacionális vállalatoknak, illetve az egyéb kapcsolódó vállalkozásoknak az emberi jogi felelősségeivel kapcsolatban ('Draft UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights'). A Tervezet jelenleg még semmilyen nemzetközi jogi státusszal nem rendelkezik, és nem is kell túlzottan pesszimistának lenni annak feltételezéséhez, hogy a villámcsapás erejű Tervezet körül fellángolt viták közepette nem egyhamar lesz szűkebb értelemben vett jogi relevanciája a kezdeményezésnek, ha lesz egyáltalán valaha.

A 90-es évek elejétől, részben a nemzetközi szabályozás hiányának okán is, új korszak köszöntött be, a multinacionális vállalatok az önszabályozás útjára léptek, és sorra fogadták el a különböző kódexeket (csak érdekességgént utalunk rá, hogy az első vállalati 'kódex' feltehetően még a Johnson & Johnson 1943-as 'krédója' volt¹⁹). Az első 'kódexalkotó' vállalatok között volt pl. a General Electric,²⁰ Levi Strauss,²¹ a Reebok²² vagy a Body Shop.²³ Ez a tendencia – noha napjainkra egyre általánosabbá válik – leginkább ágazat-specifikus, jellemzően a végső fogyasztásra szánt, jól bevett márkanévvel rendelkező, nagy élőmunka igényű kereskedelmi termékeket előállító olyan vállalatok kezdtek munkaügyi kérdéseket érintő kódexek megalkotásába, amelyek nemzetközileg, több országban – így fejlődő országokban is – működnek, komplex hálózatok formájában (pl. ruhaipar, cipőipar, játékipar, kozmetikai cégek, sportszergyártók stb.). Természetesen vannak olyan iparágak, ahol például a környezetvédelmi kérdések a hangsúlyosabbak (pl. gyógyszeripar, vegyipar, kitermelőipar) de ezek a kérdések gyakran, sőt jellemzően keverednek is a kódexekben. A kódexek elterjedésére jellemző, hogy USA 'top 400' vállalatának 95%-a fogadott már el kódexet 2000-ig,²⁴ és a 'divat' a világ más részein is hódít...

4. A kódexek elterjedését elősegítő főbb társadalmi-gazdasági körülmények. Tény, hogy manapság globalizált gazdaságban élünk, ám nem globális társadalomban, azaz a globális kormányzás és a szabályozás igencsak le van maradva a globális gazdasági fejlődéshez képest.²⁵ Különösen igaz ez a multinacionális vállalatok kontextusában, hiszen azok eleve nem is alanyai a hagyományos értelemben vett nemzetközi jognak, azaz őket közvetlenül nem kötik a klasszikus

¹⁹ Említi: Corporate responsibility: codes of conduct, Speech given by Anna Diamantopoulou to the EU Committee of the American Chamber of Commerce in Brussels, 30 October 2000, 3. o.

²⁰ A GE már a 80-as években megkezdte ilyen irányú példaadó programjait: vállalati ombudsmant nevezett ki, mintegy 80 oldalas kódexet alkotott ('Integrity: The Spirit & the Letter of Our Commitment') 1993-ban belső ingyenes telefonos segélyvonalat intézményesített stb.

²¹ Global Sourcing & Operating Guidelines (1991), de a Levi Strauss Burmából is az elsők között vonta ki működését 1992-ben, emberi jogi visszasságok okán (lásd ehhez a cégnél: Country Assessment Guidelines).

²² Human Rights Production Standards, 1992.

²³ Trading Charter, 1994.

²⁴ Corporate responsibility: codes of conduct, Speech given by Anna Diamantopoulou to the EU Committee of the American Chamber of Commerce in Brussels, 30 October 2000, 2. o.

²⁵ Roger Blanpain – Michele Colucci: The Globalization of Labour Standards, The Soft Law Track, Kluwer Law International 2004, 4. o.

nemzetközi emberi jogi egyezmények, csak az államokat. Kijelenthető, hogy jelenleg sem regionális, sem globális szinten nincs olyan megfelelő, egyenértékű, integrált, valós jogi kiegyensúlyozó erő, amely megfelelően ellensúlyozhatná a multinacionális vállalatok hálózataiban megtestesülő transznacionális gazdasági döntéshozó potenciált.²⁶ Ami a munkaügyeket illeti: miközben terjeszkednek a multinacionális munkáltatók, a munkaügyi jogalkotás és a kollektív alku döntően nemzetállami szinten maradt. Ez a szabályozási rés, vagy vákuum arra ösztönözte a multinacionális vállalatokat, hogy önszabályozási módszereikkel – amelyek közül a különböző kódexek a legfontosabbak – önkéntesen/önkéntesen kitöltse ezt az űrt. A globalizáció és a verseny ugyanis eleve nehezebbé teszi, hogy a jogalkotó a szociális problémákat a kellő gazdasági flexibilitást is szem előtt tartva, de egyúttal a kívánatos biztonsági/védelmi szintet is garantálva hatékonyan szabályozza. Az önszabályozás felerősödését magával hozó folyamatban a következő körülmények is fontos szerepet játszottak:²⁷

- A multinacionális vállalatok globális 'érték-láncolatainak', komplex beszállítói hálózatainak kiterjedése, „mélyülése”. Ez az átláthatatlan kapcsolatszövedék immár nem megragadható a hagyományos munkajog eszközeivel, munkáltató és munkavállaló közötti kapcsolat relativizálódik, eltávolodik, jogilag kezelhetlenné válik, éppen úgy elmosódik, mint maguknak a vállalatoknak a 'határai'.
- A márkanév és a vállalati reputáció egyre jelentősebbé váló szerepe.
- A közvélemény változó attitűdje, társadalmi kérdések (környezetvédelem, emberi jogok stb.) iránti fokozódó érzékenysége.
- A globális kommunikáció fejlődése, amely egyrészt lehetőséget ad a vállalatoknak a távolabbi termelési tevékenységeik közvetlenebb befolyásolására, másrészt tengeren túli beszállító üzemek munkafeltételeinek – olykor megdöbbentő munkakörülményekről tanúskodó – hírei is egyszerűbben és gyorsabban áramlanak az egyre 'érzékenyebbé' váló, kampányokra, bojkottokra is hajlamos 'nyugati' társadalmak irányába. A vállalati hírnév így könnyen sebezhetővé válhat, ami a felszínen sokszor kivédhető egy jól célzott és jól kommunikált kódex segítségével.
- Közvetlen gyújtópontot jelentettek a 90-es évek elejének vállalati botrányai (pl. a Levi Strauss elleni 'kényszermunka'-vádak sarkallták a céget arra, hogy 1992-ben az elsők között fogadjon el 'codes of conduct'-ot²⁸). A kódexek elfogadása tehát sokszor nem vegytisztán önkéntes, hanem a közvélemény nyomására, illetve esetleges botrányok utáni 'megnyugtatózására' történik, olykor defenzív módon.

Mindezek mellett nem elhanyagolható szempont, hogy a kódexek elfogadása általában egyéb üzleti és versenybeli előnyöket is magával hoz a vállalat számára (pl. javuló kapcsolat az üzleti partnerekkel, népszerűség a képzett munkavállalók körében, növekvő produktivitás és javuló minőség a javuló és egészségesebbé váló

²⁶ Uo. 5. o.

²⁷ Lásd ehhez: Rhys Jenkins – Ruth Pearson – Gill Seyfang (szerk.): *Corporate responsibility and labour rights: codes of conduct in the global economy*, 2–3. o.

²⁸ Hasonló vádak (pl.: gyermekmunka, 'munkásnyúzó' tengeren túli 'sweatshop'-ok fenntartása) ösztönöztek kódexalkotásra további nagy cégeket is (pl. Nike, Gap, Disney stb.).

munkakörülmények okán, tőke és beruházók vonzása az egyre növekvő súlyú etikai alapú és társadalmilag felelős befektetési alapoktól). Ugyanakkor a kódex elfogadás fokozottabb sebezhetőséget is jelenthet, hisz immár a közvélemény is a nyilvánított hangzatos standardok fényében, saját mércéjük szerint, szigorúbban fogja megítélni a vállalatokat.

5. A kódexek lehetséges jogi megítélése. Mint említettük, a kódexek alapvetően önkéntes alkalmazásúak, nem járnak jogi kötöttségekkel. Ez közvetlenül ugyan feltétlenül igaz (tehát a kódex önmagában nem jogi aktus), de közvetve lehet, sőt van a kódexeknek jogi kihatása. Lássuk – a teljesség igénye nélkül – mely területeken jelentkezhet ez, milyen alkalmazandó jogterületek jöhetnek szóba:²⁹

- A munkavállalók viszonylatában a kódexek elvileg minősíthetők munkáltatói utasításnak, munkáltatói belső szabályzatnak, és mint ilyenek bírhatnak jogi relevanciával konkrét jogvitákban is.
- A kódexek elvileg kollektív szerződések részévé is tehetők, ami közvetlen jogi kötőerőt kölcsönözne nekik (ugyanakkor a gyakorlatban erre valóban alig van példa).
- A beszállítókkal való kapcsolatban a kódexek általános kötelmi jogi jelentőségre emelkedhetnek, mint szerződéses feltételek.
- A kódexek olykor általános felelősségi szabályok tekintetében is értékelhetők. (A francia megközelítésben például a kódex a munkáltató egyoldalú elköteleződése által eleve jogi relevanciával bírhat.)
- A kódexek számos esetben már létező jogi normáknak (jellemzően munkavállalói alapjogoknak) a megerősítései, tulajdonképpeni végrehajtási eszközei.
- A szakirodalomban vitás, hogy a kódexek kiterjesztése a beszállítókra, alvállalkozókra valóban egy radikálisan új jogi felfogást jelent-e, avagy pusztán a már létező nemzeti és nemzetközi jogi előírások megerősítését.³⁰
- A kódexekben gyakran előírt társadalmilag felelős magatartás, rendezett munkaügyi kapcsolatrendszer, illetve akár magának a kódexnek a léte is feltételévé tehető a különböző állami támogatásoknak, tenderekben és közbeszerzési eljárásokban való részvételnek stb. Ebben az új megközelítésben további jogi jelentőségre tehetnek szert a kódexek, egyfajta pozitív megerősítés útján.
- A kódexeknek a köz felé irányuló tájékoztatási funkciója adott esetben felveti az egyes államok speciális szankcióit az esetlegesen a fogyasztókat megtévesztő hirdetések tekintetében, vagy akár a jogosulatlan versenyelőny szerzés vonatkozásában. Erre a legjobb példa az USA bíróságai előtt született döntés a Nike v. Kasky-ügyben,³¹ amely legalábbis rávilágít arra, hogy óvakodnia

²⁹ Az első öt szempont tekintetében lásd: Jean-Michel Servais: International labour standards and corporate social responsibility, Conference Paper – *International Seminar on Comparative Labour Law, Industrial Relations and Social Security*, 5-16 July 2004, Bordeaux, France, 2. o.

³⁰ Information note on corporate social responsibility and international labour standards, ILO, Working Party on the Social Dimension of Globalization, GB.288/WP/SDG/3, Geneva, November 2003, 2. o.

³¹ Az ügyet ismerteti: Tamieka Spencer: Talking about social responsibility: Liability for misleading & deceptive statements in corporate codes of conduct, HeinOnline – 29 Monash U L. Rev. 2003, 305–307. o. A szerző ismerteti a vonatkozó Ausztrál szabályozást is, amely még egyértelműbb módon te-

kell a vállalatoknak attól, hogy CSR-eszközeikben, kódexeikben valós gyakorlati elkötelezettség és háttér nélkül tegyenek hangzatos vállalásokat.

- Egyes jogrendszerekben a kódexnek való megfelelésért tett nyilvánvaló erőfeszítések egyfajta védelmet jelenthetnek a felelősségtől, vagy megalapozhatják bizonyos bírságok mérséklését egyes jogsértések esetén.³²
- Egy további közvetett jogi aspektusa lehet elméletileg a kódexeknek az, ha például konkrét jogvitákban a (munkaügyi) bírák a jogértelmezésükben (vagy a tényfeltárásban) figyelembe vennék azok létét, vagy épp hiányát, illetve ha eleve 'társadalmilag felelős' irányba fejlesztenék ítélkezési gyakorlatukat. Az esetjog egyébként is jogot 'csinálhat' az önkéntes standardokból. Ide kapcsolódó jogelméleti kérdés, hogy ha a munkáltató önként kötelezi magát valamire egy kódex útján, hogyan tehetné meg a bíró, hogy ezt figyelmen kívül hagyja egy adott jogvitában?

A kódexek közvetett jogi jelentőségét mutatja egyébként az is, hogy számos esetben szankciók kapcsolódnak azok megszegéséhez. Lehet ez a szankció például a munkaviszony megszüntetése a munkavállalók tekintetében, vagy a beszállítói szerződés megszüntetése a szabályszegő beszállítók (alvállalkozók stb.) viszonylatában.

Ami a *munkajogot* illeti, annak mindig is megvolt egy jogon túli dimenziója, a kódexek csak felidéztek és elmélyítették az 'önkéntesség' eme dilemmáját. A munkajog középpontjában az ember, ráadásul a függő jogviszonyban dolgozó, azaz a 'kiszolgáltatót' ember áll, amely eleve megkérdőjelezné a nyers jogpozitivizmust. Ugyanakkor a kontinentális jogrendszerek számára nyilvánvalóan még így is sokkal nehezebb értelmezni az 'önkéntesség' princípiumát, mint az angolszász országok jogrendszereinek. A munkajog vonatkozásában a CSR és a kódexek népszerűsödése leginkább úgy értelmezhető, mint a klasszikus munkajog 'helyettesítésének', visszaszorításának a trendje. Hiszen míg a klasszikus munkajog inkább egyfajta szociális motivációjú – és nem ritkán korszerűtlennek bélyegzett – 'fékje' a vállalatok kapitalista fejlődési modelljének, addig a CSR és a kódexek éppen a vállalati versenyképesség szolgálatába állítják a szociális kérdéseket, ezáltal nyilvánvalóan nem kis mértékben relativizálva és meggyengítve azokat. Talán éppen ez a CSR és a kódexek távlatibb veszélye. Mindezek ellenére nem egységes a munkajog és a kódexek egymáshoz való viszonyának a megítélése, számos elmélet ütközik e téren: egyes meglátások szerint a kódexeknek a munkajog logikájába beilleszkedve és azzal partnerségben kellene funkcionálniuk, mások a kódexeknek csak a munkajogi standardok felett és azokon 'túl', azt kiegészítve látnak teret. Megint mások a munkajog betartatásának, követésének egy lehetséges implementációs eszközét látják a kódexekben, de sokan a nemzetközi munkajog 'hézagjainak' betöltésére és gyengeségeinek tompításra hivatott eszközként tekintenek a kódexekre. Vannak akik a további munkajogi jogalkotás (és kollektív alku) egy motivációját, katalizátorát vélik az önkéntes kódexekben felfedezni, de ismeretes olyan álláspont is, mely szerint a kódexek filozófiája, és általában az egész CSR-eszme a munkajog

szi lehetővé a felelősségre vonást abban az esetben, ha egy szervezet a kódexében (vagy más, a vállalati imázshoz tartozó módon, vagy hirdetésében) félrevezető vagy megtévesztő kijelentéseket tesz.

³² Az USA ilyen irányú kezdeményezéseihez ld.: Spencer: i. m. 303. o.

új 'háttér ideológiájává' is válhat. A legtöbben azonban mégis némiképp veszélyeztetve látják a hagyományos munkajogot az önkéntes kódexek elterjedésének fényében.

A kódexeknek a hagyományos munkajoghoz való viszonyát Harry Arthurs³³ elemzéseire támaszkodva három lépcsőben írhatjuk le. Az *első*, felületes pillantásra olybá tűnhet, mintha az önkéntes kódexek, ha nem is precízen, de valamelyest reprodukálnák az állami munkaügyi jogalkotás számos anyagi és eljárási jellemvonását. 'Második ránézésre' azonban nyilvánvalóvá válik, hogy legalább négy területen egyértelmű a kódexek 'gyengése' az állami szabályokhoz képest:

- Amíg a munkajogi szabályozás általában minden vállalatra vonatkozik, addig a kódexek csak az önkéntesen elköteleződőkre.
- Amíg a jogi normák nyelvezete relatíve precíz és orientáló, addig a kódexek inkább határozatlan, buzdító és kevésbé alkalmas a normakövetés presszionálására.
- Amíg a jogi normák lényege az állami kikényszeríthetőség, ez szinte teljességgel hiányzik a kódexek esetében.
- Amíg a jogi normák megszegőinek végső soron bíróság (vagy más független, kötelező fórum) előtt kell felelniük, ez jellemzően nem fenyegeti a kódexek megszegőit.

Am *harmadik körben*, közelebbről vizsgálva az említett négy szempontot, Harry Arthurs példák sorával bizonyítva egyértelművé teszi, hogy az önkéntes kódexek hézagos rendszere mégsem különbözik oly számottevően az állami szabályozástól. Mindez pedig nem a kódexek valóban nemigen létező hatékonyságával támasztható alá, hanem éppen fordítva, az állami munkajogi szabályozás jelenkori tökéletlenségeivel. Az, amit ugyanis az előbb elmondtunk az állami szabályozásról a kódexek ellenében, csak egy olyan ideális állami szabályrendszer sajátja, amely manapság aligha létezik. Harry Arthurs is azon a véleményen van, hogy a jelenkor munkajoga egyfajta válságban 'rozoga állapotban' van, és 'rossz hírnévnek örvend'. Kimutatja, hogy az előbbi négy ideáltipikus ismerv már közel sem jellemző az állami munkajogi szabályozásra sem: illúzió a munkajogi szabályozás univerzális lefedettsége (elég csak a fejlődő országok gyengébb munkajogi rezsimeire, vagy akár a foglalkoztatás kiterjedt informális – 'fekete és szürke' – szféráira gondolni); még az esetlegesen mégoly precízen is megfogalmazott nyelvezetű jogi normák is könnyen relativizálódnak a bírósági interpretáció keretei között; a gyakorlati végrehajtás és kikényszerítés terén pedig végső soron – akár a jogi normáknál, akár a kódexeknél – úgyszólván a vállalatoké az 'utolsó szó'. Manapság már az állami kikényszerítési mechanizmusok sem karakterisztikusan hatékonyabbak és szigorúbbak, mint egyes kódexek által tételezett 'privát' implementációs eljárások. Arthurs kritika alá veti a bírósági jogalkalmazás következetlenségeit is. Anélkül, hogy további elemzés tárgyává tennénk a fenti meglátásokat, leszögezhető, hogy az önkéntes kódexek mély jogi problémáknak az indikátorai: leképezik a hagyományos munkajogi jogalkotás gyengeségeit, 'impotenciáját', és egyben a hézagok 'önkéntes', önérdékű, sőt olykor önkényes vállalati kitöltését szimbolizálják. Mindez arra kellene, hogy figyel-

³³ Lásd ehhez: Harry Arthurs: Private Ordering and Workers's Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as a Regime of Labour Market Regulation , 477–479. o.

meztessen, hogy ha nem kívánjuk, hogy a bizonytalan vállalati önszabályozás teljességgel elhódítsa a kikényszeríthető jogi szabályozás még megmaradt tereit, akkor legalább akkora szükség lenne a hagyományos munkajogi védelmi mechanizmusok megerősítésére, mint az önszabályozás olykor felelőtlen, túlzott népszerűsítésére. Pesszimistább hipotézis szerint az állami munkajogi szabályozás 'gyengülése' és a vállalati önszabályozás párhuzamos 'erősödése' egy olyan hibrid nullszinten egyenlítődhét ki, vagy állapodhat meg, amely minden fontosabb garanciális elemet negligál. Egyet kell értenünk a fent idézett szerzővel abban, hogy az állami szabályozás és az önszabályozás a munkajog vonatkozásában szimbiózisban, egyensúlyban kellene, hogy funkcionáljon, nem pedig egymás ellenében. Belátható ugyanis, hogy a globális gazdaságban sem a jog, sem a kódexek tekintetében nincs olyan nyilvánvaló abszolút módszer, amely a vállalatokat mindenkor a feltétlen normakövető, vagy etikus magatartásra szoríthatná. Minden eszköz fontos lehet a munkajogi jellegű értékek realizálásához, és ebben a rendszerben – a munkajog hagyományosabb eszközei között – kell megtalálni az önkéntes kódexek adekvát helyét is.

6. A kódexek fajtái. A kódexeknek *legáltalánosabban* három formáját szokás megkülönböztetni:³⁴

(1) Teljesítést elváró kódexek, amelyek útmutatást, irányvonalat adnak bizonyos magatartásokra, míg más magatartásokat tiltanak (tehát, amelyek valamiképpen szabályozásra törekszenek).

(2) Vállalati 'krédók', amelyek még a fentieknél is tágabb, általános fordulatokban fogalmazzák meg a vállalat elköteleződéseit, értékeit, céljait.

(3) Menedzsment-filozófiai állásfoglalások, amelyek a pusztán formális kinyilatkoztatásai a vállalat, vagy a vezetők üzletfilozófiájának.

Nyilvánvaló, hogy valamifajta jogi relevanciája lényegében csak az első típusnak lehet, így vizsgálódásunkat értelemszerűen arra a körre fókuszáljuk, azaz a továbbiakban csak azokat a kódexeket vesszük számításba, amelyek legalább valamifajta minimális megfelelést elvárnak, illetve valamilyen módon magatartásbefolyásoló, szabályozó hatással bírnak.

Ezen belül a kódexek elsősorban *megalkotóik, kibocsátóik alapján* osztályozhatók. Az OECD 246 kódexre kiterjedő vizsgálta szerint ezek 48%-át (118 darabot) maguk a vállalatok, 37%-át üzleti szervezetek, 13%-át a stakeholderek különböző partnerségei, míg 2%-ukat nemzetközi szervezetek alkotják.³⁵ Egy másik, 258 kódexre kiterjedő felmérés (ILO) arányai szerint ezek 67, 44%-a vállalati kódex, 11, 24 %-a üzleti szövetségé, 7, 75%-a ún. „keret-megállapodás” (ld. később), 7, 36%-a NGO-ké, 3, 49%-a munkavállalói szervezeté, 2, 33%-a hibrid jellegű és csupán 0, 39%-a kormányzati indíttatású.³⁶ Mindez szintén mutatja az – egyéni, vagy szervezeteken keresztül megvalósuló – önszabályozás túlsúlyát. A továbbiakban csak a 'privát' kódexekre koncentrálunk, a nemzetközi szervezetek alkotta sa-

³⁴ Corporate codes of conduct, *ILO Actrav*, www.itsilo.it/english/actrav

³⁵ Corporate Responsibility, Private Initiatives and Public Goals, OECD, 2001, 32. o.

³⁶ Michael Urminsky (szerk.): Self-regulation in the workplace: Codes of conduct, social labelling and socially responsible investment, ILO, Geneva, MCC Working Paper No. 1., 14. o.

játos kódexek kívül esnek jelen vizsgálódásunk köréből.³⁷ Ugyanezen OECD-felmérés³⁸ egyébként különbséget tesz a kódexek között azok elsődleges címzettjei szerint is: 35%-uk a beszállítóknak és üzleti partnereknek szól, 31%-uk a munkavállalóknak, míg a maradék 34% leginkább pusztán nyilvános elköteleződés, értékgyűjtemény. Utóbbi szemponthoz áll közel a kódexek egy lehetséges további szakirodalmi felosztása³⁹, amely szerint három fő (részben egymást fedő, egymással keveredő) formája létezhet a munkaügyi kérdéseket rendező önkéntes vállalati kódexeknek:

(1) Az a klasszikus típus, amely a főként a vállalat munkavállalóihoz, alkalmazottaihoz szól.

(2) Azok a kódexek, amelyek a vállalat beszállítóinál, szerződéses partnereinél fennálló munkakörülmények befolyásolására fókuszálnak (tulajdonképpen 'beszerzési irányelvek').

(3) Végezetül pedig azok a kódexek, amelyek egy vállalatnak azon országhoz, vagy országokhoz való pozícióját taglalják, amely(ek)ben ez a vállalat működni kíván, vagy éppenséggel nem kíván működni.

Egyébként más, további felosztások is hasonlóak, tükrözik a korábban kifejteteket. Rhys Jenkins⁴⁰ például az alábbi ötös felosztást használja:⁴¹

(1) Vállalati kódexek. Ezekben belül is különbséget lehet tenni aszerint, hogy csak magára a vállalatra vonatkoznak, avagy annak beszállítóira is.

(2) Kereskedelmi, vagy üzleti szervezetek kódexei. Ezeket jellemzően egy bizonyos ágazatban, szektorban fogadja el vállalatok csoportja, tehát ilyen formán ezek is 'egyoldalúak' (ilyen például a FIFA kódexe,⁴² amely a focilabda-iparban elharcpódzott gyermekmunka problémákat kívánja orvosolni, vagy a játék- és teaiparban⁴³ elfogadott hasonló célú nemzetközi kódexek).

(3) Multi-stakeholder kódexek. Ezek általában az érdekeltek széles körét bevonó tárgyalások eredményei. Például ilyen a Nagy-Britanniában útjára indított 'Ethical Trade Initiative' (ETI⁴⁴), vagy az USA-beli ruhaipari kezdeményezés (Apparel Industry Partnership, majd az abból kinövő Fair Labor Association). Mindkettőben az állam is szerepet vállalt. Európában jellemzőbb a szakszervezetek részvétele is, noha

³⁷ Utóbbi témához lásd magyar nyelven: Kaponyi Erzsébet: A multinacionális vállalatokra vonatkozó szabályozási kísérletek, különös tekintettel az ILO és az OECD deklarációira, *Acta Humana* 16. évfolyam 2005. 1. szám; Kun Attila: A multinacionális vállalatok 'önkéntes' szociális felelősségéről az ILO, az OECD és az ENSZ kezdeményezései tükrében (megjelenés alatt, Szeged, Publicationes Doctorandorum Juridicorum).

³⁸ Corporate Responsibility, Private Initiatives and Public Goals, OECD, 2001, 34. o.

³⁹ Gijsbert Van Liemt: Codes of Conduct and International Subcontracting: a 'private' road towards ensuring minimum labour standards in exporting industries, in: *Multinational Enterprises and the Social Challenges of the XXIst Century*, (szerk: Roger Blanpain), *Bulletin of Comparative Labour Relations* 37 – 2000., 170. o.

⁴⁰ Rhys Jenkins: Corporate Codes of Conduct, Self-Regulation in a Global Economy, UNRISD Technology, *Business and Society Programme Paper* Number 2 April 2001, 20. o.

⁴¹ Ezzel a felosztással lényegében egybevág az Európai Bizottság megközelítése. Lásd ehhez: ABC of the main instruments of Corporate Social Responsibility, European Communities, 2004, 7. o.

⁴² www.fifa.com/en/solidarity/childlabour.html ; Megjegyzendő, hogy a FIFA-kódexbe bekapcsolódtak utóbb a szakszervezetek, NGO-k, sőt egyes kormányközi és kormányzati szervezetek is.

⁴³ Lásd: 'International Council of Toy Industries', 'Tea Sourcing Partnership'.

⁴⁴ www.ethicaltrade.org

sokan kritizálják azért e kezdeményezéseket, mert a munkáltatók és a munkavállalók közti kiegyensúlyozottabb kollektív tárgyalásos logikát megbontották, 'kinyitották' a tágabb érdekelti kör felé, felborítva ezzel az egyensúlyt. A multi-stakeholder kódexek általában a csatlakozást, elköteleződést ('feliratkozást') lehetővé tevő rugalmas módon működnek.

(4) Modell kódexek. Ezek tulajdonképpen alapként, referenciaként, mintaként, összehasonlítási pontként, 'benchmark'-ként szolgálnak (szolgálhatnak) az egyes konkrét kódexek megalkotásához, egy bizonyos szervezetnek a felelős vállalati működésre vonatkozó elvei mentén. Például ilyen az ICFTU (Szabad Szakszervezetek Nemzetközi Szövetsége)⁴⁵ által szakszervezeti szempontok mentén 1997-ben kidolgozott minta-kódex, vagy az Amnesty International vonatkozó elvei.⁴⁶ Számos esetben a modell-kódexek egyfajta 'feliratkozást', csatlakozást lehetővé tevő módon kerülnek megalkotásra (pl. ilyen tulajdonképpen az ENSZ Global Compact, vagy az ISO-standardok). A modell kódexek 'közös nyelvet' kívánnak teremteni a kódexek bábeli forgatagában.

(5) Kormányközi kódexek. Ide tartozik az ILO már említett Tripartit Nyilatkozata, vagy az OECD Irányelvei.

A fenti öt fajta közül jellemzően az első kettő az, amelyek a legkevésbé kiterjedtek, 'jogiasak', míg az ún. multi-stakeholder kódexek általában átfogóbbak és szigorúbbak. Egy más megközelítés szerint⁴⁷ a kódexek két alapvető fajtája közötti elméleti választóvonal ott húzódik, hogy az az előbb említett logika szerinti modell-kódex-e, avagy közvetlenül alkalmazható, ún. 'operatív' kódex (az ILO említett felmérése szerint egyébként a vizsgált 258 kódexek 87 %-a volt „operatív”, és 13 %-a modell kódex⁴⁸).

Más elemzések hangsúlyos különbséget tesznek az önálló 'belső' vállalati kódexek, illetve a (multinacionális) vállalatok számára megfogalmazott 'külső' kódexek között.⁴⁹ Utóbbiak általában mélyebb legitimitással bírnak (pl. az ILO vagy az OECD említett kódexei), de a klasszikus jogi szabályozástól ezek is nagyon messze vannak kötőerő tekintetében.

Érdemes lehet továbbá a kódexektől némileg elhatárolni az ún. *keret-megállapodások* ('framework agreements') sorát, amelyek a 21. sz. munkaügyi kapcsolatainak sajátos új termékeiként valójában egyfajta sajátos kollektív megállapodások egyes multinacionális vállalatok és szakszervezeti világszövetségek között.⁵⁰ Az első és máig legátfogóbb ilyen keret-megállapodás 1998-ban kötött a Danone cég és az IUF (Nemzetközi Élelmiszeripari, Mezőgazdasági, Szállodai, Ét-

⁴⁵ 1949-ben alapították, 234 tagszervezetet tömörít, kb. 148 millió munkavállaló képviselőjében lép fel. www.icftu.org

⁴⁶ Amnesty International, Human Rights Principles for Companies (AI Index ACT 70/01/98, Jan. 1998).

⁴⁷ Servais: i. m. 2. o.

⁴⁸ Michael Urminsky (szerk.): Self-regulation in the workplace: Codes of conduct, social labelling and socially responsible investment, 15. o.

⁴⁹ Codes of Conduct for Multinationals, ILO Actrav, Bureau for Workers' Activities, www.ilo.org/actrav

⁵⁰ Mások vitatják ezek kollektív szerződéses jellegét, és inkább általános kötelmi jogi jellegűnek tartják őket, elismerve ugyanakkor kiemelt hatásukat a nemzeti kollektív alkukra vonatkozólag. Lásd ehhez: Michael Urminsky (szerk.): Self-regulation in the workplace: Codes of conduct, social labelling and socially responsible investment, 18. o.

termi, Idegenforgalmi, Dohányipari és Csatlakozott Munkavállalói Szövetség) között.⁵¹

A keret-megállapodásoknak is két fajtája ismeretes: egyrészt amikor egy vállalat és egy nemzetközi szakszervezet írásban megállapodik bármely konkrét kérdésben (tulajdonképpen ilyen lehet az Európai Üzemi Tanács létrehozására irányuló megállapodás a 94/45/EK irányelv fényében, annak minimumain túlterjeszkedve), másrészt, amikor az említett két fél kifejezetten az adott vállalat határokra átívelő munkaügyi politikájáról állapodik meg. Utóbbi hasonlatos egy kódexhez, de annál gyakran több, hiszen ezeket általában (jobb esetben) kötelező a vállalat egyes nemzeti jogok alá tartozó kollektív megállapodásainak részévé tenni. A kódexek számos válfajára található példa az ILO speciális adatbázisában.⁵²

7. A kódexek lehetséges tartalma. A kódex bármely, a vállalat működése szempontjából fontos kérdéssel foglalkozhat. *Általánosságban* elmondható, hogy a kódexek egymástól lényegesen különböznek, igazodnak megalkotójuk igényeihez, azaz aligha létezik két egyforma kódex. Az OECD 246 kódexre kiterjedő említett vizsgálta⁵³ szerint a következő kérdések előfordulása jellemző:

- Munkavállalói jogok, munkajogi standardok (148 kódex)
- Környezetvédelmi gondosság (145 kódex)
- Fogasztóvédelem (117 kódex)
- Vesztegetés (56 kódex)
- Versenypolitika (50 kódex)
- Nyilvánosságra hozatal, transzparencia (45 kódex)
- Adózás (1 kódex)

Ezeket túl is bármi elképzelhető, ami illeszkedik a kódexeket elvi háttérként determináló fenntartható fejlődés aktuális napirendjébe, illetve az ún. 'triple bottom line' irányvonalba, miszerint a multinacionális vállalatok működésének három pillér (gazdasági, szociális, környezeti) kiegyensúlyozott összhangján kell orientálódnia.

Az alábbi táblázat a *munkaügyi* vonatkozású kódexek tartalmi összetételére ad támpontokat:

*A munkaügyi vonatkozású kódexek elköteleződése, referenciái*⁵⁴

	%*
Méltányos munkakörnyezet	75, 7
Jogkövetés, a vonatkozó munkajogi normák betartása	65, 5
Diszkriminációmentesség	60, 8
Kompenzáció	45, 3
Gyermekmunka tilalma	43, 2
Az üzleti partnerekre, beszállítókra vonatkozó kiterjesztése a vállalásoknak	41, 2

⁵¹ További példák: IKEA–IFBWW (fafeldolgozás); Volkswagen–IMF (fémipar), EURATEX/ETUC–TCL stb.

⁵² www.ilo.org/basi

⁵³ Corporate Responsibility, Private Initiatives and Public Goals, OECD, 2001, 34. o.

⁵⁴ Forrás: OECD, Corporate Responsibility, Private Initiatives and Public Goals, OECD, 2001, 35. o.

* Azoknak a munkaügyi vonatkozású kódexeknek a százalékos aránya, amelyek az adott kérdést érintik.

Kényszerszermunka tilalma	38, 5
Képzés	32, 4
Munkaidő	31, 8
Szervezkedési szabadság	28, 7
Az 'emberi jogok' specifikus említése	25, 0
Monitoring	24, 3
Információhoz való jogok	13, 5
ILO normák behivatkozása	10, 1
A kódex terjesztése, előmozdítása	8, 8
Méltányos időben történő tájékoztatás	3, 4
Az alkalmi munka kiterjedt alkalmazásának visszaszorítása	3, 4
Rugalmas munkahelyi kapcsolatok	0, 7

Munkaügyi kérdésekben egyébként azok a legautentikusabb kódexek, amelyek az ILO normáira kifejezetten is utalnak. E körben kívánatos referenciaként kiemelendő az ILO Alapvető Munkahelyi Elvekről és Jogokról szóló Nyilatkozata (1998 – az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatának 50. évfordulóján). Ennek elfogadása által, az ILO tagállamai ismételten kinyilvánították – tagságukból eredő – elkötelezettségüket az alapvető munkahelyi elvek és jogok tiszteletben tartására, előmozdítására és megvalósítására (függetlenül attól, hogy ratifikálták-e a kérdéses alapvető egyezményeket). Ezek az alapvető elvek konkrétan: (a) az egyesülési szabadság és a kollektív tárgyalási jog hatékony elismerése; (b) a kötelező vagy kényszerszermunka minden formájának felszámolása; (c) a gyermekmunka hatékony betiltása; (d) a foglalkoztatásból és a foglalkozásból eredő hátrányos megkülönböztetés megszüntetése. A kódexek gyakorlatában sajnos igen ritka az erre való autentikus hivatkozás (nem is beszélve a konkrét egyezményekre való hivatkozásról). Még az esetleges behivatkozás is jellemzően szelektív, 'szemezgető', ami megbontja ezen emberi jogok szerves összefüggését. Az autentikus referenciák használata helyett sokkal inkább jellemző a saját fogalomalkotás ('self-definition'),⁵⁵ illetve az egyes alapjogok sajátos, többféleképpen értelmezhető, bizonytalan és általános körülírása. Mindez szintén egyfajta elszakadást, távolodást jelent a hagyományos szabályozási keretektől az önszabályozás irányába. Tartalmilag egyébként igen gyakori még a munkavédelmi jellegű (egészségi, biztonsági) kérdésekre vonatkozó utalás is, vagy a foglalkoztatás biztonságának kérdései, sőt olykor szociális juttatásokról is szó esik

Számos elemző rámutat, hogy amíg a kódexek – népszerű, PR-szempontról is hasznos tartalmukkal – igen jól ismertek lehetnek a közvélemény előtt, addig gyakran a munkavállalók nem ismerik azokat, illetve az azokban rejlő esetleges lehetőségeket. Ezzel hasonlatos megállapításokra jutott egy, a Mattel játékipari cég kínai beszállító üzemeit vizsgáló helyi NGO (HKCIC⁵⁶). Ugyanakkor a hangzatos kódexek 'árnyékában', illetve azok leple alatt ráleltek a beszállító üzemekben olyan

⁵⁵ Lásd ehhez, számos példával a 'self-definition' módzataira az egyes alapjogok tekintetében: Michael Urminsky (szerk.): *Self-regulation in the workplace: Codes of conduct, social labelling and socially responsible investment*, 22. o.

⁵⁶ Hong Kong Christian Industrial Committee.

„helyi” kódexekre, magatartási szabályzatokat tartalmazó könyvecskékre (igazi kódexekre), amelyek ismertsége éppen fordított volt: a közvélemény ezekről mit sem tudott, míg a munkavállalók ezt behatóan ismerték és félték, hiszen ez szabályozta valójában napi munkájukat. Mindez az ismertségi 'arány' nem is csoda, ezek az utóbb említett könyvecskék nem 'divatos' emberi jogi vállalásokat tartalmaztak, hanem sokszor éppen azok ellenkezőjét is: részletekbe menően, kazuisztikusan 'önszbályozták' az üzemi fegyelem kérdéseit, a gyakran teljesíthetetlen teljesítménykövetelményeket, a bérezést, a dolgozókra kiszabható szankciókat, a munkásszállás szigorú házirendjét, vagy éppen a munkahelyi toalett tisztításának részletszabályait. Míg a Mattel propagált, 'hivatalos' 'codes of conduct'-ja mindössze 2 oldal, addig az említett beszállító üzemében (Chang'an) egy 90 oldalas szabályzat kötötte a munkavállalókat. Noha ez terjedelmében azért igen egyedi eset, hasonló 'nem hivatalos' kódexek számos más beszállító üzemben is találhatóak, a Mattel példája nyilvánvalóan nem egyedi.⁵⁷ Mindez szintén arra enged következtetni, hogy legalábbis óvatosan és körültekintően kell eljárunk, amikor az önkéntes kódexek valós értékét kutatjuk...

8. A kódexek végrehajtása. A vállalatirányítási és magatartási kódexek egyik fő deklarált célja, hogy a termelési folyamatban résztvevő dolgozók munkafeltételeit javítsa. Ugyanakkor számos kódex nem több, mint pusztán 'csillogó', 'kirakatszerű', buzdító PR-eszköz. Egy 200 kódexet vizsgáló OECD felmérés szerint 38%-uk egyáltalán nem tartalmaz rendelkezéseket a végrehajtásra.⁵⁸ Egy másik, 132 kódexre kiterjedő felmérés szerint pedig a kódexek 41 %-a egyáltalán nem szólt az implementációról, 44 %-uk csupán belső monitoringot irányzott elő, míg csupán 15% rendelkezett hitelesebbnek várható külső monitoringról.⁵⁹ Más becslések szerint a kódexek mintegy 80%-a nem tartalmaz implementációs rendelkezést, azaz nem több mint üzleti etikai produktum.⁶⁰ Márpedig egy kódex értéke csakis végrehajtási módján mérhető le, anélkül nem több, mint vállalati vezérelvek hangzatos gyűjteménye, szándéknyilatkozata vagy egy egyszerű PR-eszköz. A megfelelő végrehajtás első lépése lenne a transzparencia, azaz a kódex megfelelő és alapos megismertetése érintettjeivel (munkavállalók, üzleti partnerek, fogyasztók stb.). Ez utóbbi tekintetben fontos lenne a kódexek széles körű terjesztése, lehetőleg az éppen aktuális nemzeti nyelvre fordítva (ez különösen a fejlődő országok munkavállalói számára lehet fontos).

⁵⁷ Az esetet ismerteti: Alice Kwan – Stephen Frost: 'Made in China': rules and regulations versus corporate codes of conduct in the toy sector, in: Rhys Jenkins – Ruth Pearson – Gill Seyfang (szerk.): Corporate responsibility and labour rights: codes of conduct in the global economy, Earthscan Publications Ltd., 2002, 129–133. o.

⁵⁸ Említi: Corporate responsibility: codes of conduct, Speech given by Anna Diamantopoulou to the EU Committee of the American Chamber of Commerce in Brussels, 30 October 2000, 4. o. Egyébként például a Levi Strauss egyébként 'úttörő' kódexe sem szól érdemben az implementálásról.

⁵⁹ Kolk 1999-es felmérését idézi: Rhys Jenkins: The political economy of codes of conduct, in: Rhys Jenkins – Ruth Pearson – Gill Seyfang (szerk.): Corporate responsibility and labour rights: codes of conduct in the global economy, Earthscan Publications Ltd., 2002, 21. o.

⁶⁰ Az IOE (International Organization of Employers) becslését idézi: Michael Urminsky (szerk.): Self-regulation in the workplace: Codes of conduct, social labelling and socially responsible investment, 13. o.

A tisztánlátás kedvéért érdemes lehet ehelyütt röviden összefoglalni a kódexek végrehajtási mechanizmusai kapcsán *leggyakrabban használt kifejezések* tartalmát. Hangsúlyozandó azonban, hogy az egyes szerzők és dokumentumok némileg eltérő jelentéstartalommal használják az alábbi kifejezéseket. Az implementáció (végrehajtás, teljesítés) kifejezés elvileg a legtágabb, magában foglalja mindazon tevékenységeket, amelyeket egy vállalat megtehet annak érdekében, hogy tényleges hatása legyen a kódexének. A monitoring már az implementáció egy gyakori módja, ami nem jelent mást, mint annak figyelemmel kísérését, vagy ellenőrzését, hogy a kódex vállalásai betartásra kerülnek-e. Ismeretes a belső és a külső monitoring, utóbbi pedig leginkább akkor hiteles, ha független. A monitoring megkövetelné, hogy a kódex előírásai auditálható standardokként is megfogalmazhatóak legyenek. A verifikáció kifejezés általában a monitoring hitelességének a külső igazolására, megerősítésére utal, azaz tulajdonképpen nem más, mint a 'monitoringot végzők monitorizálása', vagyis a megfigyelők és ellenőrök megfigyelése, ellenőrzése. Mindez analóg a hagyományos pénzügyi könyvelési, auditori tevékenységgel, szociális szempontokra specializálva. Az akkreditáció kifejezés alapvetően az auditoroknak bizonyos szakmai standardok szerinti minősítésére, hitelesítésére utal ebben az összefüggésben. A CSR-szférában talán az egyik fő gond éppen az, hogy a szociális auditorok tevékenységének nincs egységes, vagy legalább egységes szempontokon nyugvó akkreditációs rendszere. Ismeretesek még a különböző tanúsítvány-rendszereken ('certifikáció') nyugvó 'címkerendszerek' ('social labelling'), amelyen alapuló (el)ismert címkéket, megjelöléseket általában bizonyos NGO-k adományoznak annak tanúsítására, hogy például egy adott termék egy adott kódex által lefektetett feltételeknek megfelelően került előállításra, forgalmazásra.

A *gyakorlatban* számos különböző végrehajtási, implementációs mechanizmus létezik, amelyekkel a hangzatos elvek közelebb vihetőek a vállalatok napi működéséhez: a felső vezetők elköteleződése, az elszámoltatásra szakosodott belső irodák, minőségellenőrzési csoport létesítése,⁶¹ képzések, munkavállalói aláírási kötelezettség, belső audit, külső audit⁶² (pl. erre szakosodott szociális auditor cégekkel, NGO-kal,⁶³ egyetemi, sőt olykor vallási csoportokkal), büntető jellegű intézkedések kilátásba helyezése, nyilvántartások felvétele, aktív kommunikáció, nyilvános jelentések tétele, rendszeres felülvizsgálat stb. A beszállítókra is kiterjesztett, rajtuk is számon kért kódexeknél igen gyakori a beszállítói szerződések felmondásának kilátásba helyezése a kódex megszegésének esetére, amit vagy belső, vagy külső 'monitoring' útján tárnak fel (az OECD említett felmérésének a 118 vállalati kódexéből 22 volt kiterjesztve a beszállítókra is, és ezek 73%-a tartalmazta az említett szankciót). Így nyerhetnek közvetlen jogi relevanciát az egyébként olykor csak laza értékgűjteménynek tartott kódexek is. A végrehajtásnak és ellenőrzésnek az is egy lehetséges módja, hogy a vállalat egy bevett tanúsítványrendszerrel (pl. SA

⁶¹ Például a 'C & A' kódexének végrehajtását a cég által külön e célra alakított önálló belső egység (SOCAM – Service Organization for Compliance Audit Management) ellenőrzi, ami több mint gyanús. Említi: Ans Kolk — Rob Van Tulder i. m. 263. o.

⁶² Vannak vállalatok, hol a belső és a külső audit kombinációja él. Ilyen a 'Nike' is, ahol a belső auditot (Shape), kiegészíti a PricewaterhouseCoopers külső auditja. Uo. 266. o.

⁶³ Például a 'Gap' El Salvadorban található üzemeit egy független helyi NGO ellenőrzi. Uo. 263. o.

8000⁶⁴) minősíteti magát, majd ugyanezt várja el beszállítóitól is (pl. a WE cég). Mindezen módszereket kiegészíti az a lassan globálissá dagadó kölcsönös 'tanulási' folyamat, amely a legjobb gyakorlatok ('best practice') állandó cirkuláltatásával egy sajátos tapasztalatcserét generál az érintett stakeholderek körében. E tanulási folyamat fórumai a különböző CSR-konferenciák, oktatások, honlapok stb. Egyebekben az implementációs mechanizmusok közötti fő választóvonal az, hogy az belső, avagy külső. A belső monitoring fő célja a kódex értékeinek becsatornázása a vállalati kultúrába, míg a külső monitoring egyfajta 'tesztje', indikátora ennek a 'kultúrának'. A legjobb az, ha a kettő egységben működik, ám jogi szempontból mindenképpen erősebb a független, hitelesített, akkreditált külső monitoring, és a kódexek újabb generáció már ennek meghonosítására tesznek inkább kísérletet, változó háttérrel és sikerrel.

Elaine Bernard⁶⁵ szerint az igazán *független monitoring főbb kritériumai* a következő hét szempont mentén foglalhatóak össze címszavakban: függetlenség, folyamatosság (nem csak ad hoc ellenőrzések), intézményesítettség (feltételezve a szükséges erőforrások rendelkezésre állását), lokalitás (helyi ismerettel, nyelvtudással rendelkező személyek bevonása), megbízhatóság (legitimitás), szakértelem, transzparencia. Sajnos, ezen elvárásoknak a kódexek többsége messze nem tesz eleget.

Sajnos ritkák azok a kódexek is, amelyek intézményesített panaszmechanizmusokat, kemény szankciókat és kompenzációs, jóvátételi lehetőségeket rendszeresítenének (ráadásul védve a panaszost a megtorlástól). Az önkéntes kikényszerítés sokszor objektív korlátokba is ütközik: egy multinacionális cég köré szerveződő hosszú, mobil és komplex beszállítói láncolatok hálózatában technikai és anyagi képtelenség lehet a kódex megfelelő monitoringja és betartatása.⁶⁶ A végrehajtás talán még leghitelesebb módszere a külső, független, akkreditált, kompetens szociális audit módszere lenne, melynek keretében a hagyományos munkaügyi ellenőrzéshez hasonlatos módszerekkel végzik az ellenőrzést az erre szakosított cégek vagy NGO-k (pl. rendszeres és meglepetésszerű üzemlátogatások, a nyilvántartások átvizsgálása, interjúk). Fontos, hogy ezt az összes érdekelt elismerje hitelesnek és függetlennek (sajnos gyakori, hogy e cégeket maga a vállalat választja és fizeti, ami már önmagában megkérdőjelezi a hitelességet). Ugyanakkor a kódexek kikényszerítésének egyik legfőbb gyengesége, hogy még a legtisztább audit módszer is csak feltárni képes a problémákat, nem orvosolni. Az már a vállalaton múlik, hogy valóban megoldást keres-e a problémákra, avagy netán elfedi azokat látszat-cselekvésekkel és kommunikációs stratégiákkal. Mindemellett napjainkra valóságos 'kódex-ipar' alakult ki, gombamód szaporodnak a professzionálisnak titulált CSR-tanácsadók, a szociális auditor cégek, a legkülönbözőbb tanúsítványrendszerek stb., amelyek CSR-szolgáltatásokat üzleti szolgáltatásként nyújtanak. A világ legna-

⁶⁴ Social Accountability 8000 (1997, CEP), amely kimondottan a munkavállalói jogokra fókuszáló szociális elszámoltatási szabvány. www.cepaa.org/SA8000/SA8000.htm

⁶⁵ Idézi: Business and Human Rights in a time of change, Amnesty International, 51. o.

⁶⁶ Ezt kiegészítendő meg kell jegyezni, hogy bizonyos ágazatokban (pl. textil- vagy élelmiszeripar) már csak azért sem lenne életszerű az egész beszállítói hálózat ellenőrzése, mert előbb-utóbb a lánc végén a mezőgazdaság szerepelhet, ami viszont már sok szempontból teljesen 'külön világ'. Lásd mind ehhez: Ans Kolk – Rob Van Tulder i. m. 268. o.

gyobb ilyen privát szociális megfigyelő és auditor cége a Pricewaterhouse Coopers.⁶⁷ Dara O'Rourke⁶⁸ alapos, részletekbe menő, személyes megfigyelésen és esettanulmányokon alapuló esszéjében veti kritika alá a PwC monitoringjának hitelességét. Számos szempont egybevetésével⁶⁹ arra a főbb konklúzióra jut, hogy még e mégoly tekintélyes audit-cég monitoringja is gyakran hiányos, félrevezető. Félve kérdezhetjük: mit várhatunk akkor a kevésbé tekintélyes és professzionális privát monitoring cégektől és rendszerektől?

További problémát jelent, hogy a kódexek implementációs mechanizmusai egymástól jelentősen eltérnek, bármiféle reális általánosítás, összehasonlíthatás, értékelés szinte kizárt lenne e tekintetben. Éppen ezért fontos lenne a jövőben a kódexek implementálásának valamifajta standardizált rendszere, mely a vállalatoknak sem lenne hátrányos, hiszen tompítaná a relativitást, a gyanakvást és tisztességesebb versenyfeltételeket, nagyobb hitelességet generálhatna.

9. A kódexek értékelése. A kódexek önmagukban nem jók, vagy rosszak, sokkal inkább eszközök, lehetőségek, amelyeket lehet valóban pozitívan is hasznosítani, de gyakran el is lehet mögéjük 'bújni', mint a felelős arculat jótékony leplei mögé. A kódexek szintén nem értékelhetőek általában, csakis egyenként, éppen szélsőséges különbségeik okán. Számos *hiányosság, veszély* ugyanakkor egyértelműen kimutatható. Az alábbi, messze nem kimerítő, és semmiféle fontossági sorrendiséget nem tükröző felsorolás ezen főbb hiányosságokat igyekszik csokorba gyűjteni:

- Eleve csak bizonyos fent említett 'imázs-érzékeny' ágazatokra, szektorokra jellemzőek.
- Sokak szerint az egyetlen igazi ok az önkéntes vállalati kódexek születésére csakis az imidzsformálás. Ha egy vállalat akar is és képes is társadalmilag felelősen viselkedni, azt kódex nélkül is minden további nélkül megtehetné.⁷⁰
- Az utóbbi évek 'boomja' ellenére is még kevésbé elterjedtek.
- Számos esetben „kevesebbet” írnak elő, mint amit a vonatkozó jog éppen megkívánna.⁷¹
- Korlátozott, szelektív és limitált a tartalmuk.

⁶⁷ Pl. ők dolgoztak/dolgoznak olyan cégeknek is, mint a Nike, a Gap, a Walmart vagy a Disney.

⁶⁸ Dara O'Rourke: Monitoring the monitors: a critique of corporate third-party labour monitoring, in: Rhys Jenkins – Ruth Pearson – Gill Seyfang (szerk.): Corporate responsibility and labour rights: codes of conduct in the global economy, Earthscan Publications Ltd., 2002, 196–208. o.

⁶⁹ Pl.: Inkább a menedzserektől gyűjtik az információt, mint a dolgozóktól. A munkavállalói interjúk is problémásak voltak, hisz a kikérdezettek a menedzsment javaslatával választották ki, és a gyáron belül hallgatták meg őket, gyakran a menedzsment irodájában és jelenlétében. Az egész ellenőrzés általában nem szisztematikus, hanem szelektív. Gyakran hamis nyilvántartásokból következtek a munkaidőre és a bérekre.

⁷⁰ Lásd ehhez: Rolf Thüsing: Codes of conduct – a growing concern for enterprises?, in: Multinational Enterprises and the Social Challenges of the XXIst Century, Roger Blanpain (szerk.), *Bulletin of Comparative Labour Relations* 37 – 2000. 95. o.

⁷¹ Hisz ezek nem kollektív szerződések, amelyekre irányadó a nemzetközileg elterjedt munkajogi alaptétel, azaz a magyar munkajogban főként kedvezőbbség elvének (relatív diszpozitivitás, klauzikáló kógencia, jóléti elv) nevezett elvárás, melynek értelmében, főszabály szerint a kollektív szerződés csak a munkavállalókra kedvezőbb irányban térhet el a munkakódextól.

- Leginkább csak a „divatos”, a megalkotó szempontjából különösen releváns, érzékeny kérdésekre fókuszálnak, gyakran a közvélemény lehetséges vagy tényleges kritikáira reflektálva. (minimalista megközelítés).
- „Elfogultság” a megalkotói irányában.
- Korlátozott hatókör, gyakran limitált kiterjedés (nem mindig az egész beszállítói hálózatra).
- Gyenge és bizonytalan végrehajtás.
- Fennáll a veszélye a kódexek túlértékelésének, 'abszolutizálásának'.⁷²
- Alkalmasak lehetnek a figyelem és a kritika elterelésére.
- Csökkenthetik a 'külső' jogi szabályozás iránti igényt és elvárást, 'kihúzva a talajt' a hagyományos jogi eszközök alól. (Közhely, hogy 'önkéntes' felelősség hiányában nő a jogilag kikényszerített felelősség iránti igény, illetve fordítva.)
- Alááshatják a szakszervezetek munkahelyi szerepét, és a kollektív alku jelentőségét.⁷³ A kódex léte sokszor kifogás a vállalatok számára a szakszervezet el nem ismerése tekintetében, hisz a vállalat a kódex egyoldalú elfogadásával teljesítettnek vélheti a dolgozók irányában fennálló morális és jogi kötelezettségét.⁷⁴
- Egyre nagyobb teret engednek a partnerségekben az NGO-knak (amelyek nem rendelkeznek a szakszervezetekhez hasonló legitimitással, stabil tagsággal és elszámoltathatósággal,⁷⁵ ugyanakkor sokszor hatékonyabbak, motiváltabbak, rugalmasabbak, politikailag függetlenebbek és jobb a média-hozzáférésük).
- Sokszor éppen azoknak ártanak, akiknek segíteni szeretnének (hisz a kódex betartatása költséges lenne).
- Egyáltalán nem érintik a kiterjedt 'informális' szférában dolgozókat.
- Nincs, vagy alig van megbízható bizonyíték arra nézve, hogy valójában hogyan hatnak ezek a kódexek a multinacionális vállalatok magatartására.⁷⁶

Ugyanakkor nem tagadhatóak le az *esetleges pozitív hatások* sem:

- Nem kizárt a munkafeltételek tényleges javulása.⁷⁷

⁷² Az ezzel kapcsolatos veszélyekre hívta fel a figyelmet többek között Richard Howitt EP-képviselő, CSR-szakértő: Hiszem, hogy az önkéntes kódexek önmagukban inadekvátak”, Idézi: Business and Human Rights in a time of change i. m. 51. o.

⁷³ Számos kódex kifejezetten is utal például arra, hogy a vállalatnak úgy kell működnie, hogy a dolgozók ne érezzék szükségét a szervezkedésnek (Caterpillar – Code of worldwide business conduct and operating principles), vagy hogy a vállalat a szakszervezet-mentes környezetben hisz (Sara Lee Knit Products – International operating principles). A példákat említi: M. Janelle Diller: Social conduct in transnational enterprise operations: the role of the ILO, in: Multinational Enterprises and the Social Challenges of the XXIst Century, Roger Blanpain (szerk.), Bulletin of Comparative Labour Relations 37 – 2000, 25. o.

⁷⁴ Robert O'Brien: The varied paths to minimum global labour standards, in: Global Unions? Theory and strategies of organized labour in the global political economy, Jeffrey Harrod and Robert O'Brien (szerk.), RIPE Series in Global Political Economy, 2002, Routledge, London, 231. o.

⁷⁵ Lásd ehhez: Peter Utting: Beyond Social Auditing: Micro and Macro Perspectives, Presentation at the EU Conference on »Responsible Sourcing: Improving Global Supply Chains Management«, Brussels, 18 November 2005, 3. o.

⁷⁶ Utóbbi szempontot említi: Harry Arthurs: Private Ordering and Workers's Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as a Regime of Labour Market Regulation, 477. o.

- A kódexek hatásaként és azok útján a vállalatok egyre növekvő mértékben vállalnak felelősséget a beszállítóik által biztosított munkafeltételekért, ami elősegítheti a felelősebb beszerzési politikák kialakítását, azaz a multinacionális vállalatokat körülfontó beszállítói hálózatok menedzselésének szociális dimenzióját.
- A kódexek innovatív eszközei lehetnek az alapvető emberi jogok promotálásának, különösen azon fejlődő államok tekintetében, ahol a közhatalom nem kényszeríti ki ezeket a minimumstandardokat (vagy azok valamelyikét). A kódexeknek mindenképpen van egy általános figyelemfelhívó hatása.
- A kódexek számos esetben hiánypótló jellegűek, hisz olyan területekre fókuszálnak, ahol a nemzeti vagy nemzetközi jog sem volt hatékony.
- A fogyasztók tájékoztatását is szolgálják a kódexek, hiszen kinyilvánítják, hogy a vállalat milyen értékeket követ termelése és beszerzése során. E ponton is igen fontos, hogy a kódexek hitelesek legyenek, ne pusztá PR-eszközök.
- Egyes szerzők⁷⁸ kiemelik, hogy a kódexek nem csak 'elfojtói', hanem akár éppen katalizátorai is lehetnek a hagyományos jogalkotásnak, kollektív alkunak.

Ahhoz, hogy a kódexek szerepe ne 'romboló' legyen, elengedhetetlen az olyan stratégiák kidolgozása, amelyek garantálják, hogy a kódexek csak kiegészítői, ne pedig alternatívái, pótszerei legyenek a kormányzati/kormányközi jogalkotásnak.⁷⁹ Alapvető elvárás az is, hogy biztosítsanak teret a hagyományos szakszervezeti képviselőnek és kollektív alkunak. Mindennek fontosságát hangsúlyozta a Szabad Szakszervezetek Nemzetközi Szövetsége (ICFTU) 2004 decemberében Japánban tartott 18. kongresszusán. A vonatkozó határozat⁸⁰ többek között keményen elutasítja a CSR és a kódexek bármely olyan használatát, amely felülírná, átértelmezné, újrafogalmazná vagy megkerülné a törvényeket, szabályokat, illetve a társadalomnak a vállalatok irányában fennálló – kormányközi (pl. ILO) szabályozókban is artikulált – legitim elvárásait. További okszerű és sürgető elvárás a kódexekkel szemben, hogy javuljon a végrehajtásuk, illetve, hogy megalkotásukba azok is egyre inkább beleszólhassanak, akiket valójában érint (munkavállalók). Ma már nem elégit ki a társadalmi igényeket, elvárásokat a pusztá, felületes vállalati szociális jelentések, implementáció nélküli kódexek. A kódexek elterjedése tehát egy olyan jogi, politikai, gazdasági kihívás, amit megfelelően kezelni kell, semmiképpen sem pedig egy olyan önálló és tökéletes új megoldás a globalizáció nyújtotta kihívásokra, amit kritika nélkül lehet üdvözíteni.

⁷⁷ Ennek némileg ellentmond, hogy noha a munkaügyi tárgyú kódexek többsége – különösen a textiliparban – kiemeli a gyermekmunka visszaszorításának fontosságát, az ILO kimutatásai szerint még mindig legalább 250 millió gyermekmunkás dolgozik szerte a világon, sokan éppen a textiliparban. Említi: Corporate responsibility: codes of conduct, Speech given by Anna Diamantopoulou to the EU Committee of the American Chamber of Commerce in Brussels, 30 October 2000, 6. o.

⁷⁸ Kearney: i. m. 26.

⁷⁹ E számos fórumon artikulált elvárás talán legautentikusabb megfogalmazásához lásd: A fair globalization, The role of the ILO, Report of the Director-General on the World Commission on the Social Dimension of Globalization, International Labour Conference, 92nd Session, 2004.

⁸⁰ Final Resolution – The Social Responsibilities of Business in a Global Economy ICFTU, Eighteenth World Congress, Miyazaki, 5 – 10 December 2004.

Az ‘Anschluss’ kérdése

az első világháború utáni osztrák közjogban*

Szabó István**

1. Prológus. Az első világháború elvesztéséből eredően az Osztrák-Magyar Monarchiával együtt az Osztrák Császárság is felbomlott. Ellentétben Magyarországgal, ahol számottevő törekvések voltak az ország területi integritásának fenntartására, a létrejövő republikánus Ausztria eleve csak a németek lakta területekre tartott igényt. Az Osztrák Császárság koronatartományai nem képeztek nemzetállamot, azokat elsősorban a közös uralkodó személye kötötte össze. Az ő távozásával ez az összetartó erő is megszűnt.

Ennek következtében Ausztria elvesztette nagyhatalmi státusát, amellyel együtt felmerült az is, vajon önálló állam maradjon-e, vagy csatlakozzon Németországhoz. Ez a probléma 1918 után oly mértékben az érdeklődés középpontjába került, hogy magának az ‘Anschluss’ (csatlakozás) szónak a jelentéstartalmát is kisajátította. Bár a második világháború után ez a kérdés lekerült a napirendről, s Ausztriának a Németországtól való függetlensége véglegessé vált, az ‘Anschluss’ szó máig megőrizte ezt a sajátos jelentéstartalmát. Ez alatt ma is Németországnak az Ausztriához történő csatlakozását értik. Hazánkban a szó jelentése általában még tovább szűkül, s azon csak az 1938-ban megvalósult ‘Anschluss’-t értik, így a szó a náci érával kapcsolatos tartalmat nyer. Ez azonban nem fedi a teljes valóságot, mert az ‘Anschluss’-ra való törekvés – mindkét irányból – megvolt a demokratikus kormányzati időszakban is. Megoldandó közjogi kérdésként is igazából ekkor vetődött fel, hiszen egy diktatúrában nincsenek igazi alkotmányos problémák. A Hitler által levezényelt ‘Anschluss’-nak nem voltak kötött alkotmányos keretei, a diktátor bármikor, kénye-kedve szerint dönthetett az államberendezkedés megváltoztatásáról.

A demokratikus kormányzat kötött alkotmányos kereteit viszont csak komoly egyeztetésekkel lehet megváltoztatni. A sok évszázados, elkülönült állami lét olyan helyzetet teremtett, amely jelentős alkotmányos reformokat kívánt meg az ‘Anschluss’ megvalósításához, s ennek részletes elméleti előkészítését nem lehetett elkerülni. Az alábbiakban, rövid történeti bevezető után, ezt a problémakört tekintjük át.

A téma érdekessége, hogy az európai integráció is hasonló problémákat vethet fel. Az Unióba belépő államoknak korlátozódik az állami szuverenitása, ugyanúgy,

* A tanulmány a Magyar Állami Eötvös Ösztöndíj támogatásával készült.

** Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Jogtörténeti Tanszék, egyetemi docens.

mint Ausztriának a Németországhoz történő csatlakozáskor. A közösségi ügyekben a tagállamoknak el kell fogadniuk a központi szabályokat, s azzal ellentétes normákat nem hozhatnak. A szuverenitás korlátozásának mértéke attól függ, hogy a befogadó szövetség milyen erős központi hatalommal rendelkezik. Minél erősebb a szövetségi hatalom, a csatlakozó államnak annál jelentősebb változásokat kell állam- és jogrendszerén foganatosítania.

2. A német egység létrejöttének sajátosságai (az 'Anschluss' történelmi előzményei). Az 'Anschluss' történelmi előzményeit a német egység létrejöttének folyamatában, s elsősorban annak monarchikus jellegében kell keresnünk. A történelmi események elemzéséből jól látható, hogy monarchikus formában a 'nagy-német' egységet nem lehetett létrehozni. Ennek oka pedig az volt, hogy az egységes Németországba belépő tagállamoknak állami szuverenitásuk nem kis részéről le kellett mondaniuk, amit az új központi államhatalom vett át. Ilyen volt a külügy, a hadügy, stb. Ezeket azonban jórészt nem egy minden tagállamtól egyformán elkülönülő új központi hatalom gyakorolta. A Birodalom élére kerülő császár ugyanis csak valamely tagállam uralkodója lehetett. Ennek viszont egyenes következménye, hogy ennek a tagállamnak a többivel szemben előjogai lesznek, sőt bizonyos beleszólást is nyer államhatalmi tevékenységükbe. A két nagy német állam, Ausztria és Poroszország, egy ilyen állammechanizmusban nem fért meg egymás mellett. A német császárnak nyilvánvalóan e két uralkodó közül kellett kikerülnie. Ha viszont valamelyik megszerzi az egységes állam uralkodói tisztét, a másik biztos nem akar az új államba belépni. Bár voltak elképzelések a konfliktus feloldására, de ezek igazi alternatívát nem jelentettek. Az 1848-1849-es forradalmi hullám hatása alatt született Frankfurter Alkotmányban felvetődött, hogy a központi államszervezet legyen köztársasági típusú.¹ A sok monarchikus tagállamot azonban egy egységes köztársaságba szervezni – bár alkotmánytechnikailag nem lehetetlen – erősen utópisztikus elképzelés. Életképesebb megoldás lett volna, ha a tagállamok uralkodói a Birodalom élén egy államfői testületet alkotnak,² azonban realitása ennek sem volt.

A XIX. század történelmi keretei tehát csak a 'kis-német' egység előtt álltak nyitva. A folyamat azonban igazából itt sem volt kétesélyes, az egység megteremtéséhez szükséges háttérrel csak Poroszország rendelkezett. Ez részben abból eredt, hogy az 1815-ben létrehozott – még gyenge központi hatalommal bíró – Német Szövetségben a környező kisebb német államokkal egyre erősödő gazdasági integrációt alakított ki.³ Ausztria azonban a német egység megteremtésére ennél mélyebb okok miatt is alkalmatlan volt, hiszen egy gazdasági integrációra ő is törekedhetett volna. Ez a mélyebb ok a Habsburg Birodalom sajátos szerveződésé-

¹ Lásd Szabó István: *Német alkotmányfejlődés 1806-1945*, Budapest, Szent István Társulat, 2002, 76-77. és 79-80. o.

² Lásd Rudolf Hübner: *Die nationale Einheitsbestrebungen von 1848-1863*, in: *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (1. Band), Tübingen, Mohr Siebeck, 1930. Lásd még Szabó: *Német alkotmányfejlődés*, 80. és 92. o.

³ Lásd Ernst Rudolf Huber: *Die Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 1. kötet, Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz, 1957/1990, 215. és 810-811. o. Lásd még Szabó: *Német alkotmányfejlődés*, 56-57. o.

ből eredt, amelynek összlakosságában a németek részaránya mélyen 50% alatt volt. Így a Habsburgok a német államok különböző szerveződési formáiba csak azon területeiket vitték be, ahol nagyobb számú német lakosság élt. Magyarország, vagy Velence például a Német Szövetségen is kívül maradt. Nagyon nehezen kezelhető állapotot idézett volna elő, ha a Habsburg Birodalom egyik fele az egységes Németország része lesz, a másik fele pedig nem. Poroszországnak is voltak kisebb keleti területei, amelyek a Német Szövetségben nem voltak benne, ám ezek 1867-ben az egységes Németország részé váltak.

A XIX. század osztrák-porosz küzdelmei tehát nem arról szóltak, hogy melyik vezetésével jön létre a német egység, hanem arról, hogy lesz-e egyáltalán német egység. Poroszországnak megvoltak az ilyen irányú törekvései, amelyeket Ausztria igyekezett akadályozni. Az 1866-os porosz katonai győzelem után, Ausztria kirekesztésével, létrejött az egységes Német Birodalom.

3. Az 'Anschluss' belső akadályainak megszűnése. Ausztria helyzetében 1918 után három olyan jelentős változás állt be, amelyek megszüntették azokat a belső akadályokat, amelyek miatt az ország 1867-1871-ben nem tudott az egységes Németországhoz csatlakozni. Az első, hogy – Németországgal egyetemben – köztársasági államformát vett fel, így a Birodalom trónjának megszerzéséért folyó versengés okafogyottá vált. Ezzel összefügg a második ok, a nagyhatalmi státus elvesztése, amely miatt már egyébként sem tarthatott igényt speciális jogállásra. A harmadik változás, hogy homogén németlakta állammá vált, így csatlakozás esetén az egységes német nemzetállamba nem vitt volna be számos idegen nációt.

Mint a későbbiekben látni fogjuk, az 'Anschluss' leglényegesebb jogi problémája az volt, hogy Ausztriának milyen államhatalmi jogosítványokról kell lemondania a Német Birodalom javára, ha annak tagállamává válik. Ebben a Németországban a tagállamok már egyenjogúak, egyik sem avatkozhat bele a másik működésébe. Így Ausztriában a politikai erők nagy többsége úgy gondolta, hogy biztonságosabb jövő elé nézhetnek Németország részeként, mint ha önálló államban maradnak. 1918 után az osztrák alkotmányozási folyamat egyik fő szempontja volt, hogy egy esetleges jövőbeni Németországhoz történő csatlakozásra Ausztria alkotmánya, belső államszervezete alkalmas legyen.⁴

4. A külpolitikai akadályok megjelenése és azok lehetséges megoldása. Láthattuk, hogy a XIX. században a nagy-német egység létrejöttét belpolitikai ellenétek akadályozták meg. Ezek 1918-ban megszűntek, és az 'Anschluss'-ra való törekvés már az új Ausztria létrejöttének első napjaiban megjelent. Az állam- és kormányformáról szóló 1918. november 12-i törvény (StGBI 1918/5) 2.§-a kimondta, hogy Német-Ausztria a Német Köztársaság része.⁵ Tehát az összes

⁴ Lásd Felix Ermacora: Adolf Merkl und die Verfassungsreform 1929, in: *Aus Österreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart* (Festschrift für Ernst C Hellbling zum 80. Geburtstag), Berlin, Duncker & Humblot, 1981, 152. o.

⁵ Lásd Oskar Lehner: *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte* (3. ergänzte Auflage), Linz, Universitätsverlag Rudolf Trauner, 265. o.

németlakta területet egy egységes államba óhajtották tömöríteni.⁶ A törekvés egyébként az új utakra lépő Németországban is megvolt. A Weimari Alkotmány első tervezetében Német-Ausztria megtalálható a német tagállamok között.⁷ Sőt az alkotmány hatályba léptetett szövegének 61. cikkely (2) bekezdése kimondta: „Német-Ausziát a Német Birodalomhoz történő csatlakozása után a Birodalmi Tanácsban lakosságárányának megfelelő szavazati jog fogja megilletni. Addig Német-Ausztria képviselői tanácsadó szavazattal bírnak.”

A győztes hatalmak azonban hallani sem akartak Németország megerősítéséről, ezért az első világháborút lezáró békeszerződésekben arra kötelezték, hogy ismerje el Ausztria függetlenségét. Ausztriának is kötelezettséget kellett vállalni, hogy lemond a Németországhoz történő szabad csatlakozásról.⁸ A német alkotmány idézett rendelkezését formálisan ugyan nem helyezték hatályon kívül, de 1922-ben – az Antant nyomására, egy nemzetközi szerződésben – Németország kénytelen volt elismerni érvénytelenségét. Ez a rendelkezés magában a német alkotmányban is önellentmondást szült, ugyanis a záró rendelkezések között [WRV 178. cikkely] maga az alaptörvény mondta ki, hogy a versailles-i békeszerződés rendelkezései érintetlenül maradnak.⁹ Márpedig az Osztrák Köztársaság függetlenségének elismerésével a Birodalmi Tanácsra vonatkozó mandátumosztás ellentétben állt.

A békeszerződések azonban nem zárták ki teljesen a csatlakozás lehetőségét. Nem generális tilalmat fogalmaztak meg, hanem a Népszövetség jóváhagyásához kötötték a csatlakozást, így tulajdonképpen azt az eljárási rendet is meghatározták, amellyel Ausztria Németországhoz történő csatlakozása megvalósítható.¹⁰ Így Ausztriában fontos közjogi kérdéssé vált az 'Anschluss' kivitelezhetősége, elsősorban az, hogy az osztrák államszervezetben milyen reformokat kell végrehajtani ahhoz, hogy a csatlakozás megvalósítható legyen. Az 1920-as években mind Németország, mind Ausztria jelentős törekvéseket mutatott külpolitikai viszonyainak konszolidálására, a háború elvesztéséből eredő elszigeteltség megszüntetésére. Így nem tűnt reménytelennek az a várakozás, hogy a külpolitikai konszolidáció keretében a Népszövetség idővel megadja a hozzájárulást Ausztria Németországhoz történő csatlakozásához.

5. A jogrendszer és az államműködés harmonizálása. Az 'Anschluss' kapcsán a jogrendszer harmonizálásának problémája is felvetődött. Németországban például egységes büntető törvénykönyv, egységes polgári törvénykönyv volt, amelyeket a csatlakozás után elvileg Ausztriában is be kellett volna vezetni. A jogrendszer harmonizációja azonban két okból is lényegesen több mozgásteret kínált, mint az államszervezeté.¹¹ Egyrészt a jogrendszer harmonizációja nem kívánta meg

⁶ Lásd Wilhelm Brauner: *Österreichische Verfassungsgeschichte* (8. durchgesehene Auflage), Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2001, 188-189. o.

⁷ Vorentwurf zur Verfassung des Deutschen Reichs. (Entwurf I.) Vom 3. Januar 1919, 15-16. pont. Idézi: Heinrich Triepel: *Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht*, Tübingen, 1931, 6-8. o.

⁸ Lásd Huber: i.m. 7. kötet 832-832. o.

⁹ Lásd Hans Kelsen: Die staatsrechtliche Durchführung des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 6 (1927) 348-349. o.

¹⁰ Lásd *uo.* 329. o.

¹¹ Lásd *uo.* 330. o.

az osztrák jog olyan jelentős megváltoztatását, mint az államszervezeti kérdések megoldása. Másrészt lehetett átmeneti időt szabni, a csatlakozás pillanatában a jogrendszert nem kellett azonnal harmonizálni. Az első világháborút követő területi változások is ezt a gyakorlatot mutatták. Példaként hozhatóak fel a Magyarországtól Ausztriához csatolt területek, ahol az osztrák alkotmányjog és közigazgatási jog bevezetése azonnal megtörtént. Az osztrák állam működésbe a magyar megyerendszer nem volt betagozható. Ezért a megyéket megszüntették, és az elcsatolt területeket 'Burgenland' néven szövetségi tagállammá szervezték. Ugyanakkor, például a házassági jog területén, nem vezették be az osztrák ABGB-t: továbbra is a magyar házassági törvény maradt hatályban.

Ebből következően Ausztria Németországhoz történő csatlakozása kapcsán az államszervezeti kérdéseket kell vizsgálnunk. Azt kell áttekintenünk, hogy elsősorban Ausztriának, milyen államszervezeti reformokat kellett volna végrehajtania ahhoz, hogy Németországhoz csatlakozni tudjon.

6. Csatlakozás vagy egyesülés. Németország és Ausztria két azonos nemzetközi jogi státusú állam volt, mindkettő az állami szuverenitás teljes birtokosa. Ezt a két egymás mellé rendelt jogrendszert kellett valamilyen módon egyesíteni, és erre jogtechnikailag több lehetőség is volt. A legegyszerűbb ezek közül nem is a csatlakozás ('Anschluss'), hanem az egyesülés ('Zusammenschluss'), amikor a két egymás mellé rendelt jogrend felé egy mindkettőtől elkülönülő harmadikat állítunk, és így lényegében egy új államot alapítunk.¹² Ebben az esetben Németország és Ausztria egyaránt lemond államhatalmi jogosítványainak egy részéről, amelyet az új államra ruháznak át, s mindketten ennek egyenjogú tagállamai lesznek.

Az azonban Ausztria számára is világos volt, hogy ez a megoldás megmarad az elmélet szintjén, hiszen Németország egy ilyen egyesülésbe nem ment volna bele. Ebben a konstrukcióban az új állam lakosságának 90%-át, illetőleg 10 %-át kitevő része egyforma befolyást kapna az államügyek vitelére, egy erős szövetség esetén a kis Ausztria jelentősen befolyásolhatná Németország állam működését.

Az egyesülés lehetősége ellen szólt az is, hogy Ausztria történelmileg ugyanúgy a német államok egyike volt, mint a Németországot akkor alkotó tagállamok. Furcsa folyamat lett volna az, hogy a német államok egyikőjük kívülmaradásával létrehoznak egy új államot, majd a kívül maradó később egyesül a korábban vele egyenrangú tagállamok közösségével. Így követhető megoldásként csak a csatlakozás maradt, vagyis az, hogy Ausztria Németország új tagállamává válik. Ez bizonyos államhatalmi jogosítványok átengedését vonja maga után, amelyeket a jövőben a német központi (birodalmi) szervek fognak gyakorolni.

Az átadott hatáskörökre vonatkozóan is két alternatíva volt. Az egyik, mégpedig a kézenfekvőbb, azon alapult, hogy a német alkotmány miként osztja meg a kompetenciákat a Birodalom és a tagállamok között. Azokról a kompetenciákról, amelyek birodalmi hatáskörbe kerülnek, Ausztriának le kell mondania, s azok maradnak meg nála, amelyet a többi tagállam is önállóan gyakorol. A másik lehetőség, hogy

¹² Lásd Adolf Merkl: Der Anschluß Österreichs an das Deutsche Reich als Rechtsproblem, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 6 (1927) 535-536. o.

Ausztria megpróbál egy új, speciális tagállami jogállást megszerezni magának.¹³ Ez annyit jelent, hogy a Birodalomhoz történő csatlakozáskor a többi tagállamnál több kompetenciát tarthat meg. Így a központi hatalom egyes döntései Ausztriára nem terjedtek volna ki, azokban a csatlakozás után is az osztrák államhatalmi szervek határoztak volna. Ezen utóbbi alternatívát azonban megint el kellett vetni, olyan okok miatt, amely Németország belső fejlődéséből eredtek. Említettem [lásd 2. pont], hogy a monarchikus elv szerint létrehozott egység a tagállamok, ezen belül is elsősorban a tagállami uralkodók versengésével jött létre. Ez a republikánus Németországra több vonatkozásban is olyan örökséget hagyott, amely a köztársasági államforma keretei között nehezen volt kezelhető. A weimari alkotmányozó nemzetgyűlés ezeket megpróbálta felszámolni, de a történelmi sajátosságok áttörése csak részben sikerült. Ilyen volt például a tagállamok területi beosztása (amit később részleteiben is érintek; lásd 7. pont). Az uralkodók versengése azonban olyan sajátosságokat is szült, amelyek a tagállamok előjogaiban testesültek meg. Ezek részben éppen a változó mértékű tagállami autonómiában nyilvánultak meg: egyes központi döntések valamely tagállamra érvényesek voltak, másokra viszont nem. A Birodalmat létrehozó Poroszország bírt a legtöbb előjoggal, de mellette kisebb privilégiumok megillették például Bajorországot vagy Württemberget is.¹⁴ Ezek a tagállamok nyilvánvalóan szerették volna megtartani előjogaikat. A nemzetgyűlés azonban az új alkotmányban mindenféle tagállami előjogot megszüntetett, a tagállamok között teljes jogegyenlőséget teremtett.¹⁵ Ebben a helyzetben Ausztria nem léphetett fel azzal az igénnyel, hogy privilegiált jogállású tagállamként szeretne belépni a Német Birodalomba.

Így egyedül az a lehetőség maradt, hogy Ausztria a többi tagállammal azonos jogállást kapva csatlakozik Németországhoz. Ebből következően az előtte álló feladat az volt, hogy készítsen tervezeteket saját államszervezetének olyan jellegű átalakítására, amely lehetővé teszi a Német Birodalomhoz történő csatlakozást. A problémák azonban ott kezdődtek, hogy mindkét állam szövetségi szerveződéssé volt, vagyis egy szövetségi államot kellett egy másik szövetségi állam tagállamává alakítani. Vajon ez kivitelezhető-e?

7. Az osztrák államberendezkedés átalakításának lehetséges módzatai, a tagállamonkénti csatlakozás problémája. Alkotmánytechnikai szempontból a szövetségi állam a szövetségi államban problémát két módon is el lehetett kerülni. Az egyik, hogy az osztrák tagállamokat a csatlakozás előtt megszüntetik, és így Ausztriát unitárius állammá szervezik át.¹⁶ Ez azt jelenti, hogy az eddig a tagállamok által gyakorolt kompetenciák átkerülnek a szövetséghez, amely így igazából nem is lesz már szövetség. Ezt követően a német alkotmány szerint birodalmi kompetenciába tartozó ügyeket továbbadják, a többit pedig a régi szövetségi államszervezet, mint tagállam látja el.

¹³ Lásd *uo.* 536. o.

¹⁴ Lásd Szabó: *Német alkotmányfejlődés*, 103-104. o.

¹⁵ Lásd Huber: i.m. 6. kötet 76. o.

¹⁶ Lásd Kelsen: i.m. 334. o.

A másik – elvileg – egyszerűbb megoldást a szövetségi államszervezet megszüntetése jelentette. Eszerint Ausztria nem egy tagállamként csatlakozik a Német Birodalomhoz, hanem az eddigi osztrák tagállamok lesznek Németország külön-külön tagállamai.¹⁷

Ha el akarjuk kerülni a szövetségi állam a szövetségi államban szerveződés komplikációit, akkor igazából csak az első megoldás, az unitárius állammá alakítás kivitelezhető. A tagállamonkénti csatlakozás megkísérlése súlyos következményekkel járt volna. Az ugyanis rendezett formában csak úgy lett volna megoldható, ha megszűnése előtt a szövetség csatlakoztatja tagállamait. Ha azonban Ausztria tagállamai különálló német tagállamok lesznek, akkor a csatlakozásról is külön célszerű megegyezniük. Ha viszont a szövetség fenntartása mellett az osztrák tagállamok hozzákezdenek ehhez az eljáráshoz, igen kicsi az esélye, hogy egyszerre megegyeznek. Mi lesz akkor, ha egy részük hamar megegyezik, egy részük viszont nem? Akkor megengedik, hogy a megegyezésre jutottak kilépjenek az Osztrák Köztársaságból, a maradék pedig még fenntartja a szövetségi államszervezetet. Nem kell hosszasan bizonygatni, hogy ez nem követhető eljárás. De az sem járható út, hogy a csatlakozási tárgyalások megkezdése előtt szüntetik meg a szövetséget, a tagállamok önálló országokká válnak, és aztán így kezdik meg a csatlakozási tárgyalásokat. Mindezek jól mutatják, hogy a tagállamonkénti csatlakozás Ausztria szempontjából nagyon nehezen volt kivitelezhető.

Nem szabad azonban eltekintenünk attól sem, hogy ez Németország számára sem lett volna jó megoldás. Említettem, hogy a német egység monarchikus típusú megteremtése több vonatkozásban is olyan örökséget hagyott a republikánus Németországra, amely nehezítette annak államműködését. A tagállamok előjogait – amelyeket az alkotmányozó nemzetgyűlésnek sikerült felszámolnia – már korábban érintettük [lásd 5. pont]. A másik terhes örökség a tagállamok területi beosztása volt. 1918 előtt ezt elsősorban dinasztikus szempontok határozták meg. Ez azt jelentette, hogy az egyes tagállamok között óriási méretbeli különbségek voltak, és ez sokszor megnehezítette a racionális közigazgatási rendszer kiépítését. A Weimari Alkotmány utalt a tagállamok területi beosztásának ésszerű megvalósítására [WRV 18. cikkely (1) bekezdés], de ebben csak kisebb lépéseket tudtak tenni. A weimari Németország tizenhét tagállamából Poroszország adta a Birodalom lakosságának kb. 60%-át, és mellette tucatnyi olyan törpeállam volt, amelyeket össze kellett volna vonni egymással. Csatlakozás esetén az egységes Ausztria sokkal racionálisabb méretű tagállam lett volna, mint az osztrák tagállamok külön-külön. Mindezekből következik, hogy a tagállamonkénti csatlakozás lehetőségét el kellett vetni.

Az egyszerűbb megoldások közül marad tehát az unitárius állammá történő átszervezés. Ennek alkotmánytechnikai akadályai nem voltak, de annál kockázatosabb politikai kihatásai lehettek. Ausztria tagállami beosztását sem a köztársaság idején találták ki: annak – a koronatarományokban megtestesülve – történelmi hagyományai voltak. Ráadásul a császárság bukása után még meg is erősítették a tagállamokat.¹⁸ Bár Ausztrián belül népszerű volt az 'Anschluss'-ra való törekvés, az

¹⁷ Lásd Merkl: Der Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich als Rechtsproblem, 538. o. Lásd még Kelsen: i.m. 334. o.

¹⁸ Lásd *uo.* 336. o.

ezért hozandó áldozatokat is realisan számba kellett venni. Elkerülhetetlen áldozat volt, hogy az államhatalmi jogosítványok egy részét a Német Birodalomra kell átruházni. Ha azonban a tagállamok megszüntetését is az 'Anschluss' feltételeként szabják, akkor jelentős politikai kockázatot vállalnak. Lehet, hogy így nem lesz meg a csatlakozás kellő támogatottsága. Ezért mindenképpen meg kell vizsgálni annak a lehetőségét, hogy a szövetségi állami struktúra fenntartása mellett megvalósítható-e a Németországhoz történő csatlakozás. Ehhez kiindulási pontként ismét a Weimari Alkotmányt kell elővennünk. Vajon ez megengedi-e a tagállamok szövetségi jellegű szerveződését, vagy ehhez a csatlakozáskor külön kivételt kell Ausztriának kérnie. A tagállami privilégiumok eltörlése miatt [lásd 5. pont] ez az utóbbi nehézségekbe ütközött volna. A kérdés tehát az: Németországban hol húzódott a tagállamok alkotmányozási autonómiája.

8. A tagállamok alkotmányozó jogai a Weimari Köztársaságban.

A tagállamok alkotmányozó jogai az egyes szövetségi államokban nem egyformák. Először is meg kell osztani a hatásköröket a központ és a tagállamok között, az utóbbiaknál maradó hatáskörök gyakorlására pedig minden tagállamnak saját államszervezetet kell felállítania. A kompetenciák megosztásánál már tisztáztuk, hogy Ausztria nem számíthatott előjogokra, azokat a hatásköröket kaphatta meg, amelyek minden más tagállamot is megillettek [lásd 6. pont]. Számunkra viszont most az a kérdés fontos, hogy az ezek gyakorlására kiépített államszervezetre a központi alkotmány milyen megkötéseket tett. Az, hogy ezt teljesen szabadon hagyják, nagyon ritkán fordul csak elő. A két gyakoribb lehetőség, hogy a tagállamok államszervezetére vonatkozóan alapelveket állapítanak meg, de a konkrét struktúra kiépítését a tagállamra bízzák. A másik, ennél szorosabb szabályozás, amikor a tagállamok államszervezeti felépítését is a szövetségi alkotmány rögzíti. A tagállamoknak ezen utóbbi esetben is van saját maguk által elfogadott alkotmányuk, csak lényegesen nagyobb részt tesznek ki benne a kötelezően befogadandó normák. Ezen utóbbi szabályozási rendszerben nehezen képzelhető el, hogy az egyik tagállam unitárius, a másik szövetségi állami struktúrában működik, hiszen a tagállamok államszervezete egyforma. Amennyiben viszont a központi alkotmány csak alapelveket állapít meg, ez már nem elképzelhetetlen. A kérdés nyilvánvalóan az, hogy mik ezek az alapelvek. A Weimari Alkotmány — az alapelvek rögzítésével — a megengedőbb modellt alkalmazta, vagyis elvileg nem zárta ki a tagállamok szövetségi típusú szerveződését. Tehát meg kell néznünk, hogy ezek az alapelvek pontosan mik voltak.

A Weimari Alkotmány [WRV 17. cikkely (1)-(2) bekezdés] megkövetelte az államforma homogenitását, vagyis minden tagállamnak kötelezően köztársasági államformát kellett rögzítenie. A tagállamok törvényhozó szerveit az általános, egyenlő, közvetlen és titkos választójog alapján kellett felállítani, s a végrehajtó hatalom gyakorlóinak az így megalkotott törvényhozás bizalmát kellett bírnia. Ezen túl az önkormányzatok felállításánál szintén megkövetelte a demokratikus választási rendszert.¹⁹

¹⁹ Lásd Huber: i.m., 6. kötet 72-73. o. Lásd még Adolf Merkl: Bemerkungen des Herrn Universitäts-Professors Dr. Adolf Merkl (Wien) zum Gutachten des Herrn Univ. Prof. Dr. Kelsen, in: Wilhelm

Ezek az előírások Ausztriától jelentős megszorításokat nem kívántak, hiszen az 1920-ban elfogadott alkotmány az összes kritériumnak megfelelt. Így a Weimari Alkotmány szinte korlátlan alkotmányozási jogot hagyott Ausztriának.²⁰ Mindössze két államhatalmi szerv volt, amelynek esetleges fenntartását némileg indokolni kellett. Az egyik a szövetségi törvényhozás második kamarája, a 'Bundesrat' (Szövetségi Tanács), a másik az államfő, a Szövetségi Elnök tisztsége volt.

9. A 'Bundesrat' (Szövetségi Tanács) megtartása. Mint a legtöbb szövetségi államban, a törvényhozás alsóházát Ausztriában is közvetlenül a lakosság választotta, a második kamarát viszont a tagállamok delegálták. Ez szó szerinti értelmezésben nem felelt meg a közvetlen választás kritériumának, de bizonyos értelmezéssel összhangba hozható volt vele. A legegyszerűbb annak áttekintése, vajon Németország tagállamai között találunk-e rá példát. Ha igen, s a Birodalom ezt nem tartotta saját alkotmányára sérelmesnek – mivel tagállami előjogok nincsenek –, ezt mások is alkalmazhatják. Ha nem találunk ilyen példát, akkor hosszabb elméleti bizonyításba kell kezdenünk.

Szerencsére járhatjuk az egyszerűbb utat, mivel Poroszország esetében találunk hasonló államhatalmi szervet. A Birodalom legnagyobb tagállama ugyanis maga is mutatott a szövetségi államra utaló jellemzőket.²¹ Az több mint tíz 'Provinz' (tartomány) elnevezésű területi egységre tagozódott [P-VG. 32. cikkely (1) bekezdés], amelyeknek saját – törvényhozási jogokkal is bíró²² – tartományi gyűléseik ('Provinziallandtag') voltak. Ezek a törvényhozási tárgyak nyilvánvalóan a tagállami hatáskörbe hagyott ügyekből kerültek ki, amelyeket a porosz törvényhozás átengetett a tartományoknak. Maga a porosz törvényhozás is két kamarás volt,²³ a lakosság által közvetlenül választott 'Landtag' (Országgyűlés) mellett volt egy 'Staatsrat' (Államtanács), amelyet a tartományi gyűlések választottak. Az Államtanács jogállása hasonló volt a szövetségi államok második kamarájához,²⁴ például az alsóház által elfogadott törvényekkel szemben korlátozott vétójogot gyakorolt [P-VG. 42. cikkely].²⁵ Ez például hasonlított a német központi alkotmány szerint a Bi-

Brauner: *Österreichisch-deutsche Rechtsbeziehungen I. (Rechtsangleihung 1850-1938)*, Frankfurt am Main, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, 353. o.

²⁰ Lásd *uo.* 353. o.

²¹ Lásd Horst Möller: Preußen von 1918 bis 1947: Weimarer Republik, Preußen und der Nationalsozialismus, in: *Handbuch der preussische Geschichte*, Band III., (szerk: Wolfgang Neugebauer) Berlin – New York, Walter de Gruyter, 2001, 219. o.

²² Lásd Julius Hatschek: *Das Preussische Verfassungsrecht*, Berlin, Verlag von Georg Stilke, 1924, 39-40. o.

²³ Az alkotmány (porosz) alkotmányozó nemzetgyűlési tárgyalása során az Államtanácsot nem tekintették második kamarának, mivel különbséget vontak aszerint is, hogy azt a törvényhozás vagy a kormány delegálja, a delegálók által utasíthatók, vagy szabad mandátumuk van, stb. Ez azonban megint csak belső alkotmányjogi kérdés, ami szabadon határozható meg. A közjogi irodalom emiatt egyértelműen második kamaraként kezelte az Államtanácsot. Vö. Hugo Preuß: *Verfassung des Freistaates Preussen vom 30. November 1920, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 10 (1921) 268. o.

²⁴ Lásd Hatschek: i.m. 204-205. o.

²⁵ Lásd W. von Lympius: *Die Verfassung und Verwaltung in Preußen und im Deutschen Reich*, Berlin, Carl Haymanns Verlag, 1925, 22. o. Robert Piloty: *Die neue preußische Verfassung, Archiv des öffentlichen Rechts*, 40. (1921) 91. o. Hatschek: i.m. 218. o.; Möller: i.m. 219. o.

rodalmi Tanácsnak a Birodalmi Gyűlés által elfogadott törvényjavaslatokkal szembeni vétójogához [WRV. 74. cikkely (1) bekezdés],²⁶ vagy az osztrák Szövetségi Tanácsnak az osztrák törvényhozásban betöltött szerepéhez.²⁷

Mindez jól mutatja, hogy alkotmánytechnikailag kivitelezhető egy szövetségi államon belül a tagállam szövetségi szerveződése. És ezen belül az Államtanács a példa arra, hogy a tagállamok alkalmazhatják a saját belső területi egységeik által delegált törvényhozási kamarát.²⁸ Ha mélyebben elemezzük a kérdést, minden fenntartás nélkül megállapíthatjuk azt is, hogy a Birodalom ezt a lehetőséget nem csak a béketűrés kedvéért ismerte el legnagyobb tagállamánál. A demokratikus népképviselő a Birodalom számára is kötelező volt, ám a második kamarát alkotó Birodalmi Tanácsot itt is a tagállamok delegálták. A Weimari Alkotmányban ezt a tagállamokra vonatkozó igen pontosan szabályozott választási alapelveket valószínűleg azért rögzítették, mert visszafordíthatatlanul fel akarták számolni az 1918 előtt alkalmazott, sokszor felemás választási rendszereket, s nem azért, hogy eltiltsák a szövetségi szerveződést. A szövetségi államban a belső területi egységek által delegált második kamara – bár a közvetlen választás elvének betű szerint nem felel meg – a demokratikus népképviselői rendszer iránt támasztott elvárásokat nem sérti.

Konklúzióként megállapítható: a Weimari Alkotmány tehát teljesen egészében a tagállamokra bízta, hogy azok a Birodalmon belül unitárius, vagy szövetségi módon szerveződnek.²⁹

10. Az államfői tisztség problémája. Kérdésként vetődött még fel az is, hogy a Németországhoz történő csatlakozás után az osztrák államfői tisztség fennmaradhat-e. Egyes álláspontok szerint a Szövetségi Elnök tisztségét az 'Anschluss' megvalósulása esetén meg kell szüntetni.³⁰ Más vélemény szerint több tagállamban (pl. Baden vagy Württemberg) létezik a 'Staatspräsident' (államelnök) tisztsége, így Ausztriában is megmaradhat az államfői tisztség.³¹

Az eltérő vélemények kapcsán azt lehet megállapítani, hogy az igazság valahol a két álláspont között van. A másodiknak is van igazságtartalma, de a valóságot teljes egészében nem fedi. Valóban létezett mindkét említett tagállamban 'Staatspräsident' elnevezésű hivatal. Kétség abban a tekintetben merülhet fel, hogy ezek tartalmilag is a klasszikus államfőnek megfelelő tisztségek voltak-e. Az európai államok kormányzati modelljeiben ugyanis az államfői és a kormányfői tisztség szétválik, s a miniszterek testületét az utóbbi irányítja. A német tagállamokban azonban ezt a megosztást sehol sem alkalmazták. A kormányt irányító személyt a

²⁶ Lásd Huber: i.m., 6. kötet 383-384. o. Lásd még Szabó: *Német alkotmányfejlődés*, 183. o.

²⁷ Lásd Kelsen: i.m. 339. o.

²⁸ Lásd Lympius: i.m. 21. o. Lásd még Kelsen: i.m. 338-340. o.

²⁹ Lásd Merkl: *Bemerkungen des Herrn Universitäts-Professors Dr. Adolf Merkl (Wien) zum Gutachten des Herrn Univ. Prof. Dr. Kelsen*, 353. o.

³⁰ Lásd Karl Gottfried Hugelmann: *Bemerkungen des Herrn Universitätsprofessors Dr. Karl Gottfried Hugelmann zum Gutachten des Herrn Univ. Prof. Dr. Kelsen*, in: Wilhelm Brauner: *Österreichisch-deutsche Rechtsbeziehungen I. (Rechtsangleihung 1850-1938)*, Frankfurt am Main, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1996, 346. o.

³¹ Lásd Kelsen: i.m. 341. o.

tagállamok többségében miniszterelnöknek nevezték, néhány helyen viszont államelnöknek. Mivel a központi alkotmány erre vonatkozó előírást nem tartalmazott [lásd 7. pont], a végrehajtó hatalom gyakorlóinak elnevezését a tagállamok szabadon variálhatták. Ha megnézzük Baden alkotmányát, azt láthatjuk, hogy a minisztérium élére az országgyűlés minden évben egy elnököt választ, és ez a tisztség az 'államelnök' nevet viseli.³² Itt ráadásul évente rotálódik a tisztség betöltése. Württembergben hasonlóképpen az országgyűlés által a kormány élére választott személy volt az államelnök, akinek megbízási ideje össze volt kötve az országgyűléssel.³³ Az államelnök tartalmilag így mindkét esetben inkább miniszterelnököt jelentett, mint köztársasági elnököt.

Az viszont, hogy a német tagállamokban nem találunk rá példát, még nem jelenti automatikusan azt, hogy Ausztriának a Németországhoz történő csatlakozáskor meg kell szüntetnie az államfői tisztséget. Ennek megállapítása végett ismét vissza kell térnünk a tagállamok alkotmányozó jogaihoz [lásd 7. pont], s meg kell néznünk, hogy a Birodalom által a tagállami alkotmányokra megállapított alapelvekkel összeegyeztethető-e, avagy nem. A végrehajtó hatalom gyakorlására nézve egy kötelező alapelvet találunk, ez pedig a népképviselési alapon létrehozott törvényhozó szerv ellenőrzési joga. Vagyis a végrehajtó hatalom gyakorlóinak hivatalviselésükhöz a törvényhozó szerv bizalmát kell bírniuk.³⁴ Az alkotmány szigorú értelmezésénél így – a Szövetségi Tanácshoz hasonlóan – az államfői tisztséget sem lehetett volna megtartani, mert a Szövetségi Elnök nem függött a népképviselési kamara bizalmától. Az államfő mellett álló Szövetségi Kormánynak ugyanakkor bírnia kellett a népképviselési kamara bizalmát,³⁵ és ez – álláspontom szerint – megvalósítja a végrehajtó hatalom ellenőrzöttségének szükséges szintjét. Így a Szövetségi Elnök tisztsége az 'Anschluss' után is fenntartható lett volna.

Jogkörei azonban természetesen csökkennek, hiszen sok olyan hatáskörben jár el, amelyeket a csatlakozás után át kell adni a Birodalomnak. Ilyenek például a külügyek és hadügyek intézésében fennálló jogai. Ellenpéldaként azonban megemlíthetjük, hogy a tisztségviselők kinevezésére vonatkozó jogkörét minden további nélkül megtarthatta.³⁶

11. A szövetségi állam struktúrájának fenntartása, a belső állami egységek hatásköri megosztásának átalakítása. Az előzőekben felvázoltakból megállapítható, hogy Ausztriának államszervezetén – az elnevezések kivételével [lásd 13. pont] – nem kellett volna jelentős változtatásokat végrehajtani ahhoz, hogy Németországhoz csatlakozhasson. A legfontosabb feladatot a hatásköri megosztás átalakítása jelentette. Az osztrák államszervezet a régi szövetségi és a tagállami szinten változatlanul megmaradhat, bár az eddigieknél szűkebb hatásköröket gyakorolhatnak, hiszen azok egy részét át kell adni a központi német szervek

³² Lásd Huber: i.m., 6. kötet 795. o.

³³ Lásd *uo.* 791. o.

³⁴ Lásd *uo.* 72-73. o.

³⁵ Lásd Ludwig Adamovich: *Grundriss des österreichischen Staatsrechts (Verfassungs- und Verwaltungsrechtes)*, Wien, Österr. Staatsdruckerei, 1927, 202. o.

³⁶ Lásd Kelsen: i.m. 341. o.

részére. Ezek körét a Német Birodalom Alkotmánya határozta meg, amely két csoportba osztotta a saját hatáskörébe vont ügyeket. Voltak az ún. kizárólagos [WRV 6. cikkely]³⁷ és az ún. konkuráló [WRV 7. cikkely] hatáskörök. Az első körbe tartozó ügyekben a tagállam akkor sem járhatott el, ha a Birodalom az adott kérdést nem szabályozta, a második csoportnál viszont csak akkor állt fenn a tilalom, ha birodalmi szabályozás már megtörtént. A második esetben tehát, ha nem volt központi szabályozás, annak megszületéséig a tagállam is eljárhatott.

A hatáskörök átalakítását két vonalon kell követnünk. Az első a még önálló Ausztrián belüli szövetség-tagállam hatásköri megosztás. Az osztrák modellben a szövetség erősebb volt, vagyis több hatáskört vont magához, mint Németországban. Külön kérdés azonban az ilyen hatáskörök alapján hozott törvények végrehajtása. Németországban a birodalmi törvényeket főszabályként a tagállamok hajtották végre; a Birodalom csak akkor, ha ezt a törvényben külön fenntartotta magának. Ausztriában a szövetségi hatáskörben hozott törvényeket részben a szövetség, részben tagállamok hajtották végre. Németországban a Birodalmat felügyeleti jog illette meg tagállamai felett,³⁸ amelynek körében ellenőrizhette a birodalmi törvények végrehajtását is. Ha a tagállam ezt nem tette meg, azt a Birodalom akár szankciók alkalmazásával is kikényszeríthette (birodalmi végrehajtás).³⁹ A felügyeleti jog azonban csak a tagállamok felett állt fenn, az alsóbb közigazgatási egységekre már nem terjedt ki.⁴⁰ Ezért Ausztria a német központi szerveknek átadott hatáskörökben hozott törvények végrehajtását nem hagyhatta a tagállamainál (mármint a csatlakozás utáni tartományoknál), mert ezzel megnehezítette volna a Birodalom felügyeleti jogának gyakorlását.⁴¹ Az első lépés tehát ezek végrehajtási jogának a tagállamtól (tartománytól) való elvonása volt.

Érdemes arra is kitérni, hogy az 'Anschluss' megvalósulása esetén a Birodalom részére zömében korábbi szövetségi hatásköröket kellett átadni, a megmaradt kompetenciáknál a volt szövetség, a jövőbeni német tagállam szerepe jelentősen beszűkült. Ezért felmerült, hogy az Ausztriánál maradt hatáskörök tagállamtartomány közötti belső elosztását felül kell vizsgálni. Ez elsősorban a törvényhozási kompetenciák korlátozását jelentette volna. Németországon belül ugyanis a törvények végrehajtása nagyrészt a tagállamok hatáskörébe tartozott, így a végrehajtó hatalom gyakorlásában jelentős súlya maradt volna az egykori osztrák szövetségi szerveknek.⁴² Ez azonban már nem tartozik szorosan az 'Anschluss'-hoz, az ugyanis a csatlakozás után is Ausztria belügye maradt.

12. Az egyes osztrák államhatalmi szervek hatáskörének változása (szűkülése). A hatásköri megosztás kérdésének általános tárgyalása után, mint

³⁷ A kizárólagos hatáskörök az alábbiak voltak: külügy, gyarmatügy, állampolgárság, honvédelem, pénzügyek, vámügy, posta- és távíróügy.

³⁸ Lásd Gerhard Anschütz: Die Reichsaufsicht, in: *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Band I., Tübingen, Mohr Siebeck, 363-367. o.

³⁹ Lásd Szabó István: *Az államfő jogállása a Weimari Köztársaságban*, Budapest, Osiris Kiadó, 2000, 137-144. o.

⁴⁰ Lásd Anschütz: i.m. 366. o.

⁴¹ Lásd Kelsen: i.m. 333. o.

⁴² Lásd Hugelmann: i.m. 345. o.

második vonalat, érdemes néhány konkrét államhatalmi szervet is megvizsgálni, hogy lássuk, a csatlakozás után – a Birodalomnak átadott kompetenciák miatt – milyen hatásköröket vesztenek el, s melyek maradnak meg náluk. Az osztrák államfő kapcsán ezt a fentiekben már meg is tettük [lásd 8. pont]. A törvényhozó szerveknél is egyszerű megoldani a problémát, mivel a Birodalom és a tagállam között az előbb meghatározott hatásköri felosztás egyben a törvényhozási tárgyak meghatározásának is tekinthető. A rendes bíróságok tekintetében a Legfelsőbb Bíróság szintjén áll elő változás. Németországban ugyanis a négyszintű bírósági szervezetről három a tagállamokhoz tartozott és csak a Lipcsében működő legfelsőbb bíróság (Reichsgericht) volt birodalmi szerv, Ausztriában viszont az összes bírósági szint a szövetséghez tartozott.⁴³ Így azok – az osztrák Legfelsőbb Bíróság kivételével – szinte változatlanul megmaradhattak tagállami bíróságként.

A közigazgatási bíráskodás is szinte változatlan formában fennmaradhatott volna az 'Anschluss' megvalósulása esetén is. A német igazságszolgáltatási modell ugyanis ezen a területen is megosztotta a hatásköröket. A tagállamok közigazgatásának törvényessége felett a saját közigazgatási bíróságuk, a birodalmi közigazgatás törvényessége felett a Birodalmi Közigazgatási Bíróság őrködött. Csakhogy ez utóbbit – bár erről a központi német alkotmány kifejezetten rendelkezett [WRV 107. cikkely] – a Weimari Köztársaság idején nem állították fel.⁴⁴ Így viszont az osztrák közigazgatási bíráskodás hatásköre a birodalmi közigazgatás köreire is kiterjedhetett volna.⁴⁵

Még ennél is érdekesebb az alkotmánybíráskodás kérdése. Németországban ugyanis a Weimari Alkotmány felállított egy állambíróságot (Német Birodalom Állambírósága), amely azonban csak hatásköri bíróságként és a törvényhozás által vád alá helyezett birodalmi államfő, illetve birodalmi miniszterek feletti ítélőbíróságként működött.⁴⁶ Itt az osztrák alkotmánybírók nyilvánvalóan a tagállamon belüli hatásköri vitákban, illetőleg saját államfőjének, vagy minisztereinek vád alá helyezése esetén járhatott volna el.⁴⁷ Az Ausztria és a Birodalom közötti, vagy egy másik tagállammal kialakult hatásköri vitákban a birodalmi állambíróság hozhatott volna döntést. A Német Birodalom Állambírósága azonban alkotmányellenes törvényeket nem semmisíthetett meg, s alapjogi bíráskodást sem folytathatott, nem úgy, mint az osztrák alkotmánybírók. Az első hatáskör tekintetében világosan megállapítható, hogy az alkotmánybírók az osztrák tagállami, illetőleg a belső tartományai által hozott törvények alkotmányosságát vizsgálhatta volna, s a birodalmi törvényeket nyilvánvalóan nem. Ha központi törvény a központi alkotmányt sérti meg, abban a tagállam bírósága nem járhat el, még akkor sem, ha nincs központi alkotmánybírók. Érdekes kérdés, hogy mi történik, ha a birodalmi törvény a tagállam alkotmányát sértette meg. A tagállami alkotmánybírók azonban ebben az esetben sem járhatott volna el. A birodalmi jog ugyanis megelőzte a tagállam

⁴³ Lásd Adamovich: *Grundriss des österreichischen Staatsrechts*, 243-244. o. Lásd még Dietrich Katzenstein: *Die Föderale Struktur der Republik Österreich*, Herausgeben vom Sekretariat des Bundesrates, 1957, 58. o.

⁴⁴ Lásd Szabó: *Német alkotmányfejlődés*, 228-229. o.

⁴⁵ Lásd Kelsen: i.m. 347. o.

⁴⁶ Lásd Szabó: *Német alkotmányfejlődés*, 229-231. o.

⁴⁷ Lásd Kelsen: i.m. 347. o.

jogát, mégpedig minden jogforrási formájában (alkotmány, törvény, rendelet), vagyis a birodalmi törvény magasabb szintű jogforrás volt, mint a tagállam alkotmánya. Ilyen ütközés egyébként a konkuráló hatásköröknél fordulhatott elő [lásd 11. pont], ahol a tagállam mindaddig alkothatott jogi normákat, amíg birodalmi szabályozás nem született. Hogy a tagállam ezt az alkotmányában teszi-e meg, vagy törvényeiben, az már a belügye volt. Amennyiben a birodalmi törvény a tagállam alkotmányával ütközött, csak azt lehetett vizsgálni, hogy a Birodalom nem lépte-e túl a hatáskörét. Ha nem, akkor a tagállami alkotmány érintett rendelkezését kellett hatályon kívül helyezni, mert az egy magasabb szintű jogforrást sértett. Ha hatáskör hiányában hozta, akkor pedig az előbb említett központi állambírósághoz lehetett fordulni, hiszen ezzel a Birodalom és a tagállam közötti hatásköri vita állt elő.

Az alkotmánybíróság hatáskörét vizsgálva nem feledkezhetünk meg az alapjogi bíraskodásról sem. Az első kérdés az, hogy az alapjogok szabályozása vajon kizárólagos birodalmi hatáskör-e. Ha igen, akkor birodalmi felhatalmazás nélkül tagállami bíróság nem járhat el benne. A kizárólagos birodalmi hatásköröknél a központi szabály megjelenéséig joghézag volt, a tagállam ugyanis azt központi norma hiányában sem szabályozhatta [lásd 11. pont]. Lássuk hát, mi a helyzet az alapjogokkal. A császárság idején a német központi alkotmány alapjogi katalógust nem tartalmazott, ezt a kérdést a tagállamok szabályozták.⁴⁸ A Weimari Alkotmány viszont már részletesen összefoglalta az állampolgárok jogait és kötelezettségeit.⁴⁹ Felmerül a kérdés, hogy ez egyben tilalmat is jelentett-e a tagállamoknak, hogy ők bármilyen alapjogokat érintő szabályozást kibocsássonak. Bár erre kétséget kizáró választ nem lehet adni, a tilalomként történő értelmezés eltúlzott lenne. Meglátásom szerint itt az a helyes álláspont, hogy a birodalmi szinten biztosított jogokat a tagállam nem korlátozhatja, ugyanakkor azokat kiterjesztheti. Például bírói védelmet ad az alapjogok érvényesülésének. Így az osztrák alkotmánybíróság az 'Anschluss' esetleges megvalósulása után is folytathatott volna alapjogi bíraskodást.⁵⁰

13. A birodalmi államhatalomban való részesedés. Ausztriának tehát az 'Anschluss' végrehajtása esetén le kellett mondania több államhatalmi jogosítvány önálló gyakorlásáról. Ezeket a birodalmi szervek vették át, de természetes, hogy ebből a csatlakozó Ausztriát sem rekesztették ki: a birodalmi törvényhozás mindkét kamarájába a lakosságszámával arányos mandátum illette volna meg. A lakosság által közvetlenül választott Birodalmi Gyűlésbe a választás tisztán listás rendszerben zajlott, a pártok minden hatvanezer szavazat után kaptak egy mandátumot. Így a birodalmi képviselőház mandátumainak száma ciklusonként változott, attól függően, hogy egy-egy választás alkalmával mekkora volt a polgárok aktivitása, azaz mennyien mentek el szavazni.⁵¹

A tagállamok kormányai által delegált Birodalmi Tanácsban már több érdekességet rejtett magában az esetleges osztrák képviselő megjelenése. Mint korábban említettem [lásd 3. pont], a német alkotmány már eleve rendelkezett Ausztriának a

⁴⁸ Lásd Szabó: *Német alkotmányfejlődés*, 144-145. o.

⁴⁹ Lásd *uo.* 236-240. o.

⁵⁰ Lásd Kelsen: i.m. 347. o.

⁵¹ Lásd Szabó: *Német alkotmányfejlődés*, 176. o.

második kamarában történő jelenlétéről, noha ez ellentmondott a békeszerződésnek. Persze ha az 'Anschluss' megvalósul, ez a probléma megoldódik. Egy kérdés azonban még ekkor is felvetődött: ezeket a szavazatokat Ausztria kormánya egyedül gyakorolja-e, vagy tartományaival (volt tagállamaival) megosztja azt. A dilemma – a tagállam szövetségi szerveződéséből eredően [lásd 9. pont] – Poroszország miatt vetődött fel. A porosz szavazatokat ugyanis maga a Birodalmi Alkotmány osztotta meg, azokat felerészben a tagállam, felerészben annak tartományai birtokolták [WRV. 63. cikkely (1) bekezdés].

Ausztria esetében azonban ezt nem lehetett volna pontosan ugyanígy megvalósítani, mert méretéhez képest túl sok tartománya volt. Lakosságszáma alapján Ausztriát nyolc-tíz szavazat illette volna meg a Birodalmi Tanácsban, amiből pedig négyet-ötöt kellett volna a kilenc tartomány között szétosztani. Ezt a megosztást csak úgy lehetett megvalósítani, hogy a szavazatok felét az osztrák tagállami kormány, a másik felét pedig a tartományok kormányai által működtetett Államtanács (a volt Szövetségi Tanács) birtokolja.⁵² A tartományok közötti megosztást azonban nem tartotta mindenki elképzelhetetlennek. Volt olyan elképzelés, amely szerint a tartományokat annyi csoportra kell osztani, ahány szavazati jog megilleti őket a Birodalmi Tanácsban; ezek aztán egymással egyeztetve szavazhattak volna.⁵³

Hozzá kell azonban tenni, hogy Ausztria számára valószínűleg nem írták volna elő ezt a kötelező megosztást. Ugyanis Poroszország esetében sem az volt a kiváltó ok, hogy az tagállamként is szövetségi állam volt, és tartományainak is jogokat akartak adni. Míg az 1867-1871-es alkotmány szám szerint meghatározta a tagállamok szavazatszámát a második kamarában, addig a Weimari Alkotmány ezt a lakosságszám arányában biztosította: hétszázezer lakosonként járt egy szavazat [WRV 61. cikkely]. Poroszország azonban a Birodalom lakosságának 60%-át tette ki, így az ő esetében az általános elvet korlátozni kellett. Az alkotmány első tervezeteiben a lakosságárányos szavazatszám mellett kikötötték, hogy egy tagállam sem bírhatja, a szavazatok több mint egyharmadát. Az alkotmány végleges szövegében ezt két ötdöre emelték, de az egységét megbontották, mert felerészben a tagállam, felerészben a tartományok gyakorolták a szavazati jogot.⁵⁴ Itt tehát a megosztásnak az volt az alapvető oka, hogy túlzott befolyást egy tagállam se szerezzen a Birodalmi Tanácsban. Ausztriára nézve – lényegesen kisebb tagállam lévén – ilyen előírás nemigen lett volna kötelező.⁵⁵

14. Változások az osztrák államhatalmi szervek elnevezésében. Tekintettel arra, hogy Ausztria önálló szövetségi állam volt, államhatalmi szerveinek elnevezése ehhez igazodott. Németország tagállamaként viszont ezek egy része félreérthetővé, vagy a Birodalom szerveivel összekeverhetővé válhatott volna. Az első ilyen a 'Land' kifejezés, merthogy Németország és Ausztria egyaránt ezzel az elnevezéssel jelölte meg tagállamait. Az 'Anschluss' után azonban Ausztria maga is egy 'Land' lesz, s ha az eddigi tagállamait (Karintia, Tirol stb.) továbbra is így hív-

⁵² Lásd Kelsen: i.m. 349. o.

⁵³ Lásd Hugelmann: i.m. 346. o.

⁵⁴ Lásd Szabó: *Német alkotmányfejlődés*, 182-183. o.

⁵⁵ Lásd Hugelmann: i.m. 347. o.

ják, akkor azonos elnevezéssel két különböző státusú területet jelölnének.⁵⁶ Poroszország kapcsán is szó volt róla [lásd 7. pont], hogy a tagállam belső területi egységeinek más – 'Provinz' (tartomány) – elnevezésük volt. Ez Ausztria számára is irányadó lett volna.

Ha nem is ilyen mértékben, de félreértést okozhatott a 'szövetségi' jelző használata az osztrák államhatalmi szervek megjelölésére. A német államfejlődés során a központi állam elnevezésénél a 'Reich' (birodalom) és a 'Bund' (szövetség) használata folyamatosan váltakozott. Mivel a weimari Németország a császárság bukása után is megtartotta a Német Birodalom elnevezést, a központi szervek nevei is ehhez igazodtak (Birodalmi Gyűlés, Birodalmi Elnök stb.). Így az osztrák szervek elnevezésében szereplő 'szövetségi' jelző nem jelentett a német központi szervekkel névazonosságot. Ennek ellenére a két jelző alkotmányjogi tartalma rokon értelmű volt. A törvényhozás második kamarájánál a 'Szövetségi Tanács' helyett például sokkal célszerűbbé vált volna a porosz 'Államtanács' elnevezés használata.⁵⁷

Más okból kifolyólag az osztrák képviselőház 'Nemzeti Tanács' elnevezése is változtatásra szorulhatott volna. Egyrészt a név hallatán a Német Birodalmon belül kevesen gondolnának az osztrák nemzetre, sokkal inkább a német nemzet államhatalmi szervének vélnék. Ennél azonban volt egy nyomósabb ok is: a központi alkotmány a tagállamok törvényhozó szerveit 'Landtag' elnevezéssel illette [WRV 36. cikkely], így ennek a névnek a felvétele alkotmányos kötelezettség volt.⁵⁸

15. Bécs jogállása. Ausztria Németországhoz történő csatlakozása esetén felmerült az a lehetőség is, hogy a fővárosnak különleges státust, önálló tagállami jogállást kellene biztosítani.⁵⁹ Érdekes azonban, hogy a Német Nemzet Szent Római Birodalmának 1806-os megszűnése után ilyen státust újonnan már egy város sem kapott. Azok a városok, amelyeknek volt ilyen jogállásuk, azt több évszázaddal korábban szereztek. A XIX. századra egyébként jelentősen lecsökkent a számuk: míg a késő középkorban több tucatnyi ilyen ún. szabad (birodalmi) várost találhatunk, az 1815-ben alapított Német Szövetségben számuk már csak négy,⁶⁰ A Weimari Köztársaságban pedig három volt.⁶¹ Némelyiküknél lényegesen nagyobb

⁵⁶ Lásd Kelsen: i.m. 337. o.

⁵⁷ Az osztrák központi államhatalmi szervek elnevezésénél a Szövetségi Tanács ('Bundesrat') volt az, amelyet a német jogtörténetben korábban már alkalmaztak. 1867-től 1918-ig így nevezték a német törvényhozás második kamaráját. Ezt ugyan a Weimari Alkotmány 1919-ben Birodalmi Tanácsra ('Reichsrat') változtatta, de a 'Bundesrat' kifejezés a német közjogban addigra már sajátos jelentést tartalmazott, egy egész kormányzati szisztémát testesített meg. Nem tekinthető csupán véletlennek az sem, hogy 1871-ben, amikor Németország ismét felvette a birodalom elnevezést, a második kamara neve továbbra is Szövetségi Tanács maradt. A centralizáció irányába mutató jelzés volt, hogy 1919-ben Birodalmi Tanácsra változott a neve. A Szövetségi Elnök és a Szövetségi Kormány elnevezést 1949-ig nem alkalmazták, mivel a Német Szövetségnek (1815-1866) – laza államszövetség lévén – nem volt központi kormánya. Az 'Anschluss' esetleges megvalósulása esetén azonban 1949 után mindenképpen tarthatatlanná vált volna a 'szövetségi' jelző osztrák használata, hiszen ettől kezdve a német központi szervek mindegyikét ezzel a jelölékkel.

⁵⁸ Lásd Kelsen: i.m. 337. o.

⁵⁹ Lásd Merkl: Der Anschluß Österreichs an das Deutsche Reich als Rechtsproblem, 539. o.

⁶⁰ Hamburg, Bréma, Lübeck és Frankfurt (am Main). Lásd Huber: i.m., 1. kötet 584. o.

⁶¹ Hamburg, Bréma és Lübeck. Lásd Huber: i.m., 6. kötet 839-846. o. Frankfurtot még az Észak-német Szövetség 1867-es megalakításakor beolvasztották Poroszországba, szabad városi státusát ekkor

városok sem bírtak ezzel a státusszal, elég példaként a Birodalom négymillió fővárosát felhozni, amely nem volt birodalmi város. Ez még persze nem zárja ki, hogy Bécs megkapja ezt a jogállást. A Weimari Alkotmány ugyanis lehetővé tette a tagállamok területi beosztásának módosítását,⁶² és ez új tagállam létrehozásában is megnyilvánulhatott.

Ez tehát elsősorban nem jogi, hanem politikai kérdés volt. Bécs méreteit és fejlettségét tekintve minden valószínűség szerint alkalmas lett volna arra, hogy Németországon belül önálló tagállamként funkcionáljon. De ha bármely város megkapja ezt a jogállást, az kiszakad egy tagállamból, amelynek így csökken a Birodalmon belüli súlya. Poroszország az Észak-német Szövetség megalapításakor nem minden korábbi tagállammal alkotott új szövetségi államot. Azok egy részét magába olvasztotta, s a maradék állammal hozta létre az új tömörülést. Tette ezt azért, hogy a porosz lakosság minél nagyobb részt tegyen ki a szövetségen belül. Teljesen illogikus lett volna, hogy ebben a helyzetben Berlint hagyja önálló tagállamként elszakadni. Amennyiben az 'Anschluss'-ra sor kerül, ezt a kérdést az döntötte volna el, hogy Ausztria többi területe hogyan viszonyul hozzá, illetőleg az, hogy a Birodalom akarja-e tagállamainak számát tovább szaporítani. Azt azonban egyértelműen megállapíthatjuk, hogy Ausztria csatlakozásának Béccsel együtt kellett volna megtörténnie, hiszen a tagállamonkénti csatlakozás nem volt kivitelezhető [lásd 6. pont]. Csak a csatlakozást követően kerülhetett volna napirendre a kérdés.

16. A megvalósítás módja. Az 'Anschluss' végrehajtására jogtechnikailag két megoldás kínálkozott. Az egyik az államszerződés megkötése, a másik pedig a két állam azonos célra irányuló külön törvényhozási aktusa.⁶³ Felvetődött, hogy az államszerződés nem a legjobb megoldás, mert az általában két idegen állam között jön létre.⁶⁴ Itt az idegen nyilvánvalóan nem nemzetközi jogi szempontból értendő, hiszen Ausztria ebből a szempontból ugyanolyan idegen állam volt, mint Lengyelország vagy Csehszlovákia, és még lehetne sorolni. Ezért itt történelmi kapcsolatra kell gondolnunk: egy államba visszatér egy olyan rész, amely korábban tagja volt annak, csak a különböző történelmi események folyamán kiszakadt belőle. A csatlakozás formáiban valóban lehet különbségeket találni, de a történelmi példák között az államszerződésre is lehet példát találni. Ha éppen a német egység létrejöttét vizsgáljuk, a dél-német államok 1871-ben az Észak-német Szövetséggel kötött államszerződések révén csatlakoztak,⁶⁵ így téve lehetővé a Német Birodalom megalapítását.

vesztette el. Lásd Georg Meyer-Gerhard Anschütz: *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts* (7. Auflage), Leipzig, 1919, 189. o. Lásd még Huber: i.m., 3. kötet 578-585. o. Szabó: *Német alkotmányfejlődés*, 97. o.

⁶² Lásd *uo.* 171. o.

⁶³ Lásd Merkl: *Der Anschluß Österreichs an das Deutsche Reich als Rechtsproblem*, 544. o. Lásd még Kelsen: i.m. 331. o.

⁶⁴ Lásd Merkl: *Der Anschluß Österreichs an das Deutsche Reich als Rechtsproblem*, 544. o. Lásd még Merkl: *Bemerkungen des Herrn Universitäts-Professors Dr. Adolf Merkl (Wien) zum Gutachten des Herrn Univ. Prof. Dr. Kelsen*, 355. o.

⁶⁵ Lásd Leo Strisower: *Bemerkungen des Herrn Universitäts-Professors Dr. Leo Strisower (Wien) zum Gutachten des Herrn Univ. Prof. Dr. Kelsen*, in: Wilhelm Brauner: *Österreichisch-deutsche*

Ugyanakkor a német alkotmány egyértelműen kimondta [WRV 2. cikkely], hogy más területeket (új tagállamokat) birodalmi törvény által lehet a Német Birodalomba felvenni. Ez Németország részéről megnehezítette az államszerződésen alapuló megoldás alkalmazását. Így mégis a párhuzamos törvényhozás látszott a leginkább járható útnak,⁶⁶ amely mindenképpen az egyszerűbb megoldást jelentette.⁶⁷

Az 'Anschluss' esetleges megvalósítása kapcsán láthattuk, hogy az elsősorban Ausztria idomulását jelentette az egységes Németország alkotmányos rendszeréhez [lásd 5. pont], amelyet népszavazással kellett megerősíteni.⁶⁸ Az osztrák alkotmány rendelkezései szerint ugyanis az alkotmány átfogó módosítása csak akkor léphet hatályba, ha azt népszavazással megerősítették.⁶⁹

17. Az önkéntesség. A csatlakozás vagy egyesülés problémakörénél [lásd 5. pont] láthattuk, hogy a két módozat közötti választást leginkább az érintett államok mérete határozta meg. Azért volt a csatlakozás az egyetlen lehetséges alternatíva, mert Ausztria Németországnál lényegesen kisebb volt. Ebben a helyzetben viszont az is felvetődhet, hogy a nagyobb állam a kisebbet presszió alá helyezi a csatlakozás megvalósítása végett. Csatlakozásról azonban csak akkor beszélhetünk, ha az önkéntesen történik és nem külső nyomásra. Ezen utóbbi esetben nem csatlakozás, hanem csatolás (annexió) történik.⁷⁰ Nyilvánvaló, hogy az önkéntességet Ausztria oldaláról kell vizsgálnunk, amely kérdés 1938-ban vált érdekessé. Vajon a megvalósult 'Anschluss' valóban csatlakozás volt-e, vagy annexió [lásd 18. pont]?

18. Az 'Anschluss' 1938-as megvalósítása. A nácik németországi hatalomátvétele után az 'Anschluss'-ra irányuló törekvések osztrák oldalon alábbhagytak. Annak igénye — egyre erősebben — inkább Németország oldaláról jelent meg. Így azokat a nemzetközi jogi akadályokat, amelyeket a húszas években Ausztria is szeretett volna leküzdeni, most a védekezés eszközeként kezdte használni.

1933-1934-ben Ausztriában is jelentős belpolitikai változások zajlottak le, a parlamenti demokráciát felszámolták. Névleg egy hivatásrendi alkotmányt vezettek be, valójában azonban szükségrendeleti kormányzás folyt. 1934. júliusában szélsőjobboldali lázadók meggyilkolták az 'Anschluss'-t ellenző Engelbert Dollfuß szövetségi kancellárt, de a kormánynak sikerült elfojtania a puccsot. A fokozódó német nyomás hatására 1936. júliusában egyezményt kötöttek Németországgal, amely növelte Németország ausztriai befolyását.⁷¹ 1938 tavaszán viszont Németország már azzal a nyílt fenyegetéssel állt elő, hogy ha Ausztria továbbra is ellenzi az

Rechtsbeziehungen I. (Rechtsangleihung 1850-1938), Frankfurt an Main, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1996. 356. o. Lásd még Szabó: *Német alkotmányfejlődés*, 100. o.

⁶⁶ Lásd Kelsen: i.m. 352. o.

⁶⁷ Lásd Strisower: i.m. 356. o. Lásd még Hugelmann: i.m. 345. o.

⁶⁸ Lásd Merkl: Der Anschluß Österreichs an das Deutsche Reich als Rechtsproblem, 544. o.

⁶⁹ Lásd Adamovich: *Grundriss des österreichischen Staatsrechts*, 265. o.

⁷⁰ Lásd Merkl: Der Anschluß Österreichs an das Deutsche Reich als Rechtsproblem, 537. o.

⁷¹ Lásd Robert Walter – Heinz Mayer: *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, (9. durchgesehene und ergänzte Auflage, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, 30-31. o. Lásd még Ludwig Adamovich: *Grundriss des österreichischen Verfassungsrechts* (Virte, neubearbeitete Auflage), Wien, Springer Verlag, 1947, 33. o.

'Anschluss' megvalósítását, azt katonai erővel fogják végrehajtani. Ellenlépésként az osztrák kormány arról határozott, hogy népszavazást ír ki Ausztria függetlenségéről. Ezt azonban Hitler mindenképpen meg akarta akadályozni; ezért úgy döntött, hogy még a népszavazás tervezett időpontja előtt végrehajtja Ausztria bekebelezését. Kurt Schuschnigg szövetségi kancellár kétségbeesett nemzetközi segítségkérésére nem érkezett értékelhető válasz, és ez a kormány lemondásához vezetett. Az új szélsőjobboldali kormány asszisztálása mellett, 1938. március 13-án a német csapatok ellenállás nélkül vonultak be Ausztriába.

Ez a folyamat felveti a kérdést, hogy Ausztria oldaláról megvolt-e a csatlakozáshoz szükséges önkéntesség [lásd 17. pont]. A második világháború után egyértelműen úgy foglaltak állást, hogy nem. 1938-ban nem csatlakozás, hanem katonai megszállás történt.⁷² Ezt azonban nem csak a háború utáni esetleges véleményváltozással lehet alátámasztani. Az ugyanis kétséget kizáróan bizonyítható, hogy az Ausztria nemzetközi jogi képviselőire jogosult államhatalmi szervek (Szövetségi Elnök, Szövetségi Kancellár, Szövetségi Kormány) egyértelműen elleneztek a Németországhoz történő csatlakozást. A német bevonulás előtti kormányváltásra a katonai fenyegetés hatására került sor. Ennek törvényesítéséhez, meglátásom szerint, a megszállás után végrehajtott népszavazás nem volt elegendő. Ebből pedig levonható a következtetés: bár az 1938. márciusi eseményeket a köznyelvben 'Anschluss'-nak nevezzük, az jogi értelemben nem az volt. A nemzetközi jog fogalomrendszerében itt okkupáció, majd annexió történt. Ausztria nem csatlakozott Németországhoz, hanem ez utóbbi erőszakkal magához csatolta a kisebb államot.

Külön érdekesség, hogy Seiß-Inqart, a frissen kinevezett nácibarát kancellár az Ausztria és Németország egyesítéséről szóló törvényt⁷³ szabálytalanul hirdette ki a hivatalos lapban. Bár a kormánynak volt felhatalmazása akár az alkotmánnyal konkuráló jogforrások kibocsátására is, ezt a jogszabályt a kormányülésen nem bocsátották szavazásra, így azt nem fogadták el szabályszerűen.⁷⁴ Ennek pedig az volt a következménye, hogy az egyesítésről szóló törvény érvénytelen volt. Ebből akár azt a jogi következtetést is le lehetett vonni, hogy Ausztria mindvégig önálló állam maradt, s 1938 és 1945 között a jogalanyiságát nem, csak a cselekvőképességét veszítette el.⁷⁵

A függetlenség 1945-ös helyreállítása után az 'Anschluss' kérdése lekerült a napirendről. Ennek több oka is volt. A Hitler által megvalósított okkupációhoz rossz emlékek fűződtek, az 'Anschluss'-t sokan ezzel azonosították. A másik, talán még nyomósabb érv, hogy a második világháború után megszűnt az európai nagyhatalmak vetélkedése, így aztán egy éppen ellentétes irányú integrációs folyamat indult el. Ebben a helyzetben a kis államok létét nem fenyegeti olyan veszély, mint a két világháború között.

⁷² Lásd Walter – Mayer: i.m. 31. o

⁷³ Bundesverfassungsgesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich. [BGBl. 75/1938]

⁷⁴ Lásd Adolf Merk: Der Anschluß Österreichs an das Deutsche Reich – eine Gesichtslegende, *Juristische Blätter* 77 (1955) 440. o.

⁷⁵ Lásd *uo.*

19. Epilógus. Az első világháború elvesztése után felbomló Osztrák-Magyar Monarchia két kis államot hagyott maga után. A két világháború közötti időszakban azonban az európai nagyhatalmak nehezen kiszámítható politikai játszmáiban az ilyen kis országok helyzete, különösen, ha azok a háborúban a vesztes oldalon álltak, bizonytalan volt. Ausztria a német egység fél évszázaddal korábbi megteremtéséből azért maradt ki, mert a soknemzetiségű birodalom teljes területe egy egységes német államba nem volt integrálható. Így Ausztria nem is tudott az egységetermelő mozgalom élére állni. Az első világháború után létrejött Ausztria azonban már csak németlakta területeket foglalt magába, így a német egységhez való csatlakozásának belső akadályai elhárult. A két tényező együttes hatásaként erős törekvés volt tapasztalható az 'Anschluss' megvalósítására. A győztes hatalmak viszont nem akarták, hogy Németország tovább erősödjön, ezért a csatlakozást egyenlőre levették a napirendről, azt a Népszövetség jóváhagyásához kötötték. Alkotmányjogi tervezetek azonban készültek az 'Anschluss' kivitelezhetőségéről.

A leglényegesebb problémát a demokratikus államokra jellemző hatalommegosztás jelentette. Két szövetségi államról lévén szó, a horizontális mellett egy erős vertikális hatalommegosztás is létezett. A kérdés az volt: lehet-e egy szövetségi államot egy másik szövetségi államba integrálni úgy, hogy a csatlakozó ország államszervezeti felépítését ne kelljen alapvetően megváltoztatni. Ez elsősorban a befogadó állam alkotmányos berendezkedésétől függött, nevezetesen attól, hogy az tagállamainak milyen alkotmányozási autonómiát ad. A Weimari Alkotmány erre vonatkozóan csak néhány — a köztársasági államformával és a demokratikus kormányzattal összefüggő — alapelveket állapított meg, egyébként mindent a tagállamokra bízott. Ez lényegében lehetővé tette, hogy Ausztria az állami hatáskörök szűkszerű csökkentésével, de a meglévő államszervezet fenntartásával csatlakozhasson Németországhoz. Erre azonban a Népszövetség nem adott engedélyt, Németország szélsőjobboldali radikalizálódása után pedig már Ausztria sem akart csatlakozni. Így végül 1938-ban Ausztria nem 'Anschluss', hanem katonai okkupáció útján vált Németország részévé. A függetlenség 1945-ös visszanyerése után a Németországhoz való csatlakozás gondolata már nem éledt újjá.

RÖVIDÍTÉSEK JEGYZÉKE

BGBI. [Bundesgesetzblatt = Szövetségi Törvénytár] = Ausztria hivatalos lapja 1920 és 1938 között.

B-VG. 1920 [B-VG = Bundesfervassung]: Az Osztrák Köztársaság 1920. évi Alkotmánya

P-VG. (Preußische Verfassung) = A Porosz Szabadállam 1920. november 30-i Alkotmánya.

StGBI. [Staatsgesetzblatt = Állami Törvénytár] = Ausztria hivatalos lapja 1918 és 1920 között.

WRV (Weimarer Reichsverfassung = Weimari Alkotmány) = A Német Birodalom 1919. augusztus 11-i Alkotmánya

A harti 'Utószó' és a politikai filozófia karaktere Ronald Dworkin*

Összegzés. Néhány évvel ezelőtt pontról-pontra válaszoltam a harti 'Utószó' felvetéseire egy olyan munkaanyag formájában, amit a New York University Jog-, Erköls- és Politikai Filozófiai Szemináriumának (*Colloquium in Legal, Moral and Political Philosophy*) céljaira dolgoztam ki. Nem publikáltam még ezt a dolgozatot, de úgy tudom, egyes példányai kézre járnak. Nem áll szándékomban felidézni a munkaanyag érveit, ehelyett inkább a harti 'Utószó' egyik aspektusára, az 'archimédeánus' jogelmélet mellett felhozott érvekre szeretnék összpontosítani. Lesz némi mondanivalóm Hart saját jogfilozófiájáról, amely a jogpozitivizmus egyik formája volt. Nagyrészt azonban azzal a módszerrel foglalkozom majd, ami Hartot, saját elmondása szerint, elvezette jogpozitivizmusához.

1. Archimédeánusok

[A] Hart vállalkozása. Amikor H. L. A. Hart professzor meghalt, a hátrahagyott iratok között szerepelt egy hosszú kommentár fogalmazványa, amely az én jogelméleti munkásságomról szólt, és amit, elkészülte után, nyilvánvalóan legismertebb könyve, *A jog fogalma* új kiadásához fűzött epilógusként szándékozott publikálni. Fogalmam sincs, hogy mennyire volt elégedett ezzel a fogalmazvánnyal; könnyen lehet, hogy sok olyasmit tartalmaz, amit nem talált teljesen kielégítőnek. Ám a fogalmazványt valóban publikálták a könyv új kiadásának utószavaként. Ebben az előadásban az 'Utószó'-ban megfogalmazott alapvető és legfontosabb vádat vizsgálom meg. *A jog fogalmában* Hart annak megállapítására tett kísérletet, hogy mi a jog, illetve hogyan kell azonosítani az érvényes jogot, és azt állította, ennek a vállalkozásnak két fontos jellegzetessége van. Először is, mint mondta, ez inkább leíró, mint erkölcsi vagy etikai értelemben vett értékelő vállalkozás: a jog átfogó és kimunkált társadalmi gyakorlatainak megértését, nem pedig értékelését célozza. Másodszor, ez inkább filozófiai mint jogi vállalkozás. A jogászok dolga, hogy próbálják meg feltárni az egyes kérdésekre vonatkozó jogot – például, hogy ellenkezik-e

* A jog és a filozófia Frank Henry Sumner professzora (New York University Law School), valamint a Jogbölcselet Quain professzora (University College, London). Ez a szöveg a Tanner Foundation égisze alatt, az oxfordi egyetemen, 2001. februárjában tartott Hart-előadás átdolgozott változata. Eredeti megjelenés: 'Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy'. *Oxford Journal of Legal Studies* 24 (2004) 1. 1-37. o. Az Oxford University Press engedélyével. Fordította: Bódig Mátyás.

Anglia jogával, hogy egy oroszánt parádéztassunk a Piccadily-n. Annak meghatározása viszont, hogy általában véve mi a jog, nem pusztán egy különösen ambiciózus jogi munka, hanem filozófiai vállalkozás, amely teljesen más módszereket követel meg, mint amelyeket a jogászok nap mint nap használnak.

Én mindkét állítás ellen kihívást intéztem. Amellett érveltem, hogy az érvényes jog azonosításáról szóló általános elméletek, mint amilyen Hart saját elmélete is, nem a jogi gyakorlat semleges leírásai, hanem olyan értelmezések, amelyek nemcsak a gyakorlat leírását, hanem annak igazolását is célozzák – annak megmutatására törekednek, hogy a gyakorlat miért képvisel értéket, és hogyan kell azt működtetni, ha a szóban forgó értéket védelmezni és növelni akarjuk.¹ Ha így áll a helyzet, akkor maga a jogelmélet erkölcsi és etikai ítéleteken, illetve meggyőződésekben alapul. Amellett érveltem továbbá, hogy a közönséges jogi érveknek ugyanilyen a jellege: annak a bírónak vagy állampolgárnak, akinek arról kell határoznia, hogy mit mond a jog egy bonyolult kérdésben, értelmeznie kell a múltbéli jogot, hogy lássa, mely elvek nyújtják annak legjobb igazolását, majd azt kell eldöntenie, hogy a vonatkozó elvek milyen követelményeket támasztanak az új esetre nézve. Így egy jogfilozófus jogelmélete, jellegét tekintve, nem különbözik azoktól a közönséges jogi állításoktól, amelyeket a jogászok fogalmaznak meg esetről esetre, bár természetesen sokkal elvontabb azoknál.

Hart az 'Utószó'-ban kitarat amellett, hogy mindkét vonatkozásban tévedtem: nyilvánítja, hogy jogosulatlanul tagadtam meg vállalkozásától azt a sajátos filozófiai és leíró jelleget, amit ő tulajdonított neki. Az én tűnődéseim arról, hogy a bírónak hogyan kellene eldönteniük a nehéz jogeseteket, tette hozzá, erkölcsi jellegűek és elkötelezettek (*engaged*), mivel én bírálok és értékelem a tevékenységüket. Ezzel szemben ő egyszerűen általános és filozófiai leírást ad erről a tevékenységről, még hozzá egy külső perspektívából, nem a jogi küzdelmek tevékeny résztvevőjeként, hanem olyan tudósként, aki távolságtartó (*disengaged*) módon viszonyul ezekhez a küzdelmekhez. A jogelméletben helye van mindkét vállalkozásnak, ám, mind mondta, különböző vállalkozásokról van szó.

Hart saját módszertanára vonatkozó nézete jellemző a kortárs filozófia nagy részére. Virágzásnak indultak a filozófia olyan szakterületei, mint a metaetika és a jogfilozófia, amelyek állítólag mind a társadalmi gyakorlatok egy bizonyos típusáról vagy osztályáról szólnak, anélkül azonban, hogy annak résztvevőjévé válnának. A filozófusok kívülről és felülről tekintenek az erkölcsre, a politikára, a jogra, a tudományra és a művészetre. Megkülönböztetik az általuk vizsgált gyakorlatra vonatkozó elsőfokú diskurzust – a nem filozófusok diskurzusát, akik arról gondolkodnak és vitatkoznak, hogy mi a helyes és a helytelen, a jogos és a jogtalan, az igaz és a hamis, a szép és a közönséges – a saját, 'metaszintű' diskurzusuk másodfokú szintjétől, ahol az elsőfokú fogalmakat definiálják és elemzik, valamint az elsőfokú állításokat osztályozzák és filozófiai kategóriákba sorolják. A filozófiának ezt a felfogását 'archimédeánusnak' (*Archimedean*) neveztem el, és mi az 'archimédeánizmus' aranykorában élünk.

¹ Lásd könyvemet: *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.

Ezek közül a szakfilozófiák közül az úgynevezett 'metaetika' a legismertebb. Ez azoknak az 'értékítéleteknek' a logikai státusát tárgyalja, amelyeket a közönséges emberek olyankor fogalmaznak meg, amikor például azt mondják, hogy az abortusz helytelen, vagy hogy a faji diszkrimináció gonosz dolog, vagy hogy jobb, ha az ember a hazáját árulja el, mint ha a barátait. Némely metaetikával foglalkozó filozófus azt állítja, hogy ezek az értékítéletek igazak vagy hamisak lehetnek, és ha igazak, akkor korrekt módon számolnak be valamilyen elme-független erkölcsi tényről. Mások tagadják ezt: ők azt mondják, hogy az értékítéletek nem valamiféle független valóságról szóló beszámolók, hanem érzések kifejeződésai vagy a személyes ízlésítéletek, netán valamely magatartásra vonatkozó javaslatok, vagy valami más efféle szubjektív dolgok. Ám a filozófusok mindkét csoportja kitart amellett, hogy elméleteik – az az elmélet, mely szerint az értékítéletek objektíve igazak, illetve az a rivális elmélet, mely szerint csak érzések kifejeződésai – maguk nem értékítéletek. A filozófusok ragaszkodnak ahhoz, hogy az értékítéletekre vonatkozó másodfokú filozófiai elméletek semlegesek, filozófiai jellegűek és nem elkötelezettek (*uncommitted*). Nem foglalnak állást az abortusz, a diszkrimináció, a barátság vagy a hazafiság erkölcsösségének kérdésében. Konceptuálisak és leíró jellegűek, nem pedig tartalmi (*substantive*) jellegűek és elkötelezettek (*engaged*).

Korábbi műveimben érveket hoztam fel a metaetikának ezzel a felfogásával szemben: úgy hiszem, az erkölcsi vélemények objektivitásáról vagy szubjektivitásáról szóló filozófiai elméletek maguk is csak nagyon általános és elvont értékítéletekként értelmesek.² Hartnak a saját módszereire vonatkozó állításai az archimédeánizmus egy némileg eltérő, de hasonló formáját reprezentálják, amely a politikai filozófiában, azon belül pedig a jogfilozófiában elterjedtebb, mint az erkölcsfilozófiában. A kulcsfontosságú megkülönböztetés itt is a diskurzus szintjeit érinti: ebben az esetben a közönséges embereknek a szabadságról, az egyenlőségről, a demokráciáról, az igazságosságról, a jogszerűségről (*legality*) és más politikai eszményekről szóló elsőfokú, tartalmi 'értékítéleteit' különböztetjük meg az adott eszmények másodfokú, semleges, filozófiai elemzéseitől, amelyeket a filozófusok végeznek el. A közönséges emberek – politikusok és újságírók, állampolgárok és államelnökök – ezeknek az eszményeknek az egymáshoz viszonyított fontosságáról vitatkoznak. Azt vitatják, hogy vajon nem kell-e a jogszerűségből néha feláldozni valamennyit, hogy biztosíthassuk az igazságosságot, vagy hogy nem kell-e néha korlátoznunk a szabadságot, hogy elérjük az egyenlőséget, vagy hogy megőrizzük a közösséget. A filozófusok ezzel szemben arról próbálnak számot adni, hogy valójában mi is a jogszerűség, a szabadság, az egyenlőség, a demokrácia, az igazságosság vagy a közösség, vagyis hogy mi az, amiről a közönséges emberek vitatkoznak, és amiben nem értenek egyet. Ismét csak az a helyzet, hogy a filozófusok munkája, saját véleményük szerint, semleges marad az ilyen ellentétek tekintetében. Leíró, illetve konceptuális kérdés, hogy mi a szabadság és az egyenlőség, hogy miért elkerülhetetlen közöttük a konfliktus, és bármely filozófiai elmélet, amely ezekre a másodfokú kérdésekre ad választ, semleges marad abban a kér-

² Lásd tanulmányomat: Objectivity and Truth: You'd Better Believe It, *Philosophy and Public Affairs*, 25 (1996) 2, 87-139. (A továbbiakban: 'Objectivity and Truth').

désben, hogy az adott értékek közül melyik fontosabb a másiknál, és hogy milyen körülmények között melyiket kell előtérbe állítani, illetve feláldozni.

Az archimédeánizmusnak ez a változata is elhibázott. Amellett fogok itt érvelni, hogy az egyenlőség, a szabadság, a jog és többi fogalom meghatározásai és elemzései éppúgy tartalmi jellegűek, normatívak és elkötelezettek, mint bármely versengő vélemény, amely a politikai harcok során küzd valamelyik eszmény érdekében. Hartnak az a törekvése, hogy tisztán leíró megoldást találjon a jogfilozófia központi problémáira, éppúgy félreértésen alapul, mint sok vezető politikai filozófus hasonló törekvése.

[B] A Sorenson eset. Az eddiginél részletesebb leírást kell adnom az archimédeánizmus harti változatáról, és ebben a segítségünkre lesz majd, ha egy olyan példát tartunk szem előtt, amely egy komplex jogi problémát idéz fel.³ Mrs. Sorenson reumatikus arthritis-ben szenvedett, és több éven keresztül szedett egy generikus gyógyszert – nevezzük 'inventum'-nak –, hogy enyhítse fájdalmait. Ebben az időszakban az inventumot több különböző márkanév alatt tizenegy gyógyszeripari cég gyártotta és forgalmazta. Valójában a gyógyszernek súlyos és fel nem tárt mellékhatásai voltak, amelyekről a gyártóknak tudniuk kellett volna, Mrs. Sorenson pedig maradandó szívkárosodást szenvedett a gyógyszer fogyasztásának következményeként. Nem volt képes bizonyítani, hogy valójában mikor melyik gyártó tablettáit szedte, és így természetesen azt sem tudta bizonyítani, hogy ténylegesen melyik gyártó tablettái okozták a kárát. Egyszerre indított pert az összes gyógyszergyártó cég ellen, amelyek az inventumot előállították, és ügyvédei mellett érveltek, hogy valamennyiüket felelősség terheli, a Mrs. Sorenson kezelésének időtartama alatt elért piaci részesedésük arányában. A gyógyszergyártó cégek azt felelték, hogy a felperes követelése teljesen újszerű, és ellentmond a kártérítési jog bevett tételének, mely szerint nem lehet valaki felelős olyan a kárért, amiről nem bizonyították be, hogy ő okozta. Azt mondták, hogy mivel Mrs. Sorenson egyik alperesről sem volt képes megbizonyítani, hogy az kárt okozott neki, vagy akár csak azt, hogy előállította az általa szedett inventumot, egyiküktől sem kaphat kártérítést.

Hogyan kellene a jogászoknak és a bíróknak eldönteniük, hogy melyik oldal – Mrs. Sorenson vagy a gyógyszergyártó cégek – állításai helytállóak arra vonatkozóan, hogy ténylegesen mit követel a jog? Álláspontom szerint, mint korábban már mondtam is, meg kell próbálniuk azonosítani azokat az általános elveket, amelyek a termékfelelősség megállapodott (*settled*) joganyagát megalapozzák és igazolják, és aztán ezeket az elveket kell az esetre alkalmazniuk. Lehet, hogy úgy találják majd, hogy, amint azt a gyógyszergyártó cégek állították, az az elv, mely szerint senki nem felelős olyan kárért, amelyről nem tudták kimutatni, hogy ő, vagy a felelősségi körébe tartozó más személy okozta, olyan erőteljesen ágyazódik be a precedensekbe, hogy Mrs. Sorensonnak nem lehet megítélni a kártérítést. De lehet, hogy ezzel szemben úgy találják, hogy számottevő támogatást élvez egy olyan ri-

³ Példám konstruált. Valós esetek gyanánt, amelyekben megjelenik a piaci részesedés szerinti felelősség, lásd például *Sindell v. Abbott Labs.*, 607 P2d 924, 935-38 (1980), valamint az ott hivatkozott esetek.

vális elv – például az, amely szerint azoknak, akik hasznot húztak egy vállalkozásból, a vállalkozás költségeit is viselniük kell –, mely igazolná az újszerű, piaci részesedés szerinti kártérítést.⁴ Így az általam pártolt nézet szerint meglehet, bár nem szükségszerűen igaz, hogy Mrs. Sorenson igénye a megalapozottabb. Minden attól függ, hogy mi a legjobb válasz arra a nehéz kérdésre, hogy egészében véve az elvek melyik készlete nyújtja a joganyag legjobb igazolását ezen a területen.

Hart a Sorensonéhoz hasonló esetekre meglehetősen eltérő választ adott. Válaszát az alábbi szavakkal foglalta össze az általam hivatkozott 'Utószó'-ban: „Az én elméletem szerint a jog létezése és tartalma annak társadalmi forrásaira (például a törvényhozásra, a bírói döntésekre, a társadalmi szokásokra) utalva, az erkölcsre való hivatkozás nélkül állapítható meg, kivéve ott, ahol az így megállapított jogszabály maga a jog megállapítására szolgáló erkölcsi kritériumokat tartalmaz.”⁵ (Ezt a nézetet – amely arról szól, hogy miként kell azonosítani a jogot az olyan nehéz esetekben, mint a Sorensoné – a harti 'források tézisének' [*sources thesis*] fogom nevezni.) Így hát Hart és én nem értünk egyet abban, hogy milyen mélységben és milyen módon kell a jogászoknak és a bírónak saját 'értéktételeket' alkotniuk ahhoz, hogy képesek legyenek azonosítani az egyes esetekre vonatkozó jogot. Az én nézetem szerint a jogi érvelés karakterisztikusan és átfogó módon erkölcsi érvelés. A jogászoknak azt kell eldönteniük, hogy az elvek versengő készletei közül melyik nyújtja a joggyakorlat egészének legjobb – erkölcsileg leginkább kényszerítő erejű – igazolását. A harti források tézise szerint viszont a tartalmi jogi érvelés csak akkor normatív, ha a társadalmi források erkölcsi mércéket is a jog részévé tesznek. Mivel egyetlen múltbéli törvényhozói vagy bírói döntés sem tette relevánssá az erkölcsöt Mrs. Sorenson esetére nézve, így hát, Hart nézete szerint, semminemű erkölcsi érvelés vagy deliberáció nem kap szerepet, amikor arra a kérdésre válaszolunk, hogy Mrs. Sorensonnak van-e joga arra, amit kér. Ami a jogot illeti, mondaná Hart, Mrs. Sorensonnak veszítenie kell.

Mivel Hart és én ellentétes véleményen vagyunk ugyanabban a kérdésben – hogyan kell eldönteni, hogy Mrs. Sorensonnak van-e érvényes jogigénye – nehéz hitelt adni Hart azon állításának, hogy valójában nincs közöttünk nézeteltérés, vagy hogy nem ugyanazokra a kérdésekre próbálunk válaszolni. Ám megmarad a kérdés, hogy miként jellemezzük azt a vállalkozást, amelyben mindketten érintettek vagyunk. Az ő elméleti magyarázata, amint azt az 'Utószó'-ban kinyilvánította, „leíró [...] nem törekszik arra, hogy erkölcsi vagy más alapon azokat a formákat és szerkezeteket igazolja vagy ajánlja, amelyek a jogról nyújtott általános magyarázatom keretében megjelennek”.⁶ Azt is mondta, hogy elképzelhető, hogy nekem van igazam, ő pedig téved abban a kérdésben, hogy a jogot miként kell azonosítani. Talán nekem van igazam abban, hogy a jogászoknak és a bírónak értéktételeket kell alkotniuk ahhoz, hogy megtalálják a jogot az összes nehéz esetre vonatkozóan. Ám ragaszkodott ahhoz, hogy ha ebben nekem van igazam, akkor ez csakis azért

⁴ Lásd *Ira S Bushey & Sons Inc. v United States* 398 F 2nd 167 (1968).

⁵ H. L. A. Hart: *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, 269. o. Magyarul lásd H. L. A. Hart: *A jog fogalma*, Budapest, Osiris, 1995, 310. o. A szövegben szereplő Hart-idézetek Takács Péter fordításából származnak. A szerk.

⁶ Lásd Hart: *The Concept of Law*, 240. o. Hart: *A jog fogalma*, 275. o.

lehetséges, mert az elsőfokú gyakorlatra vonatkozó magyarázatom az övénél jobb másodfokú leírást ad a gyakorlatról. Így hát nemcsak abban nem értünk egyet, hogy a jogot miként kell azonosítani, hanem abban sem, hogy miféle elmélet adja meg az általános választ erre a kérdésre. Ő úgy hitte, a megfelelő elmélet csak és kizárólag leírja a joggyakorlatot. Én úgy hiszem, hogy a megfelelő elmélet a joggyakorlat egy olyan értelmezése, amely erkölcsi és etikai állításokat tesz, és ilyen állításokon alapul.

Egy bizonyos vonatkozásban azonban egy hajóban evezünk. Mindketten úgy véljük, hogy jobban megértjük majd a joggyakorlatot és a jogi jelenségeket, ha nem a jog valamelyik partikuláris megnyilvánulásának, például a skót termékfelelősségi jognak a vizsgálatára vállalkozunk, hanem magát a jog fogalmát vizsgáljuk. Az ilyen konceptuális vizsgálódás természetére és helyes módszereire vonatkozó eltérő állításainkat egyaránt rejtélyesnek gondolhatják, bár eltérő okokból. A konceptuális vizsgálódásokat általában az empirikusakkal állítják szembe. Hogyan gondolhatja Hart, hogy az ő konceptuális kutatása 'leíró' jellegű? A 'leíró' miféle értelme járhat a fejében? Ugyancsak megszokott, hogy a konceptuális vizsgálódásokat az értékelő jellegűekkel állítják szembe. Hogyan gondolhatom, hogy egy kutatás egyszerre konceptuális és értékelő jellegű? Annak eldöntése, hogy a jognak milyennek kellene lennie, miként segíthet annak megállapításában, hogy valójában mi a jog a maga természetere szerint? Ezek eléggé fontos kérdések ahhoz, hogy megindokolják, miért váltunk témát a következő néhány oldalon.

2. Politikai fogalmak

A politikai filozófusok meghatározásokat és elemzéseket adnak a kulcsfontosságú politikai fogalmakról: az igazságosságról, a szabadságról, az egyenlőségről, a demokráciáról és a többiről. John Stuart Mill és Isaiah Berlin például mindketten (nagyjából) úgy határozták meg a szabadságot, mint az arra vonatkozó képességet, hogy a mások által gyakorolt korlátozástól és kényszerszertől mentesen megtegyük azt, amit meg akarunk tenni, és ez a meghatározás népszerűvé vált más filozófusok körében is. E felfogás szerint az erőszakos bűncselekményeket tiltó törvények behatolást jelentenek mindenki szabadságának területére. Csaknem az összes filozófus, aki elfogadja ezt az állítást, gyorsan hozzáteszi, hogy noha ezek a törvények megsértik a szabadságot, nyilvánvalóan igazolhatóak – ragaszkodnak ahhoz, hogy a szabadságnak néha meg kell hajolnia más értékek előtt. Ez a további állítás értékítélet: állást foglal abban a kérdésben, hogy mi a szabadság és a biztonság egymáshoz viszonyított fontossága, és talán egyes szélsőséges libertáriánusok valójában el is utasítják ezt az értékítéletet. Berlin azonban kitartott amellett, hogy maga a meghatározás, mely szerint az erőszakos cselekményeket tiltó törvények korlátozzák a szabadságot, nem értékítélet: nem pártolja, bírálja vagy minősíti a szabadság fontosságát, csupán egy politikailag semleges megállapítást tesz arról, hogy helyesen értelmezve valójában mi a szabadság. Néhány nagyon fontos következtetés adódik ebből az állítólag semleges állításból: különösen az, hogy a szabadság és az egyenlőség politikai erényei elkerülhetetlenül összeütközésbe kerülnek egymással a gyakorlatban. A két erény összeütközése esetén, mondta Berlin, a

köztük való választás olyan értékeken múlik, amelyekről az emberek eltérően vélekednek. Ám maga az, hogy összeütközésbe kell kerülniük egymással, és ezért szükséges az efféle választás, számára nem erkölcsi vagy politikai ítéletek, hanem valamiféle konceptuális tény kérdése volt.

Így hát Berlin archimédeánus volt a politikai filozófiát illetően: azt gondolta, hogy a szabadság valódi jelentéséről szóló elemzésnek valamilyen konceptuális elemzés formáját kell öltetnie, amely nem foglal magába normatív ítéleteket, feltevéseket vagy érveket. Más filozófusok kitartanak amellett, hogy a szabadság, egyebek közt, pénz függvénye, ezért a gazdagok megadóztatása csökkenti a szabadságukat. Ahhoz is ragaszkodnak, hogy ez a meghatározás teljesen nyitva hagyja azt a kérdést, hogy az adóztatás, a szabadságra gyakorolt hatása ellenére, elvben igazolható-e. Összefér azzal az értékítéllettel, mely szerint az adóztatás gonosz dolog, de azzal az ellentétes értékítéllettel is, mely szerint az adóztatás, akárcsak az erőszak bűncselekménnyé nyilvánítása, a szabadság igazolható korlátozása. Más politikai filozófusok más politikai értékeket kezeltek ehhez hasonló módon. Nagyon népszerű eszme például, hogy a demokrácia a többség uralmát jelenti. Ez a meghatározás állítólag nyitva hagyja, vagyis a tartalmi döntésre és érvelésre bízza az olyan kérdéseket, mint hogy a demokrácia jó vagy rossz, és hogy vajon határok közé kell-e szorítani olyan, a többségi uralmat korlátozó eszközök révén, mint például a többséggel szembeni egyéni jogoknak a bírói felülvizsgálat révén érvényesülő alkotmányos rendszere. Ez utóbbi kérdések az archimédeánus nézet szerint tartalmi jellegűek és normatívak, ám az az előzetes kérdés, hogy mi a demokrácia, konceptuális és leíró jellegű. A szabadság és a demokrácia efféle magyarázatai azért archimédeánusok, mert bár egy normatív társadalmi gyakorlatról alkotnak elméleteket – a szabadságra és a demokráciára vonatkozó érvelés közönséges politikai gyakorlatáról –, ők maguk nem lépnek fel azzal az igénnyel, hogy normatív elméleteket képezzenek. Inkább azt állítják magukról, hogy filozófiai vagy konceptuális elméletek, amelyek csupán leírják a társadalmi gyakorlatot, és semlegesek maradnak azoknak az ellentéteknek a kérdésében, amelyek a gyakorlatot alakítják.

Ezt az elméleti igényt két egymással összefüggő nehézség gyengíti. Először is, a köznap politikai érvelés gyakran magába foglal olyan érveket is, amelyek a filozófusok által vizsgált a konceptuális kérdésekről szólnak, méghozzá nem pusztán a tartalmi nézeteltérések semleges előkészítéseiként, hanem a viták központi mozzanataként. Másodszor, a 'leíró' kifejezés többértelműséggel terhes – sok módon és dimenzióban lehet egy társadalmi gyakorlatot 'leírni'. Így az archimédeánusoknak ki kell választaniuk a leírás egy pontosabb értelmét, hogy álláspontjukat védhetőbbé tegyék. Ám ezt nem képesek megtenni: ha egymás után fontolóra vesszük őket, a 'leírás' minden egyes értelme nyilvánvalóan alkalmazhatatlannak bizonyul itt. Egemás után meg kell vizsgálnunk ezeket az egymástól függetlenül is végzetes elvetéseket.

[A] A fogalmak körüli vita. Gyakori, hogy a filozófusok ellentétei egyben politikai ellentétek is. Éppen most is élénk vita zajlik nemcsak Amerikában, hanem szerte a világon arról, hogy a bírói felülvizsgálat (*judicial review*) vajon nem összeegyeztethetetlen-e a demokráciával. Azok a jogászok és politikusok, akik erről vi-

tatkoznak, nem tekintik magától értetődőnek, hogy a demokrácia a többség uralmát jelenti, így aztán a bírói felülvizsgálat *per definitionem* antidemokratikus, és az egyetlen eldöntésre váró kérdés az, hogy mindazonáltal mégis igazolható-e. Éppen ellenkezőleg, a jogászok és a politikusok arról vitatkoznak, hogy valójában mi a demokrácia: néhányan közülük kitartanak amellett, hogy a bírói felülvizsgálat nem összeegyeztethetetlen a demokráciával, mert a demokrácia nem a pusztai többségi uralmat jelenti, hanem az olyan feltételeknek alávetett többségi uralmat, amelyek a többségi uralmat méltányossá teszik.⁷ A bírói felülvizsgálat ellenzőinek többsége elveti a demokráciának ezt a komplexebb meghatározását, és ragaszkodik ahhoz, hogy az pusztán a többség uralmát jelenti, vagy talán a többségi uralom olyan formáját, amit legfeljebb néhány szűken felfogott eljárási jogosultság korlátoz, köztük a véleménynyilvánítás szabadsága, nem pedig az összes olyan jog, amit a nemzeti és nemzetközi alkotmányos dokumentumok manapság tipikusan védelem alá helyeznek. Azok a politikusok, akik az adózást veszik a védelmükbe, nem ismerik el, hogy az adózás korlátozza a szabadságot. Éppen ellenkezőleg, tagadják ezt, és kitartanak amellett, hogy önmagában az adózásnak nincs semmilyen hatása a szabadságra. Elismerem, hogy néhány politikus és vitázó fél kinyilvánítja, hogy az adóztatás megrabolja a szabadságot, de, legalábbis Amerikában, ezek kivétel nélkül azok a politikusok, akik gyűlölik az adóztatást, és véget kívánnak vetni neki. Ha a demokrácia és szabadság meghatározása valóban semleges – előkészítő jellegű – kérdés, amely nincs kihatással a tartalmi vitákra és döntésekre, akkor miért kellene a politikusoknak és az állampolgároknak az idejüket a róluk folyó vitákra vesztegetniük? Miért nem tanította meg arra a józan ész a közembereket, hogy egyszerűen egyetértésre kell jutniuk az ilyen fogalmak egy sztemerd meghatározásában – például abban, hogy a demokrácia a többség uralmát jelenti –, hogy ezáltal energiáikat az olyan, igazi tartalmi vitákra fordíthassák, mint hogy a demokráciát vajon nem kell-e néha más értékek nevében korlátozni? Válaszul lehet azt mondani, hogy az emberek azokhoz a meghatározásokhoz vonzódnak, amelyekről úgy látszik, a legtermészetesebb módon támogatják tartalmi álláspontjaikat. Ám ez a válasz elismeri az ellenvetés igazát: ha a meghatározások valóban semlegesek, miért kellene bármelyik meghatározásról azt gondolnunk, hogy előnyt jelent az érvelés során?

Az archimédeánus felfogás figyelmen kívül hagyja azt a módot, ahogy a politikai fogalmak ténylegesen funkcionálnak a politikai érvelésben. Az egyetértés elvont támpontjaiként szolgálnak. Majdnem mindenki egyetért abban, hogy a szóban forgó értékek legalább némi fontossággal bírnak, és talán nagyon fontosak, de ez az egyetértés kulcsfontosságú tartalmi kérdéseket hagy nyitva arról, hogy ezek az értékek miben állnak vagy hogy mit jelentenek. Ezt az összes közül a legelvontabb politikai fogalom, az igazságosság esetében látjuk megnyilvánulni a legdrámaibb módon. Az emberek nem nagyon vitatják az igazságosság fontosságát: általában döntő ellenvetés egy politikai döntéssel szemben, ha igazságtalannak mondjuk. Az igazságosságról szóló viták szinte mindig egy olyan érvelés formáját öltik, amely nem arról szól, hogy mennyire fontos az igazságosság, vagy hogy mikor kell felál-

⁷ Lásd könyvemet: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996, különösen a Bevezetést.

dozni más értékek oltárán, hanem arról, hogy mi az igazságosság. Vagyis, mondhatnánk, itt dőlnek el a fontos dolgok. Éppen ezért a legkevésbé sem lenne plauzibilis, ha archimédeánus jellegűekként kezelnék az *erről* a fogalomról szóló elméleteket: azaz nem lenne plauzibilis az a feltételezés, hogy az igazságosság természetéről szóló informatív elméletek semlegesek lehetnek a tartalmi politikai érvelés kérdéseiben. Igaz, hogy az igazságosság szkeptikus filozófusai – akik amellet érvelnek, hogy az igazságosságról megoszlanak a vélemények, vagy hogy az igazságosságra vonatkozó igények pusztán érzelmek kivetülései – gyakran feltételezik, hogy saját elméleteik semlegesek. Ám nagyon meglepő lenne, ha találnánk olyan filozófust, aki az igazságosság egy pozitív felfogását védelmezi – például azt a nézetet, hogy a politikai igazságosság a közösség jólétét maximalizáló intézkedésekben áll –, és ugyanakkor azt hiszi, elmélete maga nem normatív. Az igazságosság filozófusai tudják, hogy állást foglalnak: azaz elméleteik éppoly normatívak, mint azok az állítások, amelyeket a politikusok, a publicisták és az állampolgárok fogalmaznak meg az igazságosságról és az igazságtalanságról. A szabadság, az egyenlőség és a demokrácia értékteltettebb fogalmak ugyanezt a szerepet játsszák a politikai érvelésben, és az ilyen fogalmak természetéről szóló elméletek ugyancsak normatívak. Egyetértünk abban, hogy a demokráciának nagy a jelentősége, de nem értünk egyet abban, hogy a demokrácia melyik felfogása fejezi ki a legjobban, illetve magyarázza ezt a jelentőséget. Azok közül, akik érveket terjesztenek elő arról, hogy a bírói felülvizsgálat vajon összeegyeztethetetlen-e a demokráciával, senki nem fogadná el, hogy az a kérdés, hogy helyesen felfogva mi is a demokrácia, olyan leíró probléma, amit például úgy kell eldönteni, hogy megvizsgáljuk, miként használja a legtöbb ember a 'demokrácia' szót. Tisztában vannak vele, hogy vitájuk mélyen, lényegileg tartalmi jellegű.⁸

Hangsúlyoznom kell az általam védelmezett álláspont eltérését attól a több filozófus által képviselt, közismertebb véleményről, mely szerint a vezető politikai fogalmak leíró és normatív elemek 'keverékei'. Ez az ismert nézet úgy ábrázolja a demokráciát, a szabadságot és a többi fogalmat, mint amelyeknek egyaránt vannak emotív és leíró összetevői, és a filozófusok képesek elválasztani ezeket egymástól. Az emotív jelentés társadalmi gyakorlat és elvárások kérdése: a mi politikai kultúránkban azt, ha valamilyen gyakorlatot antidemokratikusnak nyilvánítunk, szinte elkerülhetetlenül bírálatként értjük és értik, és egy olyan idegen, aki ezt nem tudja, valami fontosat nem tud a fogalomról. Ám e nézet szerint a demokráciának mégiscsak van egy ettől teljesen elválasztható leíró és semleges jelentése is: (az egyik magyarázat szerint) a többségi akarat szerinti kormányzást jelenti, ezért nem lenne ellentmondás, még ha ez meglepetést is okozna, ha valaki azt mondaná, hogy Amerika demokrácia, ám ez annál rosszabb rá nézve. Ezért az archimédeánus politikai filozófusok, akik kitartanak amellet, hogy a központi jelentőségű politikai értékekre vonatkozó elméleteik politikailag semlegesek, e felfogás szerint nem követnek el hibát. Természetesen tudatában vannak annak, hogy ezek a fogalmak

⁸ Mondhatja valaki, egy általa világosnak tartott esetre, például Kínára mutatva, hogy „ezt te sem nevezné demokráciának, ugye?” Ám ez taktikai lépés, és a válasz, „de igen, én annak nevezném, ahogy a legtöbb ember is”, csalódást keltene ugyan, de önmagában még akkor sem minősülne cáfolatnak, ha igaz lenne.

milyen politikai erőt vagy töltetet hordoznak, de akkor, amikor felszínre hozzák az alapul szolgáló és önmagában semleges leíró jelentést, figyelmen kívül hagyják ezt a töltetet

Én amellett érvelek, hogy nem ez az igazság. A szabadság, a demokrácia és a többi fogalom a köznap gondolkodásban és beszédben interpretív *érték*-fogalmakként funkcionálnak: deskriptív jelentésük vitatott, és a vita eredménye azon múlik, hogy melyik leíró jelentés ragadja meg, illetve valósítja meg a legjobban ezt az értéket. A leíró jelentést nem lehet lehámozni az értékelő erőről, mert az előbbi a jelzett módon függ az utóbbitól. Természetesen lehetséges, hogy egy filozófus vagy egy állampolgár kitartson amellett, hogy végső soron a demokrácia, a szabadság, az egyenlőség vagy a jogszerűség nem hordoznak értéket. De ezt az álláspontot nem védelmezheti úgy, hogy például egyszerűen kiválaszt egyet a szabadság sok vitatott magyarázata közül, és aztán ragaszkodik ahhoz, hogy az így felfogott szabadságnak nincs értéke. Nem egyszerűen azt kell állítania, hogy a szabadság az egyik felfogás szerint haszontalan, hanem azt, hogy az a leginkább védhető felfogás szerint haszontalan, és ez bizony sokkal ambiciózusabb vállalkozás, amely nem választja szét a leíró és az értékelő jelentéseket, hanem kiaknázza a közöttük fennálló kölcsönös kapcsolatot.

[B] Leíró, de mi módon? Az általam említett második nehézség akkor válik kiélezetté, amikor arra kérdezzük rá, hogy milyen értelemben 'leíró' az a másodfokú, a politikai értékeket azonosító filozófiai vállalkozás, amelyről azt mondjuk, inkább leíró, mint normatív jellegű. Vajon a feltételezett vállalkozás szemantikai elemzés lenne, amely arra irányul, hogy feltárja azokat a kritériumokat, amelyeket ténylegesen, bár talán öntudatlanul használnak a hétköznapi emberek, amikor valamit a szabadság megsértéseként, egyenlőtlenként, antidemokratikusként vagy jogszerűtlenként írnak le? Vagy strukturális vállalkozás lenne, amely annak felfedezésére irányul, hogy mi a valódi lényege annak, amit az emberek ezen a módon leírnak, vagyis olyasmi, mint az a tudományos vállalkozás, amely genetikai struktúrája alapján azonosítja a tigris valódi természetét, vagy atomi struktúrája alapján az arany igazi természetét? Vagy talán valamilyen hatásos statisztikai általánosítás utáni kutatás lenne – talán olyasféle ambiciózus vállalkozás, amely az emberi természet vagy viselkedés egy olyan törvényszerűségének felfedezésén alapul, ami az embereket például arra vezeti, hogy ugyanazt a cselekményt ítélik el szabadságellenesként, vagy talán inkább egy olyan, kevésbé ambiciózus vállalkozás, amely pusztán azt állítja, hogy, ami a tényeket illeti, a legtöbb ember egy bizonyos fajta politikai döntést szabadságellenesnek tart?

Át kell rágnunk magunkat a lehetőségeknek ezen a rövid katalógusán. A szemantikai felvetés egy bizonyos faktuális háttérrel feltételez. Feltételezi, hogy – nyelvünkben – a 'szabadság', a 'demokrácia' és a politikai fogalmakat jelölő többi név használatát közös kritériumok irányítják, és ezek meghatározzák, hogy az egyes használati módok helyesek vagy helytelenek, netán a kettő közötti határterületre esnek. A kiindulópontnál talán nem nyilvánvaló, hogy melyek ezek a kritériumok – valójában, ha érdemes egyáltalán belevágni a filozófiai vállalkozásba, éppen hogy nem lesz nyilvánvaló. Ám a körületekintő megfigyelés, amely segítségül hívja az

olyan gondolat kísérleteket is, amelyek arra vonatkoznak, hogy melyik kifejezőmód látszik helyesnek az egyes beszédhelyzetekben, felszínre hozza majd az ilyen rejtett kritériumokat. Ezek a szemantikai feltételezések egyes esetekben plauzibilisek: például amikor egy mesterséges dolog fogalmát vizsgáljuk. Ha egyetlen nyomtatott papírlapot könyvként írnék le, akkor hibát követnék el, mivel a könyv fogalmának vannak közösen osztott alkalmazási kritériumai, és ezek kizárják, hogy egyetlen oldalt könyvnek nevezzünk. Az, hogy a 'könyv' szót helyesen használom-e, annak függvénye, hogy általában hogyan használják a szót, és ha azt mondom egy egyoldalas szövegre, hogy kiváló könyv, akkor valami hamisat állítok.

Úgy hiszem, néhány filozófus elkövette azt a hibát, hogy azt feltételezte, minden fogalmat ezen a módon irányítanak közös kritériumok, vagy legalábbis azt a hibát, hogy kritikátlanul elfogadta, hogy az általuk vizsgált fogalmak használata ilyen.⁹ Ám sok fogalommal, köztük a politikai filozófusok számára legfontosabb fogalmakkal, nyilvánvalóan nem ez a helyzet. A közös kritériumok által képezett háttér – hogy visszatérjünk a legkönnyebb példánkhoz – nem áll rendelkezésre az igazságosság fogalma esetében. Elképzelhetünk persze olyan állításokat az igazságosságról vagy az igazságtalanságról, amelyekről úgy tűnik, szemantikai alapon kell elvetnünk őket. Konceptuális hibát vétenék, ha ahhoz ragaszkodnánk, és ezt szó szerint érteném, hogy a hetes a legigazságtalanabb prím szám.¹⁰ Ám nem képzelhetünk el olyan, akárcsak a legkevésbé is fontos vagy vitatott állításokat az igazságosságról, amelyeket ezen az alapon vethetnénk el.

Ugyanez igaz, mint láttuk, az egyenlőségre, a demokráciára, a hazafiasságra, a közösségre és többi értéktelített fogalomra. Itt is konstruálhatunk buta példákat, amelyek ezekkel a fogalmakkal kapcsolatban nyelvi hibákat vétenek: ilyen például az az állítás, hogy egy ország automatikusan kevésbé demokratikus lesz, ha a területén megnő az éves csapadék mennyisége. Ám a szóhasználatnak nincsenek olyan sztenderd kritériumai, amelyekből bármilyen módon következne, hogy a bírói felülvizsgálat veszélyezteti-e a demokráciát, vagy hogy minden büntető törvény sérti-e az emberek szabadságát, vagy hogy az adóztatás korlátozza-e a szabadságot. Azt sem gondolja senki, hogy a sztenderd szóhasználat eldöntheti az ilyen vitákat. Az, hogy a bírói felülvizsgálat összeegyeztethetetlen-e a demokráciával, nem attól függ, hogy mit gondol, vagy hogyan beszél az emberek többsége; az emberek között valódi egyet nem értés övezi a demokráciát, a szabadságot és az egyenlőséget, annak ellenére, hogy mindegyiküknek valamelyest eltérő a felfogása ezekről a politikai értékekről. Igazából akkor bizonyul különösen mélynek az emberek közötti politikai egyet nem értés, ha abban nem értenek egyet, hogy valójában mi a demokrácia, a szabadság vagy az egyenlőség.

Ezért a katalógusunkban szereplő második lehetőség felé kell fordulnunk. Néhány fogalmunkat nem az imént leírt, közös kritériumokra vonatkozó háttérfeltevések irányítják, hanem a háttérfeltevések egy egészen más készlete: az ilyen fogalmak helyes használatát a kérdéses tárgyra vonatkozó tények egy bizonyos fajtája rögzíti, méghozzá olyan tények, amelyeket illetően akár az emberek nagy része is

⁹ Lásd azt, ahogy a *Law's Empire*-ban a 'szemantikai tüskét' tárgyalom.

¹⁰ Nem az a szándékom, hogy kizárjak egy ilyesféle költői állítást: ha április a legkegyetlenebb hónap, akkor a hetest, a megfelelő összefüggésben, nevezhetjük a legigazságtalanabb számnak.

tévedésben lehet. A filozófusok által 'természetes fajtáknak' nevezett dolgok világos példát szolgáltatnak erre. Az emberek a 'tigris' szót egy bizonyos állat leírására használják. Megtörténhet azonban, hogy a zoológusok, a megfelelő genetikai elemzés útján, felfedezik, hogy az emberek által tigrisnek nevezett állatoknak csak némelyike valóban tigris; némelyikük talán másfajta állat, amelynek nagyon más a genetikai felépítése, de pontosan úgy néz ki, mint a tigris. Ezen a módon, vagyis a sajátos tigris-DNS azonosításával, a tudósok képesek előmozdítani a tigris természetére vagy lényegére vonatkozó megértésünket. Hasonló történetet mondhatunk el más természetes fajtákról, például az aranyról. Megeshet, hogy az emberek teljes tévedésben vannak azt illetően, amit, akár egymással teljes összhangban is, aranynak neveznek. A kifinomult kémiai elemzés megmutathatja, hogy egyes dolgok, vagy talán az össze dolog, amit az emberek most aranynak neveznek, valójában egyáltalán nem arany, hanem csak a bolondok aranya.

Vajon a demokrácia, a szabadság, az egyenlőség és a többi politikai fogalom is ilyen? Vajon ezek a fogalmak, ha nem is éppen természetes fajták, de legalábbis 'politikai fajták' leírására szolgálnak, amelyekről joggal gondolhatjuk, hogy, a természetes fajták mintájára, alapvető, rögzített fizikai struktúrával vagy lényeggel rendelkeznek? De legalábbis olyan struktúrával, amely valamilyen teljesen tudományos, leíró, nem normatív eljárással feltárható? Remélhetik a filozófusok, hogy olyasféle módszerrel fedezik fel, hogy valójában mi az egyenlőség és a jogszerűség, mint a DNS-elemzés vagy a kémiai elemzés? Nem. Ez képtelenség. Játszhatunk persze ezzel a gondolattal. Összegyűjthetjük az összes olyan múltbéli és jelenlegi politikai hatalmi berendezkedést, amelyeket demokratikus berendezkedésként fogadnánk el, hogy aztán feltegyük a kérdést, hogy melyek azok az összes példában fellelhető közös vonások, amelyek lényegesek abból a szempontból, hogy ezek demokratikusnak számítanak, és melyek azok, amelyek csupán járulékosak, illetve nélkülözhetőek. Ám kérdésünknek ez az áltudományos újrafogalmazása nem segítene rajtunk, mert még mindig szükségünk lenne egy magyarázatra arról, hogy mi teszi valamely társadalmi vagy politikai berendezkedés egyik vonását lényegessé, míg egy másik vonását pusztán esetlegessé annak demokratikus jellege szempontjából; és amint elutasítjuk azt a gondolatot, hogy a szükséges megkülönböztetést a 'demokrácia' szó jelentésére irányuló reflexió biztosítja majd, semmi más sem fogja azt biztosítani.

Ez nemcsak a politikai fogalmakra igaz, hanem a társadalmi berendezkedések és intézmények különböző fajtáit jelölő összes fogalomra is. Tegyük fel, hogy egy akciócsoportot hívunk össze annak a feladatnak az elvégzésére, hogy állítsák össze az elmúlt évszázadokból azoknak a különféle jogi és társadalmi berendezkedéseknek a hosszú listáját, amelyeket ma mind a házasság példáiként írunk le, nem törődve azzal, hogy intézményes és egyéb szempontokból nagyon különbözőek. Tegyük fel, hogy arra jutunk, hogy rendkívül hosszú listánkon minden esetben sor került valamilyen meghatározott ceremóniára, és ezt a ceremóniát egyik esetben sem azért bonyolították le, hogy két azonos nemű személyt egyesítsenek. Most felmerül a kérdés – képzeljük el, hogy első ízben –, hogy a *common law* házasság valóban házasság-e, vagy hogy a homoszexuálisok, konceptuális szempontból, házasodhatnak-e. Ugye örülsz lenne feltételezni, hogy ezeket a házasság természetére vo-

natkozó kérdéseket meg lehetne válaszolni úgy, hogy az összeállított listára függesztjük a tekintetünket, bármilyen hosszan tegyük is ezt?

Így hát nem lehet megmutatni, hogy a politikai fogalmak filozófiai elemzése a természetes fajtákra vonatkozó tudományos vizsgálódások modellje szerint lehetne leíró jellegű. A szabadságnak nincs DNS-e. Forduljunk most a listánkon szereplő harmadik lehetőség felé. Most azt feltételezzük, hogy az archimédeánus politikai filozófia egy informálisabb értelemben minősül tudományosnak. Csak a történeti általánosításokat veszi célba, így hát, éppúgy, ahogy kijelenthetjük, hogy, ami a tényeket illeti, a múltban egyetlen homoszexuális házasságot sem ismertek el, mondhatjuk azt is, ha a bizonyítékok ezt az állítást támasztják alá, hogy a múltban az emberek a bírói felülvizsgálatot mindig összeegyeztethetetlennek tartották a demokráciával. Ám úgy tűnik, hogy ez az állítás nemcsak a politikai filozófusok által megfogalmazott konceptuális állításokhoz képest bizonyul gyengének, de ahhoz is túl gyenge lesz, hogy megkülönböztesse a politikai filozófiát a társadalomtörténet-től vagy a politikai antropológiától. Isaiah Berlin nem csupán azt mondta, hogy a szabadságról és az egyenlőségről nagyon gyakran gondolták úgy, hogy konfliktusban állnak egymással, hanem azt, hogy ezek az értékek természetüknél fogva konfliktusban állnak egymással, és ezt az ambiciózus állítást nem támaszthatta volna alá egyszerűen azzal, hogy rámutat (még ha ez igaz is lenne), hogy ezt soha nem vitatta szinte senki. Igaz persze, hogy érdekesebbé tehetjük az ilyen szociológiai általánosításokat, ha megpróbáljuk biológiai, kulturális vagy gazdasági törvények, illetve elméletek keretei között magyarázni őket. De ez sem segítene sokat. Azzal, hogy kitartunk amellett, hogy jó darwinianus vagy gazdasági magyarázataink vannak arra, hogy miért utasították el mindenütt a homoszexuális házasságot, nem adunk hatékony érveket annak az állításnak az alátámasztásához, hogy a házasság voltaképpen természeténél vagy lényegénél fogva a heteroszexuális párokra korlátozódik.

[C] Konceptuális és normatív? Mégis, éppúgy, ahogy a jogász arra vonatkozó érvelése, hogy Mrs. Sorensonnak kell-e megnyernie az ügyet, valamiben nyilvánvalóan eltér a filozófus érvelésétől, amely arról szól, hogy mi a jog, van valami eltérés abban is, ahogy a politikus hivatkozik a szabadságra, a demokráciára vagy az egyenlőségre, és ahogy filozófus veszi vizsgálat alá az ilyen ideálokra vonatkozó felfogásokat. Ha ezt a különbséget nem alapozza meg az a feltételezés, hogy a filozófus vállalkozása leíró, semleges és el nem kötelezett, akkor vajon miként ragadható meg? Mondhatjuk, hogy a filozófus elkötelezettsége olyan módon konceptuális jellegű, ahogy a politikusé nem az? Hogyan lehet a normatív érvelés egyszerűsített konceptuális? És ha ez lehetséges, miért nem konceptuális a politikus érvelése is?

Térjünk vissza egy pillanatra ahhoz az érvehöz, amit a természetes fajták kapcsán hoztam fel: valójában vannak tanulságos hasonlóságok a természetes fajták és a politikai fogalmak között, amelyeket az érveim figyelmen kívül hagyott. A természetes fajták rendelkeznek az alábbi fontos tulajdonságokkal. Valóságosak: sem létezésük, sem jellemvonásaik nem függenek senki felfedezésétől, vélekedésétől vagy döntésétől. Olyan mélystruktúrával – genetikai profillal vagy molekuláris ka-

rakterrel – rendelkeznek, akár tudatában vagyunk ennek, akár nem, amely magyarázatot ad további jellemvonásaikra, beleértve azokat a felszíni tulajdonságokat is, amelyek alapján felismerjük őket. A vizet például részben az alapján ismerjük fel, hogy átlátszó és szobahőmérsékleten folyékony halmazállapotú, és nem más, mint a víz mélyszerkezete – molekuláris összetétele – ad magyarázatot e tulajdonságokra. A politikai és az egyéb értékek csaknem minden ilyen vonatkozásban hasonlítanak a természetes fajtákra. Először is, a politikai értékek is valóságosak: a szabadság mint érték létezése és karaktere nem függ senki felfedezésétől, vélekedésétől vagy döntésétől. Tudom, hogy ez vitatott állítás: sok filozófus tagadja. De én igaznak fogom tekinteni.¹¹ Másodszor, a politikai értékeknek van olyan mélystruktúrájuk, amely megmagyarázza konkrét megnyilvánulásaikat. Ha a progresszív adóztatás igazságtalan, akkor az igazságos intézmények valamely általános, alapvető tulajdonsága miatt igazságtalan, ami hiányzik a progresszív adóztatásból. Ez is vitatott állítás: az 'intuicionisták', akik úgy hiszik, hogy a konkrét erkölcsi tények egyszerűen önmagukban és önmaguktól igazak, minthogy nézetük szerint igazként érzékelik őket, elutasítanak ezt az álláspontot. De megint csak úgy tekintem, hogy az állítás igaz.

Természetesen az általam hangsúlyozott különbség a természetes fajták és a politikai értékek között azután is megmarad, hogy megállapítottuk ezeket a hasonlóságokat. A természetes fajták mélystruktúrája fizikai jellegű. A politikai értékek mélystruktúrája nem fizikai – hanem normatív. Ám éppúgy, ahogy lehet egy tudós célja az a sajátos vállalkozás, amely úgy tárja fel a tigris vagy az arany voltaképpeni természetét, hogy felszínre hozza ezeknek az entitásoknak az alapvető fizikai struktúráját, a politikai filozófusnak is lehet az a célja, hogy úgy tárja fel a szabadság voltaképpeni természetét, hogy felszínre hozza annak normatív magját. Ha úgy tetszik, ezt mindkét esetben leírhatjuk konceptuális vállalkozásként. A fizikus segít, hogy meglássuk a víz természetét; a filozófus segít, hogy meglássuk a szabadság lényegét. Ha ilyen átfogóan írjuk le őket, e két vállalkozás és a közönségesebb vállalkozások közötti különbség – a különbség annak felfedezése között, hogy mi a víz lényege, és hogy a víz milyen hőmérsékleten fagy meg, illetve a különbség aközött, hogy azonosítjuk szabadság természetét, és hogy eldöntjük, az adóztatás korlátozza-e a szabadságot – végső soron csupán fokozati jellegű. Ám az ambiciózusabb vizsgálódás átfogó és alapvető jellege – tudatos törekvése arra, hogy a magyarázat révén valami alapvetőt fedezzen fel – igazolja, hogy fenntartsuk számára a konceptuális nevet. Nem állíthatjuk értelmesen, hogy egy érték filozófiai elemzése konceptuális, semleges és el nem kötelezett. De értelmesen állíthatjuk róla, hogy normatív, elkötelezett és konceptuális.

[D] Mi ebben a jó? I. Mint mondtam, a politikai értékre vonatkozó konceptuális állítás a *benne rejlődő* érték felmutatására irányul: arra törekszik, hogy a magyarázat révén az érték egy olyan számbavételéhez jusson el, amely hasonlóan alapvető, mint a fém molekuláris szerkezete. Így az általános igazságosságelmélet kellőképpen alapvető szinten próbálja megragadni az igazságosság értékét: mondhatjuk

¹¹ Lásd 'Objectivity and Truth'.

úgy is, hogy próbálja a legjobb színben feltüntetni az igazságosságot. De hogyan tehetjük ezt meg körben forgó érvelés nélkül? Nem olyan lenne ez, mintha megpróbálnánk a vörös színt megmagyarázni a vörös színre való utalás nélkül? Mondhatjuk, hogy az igazságosság azért nélkülözhetetlen, mert csak az igazságosság küszöbölheti ki az igazságtalanságot, vagy hogy a demokrácia azért értékes, mert önkormányzatot biztosít az embereknek, vagy hogy a szabadság azért értékes, mert szabaddá teszi az embereket, vagy hogy az egyenlőség azért jó, mert úgy kezeli az embereket, mint akik egyformán fontosak. Az ilyen kijelentések azonban hasznavehetetlenek, mert utalnak arra az eszmére, amit meg kellene magyarázniuk. Hogyan remélhetjük, hogy ennél többre is képesek vagyunk? Próbálkozhatunk instrumentális igazolással is – például az igazságosság azért jó, mert az igazságtalanság szerencsétlenné teszi az embereket, vagy a demokrácia azért jó, mert általában előmozdítja a jólétet. Ezek az instrumentális állítások azonban nem adnak választ a kérdésünkre: mi azt akarjuk tudni, mi a sajátosan jó az igazságosságban és a demokráciában, nem azt, hogy milyen egyéb jókat biztosítanak. A politikai értékek fentebb említett 'vegyes' magyarázata azon a reményen alapul, hogy elkerülhetjük ezt a nehézséget: lehetővé teszi a filozófusok számára, hogy, egyfajta nyers tényként, tudomást vegyenek a demokrácia jelentésének 'érték-oldaláról', hogy aztán a tisztán leíró rész kibontására koncentrálhassanak. De, mint mondtam, ez sem jelent megoldást: ha meg akarjuk érteni, hogy valójában mi a szabadság, a demokrácia, a jog vagy az igazságosság, szembe kell néznünk azzal a nehéz kérdéssel, hogy miként azonosíthatjuk egy érték értékét. Amellett fogok érvelni, hogy csak akkor reménykedhetünk ennek elvégzésében, ha az adott értéket meggyőződéseink egy átfogóbb hálózatában helyezzük el. Nem láthatok azonban hozzá ehhez az érveléshez, amíg nem vezetek be még egy fontos megkülönböztetést.

[E] Különálló és integrált értékek. Azért akarjuk jobban megérteni, hogy mi az igazságosság, a demokrácia és a szabadság, mert azt gondoljuk, mindannyian jobban élhetünk együtt, ha ezt megértjük, és ebben egyetértésre jutunk. Ám az értékek megértése és az ennek következményeként adódó jobb élet kapcsolatát illetően két nézetet tehetünk a magunkévá. Először is, kezelhetjük úgy az értéket, mint amely elválik a jó étellel kapcsolatos törekvéseinktől, és azoktól függetlenül is meghatározható: egyszerűen azért kell tisztelnünk, mert önmagában értékes, és helytelenül vagy rosszul tesszük, ha nem ismerjük fel. Vagy, másodszor, kezelhetjük úgy az értéket, mint ami összefonódik a jó élethez fűződő érdekeinkkel: feltételezhetjük, hogy azért értékes, és azért van meg a maga karaktere, mert az, hogy az adott karakterrel rendelkező értéként fogadjuk el, valami más módon jobbá teszi az életünket.

Az ortodox vallások az első nézetet fogadják el a hitük szempontjából központi jelentőségű értékeket illetően: különálló (*detached*) értékeként kezelik őket. Kitarának ugyan amellet, hogy a jó élet megköveteli az odaadást egy vagy több isten iránt, de tagadják, hogy ezeknek az isteneknek a természete, vagy istenként elfoglalt pozíciója bármilyen módon is abból a tényből eredne, hogy a jó élet az irántuk való tiszteletben áll, vagy hogy a természetükre vonatkozó megértésünket előmozdíthatjuk azzal, ha rákérdezünk, pontosan milyennek is kellene lenniük, hogy az

irántuk való tiszteletet jóvá vagy jobbra tegyük a magunk számára. Ugyanezt a nézetet fogadjuk el a tudományos megismerés fontosságáról is. Azt gondoljuk, hogy számunkra is jobb, ha megértjük a világegyetem alapvető szerkezetét, de azt nem – hacsak nem vagyunk durva pragmatisták vagy örültek –, hogy ez a szerkezet annak függvénye, hogy mi lenne az a szerkezet, ami bármilyen módon jó nekünk. Azt is mondhatjuk, hogy mi csak toldalékai vagyunk egy olyan fizikai világnak, aminek tőlünk függetlenül is megvolt a maga alapvető fizikai szerkezete, már akkor is, amikor mi megérkeztünk. Így, bár gyakorlati érdekeink ösztönzésekként és jelzéseként szolgálnak a tudományunkban – segítenek eldönteni, hogy mit kutassunk, és hogy mikor elégedjünk meg valamely állítással vagy igazolással –, nem adnak hozzá semmit egy állítás igazságához vagy egy igazolás értelmességéhez.

Sokan ugyanezt a nézetet képviselik a művészet értékét illetően is. Azt mondják, mi csak toldalékai vagyunk az érték e világának: a mi felelősségünk, hogy felfedezzük, mi a csodálatos a művészetben, és hogy tiszteljük ezt a csodát, de óvatosságnak kell lenünk, nehogy elkövessük azt a hibát, hogy feltételezzük, valami azért szép, mert az, ha tiszteletet mutatunk iránta, az életünket jobbra teszi, vagy hogy úgy is azonosíthatjuk és elemezhetjük a szépségét, hogy fontolóra vesszük, egyébként mit lenne jó becsben tartanunk azon a módon, ahogy a művészetet becsben tartjuk. G. E. Moore képviselte annak a nézetnek egy nagyon erős változatát, mely szerint a művészetnek különálló értéke van: azt mondta, hogy a művészet akkor is megőrizné értékének teljességét, ha örökre eltűnne az össze olyan teremtmény, aki azt értékelni képes. Nem kell azonban olyan messzire mennünk, hogy azt feltételezzük, a művészetnek különálló értéke van; enélkül is mondhatjuk, hogy egy festménynek nem lenne értéke, ha nem hordozhatna jelentést vagy nem gyakorolhatna hatást semmilyen befogadóra, hogy azt feltételeznénk, értéke az általa ténylegesen kiváltott hatástól függ, vagy attól, hogy ennek a hatásnak milyen független értéke van bármely teremtmény számára.

Másrészt kiáltóan implauzibilis lenne, ha úgy kezelnénk azokat a személyes éretnyeket és teljesítményeket, amelyekből egy hiteles élet összeáll, mint amelyeknek csak különálló értékük van. Az, hogy valaki szórakoztató vagy érdekes, művelésre és megbecsülésre érdemes éretnyek, de csak azért, mert hozzájárulnak a saját magunk és más emberek életének élvezetéhez. Nehezebb azonosítani, hogy miként járulnak hozzá a jó élethez az olyan komplexebb éretnyek, mint például az érzékenység vagy a képzelőerő, de itt is csak kevéssé lenne plauzibilis azt mondani, hogy az ilyen éretnyek iránt megnyilvánuló elismerés akkor is fennmaradhatna, ha általánossá válna a felismerés, hogy ezek nem járulnak hozzá önállóan a jó élethez. A legtöbb ember értékeli a barátságot: úgy gondolják, a másokhoz fűződő közei kapcsolatok nélküli élet szegényes. De nem gondoljuk, hogy a barátság pusztán az, ami, mint egy bolygó, és hogy pusztán olyan összefüggésben áll a kíváncsós étellel, hogy a barátság elismerésén alapuló élet kíváncsós, bármiben is álljon a barátság. Természetesen nem arra gondolok, hogy az olyan kapcsolatok, mint a barátság, csak a barátoknak nyújtott szűk körű előnyök miatt értékesek, mint például bizonyos célok elérésére irányuló együttműködés. De értékük nem független attól, hogy milyen egyéb módokon teszi emelkedettebbé az életet; lehet, hogy nem értünk egyet abban, hogy pontosan milyen módokról is van szó – a barátság

interpretív fogalom¹² –, de senki nem gondolja, hogy a barátságnak maradna bármilyen jelentősége, ha kiderülne, hogy semmi mást nem ad hozzá a barátok életéhez, mint hogy barátokká teszi őket.

Am, noha nem lenne plauzibilis feltételezni, hogy a személyes minőségeknek vagy teljesítményeknek csak különálló értékük van, amint a példák némelyike is sugallja, gyakran nehéz azonosítani, hogy az adott erény vagy teljesítmény értéke hogyan kapcsolódik a jó élet egy átfogóbb felfogásához. Erénynek tekintjük például az integritást, a stílust, a függetlenséget, a felelősséget, a szerénységet, az alázatosságot, és fontos teljesítménynek a barátságot, az elméleti tudást és az önbecsülést. Egy vállalkozó kedvű darwinianus egy napon talán bebizonyítja majd, hogy ezek a vonások és törekvések a túlélés szempontjából értékesek voltak az ősi szavannákon. De nem ezen a módon jelennek meg előttünk: nem gondoljuk, hogy az érzékenység, a személyes integritás, vagy az, ha eljutunk a korszerű tudomány bizonyos fokú megértéséhez, azért fontos, mert a közösség kevésbé fejlődne, vagy jobban ki lenne téve az ellenséges invázió fenyegetésének, ha polgárai nem tekintenék mindezt erénynek vagy célnak. Ezeket az értékeket inkább a vonzó, egészséges sikeres élet aspektusainak, illetve összetevőinek tekintjük, nem pedig az ilyen élet felé mutató instrumentális eszközöknek.

Éppily kevésbé lenne értelmes különálló értéként kezelni az általunk tárgyalt politikai értékeket, mint az igazságosság, a szabadság, a jogszerűség és a demokrácia. Az igazságosság nem isten vagy szentkép: ha értékeljük, akkor amiatt értékeljük, ami abból az általunk külön-külön és közösen vezetett életre nézve következik. Igaz, néha úgy tűnik, hogy az archimédeánus hagyomány feltételezi, hogy például a szabadság, akárcsak a magas művészet, egyszerűen az, ami, és, bár talán fontolóra kell vennünk szükségleteinket és érdekeinket, amikor döntést hozunk a szabadság fontosságáról, ezek a szükségletek és érdekek nem relevánsak annak meghatározása szempontjából, hogy mi a szabadság. Vagy hogy valójában mit jelent a demokrácia, az egyenlőség vagy a jogszerűség. Ezen a feltevésen kívül semmi nem adhat magyarázatot például Berlinnek arra a magabiztos kijelentésre, hogy a szabadság és az egyenlőség, egyszerűen a dolog természetéből adódóan, egymással konfliktusban álló értékek, vagy más filozófusoknak arra az állítására, hogy a helyesen felfogott szabadságot még a méltányos adóztatás is korlátozza. Mindazonáltal mélyen ellentmondani látszik intuíciónknak, hogy csak különálló értékük van azoknak a fontos politikai értékeknek, amelyek megőrzéséért néha szinte mindenkinek áldozatokat kell hoznia, és, amennyire tudom, valójában a politikai gondolkodás egyetlen archimédeánus képviselője sem lépett fel ezzel az igénnyel.

[F] Mi ebben a jó? II. Ez a nyilvánvalóan ellenállhatatlan tény – vagyis az, hogy a politikai értékek inkább integrált, mint különálló értékek – egyenesen visszavezet bennünket ahhoz a nehézséghez, amelybe fentebb beleütköztünk. Hogyan magyarázhatjuk meg körben forgó érvelés nélkül, hogy mi a jó ezekben az értékekben? A követelmény kevésbé fenyegető a különálló, mint az integrált értékek esetében. Talán okkal gondolhatjuk, őrülség lenne még elképzelni is, hogy például azt a kér-

¹² Lásd *Law's Empire*.

dést, hogy miért van értéke a magas művészetnek, meg lehet válaszolni körben forgó érvelés nélkül. Ha a művészet értéke pusztán a maga különálló értékében áll, akkor erre az értékre vonatkozóan ugyanolyan furcsa lenne más terminusokban megfogalmazott választ várni, mint azt kérni, hogy a vörös színt írjuk le más fogalmakkal. Természetesen megkérdőjelezhetjük, hogy végső soron tényleg van-e értéke a művészetnek. De nem hangoztathatjuk értelmesen a nemleges válasz melletti bizonyíték gyanánt, hogy lehetetlen ezt az értéket valamilyen nem körben forgó módon specifikálni. Ám az integrált értékek esetében nem szabadulhatunk meg ilyen könnyen a nehézségtől, mivel itt nemcsak azt feltételezzük, hogy az integrált érték létezése függ attól, amivel valamilyen másfajta, tőle függetlenül specifikálható értékhez, például az emberek által vezetett jó élethez hozzájárul, de azt is, hogy egy integrált érték pontosabb jellemzése – például annak pontosabb számbavétele, hogy valójában mi a szabadság – függ attól, hogy miként azonosítjuk ezt a hozzájárulást. Képzeljünk el egy vitát valamilyen erényről: például a szerénységről. Rákérdezünk, hogy végső soron erény-e a szerénység, és ha az, akkor hol húzódik a határ az adott érték és az önfeladás bűne között. Tökéletesen helyénvaló lenne azt elvárni, hogy ennek a reflexiónak a folyamatában kapunk valami magyarázatot a szerénységből fakadó előnyökre, és ha, azon kívül, hogy a szerénység önmagában hordja a jutalmát, nem tudunk felmutatni ilyen előnyt, akkor tökéletesen helyénvaló lenne azt gondolni, ez a tény végzetes az adott erényhez kapcsolódó igényekre nézve.

Így hát nem kerülhetjük meg a kérdést, hogy miként azonosíthatók az integrált értékek, köztük a politikai értékek értéke: most már szembe kell néznünk vele. Néhány integrált értékről, mint amilyen a vonzerő, gondolhatjuk azt is, hogy teljes egészében instrumentálisak. Az érdekesebbek azonban, mint a barátság, a szerénység és a politikai értékek semmilyen nyilvánvaló módon nem instrumentálisak. A barátságot nem csupán azokért a szűk körű előnyökért értékeljük, amelyek együtt járhatnak vele, és a demokráciát sem azért értékeljük, mert jót tesz a kereskedelemnek. Ha képesek lennénk hierarchikus struktúrába rendezni a különféle integrált értékeket, akkor arra is képesek lennénk, hogy a hierarchia alacsonyabb fokain elhelyezkedő értékek hozzájárulását azáltal magyarázzuk meg, hogy megmutatjuk, mivel járulnak hozzá a magasabb fokú értékek megvalósulásához, illetve miként növelik azokat. Meg tudnánk mutatni például, hogy a szerénység azért erény, mert valamilyen módon hozzájárul ahhoz, hogy képesek vagyunk a szeretetre vagy a barátságra. Ám ez a vállalkozás reménytelennek tűnik, mert – bár lehetséges, hogy néhány etikai értéket úgy fogjunk fel, mint amelyek valamiképpen támogatják a többi – a megerősítés inkább kölcsönösnek, mint hierarchikusnak látszik. Lehet, hogy a szerény ember éppen szerénysége miatt válik alkalmasabbá a szeretetre vagy a barátságra, ám a mély szeretet és barátság talán maguk is hozzájárulnak ahhoz, hogy az emberek szerények legyenek. A vonzónak és sikeresnek tekintett élet egyik aspektusa sem látszik kellőképpen dominánsnak ahhoz, hogy plauzibilisnek tűnjön az a nézet, hogy az általunk elismert összes érték és cél ennek az aspektusnak a szolgálatában áll. Úgy gondolom, belemehetünk a jó élet általános jellegét illető spekulációkba. Máshol amellet érveltem például, hogy inkább az etika egyfajta kihívás-modelljét kell elfogadnunk – jól élni annyit tesz, hogy jól

teljesítünk egy olyan kihívásra reagálva, amelynek anélkül is jól megfelelhetünk, hogy egyébként hatást gyakorolnánk az emberi történelemre –, nem pedig egy olyan modellre, amely úgy méri fel az élet sikerét, hogy arra kérdez rá, mennyiben mozdította elő ez az élet az emberi történelmet.¹³ Ám az etika egyik általános modellje sem szolgálhat az alárendelt erények vagy célok végső vagy legfőbb mércéjeként. Anélkül is elfogadhatjuk, hogy jól élni annyit jelent, hogy jó választ adunk egy sajátos kihívásra, hogy ezzel egyúttal afelől is döntenénk, hogy szenvedéllyel élni jó dolog-e vagy pusztán tetszelgés, az alázatosság bizonyos körülmények között valójában nem szolgálalkúság-e, a kereskedelem iránti érdeklődés csorbítja-e a nemeslelkűséget, vagy hogy a demokrácia vajon csak a többség uralmát jelenti-e.

Ha jobban meg akarjuk érteni a nem instrumentális és integrált etikai értékeket, meg kell próbálnunk holisztikusan és interpretív módon megragadni, mindegyiket a többi fényében, nem hierarchiába szervezve, hanem egy geodetikus kupola módjára. Úgy kell megpróbálnunk eldönteni, hogy mi a barátság, az integritás vagy a stílusérzék, és hogy milyen fontosak ezek az értékek, hogy megvizsgáljuk, ezen értékek melyik felfogása és a fontosságukkal kapcsolatos melyik álláspont illeszkedik a legjobban ahhoz az értelemhez, amivel a jó élet egyéb dimenzióit felruházzuk, illetve ahhoz a törekvésünkhöz, hogy sikeresek legyünk az élet kihívásával szembesülve. Az etika különböző célok, teljesítmények és erények komplex struktúrája, és csak úgy érthető meg az a szerep, amit az egyes értékek a komplex struktúrában betöltenek, ha kidolgozzuk ezek szerepét egy, a többi elem által meghatározott átfogó elképzelésben. Amíg nem látjuk, hogy etikai értékeink ilyen módon kapcsolódnak össze, és hogy mindegyikük mérlegre tehető a többire vonatkozó átmeneti magyarázatunk fényében, addig egyiküket sem értjük meg. A leginkább elhasznált filozófiai metaforák közül kettő mégiscsak találónak bizonyul ezen a ponton. Az értékek esetében, akárcsak a tudomány esetében, a tengeren, deszkáról deszkára építjük át a hajónkat. Vagy, ha jobban tetszik, a fény lassan dereng fel az egész felett.

A politikai filozófiának, amely a politikai értékek jobb megértésére törekszik, ebbe a nagy struktúrába kell beledolgoznia a maga munkáját. Először is azt kell célul tűznie, hogy az egyes értékek olyan felfogásait, illetve értelmezéseit dolgozza ki, amelyek kölcsönösen megerősítik a többi értéket – például a demokrácia egy olyan felfogását, amely szolgálja az egyenlőséget és a szabadságot, ez utóbbi értékeknek pedig olyan felfogásait, amelyek szolgálják az így felfogott demokráciát. Sőt, arra kell törekednie, hogy úgy alkossa meg ezeket a politikai felfogásokat, mint amelyek részei az értékek egy még ennél is átfogóbb struktúrájának, amely a politikai struktúrát nemcsak az erkölcshez kapcsolja hozzá általánosabban, hanem az etikához is. Kétségtelen, hogy ez lehetetlenül, sőt talán kiábrándítóan holisztikusnak hangzik. De nem látok más módot, hogy a filozófusok képesek legyenek közel jutni annak a feladatnak a teljesítéséhez, hogy a lehető legtöbb kritikai értelmet adják az egyes részeknek, netán az összes résznek ebben a hatalmas humanista struktúrában. Ha megértjük, hogy ez a filozófusok közös felelőssége, idővel mindannyiunk számára több értelmet nyer a saját önálló, marginális és részleges szerepünk.

¹³ Lásd könyvemet: *Sovereign Virtue*, Cambridge and London: Harvard University Press, 2001, 6. fejezet.

El kell ismernem, hogy a politikai filozófiának ez a felfogása az ezen a területen végzett, legnevesebb kortárs munkák közül kettővel is ellentétben áll: John Rawls 'politikai' liberalizmusával és az Isaiah Berlin nevéhez kapcsolódó politikai pluralizmussal. Az én felvetésem hasonlít a reflexív egyensúly rawls-i módszeréhez, amely az igazságosságra vonatkozó intuícióink és elméleteink összeegyeztetésére irányul. Ám a Rawls metodológiájától való eltérések szembeszökőbbek, mint a hasonlóságok, mert az az egyensúly, amit az én meggyőződésem szerint a filozófiának keresnie kell, szemben a Rawls-éval, nem korlátozódik a politika alkotmányos alapszerkezetére, hanem felöleli azt is, amit ő 'átfogó' elméletnek nevez, és ami magába foglalja a személyes erkölcsöt és etikát is. Ha a politikai filozófia törekvései nem átfogóak, akkor nem képes érvényre juttatni a belátást, hogy a politikai értékek integrált, nem pedig különálló értékek.

Nincs mód arra, hogy az így felfogott politikai filozófiát ennél részletesebben leírjam itt. Ám ajánlom nemrégiben megjelent könyvemet, a *Sovereign Virtue*-t, mint egy olyan munka példáját, amely legalábbis tudatosan ebben a szellemben íródott.¹⁴ Hangsúlyoznom kell, hogy ez az átfogó vállalkozás nem azon a képtelen premisszán alapul, hogy a politikai filozófiában, vagy általánosabban az értékelméletben, az igazság koherencia dolga. Lehetnek a politikai moralitásnak olyan elegáns és maradéktalanul koherens elméletei, amelyek hibásak, sőt visszataszítóak. Nem az öncélú koherenciát keressük, hanem az értelmes meggyőződést, és vele együtt annyi koherenciát, amennyi elérésére csak képesek vagyunk. Lehet, hogy ezek az ikercélok erősítik egymást – valójában azt gondolom, hogy gyakran erősíteniük is kell egymást. Könnyebben találhatjuk meg a helyesség mélyebb értelmét az értékek összefüggő, integrált készleteiben, mint egy bevásárlólistán. Ám arra is emlékeznünk kell, hogy a két cél gondolat is okozhat egymásnak. Ez történik például, amikor két érték karakterére vonatkozó kiinduló felfogásunk – például a patriotizmus és a barátság E. M. Foster ünnepezt példájában, vagy a szabadság és az egyenlőség, ahogy Berlin magyarázza őket – azt mutatja, hogy a szóban forgó értékek konfliktusban állnak egymással. Talán képesek vagyunk arra, hogy megalkossuk a patriotizmus és a barátság, illetve a szabadság és az egyenlőség olyan felfogásait, amelyek kiiktatják a konfliktust. De megeshet, hogy ezek a felfogások nem ragadják meg a lelkünket: lehet, hogy mesterségesnek, idegennek vagy egyszerűen helytelennek érezzük őket. Gondolkodhatunk tovább, ha van rá elég időnk és lehetőségünk, képzelőerőnk és képességünk: például meg kell próbálnunk, hátha találunk valamilyen meggyőző felfogást mind a barátságról, mind patriotizmusról, amely úgy mutatja be ezeket az értékeket, mint amelyek nem állnak konfliktusban egymással. Lehet azonban, hogy erre nem vagyunk képesek.¹⁵ Akkor aztán hinnünk kell mindabban, amiben nem tudunk nem hinni – hogy a patriotizmus és a barátság egyaránt lényeges, ám talán nem vagyunk képesek mindkettő követelésének teljesen vagy akár adekvát mértékben eleget tenni. Ám ekkor nem gondol-

¹⁴ A Columbia University-n tartott, 'Justice for Hedgehogs' című, publikálatlan Dewey-előadásom, amiről a *Sovereign Virtue* bevezetőjében említést teszek, explicitebb módon tesz kísérletet az effajta filozófia illusztrálására.

¹⁵ Lásd tanulmányomat: Do Liberal Values Conflict?, in: *The Legacy of Isaiah Berlin*, (ed. by Mark Lilla, Ronald Dworkin, Robert B. Silvers) New York, New York Review Books, 2001.

hatjuk, hogy a reflexió sikeres volt, hogy immár jogunk van megállni. Csupán elakadtunk, ami egészen más dolog.

3. Jog

[A] Hart védekezése. A jog politikai fogalom: az emberek arra használják, hogy *jogi* igényeket formáljanak, vagyis állításokat arra vonatkozóan, hogy a jog az egyik vagy a másik helyen megtilt, megenged vagy megkövetel bizonyos cselekvéseket, vagy hogy bizonyos jogosítványokat ad, vagy hogy egyéb következményekkel jár. Hatalmas társadalmi gyakorlat épült az ilyen igények megfogalmazása, vitatása, védelmezése és a felőlük való döntés köré. Ám jellegüket nehéz megragadni. Mit jelent valójában az az állítás, hogy 'a jog' megkövetel valamit? Mi teszi igazzá az állítást, amikor igaz, és hamissá, amikor hamis? Anglia joga megköveteli az emberektől, hogy időközönként fizessék meg az adójukat, hogy szerződészegés esetén fizessenek kártérítést, kivéve, ha bizonyos mentő körülmények állnak fenn. Az angol jogászok azt mondják nekünk, hogy ezek a kijelentések annak folytán igazak, amit a parlament törvénybe iktatott, és amit az angol bírók döntöttek a múltban. De miért éppen ezeknek az intézményeknek (nem pedig, például, a nagy egyetemek vezetőiből álló gyűlésnek) van meg a hatalma, hogy jogi állításokat igazzá tegyenek? Ráadásul a jogászok gyakran állítják, hogy némely jogi állítás – például az, mely szerint Mrs. Sorensonnak joga van a megfelelő arányú kártérítésre az összes gyógyszergyártótól – akkor is igaz, amikor nem volt olyan törvényhozó vagy múltbéli bíró, aki ennek megfelelően nyilatkozott vagy döntött volna. Mi az, ami ezeken az intézményes forrásokon kívül igazzá tehet egy jogi állítást? A jogászok gyakran nem értenek egyet abban, hogy egy jogi állítás, beleértve a fentebb említettet is, igaz-e, még akkor sem, amikor ismerik az összes tényt arra vonatkozóan, hogy az intézmények milyen döntéseket hoztak a múltban. Mi az, amiben ekkor nem értenek egyet? Ráadásul ezeket a kérdéseket nem csak az egyes jogrendszerekre, például az angolra vonatkozóan akarjuk megválaszolni, hanem általában véve a jogra nézve, legyen az akár Alabamában, akár Afganisztánban vagy bárhol máshol. Mondhatunk bármit is általánosságban véve arról, hogy mi tesz egy jogi igényt igazzá, bárhol is legyen az igaz egyébként? Lehetnek igaz jogi állítások olyan helyeken, ahol a miénktől nagyon különböző politikai intézmények vannak? Vagy ahol nincs semmilyen felismerhető politikai intézmény? Van valami különbség, Angliában vagy bárhol máshol, aközött, ha azt mondjuk, a jog megköveteli, hogy az ember tartsa be az általa aláírt szerződéseket, és ha azt jelezzük előre, hogy a hivatalos személyek meg fogják büntetni, ha nem így cselekszik? Vagy az előbbi állítás és azon, látszólag eltérő természetű állítás között, hogy az illetőnek erkölcsi kötelessége betartani a szerződéseit? Ha egy jogi állítás különbözik mind a következményekre vonatkozó előrejelzésektől, mind pedig az erkölcsi kötelezettségek megállapításától, akkor pontosan miben különbözik tőlük?

Hart *A jog fogalmában* nekilátott, hogy megválaszolja ezeket a régi kérdéseket. Korábban már összefoglaltam az általa adott választ – a források téziséit. Ennek a tézisnek a részletei jól ismertek a jogfilozófusok körében. Hart úgy gondolta, hogy

minden olyan közösségben, ahol jogi igények fogalmazódnak meg, a közösség hivatalos személyeinek nagy többsége, egyfajta konvencióként fogad el valamilyen elismerési mesterszabályt (*rule of recognition*), amely azonosítja azokat a történeti vagy egyéb tényeket, illetve eseményeket, amelyek a jogi állításokat igazgá teszik. Ezek a konvenciók nagyon eltérőek lehetnek az egyes jogrendszerekben: megeshet, hogy az egyik helyen a mester-konvenció az igaz jogi állítások forrásaként a törvényhozást és a múltbéli politikai döntéseket jelöli meg, míg egy másik helyen a konvenció talán a szokást vagy akár az erkölcsi helyességet azonosítja forrásként. Az, hogy a konvenció az egyes közösségekben milyen formát ölt, társadalmi tények kérdése: minden azon múlik, hogy a hivatalos személyek többsége történetesen milyen alapvető mércét illetően jutott egyetértésre. Ám az, hogy minden közösségben létezik valamilyen mesterszabály, és hogy ez jelöli ki, hogy mi számít jognak az adott közösségben, magának a jog fogalmának a részét képezi.

A harti források tézise vitatott: mint már mondtam, az én nézetem arról, hogy mi teszi a jogi állításokat igazgá, nagyon eltér ettől. Most azonban nem az a fontos, hogy adekvát-e Hart elmélete, hanem az, hogy milyen ennek az elméletnek a karaktere. Lehet, hogy a közönséges, elsőfokú jogi gyakorlat versengő értékítéletekből áll: Hart azt mondja az 'Utószó'-ban, hogy ez a helyzet áll elő, ha a közösség elismerési mesterszabálya az érvényes jogi igényekre vonatkozó kritériumok közé erkölcsi mércéket is felvesz. De ahhoz ragaszkodik, hogy az ő saját elmélete, amely a közönséges jogi érvelést írja le, nem normatív vagy értékelő elmélet – semmiféle értékítéletet nem alkot. Inkább empirikus vagy leíró elmélet, amely megvilágítja a közönséges jogi érvelés által alkalmazott fogalmakat. Hart álláspontja annak a standard archimédeánus nézetnek az egyik sajátos esete, mely szerint logikailag elválik egymástól a politikai fogalmak közönséges használata és ugyanezen fogalmak filozófiai tisztázása.

Álláspontja ezért ugyanazoknak az ellenvetéseknek van kitéve, amelyeket általánosságban az archimédeánizmus ellen hoztunk fel. Először is, lehetetlen oly módon megkülönböztetni a kétféle állítást – megkülönböztetni a jogászoknak a joggyakorlatban megfogalmazott elsőfokú állításait a filozófusoknak az elsőfokú állítások azonosíthatóságáról és tesztelhetőségéről szóló másodfokú állításaitól –, hogy az elégséges alapul szolgáljon ahhoz, hogy ezeket az állításokat különböző logikai kategóriákba soroljuk. A harti források tézise messze nem semleges például a Mrs. Sorenson ügyében érintett felek szempontjából. Azok közül a 'források' közül, amelyekre Hart gondolt, egyik sem biztosítja a Mrs. Sorenson helyzetébe kerülő embernek a jogot a piaci részesedés arányában fizetett kártérítésre, és egyik sem vet fel olyan erkölcsi mércét, amelynek ez lehet a kimenetele vagy a következménye. Így hát, ha Hartnak igaza van, Mrs. Sorenson nem állíthatja, hogy a jog az ő oldalán áll. Valójában a gyógyszergyártók ügyvédei pontosan ugyanazokat az érveket hozták fel a tárgyalóteremben, mint Hart a könyvében. Azt mondták, hogy Mrs. Sorenson jogi igénye alaptalan, mert az államnak a megállapodott jogi konvenciók által azonosított, explicit jogában nincs semmi, amit egy ilyen igénynek helyet adna. Mrs. Sorenson ügyvédei ennek az ellenkezőjét állították. Ők elvetették a források tézisé: azt mondták, hogy a jogban inherens általános elvekből adódik, hogy ügyfelüknek joga van a per megnyerésére. Így hát Hart nézete nem semleges az

érvelés szempontjából: valakinek a pártjára áll. Valójában minden nehéz jogi vitában azok oldalára áll, akik kitartanak amellett, hogy a felek jogait teljes egészében a hagyományos jogi források alapján kell megállapítani.

Így a politikai archimédeánizmus első nehézsége a harti változatra is áll. Ugyanígy vonatkozik rá a második nehézség is. Milyen módon kellene Hartnál a társadalmi források tézisének 'leírónak' lennie? Miként azt Hart és védelmezői is elismerik, a leírás természetesen *valamilyen* értelemben midig normatív vállalkozás: minden leíró elmélet kiragadja bizonyos jelenségek egy magyarázatát, mint amely a rivális magyarázatoknál többet világít meg, szemléletesebb, hasznosabb vagy valami hasonló. Hart egyetértett azzal, hogy elemzése normatív volt abban az értelemben, ahogyan minden jelenség minden magyarázata normatív: ő arra gondolt, hogy elmélete az erkölcsi vagy etikai értelemben értékelő elméletekkel szembeállítva bizonyul leíró jellegűnek. Am amint arra a szabadság, az egyenlőség és a többi érték esetében rámutattunk, a leírásnak több módja is van, és meg kell kérdeznünk, hogy Hart mire gondolt, az ő elmélete ezek közül melyik módon leíró. Bár ő és követői erőteljesen állították, hogy a műveikre vonatkozó kritikám módszereik és törekvéseik félreértésén alapul, nehéz bármilyen hasznos pozitív tételt találni arról, hogy melyek ezek a módszerek és törekvések, az olyan tételekről már nem is beszélve, amelyek a deskriptív státusra bejelentett igényüket magyaráznák. Egy, *A jog fogalma* eredeti kiadásában szereplő, hírhedten zavarbaejtő megfogalmazás szerint a könyvet úgy kell felfognunk, mint „a leíró szociológia körébe tartozó tanulmányt”. De Hart nem dolgozta ki ezt a nyers állítást, és, mint majd látjuk, közel sem világos, hogy mit érthetett alatta.

Megint csak a képzelőerőnket kell segítségül hívnunk. Korábban megkülönböztettem három módját annak, hogy valaki egy politikai fogalom konceptuális elemzését leíró vállalkozásnak gondolhatja, és most, ebben a kontextusban, ismét fontolóra kell vennünk mindegyik megoldást. Vajon szemantikai állítás lenne a források tézise: vajon arra irányul, hogy felszínre hozza azokat a nyelvi kritériumokat, amelyeket az összes jogász, de legalábbis a jogászok többsége, mindenhol ténylegesen alkalmaz, amikor jogi igényeket fogalmaz meg vagy bírál el? Hart törekvése természetesen nem az volt, hogy bármely szóról vagy szófordulatról egyszerű szó-tári meghatározást adjon, vagy hogy szinonimák egy készletét rendelje hozzá. Ám számomra plauzibilisnek tűnik az a gondolat, hogy célja egy ambiciózusabb filozófiai állítás megfogalmazása volt, amely megvilágítja azokat az alkalmazási kritériumokat, amelyekre, miután ő rájuk mutatott, a jogászok és mások olyan szabályokként ismerhetnek rá, amelyeket ők maguk ténylegesen használnak, miközben arról beszélnek, mit követel és mit enged meg a jog. A *Law's Empire*-ban vállalkozásának ezzel az értelmezésével álltam elő; azt mondtam, hogy ha a meglátásom helyes, akkor vállalkozása kudarcra van ítélve, mivel a jogi állítások elfogadásának és elutasításának nincsenek ilyen közös kritériumai, még rejtett kritériumai sem, nemhogy az összes jogrendszerben, de még egyes jogrendszerekben sem. Az általa írt 'Utószó'-ban Hart hevesen tagadja, hogy bármi ilyesmi lett volna a szándéka; azt mondja, hogy mélységesen félreértettem a vállalkozását. Le vagyok sújtva, de nem törtem meg: továbbra is azt gondolom, hogy *A jog fogalma* által képviselt vállalko-

zás általam adott értelmezése a legjobb a rendelkezésre álló magyarázatok közül.¹⁶ Mégis, mivel Hart nevetségessé tette vállalkozásának ezt az értelmezését az 'Utószó'-ban, máshol kell keresgelnünk.

Gondolhatta vajon, hogy a jogi proposíciók valamilyen természetes fajtát képeznek, mint a tigris vagy az arany, így hát akár olyan felfedezéseket is lehet tenni róluk, amelyek ellentmondhatnak annak, amit a legtöbb ember gondol az igazságukról vagy a hamisságukról? Éppúgy, ahogy előfordulhat, hogy felfedezzük, hogy sok 'tigrisnek' nevezett állatkerti állat valójában nem tigris, úgy e nézet szerint felfedezhetjük, hogy, bármit is gondoljanak az emberek, semmi sem jog, ami nem felel meg a források tézisének. Úgy tűnik, a természetes fajtákat érintő alapvető felfedezések egyszerre konceptuálisak – a tigris DNS-e joggal nevezhető a 'tigris-ség' lényegének – és leíró jellegűek. Így ez a feltevés, ha elfogadjuk, magyarázatot ad Hartnak arra a kinyilvánított meggyőződésére, hogy a jogra irányuló konceptuális vizsgálódás anélkül is lehet leíró jellegű, hogy szemantikai lenne. Ennek azonban nem kell utánajárnunk, mert Hart nem gondolhatta, hogy az igaz jogi állítások természetes fajtát képeznek. Ha a szabadságnak nincs DNS-e, akkor a jognak sem lehet.

Csak a harmadikként megjelölt lehetőség maradt: az, hogy a harti források tézisént valamifajta empirikus általánosítás módjára gondolják leíró jellegűnek. Elképzelhető, hogy jogi antropológusok egy egész serege összegyűjti az összes történetileg felhalmozódott adatot azokról a különböző esetekről, amikor emberek megfogalmaztak, elfogadtak vagy elutasítottak olyasmit, amit mi jogi állításnak tartunk. Valamilyen szociológus egy szobaméretű számítógép segítségével és hatalmas anyagi források birtokában remélheti, hogy képes végigelemezni ezt a Mount Everest mennyiségű adatot, de nem azért, hogy megtalálja a jog lényegét vagy természetét, hanem egyszerűen azért, hogy felfedezze a mintázatokat és az ismétlődéseket ebben a hatalmas anyagban. A legnagyobb ambíciója az lehet, hogy azonosítja a természet törvényeit: ha azt találja, hogy például az emberek a jogi proposíciókat csak akkor fogadják el, ha ezt a források tézise támogatja, akkor reménykedhet abban, hogy ezt a figyelemreméltó tényt képes megmagyarázni mondjuk darwini elvek, közgazdasági egyenletek vagy valami hasonló alapján. De lehet, hogy kevésbé lesz ambiciózus – lehet, hogy egyszerűen csak egy szabályszerűséget mutat ki, ami egész biztosan önmagában is elég érdekes, még úgy is, ha nem próbálja megmagyarázni.

Fogjuk fel úgy Hart archimédeánizmusát, mint amely akár a többé, akár a kevésbé ambiciózus értelemben empirikus? Ez ellen egy megdönthetetlen ellenvetés szól: Hart és követői még csak hozzá sem láttak ahhoz az élethosszúságú empirikus kutatáshoz, amire ehhez szükség lenne. Nemhogy 'Everest-nyi', de még hangyabolynyi adatot sem termeltek. Van egy további előzetes ellenvetés, legalábbis Hart esetében. Rendkívül furcsa lenne, ha az efféle empirikus vizsgálatok és általánosítások bármelyikére úgy utalnánk, mint ami a jog fogalmának, természetének vagy voltaképpen eszméjének a felfedezésére irányul, és nagyon furcsa lenne egy könyvnek, amely állítolag az ilyen felfedezésekről számol be, azt a címet adni, hogy

¹⁶ Ezzel mások is egyetértenek. Lásd például Nicos Stavropoulos: *Hart's Semantics*, in: *Hart's Postscript*, (ed. by Jules Coleman) Oxford, Oxford University Press, 2001, 59. o.

A jog fogalma. Képzeljünk el egy közgazdászt, aki azt mondja, hogy, teszem azt, Ricardo törvényei felszínre hozzák a bér vagy a profit voltaképpeni fogalmát.

Ezek mögött a nehézségek mögött meghúzódik egy harmadik, az eddigieknél is komolyabb kellemetlenség. Ha Hart – vagy követői – elméleteit empirikus általánosításokként fogjuk fel, akkor rögtön el kell ismernünk, hogy látványos kudarcot vallottak. Mint mondtam, adathegyekre volna szükség ahhoz, hogy alátámasszuk a források tézisé, ám megcáfolásához elég néhány ellenpélda is, és ezek mindenütt fellelhetők. Manapság az Egyesült Államokban élénk vita zajlik arról, hogy alkotmányos-e a halálbüntetés. Az érvelés sikere azon múlik, hogy az Alkotmány Nyolcadik Kiegészítése, amely tiltja a „kegyetlen és szokatlan büntetéseket”, magában foglal-e valamilyen morális mércét a megfelelő büntetésekre vonatkozóan, amelynek, gondolhatnánk, nem felel meg a halálbüntetés, vagy épp ellenkezőleg, nem foglal magában semmi efféle erkölcsi mércét, és csak azokat a büntetéseket tiltja meg, amelyeket az alkotmány-kiegészítést megalkotó államférfiak és politikusok – vagy a széles közvélemény, amelynek a rendelkezést címezték – kegyetlennek gondoltak. Ha feltételezzük, hogy a halálbüntetés tényleg elfogadhatatlanul kegyetlen, de ezt szinte senki nem gondolta róla a 18. században, akkor azok a jogászok, akik az előbbi értelmezést fogadják el, azt fogják gondolni, hogy az alkotmányjog tiltja, azok pedig, akik a másodikat fogadják el, úgy vélik majd, hogy az alkotmányjog megengedi a halálbüntetést. Akik az első, erkölcsinek is nevezett olvasat mellett érvelnek, világosan ellentmondanak a társadalmi források tézisének, mivel egyik társadalmi forrás sem rendelkezett úgy, hogy a Nyolcadik Kiegészítésnek olyan olvasatát kell adnunk, amely az erkölcsöt is felöli. Ám mivel egyetlen társadalmi forrás sem rendelkezett úgy, hogy az erkölcs nem releváns, azok, akik az erkölcsi olvasat ellen érvelnek, ennek a tézisnek is ellent fognak mondani.

Hart azt mondta, hogy az erkölcs akkor válik relevánssá a jog azonosítása szempontjából, ha valamilyen 'forrás' kinyilvánította, hogy az erkölcsnek megvan ez a szerepe, példaként pedig az Amerikai Alkotmány elvont klauzuláit adta meg. Ám félreértette az amerikai alkotmányjog helyzetét. Nincs olyan konszenzus, amely az Alkotmány morális értelmezését akár támogatná, akár ellenezné: ellenkezőleg, ez heves egyet nem értés tárgyát képezi. Mások mellett én magam is azt az erkölcsi olvasatot pártolom, amire láthatóan Hart is gondolt.¹⁷ Ám mások, köztük Antonin Scalia, az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának bírása, és egy hírhedt korábbi bíró, Robert Bork, elítélik az erkölcsi olvasatot, mint ami alapvetően téves meggyőződéseken alapul.¹⁸ Nincs olyan konvenció, amely emellett vagy ez ellen szólna, nincs olyan alapvető elismerési szabály, amelytől bármelyik oldal támogatást remélhetne azokra az alkotmányjogi állításokra nézve, amelyeket mindazonáltal igaznak tartanak.

¹⁷ Lásd *Freedom's Law*.

¹⁸ Lásd erről a Scalia főbíró és köztem lezajlott vitát. Antonin Scalia: *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997, 117. o. Ronald Dworkin: *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve*, *Fordham Law Review*, 65 (1997) 1249-1268.

4. A legalitás értéke

[A] Jogszerűség. Új kezdet? Korábban azt mondtam, hogy a politikai fogalmak értékfogalmak, és hogy a politikai filozófusoknak arra kell törekedniük, hogy pontosabban mutassák meg valamennyi fogalom vonatkozásában, hogy miben áll ez az érték. Azt mondtam, hogy, mivel a politikai értékek inkább integráltak, mint különállóak, ennek a vállalkozásnak minden egyes értéket a meggyőződések egy tágabb és kölcsönös megerősítést adó hálózatában kell elhelyeznie, amely általánosságban hozza felszínre az igazolási kapcsolatokat az erkölcsi és politikai értékek között, és elhelyezi őket az etika még ennél is tágasabb kontextusában. A politikai filozófiának ez az ábrázolása nemcsak hogy vadul ambiciózus – még elképzelni is csak kooperatív módon lehet –, de, amint azt magam is elismertem, a kor divatjával is elmentetben áll. Nem követi a mérsékelt értékpluralizmus szellemiségét. Ehelyett egy utópikus és örökké megvalósulatlan célt tűz maga elé – az értékek platóni egységét.

Meg kell próbálnunk a jog régi rejtvényeit ezen a módon megközelíteni. Egy olyan politikai értéket kell azonban találnunk, amely megfelelő módon kapcsolódik ezekhez a rejtvényekhez. Valódi értéknek kell lennie, mint amilyen a szabadság, a demokrácia és a többi, és az is szükséges, hogy széles körben valódi értékként fogadják el, már ha azt akarjuk, hogy vállalkozásunknak bármi esélye legyen rá, hogy hatást gyakoroljon. Mindazonáltal az értéknek interpretív értéknek kell funkcionálnia közösségünkben – az is szükséges, hogy azok, akik értéknek fogadják el, ne értsenek egyet abban, hogy pontosan miben is áll ez az érték, és, ennek következtében, bizonyos mértékig abban se értsenek egyet, hogy milyen politikai berendezkedések felelnek meg az adott értéknek, illetve melyek felelnek meg neki jobban vagy rosszabbul. Sajátosan jogi értéknek kell lennie, amely annyira alapvető a joggyakorlat szempontjából, hogy az érték jobb megértése hozzásegít bennünket ahhoz is, hogy jobban megértsük, mit jelentenek a jogi állítások, és hogy mi teszi őket igazzá vagy hamissá. Például képesnek kell lennie arra is, hogy világossá tegye számunkra, az adott érték egy specifikus felfogása miként vezet el a források téziséhez, és hogy más felfogások hogyan vezetnek el nagyon eltérő, ám egyaránt a jogbölcséleti irodalom részét képező jogelméletekhez. Készen kell tennie bennünket annak meglátására is, hogy amennyiben az adott értékre vonatkozóan nem az egyik, hanem a másik felfogást tesszük a magunkévá, úgy miért jutunk inkább az egyik, mint a másik döntésre Mrs. Sorenson ügyében.

Mostanra világossá kellett válnia, hogy mi ez az érték: a jogszerűség (*legality*) értéke – vagy ahogy néha nagyvonalúbban nevezik, a joguralom (*rule of law*). A jogszerűség valódi érték, és sajátosan jogi érték. Sok ember gondolja például, hogy a nürnbergi perek, amelyben náci vezetőket helyeztek vád alá és ítélték el a II. Világháború után, megsértették a jogszerűséget, bár más politikai értékek – például az igazságosság vagy a célszerűség – alapján igazoltak voltak. A jogszerűség ráadásul nagyon népszerű érték. Sok évszázadon át és sokkal szélesebb körben tették a magukévá az emberek, mint a fentebb tárgyalt többi értéket, és széles körben úgy tartják, hogy a többinél is alapvetőbb fontossággal bír. A klasszikus és a középkori filozófusok már jóval azelőtt elemezték és méltatták a jogszerűséget,

hogy más filozófusok méltatni kezdték a szabadságot, az egyenlőségről már nem is beszélve.

Ráadásul a jogszerűség kezdetől fogva interpretív eszmény volt, és az maradt számunkra is. Több módja van annak, hogy elvontan megfogalmazzuk ezt az értéket. Mondhatjuk, hogy a jogszerűség akkor jön szóba, amikor a politikai tisztségviselők az állam kényszerítő hatalmát közvetlenül egyes személyek, testületek vagy csoportok ellen vetik be – például úgy, hogy letartóztatják vagy megbüntetik, illetve arra kényszerítik őket, hogy pénzbüntetést vagy kártérítést fizessenek. A jogszerűség azt követeli, hogy az ilyen hatalmat csakis az előzetesen, megfelelő módon megállapított mércékkel összhangban gyakorolják. Ám ez az elvont megfogalmazás önmagában véve szinte teljesen tartalmatlan: még tisztázni kell, hogy miféle mércék elégítik ki a jogszerűség követelményeit, és mi számít egy mérce megfelelő és előzetes megállapításának. Az emberek lényeges pontokon nem értenek egyet ezekben a kérdésekben. Néhányan azt mondják, amint épp az imént jeleztem, hogy a nürnbergi perek megsértették a jogszerűséget, tekintet nélkül arra, hogy végső soron igazolta-e őket valamilyen más érték vagy sem. Mások viszont azt mondják, hogy a perek megvédték és előmozdították a jogszerűség valódi eszményét. Hasonló egyet nem értés övezi manapság az olyan pereket is, amelyek a hatalmuktól megfosztott diktátorok ellen folynak olyan embertelen cselekmények miatt, amelyeket elkövetésük idején nem büntetett a helyi jog, és ilyen egyet nem értés övezi a balkáni gonosztevők ellen folyó eljárásokat is a nemzetközi büntetőbírórságon. Ezek az eltérő nézetek a jogszerűség iránti közös elkötelezettséget fejezik ki, de ugyanakkor azt is, hogy különböző felfogások vannak arról, hogy mi a jogszerűség.

Afelől sem lehet sok kétségünk, hogy van valami kapcsolat a jogszerűség értéke és a valódi, illetve érvényes jogi állítások azonosításának problémája között. Mint mondtam, a jogszerűség felfogásai különböznek abban, hogy miféle mércék elégítik ki megfelelően a jogszerűséget, és hogy ezeket a mércéket milyen módon kell előzetesen megállapítani; a jogi állítások arra vonatkoznak, hogy a megfelelő fajtájú mércék közül melyek azok, amelyeket a megfelelő módon állapítottak meg. Így hát a jogszerűség felfogásai általános érvénnyel adnak számot arról, hogy miként kell eldönteni, mely egyedi jogi állítások igazak: a harti források tézise a jogszerűség egyik felfogása. Sem a jogszerűségnek, sem a jognak nem lehetne sok értelme számunkra, ha tagadnánk ezt a kapcsolatot a jogszerűség felfogásai és az igaz jogi állítások azonosítása között. Értelmesen gondolhatjuk, hogy bár a jog elutasítja Mrs. Sorenson igényét a piaci részesedés szerint kártérítésre, az igazságosság támogatja azt. Vagy (kevésbé plauzibilis módon) gondolhatjuk ennek az ellenkezőjét: bár a jog megítéli neki az igényt, az igazságosság elítéli. Képtelenség lenne azonban azt feltételezni, hogy bár a helyesen felfogott jog megadja neki a jogot a kártérítésre, a jogszerűség értéke ez ellen szól. Vagy azt, hogy bár a helyesen felfogott jog elutasítja Mrs. Sorenson jogát a kártérítésre, a jogszerűséget mégiscsak az szolgálná, ha fizetésre bírnánk a cégeket.

Megmenthetjük a jogfilozófia fontos kérdéseit az archimédeánus maradiságtól, ha ezen az eltérő módon küzdünk meg velük. Jobban megértjük a joggyakorlatot, és értelmesebb módon ruházzuk fel jelentéssel a jogi proposíciókat, ha egy kifeje-

zetten normatív és politikai vállalkozásba fogunk bele: jogfelfogásokat finomítunk és védelmezünk, és az általunk favorizált felfogások alapján mércéket állítunk fel a konkrét jogi állításokra nézve. Fel sem merülhet, hogy úgy tekintsünk az ilyen módon konstruált jogelméletekre, mint amelyek pusztán 'leíróak'. Konceptuálisak ugyan, de csak abban a normatív, interpretív értelemben, amelyben az igazságosság elméletei, akárcsak a demokrácia, a szabadság és az egyenlőség elméletei is konceptuálisak. Akárcsak ez utóbbi elméletek, a jogelméletek is lehetnek többé vagy kevésbé ambiciózusak. Az ambiciózusabbak más politikai értékekből próbálnak támogatást szerezni a jogszerűségekre vonatkozó felfogásukhoz – vagy inkább, mivel a folyamat nem egyirányú, próbálnak támogatást találni a jogszerűség egy felfogásához a hozzá kapcsolódó egyéb politikai értékek valamilyen készletében, amelyek mindegyikét úgy fogják fel, hogy tükröződjön benne a jogszerűség adott felfogása, és hogy a jogszerűség adott felfogása is támogassa azt.

Annak kidolgozottabb példájaként, hogy mire is gondolok, saját könyvem, a *Law's Emire*-t ajánlom. Ott ugyan nem hangsúlyoztam ki a 'jogszerűség' fogalmát, de hivatkoztam az adott értékre: azt mondtam, hogy egy filozófiai jogelméletnek az egészében vett joggyakorlat értelmének valamilyen megragadásából kell kiindulnia. Akkor még nem annyira az foglalkoztatott, hogy hogyan különítem el és tegyem kifinomultabbá a többi értéket, amelyet minden a jog értelmére vonatkozó magyarázatnak fel kell ölelnie, ha meggyőző akar lenni. Ám a jogbölcseletnek az az ambiciózusabb leírása, amivel most álltam elő, segít jobban megérteni és, reményeim szerint, jobban megválaszolni azokat a kérdéseket, amelyeket az a könyv nem fejtett ki megfelelően vagy figyelmen kívül hagyott. Ott azt mondtam például, hogy az igaz jogi proposíciók azonosítása a jogi adatok konstruktív értelmezésének kérdése, és hogy a konstruktív értelmezés egyszerre irányul arra, hogy illeszkedjen az adatokhoz, és hogy igazolja őket. Felhívtam a figyelmet arra, hogy az 'illeszkedés' és az 'igazolás' csak az értelmezés két durván azonosított dimenziójának elnevezése, és hogy a további finomítás megköveteli majd azoknak az egyéb, elkülönült politikai értékeknek a pontosabb elemzését is, amelyeken keresztül ezeket a dimenziókat teljesebben érthetjük meg. Így például megláthatjuk, hogy hogyan integrálhatóak az értékek egy magasabb rendű, átfogó interpretív ítéletében, amikor egyébként ellentétes irányokba húznak. Most úgy tűnik számomra, hogy az ilyen módon feltárára váró, kulcsfontosságú politikai fogalmak közül az egyik az eljárási méltányosság (*procedural fairness*), mint ami az illeszkedés dimenziójának a lelke, a másik pedig a tartalmi igazságosság (*substantive justice*), mint ami a politikai igazolás lelke. Vagyis a jogszerűség fogalmának jobb megértése abban áll, hogy az ítélezés tárgyalását úgy tágítjuk ki, hogy az ölelje fel ezeknek az értékeknek a vizsgálatát is, és bár az meglepő lenne, ha ez a további vizsgálódás semmilyen módon nem módosítaná a jogra vonatkozó megértésünket, az sem lenne kevésbé meglepő, ha a jogra vonatkozó megértésünk nem eredményezné azt, hogy legalább valamelyest a méltányosságra és az igazságosságra vonatkozó nézeteink is változnak. A politikai értékek széleskörű újraértelmezése semmit nem hagy teljesen úgy, ahogy volt.

B. A jogelmélet újragondolása. Értelmezhetjük úgy a jogbölcselet vezető tradícióit, illetve iskoláit, mint amelyekben a jogszerűség különböző felfogásai tükröződnek (és amelyek azért különböznek egymástól, mert a jogszerűség eltérő felfogásait testesítik meg)? Az említett érték azt követeli, hogy a politikai közösségekben a kényszerítő hatalmat a kényszeralkalmazás előzetesen megállapított mércéi szerint alkalmazzák. Miféle mércék szerint? Milyen módon megállapítva? Ezekkel a kérdésekkel úgy küzdünk meg, hogy előállunk a jogszerűség értékének valamilyen olvasatával – valamilyen vélelmet állítunk fel arra nézve, hogy a politikai hatalom ilyen módon való korlátozásának mi az értelme –, és ennek az olvasatnak, amint itt már többször is mondtam, más, általunk elismert értékeket is implikálnia kell. Ha az adott olvasat eléggé ambiciózus, akkor ezen értékek közül nagyon sokat fog implikálni, beillesztve ezeket abba, amit korábban a meggyőződések hálózatának neveztem. Mindazonáltal a különböző felfogások különböző kapcsolódó értékeket fognak e keverékből fontusként kiválasztani: a felfogások, mondhatnánk, abban fognak különbözni, hogy mindegyikük más fontosságot tulajdonít majd a különböző értékeknek, amikor kialakítja azt a lokális mágneses mezőt, amelyben elhelyezi a jogszerűséget.

Ezeknek a választásoknak a jellegében megnyilvánuló nagy eltérések alakítják a jogelmélet iskoláit, illetve hagyományait. Valójában három fontos hagyományt alakítottak ki a rivális választások: vagy a helyességet, vagy a hatékonyságot, vagy a méltányosságot tüntetve ki lokálisan befolyásos értékeként. Ennek fényében vizsgálom majd mindhárom hagyományt, de már előzetesen szeretném külön is kihangsúlyozni, hogy nem azt állítom, hogy bármelyik általam leírt hagyomány úgy jelölje volna ki a három érték közül az egyiket, mint ami kizárólagos kulcsot ad a jogszerűséghez, és lebecsülte vagy elhanyagolta volna az összes többi. Azt állítom, hogy például a jogpozitivisták hagyomány a jogszerűség és a hatékonyság közötti kapcsolatot hangsúlyozza ki, de nem gondolom, hogy a pozitivisták érzéketlenek voltak a jó, illetve a méltányos kormányzás iránt. A pozitivisták nemcsak abban különböznek egymástól, hogy valamelyest eltérő nézeteket vallanak arról, hogy mit jelent a hatékonyság, és hogy miért értékes, hanem azért is, mert, amint az álláspontjaik részleteiben tükröződik is, sok más politikai eszmény karakteréről és erejéről is eltérő nézeteik vannak. Meg is említek majd néhányat azok közül az egyéb értékek közül, amelyekre különböző pozitivisták hivatkoztak annak érdekében, hogy a hatékonyság elsőbbségére épülő álláspontjukat alakítsák és megerősítsék. Hármass felosztásom a különböző elméleti csoportok, illetve iskolák gravitációs központjait különbözteti meg; nem irányul arra, hogy kimerítse bármelyik elmélet komplexitását, vagy hogy megmagyarázza az elméletek részleteit.

Helyesség (accuracy) Helyességen a politikai tisztségviselőknek azt a hatalmát értem, amelynek révén képesek az állam kényszerítő hatalmát tartalmilag igazságosan és bölcsen gyakorolni. A jogszerűség akkor mozditja elő a helyességet, ha a hivatalos cselekmények nagyobb valószínűséggel lesznek bölcses vagy igazságosak abban az esetben, ha előre meghatározott mércék irányítják őket, mint ha pusztán azt fejeznék ki, hogy az adott időpontban valamely hivatalos személy hogyan ítél arról, hogy mi lenne igazságos vagy bölcs. Nem nyilvánvaló minden további nélkül, hogy mindig, vagy akár általában, ez a helyzet. Platón azt mondta, hogy a jogsze-

rűség a helyesség akadályává válik, ha a hivatalos személyek, akiknek a hatalmát korlátozza, nagy tudással, éleslátással megáldott és kiváló jellemű emberek, mert ekkor ők többet tudnának az éppen felmerülő esetről, mint azok, akik a múltban lefektették a törvényeket, és érzékenyebbek lennének az esetnek azokra a sajátos aspektusaira, amelyek megkívánják vagy igazolják, hogy a szabályoktól eltérjünk. Ám van két lehetséges indokunk arra, hogy úgy gondoljuk, a jogszerűség mégiscsak előmozdítja a helyességet. Az első azokon az intézményes, történeti és egyéb esetleges indokokon alapul, amelyek alapján azt gondolhatjuk, hogy a múltbéli jogalkotók ítélete, annak ellenére, hogy távol állnak a közvetlenül felmerülő problémától vagy kérdéstől, valószínűleg mégiscsak jobb lesz, mint a mai hivatalos személy ösztöne vagy döntése. Platón, az imént említett fenntartások ellenére, éppen emiatt támogatta a jogszerűséget. Azt mondta, hogy filozófus-királyok ritkán vannak hatalmon, és, különösen a demokráciákban, a ténylegesen hivatalban lévő emberek rosszul informáltak, inkompetensek, korruptak vagy önzőek, vagy mindez egyszerre jellemző rájuk. Azt mondta, hogy ilyen sajnálatos körülmények között jobb, ha a hivatalos személyeket rászorítjuk, hogy kövessék azt, ami a múltban le lett fektetve, mert nem bízhatunk abban, hogy a jelenben a maguk erejéből jó döntéseket hoznak majd. A politikai konzervatívok, mint Burke és Blackstone, gyakran védelmezték a jogszerűséget ehhez nagyon hasonló módon. Azt gondolták, hogy a lefektetett jog a felhalmozott bölcsesség és tiszta belátás tárháza, és ezért jobban meg kell bízunk benne, mint a korlátozott jellemű, tudású és képességű egyének döntéseiben, különösen, ha azok a pillanat hevében születnek.

Nagyon különbözik ettől a másik ok, amely alapján feltételezhetjük, hogy a jogszerűség előmozdítja a helyességet: ez nem valamilyen esetleges indokra támaszkodik, amely alapján azt feltételezhetjük, hogy az előre lefektetett mércék bölcsesebbek és igazságosabbak, mint az újonnan meghozott eseti döntések, hanem a jogszerűség egy olyan felfogására, amely szerint az előre lefektetett mércék tesztje előmozdíthatja, vagy akár garantálhatja az eredményt. A középkori természetjogász azt gondolta, hogy a jó kormányzás az isteni akarat szerinti kormányzást jelenti, hogy az isteni akarat a természet morális törvényeiben fejeződött ki, és hogy az isteni sugallat hatására cselekvő papok és uralkodók megbízható iránymutatást adtak ezekhez a törvényekhez. Ezért ők természetsszerűleg vonzódtak a jogszerűség egy olyan felfogásához, amely a jogszerűség és a politikai erények közötti szerencsés kapcsolatokat hangsúlyozta ki, mint ahogy vonzódtak a jog azonosításának olyan mércéihez, amelyek magukba foglalták az erkölcsi érdem vagy elfogadhatóság követelményeit. A jogszerűség elvont fogalmában nincs semmi, ami kizárná ezt a kapcsolatot, és ha a jogszerűség valódi értékét kizárólag egy olyan felfogás révén azonosítjuk, amely formalizálja ezt a kapcsolatot, akkor ez a felfogás ellenállhatatlannak fog tűnni azok szemében, akik az ismereteknek azt a készletét fogadják el, amelybe az beleilleszkedik. A természetjogi hagyomány különböző formái és megnyilvánulásai ezt az értelmezést feltételezik arra vonatkozóan, hogy miben áll a legalitás értéke.

Hatékonyság (efficiency). Jeremy Bentham azonban, aki legalábbis a jogpozitivizmus brit formájának az alapítója volt, ezen feltevések egyikéhez sem vonzódott. Nem feltételezte, hogy a régi mércék jó mércék; ellenkezőleg, nyughatatlan, sőt

radikális újító volt. Nem gondolta, hogy az erkölcsi törvény nyilvánvalóan benne rejlik Isten természetében: ellenkezőleg, ő azt gondolta, hogy már maga természetes jogok gondolata is képtelenség a köbön. Az ő felfogása a jogszerűség értékéről nem a helyességen, hanem a hatékonyságon alapul. Azt gondolta, hogy a politikai morálitás a legnagyobb szám legnagyobb javában rejlik, és hogy ezt nem úgy lehet a legjobban biztosítani, hogy különböző hivatalos személyek, saját közvetlen és eltérő ítéleteikre támaszkodva, különböző kényszerítő vagy politikai döntéseket hoznak, hanem úgy, hogy részletes politikai célkitűzéseket fogalmazunk meg, amelyek összetett következményeit előzetesen is gondosan meg lehet fontolni, és amelyeket részleteikben is le lehet fektetni, lehetőleg jól kidolgozott, és betű szerint kikényszerített törvénykönyvekben. Csak ezen a módon lehet megoldani azokat a masszív koordinációs problémákat, amelyekkel egy komplex társadalom kormányzata szembesül. A jogpozitivizmus természetes következménye annak, ha így fogjuk fel a jogszerűség igazi értelmét és értékét. Amennyiben a jogot azonosító mércékbe erkölcsi mércéket is belefoglalnak, gondolta Bentham, az megrendíti vagy teljesen aláássa a hatékonyságát, mert az erkölcsi mércék lehetővé teszik, hogy az állampolgárok és a hivatalos személyek, – akik között gyakran heves nézeteltérések alakulnak ki arra nézve, hogy mit követel az erkölcs –, a saját ítéletüket helyezzék előtérbe, ha az a kérdés merül fel, hogy milyen mércék kerültek megállapításra. Az ennek következtében beálló szervezatlenség nem hasznosságot, hanem káoszt eredményez. Így Bentham és követői ragaszkodtak ahhoz, hogy a jog az és csakis az, amit a szuverén uralkodó vagy parlament elrendelt: a jog véget ér ott, ahol a rendelkezés véget ér. Csak ez a felfogás védheti meg a jog hatékonyságát.

A későbbi pozitivisták hűek maradtak ehhez a hitvalláshoz: mindannyian kihangsúlyozták a jog szerepét abban, hogy egyértelmű iránymutatás váltja fel a szokásjellegű vagy erkölcsi nehezítés bizonytalanságait. Hart azt írta, nagyrészt Thomas Hobbes, egy korábbi korszak pozitivistájának szellemében, hogy a jogszerűség a mitikus jogelőtti természetes állapot, illetve a szokás hatékonyságának hiányosságait orvosolja. Joseph Raz mellett érvel, hogy a jogszerűség lelke az autoritás, és hogy az autoritás sérül vagy megrendül, ha a jog direktíváit nem lehet azonosítani az olyasfajta cselekvési indokokra való hivatkozás nélkül, amelyek az autoritás megnyilvánulása előtt is az állampolgárok rendelkezésére álltak. Kitart amellett, hogy az autoritás nem képes a céljának megfelelően működni, ha direktívái nem helyettesítik az emberek rendelkezésére álló indokokat, hanem csak hozzáadódnak azokhoz.

Mint mondtam, a hatékonyság nem az egyetlen érték, amit a pozitivisták számításba vesznek, amikor kialakítják a jogszerűsége vonatkozó felfogásaikat, érdemes hát említést tenni néhány további értékről is. Bentham például fontosnak gondolta, hogy a közvélemény megőrizzen némi egészséges gyanakvást, sőt szkepticizmust törvényei erkölcsi érdemét illetően: érteniük kell a különbséget aközött, hogy mi a jog, és hogy milyennek kellene lennie. Aggódott amiatt, hogy ha helyesnek fogadjánánk el, hogy a bírók az erkölcsre apellálhatnak, amikor eldöntik, hogy mi a jog, akkor ez a létfontosságú választóvonal mosódna el: az emberek azt feltételezhetnék, hogy amit a bírók joggá nyilvánítottak, az nem lehet nagyon rossz, hiszen teljesítette az említett az erkölcsi tesztet. A kortárs jogpozitivisták körében egyebek

közt Liam Murphy hivatkozott annak fontosságára, hogy a közvélemény maradjon éber, és őrizze meg a jogszerűség értékére vonatkozó pozitivistikus felfogását.¹⁹ Hartot nem pusztán a hatékonyság foglalkoztatta, hanem a politikai méltányosság egy ettől független aspektusa is. Ha a közösség jogát meg lehet határozni egyszerűen annak megállapításával, hogy, mit nyilvánítottak ki a vonatkozó társadalmi források – például a törvényhozás –, akkor az állampolgárok megfelelő figyelmeztetést kapnak arról, hogy az állam mikor fog beleavatkozni az ügyeikbe, hogy segítse, akadályozza vagy büntesse őket. Ha ezzel szemben az ilyen források döntéseit erkölcsi megfontolásokkal és elvekkel lehet helyettesíteni vagy relativizálni, akkor az állampolgárok nem állapíthatják meg olyan könnyen, illetve ugyanolyan magabiztosan, hogy hányadán is állnak. Amerikában néhány alkotmányjogász egy ettől teljesen különböző okból vonzódik a pozitívizmus egyik változatához. Ha tudomásul vesszük, hogy a jog mércéi között szerepel az erkölcs is, akkor azoknak a bírónak, akiknek az erkölcsi véleménye ezentúl döntőnek bizonyul majd az alkotmányjogi esetekben, sokkal nagyobb lesz a hatalmuk a közönséges állampolgárok felett, mintha az erkölcsöt irrelevánsnak tekintenénk a hivataluk szempontjából. Különösen ott, ahol a bírót nem választják, hanem kinevezik, és a népakarat nem mozdíthatja el őket, antidemokratikus lenne, ha hatalmukat ezen a módon megnövelnék.²⁰

Így hát a jogszerűsége vonatkozó felfogásukat, amely kitart amellett, hogy az erkölcs nem releváns a jog azonosítása szempontjából, a pozitivisták úgy vehetik a védelmükbe, hogy megmutatják, az így felfogott jogszerűség a hatékonyságot és az említett további értékeket is szolgálja. Ez a védekezés természetesen feltételezi, hogy a vonatkozó értékekhez valamely sajátos felfogást kapcsoljanak, ezekkel a felfogásokkal szemben pedig kihívást lehet intézni, mint ahogy intéztek is már kihívásokat ellenük. Lehet amellett érvelni például, hogy a politikai hatékonyság inkább azt jelenti, hogy bizonyos jó célok, nem pedig akármilyen cél nevében koordináljuk a népesség viselkedését; hogy az állampolgárok, legalábbis bizonyos kontextusokban akkor is megfelelő figyelmeztetést kapnak, ha azt az ígéretet, vagy fenyegetést fogalmazzák meg, hogy erkölcsi mércéket fognak alkalmazni az egyes cselekmények megítélésakor; hogy a népesség kritikai ítélőképességét kifinomultabbá, nem pedig erőtlenebbé teszi a jog egy olyan, 'protestáns' felfogása, amely lehetővé teszi, hogy a véleményünk eltérjen, részben erkölcsi alapon, a jog követelményeit kifejező hivatalos megnyilatkozásoktól; és hogy a demokrácia nemcsak a többség uralmát jelenti, hanem a többség uralmát olyan feltételeknek, mégpedig erkölcsi feltételeknek, alávetve, amelyek a többség uralmát méltányossá teszik. A pozitívizmus elutasítja ezt és az ehhez hasonló alternatív felfogásokat – vagyis nemcsak hogy szelektívnek bizonyul abban, hogy milyen politikai értékeket hangsúlyoz ki, amikor számot ad a jogszerűségről, de, vitatott módon és a jogszerűsége vonatkozó saját felfogásának fényében, értelmezi is ezeket az értékeket. Nincs semmi fenyegető körköröség ebben az összetett fogalmi kölcsönhatásban; ellenkezőleg,

¹⁹ Lásd Liam Murphy: *The Political Question of the Concept of Law*, in: *Hart's Postscript*, (ed. by Jules Coleman) Oxford: Oxford University Press, 2001.

²⁰ A *Freedom's Law*-ban kifejtem és bírálom ezt az érvet, amely a demokráciára hivatkozva igazolná a pozitívizmust.

pontosan ezt követeli tőlünk az a filozófiai vállalkozás, amely az olyan politikai értékeket, mint a jogszerűség, az értékek egy átfogóbb hálózatában helyezi el.

Integritás. Nyilvánvaló, hogy a kormányzás hatékonysága, a kifejezés jelentésének bármely plauzibilis felfogása szerint, a jogszerűség egyik fontos hozadéka, és minden plauzibilis magyarázatnak, amely a jogszerűség értékéről szól, ki kell hangsúlyoznia ezt a tényt. Egyetlen uralkodó, még egy zsarnok sem maradhat hatalmon sokáig, és érheti el a céljait, még a nagyon rosszakat sem, ha teljes egészében feladja a jogszerűséget az önkény vagy a terror javára. De van egy másik fontos érték is, amelynek, vélhetjük, a jogszerűség a szolgálatában áll, és amely, noha nem verseng a hatékonysággal, mégis eléggé független tőle ahhoz, hogy azok számára, akik nagy fontosságot tulajdonítanak neki, a jogszerűség egy sajátos felfogásának az alapját képezze. Ez az érték a politikai integritás, ami jog előtti egyenlőséget jelent, ám nem pusztán abban az értelemben, hogy a jogot a leírtaknak megfelelően érvényesítik, hanem abban a következményekben gazdagabb értelemben is, hogy a kormánynak olyan elvek készlete alapján kell kormányoznia, amelyek elvben mindenkire alkalmazhatóak. Az önkényes kényszer vagy büntetés a politikai egyenlőségnek ezt a kulcsfontosságú dimenzióját sérti meg, még ha ez időről időre hatékonyabbá is teszi a kormányzást.

Az integritás évszázadok óta népszerű eszmény a politikai filozófusok körében, és gyakran fel is figyeltek a jogszerűséggel való kapcsolatára. A kapcsolatot néha abban az összefüggésben juttatják kifejezésre, hogy a joguralom feltételei között senki nem áll a törvények felett; ám ennek az állításnak az ereje, ahogy azt több elemzés is világossá tette, nem merül ki abban a gondolatban, hogy minden törvényt tételesen érvényesíteni kell mindenkivel szemben. Ezt a követelményt az olyan törvények is kielégítenék, amelyek rendelkezéseit csak a szegényekre kell alkalmazni, illetve amelyek alól a kiváltságosok mentesítést kapnak, azok a filozófusok pedig, akik ezen a módon írják le a jogszerűséget, a törvény előtti egyenlőség tartalmi, azaz nem pusztán formális értelmére gondolnak. Albert V. Dicey például a következő különbségtevessel él a brit alkotmányra vonatkozó klasszikus vizsgálódásai során: „Ha a 'jog uralmáról' mint Anglia egyik jellemző intézményéről beszélünk, ez alatt másodsor nemcsak azt értjük, hogy itt senki nem áll a törvény fölött, hanem azt is, hogy minden ember, tekintet nélkül rangjára vagy állására, az ország közönséges törvényeinek van alávetve és a rendes bíróságok elé állítható”, és később úgy utal erre, mint a „jogi egyenlőség eszméjére”.²¹

Friedrich A. Hayek csaknem ugyanezt az állítást fogalmazza meg, bár ő, nem meglepő módon, inkább a szabadsággal, mint az egyenlőséggel kapcsolja össze. Azt írta klasszikus művében: „A jog szerinti szabadság koncepciója, amely ennek a könyvnek a fő tárgya, azon az állításon alapul, hogy amikor engedelmessé válnak a törvényeknek, vagyis az általános, elvont szabályoknak, amelyeket a ránk való alkalmazásukra tekintet nélkül fektettek le, akkor nem egy másik ember akaratának vagyunk alávetve, és ezért szabadok vagyunk... Ez azonban csak akkor igaz, ha „törvényen” olyan általános szabályokat értünk, amelyek mindenkire ugyanúgy vo-

²¹ Albert Venn Dicey: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., London, Macmillan, 1915, 114. o. Magyarul: Albert Venn Dicey: A jog uralma, in: *Joguralom és jogállam*, (szerk. Takács Péter) Budapest, 1995, 25. o. Az idézet Takács Péter fordításából származik.

natkoznak. Valószínűleg ez az általánosság a legfontosabb aspektusa a törvény azon attribútumának, amit 'elvontságnak' nevezünk. Minthogy egy igazi törvénynek nem szabad semmilyen partikulárist megneveznie, különösen nem szabad bármilyen meghatározott személyt vagy csoportot megjelölnie.²² Ha ezen a módon társítjuk a jogszerűséget az integritással, akkor ez előbbi egy olyan felfogását fogjuk előtérbe állítani, amely tükrözi és megerősíti ezt a kapcsolatot. Ha arról van szó, hogy mi a jog, és hogy miként kell azt azonosítani, előnyt élvez nálunk az a felfogás, mely felöleli azt az értéket is, az integritást, melynek relevanciáját és fontosságát elismerjük. Ha Mrs. Sorenson ügyében az egyik lehetséges döntés biztosítja számára a törvény előtti egyenlőséget, az integritás által feltételezett értelemben véve, míg a másik nem, akkor előnyt élvez nálunk a jogszerűség egy olyan felfogása, amely az előbbi döntés meghozatalára ösztönöz, és lebeszél bennünket az utóbbiról. Megpróbáltam megalkotni egy ilyen jogfelfogást a *Law's Empire*-ban; röviden leírtam ebben a tanulmányban is, és most nem fogom tovább bővíteni ezt a leírást. Ehelyett azt akarom kihangsúlyozni, hogy a *Law's Empire* csak az egyik módjáról számol be annak, ahogy az integritást és a jogszerűséget egymásra tekintettel értelmezni lehet, és az olyan olvasóknak, akik elégedetlenek az én konstrukciómmal, ezen az alapon nem kell elutasítaniuk az általános vállalkozást.

Feltételezem azonban, hogy számítanom kell egy másik ellenvetésre, amit valaki szívesen megfogalmazna ezen a ponton. Az illető azt vethetné fel, hogy Mrs. Sorenson esetében a helyes döntés annak függvénye, hogy ténylegesen mi a jog, nem pedig annak függvénye, hogy mi milyen jogot szeretnénk, tekintettel arra, hogy vonzódunk valamilyen más eszményhez, például az integritáshoz. Csakhogy, amint azt oldalakon keresztül próbáltam fejtegetni, nem vagyunk képesek azonosítani a helyes mércéket, amelyek alapján eldöntjük, hogy valójában mi a jog, ha nem alakítjuk ki és védelmezzük a jogszerűség egy adott felfogását, és ezt nem tehetjük meg anélkül, hogy ne döntenénk el, mi a jó a jogszerűségben, már ha van benne bármi jó is. A jogbölcselet a tartalmi politikai moralitás területéhez tartozó gyakorlat. Természetesen nem terjeszthetjük elő sikeresen a jogszerűség egy olyan elemzését, amely nem kötődik a joggyakorlathoz: az értékek bármely sikeres tisztázásának alkalmasnak kell lennie arra, hogy úgy lássuk, mint ami annak megfelelően veszi számba *azt* az értéket, ahogy az az általunk osztott értékek rendszerében létezik és funkcionál. Éppúgy, ahogy a Mrs. Sorenson jogi jogosultságaira vonatkozó állításnak illeszkednie kell annak a jogrendszernek a joggyakorlatához, amelyben az eset felmerült, a jogszerűség mibenlétére vonatkozó állításoknak is illeszkedniük kell az általánosabban felfogott joggyakorlathoz. De a jogszerűségnek egynél több felfogása fog kellőképpen illeszkedni; ezért van az, hogy különböző bírói filozófiák vannak jelen még ugyanazon a bíróságon is. A jogbölcseleti érvelés vágóéle az érvelés erkölcsi élében rejlik.

[C] Interpretív pozitivizmus. Azokat a nehézségeket, amelyekre rámutattam a Hart által felvállalt módszertanban, amely kitart amellett, hogy a jog elméletei leíró jellegűek és semlegesek, mind orvosolni lehet, ha érveit az általam ajánlott

²² Friedrich A. Hayek: *The Constitution of Liberty*, London, Routledge, 1960, 153. o.

interpretív módozatban fogalmazzuk újra. Azáltal próbáljuk megérteni a jogszerűséget, hogy megértjük, mi az, ami sajátosan fontos és értékes benne, és kezdetben csábít bennünket a gondolat, hogy a jogszerűség azért fontos, mert autoritást teremt olyan körülmények között, ahol az autoritásra szükség van. Ám ez az állítás egy további konceptuális kérdést is felvet. Az autoritás is vitatott fogalom: az autoritás egy olyan magyarázatára van szükségünk, amely megmutatja, milyen érték rejlik benne. Ennek a további kérdésnek a kulcsa a jogpozitivisták által hagyományosan méltányolt további értékek ötvözetében rejlik, különösen pedig az autoritás által teremtett hatékonyságban. Ahogy arra a pozitivisták Hobbes-tól Hartig rámutattak, és ahogy azt a történelem is bőségesen igazolta, a politikai autoritás lehetővé teszi a politikai célkitűzéseket és a koordinációt, és bár a politikai célkitűzések és a koordináció nem kedveznek mindenkinek, gyakran, talán rendszerint, mégis ez történik. Az eszméknek ez a szélesebb mátrixa irányít bennünket, amikor megállapodunk a célba vett fogalmakra, a jogszerűségre, a hatékonyságra és az autoritásra vonatkozó bizonyos felfogások mellett. Minden egyes fogalomra vonatkozóan egy olyan felfogás mellett kell megállapodnunk, amely lehetővé teszi, hogy a fogalom betöltse szerepét a nagyobb egészben.

Így hát a jogszerűség egy 'exkluzív' pozitivista felfogását fogadjuk el, amely ragaszkodik ahhoz, hogy az erkölcs nem játszik szerepet az igaz jogi állítások azonosításában, és azt is elfogadjuk, amit Joseph Raz az autoritás 'szolgálatteljesítő' felfogásának (*service conception of authority*) nevez, amely kitart amellett, hogy nem beszélhetünk az autoritás gyakorlásáról ott, ahol azt, ami elrendeltek, nem lehet anélkül azonosítani, hogy hivatkoznánk az olyan indokokra, amelyek eldöntésére és helyettesítésére a direktívákat szánták.²³ Többé nem feltételezzük, hogy ezek a konceptuális állítások semlegesek, olyan, a fogalmakba beletemetett szabályok archimédeánus feltárásai, amelyeket mindenki felismer, aki teljesen birtokában van a fogalmaknak, vagy teljes körű ismeretekkel rendelkezik a nyelvről. Még így is mondhatjuk, ahogy a pozitivisták mondták, hogy azonosítottuk fogalmaink szembe-tűnő vonásait, és ez segít jobban megérteni önmagunkat, gyakorlatainkat, illetve a világunkat. De most explicitté tesszük, mi az, ami homályos ezekben a hasznavehetetlen állításokban: egy bizonyos módon értjük meg jobban magunkat és gyakorlatainkat – kialakítva értékeink olyan felfogásait, amelyek megmutatják, hogy átgondolásuk után, egyenként és összességében, mit találunk a legértékesebbnek bennük. Nem színleljük, hogy következtetéseink vitathatatlanok, és távolságtartóak a konkrét politikai döntésekkel szemben. Ha konstrukcióink azt mutatják, hogy amit az emberek a jogról gondolnak, többnyire hibás – ha azt mutatják, hogy Mrs. Sorenson ügyében mindkét oldal állításai tévesek, mert egyikük sem tartja tiszteltben a források tézisé –, akkor ez semmivel sem kellemetlenebb számunkra, mintha az egyenlőségre vonatkozó következtetéseink azt mutatnák, hogy az emberek következetesen félreértik, hogy valójában mi az egyenlőség.

Úgy gondolom, ez a legtöbb, amit a jogpozitivizmus központi állításaiért tehetünk. Tudom, hogy ez durvának és mesterségesnek hangzik, mert jogunkat valójában nem tenné biztosabbá és kiszámíthatóbbá, kormányzatunkat pedig hatéko-

²³ Lásd Joseph Raz: *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

nyabbá, illetve hatásosabbá, ha bíróink hirtelen a magukévá tennék a pozitívizmust, aztán kifejezetten és szigorúan érvényesítenék a források téziséét. Éppen ellenkezőleg, a bírók ebben az esetben sokkal kevésbé támaszkodnának a jogi állításokra, mint most. Ha jól látom, az amerikai bírók ebben az esetben arra kényszerülnének, hogy kinyilvánítsák, Amerikában egyáltalán nincs jog, leszámítva az Alkotmány nyers, értelmetlen szavait.²⁴ Még ha valahogy el is kerülnék ezt az ijesztő következtetést, arra kényszerülnének, hogy ne szolgálják, hanem inkább forgasák fel a jogszerűséget, még akkor is, ha a kifejezést pozitivista értelemben használják, mert túl gyakran kényszerülnének arra, hogy kinyilvánítsák vagy azt, hogy a jog a vitatott kérdéstről nem mond semmit, vagy azt, hogy a jog túl igazságtalan, ostoba vagy túl kevésbé hatékony ahhoz, hogy érvényesüljön. Azok a bírók például, akik elviselhetetlennek tartják, hogy Mrs. Sorenson ne kapjon semmilyen kártérítést, annak kinyilvánítására kényszerülnének, hogy, dacára annak a ténynek, hogy a jog az alperesnek kedvez, figyelmen kívül fogják hagyni a jogot, ezáltal pedig a jogszerűséget, és megadják neki a kártérítést. Bejelentenek, hogy 'diszkréciójuk' van a jog megváltoztatására (vagy, ami ugyanoda fut ki, joguk arra, hogy kitöltsék az általuk felfedezett joghézagokat), ami annyit tesz, hogy új jogalkotói hatalmat gyakorolnak, ami ellentmond a jogszerűség által támasztott követelményekre vonatkozó legalapvetőbb értelmezésnek is.

Így hát perverznek, de legalábbis szűkkeblűnek látszik részemről, hogy a pozitivistáknak ilyen önfelszámoló érveket tulajdonítok. De most fel kell figyelünk arra, hogy amikor a pozitívizmust először terjesztették elő, és amikor tényleges hatóereje volt jogászok és a bírók körében, nem csak egy akadémikus álláspontot jelentett, a politikai helyzet nagyon más volt. Bentham például egy olyan korban írta a műveit, amikor a kereskedelem egyszerűbb és stabilabb, az erkölcsi kultúra pedig homogénebb volt: plauzibilis lehetett az a Bentham által is táplált remény, hogy a törvényi kodifikáció ritkán hagy majd hézagokat, és ritkán követel vitatott értelmezést. Ilyen körülmények között az erkölcsi mércékhez folyamodó bírók sajátos fenyegetést jelentettek az utilitárius hatékonyságra nézve, és ezt a legegyszerűbben úgy lehetett kivédeni, ha megtagadtak tőlük minden efféle hatalmat. Haladó jogászok még a múlt század első éveiben is osztották Bentham nézeteit: azt gondolták, hogy a haladás igazgatási intézmények révén valósítható meg, melyek széleskörű parlamenti felhatalmazás birtokában cselekszenek, és olyan részletes rendelkezéseket bocsátanak ki, amelyeket technikusok is képesek alkalmazni és érvényesíteni. Vagy, az Egyesült Államokban, olyan részletes és egységes kódexek révén, amelyeket egy akadémiai jogászok által felkészített országos jogi intézet állított össze, és ajánlott fel több tagállam számára. Megint csak az a helyzet, hogy ebben a légkörben a bírók igénye arra a hatalomra, hogy erkölcsi elveket szűrjenek le az ősi és alkalmatlan *common law*-ból, archaikusnak, konzervatívnak és kaotikusnak tűnt. Az ilyen igényben rejlő veszélyt briliáns módon illusztrálta a Legfelsőbb Bíróság 1904-es *Lochner* döntése, amely kimondta, hogy a szabadságnak a Tizennegyedik Kiegészítésben rejlő felfogása alkotmányellenessé teszi azt a haladó törvényhozói

²⁴ Lásd cikkemet: *Thirty Years On*, *Harvard Law Review*, 116 (2002) 1675. o. A cikk, amit valamivel az után vettem papírra, hogy az itt publikált előadást megtartottam, röviden összefoglalja a jelen szöveg következő néhány bekezdésében foglalt anyag egy részét. Lásd uo. 1677. o.

döntést, amely korlátozta a pékektől követelhető napi munkaórák számát. A jogpozitivizmus, vagyis a haladó gondolkodás mentette meg a jogot az ilyen reakciós erkölctől.

Oliver Wendell Holmes pozitivizmusa működő jogi doktrína volt: a pozitivizmust idézte a Legfelsőbb Bíróságnak azokkal a döntéseivel szemben megfogalmazott különvéleményeiben, amelyekben nézetei szerint a bírók illegitim jogalkotói hatalmat tulajdonítottak maguknak, miközben úgy tettek, mintha a jog egészében rejlő elvekre találtak volna rá. „A *common law* nem borongós, égi mindenütt jelenvalóság” – nyilvánította ki egyik híres különvéleményében – hanem valamely szuverén vagy kvázi-szuverén artikulált hangja, amit képesek vagyunk azonosítani; bár néhány döntés, amellyel nem értettem egyet, elfelejtkezett erről a tényről.”²⁵ A pozitivizmus és a régebbi jogelméletek közötti jogbölcseleti ellentét állt a középpontjában annak a régi vitának, amely arról szólt, hogy a szövetségi bíróknak, amikor csak azért van joghatóságuk, mert különböző tagállamokból érkező felekkel álltak szemben, vajon alkotmányos kötelességük-e az egyik érintett tagállamban érvényes *common law*-t kikényszeríteni, ahogy azt az adott tagállam saját bíróságai kinyilvánították, vagy inkább az a helyzet, hogy ettől eltérően is dönthetnek, még hozzá azon az alapon, hogy egy egyetlen tagállami bíróság által sem elismert ‘általános’ jog elveit találták meg és alkalmazták. Az *Erie Road v. Tompkins* ügyben a Legfelsőbb Bíróság végül úgy döntött, hogy nincs olyasmi, mint ez a bizonyos ‘általános’ jog: csak az egyes tagállamok által kinyilvánított jog létezik. Brandeis főbíró, amikor a többségi véleményt fogalmazta, egy másik híres Holmes-passzust idézett: „A jog abban az értelemben, ahogy a bírók manapság beszélnek róla, nem létezik anélkül, hogy valamilyen határozott autoritás állna a háttérben... az autoritás, és pedig az egyetlen autoritás a tagállam, és ha ennek így kell lennie, akkor az, amit a tagállam saját megnyilvánulásaként fogadott el [legyen az akár a törvényhozás, akár a tagállami Legfelsőbb Bíróság megnyilvánulása], az utolsó szó kell, hogy legyen.”

Brandeis világossá tette ennek a jogfelfogásnak a gyakorlati fontosságát: az ezzel ellentétes nézet, amit hosszú időn át követtek a szövetségi bíróságok, szétrombolta a jog egységét, mert ugyanabban az ügyben különböző döntéseket eredményezett a tagállami és a szövetségi bíróságokon, arra ösztönözve ezzel a tagállamon kívüli felpereseket, hogy ügyeiket a szövetségi bíróságok elé vigyék, amikor ebből előnyük származott. A Bíróság természetesen – ugyanezen praktikus indokokra tekintettel – anélkül is juthatott volna ugyanerre az eredményre, hogy a magáévá teszi a pozitivizmust, ám az adott jogi doktrína izmos retorikájának nagy vonzerőt kölcsönözött, hogy lehetővé tette Holmes, Brandeis, Learned Hand²⁶ és a többi ‘haladó’ bíró számára, hogy úgy ábrázolják konzervatív ellenfeleiket, mint egy inkoherens metafizika áldozatait. Ám a társadalomnak a joggal és a bírókkal kapcsolatos elvárásai már az 1930-as években is átalakulóban voltak, amikor ezek a szerzők megírták állásfoglalásaikat. A következő évtizedekben aztán egyre jobban felgyorsult ez az átalakulás, egyre inkább implauzibilissé és önfelszámolóvá téve a pozitivizmusnak a jogszerűsége vonatkozó általános felfogását. A kidolgozott tör-

²⁵ *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222, Holmes főbíró különvéleménye.

²⁶ Lásd *Freedom's Law*, 17. fejezet.

vényművek egyre fontosabb jogforrások lettek, ám ezek a törvények nem voltak – és nem is lehettek – részletező kódexek. Egyre inkább az vált jellemzővé, hogy elvekre és politikai célkitűzésekre vonatkozó általános megállapításokból építették fel a törvényeket, amelyeket még tovább kellett finomítaniuk a konkrét közigazgatási és bírói döntéseknek; ha a bírók továbbra is azt mondták volna, hogy a jog véget ér ott, ahol kifogyunk a szuverén rendelkezéseiből, akkor, mint mondtam, újra meg újra vagy azt kellett volna kinyilvánítaniuk, hogy a jogszerűség irreleváns az ítéletek szempontjából, vagy azt, hogy ítéleteik lerontják a jogszerűséget.

Ráadásul az 1950-es években a Legfelsőbb Bíróság bírói fordulatot hoztak az amerikai alkotmányjogban, és ez a jogbölcseletet az országos politika középpontjában álló kérdéssé tette. Elkezdtek úgy értelmezni az Alkotmány elvont rendelkezéseit, beleértve a törvénynek megfelelő eljárásról (*due process*) és az egyenlő védelemről (*equal protection*) szóló klauzulákat, mint amelyek olyan általános erkölcsi elveket mondanak ki, amelyek az egyes állampolgárokat fontos jogokkal ruházza fel az országos és a tagállami kormányzatokkal szemben, olyan jogokkal, amelyek létezése előfeltételezi, hogy a jog nem korlátozódik a tudatos törvényhozói aktusokra, és amelyek körvonalait csak tartalmi erkölcsi és politikai döntéssel lehet azonosítani. Ez a kezdeményezés egyszeriben megfordította a jogbölcseleti érvelés politikai vegyértékeit: a konzervatívok pozitivisták lettek, és például amellet kezdtek érvelni, hogy a Bíróság maga hozza létre a faji egyenlőséggel és a reprodukcióra vonatkozó szabadsággal kapcsolatos alkotmányos jogokat, és ezzel feldúlja a jogszerűséget. Aztán néhány liberális, akik egyetértettek a Bíróság irányvonalával, elmozdult a pozitivizmustól a jogszerűség egy olyan, eltérő felfogása felé, amely az amerikai alkotmányos rendszer elvszerű integritására helyezte a hangsúlyt. Az utóbbi évtizedekben a legkonzervatívabb legfelsőbb bírósági bírók további módosítást hajtottak végre a vegyértékekben: kezdeményezéseik egyre inkább arra készítették őket, hogy hagyják figyelmen kívül a legfelsőbb bírósági precedensek nagy részét, és ehhez a konzervatív politikai elvekben jobb igazolásokra lelnek, mint a jogpozitivizmus bármely ortodox változatában.

Amikor Hart megírta *A jog fogalmát*, többé nem támaszkodhatott, ahogy korábban Bentham és Holmes, arra a vonzerőre, amit a jogszerűség pozitivista felfogása a kortársakra gyakorolt. A pozitivizmus hatékonyságának harti magyarázata egy 'mégiscsak így van' típusú történet egy elképzelt távoli múltból: feltételezett, történelem előtti átmenet az elsődleges szabályokon alapuló, törzsi bizonytalanság káoszából a másodlagos szabályok autoritásába, amit egy felszabadító és közel egységes konszenzus kirobbanása övez. Azok, akik követték őt ezen az úton, továbbra is az autoritásról, a hatékonyságról és a koordinációról írtak. De ők sem képesek állításait a tényleges politikai gyakorlatból megerősíteni, és ez talán megmagyarázza, hogy miért hullanak vissza, akárcsak Hart, az olyan önleírásokba, amelyek elhatárolják elméleteiket ettől a gyakorlattól. Azt mondják, hogy ők a jog voltaképpeni fogalmát vagy természetét fürkészik, amely ugyanaz marad, bárhow változhatnak is a politikai gyakorlat vagy a politikai struktúra jellemzői, vagy azt, hogy ők végül is csak leíró magyarázatot adnak arra, hogy mi ez a gyakorlat, és tartózkodnak minden olyan ítélettől, amely arról szólna, hogy a gyakorlatnak milyennek kellene lennie, vagy hogy milyené kellene válnia. Ez az a módszertani álca, amely ellen

kihívást intéztem ebben a tanulmányban. Ha, amint azt kifejtettem, az önleírás nem tehető egyszerre értelmessé és védhetővé, akkor arra az átfogóbb igazolásra kell összpontosítanunk, amellyel én próbáltam ezt helyettesíteni – a jogszerűség értékének tartalmi, pozitivistá magyarázatára, amelyet az imént írtam le. Ennek a leírásnak, úgy vélem, az az erőnye, hogy felszínre hozza azt, ami a pozitívizmusban vonzó volt a jogászok és a bírók, illetve a tételes jog területén dolgozó tudósok számára azokban a már letűnt időkben, amikor a mostaninál plauzibilisebb volt a pozitívizmus felfogása a jogszerűségről.

D. Zárógondolatok. Kihangsúlyoztam a hasonlóságokat a jogszerűség fogalma – mint a jogfilozófia alapja – és más politikai fogalmak között, zárásként pedig felhívom a figyelmet egy fontos eltérésre. Alkalmazását illetően a jogszerűség a szabadságnál, az egyenlőségénél és a demokráciánál sokkal nagyobb mértékben érzékeny annak a közösségnek a történetére és fennálló gyakorlatára, amely ezt az értéket igyekszik tiszteletben tartani, merthogy a politikai közösség, az egyéb követelményeken túlmenően, úgy juttatja kifejezésre a jogszerűséget, hogy bizonyos módokon hűséges marad a múltjához. Központi jelentőségű a jogszerűség szempontjából, hogy a kormányzat végrehajtási döntéseit inkább a már fennálló, ne pedig új, *ex post facto* megalkotott mércék vezessék és igazolják, és ezeknek a mércéknek nemcsak magukra a törvényekre kell kiterjedniük, hanem azokra az intézményes mércékre is, amelyek a különböző hivatalos személyeket autoritással ruházzák fel, hogy aztán a jövőben ilyen mércéket alkossanak, érvényesítsenek, illetve róluk ítélkezzenek. A forradalom összeférhet a szabadsággal, az egyenlőséggel és a demokráciával. Szükség lehet rá, és gyakran szükség is volt rá annak érdekében, hogy legalább elfogadható mértékben megvalósuljanak ezek az értékek. Ám a forradalom, még ha azzal kecsegtet is, hogy a jövőben előmozdítja majd a jogszerűséget, csaknem mindig együtt jár a jogszerűség elleni közvetlen támadással.

Így hát még azoknak a magyarázatoknak is, amelyek nem túl részletesen adnak számot arról, hogy konkrétan mit követel a jogszerűség egy bizonyos jogrendszerben, komoly figyelmet kell szentelniük az adott jogrendszer sajátos intézményes gyakorlatainak és történetének, és az egyik helyen érvényes követelmények vonatkozásában még a kevésbé részletező magyarázatok is eltérőek, talán nagyon eltérőek lesznek a más helyen érvényesülő követelményekre vonatkozó párhuzamos magyarázatoktól. (Egy bizonyos közösségben az ilyen konkrét követelményekre vonatkozó érvelés és döntés az egyik szinten a közösség gyakorló jogászainak mindennapos munkája, egy másik szinten pedig a közösség akadémiai jogászainak a dolga.) Mindez egy korlátozottabb értelemben igaz a többi politikai értékre is: azok a konkrét intézményes megoldások, amelyek a demokrácia fejlesztésének, a szabadság előmozdításának vagy a szabadság hatékonyabb megóvásának minősülnek az egyik országban, amelynek megvan a maga politikai demográfiaja és története, könnyen eltérhetnek azoktól az intézményes megoldásoktól, amelyek egy másik országban ugyanezzel az eredménnyel járnak.

Noha a jogszerűség a részleteket illetően nyilvánvalóan még a többi értékeknél is érzékenyebb a politikai gyakorlat és történelem sajátos vonásaira, ebből, ahogy a többi értékre, úgy a jogszerűségre nézve sem következik, hogy semmi fontosat

nem kell tennünk vagy nem tehetünk azért, hogy értékét az adott körülményekkel kapcsolatos részletek többségét transzcendáló, filozófiai szinten vizsgáljuk. Mert éppúgy, ahogy a vizsgálhatjuk a demokrácia általános fogalmát úgy, hogy kialakítjuk a fogalom egy vonzó elvont felfogását, az is lehet a célunk, hogy megalkossuk a jogszerűség egy hasonlóan elvont felfogását, és hogy csak ezután tegyünk kísérletet annak megértésére, hogy, a konkrét jogi állítások révén, mi következik ebből lokálisabban. Nincs olyan világos konceptuális vagy logikai különbség az így felfogott jogbölcsélet és a jogászok és jogtudósok imént említett közönséges, mindennapi foglalatosságai között, mint amelyet az archimédeánizmus megkíván. De mégiscsak van lényeges különbség az elvontság szintjét és a releváns képességeket illetően, és ezek megmagyarázzák, hogy miért látszanak a filozófiai kérdések különbözőnek, és hogy rendszerint miért különülnek el a konkrétabb kérdésektől, ha valamelyest eltérően képzett emberek veszik kézbe őket.

Minden olyan kísérlet, amely a jogszerűség egy ökumenikus felfogásának megalkotására irányul, két irányból kerül nyomás alá. Törekednie kell rá, hogy kellőképpen tartalmas legyen, nehogy üres maradjon, de törekednie kell a megfelelő elvontságra is, hogy elkerülje a parokializmust.²⁷ A *Law's Empire*-ben megpróbáltam e két veszély között, a kíváncsatos középúton haladni: azt mondtam, hogy a jogszerűséget a legjobban a konstruktív értelmezés folyamata szolgálja, amely a fentebb említett két dimenzió által felvázolt vonalakat követi, és mindkét dimenzióra érzékeny. Nézeteim éppen eléggé vitatottak voltak ahhoz, hogy azt sugallják, megmenekültem az ürességtől, ám nem világos, hogy mennyire sikerült megmenekülnöm a parokializmustól. Gyakori ellenvetés a brit kritikusok részéről, hogy vállalkozásom parokiális ihletésű – hogy mindössze arra irányul, hogy megmagyarázza a saját országom jogi gyakorlatát –, vagy hogy nyilvánvalóan parokiális eredményekre vezet, mert különösebb okoskodás vagy kutatás nélkül is láthatóvá válik valamiképpen, hogy csak egyetlen jogi gyakorlatra illik.²⁸ Valójában az én magyarázatom egy nagyon nagyfokú általánosság elérésre irányul, és az, hogy ezt a célt mennyire sikeresen valósítja meg, csak egy olyan összehasonlító jogértelmezési kutatással mérhető fel, amely sokkal fáradtságosabb, mint amire ezek a kritikusok vállalkoztak. Korábban, amikor a többi politikai értéket tárgyaltam, azt mondtam,

²⁷ Vannak a sikernek további feltételei is. A jogszerűség minden sikeres felfogásának meg kell őriznie a fogalom sajátosságait a többi politikai értékkel szemben, az eljárási méltányosságot (*procedural fairness*) és a tartalmi igazságosságot is beleértve, akármilyen szoros kapcsolódásokat és összefüggéseket állítanak is fel elméleteink ezek között a fogalmak között. Ha úgy hisszük, mint azt közülünk a legtöbben, teszik, hogy még kifejezetten igazságtalan politikai berendezkedések is megtestesíthetik a jogszerűség erényét, akkor a jogszerűségre vonatkozó magyarázatunknak lehetővé kell tennie és meg kell magyaráznia ezt a meggyőződést. Annak régi kérdésnek, hogy 'nagyon gonosz helyeknek is lehet-e joga?', éppen az a lelke, hogy miként lehet ezt megtenni. Amellett érveltem, megint csak a *Law's Empire*-ben, hogy erre a kérdésre többféleképpen is válaszolhatunk, feltéve, hogy válaszunkat a jogszerűségre adott magyarázat révén sok minden mással is kiegészítjük, ami aztán megragadja a szükséges különbségeket és elhatárolásokat. Hart az Utószó-ban azt mondta, hogy ebben a vonatkozásban mindent feladtam, ami vitát váltott ki köztem és a pozitívizmus között. De félreértett engem.

²⁸ A bírálat nem korlátozódik a brit kritikusokra: vonzónak találta Richar Posner bíró is Oxfordban tartott Clarendon-előadásában, bár részéről ez talán inkább megfigyelés, mint bírálat, hiszen azt is hozzátette, hogy Hart jogbölcsellete nem kevésbé parokiális. Lásd Posner: *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford, Clarendon, 1997.

nem mondhatjuk meg előre, mennyire bizonyulunk sikeresnek azoknak a plauzibilis felfogásoknak a megtalálásában, amelyek összebékítik ezeket az értékeket, ahelyett, hogy, amint azt olyan gyakran kinyilvánítják, meghagynánk a közöttük fennálló konfliktusokat. Meg kell tennünk, ami tőlünk telik, és aztán majd meglátjuk, hogy mennyire voltunk sikeresek. Ugyanezt a nézetet kell a magunkévá tennünk abban az ettől eltérő kérdésben is, hogy az elvontság milyen szintjét érheti el a jogszerűség egy informatív magyarázata. Várnunk kell, hogy meglássuk.

Ez elvezet engem egy utolsó történethez. Néhány héttel ezelőtt, amikor az oxfordi egyetem professzorával, John Gardnerrel beszélgettem, azt mondtam, hogy úgy gondolom, a jogfilozófiának érdekesnek kell lennie. Ő rögtön lecsapott erre. „Nem látod? – felelte – Ez a te bajod.” Bűnös vagyok ebben a vádpontban. De hadd mondjam el, mit értek 'érdekességen'. Úgy hiszem, a jogfilozófiának érdekesnek kell lennie a nála többé és a nála kevésbé elvont tudományágak szempontjából is. Érdekesnek kell lennie a többi filozófiai terület szempontjából – alapvetően természetesen a politikai filozófia szempontjából, de más területek is szóba jönnek –, és érdekesnek kell lennie a jogászok és a bírók számára is. Valójában a jogfilozófia nagy része igen érdekesnek bizonyult a jogászok és a bírók számára. Éppen most zajlik a jogfilozófia iránti érdeklődés robbanásszerű növekedése nemcsak az Egyesült Államokban, de például Európában, Dél-Afrikában és Kínában is. Ám ez a robbanásszerű növekedés nem a 'jogbölcselet' nevet viselő tantárgyak keretei között megy végbe, amelyek, attól tartok, továbbra is igen sivarak, hanem a tételes jog területén: természetesen a már hosszú ideje elméletvezérelt alkotmányjogban, de ezen túl a kártérítési jog, a szerződési jog, kollíziós jog, a szövetségi joghatósággal kapcsolatos jog, sőt, a legutóbbi időben már az adójog területén is. Nemcsak arra gondolok, hogy ezek a kurzusok a gyakorlati kérdések mellett elméletiekkel is foglalkoznak: pontosan az általam tárgyalt kérdésekkel foglalkoznak; azzal, hogy mi a jogszerűség tartalma, és hogy ennek milyen implikációi vannak a jog tartalmára nézve. A jogfilozófusok azonban, akik saját munkájukat leírónak és a normatívától megkülönböztetett értelemben konceptuálisnak tartják, nézetem szerint elszalasztották a lehetőséget, hogy csatlakozzanak ezekhez a diskurzusokhoz és vitákhoz, és néhány egyetemen ennek következtében a jogbölcselet területe összezsugorodott.

Egy ilyen alkalommal nehéz ellenállni a kísértésnek, hogy közvetlenül megszólítsuk a fiatal tudósokat, akik még nem csatlakoztak a doktrinális hadsereghez. Így hát zárásként önök közül azokhoz folyamodom, akik azt tervezik, hogy jogfilozófiával foglalkoznak majd. Amikor így tesznek, vegyék magukra a filozófia kellő terheit, de vessék le a semlegesség köpönyegét. Szóljanak Mrs. Sorenson érdekében, és mindazok érdekében, akiknek a sorsa olyan újszerű állításoktól függ, amelyek arról szólnak, hogy mi volt már eddig is a jog. Vagy, ha nem tudnak az ő érdekükben szólni, legalább szóljanak hozzájuk, és magyarázzák el nekik, hogy miért nincs joguk ahhoz, amit kérnek. Szóljanak a jogászokhoz és a bírókhoz, akiknek azon kell törniük a fejüket, hogy mit kezdjenek az új emberi jogi törvénnyel. Ne mondják azt a bíróknak, hogy legjobb belátásuk szerint kell élniük mérlegelési jogkörükkel. Ők azt akarják tudni, hogy hogyan értsék meg jogként a törvényt, hogy miként döntenek, és milyen források alapján, hogy mostanra hogyan vált a szabadság és az

egyenlőség pusztá politikai eszményből jogi jogosultsággá. Ha segítenek rajtuk, ha ilyen módon szólnak a világhoz, akkor sokkal inkább hűek maradnak Herbert Hart zsenialitásához és szenvedélyéhez, mintha az analitikai jogelmélet karakteréről és korlátairól szóló konkrétabb elképzeléseit követnék. Figyelmeztetem azonban önöket, hogy ha ezen az úton indulnak el, nos, akkor súlyosan fenyegeti önöket az a veszély, hogy érdekesek lesznek.

Retorika és joguralom

Szabó Miklós*

MacCormick, Neil: *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*.
Oxford: Oxford University Press, 2005, xvi + 287 o.

Mondják, hogy az emberek genetikai kódkészletének 99,8 %-a közös (a fennmaradó 0,02 % magyarázza az egyéni különbségeket); 98 %-a pedig azonos legközelebbi főemlős rokonainkéval: a csimpánzokéval. Ez szerénységre int, és elgondolkoztat. Két fontos megállapítást mindenképpen lehetővé tesz: egyrészt azt, hogy egy viszonylag kis változást jelentő lépés megtétele is óriási lépést jelenthet a fejlettségi szintben; másrészt azt, hogy ezen utolsó lépést mekkora út előzetes megtétele teszi lehetővé. Az evolúciónál maradvány el tudjuk képzelni, hogy az emberi lét programozásához képest milyen hosszú program tudja vezérelni a szervetlen anyagból szerves, abból pedig élő anyag előállítását, az élet fenntartásához és reprodukálásához szükséges teendőket, az élő sejtek szövetekké, szervekké, organizmusokká szervezését és összehangolását stb. Mindezek információtartalmához képest az, amit egymástól vagy az iskolában tanulunk valóban elenyésző – jóllehet éppen attól leszünk sajátyszerűen emberek.

Metaforánkat a jogra alkalmazva azt várjuk, hogy az, amit 'modern (nyugati) jognak' nevezünk hasonlóan kis mértékben különbözik a jog korábbi megjelenési formáitól, illetve – ennek másik oldalaként – nagyfokú közösséget mutat általában 'a' joggal. Egy ilyen nézőpont a modern jogban nem a megszakítotttságot, hanem a folytonosságon belül mutatott sajátyszerűséget keresi, s azt kutatja, hogy mi minden kell ahhoz, hogy *egyáltalán* jogról beszélhessünk. MacCormick kötetének címe ezt a feszültséget bocsátja előre: a *Retorika és joguralom* két olyan jelenséget kapcsol össze, melyek közül az elsőnek (gondoljuk szokásosan) édeskeves köze van a modern joghoz – bár emlékszünk, hogy a jogfejlődés során először voltak a rétorok, s csak (jóval) utánuk a jogászok –, a másodiknak pedig hasonlóképpen kevés köze van a jog múltjához, hiszen a 'joguralom' és/vagy 'jogállam' a modern állam- és jogrendszerek megkülönböztető jegye. Az 'és' mégis egybefogja őket: a jog jelenségvilágán belül közös nevezőre hozza a retorikát és a joguralmat, s általuk a jog múltját és jelenét.

Neil MacCormick – brit, de azon belül skót jogászként, s azon belül jogfilozófusként – arra vállalkozik, hogy tárgyától hátrébb lépve olyan nézőpontból láthassa és

* Miskolci Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Jogelméleti és Jogszociológiai Tanszék, tanszékvezető egyetemi tanár.

láttathassa a jogot, amelyből időn és téren átívelő egységként, közös emberi vállalkozásként tűnik fel. Gondolatkísérlete a kötetbe foglalt régi-új írások füzéréből bontakozik ki. Régiek az írások, mert az elmúlt 20 évben elszórva korábban már megjelentek; de újak is, mert e kötet számára újragondolta, átgyúrta, s egybeszerkesztette őket szerzőjük. Egységük szemléleti egység: az a mód, ahogyan a jog legkülönbözőbb elemeire és aspektusaira ugyanazon érdeklődéssel tekint. Az eredetileg különálló írásokból ekként fejezetek egymásra épülő sora szerveződik, ami a kötetten végighúzó gondolatmenetű áll össze.

1. A dilemma. Ha a szerző a mű alapidilemmáját kívánta volna annak címében kifejezni, akkor a 'Retorika *vagy* joguralom' címet adta volna neki. Azt a kérdést járja ugyanis körül, hogy nem áll-e kibékíthetetlen ellentmondásban egyfelől a joguralom megkívánta jogbiztonság, vagyis kiszámíthatóság, másfelől pedig a jog retorikai jellege, vagyis az a karakterjegye, hogy állításai vitathatóak, igazolásra és meggyőzésre szorulnak, a jogvita végkifejlete tehát teljes bizonyossággal nem (mindig) látható előre. Bocsássuk előre: a válasza nemleges, vagyis a cím nem a kérdést, hanem a választ fejezi ki.

„A joguralom a civilizált országok megkülönböztető jegye. [...] Ahol a jog uralodik, mindenki tudja, hogy hol a helye, s mit tehet meg anélkül, hogy perbe fogna vagy büntető eljárás alá kerülne.” (12. o.) Érződik a fogalmazásmódon, hogy a szerző a 'joguralom' fogalmát (bár a 'jogállam': *Rechtsstaat* szinonimájaként kezeli) nem a modern nemzetállamok sajátos szerveződésmódját jelölő *terminus technicus*ként használja. A 'civilizált országok' körébe beférnek mindazok, ahol 'polgári állapot' uralkodik, vagyis az egymásközi viszonyokat a jog – a 'polgárok joga', vagyis *ius civile* – szabályozza. Ezt az állapotot jellemezte már Arisztotelész úgy, mint ahol az emberek uralma helyett a *törvények uralma* valósul meg. Nemcsak időbeni, hanem térbeni dimenzióban is tágabb ez a felfogás a jogállam-fogalomnál, mert teljesülhet olyan – pl. vallási vagy tradicionális – jogrendben is, amelyre a 'jogállam' fogalmát semmiképpen sem alkalmaznánk. Érzésünk szerint mindazonáltal az időbeni keretek tágítása lehetett a fő érdek, hogy a joguralom kategóriája majd közös nevezőre legyen hozható a 'retorika' nem kevésbé mélyen ágyazódó fogalmával. E kitágított fogalom teszi lehetővé a 'joguralom' alkalmazását az állam fölötti (pl. Európai Unió) vagy állam alatti (pl. Anglia vagy Skócia Nagy-Britannián belül) politikai entitásokra is.

„Joguralom (*Rule of Law*) nem lehetséges jogszabályok (*rules of law*) nélkül.” (12. o.) E tétel az előzőből szinte kézenfekvő, bár távolról sem vitathatatlan módon következik. Akkor következik, ha a joguralom/jogállam fogalmának magvát MacCormickhoz hasonlóan – de, tegyük hozzá, a magyar Alkotmánybíróság 11/1992 (III. 5.) sz. határozatával is összhangban – a *jogbiztonságban* ismerjük fel. Ekkor ugyanis a joguralmat az különbözteti meg az önkénytől, hogy előzetesen közzétett, érthető, konzisztens és koherens rendszerbe szerveződő szabályokon alapul, ami a jog *kiszámíthatóságát* eredményezi. Az már nem olyan nyilvánvaló, hogy a szabályok által biztosított *általánosság* is a jog specifikuma lenne, sőt – mint MacCormick véli – éppen ez különböztetné meg a mindig partikuláris erkölcs-től. Az ugyanis bár igaz, hogy erkölcsi 'törvénykönyvek' vagy 'döntvénytárak' nem

léteznek, azonban ez csak azt jelenti, hogy az egyébként kétségtelenül létező erkölcsi normarendszer nincs írott formában kodifikálva, továbbá egyáltalán nem zárja ki egy partikuláris jogrendszer (pl. egy 'Bölcs Salamon' döntéseiből szerveződő normarendszer) lehetőségét.

„A jog argumentatív diszciplína.” (14. o.) Ez is könnyen belátható igazság. Az az állítás, hogy „Ezt a pert megnyerjük” nem fogalmazható meg ugyanolyan bizonyossággal, mint hogy „Ennek a körnek a kerülete 3,7 cm”. Az előbbi vitatható, az utóbbiban legfeljebb tévedni lehet. Mindkettőben tudás nyilvánul meg, csak hogy az előbbi *gyakorlati*, az utóbbi *elméleti* tudás – az előbbi *art*, az utóbbi *science* (de használhatná a latin eredetű is a szerző: *ars*, illetve *scientia*). Ez azonban csak azt jelenti, hogy a jog(tudomány) nem egzakt tudomány, mert a bizonyosság a jogon belül nem független a meggyőződéstől; azt nem jelenti, hogy független volna általában a tudástól és tanulástól. A jogi tudás gyakorlati tudás, a jog pedig rendszeres és strukturált tanulmányozás tárgyává tehető. E tudásra bizonyossági következtetést nem, de meggyőző érvelést lehet alapozni. „Ez tehát a kiinduló közhelyünk a jogról: amennyiben a jog az, ami megalapozza a jogi követeléseket vagy vádakokat és a jogi védekezéseket, úgy a jog alkalmas az érvelésre – néha, bár nem mindig, konkluzív, s mindig legalábbis meggyőző módon.” (15. o.)

Igaz, hogy ez a jog meghatározatlanságát eredményezi, mégsem mondhatjuk, hogy ellentétben áll a joguralom követelményeivel: azok közé ugyanis az is odatartozik, hogy a vádakokat, követeléseket igazolni kell, de szabad ellenük védekezni, őket tagadni vagy megcáfolni is: vagyis a jog meghatározatlansága nemcsak nyelvi hordozójának meghatározatlanságából, hanem a védekezéshez való jogból is ered. Ha ez igaz – következtet McCormick –, akkor téves a joguralomnak a jogbiztonsággal való azonosítása: „A jogbiztonság esendő (*defeasible*) biztonság.” (28. o.) A kiinduló tétel/közhely ilyen gyengítésével vagy árnyalásával egyeztethető tehát össze a jog kiszámíthatóságának és érvelhetőségének egymással ellentétesnek látszó, de egyformán kívánatos követelménye.

2. A probléma. A probléma az, hogy a jogbiztonság eszméje hogyan egyeztethető össze a jog vitára és érvekre nyitottságával. Egy esetben sikerülhet ez a vállalkozás: ha a jogon belüli érvelést a következtetéssel, mégpedig a *szillogisztikus következtetéssel* azonosítjuk. Ez az állítás igényel némi magyarázatot. Abból indulhatunk ki, hogy a jogi munkálkodás: szövegmunkálat. Vagyis adott szövegekből újabb szövegeket állítunk elő; így lesz szövegszerűen rögzített tényállás pl. a tanúvallomásokból, vagy jogi minősítés a normaszöveg értelmezéséből. Azzal a feltételezéssel, hogy a normaszöveg és a tényállást megállapító szöveg egymásra vonatkoztatása kiadja a következtetést (vagyis a bírói ítéletet), azt mondhatjuk, hogy a jogkövetkezmény megállapítása logikai következtetés eredményeként áll elő. Így a legerősebb érvtípushoz: a szillogizmusához jutunk el, amelyben az érv erejét az adja, hogy a konklúzió igazsága *szükségszerűen* következik a premisszákból.

Nem áll tehát McCormick egyedül (említsük csak Kelsen nevét) azzal, hogy a jogi érvelés alapstruktúráját a szillogizmusban, mégpedig a *hipotetikus szillogizmusban* ismeri fel. (Élesen szembenáll ugyanakkor másokkal, mint pl. az amerikai realistákkal, köztük Oliver Wendell Holmes-szal, aki szerint „A jog élete nem a logi-

ka, hanem a tapasztalat”). A hipotetikus szillogizmus szerkezete közismerten: „ha p , akkor q ; de p ; tehát q ”; a jogra alkalmazva:

„ha KT , akkor NK

KT

tehát NK ”

ahol KT a kiváltó tény, NK a normatív következmény jelölésére szolgál. (32. o.) Számunkra is evidenciaszerű e tétel: a törvényi tényállás teljesülése esetén beáll a jogkövetkezmény. A jogon belül minden érv, mondja MacCormick, amely bármilyen igényt, állítást vagy döntést igazol, ezt az alapformát veszi fel. Az alapforma megkívánja tehát (1) a jogrendszer egészének kontextusába illesztett *jogszabályra* való hivatkozást (a klasszikus logikában: felső tétel); (2) valamely *tény* fennállására vonatkozó állítást (a klasszikus logikában: alsó tétel); s (3) a kettő közötti összefüggésre, vagyis a *relevanciára* vonatkozó megállapítást (a klasszikus logikában: középfogalom). Az alapforma természetesen tetszőlegesen továbbfejleszthető; MacCormick sematizált példájával: „minden c -re, minden p -re és minden t -re: ha c egy termék fogyasztója, és ha t egy termék, és ha p a t előállítója, és ha c sérelmet szenved, és ha c sérelmének okozója a t hibája, akkor p kártérítési felelősséggel tartozik c -nek”. (36. o.)

Ez bizony soványka eredmény, és aligha győzne meg akárkit is arról, hogy a jog élete mégis a logika (s nem a tapasztalat). Ezt MacCormick is tudja, s azt is, hogy miért: azért, mert a jog interpretatív (szemben Dworkin grammatikailag helytelenül képzett ‘interpretív’ jelzőjével) természetű. Ez az ‘interpretatív természet’ ugyanazt fejezi ki, mint a jog argumentatív jellege vagy vitára nyitottsága; vagyis azt, hogy a jogon belüli állítások értelmező állítások, melyeket magukat is igazolni kell (ha lehet: szillogisztikus eljárással). A hipotetikus szillogizmus elemeit tekintve ez abban nyilvánul meg, hogy (1) az általánosan megfogalmazott szabályokban foglalt univerzálisok (‘gyártó’, ‘fogyasztó’, ‘kár’, ‘ok’ stb.) *értelmezésre* szorulnak; (2) a tények *narratív* karakterrel rendelkeznek, vagyis történetként és történetekből levont következtetésként állnak elő; s (3) mindig vitatható, hogy a megállapítható tények a hivatkozott norma instanciájának tekinthetők-e, vagyis helyes-e a tények klasszifikációja, jogi *minősítése*. A hipotetikus szillogizmus sémájának tehát a következő kihívásokkal kell szembesülnie: (1) a ‘kiváltó tény’ nem állapítható meg; (2) ami megállapítható, az nem a ‘kiváltó tény’ egyik példázata; (3) a norma értelmezése téves; (4) a releváns norma nem állapítható meg. (43. o.)

Mi vezeti mégis szerzőnket arra, hogy váltig ragaszkodjék a szillogizmus alapsémájához? Egy régi mondással válaszol: „A nehéz eset rossz törvényt szül” – úgy érteve, hogy a sajátos körülményei miatt nehezen elbírálnak eset arra ösztökél, hogy lazítsuk fel a szigorú jogot az esetnek megfelelő döntés elérhetősége és igazolhatósága érdekében. (49. o.) Lehetséges azonban az is, mondja, hogy Dworkinnak van igaza, és a nehéz eset éppen hogy a ‘jó törvény’ fellelérére teremt alkalmat és kényszert: az eset nehézsége arra késztet, hogy Herkules módjára addig elemezzük a jogot, amíg ki nem bontjuk belőle az esetnek egyedül megfelelő választ. Jó-e tehát, vagy rossz a nehéz esetek jelenléte a jogban? Akár jó, akár rossz, ezek világítják meg a jog sajátos természetét: a ‘*problematizálhatóságot*’, vagyis azt, hogy az eset ‘problémás’, vagy pedig azt ténylegesen ‘problematizálták’:

problémássá tették. (A 'könnyű eset' kifejezés helyett egyébként a 'világos eset' kifejezést ajánlja a 'nehéz eset' ellentétéként, mondván, hogy a jog komplex szabályrendszerében való eligazodás akkor sem könnyű feladat, ha a megoldás egyértelmű.)

A *deduktivizmus* (azon álláspont, hogy a következtetések végső fokon mindig deduktív jellegűek) védelmében MacCormick különválasztja a szillogisztikus jogi következtetés lehetőségét a jog mint axiomatikus (következtetési) rendszer megszerveződésétől. Vagyis beidegződéseinket cáfolva azt mondja, hogy a szillogizmus esetről esetre elvégzendő művelet, amelyhez nincs szükség axiomatikus felépült jogrendszerre, de még csak zárt szabályrendszerre sem: a felső tételben szereplő premisszáknak nem kell összefügniük egymással. Ezt magunk is beláthatjuk, ha valamely primitív vagy archaikus (pl. görög vagy római) jogra gondolunk, amelynek normái valóban nem alkottak rendszert, s mégis alkalmasak voltak deduktív következtetésre. Második megközelítésben ugyanez áll a modern jogrendszerekre, melyeket Herbert Hart jellemezte azzal, hogy 'nyitott szöveddel' rendelkeznek: nem határozható meg előre kimerítően és teljes bizonyossággal, hogy az esetek mely körére lesznek alkalmazhatók. Éppen az lenne 'herkulesi' vállalkozás, ha egy teljes és zárt rendszert próbálnánk kidolgozni.

A különbséget MacCormick a 'logika' és az 'alkalmazott logika' különbségeként, sőt, a kettő között tátongó 'szakadékként' magyarázza. (54. o.) Ez úgy értendő, hogy a zárt, axiomatikus rendszer teljes logikai rendszert tételez fel, míg egy-egy logikai művelet (pl. a szillogizmus) elvégzése csak egy ilyen 'logikai rendszer' alkalmazása valamely konkrét feladatra. Ez félreértésnek látszik. A logikai rendszerek minden esetben következtetési rendszerek: az akármilyen premisszákból érvényesen levonható következtetések feltételeit határozzák meg, s a rendszerszerűség csak a logikai rendszer belső felépülését jellemzi. A formális logika nemcsak a premisszák egymásközi kapcsolata, de egyáltalán a tartalma iránt is közömbös; éppen ezért paraméterekkel dolgozik: p , q , r . A deduktivizmus védelmére tehát felesleges a logikát felvonultatni; az teljesül a partikuláris premisszákra támaszkodó szillogizmusok sorozataként is.

Ami mégis szükségessé teheti a premisszák logikai értelemben vett rendszerszerű összefüggését, az a joguralom. „A joguralom mint egy jogrendszer kíváncsú állapot nemcsak azt kívánja meg, hogy a normatív szillogizmusok lehetségesek legyenek. Azt a lehetőséget is igényli, hogy ezek befoglalhatók legyenek egy olyan értelmező gyakorlatba, amely időbeni koherenciát mutat a döntéshozók között.” (61. o.) Könnyen belátható, hogy a jog átláthatósága és kiszámíthatósága – vagyis a jogbiztonság – csak úgy teljesül, ha annak szabályai és a szabályaiból származtatott döntései koherensek, vagyis nincsenek köztük logikai ellentmondások, ugrások, levezethetetlen lépések. Ekkor beszélünk – pl. weberi értelemben – formális-racionális jogról, amelynek racionalitását logikai terminusokkal (következmény, ellentmondás, ekvivalencia stb.) szoktuk jellemezni.

MacCormick ezen a ponton (minthogy rendszeresen Kelsenhez képest pozicionálja magát: elkerülhetetlenül) botlik bele a (jogi) normák igazságra való képességének problémájába. Arról van szó, hogy a (klasszikus) logika *alethikus logika*, vagyis olyan állításokra alkalmazható, amelyek igaz vagy hamis értékeket vesznek fel.

Az olyan beszédmegnyilvánulások viszont, mint a *normák* közismerten más értékkel: érvényességgel rendelkeznek. Kelsen ebből arra következtet (főleg munkássága végefelé), hogy akkor tehát a logika egyáltalán nem alkalmazható a normákra, s valamiféle 'jogi logika' *contradictio in adiecto* volna. Ebben vannak ma is követői. Mások azonban – köztük MacCormick is – nem osztják e felfogást, mondván, hogy ha ez így lenne, nem beszélhetnénk normakollízióról, indokolásról, joghézagról; márpedig beszélhetünk. A normákhoz hasonló a *cselekvések* logikai státusza: a cselekvések, magatartások, aktusok sem igazak vagy hamisak, hanem megtörténnek vagy nem; s ez igaz a beszédaktusokra, vagyis – a jogra olyannyira jellemző – olyan beszédmegnyilvánulásokra is, melyek cselekvést valósítanak meg (pl. az 'Igen' az anyakönyvvezető előtt, az 'Elfogadom' a szerződéskötéskor, vagy a 'Felmentem' a tárgyalóteremben). A normákra is és a cselekvésekre is vonatkozik tehát MacCormick azon következtetése, hogy „nem lehet komolyan kifogásolni a deduktivizmust azon az alapon, hogy a normáknak nincs igazságértéke. Valóban nincs, de a normákat értelmező–leíró állításoknak van, s a deduktivizmus itt tárgyalt formája csak azt igényli, hogy az ilyen fajta állítások döntő és elfogadott szerepet játszanak a jogi igazolás ésszerű gyakorlatában.” (66–67. o.) Őszintén szólva a logikusok nem tartják túlzottan szofisztikusnak ezt az eljárást – hogy ui. a normákra úgy terjesszük ki a propozicionális logika érvényességét, hogy a normákat a róluk szolgáló állításokkal (norma-propozíciókkal) helyettesítjük.

Az imént említett kelsen-i tételből származik a deduktivizmus elleni azon kifogás is, mely szerint a logika alapján csak demonstratív következtetések vonhatók le, márpedig a jogi okfejtések során elkerülhetetlenül jelen van a diszkrecionális elem, vagyis a *döntés* mozzanata. A jogban használatos hipotetikus szillogizmusok felső tételét megadó normák ugyanis 'nyitott kondicionálisok', vagyis 'szövetükben' (jelentésükben) nyitott (általános) fogalmak szerepelnek bennük. Igaz ez az osztálybasorolás műveletére is; arra, amit szokásosan 'jogi minősítésnek' szoktunk nevezni. A dolgok nem 'ön-címkézők' – vagyis az általános (normatív) fogalmak alá való besorolásuk nem egyszerűen felismerés, hanem döntés eredménye. Ez persze nem norma-specifikus; ugyanúgy áll Szókratésznek az 'ember' fogalma alá szubszumálására, mint egy cselekvés 'emberölésként' való minősítésére. MacCormick ezt a műveletet is az 'alkalmazott logika' körébe sorolja, s minden (jogon belüli és kívüli) deduktív következtetés feltételének tekinti. Hasonlóképpen döntés-függő a tény vagy igazságot megállapító eljárás, vagy a jogszabályokban szereplő értékfogalmak ('ésszerű', 'tisztességes' stb.) alkalmazása – vagyis MacCormick tézise nem állít többet, mint azt, hogy „ha már bizonyos információ rendelkezésre áll, az ezen alapuló okfejtési eljárás deduktív jellegű... [A]z információ előállításának azonban saját igazolása van, és ez az igazolás önmagában nem lehet teljesen (néha pedig egyáltalán nem) deduktív.” (75. o.) Szerzőnk mégsem gondolja, hogy ez megingatná azt az alaptételt, hogy a jogi okfejtés mindig (ha csak részben is) deduktív jellegű.

A döntés elemének a jogi okfejtés alapsémájába való beemelése újabb problémát: a *partikularizmus* problémáját veti fel. Azt a felfogást, hogy a döntés mindig egyedi, partikuláris, vagyis 'az eset összes körülményeihez' kell igazodnia. Az *univerzálisok* – szabályok és elvek – csak induktív általánosítással állíthatók fel, de

sohasem elégségesek az egyedi döntés igazolására. Ennek klasszikus példája a bölcs Salamon híres döntése a gyermek fölött vitatkozó anyák között (Királyok I. Könyve 3: 16–18.), amelyen igencsak meghökkennénk, ha egy mai gyermekelhelyezési perben találkoznanánk vele. Ma úgy gondoljuk ugyanis – és ez is a joguralom eszméjéhez kötődik –, hogy a szillogisztikus következtetésnek olyan szabályon kell alapulnia, amely (hogy Kantot idézzük) „általános törvény alapjául szolgálhat”. Vagyis nem érhetjük be azzal, hogy az adott esetet igazolhatóan eldöntöttük, hanem mindig fel kell tennünk a kérdést, hogy alkalmas-e a döntésünk arra, hogy a *hasonló esetek hasonló megítélésének* alapjául szolgálhasson. A formális igazságosság követelménye mellé azonban fölzárkózik a *méltányosság* igénye is. A méltányosság a döntés *helyességét* kívánja meg, vagyis azt, hogy a döntés tartalma feleljen meg (R. Summers kifejezését használva) valamely *helyességi indoknak* vagy *cél-indoknak*: valamely értéknek vagy célnak. Akik erre képesek, azok a *prudentes*, s a képességük a *prudentia*.

Az eseti döntéseken alapuló rend elgondolható és működtethető; a joguralom azonban megköveteli az univerzalizálást. „Nincs igazolás univerzalizálás nélkül; a motivációkhoz nem kell univerzalizálás – de az indokoláshoz igen.” (99. o.) Ahhoz, hogy egy partikuláris tény vagy motívum *igazoló indok* lehessen, valamely univerzálisan tételezett releváns cselekvési elv alá kell tudni szubszumálni, még ha ez az univerzalizálás vitatható is. A joguralom mégis az ilyen általános (univerzális vagy univerzalizálható) szabályra vagy elvre való visszavezethetőséget kívánja meg. E kritérium nem specifikusan jogi – de a jogban nyilvánul meg a legkifejezettebben. Kérdés marad azonban, hogy miként igazolható maga az univerzális állítás. Az igazolás külső hivatkozási alapot igényel: ezt lelhetjük fel a következményekben.

Justitia szeme azért van bekötve, hogy elfogulatlan legyen, s hogy döntését ne befolyásolják annak *következményei* sem: a jognak úgy kell érvényesülnie, ahogy van. Ezzel az elvvel szemben az élet mégis fontossá teheti a jogtól való eltávolodást bizonyos következményekre tekintettel; pl. a terrorizmussal gyanúsítottakkal való bánásmódot befolyásolhatja az a veszély, amely a kihallgatás sikertelenségével jár együtt, vagy a számi ikrek szétválasztásának következménye lehet egyikük halála. A következményekkel való számolás több ponton, s eltérő módon válhat szükségessé. Nyilvánvalóan ezzel találkozunk a jogalkotáskor, melynek célja éppen valamilyen következmény elérése. Hasonlóképpen explicit célja a jogalkalmazásnak a *jogkövetkezmény* kiváltása, nem feltétlenül szándékolt következménye pedig az, hogy a döntés szabállyá válhat a hasonló esetekben. Dewey sorait idézve ezért következtet arra MacCormick, hogy ami a jog számára releváns, az „inkább a következményekre, mint az előzményekre támaszkodó logika; inkább a valószínűségek előrelátásának, mint a bizonyosságok dedukciójának logikája”. (107. o.) A következmények mérlegelése azok *értékelését* jelenti, vagyis az értékek felé való átjárást. Az értékek a jogban plurálisak, de egy kizárólagos érték nem is volna alkalmas funkciójának betöltésére, azaz a cél vagy a helyesség felől a döntés igazolására. Ezért, hogy „a konzekvencialista érvek a legalapvetőbb igazoló indokok a bírói döntések számára a problémás esetekben”. (118. o.)

Szokásos felfogás szerint az *értelmezés* oldja leginkább a logikai következtetési eljárás feszességét, a jogalkalmazás kiszámíthatóságát. Ezért igyekeztek az elszánt

jogalkotók – Juszteniánusztól Nagy Frigyesig – megtiltani az értelmezést. Ez persze képtelenség, mert a tág értelemben vett értelmezés (a megértés) minden esetben, míg a szűk értelemben vett értelmezés (a jelentés felfejtése) a nehéz esetekben elkerülhetetlenül jelen van. Az értelmezési problémával két változatban lehet találkozni: vagy akként, hogy két vagy több jelentés mellett lehet érvelni (ami a jog értelmezését igényli egy tényállás fényében); vagy pedig osztálybasorolási (minősítési) kérdést kell eldönteni (ami viszont egy tény értelmezését igényli a jog fényében). Az értelmező érvek (nyelvi, rendszertani, teleológiai) áttekintése nem kínál sok újdonságot, de a joguralomra vonatkoztatásuk hasznosítható megfontolásokat hoz. Ezek egyike az értelmezésnek a koherencia értékkövetelménye alá rendelése, vagyis az, hogy az értelmező érvek ellentmondásmentesen kapcsolódjanak más érvekhez. A másik az, hogy az értelmezés nem oldhatja fel a kiszámíthatóságot. A gyakorlati kérdések sajátosan emberi szituációja ugyanis éppen az, hogy a cselekvésünket vezérlő értékek és elvek mindig vitathatók. Ha ezek a viták nem volnának lezárhatóak, a jogviták nem juthatnának nyugvópontra, ami a jogbiztonságot veszélyeztetné. A joguralom kívánja tehát meg, hogy ne *ad hoc* döntések szülessenek, hanem univerzalizálható szabályokra támaszkodjanak; a szabályok mögött rejlő elvek és értékek pedig ne legyenek folyton újrátárgyalhatóak. MacCormick azonban Dworkinra hivatkozva vallja, hogy a jog maga interpretatív vállalkozás, vagyis elválaszthatatlan tőle a konstruktív értelmezés jelenléte. (140. o.) Ennek korlátja, hogy nem válhat esetlegessé vagy önkényessé, hanem a koherencia követelménye alá rendelt racionális rekonstrukcióként kell tapadnia az autoritatív jogi szövegekhez annak érdekében, hogy ne sértse a joguralom eszményét.

3. A megoldás. Az alapidilemma exponálásakor már ismertettük MacCormick azon álláspontját, hogy a joguralom eszményéből nemcsak a jogbiztonság, hanem a jog vitathatósága is következik. A kettő nem elégíthető ki egyszerre, csupán egymás rovására. Ebből MacCormick korábban már levonta azt a következtetést, hogy a jogbiztonság nem feltétlenül követhető és érvényesítendő kívánalma a joguralomnak. A kötet 9–14. fejezetei azonban tüzetesen is szemrevételezik, hogy mi-
ben nyilvánul meg a jog vitathatósága, érvekre nyitottsága, s eközben milyen esélye marad mégis a jogbiztonságnak a joggyakorlatban – vagyis mi a retorikai mozzanat szerepe a joguralom szerveződésében.

Az egyik fő csatorna, melyen keresztül a kiszámíthatóság a vitathatóság révén jut érvényre: az *ésszerűség*. A magyar jogi nyelvben az 'ésszerűség' kifejezés használata nem olyan elterjedt, mint az angolszász világban, de mint érv vagy indok természetesen jelen van. Amikor pl. a hanyagság esetében a 'tőle elvárható' figyelem vagy körültekintés elmulasztása a felelősségrevonás alapja, akkor azt rójuk fel az elkövetőnek, hogy nem a kockázatok és következmények ésszerű mérlegelésével – angol terminológiával: nem '*reasonable man*'-ként – járt el. Általánosabban fogalmazva: a jog emberképe – a cselekvőképességtől a felelősségig, a jognyilatkozatok értelmezésétől a büntetések kiszabásáig – a racionális(an) gondolkodó és cselekvő) ember, tehát az ésszerűség (kimondatlanul is) általános jogi értékszempontként van mindenütt jelen. Az ésszerűség a cselekvő ember tulajdonsága, azaz nem valamely elvont képesség, hanem a *gyakorlati ész* – a *prudentia* – megnyil-

vánulása. Aki 'prudens', az fel tudja venni a pártatlan szemlélő külső nézőpontját, s képes alkalmazni az 'objektív ésszerűség' mércéjét is. Ebből a nézőpontból 'nehéz esettel' akkor találjuk magunkat szemben, amikor az értelmezés vagy minősítés kérdésében egymással ellentétes álláspontok mellett is ésszerűen lehet érvelni. Az ebből fakadó értékelési nyitottságot természetesen az eljárás során meg kell szüntetni; erre vagy többségi szavazás, vagy valamilyen autoritatív döntés, vagy ezek kombinációja szolgál.

Az ésszerűségnek mint a jogban alkalmazott vezér-mércének a szükségessége fakad egyrészt a tényekből, másrészt a normákból. Ami a tényeket illeti: a tényállásban szerepet játszó faktorok pluralitása az ésszerűség mércéjét igényli az összetevő elemek relevanciájának meghatározása érdekében; a normák pedig az esetek sokféleségéhez való alkalmazkodás érdekében olyan, általánossága miatt rugalmas mércét kívánnak meg, amelyet majd a jogalkalmazónak biztosított diszkréció tölthet ki. Ez utóbbi pl. Herbert Hart álláspontja is, s ezt támadja Ronald Dworkin azaz, hogy ez az 'erős diszkréció' valójában az önkénynek enged utat. Ténykérdés vagy jogkérdés-e akkor az ésszerűség; a világban fellelhető, vagy a normákból kinyerhető rendet emeli-e a mérce szintjére? MacCormick szerint ez hamis szembeállítás. Bármely mérce – így az ésszerűségé is – ugyanúgy függ tárgyától, amelyre alkalmazni kívánják (nyers példával élve: más a farkas és a bárány ésszerűsége Aesopus meséjében), mint a tárgyra vonatkozó szabályok értelmezésétől; vagy másként fogalmazva: ha lehetséges is, hogy a mérce a világban, az életben rejlik, azt a jogalkalmazó, a jogszabályoknak megfelelően állapítja meg.

A kiszámíthatóság érvényre jutásának másik fő csatornája a *koherencia*, s annak is két változata, a normatív és a narratív koherencia. MacCormick megkülönbözteti a koherenciát a *konzisztenciától* – míg az utóbbi 'csak' ellentmondásmentességet jelent, s ilyenként tisztán logikai kategória, az előbbi állítások együttes 'értelmességére', (nem feltétlenül logikai értelemben vett) racionális összefüggésére utal, ami (szemben a konzisztenciával) lehet fokozatos is (mint pl. egy tanúvallomás vagy védekezés hihetősége, elfogadhatósága). Eszerint „a (valamilyen készletté összeálló) normák koherenciája attól függ, hogy »van-e értelmük« az együttességükben, hogy instrumentálisan vagy önmagukban hozzájárulnak-e valamely közös érték vagy értékek realizálásához. Ugyanez kifejezhető többé vagy kevésbé világosan megfogalmazható elv vagy elvek megvalósításának kérdéseként is.” (193. o.) Sajnálatos, hogy a *normakoherencia* szempontjából a 'norma' szó szinonimájaként használja a 'normaproponíció' kifejezést. Bár alapvetően G. H. von Wright már tisztázta, hogy a normaproponíció normáról megfogalmazott állítás, s mint ilyen – a normákkal szemben – képes igaz vagy hamis értéket felvenni, s ezt MacCormick legalább gyakori szerzőtársától, az osztrák Weinbergertől tudhatná, ő inkább Kelsen látszik követni, aki a *Tiszta jogtan* második kiadásában a '*Sollsatz*' vagy '*Rechtssatz*' fogalmát úgy kettőzte meg, hogy minden normához rendelt egy 'annak megfelelő' alethikus állítást (proponíciót) is.

A koherenciának az értékekkel való összekapcsolása úgy teszi lehetővé a normatív koherencia újradefiniálását, mint a normák magasabb rendű elvek és értékek alatt való *igazolását*. Ez az igazolás akkor lehetséges, ha a normák levezethetők ilyen magasabb elvekből vagy értékekből. Az emberek számára – akik tételes jog-

ismerettel valójában nem rendelkeznek – a jog akkor tűnik fel ésszerűként, ha működése és alkalmazása során elfogadhatóan kevés számú és jól felismerhető elvet példáz. A 'levezethetőség' lehet 'gyenge', amikor egy norma levezethető a fennálló jogból, s lehet 'erős', amikor semmilyen más norma sem vezethető le. A koherencia itt tárgyalt formája: gyenge levezethetőség. Ugyanez *mutatis mutandis* alkalmazható a döntéseknek az – esethez képest – magasabb normákból való levezethetőségére is. A döntés így felfogott koherenciája még nem feltétlenül helyes is; de feltétlenül lehetséges. A normatételezés sajátos, de attól semmiképpen sem elkülönülő esete az *analógia*, mint egy szabály vagy elv kiterjesztése egy addig szabályozatlan esetre, illetve – az ellenkező irányból közelítve – egy eset besorolása (minősítése) valamely szabály vagy elv predikátuma alá.

A koherencia másik fő típusa a *narratív koherencia*. Az előbbi a normákról, ez utóbbi a tényekről tett kijelentések igazolhatóságának feltételeit fogalmazza meg; arra az alapkérdésre válaszol tehát, hogy hogyan bizonyíthatók múltbeli történetek. A normákkal szemben – ahol beérhetjük az adott pillanatban hatályos jogszabályok kimerevítésével – a tények esetében nem lehet eltekinteni az idődimenziótól. Ennek kezelése érdekében azonban különbséget kell tenni a *valós idő* és az *analitikus idő* között. A valós idő az, amiben élünk, az, amelyben a jövő a jelen pillanaton átbukva folytonosan múlttá válik. Az így értett 'jelen' megragadhatatlanul rövid: mire kimondjuk egy szó közepét, az eleje már a múltba vész, a vége pedig a jövőben szunnyad. Az tehát, amit időként kezelni tudunk, az analitikus idő: az a mód, ahogyan a cselekvéseket és történeteket az idő rendjében felépítjük és szemléljük. Ez a feltétele a valós időben való cselekvésnek is. Az analitikus időben elrendezett események a történetek: ezeknek van kezdete és vége, s a kettő közötti menete.

A jogon belüli narratív alaphelyzet az *eset* – „egy olyan esemény rövid története, amelyben az állam fellépett vagy felléphet valamely vita elrendezése érdekében”. (219. o.) Az eset történetekből – felek, tanúk, szakértők vallomásaiból – áll össze, s történetben – az ítéleti tényállásban – összegződik. A tények megállapíthatóságával (bizonyíthatóságával) kapcsolatos azon szkepszist (hogy ui. az 'igazság' megállapítására nem kínál túl jó esélyt a jogi eljárás feltételrendszere), amely a realistákat jellemezte, MacCormick nem osztja. A 'realistáknál' realistábban (vagyis 'mérsékelt szkepticizmussal') vallja, hogy nem minden emlékezet csalóka; nem minden feljegyzés megtévesztő; nem minden tanú hamis; s az eljárás éppen ezek kiszűrésére irányul. A tényállás feltárásával kapcsolatos reményünk azon a feltevésen alapul, hogy a világ *értelmes*. Ebből fakad az a meggyőződésünk, hogy amit érzékelünk, az valóságos; hogy ami valóságos, ésszerű magyarázó elvekkel leírhatóan illeszkedik más létezőkhöz; s ezt az illeszkedést két végső elv magyarázza: az ok (egyetemes okozatiság) és az indok (racionális motiváltság). Ezen az alapon lehetséges az érzékelt valóság kiegészítése nem érzékelttel: „ha a nem érzékelt eseményekről tett bármely propozíció beilleszkedik az észlelt eseményekről tett igaz propozíciókkal ésszerű összhangban álló magyarázó sémánkba..., igaz propozíciónak minősül”. (226. o.) Ezt az illeszkedést nevezi meg a narratív koherencia, azt az elvárást véve célba, hogy a rekonstruált esemény lehessen valóságos; annak

elemei között ne legyen megmagyarázhatatlan logikai ellentmondás; s az abban foglalt ténybeli állításoknak legyen ésszerű okozati vagy motivációs magyarázata.

A problémafelvetés a kötetben abból indult ki, hogy a jogi szillogizmus alkalmas a jogi kérdések és állítások megfogalmazására, valamint a döntések mint következtetések modellálására. Ezt a tételt árnyalták azonban azok a megállapítások, melyek szerint a deduktív séma önmagában félrevezető, mert mindenféle – eddig tárgyalt – kiegészítésre és módosításra szorul. Ezek kényszerítik ki azt a módosított tételt, hogy a jogi okfejtések megengedik a véleménykülönbséget, tehát *retorikai* jellegük (is) van. Ezért tehát „[e] könyv fő célja az érvelés és okfejtés azon fajtáinak vizsgálata, amelyek inkább meggyőzőek, mint demonstratívak.” (237. o.) A kiszámíthatóság iránti minden vágy mellett ez a jogkép felel meg a jogász tapasztalatnak: viták, perek, vádak, védekezések márpedig vannak, s a joguralom célja éppen az, hogy zavartalanul lehessenek is. Az ezek során alkalmazott érvek mindig ki vannak téve a vitának, az ellenérvnek, érvénytelenítő beavatkozásoknak – vagyis *esendőek*. A vitathatóság legnyilvánvalóbb, a jogban is szabályozott típusa a *kivétel* vagy *feltétel* ragasztása egy normához. Ezekhez képest a jog (mint valakinek a valamire vonatkozó joga) 'elméleti tárgy', amely csak akkor létezik, ha azok a feltételek vagy kivételek teljesültek. *Minden* feltétel és kivétel azonban (előzetesen) nem nevezhető meg: ez idézi elő elkerülhetetlenül a jog (vitathatóságra) nyitottságát. „A vitathatóság a jogi eljárás pragmatikájában nyeri el magyarázatát.” (245. o.)

Ugyanennek másik oldala az, hogy a jog *nem formulázható* (tétélezhető) teljes pontossággal vagy mindenre kiterjedően: a bizonytalanság elkerülhetetlen, a jogból levont következtetések megbízhatósága mindig viszonylagos (ennek csapdájába esett bele annak idején Elmer Palmer). Paradox módon minél nagyobb teljességre és pontosságra törekednénk, annál áttekinthetlenebbé és értelmetlenebbé válna a jog. Ez a helyzet ismét megnyitja a partikularisták és univerzalisták vitáját: a partikularisták szerint az egyéni joghelyzetek mindig egyediek, mert a szabályok, feltételek és ígéretek egyedi konstellációja adja meg, hogy pl. egy szerződés köti-e a felet; az univerzalisták (mint McCormick) szerint a feltételek és kivételek is általános szabályok alá esnek – a szerződés pl. csak leköti e szabályok általános „változóit”. Azaz egy szabály – idézi szerzőnk Hartot –, amely 'hacsak nem'-mel végződik, azért még szabály marad. (253. o.)

Megilleti-e hát akkor a bírót a 'téves ítékezés joga'? – ezzel a kérdéssel foglalkozik az utolsó fejezet. Az eljárásban ugyanis alaphelyzet a felek közti véleményeltérés, melyek vitájában ha van is 'helyes válasz', az semmiképpen sem adódik nyilvánvalóan. A vita azonban nem abszolutizálható: „az egyet nem értés bár járványos – eseti, alkalmi és lokális, s nem járja át a jog egészét”. (261. o.) Zavaró, de kezelhető elem az eljárásban, mert csak ésszerű eltérésekben nyilvánul meg ésszerű emberek között; a kezeléséhez van szükség a *prudencia* szóval jelölt tudásra és tapasztalatra. A sikertelenség esetére marad a jog végső intézményes megoldása: a szavazás, vagy a tekintély-alapú hierarchikus döntés. Ez azonban nem torkollik elkerülhetetlenül decizionizmusba, vagyis a döntések önkényességének abszolútizálásába: az eljárási szabályok csak a meghozott döntés *érvényességét* szavatolják; a döntés *helyessége* azonban külső és objektív mércéktől is függ. Ismét a joguralom eszményénél kötünk ki: ha elfogadjuk a téves ítékezés jogát, azaz a „bírói

tévedhetetlenség” doktrínáját, akkor a törvények uralma helyett ismét az emberek uralmának nyitunk utat. A bírók azonban indokolnak, érvelnek, mégpedig racionálisan, s ha ez ritkán veszi is fel a logikai demonstráció formáját, képes igazolni a döntés jogszerűségét, ésszerűségét és helyességét. Ennyit kíván a joguralom.

4. A brit probléma. Skót gondolkodóként MacCormick-nak számot kell vetnie azzal a dilemmával is, hogy a jogi érvelés problémáit miként érinti, ha egy *precedensrendszer* képezi a kontextusát. A kérdést két helyen: a 3. Fejezet 3. címében és a 8. Fejezetben tárgyalja a szerző. Az első hely a szillogizmussal kapcsolatban néz szembe azzal a közhellyel, hogy az európai kontinens jogalkalmazását jellemzi a szillogizmus kitevő *deduktív* következtetés, miközben a szigetországban az esetről esetre következtető *analógiás* eljárás uralkodik. (44–47. o.) Teljes mértékben egyet lehet érteni MacCormick-kal abban, hogy ezt a megkülönböztetést legalábbis túlhaladottnak nyilvánítja. Először is mára már a *common law* angol rendszerében is a *törvényi jog* vált a – mennyiségben és minőségben is – meghatározó jogforrássá. Másodszor, ahol és amennyiben még mindig meghatározó a precedensjog, ez ugyanúgy *jogforrásként* funkcionál, mint a jogszabályok a civiljogi rendszerekben. (Harmadrészt működik a konvergencia: „A precedenst valamilyen módon minden modern nyugati rendszer elismeri.” 262. o.) Ez pedig nemcsak azt jelenti, hogy a jogi következtetés felső tételében *szabály* szerepel – akár törvényből, akár precedensből bontjuk is ki azt –, hanem azt is, hogy ennek a szabálynak *univerzalizálhatónak* kell lennie, még akkor is, ha *‘eseťjogból’* fakad. A hasonló esetek hasonló megítélésének követelménye tehát mindkét rendszert jellemzi; a különbség csak az (volt történetileg), hogy mi rögzíti a hasonlóság mércéjét: jogszabály-e, vagy precedens.

A 8. Fejezet a joguralom szempontjából vizsgálja a precedensek alkalmazását. Itt a hasonlóságokkal szemben a különbségek bukkannak elő: „a »precedensek szövegeinek« megvan a saját autoritásuk, de ez különbözik a törvényi szövegektől, amelyeknek minden egyes szava része a hatályos törvénynek.” (143. o.) A precedens alkalmazásakor viszont el kell különíteni az *obiter dictum*-tól a *ratio decidendi*-t, vagyis a döntést igazoló, kötelezően alkalmazandó szabályt vagy elvet. („[A] *ratio decidendi* olyan szabály, amelyet egy bíró explicit vagy implicit módon ad meg, s amely szükséges és alkalmas egy, a vitában a felek által előterjesztett jogkérdés eldöntésére...” 153. o.) Emiatt a precedensszövegek (az autoritásuk) bizonytalanabbak a törvényszövegeknél, tehát kevésbé szolgálják a kiszámíthatóságot; nem is véletlen a törvényi joggal szembeni háttérbe szorulásuk és annak alkalmazását kisegítő jellegük felerősödése. A joguralom követelményei ellen hat az a sajátosságuk is, hogy a precedensek révén való jogfejlesztés (még ha a *common law* doktrína ezt nem is tekinti *sui generis* jogalkotásnak, legfeljebb valamiféle jogtalálásnak) feloldja a határt a törvényhozás és a bíráskodás mint hatalmi ágak között. A *ratio legis*-szel szemben továbbá a *ratio decidendi* egy ‘gyenge’ racionalitásfogalmat eredményez; olyat, amely eset- és érvelés-függő. A szabály ‘abszolút’ kötelező erejével szemben ez a sajátossága a ‘meggyőző precedens’ doktrínáját alapozza meg – s ez már közvetlenül átvezet a retorika terebélyébe.

5. Az elméleti probléma. Itt valamiféle 'Appendixbe', MacCormick kötetében pedig a 'Prológusba' került a szerző jogelméleti alapállásának megjelölése. Már ez az elhelyezés (és a problémára szánt terjedelem) is jelzi, hogy a kötet nem jogelméleti, hanem – a mi fogalmaink szerint – *jogdogmatikai* értekezés. Ennek középontjában az elsősorban a joggyakorlat számára érdekes *jogi módszertan*, meghatározóan pedig a *jogi érvelés* áll. A dogmatikai elemzések elméleti háttérét azonban MacCormick explicitté teszi; s ez az általa a grazi Ota Weinbergerrel közösen kidolgozott (feltalált) '*intézményes jogelmélet*'. (N. MacCormick – O. Weinberger: *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht etc.: D. Reidel, 1986.) Ez a jognak olyan – 'poszt-positivista' – magyarázatát kívánja adni, amely képes elkerülni egyrészt az idealizmus csapdáját (vagyis a jog szellemi vagy ideális létezőként való felfogását), másrészt a redukcionizmusét is (vagyis a jog empirikus elemekre való visszavezetését). Ennek érdekében a jogot tényként fogják fel; azonban a tények sajátos fajtájaként: *intézményes tényként*. Az intézményes tény – az önmagában is létező 'nyers ténnyel' szemben – egy tárgyi létezőt csak valamely szabállyal együtt tesz ténnyé. Pl. egy bizonyos formájúra faragott fadarabot a rá vonatkozó vagy alkalmazott szabály tesz sakkfigurává; egy fejmozdulatot az ahhoz járuló szabály változtat igenléssé vagy tagadássá – s a sor hosszan folytatható. Ezek közé tartozik a jog is : „A jog intézményes normatív rend”. (2. o.) Ebbe a rendbe egyszerre tartozik bele a tényleges cselekvés, az arra vonatkozó szabály, s a szabály mikénti alkalmazása fölötti érvelés és vita is. „Ha komolyan vesszük a gyakorlati igazolást és jogi érvelést, az nem gyengíti meg a joguralom tiszteletét – ellenkezőleg, megerősíti azt.” (280. o.) Ezek a kötet utolsó szavai.
