

Hart „visszatérő kérdései” és a francia jogbölcseleti hagyomány

doktori értekezés

Paksy Máté

Témavezető:

Takács Péter

egyetemi tanár

Pázmány Péter Katolikus Egyetem
Jog- és Államtudományi Doktori Iskola

Budapest, 2011

Tartalomjegyzék

Előzetes megjegyzések	5
I. Néhány módszertani megfontolás	6
1. A jog mint normatív társadalmi jelenség	6
A. A normativitás problémája	6
B. A társadalmi jelleg kérdése	7
C. A jog mint jelenség	8
2. Hart „visszatérő kérdései” és a francia jog szelleme	9
A. Vajon meghatározható-e a meghatározás?	10
B. „Jogbölcséleti alapproblémák”	18
C. Hart „visszatérő” kérdései a francia jogbölcséletben	19
a) Miben különbözik a jog a fenyegetéssel alátámasztott utasításoktól, és hogyan viszonyul ezekhez?	19
b) Miben különbözik egymástól a jogi és az erkölcsi kötelezettség, és hogyan viszonyul ahhoz?	21
c) Mik a szabályok, s mennyiben szabályok kérdése a jog?	24
3. A francia jog „szelleme”	27
A. Montesquieu <i>reloaded</i>	27
B. A francia jog szellem – technikai értelemben	36
a) A jogi értékek	36
b) A jogosultságok	36
c) A republikanizmus	38
d) A „francia” jogi értékek	43
C. A jogi eljárás és a jogi intézményrendszer	44
D. A jogszabályok formája	45
a) A kodifikáció	45
b) Az elveken nyugvó törvényhozás	46
c) A jogtudomány	46
E. A jogászi attitűd	47
II. A jogdogmatika erkölcsi semlegessége illegitim jogrendszerben	51
1. Jog és erkölcs viszonyának kérdése	51
2. A „Duverger-ügy”	52
A. A „vádlottról”	52
B. A „vádpointok”	54
C. A „bizonyítékok”	56
a) Duverger tanulmányának kontextusa	56
A legalitás kérdése	57
A legitimitás problémája	63
b) Duverger tanulmánya	67
D. A „védelem” érvei	71
3. A „Duverger ügy” jogfilozófiai dimenziója	74
A. A jogi pozitivizmus elleni vádak	75
a) Duverger érvelésének elutasítása	76
b) A „semleges jogdogmatika” fogalma	77
A „jogdogmatika” fogalma	77
A „semlegesség” fogalma	78

c) Az antiszemita jog banalizálása	79
Hitelesítő hatás	79
Eufemizáló hatás	80
d) Az antiszemita politika legitimálása	81
Anesztézia: jogi pozitívizmus mint „semleges” és objektív” diskurzus	81
Elismerés: a jogi pozitívizmus csapdája	82
B. A jogi pozitívizmus védelme	82
a) Az antipozitivisták érvelés két változata	83
b) A semlegesség fogalma	84
c) Jogdogmatika-felfogások	86
Monista elméletek	86
Dualista elméletek	90
d) Jogdogmatika és a „semleges” jogtudomány	92
4. Az esetközpontú jogdogmatikája megközelítése	95
A. Jogi pozitívizmus és természetjog-tan	96
a) A vichyi jog természetjogi igazolása	96
b) A vichyi jog jogi pozitivisták igazolása	98
c) A szembeállítás értelmetlensége	100
B. Jogtudomány és erkölcsi semlegesség	101
C. Súlyosan igazságtalan törvények kommentálása	102
D. Illegitim, de legális jog problémája	102
E. A „nehéz eset” jogdogmatikája	104
III. Jogi és erkölcsi szabályok: az engedelmeskedési kötelezettség kérdése	106
1. Normativitás helye a klasszikus jogi pozitivisták elméletekben	106
A. A „jogi pozitívizmus” problémája és a jog ontológiai kérdése - Franciaországban	106
B. A nemzeti szuverenitás elve Carré de Malberg voluntarista államelméletében	114
C. Erőszak vagy erkölcs? A jogrend alapjainak kérdése (Duguit)	117
2. A természetjogi igazolás egy lehetséges útja	128
A. A természetjog helyzete Franciaországban	128
B. Beleegyezés elve és a természetes jogok igazolása Maritain politikai filozófiájában	129
a) A maritaini életmű jellemzői	129
b) Közösség, társadalom, politikai test	131
c) Autoritás és jog	133
d) A természetes jogok elmélete	137
IV. A francia jogrend elismerési szabálya és a demokrácia	149
1. A francia <i>Marbury vs. Madison</i>	150
2. Az alapjogvédelem intézményei	153
A. Az „alkotmánybíráskodás” fogalma	154
B. Alkotmányíróság-e az Alkotmánytanács?	155
C. Az alkotmányvédelem további intézményei	156
a) A Semmitőszék	156
b) Az Államtanács	157
3. Alkotmánybíráskodás és demokrácia	159
A. Az alkotmányos dogmatika elemei	159
a) Egy metafora geneziséhez: Az „igazságosság ágya”	159
b) Az alkotmányozó hatalom és az alkotmányos esküdtszék (Sieyès)	163

c) A kódex mint alkotmány, és a bíró: a francia Polgári Törvénykönyv 4. szakaszának „szelleme”	169
d) Exegétikus iskola: tündöklés és bukás?	179
e) Jogértelmezés-tan és a normahierarchia elmélete	188
B. Az alkotmánykontroll neorealista és deliberatív igazolása	192
a) A neorealista felfogás (M. Troper)	193
b) A deliberatív elmélet (D. Rousseau)	205
C. Az alkotmányértelmezés mint dialógus	210
Összegzés	215
1. Az egyenlőség elve és a konfliktus-elméletek	215
2. Perelmani perspektívák	219
<i>Summary</i>	227
Rövidítések jegyzéke	236
Felhasznált irodalom	237

Jelen doktori dolgozatot a Gondolat Kiadó 2014-ben a *Konstitucionalizmus archeológiája. Történetek és elbeszélések az összehasonlító alkotmánytan köréből* megjelentette [recta ratio sorozat, sorozatszerkesztő: Paksy Máté], ezért, a DI, a szokásos gyakorlatnak megfelelően, a digitális változatot a páratlan oldalak törlésével olvashatatlanná tette. A tartalomjegyzék, a szakirodalmi hivatkozások illetve szakirodalmi mutató ugyanakkor a leadott és megvédett kézirattal azonos módon érintetlenül megmaradt. A kézirat teljes terjedelmében megtekinthető a PPKE JAK Könyvtárban.

Előzetes megjegyzések

¹ A francia jog átvételéről ld. Konrad Zweigert – Hein Kötz *Comparative Law* Oxford: Oxford UP 3. Kiadás 1998. 98skk.

² A szinkrónia és diakrónia szembeállításáról ld. Ferdinand de Saussure klasszikus művét: *Cours de linguistique générale* [1915] Paris: Payot 1971. 114skk. ahol a szerző a jól ismert distinkció tárgyalását megelőzően éppen arról ír, hogy a jogtudományt [*science descriptive du droit*] és a jogtörténetet [*histoire du droit*] senki sem tartja egymással ellentétesnek.

I. Néhány módszertani megfontolás

1. A jog mint normatív társadalmi jelenség

A közhely, hogy a jog normatív társadalmi jelenség. Egy közhely ugyanakkor – miként az *Új retorika*³ – minden esetben az érvelés kiindulópontja, hiszen azt osztja a rétor és hallgatósága is. Elsőként ezt a közhelyet elemeire bontva – „normatív”, „társadalmi”, „jelenség” – vizsgáljuk meg, felvázolva egyúttal egy tablót arról, hogy a dolgozat további részeiben tárgyalt irányzatok milyen sajátosságokkal rendelkeznek.

A. A normativitás problémája

A kortárs és klasszikus jogfilozófiai viták súlypontja a definíció első felére, a normativitásra helyeződik, még ha van is legalább két olyan nézetrendszer, mely a jogot a normativitásra való hivatkozás nélkül kívánja meghatározni. Bizonyos irányzatok a jogtudományt a szociológiához kapcsolják valamilyen módon. A jogot „dolognak” tekinti, mivel a jog „társadalmi tény”, a tényt pedig – legalábbis a durkheimi felfogás szerint – „dolognak” kell tekinteni. Ez azt jelenti, hogy a jog anélkül érvényesül, hogy a jogalkotók és jogkövetők ezt akarnák, vagy explicit módon beleegyezzenek a szabályok létezésébe. Ennél sokkal régebbi természetjogi hagyomány szerint a jog maga ugyan nem dolog, de a dolgokban, a dolgok „természetében” található. A jogalkotó ezeket a szabályokat az értelem erejénél fogva felismeri, a jogkövetők pedig, ugyancsak az értelmes emberi természetüknél fogva belátják, hogy a helyes az, ha a dolgok természetének megfelelően cselekszenek. (*veritas, non autoritas facit legem*) A két nézetrendszer – a jogszociológia és a természetjog – sokszor egymást erősítette, bizonyos esetekben viszont egymással szembe került. A jogról mint dologról szóló elbeszélések ugyanis hol megerősítették, hogy léteznek olyan egyetemes szabályok, amelyek a jogalkotói akarattól függetlenül integrálják a politikai közösség tagjait, hol pedig ezt cáfolták.

Ezzel szemben állnak azok a nézetek, melyek a normativitást összekötik a kötelező erővel, amit azután egyes szerzők, vagy erkölcsi kritériumhoz kötnek, vagy azt állítják, hogy a jog kötelező ereje az erkölcsi kritériumokhoz kontingensen igazodik. Itt tehát megint két doktrínát fedezhetünk fel; rendszerint az előbbit pozitivistának nevezik, az utóbbit pedig megint csak természetjognak. Norberto Bobbio, a jelenlegi francia jogbölcseletre egykor

³ Chaïm Perelman *Logique juridique: nouvelle rhétorique* Paris: Dalloz 2. kiad. 1979.

⁴ Norberto Bobbio *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* Milánó: Di Comunità 1972. 127–146.

⁵ Herbert Hart „Utószó” in uő *A jog fogalma* Budapest: Osiris 1995. 287skk.

⁶ *Uo.* 280.

A francia jogi kultúrára jellemző, hogy míg a törvényhozó vagy az alkotmányozó – legalábbis a forradalom óta – a jogszabályok megalkotása során az egyénből indul ki, addig az individualizmus-kritikát rendszerint a jogot valamilyen dologként meghatározó szociológiai és természetjogi elméletek fejtenek ki. A jogot szabályként felfogó pozitivisták úgy gondolják, hogy a normativitás csak a jogra lehet jellemző, a tudományos kutatásra nem. (Vö. fent a „normativitás” második jelentésével.) Így elkerülük a jogalkotói individualizmusra vonatkozó értékítéletet megtételét akár egyet értenek azzal, akár nem. A normatív természetjog-tanok, melyek rendszerint a társadalmi szerződés elmélet örökösei, legtöbbször – de nem mindig – az individualizmus pártján állnak.

C. A jog mint jelenség

Intellektuálisan nem sokat tesz kockára az, aki a jogot „jelenségnek” [*phenomène*] nevezi. Pedig a filozófiai pedigrével rendelkező fogalmat csak akkor szabadna használnunk, ha a megfigyelés tárgyának nincsen valamilyen ésszerűen megragadható lényege. Nem így látja ezt az univerzalista-esszencialista felfogás képviselője. A fogalom a szó objektív jelentéséhez és egy adott szellemi reprezentációhoz kötődik. Az univerzálé olyan szellemi reprezentáció, ami absztrakció segítségével születik, amennyiben az alany megfosztja a szemlélt tárgyat egyediesítő tulajdonságaitól és egyediesíti az univerzálét is. Ilyen egyediesítés nyomán születik meg az ítélet. Az egyedi megnevezésének a nemre (*species*) vonatkozóan kell megtörténnie, míg a nem (*species*) megnevezésének a fajra (*genus*) tekintettel kell történnie. Az ítélet akkor igaz, ha a szemlélt egyedi dolog szellemi reprezentációja megegyezik a fogalommal mint egy egyedi szellemi reprezentációval. A *genus*-ból és *species*-ből álló meghatározás minden formája az univerzáléra mint fajra utal, ami a természetre utal, ami pedig a lényegre utal annyiban, amennyiben az a szellemben és a szemlélt tárgyban létezik. Ha már most ezt a meghatározási formát a jogra mint jelenségre alkalmazzuk, azt találjuk, hogy a jelenségnek is kell, hogy legyen valami lényege.

A nominalista-stipulatív meghatározási forma viszont tagadja az univerzálék létezését. Így az olyan fogalmak és jelenségek, mint az ‘ember’, ‘rend’, ‘jog’ vagy ‘tulajdon’ mindössze elkülönült egyedi entitások összességének megnevezése végett stipulált jelek. Ockham óta ez a felfogás úgy érvel, hogy egy univerzálé valójában egy egyedi elmebeli aktus. Ebből következik, hogy az univerzálék – beleértve a *genus*-okat és *species*-eket – egyedi tulajdonságok. Ezek szerint minden univerzálé partikuláris? Ezt az abszurd konklúziót

irányzatok által

rendszerint alkalmazott jog-meghatározással szemben. Ebből az is következik számunkra, másrészt, hogy a jogfilozófiai kutatásnak probléma-orientáltnak kell lennie, vagyis azt állítjuk, hogy Hart visszatérő kérdései kellően általánosak ahhoz, hogy egy ilyen kutatás kiindulópontjait képezzék. Ám ezt az általánosságot korlátozza, hogy a dolgozat alapvetően a francia joggal foglalkozik, vagyis meg kell határoznunk a szellemét, amely kiadja a vizsgálódás horizontját.

A. Vajon meghatározható-e a meghatározás?

A jogra mint normatív-társadalmi jelenség – vagyis „elsődleges és másodlagos szabályokból álló rendszer”⁷ [*law as a union of primary and secondary rules*] – állította tehát a XX. század egyik legjelentősebb angol jogfilozófusa, Herbert Hart, aki, amint az ismert, jogelméletét „leíró szociológiának” [*descriptive sociology*] tekintette.⁸ A felvázolt tablónkra figyelemmel elmondhatjuk, hogy a jog a harti megközelítésben tehát nem dolog, hanem olyan komplex szabályrendszer, amelyről leíró jellegű szociológia nyelvén lehet beszélni, s amely rendszer – bizonyos alapvető, individuumhoz köthető erkölcsi megfontolásokon túl – kontingensen hivatkozik erkölcsi elvekre. Hogy mit is ért pontosan „szociológia” alatt Hart, nem egészen világos, de a – Devlinnel folytatott vitájából kitűnik – hogy nem a durkheimi felfogás mellett kötelezi el magát. A „szociológiai” jelleg talán abban áll, hogy a cél a vizsgált jelenség megértése: azaz a jogot mint szabályrendszert – Weber felfogásához hasonlóan – belső nézőpontból kell vizsgálni. Ugyancsak világos – ezt a skandináv és az amerikai realizmus képviselőivel folytatott vitája teszi nyilvánvalóvá – hogy Hart a jogot nem tekinti ténynek. Egyfelől mert elutasítja, hogy a jogi fogalmak fikciók lennének, másfelől pedig azért, mivel nem gondolja, hogy a jogelméletnek pusztán előrejelző funkciót kellene ellátnia. A harmadik utas Hart azonban vitába szállt azokkal a természetjogászokkal, akik a jog érvényességi kritériumának bizonyos erkölcsi parancs kielégítését tekintették, és elutasította a másik oldalon az austini parancselmélet is. A leíró jellegű megközelítés szerinte ugyanakkor nem zárja ki, sőt éppenséggel ez teszi lehetővé, hogy – a kritikai moralitás alapján – a jogra vonatkozó erkölcsi bírálat megfogalmazható legyen.

⁷ Hart *A jog fogalma*. 139.

⁸ *Uo.* 9.

képviseli. Hart azonban nem

⁹ Villey esszencialista felfogására ld. „Le droit dans les choses” in Paul Amssek – Christophe Grzegorzcyk (szerk.) *Controverses autour de l’ontologie du droit* Paris: PUF 1989. 11-26.

¹⁰ Pl. Georges Kalinowski *Querelle de la science normative. Une contribution à la théorie de la science* Paris: LGDJ 1969.

ezt az utat választotta. Troper ugyanis azért választja stipulációt, mivel el kívánja választani egymástól a jogászok és a jogtudósok diskurzusát, minthogy az előbbi utóbbi viszont tudományos. Ebből adódik, hogy a megfigyelő nem férhet hozzá a belső nézőponthoz, hanem mindössze a külső nézőpontból dolgozhat ki egy olyan axiomatikus rendszert, amelynek egyik axiómája maga a stipulált jogfogalom. Ha ez nem így lenne, a jogbölcseletet tanulmányozó „objektív” megfigyelő nem tehetne mást, mint hogy lexikont készít a „jog” szó jelentéseiről.

Hart Bentham nyomán és a hétköznapi nyelv filozófiájának hatása alatt arra tett kísérletet, hogy a jogászi beszéd normatív mondatait elemezze. A hétköznapi beszédben ugyanis rendszerint nem merül fel kérdésként, hogy „mi a jog?”. Igaz, ez a beszéd nem is reflektált. A jogfilozófus feladata, ha a jogászi beszédről van szó, nem az, hogy megadja a „kötelezettség” [*obligation*] kifejezés lehetséges jelentéseit, hanem sokkal inkább az, hogy megmutassa a különbség a következő két mondat között: „Kötelezettség alatt állok [*to be under obligation*], hogy száz forintot átadjak X-nek” ill. „Kötelezettségem van arra [*to have an obligation*], hogy száz forintot átadjak X-nek”. Az eltérés csak a jogászok normatív diskurzusának belső nézőpontból elvégzett elemzése révén tűnhet elő, amennyiben az egyik eset egy „fenyegetéssel alátámasztott utasításra” [*an order backed by the threat*], a másik pedig szabálykövető magatartásra utal. A distinkció a más összefüggésben Hart által is idézett szerző,¹¹ Szent Ágoston gondolatát juttathatja eszünkbe. E szerint az igazságosság az, ami alapján meghúzható a különbség a „kiterjedt méretű rablóbanda” és az állam között. Nyilvánvaló, hogy az egyházatya a „kötelezettség alatt állok” és a „kötelezettségem van” közti különbséget is erkölcsi kritériumra vezetné vissza. Később Rousseau a jog [*droit*] és az erőszak [*force*] közötti különbségtétel során utal a banditákra.¹² Különös módon azonban Szent Ágoston az állam [*res publica*] fogalmát mégsem az erkölcsi kritérium használatával, hanem – Cicero nyomán – a szerződés fogalma segítségével sietett meghatározni, ilyen értelemben tehát a *prima facie* engedelmeskedési kötelezettség nála nem az igazságosság kritériumához kötődik. Ugyanez a helyzet Rousseau-nál is, ahol az erőszak és a jog közti distinkció végül is feloldódik, hiszen az általános akaratot kifejező törvény (vagyis általában jog [*droit*]) akár kényszerként (azaz erőszakként [*force*]) is működhet, ha az egyén szabadsága

¹¹ Hart: *A jog fogalma*. 26.

¹² Jean-Jacques Rousseau *Du contrat social* Paris: Garnier 1962. I, 3, 238.

nem értésből [*theoretical disagreement*] fakadnak, s nem abból, hogy a fogalom jelentésének

[*meaning*] alkalmazási feltételei [*criteria of its application*] nem nyilvánvalóak. Nem az a „poén” a jogfilozófiában, hogy például kimutatjuk a „civilizált nemzetek által elismert általános jogelvek” kifejezés homályosságát, s nem is az, ha megadjuk – miként azt Kelsen szerette volna¹³ – a kifejezés összes lehetséges jelentését, hanem az, hogy megmutatjuk melyik a fogalomra [*concept*] vonatkozó legjobb felfogás [*conception*]. Nem csak az „Utószóban”, hanem Perelman igazságosságról szóló könyvéhez írt előszavában is kitért erre a kérdésre Hart,¹⁴ és azt állította, hogy ugyanazt az – amúgy tőle származó, Rawls által is átvett¹⁵ – megkülönböztetést alkalmazza Dworkinhoz hasonlóan, csak más szavakat használt. A francia alkotmánytörténetben a vita jelentősége az V. Köztársaságban vált nyilvánvalóvá. Nem az volt a kérdés, hogy az írott elismerési szabálynak lehet-e, s ha lehet, kell-e, morális olvasatot adni, hanem az, hogy a preambulum által felhívott elvek vajon az elismerési szabály részét képezik-e vagy sem. Amennyiben a válasz igenlő, úgy már megvitatható, hogy a „köztársaság” kifejezésnek melyik a politikai moralitáshoz leginkább illeszkedő jelentése. Mindez persze még nem bizonyítja, hogy a dworkini elmélet ne lenne egy partikuláris diskurzus, vagyis az amerikai jog része. (Dworkin amerikaiságára egyébként Hart hívta fel a figyelmet és ettől nem függetlenül Dworkin a *Law's Empire*-ben maga is jelzi, hogy fejtegetései elsősorban az amerikai joggyakorlatból indulnak ki.)

Hart más definíciós formát alkalmaz akkor, amikor a pozitívizmusról van szó. Minthogy ebben az esetben nem normatív diskurzusról van szó, pontosan arról ad listát, hogy a jogtudósok milyen jelentést tulajdonítanak a terminusnak. Egy lexikális meghatározásról van tehát szó. Ezzel összefüggésben két tézist fogalmazunk meg. Egyfelől azt, hogy a Hart-féle pozitívizmus-definíciók egymással összefüggenek, másfelől pedig azt, hogy a francia jogbölcseleti tradícióhoz más pozitívizmus – nevezetesen Bobbioé – jobban illeszkedik. Mint ismert, Hart összesen öt és még egy jelentést tulajdonít a kifejezésnek:

„1. A törvények emberi lényektől származó parancsok.

¹³ Vö. Hans Kelsen *Introduction in Uő The Law the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems* London: Stevens & Sons 1950.

¹⁴ Herbert Hart „Előszó” Chaim Perelman *The Idea of Justice and the Problem of Argument* c. művéhez (London: Routledge & Kegan Paul 1963. vii. Vö. még Herbert Hart *A jog fogalma*. 182. és „Utószó” in uo. 282.

¹⁵ Hart „Utószó” in uo. 283. 26. jp.

létezésének elfogadása

sem. A normatív pozitivizmust pedig metafizikának tekintik, mindezt anélkül, hogy

¹⁶ Hart *A jog fogalma*. 347.

álláspontjuk filozófiai alapját tisztáznák, holott a „mi nem filozofálunk” állítás is filozófiai jellegű.

A 3. meghatározás az analitikai és a nyelvfilozófiai megközelítéstől jobbra érintetlenül maradó francia a jogbölcseletre egyáltalán nem jellemző. Bárki lehet pozitivista aki ezt vallja, de ennek ellenkezője is elképzelhető: a jogra vonatkozó diakronikus és szinkronikus (történeti és fogalomelemző) leírással a jogi tankönyvek nagy részében egyszerre, egymástól el nem választott formában találkozunk. Érdekesebbé válik a helyzet, amennyiben a 4. állítással kötjük össze. E szerint pozitivista az, aki úgy véli, hogy a jogrendszer zártságának elve miatt a jogtudós kutatásának tárgya kizárólag a pozitív jog fogalmi készletének szinkronikus feldolgozása. Ez az állítás csak akkor lenne koherens, ha egyúttal a jogtudós a szillogisztikus jogalkalmazás-tant fogadná el, és elutasítaná, hogy a bíró nem a „törvény szája”, hanem mérlegelési jogkörrel rendelkezik. A jogrendszer logikai zártságának gondolata azonban jellegzetesen anti-pozitivista hozzáállást tükröz, hiszen ebben az esetben el kellene utasítani az 1. állításban megjelenő voluntarizmust, tekintettel arra, hogy a törvényhozói akaratot nem köthetik az ész által megszabott határok sem. Vagyis a logika nem alkalmazható a jogban. A helyzet természetesen ennél bonyolultabb: azt a tézis ugyanis, hogy a bíró a törvény szája lenne, már a voluntarista Bodin is vallotta. Szerinte a bírák „a törvények élő hangja” [*vive voix des lois*], de ezzel együtt az Austinéhoz hasonló imperatív jog-felfogást fogadta el. A kodifikáció évszázadának derekán pedig az exegetikus iskola tagjai a kommentárjaikba emelték be a kódexre vonatkozó joggyakorlat elemzését, így elismerték a bírói joggyakorlat jogforrási jellegét is.

Hart listája ahelyett, hogy meghatározná „a jogi pozitívizmus” kifejezést, annak inkább öt (és még egy) szokásos jelentését tárja elénk. A francia tradícióban ugyanakkor a „pozitívizmus” lényege, hogy a diskurzus tudományos jellegű, amiből viszont az is következik, hogy ha valakit „természetjogásznak” neveznek, az egyet jelent azzal, hogy munkája tudománytalan és ideológiai jellegű. Azok a szerzők, felvállalják ezt, a vád elől úgy hajolnak el, hogy rendszerint a *scientia iuris* eredeti értelméhez való visszatérést sürgették (kritizálva egyúttal a felvilágosodás kori racionalista természetjogot elkülönítve egymástól a természetjogot [*droit naturel*] és a természetjogászatot [*jusnaturalisme*]), vagy a felvilágosodás előtti nagy rendszer mellett kötelezték el magukat avagy az úgymond pozitivista

a

fenti két kritérium egyike sem érvényesült; s ugyanígy: Algéria jogrendje sokáig annak ellenére „francia jog” volt, hogy az alapvető alkotmányos elvek (például a köztisztviselők

betöltésére vonatkozó diszkriminációs tilalom) nem érvényesültek, illetve a népesség nagy része nem a francia magánjog, hanem a vallási jogrendszer (nevezetesen: az iszlám jog) szabályait tartotta érvényesnek.

B. „Jogbölcseleti alapproblémák”

Hart szerint tehát a vizsgálódás irányát a jog „visszatérő kérdéseinek” [*persistant questions, difficulties and doubts; recurrent issues or perplexities*] megválaszolása révén a jog természetével [*the nature of law*] összefüggésben kell kitűzni. Azt állítjuk, hogy létezik jogfilozófia, ami annyit tesz, hogy nem lehetetlen a jogra vonatkozó kellően általános jellegű elméleti reflexió. Állításunk alapja az a felismerés, hogy a jog állandó problémákat vet fel, s ezek pedig csak általánosan oldhatóak meg. Az elmélet absztrakciós szintjének korlátja a jogfilozófus „horizontja”, s e horizontot az általa kutatott jogrend „szelleme” befolyásolja. A „szellemet” nem pusztán a jogrendet működtető politikai közösség kultúrája, történeti öröksége, politikai környezete határozza meg, hanem az intézményrendszer és a jogász diskurzus „helyi” jellegzetességei.

Mint említettük, a jogfilozófia általánossága alatt azt kell érteni, hogy léteznek olyan „örök” vagy „visszatérő” vagy „alapvető” kérdések, amelyekkel minden magát jogfilozófiának (jogbölcseletnek, jogelméletnek) nevező elméletnek számot kell vetnie, még akkor is, ha vitatott, hogy melyek ezek a kérdések. Az egyet nem értés ugyanakkor bizonyos szabadságot ad a jogfilozófusnak, hogy ő maga alakítsa ki ezt a listát, de e tekintetben jó ha két korlátra tekintettel van: egyrészt az alapvető kérdéseknek a jog természetére irányuló kutatás területén belül kell elhelyezkednie, másrészt pedig nem kötődhet kizárólag egyetlen jog szelleméhez.

Az érvek bemutatása előtt lássuk magukat a francia jogra irányítható harti kérdéseket:

„Íme tehát a három újra meg újra visszatérő kérdés: Miben különbözik a jog a fenyegetéssel alátámasztott utasításoktól, és hogyan viszonyul azokhoz? Miben különbözik a jogi kötelezettség az erkölcsi kötelezettségtől, és hogyan viszonyul ahhoz? Miféle dolgok a szabályok, és mennyiben szabályok kérdése a jog?”¹⁷

¹⁷ Uo. 25.

is foglalkozott a zsarnoki jogrendszer által felvetett problémával.) De vajon ki tekinthető jogfilozófiai értelemben vett „banditának”? Ha a kérdést a francia jog szellemére tekintettel

¹⁸ Uo. 275.

¹⁹ Erről ld. Philippe Gérard - Michel van de Kerchove „La réception de l'œuvre de H.L.A. Hart dans la pensée juridique francophone” *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* (2007) 131-172.

tesszük fel, akkor azt mondhatjuk, hogy a „bandita” a sikertelen forradalmár. A sikeres forradalmár nem bandita, sőt az alkotmányokat megdöntő forradalmak a politikai berendezkedéseket általában erős legitimációval ruházták fel. A sikertelen forradalmár viszont politikai és jogi értelemben bűnöző vagy bandita, akit legfeljebb csak egy későbbi korszak jogrendje avat hőssé. Van azonban egy korszak a francia történelemben, nevezetesen 1940 és 1942 között, amikor egy „bandita” kormányzat hivatkozott ugyan ilyen legitimációra, de mégis elbukott. És később sem lett „hős”.

A vichyi rendszert feldolgozó francia jogfilozófiai viták egyike ezt az alapproblémát (illegitim, de legális jog) – a Hart számára ugyancsak fontos kérdést jelentő – jog és erkölcs közötti szükségszerű kapcsolat tézisére hivatkozva tárgyalta. Pontosabban fogalmazva, azt a kérdést vetette fel, hogy a „banditának” egyáltalán nem tekinthető, nagy tekintélynek örvendő jogtudósok a jogi pozitívizmus nevében vajon legitimálták-e azt a rendszert, amely viszont a banditák fenyegetéssel alátámasztott utasításához hasonló tartalmú szabályokból is állt. Ez a Lochak-Troper vita, aminek apropója a „Duverger-ügy” volt. A jól ismert politológus fiatalkori művében a zsidótörvényeket kommentálta szigorúan tudományos és objektív hangnemben. Lochak szerint ez az értéksemleges, általa „jogi pozitivistának” nevezett attitűd hozzájárult a Pétain által vezetett kormányzat nem túl szilárd legitimációjához. Troper viszont védelmébe vette a jogi pozitívizmust, és azt állította, hogy a kommentárírás, vagyis a jogdogmatikai tevékenység nem tekinthető „tudománynak”. A vita és a „vád” elemzésekor érdemesnek tűnik kitérni a „vádlott” élettörténetének, valamint annak a történeti kontextusnak a bemutatására is, amely körülvette a vichyi jogászok diskurzusát. Lényeges kérdés, hogy vajon a vichyi kormányzat legálisnak tekinthető-e vagy sem. Ha tudniillik még ez sem igaz, úgy nehéz bármiféle jogi pozitívizmus nevében védelembe venni a jogászokat, akik egyszerűen egy bandita parancsait írták le objektív és tudományos módon. A rendszer legalitása viszont attól függ, hogy az alkotmányos dogmatika nyújtotta eszközkészletből gazdálkodva milyen igazolást dolgozunk ki.

A szakirodalom nagyobb részének álláspontja szerint, formális értelemben, a rendszer legálisan állt fel (mert az alkotmányozó hatalom „létrehozta” a vezért, és nem pedig delegálta a teljhatalmat) és többé-kevésbé legálisan is működött. A legsúlyosabb probléma

rejlik.²⁰ A jog tehát nem

²⁰ Villey „Le droit dans les choses” 11-26.

azért kötelező, mert egy igazolt tekintély bocsátja ki, hanem azért, mert ésszerű, avagy egy ésszerű gyakorlatban felismerhető.

Akárcsak a Hart utáni angolszász irodalomban, a francia tanok esetében is jól látható, hogy a kétfajta kötelezettség megkülönböztetése pusztán egy kiválasztott jogi ontológia alapján, és pusztán a jogtudomány területén maradván nem lehetséges. Egy adott jogszabály érvényes, ami azt jelenti, hogy a jogrendszer része, továbbá pedig azt, hogy mint ilyennek, kötelező engedelmeskedni. Az erkölcsi szabály, minthogy szabály, ugyancsak kötelező erővel rendelkezik, de az elismerési szabály csak kontingens módon tesz egy erkölcsi szabályt a jogrendszer részévé. Ha így áll a dolog, akkor érdemes rákérdezni, hogy a jogszabály kötelező ereje miként igazolható.

A történelem során erre vonatkozóan két jellegzetes álláspont fogalmazódott meg. Az egyik szerint azért kell engedelmeskedni a szabályoknak, mert az ember értelmével belátja, hogy ez így helyes, a másik szerint viszont az engedelmeskedési kötelezettség minden esetben egy akaratot érvényesítő tekintélyt feltételez. Mind a két álláspontot történetileg teológiai vitákra lehet visszavezetni. Ám, ha a jogról van szó, egyetlen elmélet sem követeli meg a feltétlen engedelmeskedési (akarat) vagy engedetlenségi (értelem) kötelezettséget, mint ahogyan azt a kortárs francia jogbölcseletre leginkább ható olasz jogfilozófus, Norberto Bobbio sugallta.

Az engedelmeskedési kötelezettség megalapozása során három lehetséges érvelési irány között tettünk különbséget. Ezek mindegyike megkísérelte kiiktatni az értelem vagy az akarat fogalmát az elméletből.

A voluntarista irányzat klasszikusa, a III. Köztársaság jogrendjére reflektáló Raymond Carré de Malberg a jogszabály érvényességét a nemzeti szuverenitás elvére, a szuverenitást pedig az államhatalom fennállására vezeti vissza. Úgy gondolta, hogy az állam saját, a jog révén kifejeződő akarattal rendelkező jogi személy. Az engedelmeskedési kötelezettség szerinte nem az államtól függetlenül létező alapjogokra, hanem a parlament által kifejezett szuverén akaratra vezethető vissza. Az engedelmeskedési kötelezettség alapvetően a jogtudomány által meg nem vitatható kérdés, mivel amennyiben a jogszabály a szuverén akaratát a jognak megfelelő módon közvetíti, úgy annak engedelmeskedni kell. Egy engedelmeskedési elmélet nem alapozható meg a természetes jogok tanáival sem, hiszen azok

ennyi a különbség, s az engedelmeskedési kötelezettség kérdése sem vethető fel, hiszen az egyén számára a társadalmi szabály egy tény. Az erkölcsi szabályok elemzése során viszont arra mutat rá, hogy ugyan egyfajta ideális jogként felfogható állandó és örök erkölcsi rend nem létezik, az osztó és a kiegyenlítő igazságosság mint az igazságosságérzet keretét megadó szabályok minden emberben – mivel társadalmi lény – megtalálhatóak.

Valójában egyik elmélet sem tudja tisztán az akaratra vagy tisztán az értelemre visszavezetni az engedelmeskedési kötelezettséget. Carré de Malberg esetében a szuverén akarata révén felépülő jogrend valójában a racionálisan megszervezett államapparátust jelenti. Maritainnál az értelem feladata az, hogy felismerje a természetjogi szabályokat, aminek az érvényesítésében az autoritás akarata mindössze segít, de e nélkül a „segítség” nélkül nem működhetne a pozitív jog. Duguit elméletében az általa társadalmi szabályoknak nevezett gazdasági szabályok valójában nem spontán módon, hanem a racionális érdekelemzésen alapulnak. A közösség életét pedig a különféle egymáshoz képest egyenlő egyéni akaratok közötti érdekharok jellemzik, a kormányzók elé állított igazságossági korlátot viszont megint csak az értelem ismeri fel. Mindebből nem csak az következik, hogy egyetlen engedelmeskedési elmélet sem képes – a fogalmi ökonómia módszertani parancsától hajtva – egyetlen fogalomra építkezni („értelem” vagy „akarat”), hanem az is következik, hogy az elemzett tanok egyike sem tartozik a feltétlen engedelmeskedési kötelezettséget hirdető felfogások közé: Carré de Malbergnél a jognak engedelmeskedni kell, feltéve, ha az alkotmánynak megfelelően jött létre; Maritainnál a jognak engedelmeskedni kell, feltéve, ha igazságos; Duguit-nél a jognak engedelmeskedni kell, feltéve, ha a társadalom nagy többsége úgy látja, hogy a társadalmiszabály érvényesítéséhez kellő súlyú társadalmi érdek fűződik.

c) Mik a szabályok, s mennyiben szabályok kérdése a jog?

Mint az jól ismert, Hart a jogot elsődleges és másodlagos szabályokból álló rendszernek tekintette, az elismerési és ítélkezési szabályokat pedig az utóbbi csoportba sorolta.

Igen sok francia jogtudós ma már, hozzá hasonlóan nem szabály- hanem a jogrendszer-központú elméletet vallja, de még mindig tetten érhető az irodalomban az az elgondolás, hogy a jog természetét annak elemi egysége, vagyis a törvény fejezi ki. Az általános akaratot kifejező törvény feladata ugyanis a francia alkotmányos dogmatika szerint az, hogy közvetítse az alkotmányos rendelkezéseket az alsóbb szintű jogforrások irányába. A francia

preambulum által

közvetetten felhívott, nyílt végű listát alkotó elvekre, az alkotmányos tömbre.

²¹ Herbert Hart „Self-Referring Laws” [1964] *Essays in Jurisprudence and Philosophy* Oxford: Oxford University Press 1983. 170-178.

Az elismerési szabály összetett (mert szabályokból és elvekből áll) és nyitott szövedékű. Az értelmezést végző intézményrendszer ugyancsak összetett, mivel a francia rendszer sokáig csak a kontroll *a priori* formáját ismerte el. Az Alkotmánytanács mellett az Államtanács és a Semmitűszék is ellát alkotmányvédelmi funkciót, az előbbi tanácsadói jogkörében valamint a közigazgatási aktusok törvényességi felügyelete során, utóbbi pedig a rendes bíróságok alkotmány-konform jogszabály-értelmezésének kikényszerítése révén. A francia rendszerben az alkotmány „megmerevítése” egyfelől az államforma megváltoztatásának tilalmára vonatkozó szakasz „kőbe vésésével”, másfelől az alkotmányos elvek kidolgozásának technikájával történik. Ha a merevítést maga az Alkotmánytanács végzi, úgy mindkét technika alkalmazása értelemszerűen legitimációs problémákat vet fel, hiszen sem a törvényhozó, sem pedig az alkotmányozó hatalom nem „válaszolhat” az alkotmányértelmezést végző intézmény döntésére. Az alkotmánybíráóság ezért problematikus intézmény Franciaországban is. Az ezzel összefüggő viták szókincsének nagy részét a XX. században – így például Kelsen, Eisenmann vagy Vedel által – kidolgozott tanok uralják. Ami ennél meglepőbb, hogy az érvelések sok esetben visszanyúlnak a francia forradalom, sőt az azt megelőző dogmatika elemeire is. A régi rend egyik intézménye, az igazságosság ágya eljárásra való hivatkozás újabban az alkotmányozó hatalom válaszadási jogának igazolásakor kerül elő. Közvetlenül a forradalmat megelőzően, s még egy ideig utána is használt intézmény a törvényhozóhoz való fordulás lehetősége. Ezzel összefüggésben, mégha a Polgári Törvénykönyv egy szakaszáról van is szó, aligha lehet figyelmen kívül hagyni a törvényhozóhoz fordulást tilalmazó 4. szakaszt, illetve annak szerzőjét, J. E. M. Portalist. Az ő felfogása, amelyet csak részben kodifikáltak, a jogdogmatikai hagyományon akár egyetértő, akár elutasító jelleggel, de meghatározta a jogdogmatika alakulását is. A jelenlegi Alkotmánytanácsi gyakorlat mindenesetre úgy tesz mintha az exegétikus iskola tanrendszerét követni, azzal, hogy az alkotmány szövegén keresztül az alkotmányos elvek érvényre juttatására törekszik. Sem a magán-, sem pedig az alkotmányjogban nem hozott radikális fordulatot a szociológiai módszer bevezetése, még az olyan szerzők esetében sem, mint François Géný. Akkor is, és most is a szociológia mindössze kiegészítő forrása az exegézisnek. S végül, de nem utolsó sorban a Sieyes-féle

magát²² és a Savigny-féle jogtudománynak is – igaz módosított és átértelmezett formában

²² August Comte *Discours sur l'esprit positif* Paris: Société positiviste internationale 1844.

[*Volksgeist*] – ez lett a legfontosabb fogalma. A XIX-XX. jogi irodalmában rengeteg mű jelent meg a „szellem” kifejezést tartalmazó címmel.²³

Nehéz megmondani, hogy a „szellem” kifejezést Montesquieu egész pontosan kitől is vehette át. Úgy tűnik, hogy a XVIII. század jogi diskurzusának egyik bevett kifejezéséről van szó, s talán nem mellékes megjegyezni, hogy már ismert volt a római jogban is [*ratio legis*]. Holmes egy rövid tanulmányában idézi a francia filozófust, aki tanulmányai végeztével azt tűzte ki célul, hogy jogi tankönyveiben keresse a szellemet” [„J”*en cherchai l’Esprit.*”]²⁴ A betű [*la lettre*] és a szellem [*l’esprit*] szembeállítás a teológusok körében kedvelt volt. Talán kevésbé ez a bordeauxi mester forrása. Van, aki szerint Montesquieu Bolingbroke-tól vette át, de mások ezt az állítást viszont vitatják.²⁵ Az egészen biztos, hogy Montesquieu számára a „szellem” nem pusztán a pozitív jog helyes jelentése, s még kevésbé kizárólag a törvényhozó akarata. A jogrend „szelleme” alatt a következőt érti. Egyfelől a kormányzat természetét [*nature*] és elvét [*principe*], aholis az alkotmányjoghoz [*droit politique*] tartozó törvények azt mondják meg, hogy azt miként kell létesíteni, a magánjogi szabályok [*droit civil*], pedig azt, hogy az miként tartható fent. Másfelől pedig egy összetett viszonyrendszert jelent. Törvényeknek (a) a fizikai tényezőkhöz, (b) a területi adottságokhoz, (c) az alkotmány által biztosított szabadsághoz, (d) egyéb kulturális tényezőkhöz (vallás, szokások, kereskedelem), valamint (e) mindezek egymáshoz való viszonyát jelenti. Itt feltehetően egy példálózó jellegű felsorolásról van szó, vagyis azoknak az elemeknek a meghatározásáról, amelyek általában meghatározzák jog szellemét. Ami fontosabb, az az, hogy a „szellem” olyan viszony-rendszerhez illeszkedik [*rappports*], amelyeken belül találunk jogon kívüli elemeket is.

²³ Pl. Rudolf von Jhering *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig: 2. kiad. 1866 [francia kiad.: *L’Esprit du droit romain dans les diverses phases, de son développement* Paris: Maresig y Clermn 1877]; Roscoe Pound *The Spirit of the Common Law* [1921] New Brunswick: Transaction Publishers 1999; Gustav Radbruch *Der Geist des englischen Rechts* Heidelberg: A. Rausch 1946.

²⁴ Oliver Wendell Holmes „Montesquieu” [1900] in *Collected Legal Papers* New York: Harcourt Brace and Co. 1920. 250-265, 254: „Amikor befejeztem a tanulmányaimat, jogi könyveket kaptam a kezembe. Megpróbáltam megtalálni azok szellemét.” [„When I left college, they put law books into my hands. I tried to find their inner meaning.”] A francia mondatot maga Holmes idézi.

²⁵ Az angol hatásról ld. J. Dedieu *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France* Paris: 1902; Gabriel Bonno *La constitution britannique devant l’opinion française de Montesquieu à Bonaparte* Paris: Librairie Ancienne Honoré Champion 1932. Az újabb irodalomból pedig Robert Shackleton „Montesquieu, Bolingbroke and the Separation of Powers” *French Studies* III (1949) 25-38.

. Erre jó

példa az, ahogyan a *Törvények szelleme* előmunkálataként elkészített római történelemről szóló

²⁶ Manent *A liberális gondolat története*. 132.

²⁷ Judith N. Shklar *Montesquieu* Budapest: Atlantisz 1994. 123.

esszéjében arra vállalkozik, hogy a birodalom hanyatláshoz vezető elsődleges és másodlagos okokat keresve hatoljon be az antik jog szellemébe.

Egy ilyen széles körben elismert és kedvelt szerzővel azonban illő a *caveat*, hiszen Montesquieu-nek legalább háromféle olvasata is létezik. Ezek közül a vulgárizált az, ami a leginkább befolyásolta a francia és – hol közvetett, hol pedig közvetlen módon más – jogrendszerek szellemét. Ez az olvasat állítja elénk a „hatalommegosztás-Montesquieu”-t, aki szerint a törvényhozó, a végrehajtó és a bírói hatalmat el kell választani egymástól, s hogy a legutolsó valójában nem is hatalmi ág, hiszen a bíró csak a törvény szája. A *Deklaráció* 16. szakasza, amely kimondja, hogy a hatalmi ágak elválasztását el nem ismerő jogrendnek nincs is alkotmánya, illetve a Polgári Törvénykönyv jogalkalmazás megtagadását megtiltó 4. szakasza ennek a vulgárizált Montesquieu-nek a hatása alatt született. Van emellett antikvárius olvasata is Montesquieu-nek, ami úgy állítja be, mintha a görög-római hagyaték gondozója lenne a francia szerző. Hiszen a „köztársaság” fogalma az antik szerzőktől maradt ránk, s a hatalommegosztás-elmélet sem több a vegyes kormányzat újraértelmezésénél, s bizonyos formában az arisztotelészi államformatant is felleljük a *Törvények szellemében*. A modern értelmezés viszont a republikánus vagy liberális politikai gondolkodót „olvassa” bele a bordeaux-i jogtudós életművébe. Ez az utóbbi interpretáció hajlamos megfeleledkezni arról, hogy Montesquieu sokkal kevésbé állt az egyenlőség pártján mint Locke. Így kritikáinak célpontja egyszer sem volt a régi rend hierarchikus berendezkedése. (Erre jó példa az, amit az adóztatásról ír.) Egészen biztos, hogy ebben a szellemben aligha fogta volna pártját a Sieyès-féle harmadik rend felfogásnak. Az antikvárius olvasattal szemben viszont jó érvek hozhatók fel, s talán a legtalálóbba az a megközelítés, amely azt mondja, hogy a „régiek-modernek” felosztásban Montesquieu-t az utóbbi csoportba kell sorolni, még pedig úgy, hogy ő adta az antik szerzőknek az egyik legjobb modern olvasatot. Mint ismert Montesquieu nem is a köztársaságot, hanem a mérséklet szellemében működő monarchiát tartotta a leghelyesebb berendezkedésnek, és maga is úgy látta, hogy az antik köztársaság felett már eljárt az idő. A *Törvények szellemének* célja nem is a legjobb államforma leírásának elkészítése, s nem egy újabb államformatan kidolgozása. Montesquieu-től ugyanakkor éppannyira távol állt az antikvárius szellemiség, mint attól a Bolingbroke-tól, akire – Burlamaqui mellett – szintén vissza szokták vezetni a hatalommegosztás-tant. Az antikvitást

politikai szabadság az az állapot, ahol mindenki megteheti azt, amit a törvények

²⁸ Charles-Louis de Secondat Montesquieu *A törvények szelleme* I, XI, 6. (Csécsy Imre és Sebestyén Pál (ford.) Budapest: Osiris 2000. 248skk.)

²⁹ Érdekes megfigyelni, hogy a francia jogszociológiai munkákat nem jellemzi az előrejelzés. Talán ebben közrejátszott Montesquieu hatása is.

megengednek, azaz a jogalkalmazói feladat tisztán a politikai szabadság érvényesítésében való közreműködésben áll. (Pontosabban: abból kellene állnia.) Saját tapasztalatából tudta – hiszen Bordeaux-ban bírói feladatokat látott el (igaz, nem túl intenzíven) – hogy ez a valóságban nem így van, hiszen a bíró is ember, akit saját előítéletei vezetnek. Állítása szerint azonban ezek az előítéletek a népből származnak, s ezeket az előítéleteket felvilágosult törvényhozással meg kellene szüntetni. Ha ez így lenne, a bíró feladata is arra szorulhatna vissza, hogy kimondja a törvény betűit.

Napjaink Montesquieu-irodalma arra invitálja az olvasót, hogy lépjen túl a „bíró a törvény szája” és a hatalommegosztás-tant hirdető Montesquieu-n, és olvassa a *Törvények szellemét* mint olyan alkotmányelméleti művet, amely az eszmetörténetben nagyjából egyenlő távolságra esik Arisztotelésztől és a – francia szerzőre explicite hivatkozó³⁰ – Hegeltől. A hatalommegosztás-elmélet ugyanis lapidáris és marginális jelentőségű ahhoz képest az alkotmányfelfogáshoz képest, amely azután Hegel nyomában hatást gyakorolt Carl Schmittre is. Való igaz, hogy az alkotmány [*constitution*] fogalma több jelentést is felvesz a *Törvények szellemében*. – írja Olivier Beaud egy terjedelmes tanulmányában.³¹ Kiindulópontja szerint a modern olvasat hibája az, hogy a normatív alkotmány-felfogást kéri számon Montesquieu-n, vagyis azt a koncepciót, ami szerint az alkotmány a legfelső szintű normája a jogrendnek. s ebből a perspektívából is kritizálja a tan félresikerült kidolgozását. Ám ez az alkotmányfogalom ismeretlen volt a francia jogtudományi diskurzusban. A XVIII. század végéig magát a kifejezést sem használták önmagában és Montesquieu is a legtöbbször birtokos szerkezetben teszi ezt („*constitution de l’Etat*”; „*constitution de la République*” vagy „*constitution du Gouvernement*”). Az önmagában álló, jelző nélküli „*constitution*” feltehetően az anglofília hatása alatt született neologizmus.³²

Az antikvárius olvasat helyesen mutatott arra rá, hogy a Montesquieu-féle „*constitution*” valójában az arisztotelészi *politeia* francia fordítása. (Angliában ezt a kifejezést

³⁰ G. W. F. Hegel *A jogfilozófia alapvonalai svagy a természetjog és államtudomány vázlatata*Budapest: Akadémiai 1983. Bevezetés, 3 §.

³¹ Olivier Beaud „La notion de constitution chez Montesquieu. Contribution à l’étude des rapports entre constitution et constitutionalisme” In Dietrich Murswiek, Ulrich Storost, Heinrich A. Wolff (szerk.) *Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot 2000. 407-448, 447. 2. jp.

³² *Uo.* 418.

³³ Uo. 431.

³⁴ Beaud: „La notion de constitution chez Montesquieu ...” 432.

³⁵ Montesquieu *A törvények szelleme* I, V, 5. (103skk.)

³⁶ Beaud „La notion de constitution chez Montesquieu ...” 437skk.; Montesquieu *A törvények szelleme* I, V, 16. (128)

Montesquieu a történeti tények alapján Hobbes kontrafaktuális tanát – a természeti állapot leírását – ésszerűtlennek tartotta,³⁷ és elutasította társadalmi szerződés tanát. A 95. *Perzsa levélben* arról ír, Hume-hoz hasonlóan, hogy a társadalom eredetét a leszármazás aktusaiban kell keresnünk.³⁸ Ám másfelől, anélkül, hogy hivatkozna rá, a társadalmi szerződés tanának összes eleme megtalálható a művében. Így a polgári létet félelemtől mentes természeti állapotként határozza meg,³⁹ az önfenntartást pedig olyan célnak, amelynek támogatására a hatalomnak törekednie kell. A hatalomvágy tehát nála már nem antropológiai tulajdonság, mint Hobbes filozófiájában, de – szerinte is igaz az, hogy – a kiegyensúlyozott konfliktus a helyesen működő társadalomban is jelen van. A társadalmi szerződéstől való távolságtartás nyomán a hatalom eredetére vonatkozó spekuláció helyébe végre a hatalomgyakorlás módjára, vagyis az intézményrendszer működésére vonatkozó kutatás lépett.⁴⁰ A hatalommegosztás tanának következetes kidolgozása elmaradt a francia szerzőnél.⁴¹

A háromféle olvasat közül a politikai interpretáció – amely tehát úgy olvassa Montesquieu-t mint aki előírja, hogy miként kellene megreformálni a francia jogrendet – sok esetben érintkezett a vulgarizált olvasattal, amely pedig a forradalmi törvényhozás dokumentumaiban, illetve más országok jogalkotására gyakorolt hatást. Az antikvárius olvasat tisztán retorikai funkciót látott el a korszak jogi diskurzusában. A *Törvények szelleme* számtalan olyan stílusjegyet visel magán, amely a későbbi francia szociológiai művekre is jellemző. Ő is a „normatív tényeket” kutatta; a törvények ugyanis „szükségszerű viszonyok”, vagyis reprezentációk. A kutató elmének ezért a törvények „szellemére” vagy a „dolgok természetes rendjére” kell irányítania a figyelmét. Abban az értelemben normatív célt tűz maga elé, amennyiben előírja, hogy törvénynek reprezentálnia kell a „dolgok természetes rendjét”, de ez a rend annyiban tény is, amennyiben megfigyelés útján a benne kirajzolódó elvek felismerhetőek és leírhatóak. Elméletének egyik, politikai filozófiai szempontból nagyon lényeges eleme a determinizmus. Az embereket mint fizikai lényeket éppoly

³⁷ Montesquieu *Törvények szelleme* I, I, 2 (50sk).

³⁸ Charles-Louis de Secondat Montesquieu *Lettres persanes* II. Paris: 1873, Tome II. 10.

³⁹ Vö. Pierre Manent *A liberális gondolat története* Pécs: Tanulmány Kiadó 1994. 80., 83.

⁴⁰ Manent *A liberális gondolat története*. 75sk.

⁴¹ Vö. Charles Eisenmann „L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs” in *Mélanges R. Carré de Malberg* 165-192.

alkalmazza, s ne annak szellemét kövesse.⁴⁹ A „szellem” fogalma Savignynél már átalakult, s

⁴² Uo. 122.

⁴³ A pontos definícióra ld. Montesquieu *A törvények szelleme* II, XI, 3 (246).

⁴⁴ Manent *A liberális gondolat története*. 71.

⁴⁵ Montesquieu *hagyatékából*. 95-96.

⁴⁶ Ld. Shklar *Montesquieu*. 122sk.

⁴⁷ Uo. 88.

⁴⁸ Walter Wilhelm „Portalis et Savigny. Aspects de la restauration” in *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1982. 445-456.

⁴⁹ Montesquieu *A törvények szelleme* VI. 11. fej.

már nem a törvény lényegére [*ratio legis*] utalt ezzel a kifejezéssel, s nem is egy jogértelmezési problémára (vö. törvény betűje [*la lettre*] és szelleme [*l'esprit*]), hanem egy materiális értelemben vett jogforrásra, az organikus közösség lassú fejlődését előidéző népszellemre. Ebben nyilván a hegeli filozófia is közrejátszhatott. A „szellem” szóval arra utalunk, hogy a jog megértéséhez és az alapproblémák megoldásához túl kell lépni a jogrendszeren mint szövegalmazon. A „betűk” relevánsak ugyan, de a törvény értelme [*ratio legis*] – vagy még általánosabban fogalmazva – a jog rációja [*ratio iuris*] az, amivel a jogfilozófusnak foglalkoznia kell. Ezt megvilágíthatják a jogszociológia és a jogtörténet által feltárható okok [*occasio legis*] is. A jogfilozófiai kutatás tárgya – a mai jogfilozófia terminológiájával élve – a jognak mint társadalmi gyakorlatnak az értelme, amit a törvényhozó mellett a politikai és jogi kultúra, az intézményrendszer, a dogmarend alakít.

B. A francia jog szellem – technikai értelemben

A francia közjogot talán a legjobban ismerő angol összehasonlító jogász, John Bell nyomán⁵⁰ a „szellemet” négy elemre – jogi értékek, a jogi eljárás, a jogszabályok formája és a jogi attitűd – bontva elemezzük.⁵¹

a) A jogi értékek

A modern jog összetett értékrendszerre épül, a francia jog pedig már az első alkotmány megszületésétől kezdve az érték-pluralizmus talaján állt. A francia jog szelleméhez – Bell és társai nyomán – (a) a jogosultságok mint általánosan elfogadott európai értékek mellett (b) a republikanizmust és az (c) az ún. sajátosan francia értékeket sorolhatjuk.

b) A jogosultságok

A mai joggyakorlat fényében elmondható, hogy a jogosultságok [*droit subjectif*] mint értékek a francia jogrend alapját képezik és hidat jelentenek az *Emberi Jogok Európai Egyezményében*

⁵⁰ John Bell *French Legal Cultures* Cambridge: Cambridge UP 2001. Introduction.

⁵¹ Ld. még Konrad Zweigert – Hein Kötz *An Introduction to Comparative Law* Oxford Oxford UP 3. kiad. 1998. 85skk.; Eva Steiner *French Law. A Comparative Approach* Oxford: Oxford UP 2010.

ezek
érvényesítésére már hatékony, részben centralizált intézményrendszer áll készen. A francia jogrend alkotmányossá tétele [*constitutionalisation*] és az európai jogrenddel való harmóniájának kialakítása azonban az *a posteriori* normakontroll és az alkotmányos panasz

⁵² Duncan Kelly „Revisiting the Rights of Man: Georg Jellinek on Rights and the State” 22 *Law and History R* XXII 3 [Autumn] 2004. 493-529.

hiánya, s legfőképpen az alkotmányellenes törvény kikényszerítésének megtagadhatatlansága miatt azonban még ma is igen sok nehézségbe ütközik. A legújabb alkotmánymódosítás már ezeket a hiányosságokat orvosolta.

A jogalkotó a decentralizáció technikájával igyekszik az egyén és az államhatalom közötti távolság csökkenteni.⁵³ De még a jelenlegi doktrína sem fogadja el az egyének és az államok között létező önálló kisebbségek létezését, ezért nem csatlakozott Franciaország például a kisebbségi nyelvek kartájához,⁵⁴ az Alkotmánytanács pedig ezért utasította el, hogy egy jogszabályban használható legyen a „korzikai nép” kifejezés.⁵⁵ Mindezek ugyanis megkérdőjeleznék a republikanizmus által hangsúlyozott egységfelfogást.

c) A republikanizmus

A köztársasági államformának tisztelete és az ezzel együttjáró „ésszerű voluntarizmusnak” az elmélete az egyik „legfranciább” jegye a hexagon jogtudományának. Bodin a „köztársaság” kifejezéssel még az abszolút monarchiára, illetve a kordivatnak megfelelően az államra utalt, és a szerző célja nyilvánvalóan az volt, hogy ezt a keresztény köztársasággal [*république chrétienne*] állítsa szembe.⁵⁶ A legösszetettebb elméletet jó néhány emberöltővel később Rousseau fejtette ki. Minthogy dolgozatunk bevezető részénél járunk még, így a tannal összefüggésben mindössze néhány apróság bemutatására szorítkozunk.

Először is érdemes megjegyezni, hogy a legjobb kormányzatnak nem a demokráciát tartotta, hanem az arisztokráciát. A demokrácia ugyanis túl sok erényt követel meg a polgároktól. A Rousseau-i tan szerint ugyanis a nép mint egyes egyének összessége a szuverén. Az egyének egymással egyenlően e szuverenitás hordozói és ugyancsak egymással egyenlően ennek vannak alávetve. Ezért kell a törvénynek általánosnak lennie, hiszen

⁵³ CC n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, „Loi constitutionnelle relative à l’organisation décentralisée de la République”.

⁵⁴ CCn° 99-412 DC, 15 juin 1999, „Charte européenne des langues régionales ou minoritaires”.

⁵⁵ CC n° 91-290 DC, 9 mai 1991. Ld. még. CC n° 75-59 DC, 30 décembre 1975 „Loi relative aux conséquences de l’autodétermination des îles des Comores”.

⁵⁶ Ld. Olivier Beaud *La puissance de l’Etat* Paris: PUF 1994. 29-31.

legalista jogfilozófia jellemző. A jogokat ugyanis kizárólag a törvény határozhat meg.⁵⁷ Ehhez természetesen megint csak hozzá kell tenni, hogy a „törvény”

⁵⁷ Rousseau *Du contrat social* II.VI, 258.

az általános akarat megfogalmazása, vagyis ezzel összefüggésben Rousseau mindössze annyit állít, hogy a jogosultságoknak – csakúgy, mint a kötelezettségeknek – végső soron visszavezethetőnek kell lennie a népre mint a szuverenitás forrására. De vajon mondhatjuk-e azt, hogy Rousseau-nál az önszeretet racionális alapja az általános akaratnak? Annyi bizonyos, hogy a természetes emberről alkotott képe mindenestre radikálisan szakítást jelent azokhoz a tanokhoz képest, amelyek az embert eszes lénynek írják le. Az önfenntartás ösztöne olyasféle dolog, ami egyszerre tekinthető racionális és nem racionális tényezőnek. Mindebből az a lényeges következtetés is adódik, hogy az akaratképzés alapja nem lehet a puszta önkény. Azt az axiómát, hogy az általános akarat mindig helyes, úgy kell érteni, hogy minden esetben az egyenlőségre irányul. Amennyiben a köztársaság alapja egy racionalista erkölcsiség, úgy az általános akarat – az egyenlőség elvén keresztül – minden esetben racionális eredményre irányul.

De miért kell hallgatni? Ésszerűnek éppenséggel ennek az ellenkezője tűnne: (1) a törvény az általános akarat kifejeződése; (2) az általános akarat a szuverén döntésével egyezik meg, mivel a szuverén másként nem is nyilatkozhat meg, és mivel, (3) Rousseau a közvetlen demokrácia híve, akkor a törvény megszületésének a polgárok deliberációja kell, hogy az alapja legyen. Ezzel az olvasattal teljesen koherens lehetne a Rousseau által pontosított törvény-fogalom, amely Montesquieu-höz hasonlóan a jogot összefüggésbe hozza az egyének között létező viszonyrendszerrel, ám ebben az esetben a viszonyt [*rapport*] nem az értelem „írja át” a jog nyelvére, hanem az ésszerű akarat alkotja meg:

„Amikor azonban az egész nép határoz el valamit az egész népről, csakis önmagára van tekintettel, s ha ebből viszony keletkezik, úgy az egész megoszlása nélkül, két különböző szempontból vett egész között jön létre. Ebben az esetben a tárgy maga, amely fölött határoztak, éppen olyan általános, mint az akarat, amelyik határoz; ezt az aktust nevezem törvénynek.”⁵⁸

A nép és a szuverén ugyanazt jelenti: „a szuverént egyedül az azt alkotó személyek hozzák létre”.⁵⁹ Ám a deliberáció – ami Montesquieu esetében még a törvényhozó általi

⁵⁸ *Uo.*

⁵⁹ *Uo.* I. VII, 246.

mint

„polgári alkotmány” a folytonosság jelképe, az V. Köztársaság intézményrendszerét és

⁶⁰ Norbert Lenoir „La loi et les deux visages du citoyen chez J.J. Rousseau” 28 *Philosophiques* [Automne] 2001 2 327-350.

⁶¹ Vö. Jonathan Culler *Dekonstrukció* Budapest: Osiris-Gond 1997. 142skk. Jacques Derrida *De la grammatologie* (Paris: Minuit 1967) munkája alapján elemzi Culler azt a tézist, hogy Rousseau-nál a beszéd elsődleges az íráshoz képest. Az utóbbi mindössze szupplementum [*supplément*], s a beszéd is szupplementum – a hallgatáshoz képest. (Miként a nevelés is a természet szupplementuma.) Ez a leírás jól illeszkedik ahhoz a Lenoir-féle elemzéshez, hogy a döntés előtt a polgár nem beszélhet, hanem hallgatnia kell, mintha visszatérne a természeti állapotba. A természeti állapotban csend van, amit csak a magányosan sétáló egyénnel való véletlen találkozás szakíthat meg. Az írás kifejezetten a polgári létehez kötődik. Hobbes-nál az emberi szabadságból szükségszerűen következik a másikkal való találkozás. A természeti állapot bizonytalanságát nem csak a szabadságból fakadó hatalomvágy, hanem az is okozza, hogy a szavak jelentésére vonatkozóan nincsen meg a konvenció. Erről ld. Ludassy Mária Hobbes-elemzését in uő *Szavak és kardok. Nyelofilozófia és hatalomelmélet*. Budapest: Osiris 2004.

⁶² I. Köztársaság 1792–1804; II. Köztársaság 1804–1848; III. Köztársaság 1875–1940 IV. Köztársaság 1946–1958. V. Köztársaság 1958–.

érvelését is meghatározzák a régi rendben felállított intézmények (például az Államtanács) és akkoriban kidolgozott igazolási módok (például a *lit de justice*), arról nem is szólva, hogy a „republikánizmus” egységfogalma valójában az abszolút monarcha által kifejezett egységnek a népre történő átruházását jelenti.

Az 1958. évi alkotmány első szakaszának első mondata szerint „Franciaország oszthatatlan, laikus, demokratikus és társadalmi köztársaság”. A nevezetes 89. szakasz (5) bekezdése pedig az államforma megváltoztathatatlanságát rögzíti. Az oszthatatlanság utal a területi integritásra, amely *sine qua non* feltétele a jogi és a nyelvi egységnek is. Az oszthatatlanságból következik a politikai közösség egysége. A nép [*peuple*] a köztársaság által létrehozott valóságos egység, a nemzet [*nation*] pedig átfogóbb, ideális kategória, amely felöleli nemcsak az élőket, hanem a halottakat és a még meg nem születetteket is. A nemzet tehát nem képes a hatalom gyakorlására. A nép a szuverén, a nép pedig a választójoggal rendelkező állampolgárokat jelenti, ami szociológiai értelemben más és más embercsoport. A nép és nemzet közti distinkciót a XIX:-XX. század alkotmányelmélete dolgozta ki; a *Deklaráció* szerzői a két fogalmat szinonimaként használták. A nemzeti és népszuverenitás közötti egyensúlyt az 1958. évi alkotmány 3. cikkelyében kifejeződő kompromisszum hozta létre. Ez kimondja, hogy a „nemzeti szuverenitás a néphez tartozik” [*la souveraineté nationale appartient au peuple*], és implicit módon jelzi, hogy a „népet” maga az alkotmány hozza létre (és nem fordítva). Minthogy az alkotmányos tömbhöz tartozik, a fenti meghatározást az 1789-es Deklaráció 3. cikkelyének fényében kell értelmezni. E szerint „a teljes szuverenitás elve lényegét tekintve a nemzetben lakozik” [*le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation*]. A szuverenitás közvetlenül vagy képviselő útján gyakorolható. Így jött létre a Guy Carcassone által szillogizmusba tört francia alkotmányos dogma:

A nemzet (nép) szuverén
A parlament képviseli a nemzetet (népet)
A parlament a szuverén.⁶³

Ebből következik a „legicentrizmus”, vagyis az, hogy valójában a parlamenti többség jelenti az általános akaratot, minthogy a 6. cikk szerint „a törvény az általános akarat kifejeződése”.

⁶³ Guy Carcassone „Conseil Constitutionnel” in Loïc Cadiet (szerk.): *Dictionnaire de la Justice*. Paris: PUF 2004. 205-211., 205.

köszönhetően –

⁶⁴ 196 DC – 197 DC „Évolution de la Nouvelle Calédonie”.

⁶⁵ Az idézet forrása Olivier Duhamel – Yves Mény *Dictionnaire Constitutionnel* Paris: PUF 1992. 195.

⁶⁶ Vö. Jean Carbonnier *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur* Paris: LGDJ 9. kiad. 1998.

már összefér a pozitív diszkrimináció lehetőségével is. Magát a fogalmat a XX. század első felének szociológiai alapú államelmélete dolgozta ki (Duguit), amely az állam feladatául azt tűzte ki, hogy a közszolgálat révén érvényesítse a társadalmi szolidaritást. A közszolgálathoz kötődő jogviták értelmezése a közigazgatási bíróságok hatáskörébe tartozik, így itt dől el az is, hogy mi tartozik e bíróság hatáskörébe, s mely jogvitákat kell a magánszféra ügyeiben illetékes rendes bíróság előtt lefolytatni. Az állami beavatkozást erősítve a közigazgatási bíróságok a „közszolgálat” fogalmát általában teleologikusan értelmezik, és ennek következtében – legalábbis deklaráció szintjén – a szolidaritási elv érvényesülhet a magánjogban is (Így például közfunkciót tölt be az, aki egy gyermeket kiment a tó vizéből, s ha ennek során kára keletkezik, az államnak ezt a kárt meg kell térítenie.)

C. A jogi eljárás és a jogi intézményrendszer

A jog mint társadalmi gyakorlat csak megfelelő intézmények és eljárások működtetésével láthatja el sajátos funkcióját, és ahány jogrendszer van, annyiféle az intézményi „dizájn”. Miként Carré de Malberg lépcsőelmélet-tanulmányában is megfogalmazódik, a francia jogrend egységét nem a jogforrások, hanem az intézményrendszer hierarchikus felépítése (például a több csúccsal rendelkező igazságszolgáltatási rend), és a hatáskör-megosztási szabályok (például a közjog és a magánjog elválasztása) garantálják.

A francia igazságszolgáltatás – az angol vagy az amerikai rendszerrel ellentétben – nem egységes. Ennek az egyik jogfilozófiát is érintő következménye az, hogy igen kevés általános értelmezésemélet született; olyan tan, amely átfogja az Államtanács, a Semmítőszék és az Alkotmánytanács interpretációs gyakorlatát. Az igazságszolgáltatás rendszerét néhány elv határozza meg. Az igazságszolgáltatás független, kétszintű, állandó és ingyenes. Ezekből az elvekből csak az első kettő bemutatására térünk ki. A függetlenséget az 1790. augusztus 16-án és 24-én hozott törvények deklarálták, s ugyanez a törvény választotta el egymástól a közjogot és a magánjogot azzal, hogy eltiltotta a bíróságokat attól, hogy a közigazgatási aktusok felett ítéletet mondjanak. A kétszintűség elve egyrészt a jogért való küzdelem lehetőségét biztosító garancia, másrészt a francia igazságszolgáltatási rendszer struktúraképzési formája. A peres fél jogosult arra, hogy ügyével egy felsőbb bírói fórumhoz fordulhasson. Ez az elv tükröződik a szervezetrendszer felépítésében is: az első fokú bíróságok felett állnak a fellebbvitel fórumai. A rendes bírósági rendszer [*les juridictions de*

⁶⁷ Louis Favoreu „Az alkotmánybíróságok” in Paczolay Péter (szerk.) *Alkotmánybíráskodás és alkotmányértelmezés* Budapest: Tempus 1995. 57.

⁶⁸ Carbonnier-t idézi Gruning, aki szerint a francia polgári törvénykönyvnek ma szimbolikus értéke van. Vö. David Gruning „Codifying Civil Law: Principle and Practice” 51 *Loy. LR* (2005) 57-71, 57.

b) Az elveken nyugvó törvényhozás

A törvény az általános akarat kifejeződése, de ideális esetben ez az akarat egy elvet emel törvényerőre. A Deklaráció 6. szakaszában megjelenő törvényfogalom (s törvény az általános akarat kifejeződése) még azt feltételezte, hogy a törvények mögött ott vannak az emberi értelemmel felismerhető természetjogi elvek, amelynek részleteit emeli törvényerőre a szuverén.

Ennek külsődlegesen is észlelhető bizonyítéka, hogy a törvény rendszerint nem részletes előírásokból, hanem általános fogalmakból és elvont szabályokból állnak. Erre a francia polgári törvénykönyv a legjobb példa, ahol az elvet rendszerint az abból deduktív módon levezetett szabályok követik. (Maga a kódex azonban a gáusi hármast követi.) Bizonyos elméletekben a jogrendszer e karakterisztikumához a hézagmentesség posztulátuma kötődik. A joggyakorlat – főként az alkotmányjog – jó ideje kötelezőnek tekint „íratlan” elveket is, melyek rendszerint republikánus politikai moralitást testesítenek meg. A jelenlegi alkotmányról sem lehet azt állítani, hogy erkölcsi elvek kartája lenne. De a preambulum utalása révén kialakított alkotmányos tömb [*bloc de constitutionnalité*] lehetővé teszi az „alkotmány betűin” való túllépést az alkotmánykontrollt végző szerv számára.

c) A jogtudomány

Egy francia jogtudós mást ért a „jogfilozófia”, „jogelmélet” avagy „jogtudomány” alatt, mint oxfordi társa, és ebből az is következik, hogy a normativitást is más szemszögből vizsgálja.

A francia szerzők a „jogfilozófia” [*philosophie du droit*] kifejezésen rendszerint vagy a „filozófusok jogfilozófiáját” [*philosophie du droit des philosophes*], vagyis az általános filozófia részterületét, avagy a „jogászok jogfilozófiáját” [*philosophie du droit des juristes*], azaz a jogászok jogi problémákat megtárgyaló, filozófiai fogalmakat és érveket mozgósító diskurzusát értik. Van, aki ezt a jogtudomány metaelméleteként felfogott „jogelmélettel” [*théorie du droit*] állítja szembe.⁶⁹ Az angolok számára nehezen értelmezhető „jogfilozófia” [*philosophie du droit*] és a jogelmélet [*théorie du droit*] között ilyen módon megtett különbségtétel, hiszen – talán Benthamet leszámítva – a *grand théorie* (vagyis amelyben a nagy filozófiai szintézis részterülete lenne a jogfilozófia) sem igen ismert az angol filozófia

⁶⁹ Troper a distinkciót Bobbio-ra vezeti vissza. A *La philosophie du droit* (Paris: PUF 2003) című munkájaegyként címe ellenére egyébként nem jogfilozófia, hanem jogelmélet.

joggyakorlat vajon jogforrás-e, vagy hogy hol helyezkedik el a rendelet a jogi hierarchiában,

hanem a joghoz való hozzáállás. Pierre Legrand szerint az esetjogi szemlélet és a törvényközpontúság miatt a két jogcsalád konvergenciája soha sem következhet be.⁷⁰ Bell és társainak mérsékelt álláspontját osztva viszont azt állítjuk, hogy a két jogi attitűd vagy gondolkodásmód között mindössze hangsúlybeli eltérés van, s érdekes módon a hasonlóság az összehasonlító jogászok által leginkább elhanyagolt (mivel „nemzetinek” tekintett) a közjog területén fedezhető fel.⁷¹ S való igaz, hogy a Dworkin által „nehéz esetnek” tekintett alkotmányjogi kérdésekre – művi terhesség-megszakítás, az aktív eutanázia, egyneműek házasságkötése, etc. – a legfelső bírói fórumok rendszerint ugyanabból az érvekészletből merítve válaszolnak.

A jogászi attitűd ugyanis egyrészt szociológiai, másrészt jogfilozófiai fogalom. Az előbbi, külső nézőpontból folytatott vizsgálódás annak feltárására irányul, hogy a jogászok saját tevékenységéhez fűződő viszonyát milyen társadalmi tényezők határozzák meg. Frydman a „külső” aspektus leírására a – jelző nélküli „világnézethez” [*vision du monde*] hasonló – „jogi világnézet” [*vision du droit*] kifejezés bevezetését javasolja.⁷² Legendre „dogmarendje” [*l'ordre dogmatique*] szintén „kívülről” befolyásolja a jogászi gondolkodást. A belső nézőpontot felvevő elemzés a tényektől többé-kevésbé függetlenül rekonstruálja, hogy a jogászok miként csatlakoznak ahhoz a társadalmi gyakorlathoz, amelynek működtetésére, befolyásolására vagy egyszerűen csak leírására vállalkoznak. Szociológiai értelemben „a jogért való küzdelem” a motorja nemcsak a francia (kontinentális), hanem a *common law*-nak is, még akkor is, ha amott *no writ, no right* elv érvényesül, a francia jogrendre viszont az igaz, hogy amennyiben egy alanyi jog [*droit subjectif*] létezik, akkor az a bíróság előtt érvényesíthető. Ezt a meghaladott szembeállítást felülírja az a tény, hogy az alapjogok olyan igények, amelyek akár a törvényhozó akarata ellenére – igaz Franciaországban, az Egyesült Államokban, Angliában és Kanadában más fajta intézményi mechanizmusok segítségével – az alkotmánykontrollt kézben tartó bíróság révén érvényesíthetőek.

Míg a szociológus kutatásának a tárgya a jogért való küzdelem, a jogfilozófus magát a jogászi diskurzust vizsgálja, amelynek működését a társadalmi tények (politikai

⁷⁰ Pierre Legrand *Le droit comparé* Paris: PUF 2. kiad. 1999.

⁷¹ Bernard Stirn és mások *Droits et libertés en France et au Royaume Uni* Paris: Odile Jacob 2006.

⁷² Benoît Frydman *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique* Bruxelles: Bruylant 2005. 31-32.

objektivista,

⁷³ Bernard Rudden „Bíróság és törvény Angliában, Francia- és Oroszországban” in Varga Csaba (szerk.) *Összehasonlító jogi kultúrák* Budapest: Osiris 2000. 290-300.

hiszen tagadja, hogy az állam jogalany lenne.⁷⁴ Duguit számára „az állam mint öntudatra ébredt szellem” hegeli elgondolása a „pozitvista” vallás kifejeződése,⁷⁵ s ebből az a következtetés adódik, hogy a Hegel hatását tükröző német államtudomány: tudománytalan „pozitivizmus”. Duguit más, súlyosabb és politikai jellegű vád is érte. Az olasz szakirodalom alapján Prélot arra beszélt, hogy a Duguit-féle objektív jog tana akár a fasiszta állam elméletének alapja is lehet.⁷⁶ A francia tudósok viszont a szuverenitás-tagadás miatt ugyanezt a szerzőt anarchizmussal vádolták⁷⁷. Idézzünk fel újabb polémiát is! Egykor Carré de Malberg azért utasította el egy tanulmányában a Kelsen-Merkl-féle lépcsőelméletet, mert szerinte a III. Köztársaság jogrendje nem a lépcsőelmélet szerint épül fel.⁷⁸ S ha egy jogfilozófiának nincsen az adott joggyakorlatra vonatkozó magyarázó ereje, akkor az egy rossz elmélet. Otto Pfersmann szerint viszont úgy látja, hogy Malberg érvelése többek között azért is hibás, mivel egy létező gyakorlatból kidolgozott absztrakt tant nem egy attól eltérő partikuláris gyakorlat falszifikál, hanem legfeljebb egy eltérő gyakorlat alapján kidolgozott másik elmélet.⁷⁹ Carré de Malberg, elkerülendő a Kelsen-Merkl-féle hibát, ezért választotta *opus magnum*ának az „Adalék az általános államelmülethez a francia pozitív jogból kiindulva” [*Contribution à la théorie générale de l’État à partir des données de droit positif français*] címet. Azt a nyilvánvaló ellentmondást, amely az államelmület általánossága és a francia jog egyedisége között feszül, Carré de Malberg a mű címébe helyezett „hozzájárulás” vagy „adalék” kifejezéssel kísérelte meg enyhíteni. Szándéka ugyanakkor nyilvánvalóan „az” államelmület, s nem pusztán a francia állam elméletének kidolgozására irányult.⁸⁰

⁷⁴ Léon Duguit *Traité de droit constitutionnel I. La règle de droit – le problème de l’État* Paris: Boccard 3. kiad. 1927. 549-550.

⁷⁵ Uo. 553.

⁷⁶ Marcel Prélot „La théorie de l’État dans le droit fasciste” in *Mélanges R. Carré de Malberg* Vaduz-Paris: Topos/Edouard Duchemin 1977. 433-466.

⁷⁷ Duguit *Traité de droit constitutionnel*. 653sk.

⁷⁸ Raymond Carré de Malberg *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation* [1932] Paris: Dalloz 2007.

⁷⁹ Otto Pfersmann „Carré de Malberg et la hiérarchie des normes” *Revue française de droit constitutionnel* (1997) 481-509.

⁸⁰ Raymond Carré de Malberg *Contribution à la théorie générale de l’État spécialement d’après les données fournies par le droit constitutionnel français* [1920-1922] Paris: CNRS 1985.

⁸¹ Herbert Hart „Positivism and the Separation of Law and Morals” *Harvard Law Review* 71 (1958) 593–629.

⁸² Az *anti-droit* kifejezés mintája a német *Unrecht* volt. Ld. pl. Philippe Fabre doktori dolgozata – *Le conseil d’État et Vichy: le contentieux de l’antisémitisme* Paris: La Sorbonne, 2001. A francia irodalomban van egy másik kifejezés is, a *non-droit*, de ez nem az *Unrecht* megfelelője, hanem olyan normatív tényekre utal, mint a szokás, a divat vagy az illem. A *non-droit* fogalmát Jean Carbonnier vezette be. Ld. *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur* Paris: LGDJ 9. kiadás. 1998.

2. A „Duverger-ügy”

A Duverger-ügynek nemcsak jogfilozófiai, tudományetikai, politikai dimenziói, hanem jogi vonatkozásai is voltak, hiszen maga a főszereplő vitte ügyét a bíróság elé. A rekonstrukciót ezért egy bírósági eljáráshoz hasonló szerkezetben végezzük el: a „vádlott” bemutatását a „vád” és a „védelem” ismertetése követi.

A. A „vádlottról”

Maurice Duverger 1917-ben született Angoulême-ben. A kollaboráció egyik szellemi centrumának számító bordeaux-i egyetemen tanult, majd a Pétain-rendszer egyik vezető jogtudósának, Roger Bonnard-nak a tanítványaként kezdett el tanítani. Mindössze belekóstolt a bordeaux-i iskola által kidolgozott absztrakt logikába, amely „a szövegek révén szabályozott helyzetek általánosításával meghatározható rendszert kutatja, amelyből pedig levezethetőek az előre nem látott esetekre alkalmazható megoldások.”⁸³

1940-ben Duguit és Bonnard tanainak cizellálása helyett Duverger „szigorú és formalista” doktori dolgozatot ír.⁸⁴ Ez a „Lakóingatlanok kisajátítása a közszolgálatok részére” [*L'affectation des immeubles dominiaux aux services publics*] című 424 oldalas mű – feltehetően,⁸⁵ s állítólag szándékosan – rettenetesen unalmas és érdektelen. Kevésbé igaz ez az állítás az ugyanekkor (24 évesen) írt „A köztisztviselők helyzete az 1940-es forradalom óta” [*La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940*] című, 178 oldal (!) hosszú tanulmányra, amit a Jèze és Bonnard által szerkesztett *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* közöl.⁸⁶ Ugyanebben a számban olvashatunk Duverger-től egy Bonnard munkájáról készített recenziót is.

⁸³ Maurice Duverger „La perversion du droit” in *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul* Paris: PUF 1983. 705.

⁸⁴ Uo.

⁸⁵ Sajnos a francia könyvtárakban nem található meg az „unalmas” doktori dolgozat, ami nem feltétlenül a viharos időszak számlájára írandó. (A háború alatt készült doktori dolgozatok, folyóiratok, publikációk nagy része megmaradt a könyvtárakban.) A fenti megjegyzést tehát a cím és Duverger visszaemlékezése inspirálta. Azért lényeges ez az adalék, mert Duverger védekezésében azt sugallta, hogy érdektelen művek közzétételével nem lehetett kibújni az igazságtalan jogszabályokra vonatkozó tudományos művek publikálásának „kötelezettsége” alól, vagyis csak egyszer volt „elsüthető” az „ellenállás” azon formája, amit az érdektelen doktori megírása jelentett.

⁸⁶ A szám érthető okokból kicsit késve és két évet egybefogva jelenik meg. Ez azt jelenti, hogy Duverger még fiatalabb volt a tanulmány írásakor. Maurice Duverger „La situation des fonctionnaires depuis la Révolution

készítette el.⁸⁹

de 1940" *Revue du droit public* (1941) 277–332 és 417-540. A szerző a hosszú tanulmányt ugyanabban az évben, azonos címmel könyv formában is megjelentette.

⁸⁷ Vö. Roger Bonnard „A nos lecteurs" *Revue du droit Public* (1940) 141sk.

⁸⁸ Maurice Duverger „J. Leferrière Le nouveau Gouvernement de la France" *Revue du droit public* (1943) 367.

⁸⁹ Jèze megemlékezésében azt olvassuk, hogy Bonnard mesterét, Duguit-t eltúlzott pozitívizmusa miatt kritizálta, hiszen az utóbbi nem fogadta el, hogy a tudományos kutatás tárgyai *a priori*, s nem csak *a posteriori* fogalmak lehetnek. Duverger nekrológiájában Bonnard objektivitását és a tudományosságát emeli ki. Ld. Jèze „Roger

A jól láthatóan termékeny, ambiciózus és igen jól helyezkedő Duverger hamar túljutott a professzori vizsgán is, s az útja Párizsig vezetett. Később a baloldallal sem alakul ki harmonikus viszony. Ennek ellenére a „nagy menetelés” számára nemcsak párizsi állást, hanem országos, majd nemzetközi ismertséget hozott. Emellett közéleti szerepvállalásra is adja a fejét, de igen nehezen tekinthető át az az ív, amit befut. Van időszak, amikor a Szovjetuniót védi, de összerúgja a port a francia kommunista párttal is. A nyolcvanas évek elején erőteljesen kritizálja a kommunista diktatúrákat, s az azt igazoló dogmatikus marxizmust.⁹⁰ Politikai pályájának csúcán, 1989-ben viszont az olasz kommunista párt listájáról kerül be az Európai Parlamentbe.⁹¹

B. A „vádponatok”

A Duverger-ügy összes epizódja politikai botrány volt. Először 1954-ben erre a cikke hivatkozva próbálja meg egy állítólagos rosszakarója megakadályozni, hogy Duverger elnyerje a párizsi jogi kar katedráját. Ekkor – mint Duverger maga írja – az egykori Kelsen-tanítvány és -fordító, Charles Eisenmann simította el az ügyet. A szélesebb nyilvánosság 1957-ben, majd 1968-ban lehetett tanúja az újabb Duverger-afférnek. Az újságírók által megfogalmazott 1968-as vád szerint a fiatalkori cikk „jóváhagyta a vichyi kormányzat által kiadott faji rendelkezéseket”. A Párizsi Fellebbviteli Bíróság február 28-án hozott ítéletében azonban kimondta, hogy Duverger dolgozata az akkor hatályos faji törvényhozásról szóló tisztán jogi, technikai és kritikai tanulmány, és nem tartalmaz a rendelkezésekre vonatkozó

Bonnard” *Revue du droit public* 60 (1944) 2.; Maurice Duverger „L’oeuvre et la doctrine de Roger Bonnard” *Revue du droit public* 60 (1944) 4-15.

⁹⁰ Duverger a „Balatoni narancstermelők” (*Les orangers du lac Balaton* Paris: Seuil 1980) előszavában erősen szarkasztikus hangnemet megütve emlékezik meg a Rákosi korszak magyar narancs-programjáról. (Amiről viszont tudjuk, hogy nem is létezett, még kevésbé a Balaton partján. Duverger járt a hetvenes években Magyarországon, úgyhogy ellenőrizhette volna a pletyka igazságalapját.) A könyv egyik fő állítása egyébként az, hogy a kelet-európai rezsimek egyik nagy baja az volt, hogy a tudósok azt gondolták: a marxizmus lehet tudomány. Így dogmává alakították át az eredeti tanokat, és legitimálták ezeket a diktatúrákat olyan országokban – mint például Magyarország (!) – amelyek soha nem is ismerték a demokráciát. Ez a magyar-marxista szál érdekes a Duverger-sztoriban, főleg, ha hozzávesszük, hogy később ugyanezért vádolták meg őt, a vichyi rendszerrel való együttműködésével összefüggésben, hogy ti. a pozitivistá ideológia segítségével, dogmatikusan, semleges kommentárja révén hozzájárult a rendszer legitimációjához.

⁹¹ A nagy műveken – *Les partis politiques* (1951) a *Droit constitutionnel et institutions politiques* (1951), a több mint húsz kiadást megért *Le système politique français* – Duverger politikai nézetei nem annyira hagynak nyomot.

⁹² Idézi Duverger „La perversion du droit” 711.

. Az
erkölcsileg elfogadható álláspont az lett volna, ha hallgattak volna, vagy más formában álltak
volna ellen.

⁹³ *Uo.* 711sk.

⁹⁴ Idézi Lochak „Écrire, se taire ... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française" 439.

⁹⁵ *Uo.*

⁹⁶ *Uo.* 438.

C. A „bizonyítékok”

A „vádak” szemszögéből nézve kardinális jelentőségű kérdés, hogy van-e olyan értelmezése a vichyi rendszer kialakulásának, amelynek alapján azt mondhatnánk, hogy az legális volt. Csak oly módon vethető fel ugyanis az akkor munkálkodó jogászok erkölcsi felelőssége, ha azokkal az alkotmányos szabályokkal és eszményekkel szembesítjük őket, amelyek szövegeik kontextusát alkották. Nem mindegy ugyanis, hogy egy jogtudós államcsínyt vagy egy alkotmányos reformot „támogat”. A vádak másfelől nem lehetnek anakronisztikusak: senki sem kérheti számon a jogállami kritériumok tiszteletben tartását Duverger-n, amelyeket Franciaország gyakorlatilag 1971-ig nem is igen ismert.⁹⁷ Mielőtt megvizsgálánk Duverger írását, ismerkedjünk meg szövegének politikai-jogi kontextusával.

a) Duverger tanulmányának kontextusa

Vichy 1940-ig leginkább gyógyfürdőjéről volt híres, amit a gyarmatokról visszatérő hátfájós funkcionáriusok vettek igénybe. Egyértelmű volt ugyan, hogy a város teljesen alkalmatlan arra, hogy főváros legyen, a németek csapatok viszont nem foglalták el. Ideérkezett a verduni csatában szerzett érdemei miatt korábban nemzeti hősként tisztelt Pétain tábornagy 1940-ben. Nos, itt született meg a „Francia Állam”.⁹⁸

A történeti tények a következők. 1940 május-júniusában a franciák vereséget szenvedtek és az ország mintegy háromnegyed-egynegyed arányban két részre, a megszállt északi és a „szabad” déli zónára szakadt. Június 10-én a kormány elhagyta Párizst. Paul Reynaud, a Tanács [*Conseil*]⁹⁹ elnöke az elnökhelyettest, Pétain tábornagyot bízta meg, aki mindenekeelőtt békét kívánt kötni. Június 17-én már a Pétain vezette új kormány hirdette ki, hogy véget kell vetni a harcoknak. Pétain üzenetében a fegyverszünet másodlagos kérdésként jelent meg. A tábornagy inkább egy békekonferenciát vizionált, ahol a legjobb

⁹⁷ Dominique Gros „Peut-on parler d’un „droit antisemite”?” in „Le droit antisemite de Vichy”. *Le genre humaine*. (1996) [Nyár-Ősz] 13-44, kül. 20-22.

⁹⁸ Vö. Didier Maus „Vichy” in Olivier Duhamel – Yves Mény (szerk.): *Dictionnaire constitutionnel* Paris: PUF 1992. 1069-1071, 1069.

⁹⁹ Ez a III. Köztársaság által felállított intézmény, amely nem ugyanaz, mint az Államtanács [*Conseil d’État*].

¹⁰⁰ Vö. „Vichy (régime de)” in Pierre Milza – Serge Berstein *Dictionnaire historique des fascismes et du nazisme* Paris: Complexe 1992. 678sk.

¹⁰¹ Vö. Philippe Fabre *Le conseil d'État et Vichy: le contentieux de l'antisémitisme* Paris: Publications de la Sorbonne, Introduction, 19-48.; Michel R. Marrus – Robert O. Paxton *Vichy et les Juifs* M. Delmotte (ford.) Paris: Calmané-Lévy 1981.

¹⁰² Pl. Dominique Chagnollaud *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)* Paris: Dalloz: 2002. 289skk.

A korszak alkotmányjogászai a „francia állam” terminust azért vezették be, hogy ezzel is hangsúlyozzák: a tárgyalt korszakban nem köztársasági államformában éltek a franciák.¹⁰³ A ma használatban lévő alkotmányjogi tankönyvek szerzői bizonytalannak tűnnek abban, hogy mi az államformája a „francia államnak”.¹⁰⁴ Csak retrospektív módon zárható ki teljesen, hogy köztársaság lett volna. A rezsimet 1944. augusztus 9-én, már egy de Gaulle által szignált rendelet tette jogon kívülé. Annak 1. cikke kimondta, hogy „Franciaország államformája továbbra is köztársaság, amely jogi értelemben nem szűnt meg létezni”, és minden, 1940. június 16. vagyis a fegyverszünet megkötése utáni jogszabály illegitim. Ebből az következik, hogy a vichyi kormányzat nem volt köztársaság.

Az érvelés kedvéért fogadjuk el – amit a korszak jogtudósai is állítottak – hogy egy tekintélyelvű államról [*l'État autoritaire*] van ebben az esetben szó, ahol

„Pétain hatalma kizárólagosan transzcendens. [...] Ereje és tekintélye nem a nemzetgyűlés felhatalmazása alapján és nem a nemzet akaratának kifejeződéséből fakad. Akarata saját erejét, tekintélyét és legitimitását a saját értékéből vezeti le.”¹⁰⁵

¹⁰³ Mindenesetre a „köztársaság” kifejezést a tárgyalt korszakban cenzúrázták. Vö. Marcel Prélot „La révision et les actes constitutionnels” in *Le gouvernement de Vichy: 1940-1942. Institutions et politiques* Paris: Armand Colin / Fondation Nationale des Sciences Sociales et Politiques 1972. 35., 29.

¹⁰⁴ Duverger hatalomkoncentráció révén megvalósuló diktatúrának nevezi a rezsimet. Ld. Maurice Duverger *Elements de droit public* Paris: PUF 1957. 63. Az újabb irodalomban Leclercq szintén a „diktatúra” szót használja először, de utána – Bonnard-ra hivatkozva – azt írja, hogy autokratikus államról van szó. Vö. pl. Claude Leclercq *Droit constitutionnel et institutions politiques* Paris: Economica 10. kiad. 1999. 360-362, 360. Szintén diktatúrának – még hozzá nacionalista és tradicionalista inspirációjú személyi hatalomnak – nevezi Milza és Bernstein az 1940-1942-es időszakot, amit a fasiszta rendszer váltott fel 1942-1944 között. Az ugyancsak az ő tollukból származó „Vichy (régime de)” lexikon-szócikkben viszont már azt olvashatjuk, hogy tekintélyelvű rendszerről volt szó. Vö. Pierre Milza – Serge Berstein *Dictionnaire historique des fascismes et du nazisme*. 28., 681. A Chantebout-féle tankönyv a tekintélyelvű rendszerek [*régime autoritaire*] közé sorolja Pétain kormányzatát, ám utána ott is a „diktatúra” kifejezéssel találkozunk. Vö. Bernard Chantebout *Droit constitutionnel* Paris: Dalloz 24. kiad. 2007. 272. A „tekintélyelvű rendszer” kifejezést használja még Bertrand Mathieu - Michel Verpeux *Droit constitutionnel* Paris: PUF 2004. 136. Akad, aki csak egyszerűen „vichyi kormányzatról” beszél, rögvest hozzátéve, hogy ezzel párhuzamosan létezett a de Gaulle-féle kormányzat is [*gouvernement*]. Vö. Frédéric Rouvillois *Droit constitutionnel. 1. Fondements et pratiques* Paris: Flammarion 2005. 2. kiad. 280skk. Troper és Hamon úgy oldja meg – vagy inkább kerüli el – a problémát, hogy kijelentik: ebben az időszokban nem volt alkotmányos kormányzat. Francis Hamon – Michel Troper *Droit constitutionnel* Paris: LGDJ 2007. 30. kiad. 415. Mathieu és Verpeaux is az „alkotmánytörténet zárójeleiként” említi Vichyt (Pétain, Laval) és Londont (de Gaulle). Ld. Mathieu - Verpeux: *Droit constitutionnel*. 131.

¹⁰⁵ Prélot-tól veszi az idézetet Leclercq *Droit constitutionnel et institutions politiques* 361.

¹⁰⁶ Uo. René Gillouin, Pétain tábornagy beszédeinek szerzője szerint is „az új állam nemzeti, tekintélyelvű [autoritaire], hierarchikus és társadalmi”. Idézi Maus „Vichy” in Duhamel – Mény (szerk.): *Dictionnaire constitutionnel*. 1070.

¹⁰⁷ Mathieu – Verpeux *Droit constitutionnel* 132skk.

¹⁰⁸ Idézet forrása: uo. 133.

Az alkotmányos törvényt a köztársasági elnök kihirdette és a Tanács elnöke ellenjegyezte. Az alkotmánymódosítás – a francia alkotmányjogi dogmatika értelemben – legális volt. Mert igaz ugyan, írja Mathieu és Verpeux, hogy az alkotmánymódosítás hatalmával felruházott szerv nem delegálhatja a hatalmát, arra viszont joga van, hogy megváltoztassa a módosításra vonatkozó szabályt, így egyúttal tiszteletben tarthatta a 8. cikkely előírását is.¹⁰⁹ Troper és Hamon az alkotmányos mechanizmust egy kicsit másképpen írja le, de a konklúzió ugyanaz. A fő szabály szerint egy szerv csak azt a hatalmat delegálhatja másra, amellyel maga is rendelkezik. Az alkotmányos dogmatika szerint viszont az alkotmányozó hatalom nem delegálható. De az alkotmányozó hatalom, amely bármit megtehet, megváltoztathatja az alkotmánymódosítás szabályait is. Ugyanúgy, ahogyan a Nemzetgyűlés hozzányúlhat a törvényhozóra vonatkozó szabályokhoz is, az alkotmányozó hatalom megteheti akár azt is, hogy magára az alkotmányozó hatalomra vonatkozó szabályokat változtassa meg.

1789-ben a forradalmárok Sieyès nyomán különbséget tettek az alkotmányozó hatalom és az alkotmányozó hatalom által az alkotmánymódosítás hatalmával felruházott szerv között. Az alkotmányozó hatalom a forradalmi – a jogon kívüli állapotban lévő – nép. Ezt a konstrukciót azonban nem akarták alkalmazni 1940 júliusában, hiszen Pétain nem a francia forradalom örököséként kívánt hatalomra kerülni. Troper és Hamon azt állítja, hogy nem a hatalom delegálása történt ebben az esetben, hanem az, hogy az alkotmányozó hatalom egy új alkotmányozó hatalmat, a Vezért, vagyis Pétain tábornagyot „hozta létre”, azaz ráruházta az alkotmányozó hatalmat. Ehhez persze módosítani kellett az alkotmánymódosításra vonatkozó szabályt, de hát erre joguk is volt, hiszen az alkotmányozó hatalma – szemben az egykori forradalmi konstrukcióval – kiterjed a módosítására is. Ugyanezt az eljárást hozták játékba a franciák az 1958-as alkotmánymódosítás során, amikor először az 1946-os alkotmány 90. szakaszában meghatározott alkotmánymódosítási eljárást változtatták meg, majd átruházták az alkotmányozó hatalmat de Gaulle-ra. Ami Vichyben történt, csak retrospektíve, az 1958-as Alkotmány 89. szakasz (4) bekezdése felől vizsgálva illegális, állítja Hamon és Troper, amely megtilt minden területi integritást veszélyeztető alkotmánymódosítást.¹¹⁰

¹⁰⁹ *Uo.*

¹¹⁰ Vö. Hamon – Troper *Droit constitutionnel* 416-418.

alkotmányossága megkérdőjelezhető, s úgy lehet őket kezelni, mint egyszerű, a hatályos alkotmányba ütköző közigazgatási rendelkezéseket.

¹¹¹ Vö. Duverger „La perversion du droit” 706.

¹¹² Ezeket ld. *Le gouvernement de Vichy: 1940-1942*. Annexe 1, 313-318.

Viszont a III. Köztársaság államberendezkedésének sajátosságai miatt nem volt olyan szerv, ami ezeknek az alkotmányellenességet kimondhatta volna. S amennyiben Hamon és Troper logikáját követjük, és elfogadjuk, hogy nem delegációról, hanem új alkotmányozó hatalom instituálásáról van szó, akkor a helyzet más, hiszen ilyen esetben a korlátozhatatlan alkotmányozó hatalom akár azokat a feltételeket – vagyis a nép általi ratifikáció követelményét – is felülírhatja, amelyek révén hatalomra került. S az is igaz, hogy ezek a feltételek abban a történeti helyzetben lehetetlenek voltak. Ugyan semmi nem zárta volna ki, hogy Pétain megtartsa a III. Köztársaság politikai intézményi közül legalább a gyűléseket, hiszen ebben a tudatban szavazták meg az alkotmánymódosítást a képviselők is. De Pétain ezt nem tette, mert a „francia állam” ilyen értelemben viszont szakítani kívánt a III. Köztársasággal. A Nemzeti tanács [*Conseil national*], amely végül – legalábbis papíron – felállt, nem választáson alapult, kinevezésen, s nem is ülésezett együtt, csak bizottságok formájában.¹¹³

Materiális értelemben viszont az alkotmánymódosítás igenis érintette a köztársasági államformát. Ha az államforma megváltoztatására vonatkozó 1884-es rendelkezést nem pusztán úgy értelmezzük, hogy az csak a monarchia visszaállítását tiltja meg, hanem úgy, mint a köztársasági elvek tiszteletbentartásának követelményét, akkor nyilvánvaló, hogy a Pétain-rendszer ezt a kritériumot nem teljesítette. Nemcsak az egyenlőség elve sérült súlyosan, hanem a parlamentáris intézményrendszer és a hatalommegosztás elve is. Az *Emberi és Polgári Jogok Nyilatkozatának* 16. szakasza értelmében Pétain alatt nem volt alkotmánya Franciaországnak, s a tisztségekhez való egyenlő hozzáférés jogát garantáló szakasz ugyancsak sérült.

Igen ám, de az akkori doktrína a Carré de Malberg által kidolgozott „törvényes állam” [*l'État legal*] koncepciójának hatása alatt állt, s nem vallotta magáénak a materiális értelemben vett „jogállam” [*l'État de droit*] eszméjét. A Nyilatkozat 16. cikkelyének értelmezése még ma is viták tárgyát képezi. Továbbá a Nyilatkozatban felsorolt jogokat a doktrína megvalósítandó politikai programpontoknak tekintette, s ilyen értelemben a Nyilatkozat nem is jogszabály. (A Nyilatkozat alkotmányos tömbbe való behelyezésére csak jóval

¹¹³ Ld. erről részletesen Duverger *Elements de droit public*. 64sk.

képezik továbbra is, de bármikor
hatályon kívül lehet helyezni ezeket. (Ez azért lényeges, mert a francia jogrendben nincsen *a*

¹¹⁴ Vö. Hamon – Troper *Droit constitutionnel*. 415. Hamon és Troper úgy látják, hogy ez az állítás politikai vagy morálfilozófiai értelemben helytálló, alkotmányjogi értelemben viszont nem.

posteriori normakontroll.) Tekintve az utóbbiak számát, Burdeau szerint a „bitorlási” tétel nem meggyőző.¹¹⁵

Minket azonban az foglalkoztat leginkább, hogy az „első Vichy” idején tevékenykedő jogászok tekinthették-e legitimnek a rendszert. A rendszer legitimitásának vége viszonylag pontosan kijelölhető: a 11. számú, a megszálló hatalom által kikényszerített alkotmányos törvény meghozatalától (vagyis 1942. április 18-tól kezdve) az önálló államiság, s ezzel együtt a francia rendszer legitimitációja megszűnt. (Ez a törvény állította fel a diarchiát Pétain és a nácibarát Laval között.) Az elméleti problémát a rendszer születése, a forradalmi legitimitáció veti fel.

A „nemzeti forradalom” sajátos – a fentiek értelmében és csak a hatalomátvételre vonatkoztatva: „vér nélküli” és „alkotmányos” – konstrukció. Bonnard szociológiai értelemben írja le úgy a politikai forradalmat, mint „hirtelen, gyors és egy ország politikai intézményeit érintő változás.”¹¹⁶ A „forradalom” a francia alkotmányjogi dogmatikában voltaképpen az alkotmánymódosítás egy igen speciális formája, ahol a módosításra vonatkozó szabályokat nem tartják tiszteletben. A „francia állam” terminussal Pétain – miként korábban megpróbáltuk bemutatni – valójában fel kívánta ölelni az egész francia történelmet, vagyis a francia forradalom előtti időszakot is. Egyesek szerint a „nemzeti forradalom” az „ellenforradalom” szinonimája. Ez az állítás a „francia állam” integratív jellege miatt nem igaz: a Vezér személyesíti meg a „francia állam” egységét, de ennek az állam identitását nem a forradalom-ellenesség, hanem mindenféle megosztottsággal való szembenállás jellemzi. A rend célja az volt, hogy helyreállítsa a régi francia értékeket, együttélési kereteket (család, korporációk), elitet (nemesség), munkamódszereket (földmunkák és építőipar). A rendszer nemcsak a katonai vereség okának tekintett III. Köztársaságtól kívánt megszabadulni, hanem visszament egészen az 1789-es forradalomig, sőt még tovább, túl az *ancien régime*-en, s még ezen túl is, egészen odáig, amikor Franciaország megszületett. Ebbe természetesen „belefért” a forradalom-ellenesség is – ezért nevezhette az *Action française* miatt híressé-hírhedtté vált Maurras az új rendszert „isteni

¹¹⁵ Vö. Georges Bourdeau *Traité de science politique* Paris: LGDJ 3. kiad. 1983. 150sk.

¹¹⁶ Roger Bonnard „Les Actes constitutionnels de 1940” *Revue de Droit Public* (1942) 51.

¹¹⁷ Pierre Milza *Fascisme français. Passé et présent* Paris: Flammarion 1987. 226sk.

Gaulle oldalára

álltak.¹¹⁹ A III. Köztársaságot jellemző Carré de Malbergi legalizmus, a Carl Schmitthez közel

¹¹⁸ Rémond-ot idézi Milza *uo.* 227.

¹¹⁹ Charles Debbasch és mások *Droit constitutionnel et institutions politiques* Paris: Economica 4. kiad. 2001. 454-456, 455.

álló „személyes rend” institucionalista jogfilozófia,¹²⁰ a félreértett neotomista tanítás együttesen inspirációja lehetett a vichyi rendszert alátámasztó ezoterikus ideológiának.

De még ha egymást is erősítő szellemi forrásokról is lenne szó, a nacionalizmusból nem következik szükségszerűen az antiszemita törvényhozás. A III. Köztársaság közéletében is jelen volt az antiszemitizmus, de nem általános jelenségként.¹²¹ A francia antiszemitizmus sajátossága az, hogy jogászai konstrukció volt.¹²² A lappangó antiszemitizmus tört be a jogi karokra, s legelkötelezettebb az egyetemi jogászság lett annak ellenére, hogy a háború előtti jogirodalomban alig van nyoma a faji megkülönböztetésnek.

Az 1940. évi zsidótörvényt egy kevésbé ismert alkotmányjogász, az 1941. évit viszont maga Joseph-Barthélemy igazságügy miniszter [*Garde des Sceaux*] és helyettese készítette el.¹²³ De nem minden jogász állt mellé. Volt olyan civilista, aki úgy tiltakozott a zsidótörvények ellen, hogy kijelentette, az új törvények a közjogászokat érintik, ezért ő nem hajlandó ezeket megtárgyalni. Marc Bloch, René Cassin, René Capitant, Léo Hamon ugyancsak nem volt hajlandó együttműködni az új rendszerrel, még kommentárt sem írtak, hanem inkább az ellenálláshoz csatlakoztak. Más jogászok együttműködése azonban sajátos, „semleges” formát öltött. A párizsi jogi kar például kijelentette, hogy sem pro, sem kontra nem hajlandó ítéletet mondani a kormányzat által meghozott törvények felett.¹²⁴ A kar akkori dékánja, az

¹²⁰ A *Les trois types de pensée juridique*. [Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934)] Paris: PUF 1995. műben, mint ismert, Schmitt a normativista, a decizionista és az institucionalista felfogásokat veti össze. Olivier Beaud – „Carl Schmitt ou le juriste engagé” in Carl Schmitt: *Théorie de la constitution* Paris: LGDJ 1993 5-113 – álláspontja szerint az institucionalizmus vagy *Ordnung*-gondolkodásmód mindössze korrekciója a decizionizmusnak. Ezt annak ellenére állítja Beaud, hogy Schmitt saját szellemi fejlődésére úgy tekintett, mint a Hobbes-i decizionizmustól a Hauriou-féle konkrét rend vagy intézmény elmélete közötti ívre. (uo. 25.) Ám Hauriou és Duguit nem a német jog- vagy államelmélethez, hanem a III. Köztársaság intézményes berendezkedéséhez és a francia szociológiai tradícióhoz kötődik. Közvetlenül egyik sem felelős sem a nácizmussal kokettáló Schmittért, sem pedig vichyi kormányzat bűneiért. Másfelől viszont az is igaz, hogy Duguit tanítványa volt Bonnard, Bonnardé pedig Duverger ...

¹²¹ Vö. Philippe Fabre *Le conseil d'État et Vichy: le contentieux de l'antisémitisme* Paris: Publications de la Sorbonne, Introduction, 76-82.

¹²² Gros „Peut-on parler d'un „droit antisemite”?” 18.

¹²³ Uo. 17.

¹²⁴ Claude Singer *Vichy, l'Université et les Juifs. Les silences et la mémoire* Paris: Les Belles Lettres 1992. 178.

A rendszerváltás jellegéből logikusan következnek az alábbi célkitűzések. Az új berendezkedés tekintélyelvű, ezért a közigazgatási reformnak az állami tekintély

¹²⁵ Fabre *Le conseil d'État et Vichy: le contentieux de l'antisémitisme*. 65. A visszaemlékezések szerint Ripert nem volt antiszemita, s a faji törvényeket brutálisnak és igazságtalannak tartotta.

¹²⁶ André Broc *La qualité juif. Une notion juridique nouvelle* Paris: PUF 1943. 272sk.

¹²⁷ Gros „Peut-on parler d'un „droit antisemite“?” 22sk.

¹²⁸ Duverger „La situation des fonctionnaires ... 277.

helyreállítását kell megcéloznia. Ez részben a hivatalnokok engedelmeskedésének hatékonyabb kikényszerítésében áll.¹²⁹ A berendezkedés továbbá nemzeti, amiből levezethető, hogy bizonyos funkciókat nem tölthetnek be szerzett állampolgársággal rendelkező személyek vagy zsidó származásúak. S végül a politikai berendezkedés alapja a „munka, család, haza”, ezért érthető, hogy a házas nőknek miért kell elhagyniuk bizonyos munkaköröket. Mindezek az előírások logikusan következnek az új rendből, míg más rendelkezések – a börtönnépesség reintegrációja, munkanélküliség elleni küzdelem – inkább pragmatikusak, amelyek bizonyos tényekre vezethetőek vissza.¹³⁰

Duverger tanulmányának leginkább inkriminált része a közfunkciók egyenlő betöltésének elvével foglalkozik. Itt tárgyalja meg ugyanis azt, hogy zsidó származásúak miért nem vállalhatnak közfeladatot. Mint láttuk, ez az új rezsimből logikusan következik. Maga az egyenlőségi elv nem „új”, amennyiben az már a korábbi közigazgatási rendszereknek is az alapja volt, hiszen ez következik az általános állampolgári egyenlőségre vonatkozó klauzulából is. S amióta létezik ez az elv, azóta van két, ellenkező irányú kivétel is alóla. Az egyik a privilégium, amikor egy közfunkciót valaki számára fenntartanak (például az egykori vagy jelenlegi katonai alkalmazottaknak). A másik kivétel a jogfosztottság [*incapacité*]. Ezek az okok már megjelentek az 1927., 1934. és 1935. évek törvényhozásában, de az akkori törvények még „csak” a szerzett állampolgársággal rendelkezőket érintették. A forradalom az egyenlőség elve alóli kivételeket megsokszorozta, kiterjesztve a jogfosztottak körét a zsidókra és a nőkre. De magát az egyenlőségi elvet nem adta fel, írja Duverger, hiszen bizonyos esetekben a törvényhozó nemcsak negatív, hanem pozitív irányba is alkalmazta az egyenlőség elvét, oly módon, hogy orvosolt bizonyos egyenlőtlenségeket.¹³¹

Az új törvények esetében a jogfosztottság okainak kiválasztásakor a törvényhozót eltérő szándék vezette. A törvényhozó a közszolgálatishoz fűződő érdeket védi, hiszen „köztudott”, hogy a szerzett állampolgársággal rendelkezők és a zsidók képtelenek a közszolgálatot jól működtetni, ezért nem szabad hagyni, hogy közfunkciót lássanak el. A

¹²⁹ Uo. 278sk.

¹³⁰ Uo. 279sk.

¹³¹ Uo. 280sk.

¹³² Uo. 290sk.

. június 25. előtt

az volt, zsidónak számít. Akinek két nagyszülője zsidó, de ő maga egy valláshoz sem tartozik, szintén zsidónak tekintendő. A legfontosabb újdonság pedig az, írja Duverger, hogy a zsidó valláshoz tartozás egyúttal megdönthetetlenül vélelmezi a zsidó fajhoz tartozást is. Ez egy *praesumptio iuris et de iure*. Az 1941-es jogszabály szűkebb és könnyebben alkalmazható: a fajhoz tartozást megalapozza a vélelem, amely pedig a valláshoz tartozáson alapul. A valláshoz tartozás általános szabálya a rendes bizonyítás alapján állapítható meg. Egyedi esetben előfordulhat, hogy a zsidó nagyszülők leszármazottja azért esik a „zsidó” meghatározás érvényességi körébe, mert a nagyszülők nem tartoztak egyetlen valláshoz sem.¹³³

A közfunkciókkal ellentétben a magánszakmák szabadon gyakorolhatóak továbbra is. Most ez az elv, de ez alól akadnak kivételek. Az első és abszolút jellegű kivétel az, ha az adott szakma befolyásolhatja a közvéleményt (újságírás, mozi, színháztársaság etc.). Ezen szakmák listáját törvény határozza meg. A tilalmi lista alapja a befolyásolás mértéke: egy zsidó színdarabot írhat, de mozit nem működtethet, mert annak nagyobb hatása lehet. A második, ugyancsak abszolút jellegű tilalom a „spekulatív” szakmákra vonatkozik (bankárok, pénzváltók, ingatlanforgalmazók, etc.). A harmadik kivétel körét olyan szakmák alkotják, amelyek esetében a *numerus clausus* külön rendelkezés állapítja meg. Itt nincs általános és abszolút tilalom, hanem „csak” létszámkorlátozás. Ezzel szemben a közszolgálat [*fonctions publiques*] a zsidók számára általános tilalom alá esik. Területi hatályát tekintve a törvény Franciaországon kívül kiterjed Algériára, a protektorátus területeire, valamint vonatkozik még Szíriára és Libanonra is.¹³⁴

A törvény személyi hatálya lerontható. A kivételeknek két fajtája van: egyik általános, személytelen, és csak bizonyos tisztségekre vonatkozik; a másik egyéni, és minden funkciót felölel, ideértve a magánszakmákat is. Az első csoportba tartoznak a veterán katonák, felmenőik, özvegyeik és az árvák. Ám ahhoz, hogy egy zsidó „veterán” lehessen, szigorúbb kritériumnak kell teljesülnie, mint annak az esetében, aki a francia állampolgárságot megszerezte: nem elég az, ha részt vett az 1939–1940-es háborúban, hanem szerepelnie kell egy speciális listán és birtokolnia kell a katonai keresztet is. Ugyanakkor a katonai kereszt vagy

¹³³ Uo. 306s. k.

¹³⁴ Uo. 309s. k.

a becsületrend, vagy más háborúban szerzett érdemrend is elég a státusz

¹³⁵ *Uo.* 311skk.

¹³⁶ *Uo.* 315.

most nem „hideg” és „távolságtartó”, hanem – talán a megnyert per miatt is – néhol igen visszaemlékezésszerű, személyes, fennhéjázó, s különlegessége – miként arra Lochak felfigyelt – hogy a szerző a fiatalkori Duverger-ről egyes szám harmadik személyben beszél.

A „személyes” jellegnek két aspektusa van. Egyfelől Duverger azt próbálja igazolni, hogy az őt ért támadásnak mindig voltak személyes vagy politikai motivációi, másfelől pedig azt sugallja, hogy mint egykori ambiciózus és kellően tájékozott tanársegéd-adjunktus, ő nemcsak hogy nem kötelezte el magát a faji törvények mellett, hanem éppenséggel az érintetteket kívánta védeni.¹³⁸ Fiatalkorában választhatta volna azt is, hogy érdektelen tanulmányok készítésével „bomlaszt”, avagy éppen ellenkezőleg: nagy jogszociológiai szintézist alkot, mondjuk Durkheim, Duguit vagy Scelle nyomdokain, vagy elkötelezhette volna magát a Jèze- vagy Bonnard-féle strukturális elemzés mellett, de építhetett volna olyan zikkurathoz hasonló jogtant, mint Kelsen. Ám a szemináriumokra készülve sem ezzel, sem pedig a lakóingatlanok kérdéseivel nem foglalkozhatott, hiszen az új törvények alapvető kérdéseket vetettek fel és – baráti kapcsolatok miatt – személyesen is érintett volt. Az előadótermekben – a cenzúra miatt – kritikát nem lehetett kifejtteni, csak jelzésértékű megjegyzéseket tenni az 1793. évi alkotmány 121. szakaszáról, vagy arról, hogy az alkotmányjogi dogmatika értelmében nem lehet hatáskört átruházni, vagy hogy az elmaradt referendum kétségessé teheti az „alkotmányos reformokat”.¹³⁹

Ekkor kérte fel a faji törvények elemzésre a *Revue* két szerkesztője, Jèze és Bonnard. Bonnard – állítólag – tudta, hogy Duverger a szemináriumokon rendszerint ellenkező álláspontot képvisel, mint ő, s tiszteletben is tartotta beosztottja szellemi szabadságát. A kérést vissza is utasíthatta volna. De a *Revue*, mint már említettük, az egyik fontos – ha nem a legfontosabb – jogi folyóirat volt, s mint általában a tudományos folyóiratokat, ezt is csak kevesen olvasták. „Talán a becsvágy fogadtatta el velem az ajánlatot?” – teszi fel a költői kérdést Duverger. Abban az értelemben igen, írja, hogy a munkájának elkészítésével a célja a joggyakorlat befolyásolása volt, hiszen azt tanulta és tanította az egyetemen, hogy a doktrína

¹³⁷ Duverger „La perversion du droit” 705-718.

¹³⁸ Így történhetett meg az, hogy míg az első bírósági ítélet alapvetően a szöveg semlegességére és objektivitására, a második már a „burkolt kritikára” utalt.

¹³⁹ Duverger „La perversion du droit” 705sk.

(jogirodalom, jogdogmatika) képes erre. Így hát elkészítette a majdnem 180 oldalas tanulmányt.¹⁴⁰

¹⁴⁰ *Uo.* 706sk.

¹⁴¹ *Uo.* 707.

¹⁴² *Uo.* 708.

valójában

megakadályozta, hogy a közigazgatás alkalmazza az antiszemita törvényeket, hiszen szinte lehetetlen a közigazgatási szervre bízni, hogy minden egyes esetben kinyomozza a nagyszülők vallását. Kivéve azt az esetet, amikor az érintettnek mindössze két nagyszülője tartozott a zsidó valláshoz, s házastársára pedig ez nem állt,¹⁴³ minden más esetre kiterjesztette a fent szabályt Duverger.¹⁴⁴

3. A „Duverger ügy” jogfilozófiai dimenziója

A Duverger tanulmány „legendává” lett – mondják néhányan, nemcsak azért, mert botrányos volt, hanem mert gyakran el is tűnt az egyetemek könyvtáraiból.¹⁴⁵ A jogászok a történészekhez képest jóval később, a faji törvények félévszázados „jubileuma” környékén jutottak el odáig, hogy végiggondolják a vichyi rendszer összes következményét, holott könnyebb dolguk volt, mint a történész kollégáiknak, hiszen a doktrinális irodalom a közkönyvtárakban hozzáférhető volt.¹⁴⁶ A legfőbb ok a késelemre a bírói eljárásokban is megjelenő jogászi korporativizmus és az élő személyek nemzeti és nemzetközi ismertsége volt.

Ennek ellenére Danièle Lochak már 1989-ben – nyilvánvalóan az 1988-as Duverger üggyől nem függetlenül – egy alapos tanulmányban kidolgozta Duverger 1983-ban megjelent védekezésével és általában a jogi pozitivizmussal szembeni érveit, s ugyanabban a kötetben, ahol írása megjelent, Michel Troper válaszolt rögtön az utóbbi vádakra.¹⁴⁷ Ezt a vitát

¹⁴³ Ilyenkor jött „játékba” az a vélelem, hogy ha az illető nem tartozott semmilyen más, 1905 előtt elismert felekezethez, akkor zsidónak tekintette a törvény. A vélelem alkalmazhatóságának elkerülése végett az „érintettnek” kellett bizonyítania.

¹⁴⁴ Duverger „La perversion du droit” 708sk.

¹⁴⁵ Philippe Fabre *Le conseil d'État et Vichy: le contentieux de l'antisémitisme*. Paris: Publications de la Sorbonne, Introduction, 19-48., 48. és 131. lj.

¹⁴⁶ Egész pontosan az első jogász-konferenciát 1993-ban, Bordeaux-ban rendezték meg, „*Juger sous Vichy*” (Ítékezés Vichy alatt). A történettudomány ekkor már sokkal előrébb járt a korszak feldolgozásában. Ennek okairól ld. Gros „Peut-on parler d'„une droit antisemite”?” 18sk.

¹⁴⁷ Danièle Lochak „La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme”; Michel Troper „La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak)” in *Les usages sociaux du droit* Paris: PUF 1989. 252-285; 286-292. Danièle Lochak – Michel Troper: „La neutralité de la dogmatique juridique: mythe ou réalité? 1.

társszerzőként – kisebb változtatásokkal – újrapiublikálták az Amselek által szerkesztett

Danièle Lochak Une neutralité impossible 2. Michel Troper Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité" in Paul Amselek (szerk.): *Théorie du droit et science* Paris: PUF 1994. 293-309; 310-325.

¹⁴⁸ Danièle Lochak „Écrire, se taire ... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française" in „Le droit antisemite de Vichy" *Le genre humaine*. (1996) [Nyár-Ősz] 433-462.

¹⁴⁹ Danièle Lochak „Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen: juriste face à ses dilemmes" in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper* Paris: Economica 2006. 639-649.

¹⁵⁰ Lochak „Une neutralité impossible" 308sk.

Először is megkérdőjelezi Duverger védekezésének személyes vonalát, annak mindkét fent vázolt értelmében. Duverger-t az 1988-as perben a professzortársak azzal védtek, hogy ő csak „lelkiismeretes” munkát végzett, míg Lochak inkább úgy véli, hogy a tanulmány elkészítését inkább a – védekezésében költőien feltett kérdésként megjelenő – becsvágy és gőgösség motiválta. Ahelyett, hogy egy minuciózus elemzés elkészítésével huszonegynéhány évesen a tekintélyes folyóirat igényeinek (és saját főnökének) kívánt volna megfelelni, jobb lett volna, ha Duverger inkább hallgat, hiszen ez volt az egyetlen etikailag elfogadható álláspont. A szöveg és a szerző közötti távolságtartás sem túl jó érv.¹⁵¹ De ha már beszélt, akkor ezt tehetné volna másként is. Az általános alannyal való védekezés mindössze a politikával szembeni távolságtartást jelzi, de nem az elemzett törvénynek az elutasítását.¹⁵² Mint említettük, volt, aki elutasította a faji törvények kommentálását, más az ellenálláshoz csatlakozott. Ám volt olyan is – amint azt egy 1944-es kommentárban olvashatjuk – aki kimondta: a „francia” kategórián belüli „jogképtelen” csoport kialakítása szemben áll a francia jog hagyományos elveivel.¹⁵³ Lehetett írni az antiszemita törvényekről, de a vichyi korszak alatt született írásoknak csak egy része elfogadható, s még kevesebb volt kívánatos. Bizonyos esetekben azonban ez a beszéd elfogadhatatlan.

Ami például a bizonyítási teher kérdését illeti, Duverger védekezésében nyitott kapukat döngetett, hiszen a jogtudósok nagy része úgy látta már akkor is, hogy a bizonyítás a közigazgatást terheli, hiszen régi római jogi elv, hogy *actori incumbit onus probandi*. Ez a régóta ismert szabály főként azokra az esetekre vonatkozik, ahol valamilyen hátrány megállapításáról kell döntenet. Érdekes módon volt, aki a korszak német irodalmát elemezve arra hívta fel a figyelmet, hogy a zsidó valláshoz nem-tartozás bizonyítására bármilyen

¹⁵¹ Lochak „Écrire, se taire ... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française” 438sk.

¹⁵² Duverger „általános alany” használatára építő védekezése valóban nagyon mesterkélt. A francia kommentárirók eleve kerülnek – például szenvedő szerkezet használata révén – az alany megjelölését. Az „on” pedig bevett formula. A Hamon-Troper könyv két találmára kiválasztott oldalán összesen 37 ilyen mondatot számoltam meg.

¹⁵³ Lochak „Une neutralité impossible” 305.

bizonyíték felhasználható. Ez a sokféleképpen értelmezhető tétel adott esetben valóban az áldozatok védelmét szolgálhatta. Ehhez képest Duverger azt hangsúlyozta, hogy a valláshoz tartozást és a fajhoz tartozást megdönthetetlen vélelem kapcsolja össze, a más valláshoz nem tartozást és a zsidó valláshoz tartozást pedig törvényes vélelem fűzi egybe. Ez a

¹⁵⁴ *Uo.* 440skk.

¹⁵⁵ Vö. Lochak „La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme” 252.; Uó: „Une neutralité impossible” 293.

előfeltevésében pozitívista, hogy felteszi: az értelmezés és rendszerezés tárgya kizárólag a „pozitív”, azaz érvényes jog.¹⁵⁶

A „semlegesség” fogalma

A jogászok számára a „semlegesség” a tényítételek és értékítételek elválasztását, az értékítételek meghozatalától való tartózkodást, a természetjog létezésének elutasítását, vagy más, jogon kívüli kalandozás tilalmát jelenti. A pozitívizmus azt tanítja, hogy lehetséges és szükséges egy adott ország adott korszakában érvényes és hatályos jog tartalmának szigorúan empirikus, az érvényes jog megfigyelésén alapuló, mindenféle axiológiai vagy célelvű hivatkozást kizáró leírása. Ez egybeesik azzal, amit a „semlegesség” kifejezésről (elfogulatlanság, objektivitás) egy Lochak által idézett francia értelmező szótár ad, mely szerint a „semlegesség” a valóság leírását vagy az arról alkotott, érdekektől, ízléstől vagy előítéllettől mentes ítéletet jelenti. A „semleges jogdogmatika” úgy írja le a jogot, ahogyan van, anélkül hogy a preferenciákat, vagy a leírás tárgyát alátámasztó értékekre utalna. Más szóval, a jogi pozitívista felfogás szerint nem tartoznak a leíráshoz a jogszabályok által érintett preferenciák és értékek. A semlegességnek ez a felfogása – legalábbis Lochak szerint – a tények és értékek elválasztásából következik, amit úgy lehet a legjobban érvényesíteni, ha a tényekről – ebben az esetben a normákról – lehántjuk az értékeket. Minél inkább ragaszkodunk a tényekhez, az objektivitás eszménye annál inkább megőrizhető. A jogi pozitivisták azonban nem számolnak azzal, hogy maga a jog viszont nem semleges. A pusztán az érvényes-hatályos jogszabályanyag tartalmát értelmező és rendszerező jogdogmatika felszámolja a törvényhozói és a jogdogmatikai diskurzus közti határvonalat. Az ilyen értelemben vett dogmatika kutatási területe felöleli és terjeszti azokat az „értékeket”, amelyeken a törvényhozás alapul, és hozzájárul a hatalom legitimálásához. A vichyi korszak kommentárirodalma „behatolt” a törvényhozás területére, mégha úgy is tettek a jogtudósok, mintha csak a jogszabály-tartalmakat semlegesen és objektíven leírnák, osztályoznák. A kommentárok hatása azonban

¹⁵⁶ Lochak „Une neutralité impossible” 293. Vö. Aulis Aarnio „Dogmatique juridique” in André-Jean Arnaud és mások (szerk.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris: LGDJ 2. bőv., jav. és kieg. kiad. 1993. 188-190, 189.

nem maradt „semleges”, és az exegézis társadalmi hatását tekintve elősegítette a zsidó származásúak francia társadalomból való

¹⁵⁷ Lochak „Une neutralité impossible” 293skk.

¹⁵⁸ Andres Broc *La qualification juive* [1942] Paris: PUF 1943. A szerzőről annyit tudunk, hogy valószínűleg a párizsi prefektúra egyik munkatársa volt. Lochak „La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme” 282. 15.jp.

státuszába került. A jogalkalmazási problémák (például a joghézagok, antinómiák, hatásköri kérdések, etc.) a jogtudósok keze nyomán jogi feladványokká alakultak át. A jogdogmatika (doktrína, jogtudomány) ugyanazt tette, amit azelőtt is. A feladat, mint mindig, most is a jogszabályok szövegének elemzése és az azokat alkalmazó bíróságok döntéseinek tanulmányozása volt, ideértve az alkalmazás helyességét, kellő és megfelelő megindokolását. A faji törvényekkel összefüggő legfontosabb kérdés a kvalifikáció volt. „Remek” publikációs téma volt a jogtudósok számára, hogy elemezzék, hogy ki tartozik a törvény hatálya alá, kinek és milyen módon kell bizonyítani a „más valláshoz tartozást” vagy éppen a „más valláshoz nem tartozást”. A jogtudósok szeme előtt a „jogbiztonság” követelménye lebegett. Úgy érezték, világossá kell tenni, hogy az antiszemita jogszabályok és intézkedések személyi hatálya kikre terjed ki. S ugyanúgy, ahogyan az antiszemita jogot beillesztették a többi jogág közé, a jogtudósok a „zsidó-kvalifikáció” problémáját is banalizálták azzal, hogy azt a többi klasszikus kvalifikációs kérdéshez hasonló jogi „fejtörővé” transzformálták.¹⁵⁹

Eufemizáló hatás

A jogászok számára – akik egyébként egyáltalán nem írtak antiszemita módon, s a legtöbb esetben nem is voltak azok – az egyetlen lehetséges nézőpontot a jogtechnika és a jogi logika kínálta. Az eufemizálás hatását a zsidó származásúakat érintő diszkriminatív intézkedések kommentárokból történő részletes és kimerítő bemutatása váltotta ki. Az antiszemita logika jogi logikává alakult át, minthogy a jól láthatóan perverz jogszabályokat a jogtudósok tiszta jogi problémaként tárgyalták. Azzal, hogy a jogászi formalizmus az antiszemita intézkedéseket még absztraktabb formulákba öltöztette, s azzal, hogy ezen jogi aktusok által felvetett problémákat tisztán jogászi módon tárgyalta, elfogadhatóbbá tette a kommentárolvasó közönség számára a borzalmas valóságot. A jogtudomány a törvényhozó diskurzusához hozzáférő az antiszemitizmust „megtisztította”, azaz lefordította saját nyelvére. A „tisztítás” rendszeres és átfogó jellegű volt: a „jogi/nem jogi” distinkcióra rímelő

¹⁵⁹ Lochak „Une neutralité impossible” 295skk.

„zsidó/árja” dichotómiával kezdődött és a rasszista argumentáció jogi szillogizmusba
törésében tetőzött.¹⁶⁰

¹⁶⁰ *Uo.* 298skk.

¹⁶¹ *Uo.* 300sk.

Elismerés: a jogi pozitivizmus csapdája

A jog, írja Lochak, valójában egy diskurzus, vagyis több, mint kényszerítő erejű szabályok összessége. Ez a diskurzus arról a világról szól, amelyben élünk, de a jog sajátossága az, hogy sajátos fogalmai révén újrakonstruálja a világot, s a (re)konstrukció eredményeként a dolgok ismét a maguk természetes valójukban tárulnak elénk. Maga jog elismerési hatást vált ki a befogadóban: olyan, mintha a jogszabály tartalma már a dolog természetében is meg lenne. A norma a normális emberi magatartások körét jelöli ki azzal, hogy meghatározza a jogos és a jogellenes magatartások körét. A vichyi törvényhozás elfogadhatóvá tette, hogy a zsidó származásúak nem franciák, hogy az emberek két csoportra oszthatók, árjakra és nem árjakra. A doktrína pedig abban a konceptuális hálóban érvelt, amit a faji törvényhozás alakított ki, ezzel elfogadta, hogy a törvényhozó felfogása szerint gondolkodjon. Ezáltal, legalább implicit módon, osztotta és terjesztette azt az új világnézetet, amit a vichyi kormányzat talált fel. Ha a bölcs jogászok logikusan és jogi kategóriák segítségével szóról-szóra elemzik a törvényhozás termékeit, a politikai közösség tagjai aligha vonhatják kétségbe a „zsidó faj” létezését vagy a „vállalatok árjásításának” szükségességét. Az antiszemita terminológia jogi változatainak használata így nem volt ártatlan, hozzájárult a politikai antiszemitizmus elfogadtatásához.¹⁶²

B. A jogi pozitivizmus védelme

Lochak vádjaira – védelmébe véve a jogi pozitivizmust (és ezzel együtt az elválaszthatóság téziséét) – az újrealista Michel Troper szinte azonnal válaszolt. Nyilvánvalóan sem ő, sem más nem vonta kétségbe azt az állítást, hogy a vichyi rendszer faji törvényhozása perverz volt. Troper maga is úgy látja, hogy Lochak tanulmánya mint történeti-szociológiai elemzés meggyőző. Ha viszont a cél az, hogy ebből a jogi pozitivizmus elutasítására következtessünk, úgy igen gyenge lábakon áll.

¹⁶² Uo. 306sk.

a) Az antipozitívista érvelés két változata

Troper rekonstrukciója szerint a Lochak által is képviselt antipozitívista érvelésnek két formája van. A egyik változatot nevezhetnénk – Radbruch óta – a jogi pozitivizmus szokásos kritikájának. A másik, amelyet Lochak fejt ki, ennél eredetibb.

¹⁶³ Troper „La doctrine et le positivisme (à propos d’un article de Danièle Lochak)” 286sk.

társadalomra veszélyesek”). De a jogelmélet nem merülhet ki a stíluselemzésről folytatott vitában. A valódi kérdés az, hogy – stílustól és szociológiai értelmezéstől függetlenül – a jogdogmatikai diskurzus vajon előíró vagy leíró jellegű.¹⁶⁴

b) A semlegesség fogalma

Először is meg kell vizsgálni, hogy mit jelent a „semlegesség”. A jogi pozitívizmus mint metaelmélet, azaz jogtudomány-elmélet védjegyének tekintett „axiológiai semlegesség” nem etikai, hanem metaetikai elmélet.

A jogelméletnek meg kell oldania azt a problémát, amit ez a metaelmélet vet fel, hiszen a jogelmélet egy meghatározott jogra vonatkozó leíró diskurzus, nevezetesen a jogtudomány kritériumait meghatározó leíró diskurzus. A metaetikai semlegesség problémája ezért nem fog át tudomány- vagy oktatásetikai dilemmákat és nem veti fel a jogászok erkölcsi-szakmai felelősségének kérdését sem. Minthogy nem válaszol a „Mit kell tenni?” kérdésre, következésképp abban sem foglal állást, hogy vajon ez vagy az a magatartás helyes-e, s még kevésbé vállalkozik arra, hogy igazolja, egyedül a tudomány előírásának megfelelő magatartásszabály igazságos. Nem tilt el senkit attól, hogy a jogot erkölcsi-kritikai reflexió alá vesse, de jelzi, hogy ilyen kritika a tudomány nevében nem fejthető ki. Nem metaetikai, hanem etikai szinten vizsgálva a jogászok tevékenységét, nyilvánvaló, hogy Lochaknak igaza van: nem kellett volna kommentárt írni, vagy ha ezt megtette valaki, a jogtudomány nem gátolta meg abban, hogy másfelől csatlakozzon az ellenálláshoz, vagy a rezsimmel szembeni fenntartásait más formában fejezze ki.¹⁶⁵

A jogtudomány metaelméleteként felfogott jogelmélet mindössze arra szorítkozik, hogy megjelölje azokat a kritériumokat, melyek teljesülése esetén egy diskurzus tudományosnak nevezhető. A „semlegesség” ezért e pozíció elfoglalásának következménye, így annak

¹⁶⁴ Uo. 288.

¹⁶⁵ Uo.

elfogadása vagy elvetése nem tekinthető sem erkölcsileg helyes, sem pedig erkölcsileg helytelen attitűdnek, hiszen a tudomány szemszögéből nézve semmiféle magatartás nem minősül sem erkölcsösnek, sem pedig erkölcstelennek.

Az antikognitivist metaetika egyébként olyan erkölcsi elmélet, amely elutasítja, hogy az erkölcsi értékek önmagukban, avagy az ezen értékekre vonatkozó állítások igazolhatóak

tartalmaz előírást vagy értékítéletet. A fő kérdés az, hogy elképzelhető-e egyáltalán a jogi diskurzusra vonatkozó semleges metadiskurzus, vagy más szóval, megvalósítható-e a pozitivista társadalomtudomány eszménye. Legyen bár pozitivista vagy antipositivista, abban kivétel nélkül mindenki egyet ért, hogy maga a „jog”, a jogi diskurzus nem semleges, hiszen a törvényhozó akarata fejeződik ki benne és értékítéleteit tükrözi. A valódi kérdés az, hogy vajon létezik-e a jogi diskurzusra mint tárgynyelvre irányuló, de attól elválasztott metadiskurzus, amely kielégíti a semlegesség pozitív definíciója által szabott feltételt. Ez egy jogelméleti, nem pedig szociológiai vagy erkölcsfilozófiai kérdés. A jogelmélet, mondja Troper, nem lép túl a diskurzus szemantikai szintjén, a tárgyát, a jogot ezért formálisan és átfogóan vizsgálja. Ez egyfelől a diskurzus történeti-társadalmi kontextusától való megfosztását jelenti. Másfelől pedig azt, hogy a vizsgálódás nem egy egyedi nyelvi kijelentésre, hanem az egész diskurzusra irányul, hiszen egy leíró nyelvi kijelentés (pl. „Sótlan a leves”) is értelmezhető előírásként. A jogtudomány és a jogdogmatika viszonya az a legfontosabb kérdés, amit Lochak gondolatmenete felvet.¹⁶⁶

c) Jogdogmatika-felfogások

A jog, a jogdogmatika és a jogtudomány viszonyára vonatkozóan két markáns irányzat, a monizmus¹⁶⁷ és a dualizmus¹⁶⁸ feszül egymásnak.

Monista elméletek

A monizmus első tézise szerint a tudomány, s annak tárgya közé éles határvonalat kell húzni. A második tézise szerint a jogi diskurzusra mint tárgynyelvre vonatkozó metadiskurzus (jogdogmatika vagy jogtudomány) tudományos. Egyfelől van a tárgy, a jog és másfelől pedig a tudomány, amit vagy jogdogmatikának vagy jogtudománynak neveznek. Így gondolkodott

¹⁶⁶ Troper „Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité” 310sk.

¹⁶⁷ Uo. 312skk.

¹⁶⁸ Uo. 317skk.

a szkeptikus fordulata előtt alkotó Kelsen, s a kortárs jogelmélet egy többé-kevésbé homogén csoportosulása, a posztpozitivisták iskola tagjai, például Aarnio.

A jogtudomány tárgya, írja Kelsen, a jog egy normarendszer. A norma egy előírás, ami *per definitionem* érvényes vagy érvénytelen, igazságértéke nincs. A norma alapja egy értékítélet, ugyanis önmagában véve jó (helyes, jogos, igazságos, etc.) magatartás nem

¹⁶⁹ Troper „La doctrine et le positivisme (à propos d’un article de Danièle Lochak)” 290sk.

vonatkozóan azt mondja, „a törvényhozó azt parancsolta, hogy p”, akkor a jogtudós nem normát, hanem egy tényt ír le. Ha pedig a jogtudós azt mondja, hogy „N normát p jelentéssel ruházom fel”, úgy pedig értékel, s nem csak leír. Az expresszív koncepció szerint a norma egy tény, ami az előíró nyelv formájában és csak így jöhet létre. A normát tényként – parancsként, egybeeső emberi magatartásként vagy társadalmi-pszichológiai jelenségként – felfogó elméletek előnye, hogy az objektivitás kritériumát képesek tiszteletben tartani, hiszen egy tény empirikus módszerekkel megvizsgálható és ellenőrizhető. A probléma viszont az, állítja Troper, hogy a jogtudomány (jogdogmatika) elveszti önállóságát a többi társadalomtudományhoz képest.

A monizmus mindkét változata hibás, és nem vet számot azzal, amit a jogászok valóban tesznek, vagyis azzal az argumentatív diskurzussal, amit a normáról folytatnak. A hülétikus koncepció szemszögéből nézve ez irreleváns, hiszen itt az a feltételezés, hogy a normának olyan objektív jelentése van, amelyet a jogászok mindössze megállapítanak. Ám ez empirikusan igazolhatatlan ideológia. A jogalkalmazás szillogisztikus felfogása például ezt az ideológiát tükrözi, holott abból a nyelvi kifejezésből, hogy „minden tolvajt meg kell büntetni” nem vezethető le, hogy Kovács Józsefet meg kell büntetni, mivel ennek az egyedi normának az érvényessége nem a szillogizmus logikai inferenciájának helyességéből, hanem abból fakad, hogy Kovács József megbüntetését a megfelelő hatáskörrel rendelkező szerv előírja. Az expresszív felfogás híve viszont nem veszi észre azt, hogy az érvényes norma létezésének megállapításához nem egy, hanem legalább két akarati aktusra van szükség: az egyik létrehozza a normát, a másik pedig jelentéssel ruházza fel.

Míg a monizmus a tudományban oldja fel a jogdogmatikát, de megőrzi a távolságot a jog és a jogra vonatkozó diskurzus között, addig a posztpozitivisták – például Peczenik, Aarnio és Wróblewski – a jogi diskurzushoz veszélyesen közel sodort dogmatikát kívánják tudományos rangra emelni. Ezt azért teszik, mert felismerik, hogy a normák jelentését megállapító jogász érvelés nem negligálható. A jogdogmatika és a jogtudomány egy és ugyanaz a diszciplína, állítják, de abban már nem értenek egyet, hogy mit is jelent a

„tudomány”: Peczenik Lakatos, Aarnio pedig Kuhn felfogását követi. Wróblewski meghatározása szerint: a jogdogmatika „a jogtudomány *pars pro toto*ja.”¹⁷⁰

¹⁷⁰ Troper „Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité” 314.

¹⁷¹ *Uo.* 315.

Dualista elméletek

A következő elméletcsoport már gyűjtőnévében is utal arra, hogy annak tagjai érzékenyebbek a jogdogmatikai-doktrinális diskurzus sajátosságai iránt. A dualizmus álláspontjára az önálló jogdogmatika-elmélet megalkotásáig ugyan el nem jutó, de sok tekintetben annak alapvető pontjait kidolgozó idős Kelsen, valamint a jog „intézményi elméletét” jegyző MacCormick és Weinberger helyezkednek.

A dualisták a jogi diskurzusra vonatkozó két további diskurzust különböztetnek meg. Az egyik gyakorlati-dogmatikai, a másik pedig elméleti-tudományos. Kelsennek a *Tiszta jogtan* második kiadásában kifejtett realizmus-kritikája már felvillant egy ilyen lehetséges módszertani utat. Mint ismert, a realista tézis szerint a jog „arra vonatkozó jóslatok összessége, hogy a bíróságok miként fognak majd dönteni.” Feltéve, de meg nem engedve, hogy a realistáknak igazuk van, a jogászok (bírák és ügyvédek) tevékenysége elválasztható az előrejelzéseket – vagy inkább a bírák jövőbeli magatartására vonatkozó találgatásokat – megfogalmazó tudósétól. Minthogy e jövőbeli tényeket szociológiai-pszichológiai tényezők határozzák meg, a realista jogtudomány nem más, mint jogszociológia. A szociológiai nézőpont egy másik szempontból is releváns, hiszen a realisták szerint a bíróságok arra törekszenek, hogy a jogot társadalmi technikaként működtetve döntéseikkel meghatározott hatásokat váltsanak ki a társadalomban. Kelsen számos olyan ellenvetést fogalmaz meg ezzel az állásponttal szemben, amelyben – legalábbis kezdetleges formájában – megjelenik a dualizmus. A jogtudomány nem ugyanaz, mint a jogi tanácsadás, ezért, mégha ilyen előrejelzések lehetségesek is, ezek elkészítése nem az érvényes (hatályos) általános és egyedi normák leírására vállalkozó jogtudós dolga, hanem az ügyvédeké. A jogi diskurzus mellett nem egy, hanem két másik, egymástól elkülönülő diskurzus létezik: egyfelől a jogdogmatika, amelynek keretei között az ügyvédek és bírák az alkalmazható normák tartalmáról vitatkoznak, s másfelől a jogtudomány, amely a jogtudósok számára van fenntartva. Bár mindkét diskurzus kognitív, tárgyuk egymástól eltér: míg a praktizáló ügyvéd kauzális, addig a jogtudós beszámítási viszonyokat tár fel. Troper szerint a kelsen realizmus-interpretáció leegyszerűsítő és rossz. A realisták ugyanis nem állítják, hogy az ügyvédek előrejelző állításainak alapjait kizárólag társadalmi-pszichológiai tényezők képezik, hiszen az

előrejelzések kiterjednek a bírák várható érvelésére is. Az érvelést pedig a szociológiai-pszichológiai tényezők mellett befolyásolja az azok alapját képező, alkalmazandó jog

¹⁷² Troper „La doctrine et le positivisme (à propos d’un article de Danièle Lochak)” 291.

¹⁷³ Troper „Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité” 319.

d) Jogdogmatika és a „semleges” jogtudomány

A jogdogmatikai diskurzus normatív: nem „a joggal” foglalkozik, hanem azzal, hogy a normaszöveget milyen jelentéssel kell felruházni. Ebből adódik, hogy a jogdogmatika és a jogtudomány nem különböző nyelvi szinteken (tárgynyelvi és metanyelvi szinteken) elhelyezkedő diskurzusok, s nem is absztrakciós szintjük fokában térnek el egymástól. Sőt, még abban is hasonlítanak egymásra, hogy a jogdogmatikai állítások és a jogtudományi állítások is lehetnek igazak vagy hamisak. Egy jogtudományi állítás viszont igazolható, míg a jogdogmatika állítására ez nem áll. Ha az az esemény, amelyet a jogtudós leír, bekövetkezik, akkor az állítás igaz, ellenkező esetben hamis. Míg a jogtudományban igazolásról lehet beszélni, addig a jogdogmatikában nem erről van szó. A jogdogmatikai beszédben lehet állítani, hogy a bíró „tévedett”, vagy, hogy „helyesen döntött”, avagy hogy „úgy döntött, ahogy megjósolták”, de ettől az állítás még nem lesz igazolt, annak célja inkább az, hogy a joggyakorlatot befolyásolja.

Troper a két diskurzus eltérő jellegzetességeit négy pontban foglalja össze: (1) A tárgy különbsége: míg a jogdogmatika az alkalmazható jogot, a jogtudomány az érvényes jogot írja le. (2) A cél különbsége: a jogdogmatikának gyakorlati (például a joggyakorlat kritika révén történő befolyásolása), a jogtudománynak viszont elméleti célja van (alapvetően az ismeretszerzés). (3) Az állítások igazságértéke: a jogdogmatikai előírások vagy értékelések „igazak”, amennyiben elfogadhatóak egy meghatározott hallgatóság számára, ezzel ellentétben a jogtudomány állításai mindössze megállapítások vagy indikációk, így tételei abban és csak abban az esetben igazak, amennyiben megfelelnek a hivatalosan megállapított jelentésnek, következésképp, (4) [Az igazolás módja:] míg a jogtudomány állításai igazolhatóak vagy cáfolhatóak, addig a dogmatikai állításoknak nem ilyen a természetük.¹⁷⁵ Mindez azt bizonyítja, hogy a jogdogmatika nem semleges, és nem is lehet semleges, hiszen

¹⁷⁴ Uo. 319sk.

¹⁷⁵ Uo. 320. Így az az állítás mi szerint „X törvénynek az a jelentése, hogy p kötelező” abban és csak abban az esetben igazolható állítás, amennyiben egy kompetens autoritás ezzel a jelentéssel ruházta fel a mondatot. Amikor a jogdogmatikai diskurzusban valaki megállapítja, hogy valamely bíró „tévedett”, akkor valójában arról van szó, hogy az e diskurzusban résztvevő jogtudós ilyen vagy olyan irányban kívánja befolyásolni a joggyakorlatot.

értékelésen alapul. Így nem is meglepő, ha a jogalkotó a doktrínát, a jogdogmatikát, avagy azok egy részét (például a jogértelmezési szabályokat) „pozitíválja”, azaz jogforrásként ismeri el. Ebből azonban nem következik, hogy a jogtudomány ne lehetne semleges és

semleges és

tudományos diskurzus, vagyis a jogi pozitivista eszmény megvédhető. Ezzel szemben erkölcsileg semleges jogdogmatika lehetetlen.¹⁷⁶ A jogtudomány, abban az esetben kerülheti el, hogy redundáns diskurzus legyen, állítja Troper, ha képes legalább két, egy szerényebb és egy erőteljesebb célkitűzést teljesíteni¹⁷⁷

A pozitivista jogtudós szerényebb célkitűzése az, hogy egyedi jogtudományi állításokat tegyen. Ilyen állítás például a következő: „S jogrendszerben N norma jelentése az, hogy p_X kötelező”. Ez az állítás – az eddig mondottakra tekintettel – nem redundáns. Troper elmélete szerint ugyanis egy N norma alapját képező szövegnek végtelen számú jelentése ($p_{1-\infty}$) lehet. Empirikusan igazolhatatlan, hogy a normaszövegnek eleve adott, objektív „egyetlen” („a p_X ”), avagy véges számú (p_{a-z}) jelentésből felismert „helyes” jelentése van. Az értelmezési kompetenciával felruházott tekintély mérlegelési jogkörében – amelynek határait szintén az autoritás állapítja meg – az elméletileg végtelen számú jelentések közül kiválaszt egyet – például, de nem feltétlenül p_X -et – s ez lesz az a hivatalosan megállapított jelentés, az „N norma”, amit a jogtudós leír a fenti formában. Ez azt jelenti, hogy a jogtudós nem tudja reprodukálni p_X jelentést, amely a norma(szöveg)alkotó aktusban vagy a normaalkotó mentális állapotában vagy intenciójában benne rejlik, hiszen ezzel kilépne a tudományos diskurzus keretei közül. Azt a jelentést viszont le tudja írni vagy meg tudja jelölni, amelyet az autoritás kiválasztott. Hozzá kell mindehhez tenni, hogy a „jogalkalmazói” (például bírói) autentikus/volitív aktus annak ellenére sem szubjektív, hogy maga az értelmező a szöveg jelentésének megállapítása terén tökéletesen szabad. Azt a „szubjektív” jelentést ugyanis, amelyet kiválaszt, a jogrendnek számítjuk be, s az illeszkedik a többi jelentéshez is. Ezért e jelentést a normaszöveg „objektív jelentésének” kell felfognunk. Jól látszik, hogy a jogértelmezés e mechanizmusának leírása során Troper nem a „klasszikus” korszakban, hanem a szkeptikus fordulat után kidolgozott kelsen tanokat követi. Mint ismert, az idős Kelsen maga is arra az álláspontra helyezkedett, hogy a normajelentés létrejötte egy értelmezési eljárás eredménye. Korábban úgy gondolta, hogy a jelentés a jogalkotói aktusban

¹⁷⁶ Troper „Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité” 324.

¹⁷⁷ Uo.

látják

¹⁷⁸ Azért objektív ez a jelentés, mert nem a jogalkotó szubjektív szándékát fejezi ki, hanem ezzel a jelentéssel a jogrend ruházza fel az adott normát: a „szeressétek ellenségeiteket!” parancs akkor lesz norma, ha van egy másik norma, amely kimondja, hogy a vállalalapító parancsainak engedelmeskedni kell.

¹⁷⁹ Troper „La doctrine et le positivisme (à propos d’un article de Danièle Lochak)” 291sk.

¹⁸⁰ E módszertani program lényegéről ld. részletesen Michel Troper *La philosophie du droit* Paris: PUF 2003.

megoldhatónak. Mindketten igazságtalannak tartják a faji törvényeket, mindketten elítélik a korszak jogtudósainak legitimációt erősítő vagy helyettesítő írásait, de míg egyikük azt állítja, hogy az utóbbi vád egy rossz jogfilozófia, nevezetesen a jogi pozitívizmus gyengeségéből fakad, a másik ezt tagadja. A vita túlnőtt Maurice Duverger személyén.

A. Jogi pozitívizmus és természetjog-tan

A rekonstrukcióból jól kitűnik, hogy a vitapartnerek eltérő érvelési stratégiát dolgoztak ki. Lochak a jogszociológia eszköztárát mozgósítva egy esettanulmányból (vichyi jogászok diskurzusa) általános jogfilozófiai következtetést vont le (a jogi pozitívizmus elítélése), Troper stratégiája viszont az volt, hogy az absztrakció lehető legmagasabb, jogelméleti szintjéről leereszkedve (a pozitivisták jogdogmatika lehetetlensége) végül visszautaljon a vitapartner által feldolgozott esetre. Ez a kétszintűség részben jót tett a vitának, hiszen gazdaggá tette a perspektívákat, de magában hordta az egymás mellett elbeszélés veszélyét is. De sem az egyik, sem a másik álláspont nem meggyőző. Ennek egyik oka, hogy a vitapartnerek fogalmi keretül, helytelenül, a természetjog-tan és a jogi pozitívizmus szembeállítását választották.

a) A vichyi jog természetjogi igazolása

Lochak a pozitívizmust támadja, amit egyfelől az exegéta hagyománnyal azonosít, másfelől pedig az erkölcsi semlegesség ideológiájával. Troper a jogi pozitívizmust védi, amit ő viszont az empirikus, de nem szociológiai elméletként azonosít. Számára minden más természetjog, még az exegézis is. Ha eszmetörténeti szemszögből nézzük, valójában bármelyik jogfilozófiai irányzatról bizonyítható, hogy bizonyos értelemben és bizonyos területeken természetjognak tekinthető, még ha történetesen – a comte-i tradíciónak megfelelően – mindenki pozitivistának vallja is magát. Az viszont tény, hogy az autoriter-totalitárius rezsimeket rendszerint valamilyen antiformalista elmélet igazolta.

Olivier Jounjan tanulmánya szerint a náci Németországban például legalább négy robusztus antipositivisták irányzatot lehet felfedezni: (1) Az első egyszerűen azonosítja a fajt, a jogot, és a (rasszista) erkölcsöt, azt állítva, hogy „jogos” vagy „igazságtalan” az, amit az árják annak neveznek. (2) A második egyfajta *völkisch* természetjog, amely a közösség élő, organikus természetjogát állítja a középpontba (elutasítva egyúttal a polgári társadalom individualista természetjogát is). (3) A harmadik ugyancsak *völkisch*. Ez, eltorzítva a

természetjogászok igen

körültekintően, elutasítva – minthogy filozófiáról és nem szociológiáról van szó – minden

¹⁸¹ Olivier Jouanjan „La doctrine juridique allemande. „Rénovation du droit” et positivisme dans la doctrine du IIIe Reich et le droit antisémite de Vichy” *Le Genre Humaine* (1993) 463-496, 468-473.

¹⁸² Marcel Prélot „La théorie de l’Etat dans le droit fasciste” in *Mélanges R. Carré de Carré de Malberg* Vaduz-Paris: Topos/Edouard Duchemin 1977. 433-466.

¹⁸³ Franck Moderne „Réviser” *la constitution. Analyse comparative d’un concept indéterminé* Paris: Dalloz 2006. 33. 50 lj.

származásra utaló kritérium alkalmazását. Semmi sem akadályozta volna meg a természetjogászokat, hogy vitassák a vichyi rendszer jogszabályainak érvényességét. És vitatták is – csak éppen nem a *Revue* hasábjain.

b) A vichyi jog jogi pozitivista igazolása

Tény ugyanakkor, hogy a francia jogászok beszédében a „jogi pozitívizmus” az exegétikus tradíciót és a legalizmust jelentette elsősorban. Még ha valaki azt mondaná, hogy Pétain tábornagy „természetjogias” igazolásra támaszkodott, akkor is el kellene fogadnia, hogy a törvény-komentátorok úgy tekintettek magukra, mint a „jogi pozitívizmus” képviselőire.

A legalista tan szerint a törvény az általános akarat kifejeződése, amelynek objektív jelentését – így az exegéták – szövegelemzés révén a jogtudomány tárja fel. A törvényhozó úgy változtatja meg a törvényt és az alkotmányos törvényeket ahogyan akarja. Legalábbis a Carré de Malberg által megalapozott doktrína így szól. Sem az alkotmány, amely a III. Köztársaságban alkotmányos törvények csoportját jelentette, sem pedig az alapjogok nem korlátozhatják ebben, hiszen előbbieik mindössze minősített többséggel megszavazott jogszabályok, utóbbiak pedig politikai programok. Ám már ekkoriban is ismertek voltak olyan pozitivista tanok, amelyek azt vallották, hogy a jogalkalmazók mérlegelési jogkörben hozzák meg a döntésüket, amiből viszont az is következik, hogy a jogtudós feladata az alkalmazandó szabályok összes lehetséges jelentésének feltárása. Az exegétikus iskola a nyelvtani értelmezés mellett feladatának tekintette azt is, hogy a szövegen keresztül megvilágítsa meg a törvényhozó szándékát, s ezen keresztül pedig bemutassa a vizsgált jogterület alapelveit is. Az viszont igaz, hogy kritikával sem a jogalkotót, sem a jogalkalmazót nem illették e jogtudósok. Mindebből az következik, hogy nem kötelező kommentálni a jogszabályokat, de ha valaki ezt teszi, akkor az összes jelentést, nem pedig az „objektív” jelentést kell bemutatnia. Amikor az igazságszolgáltatás fórumai elkezdtek alkalmazni a faji törvényeket, nyilvánvalóvá vált minden jogász számára, hogy mit jelent az „autentikus” értelmezés nyomán a jog.

A Pétain-kormányzat illegalitására vonatkozó érveket viszont maga az alkotmányjogi doktrína zárta ki. Laferrière próbált azzal érvelni, hogy az általa továbbra is érvényesnek tekintett 1875-ös alkotmány által hatáskörrel felruházott szervek ezt a hatáskört nem ruházhatják át másra, minthogy ebben az esetben nem jogról, hanem kötelezettségről van

feladata

az, hogy a közvéleményt technikai nyelven kifejezze. Ő azt tanította, hogy az alkotmány súlyos megsértése következett be azáltal, hogy nem a nép, hanem a Nemzetgyűlés ruházta át a hatalmat Pétainre. De erre szükség is volt, mert ez jelzi, hogy valódi nemzeti forradalom

¹⁸⁴ Georges Liet-Veaux *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions* Rennes: Sirey 1942. 100sk.

¹⁸⁵ Julien Laferrière *Cours de droit constitutionnel rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de M. La ferriere* Paris: Saint Jacques 1946/47. 654skk.

játszódott le, amely a legitimációját a közvéleménytől szerezte. S hozzáteszi, hogy a Pétaint korlátozó feltételek (pl. a nép általi ratifikáció) ez okból semmisesek.¹⁸⁶ Elmélete szerint az alkotmányos rendet alapjaiban érintő alkotmánymódosítás nem is lehetséges, s a módosításra vonatkozó szabályok maguk a jogrendszer integráns részét képezik. Pétain forradalmat csinált, hiszen a forradalom olyan alkotmánymódosítás, amely az alkotmányrevízióra vonatkozó szabályok megsértésével jár. Egyébként történetileg is igaz, hogy eddig az 1958 előtti összes francia alkotmányt forradalommal helyeztek hatályon kívül (kivéve azt, amit „elfelejtettek” derogálni¹⁸⁷).

Az államcsíny a „pozitivistá” alkotmánydogmatika szerint legális volt, s az illegalitás érve formálisan nem, csak materiálisan volt elképzelhető. Ha a jogászok azt állították volna, hogy a „Francia Állam” új alkotmányos törvényei azért ütköznek materiálisan az államforma megváltoztatásának tilalmába, mert ellenkeznek az egyik legfontosabb elvvel, az egyenlőséggel, pontosabban annak egy meghatározott felfogásával, akkor a jogrendszer legalitása is megkérdőjelezhető lett volna. Sőt, a faji törvények nemcsak a III. Köztársaság elveivel, hanem az új alkotmány egyenlőség-felfogásával sem állnak összhangban. A Tábornagy „közösségi elvei” [*principes communautaires*] szerint az állam az állampolgárok áldozatainak egyenlőségét követeli meg, cserébe az esélyek egyenlőségét adja (XI. pont). Az igazi hierarchia a tehetségen és az érdemen nyugszik (XIII. pont).¹⁸⁸ Liet-Vieux arra mutat rá, hogy a zsidó és a nem zsidó polgárok közötti alapvető megkülönböztetés sérti, bár le nem rontja az elveket. Maga a distinkció, írja, jogilag más módon nem is magyarázható, mint a „szükséggel és az alkotmánykontroll hiányával”.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Liet-Veaux *La continuité du droit interne*. 446.

¹⁸⁷ Ez pedig az 1793-as alkotmány volt. Pontosán az, amelynek 121. szakaszára néhány jogász hivatkozott a fegyverletétel alkotmányellenességének igazolására.

¹⁸⁸ Maréchal Pétain *La France nouvelle* Fasqualle: 1942. 7-11. Idézi Liet-Vieux *La continuité du droit interne*. 423.

¹⁸⁹ Idézi Liet-Vieux *La continuité du droit interne*. 424.

gyakorlati tevékenység szükségszerűen nem, de esetlegesen erkölcsi kritikát is felöllelhet. Troper jogtudomány-konceptiója a vichyi rendszer jogára vonatkoztatva, paradox módon, Lochaknak ad igazat. Amikor ugyanis Duverger a tanulmányát elkészítette, még nem alakult ki sem alkotmányt értelmező, sem pedig a faji törvényeket értelmező joggyakorlat. Ez azt jelenti, hogy az ő felfogása szerint nem is lehetett

tudományos diskurzust folytatni ezekről a törvényekről. Vagyis a jogtudósok hallgatnia kellett, s csak a jogdogmatikus beszélhetett. Másfelől, mint fent bemutatottuk, a jogtudósok azért fogadták el legálisnak a vichyi „alkotmányreformot”, mert találtak egy olyan dogmatikai konstrukciót, amely jobban illeszkedett az alkotmányjogi hagyományba, s jobban megmagyarázta, hogy Pétain hatalomátvétele miért volt jogos. A kauzális viszonyokat elemző jogtudós viszont azt nem tudja megmondani, hogy ez miért van így.

C. Súlyosan igazságtalan törvények kommentálása

Nyilvánvaló, hogy nincsen olyan jogi kötelezettség, amely előírná a kommentárírást. Ezért jogos Lochak kérdésselvetése, hogy ilyen kötelezettség hiányában, vajon a jogtudósok miért nem hallgattak inkább, ha súlyosan igazságtalan törvényt kellett volna elemezniük. Troper válaszában úgy tűnik túl gyorsan túllép a Radbruch-tételen. Ha igaz az, hogy a Radbruch-formula alapján az elviselhetetlenül igazságtalan törvény „nem jog” (vagyis nem „érvényes jog”), úgy a jogtudós – akár a jogdogmatikai, akár a jogtudományi diskurzusban – nem mondhat róla semmit, legfeljebb olyan tanulmányt közölhet, amely megállapítja, hogy ebben az esetben egy érvénytelen jogszabályról van szó. Az elviselhetetlenül igazságtalan szabály meghatározása nyilvánvalóan értékítélet alkotását feltételezi. A Troper-féle jogi pozitívizmusnak erről nincs mit mondania, hiszen a jogdogmatika nem szükségszerűen öleli fel az erkölcsi kritikát, a jogtudomány területéről pedig ki van zárva az értékítélet nyilvánításának lehetősége.

D. Illegitim, de legális jog problémája

Az egyes jogszabályok igazságtalanságától el kell választani az illegitim jogalkotás esetét. Mint láttuk, a kettő a vichyi rendszerben időben is nagyon szorosan összekapcsolódott, hiszen a hatalomátvétel után szinte rögtön megszülettek a faji törvények (s azok nyomában a tudós elemzések).

két dologban különbözött egymástól.

Egyfelől az egyik szakítani kívánt a III. Köztársaság több-kevesebb kivétellel, de végül is alapvetően tiszteletben tartott népfogalmával, s azt egy prepolitikai nemzetfogalommal kívánta helyettesíteni, a másik viszont a továbbra is fenntartotta a republikanizmus „nép”- és „nemzet”-fogalmait a „szabad Franciaországra” alkalmazva azt. Másfelől az egyik rezsim az egyenlőség elvét alapvetően az érdem szerinti (az esélyek egyenlősége az áldozatok

egyenlőségért cserébe) felfogásban értelmezte, míg a másik, megint csak kivételekkel, de azért alapvetően a szám szerinti egyenlőség (ti. az emberi méltóság egyenlősége) mellett kötelezte el magát.

Politikai filozófiai szemszögből nézve nyilvánvaló, hogy de Gaulle legitimációja a meggyőzőbb, de történetileg kérdéses, hogy ez belátható volt az akkori politikai közösség tagjai számára. Ám ha valakiknek, akkor a jogászoknak tisztán látniuk kellett, hogy a nemzeti forradalom jogalkotása nem értelmezhető sem az alkotmányos hagyománynak, sem pedig a republikánus politikai filozófiának megfelelően. Ha a jogdogmatika feladata nem merül ki egyszerűen a jogszabályok „szemantikai gondozásában”, hanem kiterjeszti a feladatkörét arra is, hogy feltérképezze a háttérigazolásokat, akkor szükségszerű, hogy számot vet azzal a kérdéssel is, hogy vajon érvényesnek lehet-e tekinteni egy meghatározott erkölcsi felfogás szerint *de iure* legitimitással nem rendelkező jogrendszer szabályait. Állításunk az, hogy bizonyos esetekben szükségszerű, hogy a jogdogmatikának erkölcsi kérdésekben is állást kell foglalnia, ha másként nem, az elemzett jog legitimitásával összefüggésben.

E. A „nehéz eset” jogdogmatikája

A jogdogmatikai diskurzus központi problémája a „nehéz eset”, s Dworkinhoz hasonlóan úgy látjuk, hogy ezzel a fogalommal jogi pozitívizmus nem tud megbirkózni. És pontosan a vichyi jogra hivatkozik mint az „extrém esetre” [*cas extrême*] – Dworkintól függetlenül – a doktrínával foglalkozó francia szakirodalom is.¹⁹⁰

A korszak jogtudósai úgy írtak, mintha könnyű esetekről lenne szó, pontosabban úgy végezték a dolgukat, mintha a faji törvények által felvetett „nehéz” eset pusztán megoldandó nyelvi probléma lenne, s pontosan ezzel az attitűddel foglaltak állást arról a politikai

¹⁹⁰ Jestaz – Jamin (szerk.) *La doctrine*. 249-252. Pontosabban, Troper a posztpozitivisták kritikája során érintőlegesen foglalkozik ezzel, hiszen Aarnio is a nehéz esetet tekinti jogdogmatikáról szóló monográfiája kiindulópontjának. (Ld. Aulis Aarnio *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics* Aldershot etc.: Ashgate/Dartmouth 1997.)

III. Jogi és erkölcsi szabályok: az engedelmeskedési kötelezettség kérdése

A jogbölcseletben hatványozottan is igaz az a mondás, hogy nincs új a nap alatt. Az a kérdés, hogy miért kell engedelmeskedni az autoritás utasításainak, már legalább azóta foglalkoztatja az zsidó-keresztény kultúrkört, amióta Mózes lehozta a kőtáblákat a hegyről.¹⁹¹ S mivel a „jogbölcselet” kifejezéssel rendszerint *sub specie aeternitatis* fogantatású tanokra utalunk, aligha lepődik meg bárki is, ha kérdés megválaszolás során napjaink kutatója a legkülönbélebb tanrendszert mozgósítja. A klasszikusnak nevezett XIX-XX. századi francia jogtudomány „dilemmái” erősen emlékeztetnek napjainkéira, s a válaszok sem ismeretlenek azok számára, akik Kelsen, Schmitt, Ehrlich vagy éppenséggel Hart, Raz és Finnis jogbölcseletét tekintik „fontosnak”.

1. Normativitás helye a klasszikus jogi pozitivisták elméletekben

A. A „jogi pozitívizmus” problémája és a jog ontológiai kérdése - Franciaországban

A francia jogbölcseleti tradícióban használt „jogi pozitívizmus” [*positivisme juridique*] kifejezés poliszémikus. A kifejezés legkevesebb két irányzatra utal, ugyanúgy ahogyan a német avagy az olasz esetében is: egyfelől a voluntarista, másfelől pedig a szociológiai megközelítésre. Míg az elsőnek a forrásait Bodinnél és Rousseau-nál, a másodikét Comte-nál és Durkheimnél kell keresnünk.¹⁹²

Ha a XIX-XX. századi fejleményeket nézzük, láthatjuk, hogy a két irányzat közös jegye a metafizika-ellenesség, ami a dualista természetjog-tan elvetésében manifesztálódik a legtöbbször. Akárcsak Kelsen, a francia pozitivisták is úgy látják, hogy egyetlen, ember alkotta jog van, s elvetik a másik, ember-alkotta jogon kívül létező természetjog létezését. A *Revue internationale de la théorie du droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* folyóirat

¹⁹¹ Ld. a kontraktuális megalapozásról François Ost *Du Sinai au Champ-de-Mars. L'autre et le même au fondement du droit* Bruxelles: Lessius 1999.

¹⁹² A XIX. század végi – XX. századi francia közjog-tudománynak négy fellegrája és legalább három nagy alakja volt (1) Léon Duguit – Bordeaux; (2) Raymond Carré de Malberg – Strasburg. (3) Maurice Hauriou – Toulouse. Hármuk közül ő volt a legidősebb, három évvel született Duguit előtt, 1856-ban. Hauriou institucionalista felfogásáról egy önálló tanulmányban kívánok beszélni. (4) A negyedik központ nyilvánvalóan Párizs volt, ahol számtalan irányzat, felfogás, tan alakult ki ebben az időszakban, főként a *Code civil* centenáriumi ünnepe idején (1904). Értelemszerűen ezzel összefüggésben inkább a magánjogászok fejtették ki véleményüket (pl. François Génay).

¹⁹³Hans Kelsen „Préface” 1 *Revue internationale de la théorie du droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* (1926/1927) 13. Megjegyzendő, hogy a krédó a híres kompetencia-vitát – nevezetesen, a jogszociológiai és a jogelmélet közötti határvonal kijelölésére vonatkozó polémiát – meg sem említi.

¹⁹⁴ Raymond Carré de Malberg *Contribution à la théorie générale de l'État*, [1920-1922] Paris: C.N.R.S. 1962. 228.

jogi fogalmaknak nincsen jelentésük. Megjegyzendő, hogy különös módon – szemben a realistákkal és a szabadjogi iskola képviselőivel – sem Duguit, sem pedig Carré de Malberg nem gondolta azt, hogy el kellene vetni a Montesquieu-féle „bíró a törvény szája” ideológiát.

Tanulmányunk a két fajta pozitívizmusra egyetlen nézőpontból tekint. Az írás célja, hogy kimutassa: ezek egyike sem ad meggyőző választ az engedelmeskedési kötelezettség kérdésére. Ennek az egyik oka, hogy a pozitivisták ezt ideológiai, azaz nem tudományos jellegű kérdésnek tekintik, és ezért elkülönítik a jogi ontológiától. Ezt a helytelen felfogást legvilágosabban a XX. század második felében alkotó, a kortárs nem angolszász nemzeti jogtudományokra a legnagyobb hatást gyakorló olasz szerző Norberto Bobbio fejtette ki a legfrappánsabban.

Szerinte a „pozitívizmus” kifejezéssel megközelítésre, módszerre és egy legalista ideológiára utalunk, s ezt a három aspektust el kell különíteni egymástól. A distinkció nyilvánvalóan válasz arra a – Ross által is elutasított¹⁹⁵ – radbruchi vádra, hogy a pozitívizmus a „parancs az parancs” ideológiájával lenne azonos, ami pedig nem más, mint a feltétlen engedelmeskedést előíró legalista doktrína. Ám míg Ross azt állította, hogy a jognak való engedelmeskedést előíró tan nem „pozitivista”, hanem „álpozitivista”, addig Bobbio elismeri, hogy létezik pozitivista ideológia, csak éppen el kell vetni, mivel tarthatatlan.¹⁹⁶

Az engedelmeskedési kötelezettség – azaz a jog normativitása – problémája tehát tudománytalan, ideológikus jellegű. Bobbio szerint az ideológia az adott valósággal (pozitív joggal) szemben, többé-kevésbé tudatosan meghatározott értékrendszer alapján elfoglalt pozíció. A „pozíció-foglaló” ideológus pozitív értékelés esetén konzerváló, negatív értékelés esetén módosító szándékkal kíván magára a valóságra hatni. Az e szemszögből nézve konzervatív jellegű jogi pozitivista ideológia szerint – amit tehát nem csak a természetjogászok, hanem Bobbio sem fogad el – a pozitív jog, ideális joggal való megfeleléstől függetlenül érték. Ezt az álláspontot a pozitivisták két érveléssel kísérik meg

¹⁹⁵ Alf Ross „Validity and the Conflicts Between Natural Law and Legal Positivism” [1961] in Stanley Paulson – Bonnie L. Paulson (szerk.) *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. New York: Clarendon Press 1998. 147-163.

¹⁹⁶ Norberto Bobbio „Jusnaturalisme et positivisme juridique” in uő *Essais de théorie du droit* Párizs: LGDJ 1998. 25., 53.

(4) A mérsékelt természetjogi elmélet szerint, szélsőséges esetektől eltekintve, az igazságtalan törvényt is be kell tartani (passzív engedelmeskedési kötelezettség-, vagy feltételes engedetlenség-elmélet).

¹⁹⁷ Norberto Bobbio „Sur le positivisme juridique” in *uo.* 24., 27skk., 31skk.

Míg a radikális tézisek egymással ellentétesek, addig a mérsékelt álláspontok konvergálnak, hiszen a (2) szerint a rend, ha nem is a legfőbb érték, de érték, a (4) szerint a rend, ha rossz is, de a kisebbik rossz.¹⁹⁸

Nem igaz tehát, hogy jogi pozitivista ideológia és diktatórikus politikai berendezkedés között szükségszerű kapcsolat állna fenn. A jogi pozitivista ideológia ugyanis demokratikus, hiszen legtöbb formája liberális etikai posztulátumokra vezethető vissza. S mint ideológia sem nem jobb, sem nem rosszabb más ideológiánál, vagyis nem vezet sem szükségszerűen diktatúrához, sem pedig szabadsághoz.¹⁹⁹

Bobbio tipológiájának igen nagy hatása Franciaország mellett a poszt-totalitárius vagy -autoritárius rezsimekben (Spanyolországban, Olaszországban, Portugáliában illetve a latin-amerikai országokban) alkotó pozitivista jogtudósok körében is, akik erre hivatkozva igazolhatták, hogy miként volt összeegyeztethető a pozitivista, vagyis tudományos álláspontjuk és az ellenállás szükségességéről alkotott ideológiájuk. Mindazonáltal a tipológia vitatható. Egyrészt szembeötlő, hogy sem az (1), sem pedig a (3) álláspontot nem vallja senki. Sem a példaként idézett Hobbes, sem pedig Rousseau nem kötelezte el magát a feltétlen engedelmeskedési kötelezettség mellett. Mindkét esetre igaz az, hogy a társadalmi szerződés léte önmagában korlátozza a szuverént, hiszen amennyiben a szerződés célja nem teljesül, úgy az érvelés logikájánál fogva nem is lehet többet szuverénról szó, hiszen a politikai közösség újra a természeti állapotban találja magát. A másik oldalon pedig azt láthatjuk, hogy a (3) elméletet nem fogadja el még egy anarchista természetjogász sem, hiszen ő eleve igazolhatatlannak tart bármiféle szabadságot korlátozó engedelmeskedési kötelezettséget. Ha pedig minden törvény igazságtalan, akkor a „csak az igazságos törvénynek kell engedelmeskedni” állítás értelmetlen. Ezért szükségszerű, hogy az engedelmeskedési elméletbe valamilyen feltételt beépítő (2) és (4) tanok konvergálnak egymással.

Másrészt, illetve az eddig írtakból adódóan, megkérdőjelezhető, hogy lenne értelme „jogi pozitivista” és „természetjogi” engedelmeskedési tanról beszélni, amennyiben ezen a téren

¹⁹⁸ Bobbio „Jusnaturalisme et positivisme juridique” 45skk.

¹⁹⁹ Bobbio „Sur le positivisme juridique” 32.

viszont Isten mindenhatóságát korlátozza az isteni értelem, vagyis, Isten csak ezt, a lehetséges világok közül a legjobbat teremthette meg. (Leibniz) Nyilvánvaló, hogy Istennek engedelmeskedni kell,

²⁰⁰ *Uo.* 56-63.

²⁰¹ A teológia és a jog közötti hasonlóság, vagyis a politikai teológia kérdése csak történeti szemszögből nézve lehet érdekes. A jelenleg bevett katolikus felfogás szerint a politikai és a teológiai kérdéseket el kell választani egymástól és el kell utasítani, hogy a politikai teológia a teológiai elvek közvetlen alkalmazása lenne a politikai életre. Vö. „Politikai teológia” in Karl Rahner – Herbert Vorgrimler *Teológiai kishótár* Endreffy Zoltán (ford.) Budapest: SzIT. [1976] 1980.

csak hogy az egyik esetben a parancsot kiadó tekintélye miatt, a másik esetben viszont a teremtett lény értelmi belátásnál fogva.

A francia politikai filozófiában a teológiai voluntarizmus szekularizálásában kitüntetett szerepe volt Jean Bodinnek. A törvény egyedül az akaratától függ, s ez az akarat pedig a szuveréné,²⁰² amit a kibocsátó törvényhozói minősége teszi azzá, ami.²⁰³ Ez azt jelenti, hogy a szuverén ugyanúgy az összes kötelezettség forrása, mint ahogyan Isten. Az ezzel szemben álló tan – amit mások mellett a kartézianus filozófiát az államelméletre alkalmazó a fiziokrata szerzők dolgoztak ki – úgy látja, hogy a szuverén feladata az, hogy a természeti törvényeket a jog nyelvére átírja. Az értelem segítségével ugyanis ezek a törvények felismerhetőek. Ennek a gondolatmenetnek a legátfogóbb kifejtését Domat-nál és metafizikai megalapozástól elforduló Montesquieu-nél találjuk meg. Durkheim Montesquieuról írott doktori dolgozatában pontosan amiatt kritizálja a *Törvények szellemé*-nek a szerzőjét, amiért a törvényhozó feladatául nem pusztán a szokásjog (avagy az értelemmel felismert természetjogi szabályok) joggá való átírást tűzi ki célul, hanem bőséges helyet hagy a jogalkotói akaratnak is.

A voluntarista elméletekben az értelem korlátozó funkciója már igen korán megjelenik. Bodin szuverénje valójában kötelezettségek alanya is, hiszen hatalmát korlátozzák a száli törvények (vagyis az alkotmány), a más szuverének irányában tett ígéretei (vagyis „nemzetközi” kötelezettségei). S a másik oldalról pedig igaz az, hogy a racionalista-természetjogi felfogás sem tudta teljesen eliminálni az akarat fogalmát. Vagy idézhetnénk még Rousseau vetélytársát, Burlamaquit, aki a jogot [*droit*] Isten akaratára vezeti vissza, de rögvest hozzá is teszi, hogy azt az emberi értelem ellenőrzi.

Tartozzanak bármelyik iskolához is, a XIX-XX. századi francia közjogászok ebből, azaz nem-reduktív jogi ontológia elfogadása felől nézve már a felvilágosodás örököseinek tekinthetők. Nem is meglepő, ha első állításunk mindössze annyi lesz, hogy a francia jogbölcseleti gondolkodás jellegzetes jogi pozitivistá és természetjogász képviselői közül

²⁰² „*Les loix, ne dépendant que de sa pource et franche volonté*” [*leges ... ab unius iubentis voluntate pendere*] Rép. I. 8. 192.; „*la loy ... [est] le commendement du Souverain, usant de sa puissance*” Rép. I. 8. 221.

²⁰³ Raymond Carré de Malberg *La loi, expression de la volonté générale* [1931] Paris: Economica 1984. 23.

az

autoritás akarata működik közre. E tekintély akarata a garancia arra, hogy a közösségben a jó (boldog) élet megvalósuljon, amit akár szankció útján is érvényesíteni kell. Az akarattal rendelkező tekintélyt, a nép által – a természetes jog gyakorlásával – adott megbízás ruházza

²⁰⁴ Ld. erről még François Ost – Michel van de Kerchove „De la ‘bipolarité des erreurs’ ou de quelques paradigmes de la science du droit” *APD* 33 (1988) 177-206.

fel hatalommal. A nép személyekből áll, akiknek, éppen személy mivoltuknál fogva jogaik vannak. A kötelezettség alapja így a politikai közösségtől létezésétől függetlenül birtokolt természetes jog.

B. A nemzeti szuverenitás elve Carré de Malberg voluntarista államelméletében

Noha a szerző politikai célja nyilvánvaló,²⁰⁵ Carré de Malberg életművében – Kelsenhez hasonlóan – mindvégig megvolt a törekvés arra, hogy a politikától megtisztítsa a jogi fogalmakat. Nagy államelméleti műve pontosan azért íródott, hogy az államtudományt elkülönítse a pártpolitikától, s ezzel szétválassa az alkotmányjogot és a politikai érvelést. Amikor az elmélet megszületett, Kelsen és Merkl tanrendszere, valamint a fontosabb német doktrínák már ismertek voltak. Vagyis nem Carré de Malberg importálta a normativizmust Franciaországba, s nem is volt normativista. A német-osztrák tanokhoz képest számára a francia pozitívizmus egyediségét – sőt, nézőpontjukból, egyenesen felsőbbrendűségét – a voluntarizmus és a francia forradalom adja.

Carré de Malberg a társadalmi szerződés tanokon pallérozott elmék hazájában állítja azt, hogy az engedelmeskedési kötelezettség az állam megszületésére hivatkozva igazolhatatlan, hiszen ez nem több egy puszta ténynél.²⁰⁶ Jogi értelemben az állam egy jogi személy. Az egyénekről vagy a fejedelemről mint államhatalomról mindössze annyi mondható, hatalomgyakorlásuk egy tény.²⁰⁷ A törvényeknek a nemzet mint szuverén bejegyzése ad kötelező erőt, s az alkotmány tekintélye is csak a nemzet által birtokolt hatalomból vezethető le. Így aztán az alkotmány és a törvény között sincsen különbség, hiszen a törvényhozó és az alkotmányozó hatalom – legalábbis a III. Köztársaság keretei

²⁰⁵ A francia alkotmányjogász a „belső Franciaország” [*France de l'intérieur*] azon elzászi kisebbséghez tartozott, aki frankfurti szerződés révén a Német Birodalomhoz csatolt területről, francia állampolgárságát megőrizve elvándorolt. Pályáját civilistaként kezdte, de az I. Világháború kitörésekor érdeklődése az alkotmányjog felé fordult. Első jelentős alkotmányjogi tanulmánya is Elzász-Lotharingia státuszáról szól, amiben a föderáció kérdését tárgyalta, azt kísérelve meg bemutatni, hogy a törvényhozási autonómiával rendelkező egységben élő elzásziaknak végső soron nagyobb szabadsága lenne a republikanizmus, s ezzel együtt az oszthatatlansági elvet valló unitárius berendezkedésű Franciaországban, mint a német monarchikus-szövetségi államalakulat keretein belül.

²⁰⁶ Carré de Malberg *Contribution à la théorie générale de l'État* 68.

²⁰⁷ *Uo.* 69-70.

²⁰⁸ *Vö. uo.* 63.

kell kapcsolni,

²⁰⁹ Uo. 73skk.

²¹⁰ Uo. 69-79.

²¹¹ Uo. 79.

²¹² Idézi Arnauld Haquet *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français* Paris: PUF 2004. 11-12.,
11. 1. jp.

hiszen amennyiben osztható lenne a szuverenitás, úgy abban az esetben már, miként az (1) jelentés meghatározza, nem lehetne legfőbb hatalom.²¹³

Valójában, írja a francia gondolkodó, az állam létezésének nem a szuverenitás a *sine qua non* feltétele, hanem az államhatalom [*puissance d'État*] fennállása.²¹⁴ Az alkotmány bizonyíték arra, hogy e hatalom létezik, s ez határozza meg magát az államhatalmat is, továbbá gyakorlásának feltételeit és korlátait. A szuverenitás a szuverén önmeghatározási [*autodétermination*] képessége. A „szuverén állam” kifejezéssel arra utalunk, hogy az állam képes [*faculté*] kizárólag a saját akaratából meghatározni saját hatásköreit (úgy is mondhatnánk, hogy „hatáskörökre vonatkozó hatásköre” van), és kitűzni céljait.²¹⁵ Egy állam létezik, ha meghatározott területen, meghatározott népesség [*collectivité*] felett áll egy olyan eredeti hatalom, amely saját akaratát és hatalmát nem mástól vezeti le. S pontosan ez a különbség a szuverén és a nem szuverén állam között: csak az előbbi képes korlátlanul meghatározni saját magát. A „szuverenitás” nem több, mint az államhatalom minősége: a szuverén államban az államhatalom nem függ semmilyen más akarattól.²¹⁶

Az államhatalom ellenállhatatlan; fennállása természetes és megváltoztathatatlan tény. Létét céljai igazolják. A jogrend alapjának elemzése során nem lehet rákérdetni a hatalom legitimitásjára, mivel az nem a közjog területére tartozik.²¹⁷ A jogász viszont azt megkérdézheti, hogy

„ezt a hatalmat miként alkották és gyakorolják hatékonyan, s hogy annak alapja miben rejlik. Másfelől, a jogtudomány általános nézőpontjából tekintve úgy tűnik – anélkül, hogy a jogász túlmenne a legelső alkotmányon, amellyel egy időben megszületett az államszemély – hogy az állam uralkodó hatalma az állam alkotmányából ered. Ez legelső alkotmány az, amely a nemzeti közösség [*collectivité*] szervezetét megalapította. Azt a szervezetet, amelynek eredménye egyszerre ennek a közösségnek az egyesítése egy jogi személyben és a csoport akaratának korlátozása egyetlen egyesített akaratra, amelyet a csoport alkotmányos szervei fejeznek ki, és amely, jogi értelemben, a csoportban lévő legerősebb [*puissant*] akarattá alakul át. Így, a jogtudomány sajátos területén az államhatalmat csak egy nemzeti szerveződés [*organisation*

²¹³ Vö. Michel Troper „La souveraineté comme principe d'imputation” in Dominique Mailland Desgrées du Loû (szerk.) *Les évolutions de la souveraineté* Paris: Montchrestien 2006. 69-80., 71.

²¹⁴ Carré de Malberg *Contribution à la théorie générale de l'État* 157.

²¹⁵ Uo.174.

²¹⁶ Uo.174skk.

²¹⁷ Uo.194.

alkalmazni az államelmélet területén. Durkheim tanainak a közjog területre való bevezetése

²¹⁸ Uo.196.

²¹⁹ Uo.196skk.

²²⁰ Uo. 228-238.

nem okozott különösebb nehézséget. A jogszociológia ugyanis az általános szociológiából nőtt ki, vagy mondhatjuk úgy is, hogy annak árnyékában nőtt fel.²²¹ A problémát inkább az okozta, hogy kit kell szociológusnak tekinteni.

August Comte rendszertana szerint ugyanis a tudományok királynőjének tekintett szociológia magába olvaszt mindent. Comte joggal szembeni averziója a szociológiai módszer jogtudományban való meghonosítását nehezítette:

„Comte álláspontja, írja maga Duguit, a jogszociológia lehetőségét kizárta nem csak a társadalom fejlődésének általános törvényeire irányuló kutatása és a szociológia speciális ágainak elutasítása, hanem a jog gyűlölete miatt is, amelynek minden valóságát elutasította.”²²²

És való igaz, Duguit-nek igaza lehet, ha Comte következő megállapítását olvassuk:

„A pozitív korszakban a jog szót ugyanúgy ki kell törölni a valódi politikai nyelvből, ahogyan az ok szót az igazi filozófiai nyelvből ... Valódi jogok csak akkor létezhetnek, ha a természetfeletti akaratokból árad ki a rendes hatalom; a pozitív állapotban, amely nem fogadja el a *titre celeste*-et, a jog eszméje menthetetlenül eltűnik.”²²³

Duguit érvelésében igen fontos, hogy a szociológiai módszer már Comte előtt megjelent. Durkheim Montesquieu mellett Rousseau-t is szociológusnak tekinti.²²⁴ Duguit egészen odáig is elmegy, hogy – az igazságérzet jellegzetességeinek bemutatásánál – pedig az előfutárok közé sorolja Arisztotelészt és Szent Tamást is.

Arnaud a francia jogszociológia születési éveként 1895-öt jelöli meg. Ekkor egy törvény tette lehetővé, hogy a jogi karokon a professzorok azt és olyan módszertant alkalmazva

²²¹ Vö. André-Jean Arnaud *Critique de la raison juridique. 1. Où va la Sociologie du droit?* Paris: LGDJ 1981. 61.

²²² Duguit szavait idézi Arnaud *uo.* 72. Másfelől viszont, szerinte Comte-nak a jogfilozófia mégiscsak sokat köszönhet, amiért szembeállította a „rendet” és a „haladást”, vagyis a statikus és a dinamikus szociológiát. Durkheimnél ez a gondolat abban a tézisben nyilvánul meg, amely szerint egy társadalmi struktúra története nem magyarázza meg annak jelenlegi funkcióját. A Comte-féle stádium elméletet például érdekesen alkalmazza egy Duguit-kortárs belga jogtudós. Szerinte a három stádium háromféle értelmezési módszernek felel meg. Frydman így rekonstruálja ezt a fejlődést: teológiai korszak / szó szerinti értelmezés / nyelvtani módszer / aminek a szó a tárgya; metafizikai korszak / logikai értelmezés / logikai módszer / aminek az akarat a tárgya; pozitív korszak / teleológiai értelmezés / társadalomtudományi módszer / aminek a valóság a tárgya. Frydman *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la rasion juridique.* 475skk. A tipológia nyilván az újabb – pontosan az antik hagyományt újraélesztő – jogértelmezés-tanok fényében ma már aligha védhető, és napjaink jogbölcseleje elvan a Comte-i történelemfejlődés tanának elfogadása nélkül is.

²²³ Auguste Comte *Système de politique positive* I. Paris: 1851. 361. Ld. még Frydman *Le sens des lois.* 443skk.

²²⁴ Vö. Émile Durkheim *Montesquieu et Rousseau précurseurs de la sociologie* Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1966.

legalább két szintje van: pszichológiai, amennyiben az egyén és a közösség tudata között áll

²²⁵ Arnaud *Critique de la raison juridique* 67sk.

²²⁶ Az egyetemi intézményrendszer (kutatóhálózat) kialakítását a Németországban tapasztalatot gyűjtő fiatalok határozták meg, s persze, az autoriter személyiség Durkheim, akit már diákkorában lenyűgözött a Wilhelm Wundt által irányított leipzigiegyetem híres kutatóintézete. Vö. Terry N. Clark „The Structure and Functions of a Research Institute: The *Année sociologique*” 9 *Archives européennes de sociologie* (1968) 1 74.

²²⁷ Arnaud *Critique de la raison juridique* 67., valamint a további pontosításokra ld. uo. 9. jp.

²²⁸ „Sociologie du droit” in Arnaud és mások (szerk.) *Dictionnaire Encyclopédique* 565skk.

²²⁹ Clark „The Structure and Functions of a Research Institute” 77.

²³⁰ Émile Durkheim „Tényítételek és értékítéletek” in uő *A társadalmi tények magyarázatához. Válogatott tanulmányok* vál. és ford. Léderer Pál és Ádám Péter Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1978. 217.

fenn és strukturális-funkcionális, amennyiben az individuum és a csoport között létezik. Az első jellemző az organikus szolidaritásra, ahol – Habermas szavaival élve – a közösségi integráció a hiten alapul, a második pedig a mechanikus szolidaritásra, ahol – megint Habermast idézve – az integráció a kooperáció által megy végbe.²³¹ A Durkheimet követő államtudomány, főként Duguit, az individualizmus melletti elköteleződés miatt, azonban elutasította a kollektív tudat létezését.

A jogtudomány és a szociológia együttműködése azonban nem volt teljesen sikertörténet. A jogászok és szociológusok sokáig nem voltak képesek kommunikálni egymással, más okok mellett azért, mert nem volt evidens, hogy létezik egy olyan egységes diszciplína, amit „szociológiának” nevezhetnénk. Miként Aron írja, a szociológusok csak abban értenek egyet, hogy a szociológia fogalmát nehéz meghatározni.²³² Morin egyenesen a „szociológia szociológiájának” a kérdését feszegeti. A metaszintű problematizálás azért lényeges, mivel maga a szociológia is – például kritikai jellege miatt – a társadalmi élet része („társadalmi tény”), így a kérdés az, hogy ezt milyen törvényszerűségek figyelembe vételével lehet elemezni.²³³ A probléma gyökere Arnaud szerint egyfelől az áll, hogy kevésen látják át egyszerre a két területet, s másfelől pedig az, hogy a természetüknél fogva megfigyelésre hajlamos szociológusok gyakran „felforgatók”, a hagyományosa konzervatív jogászok viszont az igazság foglyai. Ez a szembenállás egészen az exegétikus iskola dogmatizmusával szemben a szociológusokban kialakult ellenérzésig megy vissza. Szerencsére oldotta végül az ellentéteket a francia társadalomtudomány berkein belüli infiltráció, folytatja érvelését Arnaud, s végül a szociológia segítette a jogtudósokat is abban, hogy végre észrevegyék a „valóságot” a jogban.²³⁴ Hogy Durkheim valóban felforgató lett volna, ez azért ugyancsak kérdéses. Az biztos, hogy a századforduló Franciaországában a szocializmus, a *science sociale* és a szociológia nagyon szorosan összefüggő fogalmak voltak. Aron azt állítja, hogy Durkheim számára a szociológia a szocializmus tudományos kiegészítése volt. Egyébként a francia könyvkatalógusokban, 1925-ig a szocializmus és a

²³¹ vö. „Solidarité” in Arnaud és mások (szerk.) *Dictionnaire Encyclopédique* 575.

²³² Aron szavait idéz a „Sociologie” szócikk in *Dictionnaire de la sociologie* Paris: Encyclopedia Universalis et Albin Michel 1998. 762.

²³³ Edgar Morin *Sociologie* Paris: Fayard 1984. 27 sk.

²³⁴ Arnaud *Critique de la raison juridique* 6sk.

csatlakozva

elhárítson magától mindent ami szenvedéssel fenyeget. A közösséget ez a közös érzetvilág alakítja ki, s ez vezet el a szolidaritáshoz, aminek a kifejeződése az objektív jog.

²³⁵ A korban létezett nem baloldali szociológia is pl. Paul Naudet *Premiers principes de sociologie catholique* Paris: Bloud et Barral 1899.

²³⁶ Duguit *Traité de droit constitutionnel*. 653-654.

²³⁷ Léon Duguit *L'État: le droit objectif et la loi positive* [1901] Paris: Dalloz 2003. 1.

A társadalmi tények abban különböznek a (fizikai) természetes tényektől, hogy akarati aktusok.²³⁸ Az akarat alapja az öntudat, de szabad akarat valójában nincsen, mert az metafizika világába tartozik. A cselekvés valamilyen célra irányul, amit az öntudat határoz meg. A társadalmi szabálynak is ez a célja: irányítja és korlátozza az ember öntudatos és akaratos cselekvését, s bizonyos cselekvéseket megtilt.²³⁹ A társadalmi szabályok mint tények kötelezőek. Vagyis a valóságban nem változtatják meg azt ahogyan az emberek élnek, s nem alakítanak ki hierarchikus viszonyt sem az akaratok között. A társadalom egy organizmus és ennek összetevői az egyének; a társadalmi törvény a társadalom formálódását és fejlődését irányítja, koordinálja.²⁴⁰ A jog és az erkölcs ezért nem norma- hanem ténytudomány, a kutatás módszertana a megfigyelés. A megfigyelendő törvényszerűségek – vagyis a társadalmi tények – nem biológiai törvények, de a kutatásnak ki kell zárnia az egyéni szabadság fogalmát, mert annak létezését egyedül az erkölcsfilozófia (metafizika) feltételezi. (Az egyén autonómiája mint társadalmi tény olyan értelemben létezik, hogy az egyén azt gondolja, ő maga szabad.) A társadalmi törvény teleologikus, s funkciója pedig az, hogy a társadalmi csoportot alkotó egyének koordinációját szabályozza. A felvilágosodás gondolkodóival szemben Duguit azt vallja, hogy az egyén konkrét szükségletekkel rendelkező egyedi lény, vagyis élete elválaszthatatlan attól a társadalmi környezettől, amelyben létezik. A társadalmi törvény tárgya az, hogy kötelezze az egyént a másik autonómiájának tiszteletben tartására. Ehhez kell a szolidaritás.²⁴¹

Duguit háromféle társadalmi norma között tesz különbséget. Ezek: a gazdasági, az erkölcsi és a jogi normák. A gazdasági normákhoz mindig akarati aktusokhoz kötődnek, s az olyan gazdasági jelenségek is, mint például a többlettermelés, a munkabérek megemlése is mind-mind emberi akaratra vezethetőek vissza. A szabályok révén érvényesül a társadalmi szolidaritás, s ezek kötelező ereje is innen fakad. Az azokhoz kötődő szankciók viszont csak a vagyont érintik. Az erkölcsi szabályok nem *a priori* jellegűek és nem is a jónak vagy a

²³⁸ Duguit *Traité de droit constitutionnel*. 68.

²³⁹ *Uo.* 70.

²⁴⁰ *Uo.* 78.

²⁴¹ *Uo.* 84.

nem követését a jog nem szankcionálja. A természetjogászok tévedése, hogy azt gondolják: minden esetben, társadalomban, időben és helyzetben kialakul az az érzet, hogy bizonyos

²⁴² *Uo.* 92.

²⁴³ *Uo.* 89-93.

²⁴⁴ *Uo.* 142.

²⁴⁵ *Uo.* 123skk.

társadalmi szabálynak jogi szabállyá kell válnia. És abban is tévednek, hogy létezik olyan általános kritérium, amely megmondja, hogy bizonyos szabályokból mikor legyen jog. Az viszont empirikus módszerrel megállapítható, hogy mikor érzi azt a tömeg, hogy a meghatározott szabály megsértését szankcionálni kell. A jogász feladata pontosan ebben áll, s ezt a megfigyelést elvégezze. A nehézség abból adódik, hogy az igazságosság-érzet az egyéneknél sokszor intuíción szintjén marad és viszonylag homályos. Sokszor pedig pontosan azok értelmezik helytelenül ennek a fennállását, aki azt állítják, hogy ők fejezik a közvéleményt. De közvélemény tévedhet. A munkában a tömegpszichológia eszköztára lehet a jogtudós segítségére. Ez a munka azonban nem a metafizika területére tartozó ideális jog keresését jelenti. A pozitivista jogtudós egyetlen feladata, hogy megjelölje: a társadalmi normáról mely pillanattól kezdve kezd el azt gondolni a társadalom, hogy annak kikényszerítése a szolidaritás védelme érdekében a jog által kell, hogy történjen. Vagyis a norma nem azért érvényes, mert valamilyen felsőbbrendű akaratnak vagy ideális jognak megfelel.²⁴⁶ Léteznek olyan általános formák is, amelyekeken keresztül a szolidaritás-érzet, a szankció iránti igény megfigyelhető. Így az igazságosság fogalma időről-időre, társadalomról-társadalomra változik ugyan, de maga az igazságos és az igazságtalan érzete megvan mindenkinél és mindenhol. Az ember természetéből adódóan szolidáris a többi emberrel, hiszen társadalmi lény. A társadalmiság érzete azért alakul ki, mert az egyénnek halálfélelme van, és a társadalmi csoportban inkább biztonságban érzi magát mint egyedül. Közben megmarad az öntudata is, vagyis azt gondolja, hogy autonóm lény. Van önérzete és egoista is, s valójában az igazságosság-érzete ennek az egoizmusnak a kiterjesztése. Az igazságosság tehát nem egy racionális, abszolút, emberi értelemmel felfedezhető ideál, hanem egy érzet. A cselekvést pedig mindig a társadalmi természet-érzete és az egyéni autonómiájának érzete alakítja ki. Az igazságtalanság, vagyis a társadalmi szolidaritás megsértése a legalapvetőbb társadalmi együttélést megalapozó norma ellen irányul, ezért a megsértőjével az egész társadalom szembeszáll.²⁴⁷ S még ha az igazságosság fogalma változik is, többé-kevésbé homályosan vagy világosan, de mindegyik igazságosság-érzet legmélyén

²⁴⁶ Uo. 116s. k.

²⁴⁷ Uo. 119s. k.

formáinak, valamint, úgy az egyéneknek érezniük kell, hogy amennyiben elmarad a szankció, akkor az igazságosság formái sérülnek.

²⁴⁸ *Uo.* 121skk.

²⁴⁹ *Uo.* 127.

Az egyik ellenvetés ezzel az elmélettel szemben nyilvánvalóan az, hogy egy tény nem lehet a kötelezettség alapja. Duguit először is elutasítja, hogy ezt az ellenvetést olyan elmélet alapozza meg, amely valamilyen természetfeletti kötelezettség-rendszert vagy alanyi jogot feltételez, mivel ezek szerinte a metafizika világába tartoznak. A kötelezettség antimetafizikai alapállásból nézve nem más, mint „egy meghatározott személyi akarat-terjedelmének csökkentése; ez az akarat hatalom-nélkülisége vagy nem-akarhatóság.”²⁵⁰

Az akarat azonban létezik, ennek megnyilvánulásai érzékelhetőek. De egy szabály nem módosíthatja az egyéni akarat lényegét, s ez az akarat nem ruházhat fel olyan hatalommal, amelyre természete szerint nem terjed ki. Vagyis alanyi joggal nem ruházható fel senki. Az alanyi jog elméletek mindegyike hibása abban, hogy kiterjeszti az emberi akarat fogalmát a metafizika irányába. Egy másik, alanyi joggal bíró személy irányába fennálló kötelezettség létezése egy felsőbb rendű hatalmat feltételez, ám ez a feltételezés metafizika világába tartozik. A „jogi norma kötelező” állítás azt jelenti, hogy

„adott pillanatban, a vizsgált csoportban, ha ezt a normát megsértik, a közfelfogás [*la masse des esprits*] megérti, hogy – követve az adott pillanatban kialakult igazságérzetet – igazságos és szükséges, hogy a társadalomban létező kölcsönös függőség [*interdépendence sociale*] fenntartása végett a csoportban meglévő tudatos erőszak közbeavatkozik, hogy megtorolja annak megsértését.”²⁵¹

A norma tény, s mint tény, „kötelező”,²⁵² vagyis egy jogi norma érvényességének nem alkotmányos, hanem pszichológiai kritériumai vannak. Alakja egy hipotetikus ítélet: ha A ezt és ezt teszi, vagy ezt és ezt nem teszi, akkor *n* dolog történik, ahol is az *n* a társadalmi rend hiányát [*désordre*] mint következmény bekövetkezését jelenti.²⁵³ A norma azért kötelező, mert e nélkül nem élhetne az ember. A képviseleti kormányzat esetében mindez azt jelenti, hogy a kormányzók akarata is tényleges, s hogy maguk a kormányzók is ugyanolyan akarattal rendelkező emberek, mint a kormányzottak. A feladatuk valójában mindössze annyi hogy az állam funkcióit megvalósítsák, s tevékenységük mindössze addig a pontig legitim, amíg a

²⁵⁰ Uo. 143.

²⁵¹ Uo. 144.

²⁵² Duguit *L'État: le droit objectif et la loi positive* 155, 156.

²⁵³ Duguit *Traité de droit constitutionnel. La règle de droit – le problème de l'Etat*. I. 82.

demokratikus doktrínák egy-egy gondolatát. A Deklaráció 3. szakaszának („A teljes szuverenitás elve lényegét tekintve a nemzetben lakozik”) vagy az 1791-es alkotmány III. cím 1. cikkelyének („A szuverenitás egy, oszthatatlan,

²⁵⁴ Uo. 536skk.

²⁵⁵ Uo. 541-557.

²⁵⁶ Uo. 557-570.

²⁵⁷ Uo. 570-581.

elidegeníthetetlen és eltörölhetetlen”) létezését nehéz lenne tagadni. Az ezt igazoló tanok viszont igenis kritizálhatóak. A demokratikus doktrínák, így Hobbes és Rousseau azt tanították, hogy a szuverén – a kollektív személy vagy a „közös én” [*moi commun*] egy olyan személyiség, amelynek az egyéni akaratoktól elkülönülő saját akarata van. Maga a társadalmi szerződés tana azonban hibás hipotézis, hiszen szerződés csak társadalomban létezik, vagyis a társadalmat magát szerződés nem alapozhatja meg. Az sem bizonyítható hogy a versengő egyéni akaratok valójában egy elkülönülő, önálló akarat születne. S ha lenne is ilyen, egyáltalán nem biztos, hogy az legitim, hiszen akár kollektív ez az akarat, akár egyéni, ettől még emberi akarat marad, s mint ilyen, igazolhatatlan, hogy más emberi akarat fölött állhat.²⁵⁸ Duguit-nél az állam mindössze egy a társadalmi csoportok közül. Feladata a koordináció, s valójában nem is több közszolgálatok [*service public*] összességénél. Mivel a jog az állam akaratától független, objektíven létező társadalmi tény, ebből az következik, hogy az állam a jog alá rendelt.

2. A természetjogi igazolás egy lehetséges útja

A. A természetjog helyzete Franciaországban

A természetjog-tanok valódi térnyerése mint – a szó klasszikus értelmében vett – realista jogfilozófia franciaországi térhódítása a századfordulóra tehető. Az antipozitivisták érvelések kidolgozásakor azonban ezek a realista szerzők nagyon ritkán foglalkoztak úgy a természetjoggal mint ami összefüggésbe hozható a jog normativitásának, vagy kötelező erejének forrásával. Ennek alighanem oka lehetett az is, hogy az engedelmeskedési kötelezettség kérdése még a természetjogot avagy más antipozitivisták irányzatot felvállaló szerzők esetében is „tudománytalannak” tűnhetett.

A francia jogtudósok a kezdetektől fogva ambivalensen viszonyultak a természetjog-tanokhoz. Egy ideig elfogadták, mert úgy látták, hogy az univerzum rendjét megfelelően kell, hogy tükrözze a természetjogi törvényrendszer. Ennek nézetnek a legtökéletesebb

²⁵⁸ Uo. 581s. k.

²⁵⁹ Simone Goyard-Fabre „La philosophie du droit de Jean Domat ou la convergence de l'ordre naturel et de l'ordre rationnel” in G. Ferreyrolles (szerk.) *Justice et Force: Politiques au temps de Pascal. Actes du Colloque de Clermont, septembre 1990* Paris: Klincksieck 1996. 187-207.

világháború közötti időszakot olyannyira meghatározó, a nyugati civilizáció hanyatlását hirdető „válságirodalom” hatására vitába száll a „modernekkal”.²⁶² Velük szemben megkísérelte helyreállítani az ész és hit harmonikus viszonyát, megvetve egyúttal történelem-

²⁶⁰ Jacques Maritain „Préface” in *Le docteur angélique* Paris: Paul Hartmann 1929.

²⁶¹ Jacques Maritain *La Philosophie bergsonienne: études critiques* Paris: Marcel Rivière 1914.

²⁶² Pl. Jacques Maritain *Antimoderne* Paris: Édition de la Revue des Jeunes 1922; *Trois réformateurs: Luther, Descartes, Rousseau, avec six portraits* [1925] Paris: Plon 1961; *Le crépuscule de la civilisation* Paris: Éd. Les Nouvelles Lettres 1939.

filozófiájának és demokrácia-elméletének metafizikai alapjait is. Egy ideig az *Action Française* mellett kötelezte el magát, de attól annak nacionalizmusa, demokrácia-ellenessége, s pápai elítélése (1926) miatt eltávolodott.²⁶³ A filozófus első korszakának fő politikai filozófiai műve az „Átfogó („igazi”) humanizmus”.²⁶⁴ A keresztény humanizmus szerinte egyszerre utasítja el az individualista liberalizmus és a kollektivista kommunizmus antropológiáját. Maritain gondolkodására ekkor még inkább a tradícionális irányzatára és *Quadragesimo anno* enciklikára is jellemző korporativista társadalom-felfogás nyomja rá a bélyegét.

Az említett műben még nem olvasunk az emberi jogokról, ami az életmű második, „amerikai” korszakára lesz jellemző.²⁶⁵ A kulturális környezet és a dolgok II. világháború utáni állása arra készíteti Maritaint, hogy figyelmét a természetjog és az emberi jogok problémáira fordítsa.²⁶⁶ De Gaulle tábornokkal igen hamar kapcsolatba lépett, mivel számára is elfogadhatatlan volt a fegyverletétel. A „szabad Franciaország” megszervezésében közvetlen politikai feladatot nem vállalt ugyan, de mindvégig inspiráló forrás volt.²⁶⁷ Egyrészt a rövid életű IV. Köztársaság alkotmányának, másrészt az *Emberi jogok egyetemes nyilatkozatának* megszövegezésben játszott kiemelkedően fontos szerepet. Ennek első fiaskója láttán tette meg nevezetes – és olykor félreértelmezett – állítást, miszerint az emberi jogok kérdésében a világnézetek között „... gyakorlati megegyezés lehetséges, ... az elméleti

²⁶³ Jacques Maritain *Une opinion sur Charles Maurras et le devoir des catholiques* Paris: Plon 1926.

²⁶⁴ Jacques Maritain *Humanisme intégral: problèmes temporels et spirituels d'une nouvelle chrétienté* Paris: Fernand Aubier, 1936. magyarul *Az igazi humanizmus. Egy új keresztény társadalom evilági és lelki vonatkozásai* (ford. Turgonyi Zoltán) Budapest-Sárospatak: SzIT - Sárospataki Római Katolikus Egyházi Gyűjtemény 1996.

²⁶⁵ Jacques Maritain *Man and the State* Chicago: U of Chicago P. 1951. részlete magyarul: „A szuverenitás fogalma” Tattay Szilárd (ford.) in Takács Péter (szerk.) *Államtan. Írások a XX. századi általános államtudomány köréből* Budapest: Sz.I.T. 2003. 615-633.

²⁶⁶ Jacques Maritain *La loi naturelle ou loi non écrite: texte inédit, établi par Georges Brazzola*. Fribourg, Suisse: Éditions universitaires 1986.

²⁶⁷ Vö. Charles Blanchet „Les rapports entre le général de Gaulle et Jacques Maritain” in Bernard Hubet – Yves Floucat (szerk.) *Jacques Maritain et ses contemporains* Paris: Desclée 1991. 343-362.

²⁶⁸ Az itt született legfontosabb alkotása a *Man and the State*. Ld. még Jacques Maritain: *Reflections on America*. New York: Charles Scribner's Sons, 1958.

társadalom

[*société politique*] táptalaja legyen. A közösségi érzetek, a tudatalatti, a közös szokások és pszichológiai struktúrák a cél felismerésétől és megvalósítástól függetlenül léteznek. A társulásban viszont mindig van egy feladat vagy cél (pl. közjó), amelynek megvalósítására az emberi intellektus és akarat működésbe lép, s döntést hoz, vagy legalábbis egy erre vonatkozó megegyezést alakít ki. A közösséget az ösztönök, társadalmi körülmények, történeti örökség határozza meg. A társulást az értelem és az erény uralja. A közösségben az emberi kapcsolatok

²⁶⁹ Jacques Maritain *Le paysan de la Garonne. Un vieux laïc s'interroge à propos du temps présent*. Paris: DDB 8. kiad. 1966. magyarul: *A garonne-i paraszt* Turgonyi Zoltán (ford.) Budapest - Szentendre: Paulus Hungarus / Kairosz 2001.

helyzetekből és körülményekből adódnak, s a „kollektív psziché” az egyén „személyes öntudata” fölé kerekedik. A társulásban viszont a személyes öntudat mindig megőrzi elsőbbségét, ezért a társadalmi csoportot a személy formálja (s nem fordítva, mint a közösségben), s az együttélés körülményeit a kezdeményezések, az ötletek és azok megvalósítására vonatkozó döntések határozzák meg. A szabadság áll az első helyen még az olyan természetes társulási formákban is, mint a család vagy a politikai társadalom, s másfelől, még egy olyan fejlett közösségben is, mint egy kereskedelmi közösség, a természet köszön vissza. A közösségben a társadalmi nyomás erőszak formájában jelenik meg, a társulásban pedig ugyanez a közös célra vonatkozó elgondolásra irányuló jogot és más racionális rendelkezéseket támasztja alá, s azt feltételezi, hogy a személy szabad döntéséből (szabadságából) adódóan engedelmeskedik.

A nemzet [*nation*] legfontosabb, legösszetettebb és leginkább tökéletes közösség, a „közösségek közössége”. De nem társulás. Bár a nemzet nem is rassz, mégis megőrzi valamit a biológiai renchez való kötődés tényéből, amennyiben e közösség legtöbbször születés és leszármazás tényén alapul.²⁷⁰ A nemzet ugyanakkor erkölcsi kategória is. A születés, leszármazás és közös történelem tényeihez civilizációs jellegzetességek fonódnak: családi tradíciók, kulturális örökség, jogi és társadalmi minták, előítéletek, igények, remények. Egy etnikai közösségnek mindössze a közös eredetre és történelemre utaló érzet-mintái vannak. Az etnikai közösség akkor alakul át nemzetté, ha a közös eredet és története tényének felismerése öntudatára ébreszti a közösség tagjait.²⁷¹ A közösség élettörténete során természetesen a tények tudata olyannyira rögzül, hogy a közösség tudatalatti pszichéjének részévé válik (például népdalok, balladák és mítoszok formájában). A nemzet egy öntudatára ébredt közösség. A nacionalizmus e gondolat elkorcsosulása, a nemzetállam pedig ennek az elkorcsosult felfogásnak a kifejeződése. A nemzet tehát az etnikai

²⁷⁰ Vö. *naissance* = születés; *nation* = nemzet.

²⁷¹ Maritain *Man and the State* 5.

c) Autoritás és jog

Az autoritásnak a politikai társadalomban van igazi jelentősége. A hatalom és parancs tényen, az autoritás és jog viszont a természetjogon (igazságosságon) alapul. A politikai test minden egyes részéhez sajátos és részleges autoritás tartozik, amelynek csúcsán az állami autoritás áll. A jólét és a jogrend lényeges részeit képezik a politikai test közjavának, s ez közjó a politikai test részeinek összesített javainál tágabb és gazdagabb. A jog azonban csak egy cél elérését szolgáló eszköz. Az egyének a közjóért cselekszenek, s e közjó visszaháramlik a politikai testet

²⁷² Jacques Maritain *Kereszténység és demokrácia* New York: Iránytű, 1952. 24.

alkotó személyekre. A közjó a sokaság jólétét jelenti: a biztos pénzügyi rendet, az erős hadsereget, az igazságos törvények rendjét, a jó szokásokat és a politikai társadalom rendjét kialakító bölcs intézményeket, a diadalmas történeti emlékeket és élő hagyományokat, amelyek révén a polgári tudat, a politikai erények, a jog és szabadságérzet, a materiális és spirituális gazdagság szociológiai integrációja lehetővé válik.

Az állam és a politikai test viszonya a rész és egészhez hasonló: az állam nem több és nem kevesebb, mint a közjó megvalósítása végett létesített, a politikai testben a legmagasabb szinten elhelyezkedő, de attól el nem váló, jól szakosodott rész. Az államnak erkölcsi és nevelői funkciója is van, s ezt egészítik ki a közösségben rejlő ösztönök és hagyományok. A politikai test részeként felfogott állam az emberi személy szolgálatában áll:

„Az állam létének az értelme nem egyéb, mint az, hogy segítse az embereket a jogok megszerzésében és valóban emberhez méltó életet biztosítson nekik, valamint a nemzet ellenőrzése alatt álló legfőbb végrehajtó és szabályozó szerv legyen, melynek célja a közjó, olyan mértékben, amennyiben az a közösséget megilleti“.²⁷³

Az államhatalom biztosítja a rendet (mivel közösség is), a tekintély pedig természetjoggal igazolható (ti. társulási forma), amiből az igazgatás és parancsolás joga levezethető.

Maritain pluralista politikai filozófiája – hasonlóan a kereszténydemokrata vagy az ahhoz közel álló gondolkodók felfogásához – elvetia felvilágosodás filozófiájában gyökerező, de egyes modern államtani és nemzetközi jogi irodalomban is továbbélő abszolutista szuverenitás-dogmát:

„[E]gyetlen elmélet sem szült annyi ellentétes álláspontot és okozott olyan kétségbeejtő zűrzavart, a XIX. századi jogászok és politikatudósok körében,

²⁷³ Uo. 12., 21.

²⁷⁴ Maritain „A szuverenitás fogalma“ 615., 633.

²⁷⁵ Uo. 630.

abszolutizmus.²⁷⁸ Valójában a vezetőik és vezetettek egy egész, a politikai test részei, ezért nem különülhetnek el olyannyira, mint amennyire Isten és a teremtett világ, s ezért a vezetőik nem is uralkodhatnak az alávetettek felett úgy, mint Isten. Minthogy egyetlen emberi intézménynek sincsen természetéből fakadó joga arra, hogy kormányozzon, e jogosultság időleges és feltételes: addig áll fenn, amíg e rész (a vezetőik) a többiek (vezetettek) érdekében – azaz a közjót szem előtt tartva – gyakorolja a hatalmat. A nép kormányzáshoz való joga is mindössze részesülés, hiszen végső soron egyedül Istent illeti meg a parancsoláshoz való jog. Az önkormányzathoz való

²⁷⁶ Uo. 619sk.

²⁷⁷ Uo. 620.

²⁷⁸ Uo. 620sk.

alapvető jogát gyakorló nép pedig eleve korlátozásokkal adja át a kormányzáshoz való jogot a vezetőknek, a földi „helytartóknak” [*vicarius*]. Az állam (vagy kormányzat), a „földi helytartó” felelős, és a népnek tartozik felelősséggel, hiszen a kormányzással a nép bízta meg.

Maritain a szuverenitás fogalmát az autonómia koncepciójával helyettesíti. Egyedül a politikai testnek van teljes autonómiához joga. Ennek két oldala van: a teljes belső (magára a politikai testre vonatkoztatott) autonómia és a teljes külső (a többi politikai testre vonatkoztatott) autonómia. A belső autonómia egyrészt azt jelenti, hogy a politikai test relatíve legnagyobb (azaz bármely részénél nagyobb) függetlenséggel kormányozza magát, mégpedig úgy, hogy egyetlen része se tudjon a kormányzás jogát bitorolva az egész helyébe lépni. Másrészt azt is jelenti, hogy relatíve legfőbb (azaz bármely részénél nagyobb) hatalommal kormányozza magát, mégpedig úgy, hogy egyetlen része se tudja az egész helyébe lépve megsérteni a kormányzati szervek hatalmát, amelyek által az egész kormányozza magát. A politikai test teljes külső autonómiájából fakad az, hogy relatíve legfőbb függetlenséget élvez a nemzetközi közösséggel szemben, vagyis a nemzetközi közösségnek nincs sem joga, sem hatalma ahhoz, hogy függetlenségét korlátozza. Ebből az következik egy politikai test felett sem áll olyan földi hatalom, amelynek köteles lenne engedelmeskedni (amíg be nem lép egy magasabb rendű, tágabb politikai közösségbe). A politikai testnek mint tökéletes és önálló társulási formának a teljes autonómiához való joga természetéből ered. E jog bár természetes és elidegeníthetetlen, ám ha a közösség arra a felismerésre jut, hogy többé már nem tökéletes és önálló közösség, beleegyezését adhatja egy tágabb politikai közösséghez (például egy konföderációhoz vagy föderációhoz) való csatlakozáshoz. Ekkor már csak egy korlátozott autonómiát őriz meg. Az állam, mint

²⁷⁹ Uo. 624skk.

Ez összhangban áll a természetjog első, a jó megtételét előíró parancsával is (*bonum faciendum, malum evitendum*), amelynek kötelező ereje az örök törvényben való részesedéséből fakad.²⁸³

A természetjoghoz kapcsolódó problémakör két alapvető, egymást kiegészítő, de mégis különböző témát fed le. Az első probléma – amelyet elsősorban Platón és Arisztotelész elemzett alaposan – a pozitív törvénynek a lelkiismeretet kötelező ereje, vagyis az emberi törvényeknek való engedelmeskedés alapja. A görögök válasza szerint az engedelmeskedés

²⁸⁰ Uo. 626sk.

²⁸¹ Uo. 633.

²⁸² Jacques Maritain *Les droits de l'homme et la loi naturelle* [1942] in uő *La loi naturelle ou loi non écrite* Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg Suisse 1986.; részlete magyarul „A személy jogai. A politikai humanizmus” in Frivaldszky János (szerk.) *Természetjog. Szöveggyűjtemény* Budapest: Szent István Társulat 2006. 81-103. Az idézet forrása a magyar szöveg 43. oldalán található.

²⁸³ Maritain *Man and the State* 96.

természetjogon alapuló kötelesség; az ember társadalmi lény volta éppen a természetéből következik. Vagyis dolgok természete folytán el kell viselnie pozitív jog által szabott kötelekeket. A jogszabályok által le nem fedett területen azonban az emberi értelem és a prudencia uralkodik. Platón és Arisztotelész számára az elsőrendű kérdés a polisz jogának (vagyis az igazságosságának) a kérdése volt. Amennyiben erre választ találtak, a többi csak ehhez járulékosan kapcsolódott.

A második probléma az igazságtalan törvénnyel szembeni ellenállás kérdése. Ez az Antigonében felmerülő kérdés, amelyre az igazi választ a sztoikusok adták meg azzal, hogy szerintük minden embernek (éljen bármely társadalomban) természetes méltósága van, és ezt mindenféle kormányzatnak tiszteletbe kell tartania.²⁸⁴

A sztoikus moralisták pozitív hozzájárulása az erkölcsfilozófiához abban keresendő, hogy az autentikus erkölcsi élet nagyságára és igényességére, valamint a jónak az érték-aspektusára helyezték a hangsúlyt. A *bonum honestum* koncepciója a tiszta érték filozófiájának kifejeződése. Ez nem zárja ki teljesen a boldogság és a szépség fogalmát az erkölcs területéről (amint azt majd Kant teszi), hanem egybevonja azokat az érték fogalmával. Velük a probléma az, hogy ezt az erkölcsi értéket abszolutizálták: a cél elérésével bizonyos mértékű megváltottság érzése keríti hatalmába a heroikus erkölcsi életet élő, a csak saját erőfeszítéseire és az univerzális értelemre támaszkodó filozófust. Vagyis a sztoikusok szerint az emberfelettit kell keresni, holott a „helyes álláspont” szerint az emberi értelem mint mérce határozza meg az emberi cselekvéshez fűződő erkölcsi viszonyunkat:

„

²⁸⁴ Jacques Maritain *La philosophie morale. I. Examen historique et critique des grands systeme*. Paris: Gallimard 1960. 82sk.

²⁸⁵ *Uo.* 81.

mózesi

kőtáblák vagy a szeretet parancs) egyrészt tökéletesíti a természettörvényt, másrészt az embert természetfeletti célja felé irányítja. A természettörvényből, vagyis az isteni értelemről eszes lény voltunknál fogva részesedünk, melynek alapján a jó és a rossz megkülönböztethető. A pozitív emberi törvény hozzáidomul a természeti törvényhez, felismeri a virtuálisan tételezett természetjogi szabályokat és azokat a változó történeti feltételeknek megfelelően részletszabályokká alakítja, de csak azokon a területeken, amelyeket a természettörvény nem szabályoz.²⁸⁸ E jogforrástanból adódik, hogy az emberi törvény forrása nem a szuverén

²⁸⁶ *Uo.* 85.

²⁸⁷ Jacques Maritain „Saint Thomas et le droit” in J.-M. Allion és mások (szerk.) *Oeuvres completes* VI. Fribourg-Paris: Éd. Universitaires Saint Paul 1990. 1008.

²⁸⁸ *Uo.* 1009.

akarata. Ezt csak a közjogászok – Carré de Malberg vagy Jellinek – gondolják így. Bár nem tagadják, hogy létezhetnek erkölcsi szabályok, de úgy vélték, hogy ezek a jogrenden kívül helyezkednek el. Ezért nem vizsgálhatja a bíró a törvények (morális) helyességét (Carré de Malberg), és ezért tekintik az individuális jogok (pl. a társuláshoz vagy a tulajdonhoz való jog) forrásának az állam akaratát (Jellinek). Velük szemben, Szent Tamás nyomán a következőképpen lehet érvelni. A törvényhozás valóban magában foglalja az akarat mozzanatát. Az akaratot azonban elsősorban az értelem irányítja, a dolgok rendeltetésének megfelelően:

„Szent Tamás számára – szemben Descartes-tal – blaszfémia lenne azt mondani, hogy az igazságosság Isten tiszta akaratától függ.”²⁸⁹

A tomista morálfilozófia kozmikus-realista jellegéből eredően a természettörvénynek ontológiai (metafizikai) alapjai vannak. Kozmikus, mert olyan nézőpontból indul ki, amely az embernek a világban betöltött helyén alapul. Realista, mert egyrészt az értelem a mércéje az emberi cselekedetek helyességének, másrészt mert az értelem révén ismerjük fel a dolgok létében immanensen jelenlévő természeti törvényt, amely a teremtő bölcsesség kifejeződése. A természetjog az emberi cselekvés morális helyességét megítélő szabály: egy cselekvés morálisan akkor helyes, ha az értelemmel, és az emberi élet lényegi céljaival összhangban van, valamint közvetlen tárgya is önmagában jó.²⁹⁰ A cselekvés helyességének megítélése a jó fogalmával áll összefüggésben. Mivel minden ontológiailag létező dolog jó, a cselekvés akkor lesz helyes, ha először felismerjük az ontológiai jót (a dolog lényegét) és mint célt

²⁸⁹ Uo. 1011.

²⁹⁰ Jacques Maritain „Neuf leçons sur les notions premières de la philosophie morale” in *Oeuvres Completes* IX.741sk.

²⁹¹ Uo. 772.

, ha a szabályozandó viszonyra a természetjog nem, vagy nem teljesen egyértelműen ad eligazítást. Ilyen esetben e jogtípusok a természetjog „meghosszabbodásai”. A három jogfajta között dinamikus kapcsolat van, hiszen a természettörvény szinte észrevétlenül megy át akár *ius gentium*-ba, akár a pozitív jogba.²⁹⁶ A *ius gentium*, melyet a filozófus a *common law* jog fejlődéssel állít párhuzamba, nem más mint az első alapelvből szükségszerűen következő jog, amelynek csak bizonyos feltételek fennállása esetén létezik. Ilyen feltétel a népek közötti rendezett kapcsolat megléte. A pozitív jog az első alapelvből mindössze esetlegesen következik. Erre az

²⁹² Uo. 824.

²⁹³ Uo. 880.

²⁹⁴ Uo. 761.

²⁹⁵ Uo. 886sk.

²⁹⁶ Jacques Maritain *Les Droits de L'Homme et la Loi Naturelle* Paris: Paul Hartmann, 1942. 71skk.

állam irányítása és az eltévelyedő emberek nevelése miatt van szükség. Vagyis a törvény nemcsak eredete, hanem funkciói miatt is „szent dolog”, hiszen szabadságra nevel és az erkölcsi integritását szolgálja. A jog és kötelezettség nem áll egymással korrelatív viszonyban, csak abban az értelemben, hogy ha valakinek joga van valamire, akkor a másik oldalról mindenki más kötelezett arra, hogy e jogát tiszteletben tartsa. Ám ez a reciprocitás nincs mindig jelen. Például az öngyilkosnak nincsen joga az öngyilkosságra, mivel kötelezettség terheli Teremtőjével szemben az élet tiszteletben tartására.²⁹⁷

Az ember a jó irányába elkötelezett. Vagyis attól függetlenül, hogy valaki bír-e valamilyen joggal vagy sem, kötelezett arra, hogy a „jót tegye és a rosszat kerülje”. Egy norma követése két lépcsőből áll: először létezik a természettörvény első parancsának megvalósítására vonatkozó kötelezettség, és ebből igen gyakran alanyi jog fakad. Az alanyi jog a pozitív jogi felhatalmazásnál több:

„A „jogomban áll valamit megtenni” [J' ai droit de faire quelque chose] csupán azt jelenti, hogy így cselekedve nem követek el semmi rosszat, vagy a törvény által tiltott dolgot. Ám manapság [1951] a jognak inkább olyan oldala foglalkoztat bennünket, amellyel valaki rendelkezhet, megkövetelhet: a „jogom van valamihez, az élethez, munkához és a szabadsághoz [J' ai droit á quelque chose, á la vie, au travail, á la liberté]. A jog tehát egy követelés, egy *bonum debitum*, egy jóra irányuló, jóhiszemű követelés, amelynek jósága azonban már magában a jog létében benne van akár a célra irányultsága, akár a formális kikövetelhetősége miatt. A jog nem egyoldalú követelés és nem is egyoldalú teljesítés, hanem a kettőnek a szintézise (...)”²⁹⁸

²⁹⁷ Maritain „Neuf leçons sur les notions premières de la philosophie morale” 896sk.

²⁹⁸ Uo. 909.

alapvető jogot a népnek, a gyakorlására vonatkozó íratlan szabályokat is érvényesen szabja meg. A törvényt nem egyedül az a tény hozza létre, hogy a nép akaratát fejezi ki. Az igazságtalan törvény, mégha a nép akaratát fejezi is ki, nem törvény.”

Az emberek között létező kötelezettség fennállásának nagyon szigorú feltételei vannak: csak a szabadon, mindenfajta külső és belső fizikai kényszertől mentesen hozott döntés lehet kötelező.²⁹⁹ Ezek alapján Maritain a következőképp definiálja a jogot:

²⁹⁹ Uo. 900skk.

„olyan követelés, amely valakitől származik olyan dologra nézve, ami őt megilleti, és a többi morális cselekvő (ágens) lelkiismeretében kötelezett arra, hogy ne fossza meg ettől a dologtól.”³⁰⁰

A jog fogalma a közjóval, mint az emberi társadalom legfőbb evilági javával (mint céllal) függ össze

„mivel a világi közjóhoz igazodik, természetes, hogy a szabályozás, az ítélkezés, a tiltás és büntetés módját azon különböző sajátos típusához igazítja, amelyek alapján a világi közjó ... analóg módon megvalósul.”³⁰¹

Elsősorban azokat a jogokat tekintjük alapvetőnek, amelyek az emberi személyhez mint öncélhoz kapcsolódnak, vagyis amelyekre – az ember személy voltánál fogva – az emberi közösségek és társulások hatalma, irányítása nem terjed ki. Az ember személy volta a teremtett létéből, és spirituális céljaiból fakad, azaz „transzcendens” jellegű. Ennek létezése miatt feltételezhető, hogy minden emberben van valami közös tulajdonság (érték), egy elvont lényeg, az emberi természet, amelyhez sajátos célok kapcsolódnak.

A természettörvény elsősorban olyan jogokat ismer el, amelyek az emberi természethez tartoznak:

„[a]z emberi személynek jogai vannak, már azáltal, hogy személy, olyan egész, aki magának és tetteinek ura, s aki következképp nemcsak eszköz, hanem cél is, olyan cél amellyel mint ilyennel kell bánni.”³⁰²

A jog, mint említettük, létezik és birtokolható, ám a közjót szem előtt tartó autoritás előírását követően, adott esetben mégsem gyakorolható. Így a halálra ítélt az ítélet után is birtokolja élethez való jogát, ám a bírósági ítélet – feltéve, ha az összhangban áll a természetjoggal, s nem téveszti szem elől a közjót – e jog gyakorlásának lehetőségétől jogosan fosztja meg a

³⁰⁰ Uo. 912.

³⁰¹ Maritain *Igazi humanizmus* 180.

³⁰² Maritain *Les Droits de L'Homme et la Loi Naturelle* 70.

³⁰³ Uo. 101skk.

Az alapvető jogok az emberi személyhez fonódnak, akit mint „szellemi és szabad cselekvőt” a „hivatása ... az abszolút értékek rendjéhez és időfeletti rendeltetéséhez köti”.³⁰⁷ Mivel a személyiség (méltóság) transzcendens érték, e jogok közül az első az, hogy

„az emberi személy azon az úton haladhasson örök rendeltetése felé, amelyet lelkiismerete mint Istentől kijelölt utat ismer fel. Isten és az igazság előtt nincs joga tetszése szerint bármilyen utat választani, az igazi utat kell választania, amennyiben módja van ezt felismerni. Ám az állammal, a világi közösséggel és a világi hatalommal szemben szabadon választhat vallási formát a maga

³⁰⁴ Maritain „A személy jogai” 42., ld. részletesen *Man and the State* 84-94.

³⁰⁵ Maritain *Man and the State* 93sk.

³⁰⁶ *Uo.* 95skk.

³⁰⁷ Maritain „A személy jogai” 47.

felelősségére és kockázatára, lelkiismereti szabadsága sérthetetlen természetes jog.”³⁰⁸

A vallásszabadsághoz való jog – amelyben hangsúlyosan jelen van az Isten iránti kötelezettség eleme – mellett alapvetőnek kell még tekinteni az élethez és létezéshez, a személyes szabadsághoz, erkölcsi élet kiteljesítéséhez és az örök jó kereséséhez, valamint a testi épséghez, továbbá a magántulajdonhoz, a családalapításhoz és az egyesüléshez való jogokat. A második csoport tartalmazza a polgár jogait, vagyis a természetjogból csak áttételesen levezethető politikai vagy alkotmányos jogokat. E jogcsoport legfontosabb eleme a választójog, hiszen e jog gyakorlása révén dönthetik el a polgárok, hogy kiknek legyen joga az állam polgárait a közjó felé irányítani. De ide sorolható még a törvény előtti egyenlőséghez, s a közhivatalok betöltéséhez való jog is.³⁰⁹ A természetjogi eredet egyfelől azt jelenti, hogy e jogok a természettörvény által „szabályozatlanul” hagyott területhez tartoznak, s így a pozitív jognak vagyis az emberi törvényeknek – kiváltképp az alkotmánynak – kell azokat részletesen szabályoznia. Ezentúl pedig annak a „dinamikus viszonyoknak” a megfogalmazódásai, amelyek a természettörvény, *ius gentium* és a pozitív jog közötti normatartalom „átjárását” lehetővé teszik. A politikai jogokhoz tartozik még a politikai egyenlőség; a független bíróságok előtt érvényesíthető törvény előtti egyenlőség; a diszkriminációmentes, szabad egyéni döntésen alapuló közhivatal betöltési jog. S végül, de nem utolsó sorban, Maritain önálló kategóriaként kezeli a dolgozókat megillető sajátos jogokat, például az igazságos munkabérhez való jogot, a szakszervezetek szabad

³⁰⁸ Uo. 48.

³⁰⁹ Uo. 48skk.

³¹⁰Uo. 51skk.

IV. A francia jogrend elismerési szabálya és a demokrácia

Míg a III. Köztársaságban az alkotmánynak nevezett törvények valójában a többi másodlagos szabályhoz hasonlítottak, és a valódi elismerési szabály a parlamenti többség akarata volt, addig az V. Köztársaság jogrendjének az elismerési szabálya már az „alkotmánynak” nevezett dokumentumon túl az alkotmányos tömbhöz tartozó „nyílt listás” szabályok és elvek csoportja. Ez a tény nem Hart, hanem Dworkin pozícióit erősíti, hiszen valóban úgy tűnik, hogy a jelenlegi francia jogrend elismerési szabály nem képes kimerítően definiálni az összes normatív mintát, amit az Alkotmánytanács a „Köztársaság törvényei által elismert elvek”, avagy az Államtanács az „általános elvekre” hivatkozással felismer. A francia doktrína legalább Gény tanainak hatására feladta azt a gondolatot, hogy egyedül a törvény lenne az egyedüli jogforrás, és az általános akarat a végső elismerési szabály. Ez a gondolat azonban a közjogban nem mindig érvényesült. Ha Dworkinnak lenne igaza, úgy azt az álláspontot is felül kellene vizsgálnunk, hogy a III. Köztársaságnak pusztán a parlamenti többség akarata jelentette az elismerési szabályát. Azok az elvek ugyanis, amelyek az alkotmányos tömbbe bekerültek, valójában a III. Köztársaság politikai gyakorlatában kialakult, de alkotmányos szövegbe nem foglalt elvei. Ilyen értelemben pedig az 1971-es francia *Marbury vs Madison* sem volt több, minthogy a jogrendben már meglévő elveket kibontotta, s ehhez képest csak másodlagos jelentőségű az a tény, hogy ehhez a preambulum kettős hivatkozásrendszere textuális igazolást nyújtott.

Az elismerési szabályt a francia jogrendben több, egymással olykor versengő autoritás gondolja. Ebben a rendszerben valójában a neorealista, mind pedig a deliberatív felfogás helyesen ismerte fel, hogy az értelmezés ágensei dialógust folytatnak egymással. Troper neorealista elmélete azonban az értelmezést mint folyamatot nem tekinti többnek, mint a politikai akarat kifejeződésének, amit a másik értelmező ágens akarata korlátozhat csak. Ugyanakkor ő is kénytelen elismerni, hogy a faktuális mellett létezik argumentatív kényszer is, ami a döntés racionális igazolását – vagyis a koherens joggyakorlatra, a törvények szellemére vagy betűire való hivatkozást – megköveteli. Ha ez nem lenne, a politikai intézmény elvesztené legitimitását, így abból a dialógusból, amelyeket az értelmezők folytatnak le egymással, kiírná magát. Dominique Rousseau deliberatív elméletében az alkotmányértelmezés diszkurzív-dialogikus jellege áll a középpontban. A két értelmezés közötti lényeges különbség az, hogy míg Tropernél a diskurzust a dekoncentrált hatalmi

deklarációban. De ha

³¹¹ CC. 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec. 29., RJC 1-24.

³¹² Ld. pl. Michel Troper „Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel” in Élisabeth Zoller (szerk.): *Marbury v. Madison 1803-2003* Paris: Dalloz 2003. 215-228.

³¹³ Dominique Rousseau *Droit du contentieux constitutionnel* Paris: Montchrestien 7. kiad. 2006. 67.

³¹⁴ Louis Favoreu – Loïc Philip *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel* Paris: Dalloz 17. kiad. 2007. 235-252, 248.

még benne is lett volna, akkor sem feltétlenül jelentette volna azt, hogy alkotmányosan védett alapjogról van szó. Az említett törvény szerint bármilyen egyesület szabadon, közigazgatási kontroll nélkül alapítható. A belügyminiszter felügyelete alatt álló prefektus mindössze elismeri ennek fennállását. A 68-as diáklázadások után nem sokkal néhány művész egy kommunista ideológiájú egyesületet hoztak létre. Ennek bejegyzését „A nép ügyének barátai” című nyilatkozat miatt a belügyminiszter megtagadta, noha olyan ismert személyiségek álltak a csoport mellé, mint Simone de Beauvoir. A Közigazgatási Törvényszék némi hezitálás után megsemmisítette a prefektus határozatát, s a döntéshez igen terjedelmes, az Államtanács joggyakorlatához igazodó indokolást fűzött. Minthogy a döntés ellen fellebbezni már nem lehetett, a kormány az 1901. törvény módosításával próbálkozott. Az új törvény az egyesületalapítást prefektusi, ügyészi, s végül bírói ellenőrzés alá helyezte. Ennek az lett volna a következménye, hogy egy egyesület ezentúl nem az alapítók akaratából születik, hanem akkor, ha átmegy az említett intézmények által alkotott szűrőn. A további probléma pedig az volt, hogy a bírói kontroll a represszáliát érvényesítő büntetőbíróság kezébe került volna. A bíróság feladata, hogy megvizsgálja, vajon az egyesület célja törvényellenes-e vagy jó erkölcsbe ütköző, s hogy nem irányul-e a területi integritás vagy a republikánus államforma ellen. A javaslat szerint mindezt a prefektus megtárgyalja főügyésszel, s ha két hónapon belül a bíróság nem dönt másként, úgy az egyesület bejegyezhető. Az Államtanács számára ez a megoldás elfogadható lett volna, a Szenátus számára viszont nem. A Nemzetgyűlés negyedik nekifutásra szavazta meg a törvényjavaslatot, de a Szenátus elnöke az Alkotmánytanácshoz fordult, a francia jogban elismert *a priori* normakontrollt kérve.

Az Alkotmánytanács a törvényt alkotmányellenesnek találta, és ezzel túllépett az addig vallott szerepkörén, nevezetesen, hogy ő a „végrehajtó hatalom házőrző kutyája”, vagyis feladata kimerül a kormányzat és a parlament közötti konfliktusok feloldásában. A szerepfelfogás megváltozása úgy történt, hogy beemelte az alkotmányba annak preambulumát. Az 1958. évi alkotmány preambuluma röviden csak annyit szögezt le, hogy

„a francia nép elkötelezi magát az emberi jogok és a nemzeti szuverenitás mellett, ahogyan azokat az 1789-es Jognyilatkozat meghatározza, s az 1946-os alkotmány preambuluma megerősíti és kiegészíti.” (A jelenleg hatályos szöveg ehhez hozzáfűzi, hogy „csakúgy, mint a 2004. évi Környezetvédelmi Karta által meghatározott jogokhoz és kötelezettségekhez”.)

³¹⁵ Ez a preambulum jóval hosszabb, s ebben egy alapjogi lista is található, ami, az 1789-es Deklarációval ellentétben inkább szociális jogokat tartalmaz.

³¹⁶ Vö. Avis et Débats du Conseil Constitutionnel, 101. idézi Favoreu – Philip *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel* 245.

2. Az alapjogvédelem intézményei

Luc Heuschling tanulmánya kiválóan mutatja be, hogy a „Ki az alkotmánybíró Franciaországban?” kérdésre legalább négyféle választ adhatunk.³¹⁷

A legkézenfekvőbb válasz (1) az, hogy Franciaországban, mint azt a neve is mutatja, az alkotmány bírói kontrollját egyetlen fórum, az Alkotmánytanács végzi. Az 1971-es döntés óta ennek az intézménynek van monopóliuma arra, hogy az alkotmányba ütköző törvényeket tartalmi és eljárási indokok alapján hatályon kívül helyezze. Mások szerint viszont az Államtanács az egyetlen fórum. Ha ugyanis minden bíróságnak kötelessége az alkotmány alkalmazása és értelmezése, úgy a valódi alkotmánybíróság az az intézmény, amely – szemben az Alkotmánytanáccsal – valóban bíróság, és mint bíróság a rendes bíróságok felett áll. Az Államtanács a Semmitőszék felett is kontrollt gyakorolhat, míg ez az Alkotmánytanácsra nem igaz. Ez a másik megoldás már átvezet ahhoz az állításhoz, hogy (2) minden bíróság alkotmánybíróság, hiszen a bíróságot maga az alkotmány létesíti, s minden egyes bíró kötelessége az alkotmány védelme és érvényesítése. Igen ám, de mivel csak *a priori* kontroll létezik, ezért a bíróság könnyen kerülhet olyan helyzetbe, hogy kénytelen alkotmányellenes szabályt alkalmazni. Egy újabb módosításnak köszönhetően az eljárás felfüggesztése ugyan nem, de előzetes eljárásban a bíróság kérheti az alkotmányellenesnek tűnő jogszabály értelmezését a hierarchiában magasabb fokon lévő bírói fórumtól.

A (3) közvetítő nézetek szerint bizonyos bírói fórumok gyakorolják ezt a tevékenységet. Így a már említett Alkotmánytanács mellett az Államtanács, a Semmitőszék, a Köztársaság Bírósága [*Cour de justice de la République*] vagy a Legfelső Bíróság [*Haute Court*], s egyesek szerint a Hatásköri Bíróság [*Tribunal des conflits*] is. Ezek az igazságszolgáltatási fórumok a saját területükön képesek érvényesíteni az alkotmányt, például a Semmitőszék oly módon teheti meg ezt, hogy ügyel a joggyakorlat alkotmányosságára. Az Államtanács pedig a közigazgatási aktusok alkotmányosságát felügyeli. Ennek az állításnak a tökéletes ellentettje az, amely szerint (4) egyetlen bíróság sem méltó erre a címre. Az „alkotmánybíráskodás” [*justice constitutionnelle*] egy oximoron, a „rendes bíróság” [*justice*

³¹⁷ Luc Heuschling „Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d’une distinction théorique” in Constance Grewe és mások (szerk.) *La notion de „justice constitutionnelle”* Paris: Dalloz 2005. 85-112, 87sk.

rendszer alapján

³¹⁸ Louis Favoreu *Du déni de justice en droit public français* Paris: LGDJ 1964. 70.

³¹⁹ Charles Eisenmann - Louis Hamon *La juridiction constitutionnelle en droit français* Berlin: Max Planck 1962. 257.

³²⁰ Heuschling „Justice constitutionnelle et justice ordinaire” 88sk.

ezeket a szerződéseket – pontosabban: bizonyos nemzetközi szerződéseket – akkor tekinti kötelezőnek, ha azt a belső jogba bevezetik, ezért a szerződés értelmének meghatározása is a szerződő félre tartozik.

B. Alkotmányíróság-e az Alkotmánytanács?

Ha a (3) állítás írja le a legpontosabban a jogi valóságot, akkor ennek igazolására bizonyítani kell, hogy a sejtelmesen „tanácsnak” – vagyis nem bíróságnak – nevezett intézmény valójában jogi funkciót betöltő bírói szerv.

Az Alkotmánytanács [*le Conseil constitutionnel*] a IV. köztársaság időszakában (1946-1958) a szinte „észrevétlenül” működő Alkotmánybizottság [*Comité constitutionnel*] helyébe lépett. Eredetileg az Alkotmánytanácsnak a hatásköre a törvényhozó és a végrehajtó hatalom hatásköreinek szétválasztására terjedt ki. A szerv működése volt a garancia arra, hogy a törvényhozó hatalom ne hatolhasson be a végrehajtó hatalom tevékenységi területére. Ez a jogkör a valóságban, a törvény és más jogi aktusok materiális meghatározásának nehézsége miatt, aligha tekinthető szűknek. Az Alkotmánytanács kilenc kinevezett tagból áll, akikhez néha „hivatalból” társulnak tagok. Utóbbiak például az egykori köztársasági elnökök, akik, ha akarnak, életük végéig tagjai lehetnek a tanácsnak. A kinevezés kilenc évre szól, a megbízatást, háromévente, rotációs rendszerben a Köztársasági Elnök, a Nemzetgyűlés elnöke és a Szenátus elnöke adja, mindegyik három tagra vonatkozóan. A kinevezések közigazgatási bíróság előtt meg nem támadható meg kormányzati aktusoknak minősülnek. Nem előfeltétel viszont a jogász végzettség. A tagok nagy része ugyanakkor „jogász”, bár nincsen jogi diplomája; általában a felsőoktatási rendszer csúcsintézményeiből, a Közigazgatás Nemzeti Iskolájából érkeznek. A tanács tagjainak függetlenségét garantálja az újráválasztás tilalma, valamint az, hogy – különleges esetek kivételével – nem mondathatóak le és nem hívhatóak vissza. Az Alkotmánytanács feladata, hogy őrökjön az alkotmány felett; biztosítsa, hogy a törvények összhangban álljanak az alkotmánnyal. Eljárásának a következő sajátosságai vannak.

A francia jogrend sokáig nem ismerte az *a posteriori* kontrollt; az Alkotmánytanács egészen a közelmúltig kizárólag *a priori* kontrollt végezhetett. Az *a priori* kontroll azt jelenti, hogy a már hatályba lépett törvények ellen, fő szabályként alkotmányossági felülvizsgálat nem kérhető. A kontroll végzésre vonatkozó eljárást a végső szavazás előtt lehet vagy kell megindítani. Az alkotmányt kiegészítő és pontosító organikus törvények esetében ezt

a) A Semmitőszék

A „rendes” bíróságok [*les juridictions de l'ordre judiciaire*] csúcsán álló Semmitőszék hatásköre a helytelen ítéletek megsemmisítésére vonatkozik. A Semmitőszék a francia jogot

³²¹ Louis Favoreu „Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle” 4 *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* (1988) 51-66.

egységesíteni akaró forradalmárok találmánya (de csak 1802-től nevezik így ezt a fórumot), akik azt gondolták, hogy egy ilyen intézmény megakadályozhatja a jogalkalmazókat abban, hogy a jogot értelmezzék. Pontosabban fogalmazva, az intézmény működésének célja a jog egységes, s ezen keresztül, alkotmányos értelmezésének kialakítása.

A *Cour de cassation*-hoz a másodfokú döntés után lehetett folyamodni. A hatáskör „rendkívüli”, amennyiben nem terjed ki az ügy újbóli eldöntésére, hanem csak az alsóbb fokú bíróságok jogalkalmazásának felülvizsgálatára. Vagyis annak ellenére, hogy minden fellebbviteli bíróság felett ott áll a Semmitőszék, mégsem tekinthető harmadfokú bírói fórumnak, ugyanis kizárólag az elé kerülő ítélet jogszerűségét vizsgálhatja (vagyis a ténymegállapítás helyességét nem), és azt csak megsemmisíteni jogosult, vagyis nem hozhat új döntést, és nem is módosíthatja az eredetit.

A Semmitőszék a bírói döntések törvényességének őre; felügyeli, hogy a jogszabályt megfelelően alkalmazták-e. A tevékenysége így egyfelől fegyelmi jellegű [*disciplinaire*], amennyiben az alsóbb fokú bíróságok helyes jogalkalmazási tevékenységéről van szó, másfelől „tudományos” [*jurisprudentielle*], hiszen harmonizálja a jogalkalmazást. 1991 óta a Semmitőszék bármilyen természetű ügyben, az első fokon eljáró bíróság ítéletével összefüggésben is eljárhat, ha olyan új jogszabály alkalmaztak, amely komoly nehézségeket vet fel és azzal összefüggésben számos eljárás indul. Ekkor az alsóbb szintű bíróságok megkeresése nyomán a Semmitőszék kötelező erővel nem rendelkező irányelvet ad ki.³²²

b) Az Államtanács

A francia igazságszolgáltatási rendszer szigorúan követi a köz- és a magánjog elválasztásának elvét. A közigazgatási bíróságok [*les juridictions de l'ordre administratif*] csak olyan ügyekben járnak el, ahol a perben résztvevő felek legalább egyike az állam része, azaz közigazgatási szerv (pontosabban: maga az állam [*Etat*], a területi testületek [*collectivités territoriales*], a közintézmények [*établissements publics*], etc). A bíróságok funkciója tehát az,

³²² A Semmitőszék alkotmányos szerepéről ld. Michel Fromont „La notion de justice constitutionnelle et le droit français” in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu* Paris: Dalloz 2007. 149-163.

miniszter másként nem rendelkezik, pusztán konzultatív értékű, ezért nem köti a kormányzatot.

3. Alkotmánybíráskodás és demokrácia

Az intézményrendszer leglényegesebb jogszolgáltató szereplői tehát az Alkotmánytanács, a Semmítőszék és az Államtanács. Az alkotmányjog-dogmatikában kidolgozott érvelések nagy része ezt az intézményrendszert tekinti keretnek. Az alkotmánybíráskodás művészetét a demokráciával összeegyeztetni törekvő ezen tanok sokszor – de nem mindig és nem kizárólag – a következő fogalomkészletet használják

A. Az alkotmányos dogmatika elemei

Az alkotmánybíráskodás bírói úton történő gyakorlására vonatkozó igények egészen a XX. század első harmadáig kivétel számba mentek, aminek az egyik fő oka a republikanizmus idegenkedése a bírói hatalomtól, a másik pedig a III. Köztársaság jogrendjének sajátossága. A III. Köztársaságban az alkotmány érvényesítését és védelmét alapvetően nem bírói intézmények látták el. Az alkotmányos viták színtere pedig a törvényhozás volt. A parlament és a bíróságok funkciója leginkább az volt, hogy a „nemzeti” vagy „közös akarat” végrehajtásának jogi keretét felügyeljék, s ennek révén „karban tartásák” a hatalommegosztás tanának megfelelő alkotmányos rendszert. A közjog területén a legnagyobb veszélyt az *ultra vires* aktusok jelentették. A végrehajtó hatalom és a közigazgatás törvényességének felügyeletére a leginkább alkalmas intézmény az Államtanács volt. A IV. és V. Köztársaság korának alkotmányelméletei továbbra is a Montesquieu-féle hatalommegosztási tan, a Rousseau által adott törvényfogalom nyomait viselik magukon. Most viszont nem ezekre, hanem inkább a forradalmat megelőző vagy forradalmi intézményekre, tanokra és felfogásokra térünk ki, amelyek – olykor meglepő módon – a kortárs vitákban is előkerülnek.

³²³ Az intézményről ld. elsősorban Sarah Hanley *The Lit de Justice of the Kings of France. Constitutional Ideology in Legend, Ritual and Discourse*. Princeton: Princeton UP 1983. kül. 3-13.; 329-344. A következő elemzés ezen a monográfián alapul.

A király státuszának egyik árukkodó bizonyítéka az volt, hogy amikor megjelent a parlamentben, minden más bírónak el kellett hallgatnia [*adveniente principe, cessat magistratus*].³²⁴

A király „két testének” elmélete ugyancsak összekapcsolódik az „igazságosságosság ágyának” intézményével. „Meghalt a király, éljen a király!”; „A király mindig nagykorú”

³²⁴ *Uo.* 215skk.

fikciók azt fejezték ki, hogy a szuverenitás állandó. Annak aktuális gyakorlója, az egyedi király lehet gyermek, avagy eltávozhat ugyan az élők sorából, de a legfőbb igazságszolgáltatási funkciót reprezentáló király, a *persona ficta* létezik továbbra is. A „halálos ágy” és az „igazságosság ágya” néha nem is volt olyan messze egymástól. Az új király rendszerint már a temetési szertartás megkezdése előtt „igazságosság ágyát” tartott, s ennek keretében a Parlament elnökei nem is öltötték magukra a gyászruhát, hanem maradtak a vörös posztó ruhájukban.³²⁵ Másfelől viszont a parlament mint hatalmi centrum is állandó volt. A jogi regula szerint ugyanis a parlament mint bírói hatalom nem megy szabadságra [*parlamentum Franciae non servat ferias*].³²⁶ A szuverenitást megtestesítő király a misztikus test feje, s alattvalói e test részei. A fejre tartozik, hogy döntsön a tagok javáról, és hogy kifejezze e misztikus test (a nemzet) legmélyebb akaratát, amely nem feltétlenül ugyanaz, mint az aktuális akarat. A parlament létezésének feltétele a Király, de az egyre inkább függetlenedésre törekvő Parlament viszont – az Általános gyűlés, a *Parlamentum*, a frank nép, és a Király valóságos tanácsának örököseként – azt követelte, hogy a király jelenléte nélkül döntsenek és szavazzanak. A misztikus test metaforájának lényeges eleme volt, hogy a szuverén nem különül el attól a politikai közösségtől, amelynek vezetése rá van bízva.

Ha a királyi és a rendi akarat egymással szembekerült, a parlament rendszerint négy-nyolc ellentmondásig [*juissson*] bírta a szembeszegülést. Ezután a szuverén „igazságosság ágya” ceremóniát tartott. A Parlamentben már díszes ruhákban várták a királyt, aki államtanácsosokkal, és díszes kísérettel (testőrök, kardinálisok, hercegek, etc.), a kancellárral, az igazságügy miniszterével [*garde de sceaux*] - vagyis a végrehajtó hatalom és a két rend

³²⁵ „*Et du lict funèbre de son pere il s'eleve à son lict de justice.*” (Paris, Bibl. Mazarine, MS 4395. fol 1.) Idézi Ernst Hartwig Kantorowitz: *The King Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*. [1957] Princeton: Princeton U P 1997. 414. 332. jp.

³²⁶ *Maxima Grassaille, Regalia Franciae, I, ius XII. Ad quartum*. Paris: 1545. 120. Idézi Kantorowitz *The King Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*. 418.

A kortárs alkotmányjogi felfogások ezt a metaforát arra használják, hogy az alkotmányozó hatalomnak az alkotmánykontrollt végző szerv feletti primátusát igazolják. A metafora problematikusságát a fent leírt történeti háttér adja. Az egyik legfontosabb probléma az, hogy az alkotmányozó hatalom fogalmának kizárólag írott alkotmány esetében van értelme. Íratlan alkotmány esetében ugyanis a szuverén és az alkotmányozó hatalom valójában ugyanaz. A másik problematikus pont az, hogy a régi rend nem ismerte el a hatalommegosztás elvét, vagyis mind a szuverénként fellépő király, és maguk a parlamentek

³²⁷ Flammeront *Remontrances*, II. p. 312. Idézi Roland Mousnier *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*. II. Paris: PUF 1980. 379.

³²⁸ *Uo.* 378sk.

is egyszerre láttak el törvényhozói és bírósági funkciót is. Így azonban az a kérdés, vajon az alkotmánykontrollt végző szerv tényleg egy fajta negatív törvényhozó, vagy inkább rendes bíróság, aligha vethető fel. Ebből a szemszögből nézve is fontos az a doktrína, amit Sieyes abbé fejtett ki jóval később, az alkotmányozó hatalom tanában és az alkotmányos esküdtszék tervezetében.

b) Az alkotmányozó hatalom és az alkotmányos esküdtszék (Sieyes)

A forradalmárok mechanikus-determinista világnézetének megfelelően az alkotmány külső garanciák nélkül érvényesíthető normának tűnt. Szemben tehát a régi rend alkotmányos felfogásával az alkotmány most már minden kétséget kizáróan egy norma, s nem pedig egy történetileg kialakuló, és nehezen azonosítható tény. Az alkotmány és az alapjogok érvényesítéséhez azonban bírói fórum nem volt szükséges, mivel az megosztotta volna az általános akaratot, amelynek egységét maga a forradalom tűzte ki célul. Rousseau nyomán az alkotmányos normakontroll kisebbségvédelmi funkcióját sem lehetett érvényesíteni, mivel az általános akarat – amitől nem válhat el a képviselő akarata – sohasem tévedhet. Ha valaki kisebbségben marad, ez azt jelenti, hogy téved, avagy a közakarat helyett saját akaratát kívánja érvényre juttatni. Ezt a konstrukciót nevezi Dominique Rousseau „hatalommegosztás-alkotmánynak”, amelyet ma már fel kellene, hogy váltson a „jogosultság érvényesítő-alkotmány”. A francia alkotmányelmélet legfontosabb szerzője, Sieyes abbé volt az, aki mindezek ellenére az alkotmánykontroll bírói védelme mellé állt, mint tudjuk, eredménytelenül.³²⁹ Elméletéből ízelítőt adhat két fontos írása, a „Mi a harmadik rend?” [*Qu'est ce que le Tiers-État?* (1789)] című politikai pamflet, ahol az alkotmányozó hatalom tanát fejteti ki, s a VIII. évben készült az alkotmányos esküdtszékéről szóló tervezete.

³²⁹ Vö. Carl Schmitt *Théorie de la constitution* (ford. Lilyane Deroche) Paris: PUF 1993. 213sk.

³³⁰ Vö. Michel Troper *Terminer la Révolution* Paris: Fayard 2006.

állampolgár

jogosult arra, hogy képviselve legyen. E jogot mindenki egyenlően gyakorolja, s mindenkit ugyanaz a törvény védelmez. A társadalmi szerződést mindenki köti mindenkivel és nem pedig a rendek egymással. A megbízó nem köthet ugyanis szerződést a megbízottal.³³⁸ A másik két rend, a nemesség és a papság nem követhet más érdekeket, s a törvény erejénél

³³¹ A *common law* Sieyès-re gyakorolt hatásáról ld. Pascal Pasquino *Sieyes et l'invention de la constitution en France* Paris: Odile Jacob 1998.

³³² Sieyès *Qu'est ce que le Tiers-État?* 13.

³³³ *Uo.* 19.

³³⁴ *Uo.* 109.

³³⁵ *Uo.* 17.

³³⁶ *Uo.* 18. Érdekességként jegyezzük meg, hogy a belső ellenség (a két másik rend) ilyen formában történő azonosítása ugyanannyira inspirálta Marxot, mint Carl Schmittet. Vö. Pasquino *Sieyes et l'invention de la constitution en France* 14.

³³⁷ *Qu'est ce que le Tiers-État?* 47.

³³⁸ *Uo.* 70sk. A szigetország e tekintetben nem lehet modell – írja az abbé. Ott a nemeseket az alkotmány ruházza fel törvényhozó hatalommal és a lordok nem alkotnak önálló rendet. Angliában egyetlen rend van, ez pedig a nemzet. A privilégium ott, szemben Franciaországgal, a közfunkcióhoz kapcsolódik: lehet, hogy a Peer-nek privilégiuma van, de ebből nem következik, hogy a bátyjának ilyen lenne. *Uo.* 89.

fogva ugyanazon jogokkal kell, hogy bírjanak, mint a harmadik rendet alkotó polgárok.³³⁹A történeti séma szerint a nemzet mindenképp előtt létezik és mindennek az eredete. Akarata mindig törvényes, ő maga a törvény; előtte és felette csak a természetjog van. Ha nincs alkotmánya, akkor csinálnia kell egyet, s erre csak a nemzetnek van joga.³⁴⁰ A köztársaság három fázisban jön létre. Először egy többé-kevésbé nagyszámú, elszigetelt, egyesülésre vágyó egyén van. Ők már ettől a ténytől fogva nemzetet alkotnak; minden joguk megvan; ezeket csak gyakorolni kell. Ám ezt az első időszakot az egyéni akaratok játéka jellemzi, ezért szövetkezni kell. Minden hatalom innen ered. A második szakaszt a közös akarat cselekvése jellemzi. A társultak állandóságot kívánnak adni egyesülésüknek, s meg kívánják valósítani a céljukat. A hatalom átszáll a közre; de az egyéni akarat mindig megmarad mint forrás. Az egyéni akaratok, egyenként számítva viszont semmilyen hatalmat nem alkotnak. A közösségnek egyesített és egységes akaratra van szüksége, de ezen a közös akaraton kívül az egésznek nincsen semmilyen joga. A társuló egyének azonban sokan vannak és túl nagy területen élnek. A közös – vagy nemzeti akarat – nem gyakorolható, ezért azt néhányukra bízzák. A harmadik fázisban a kormányzat helyettesítő, *per procautionem* hatalmat gyakorol [*gouvernement exercée par procuration*], ami azt jelenti, hogy a közösségnél marad a közös akaráshoz való jog [*droit de vouloir*]. A delegáltakra csak a hatalom egy része száll át, és tiszteletben kell tartaniuk azokat a határokat is, amelyeket a delegáció során kijelölnek a számukra. A második és a harmadik szakasz közötti különbség az, hogy az előbbi esetben valóságos közakarat [*volonté commune réelle*], a utóbbi esetben pedig képviselő közös akaratról van szó [*volonté commune représentative*]. A képviselő akarat nem teljhatalmú és korlátlan, hanem mindössze része az előbbinek, hiszen a delegáltaknak nincsen saját

³³⁹ Uo. 90.

³⁴⁰ Uo. 105.

³⁴¹ Uo.

ez a hatalom felőleli az alkotmánymódosítás [*revoir la constitution*] jogát is, ami lényeges és íratlan jog [*droit essentiel et imprescriptible*]. Mivel az alkotmány nem maradhat örökre ugyanaz, úgy a revízióra érdemes meghatározott időszakokat kijelölni. Ebből a célból kell felállítani egy testületet [*corps*], amely speciális feladata az, hogy összegyűjtse az anyagokat a következő felülvizsgálathoz.³⁴⁵ Az „alkotmányos esküdtszék” sem a bírói szervezethez, sem a kormányzathoz, sem pedig a törvényhozáshoz nem tartozna. Inkább, írja az abbé, az egész

³⁴² Troper *Terminer la Révolution* 200sk.

³⁴³ *Uo.* 209.

³⁴⁴ *Uo.* 204.

³⁴⁵ X-XI. cikk in Pasquino *Sieyes et l'invention de la constitution en France* 195.

kiegészítője vagy függeléke lenne. Az esküdtszéken belül létrehozott, minden tizedik, avagy sorshúzással kiválasztott tíz vagy tizenegy személyből álló tanács pedig a méltányosság alapján döntene, ha nincsen alkalmazható jogszabály, avagy ha az adott jogszabály alkalmazása az ő lelkiismeretüknek nem felel meg.³⁴⁶ A javaslatot végül elvetették, mondván, hogy az intézmény túlságosan is politikai jellegű lenne, és előbb-utóbb valamelyik politikai párt kezébe került volna.³⁴⁷ Madame Staël igen energikusan fejezte ki a javasolt intézménnyel szembeni ellenérzését: „A valódi alkotmányos esküdtszék, az egyetlen hatalom, ami minden más felett áll, a nép akarata, amely az újabb választásokon fejeződik ki.”³⁴⁸

Pasquino egybeolvasva a két sieyesi dokumentumot, a javasolt intézményt a normakontrollt gyakorló alkotmánybíraskodás előfutáraként értékeli, amely az alkotmánynak a törvény felettségén, és a norma-hierarchia tanára épül. Az alkotmány őrének ugyanis legalább két funkciót kell ellátnia: ellensúlyozni a törvényhozó hatalmat és az értelmezés, valamint alkotmánymódosítás révén alkotmányos dinamikát kell vinnie a rendszerbe.³⁴⁹ Az esküdtszék Troper érvelése szerint viszont nem tekinthető alkotmánybíróságnak, mégha maga az abbé sokszor a bíróságokhoz, például a Semmítőszékhez hasonlította azt (pl. az esküdtszék végzéseit [*arrêts*] olyanok, mint az ítéletek [*jugements*]).³⁵⁰ Ám az esküdtszék nem törvényhozó által alkotott törvényeket, hanem csak az egyik vagy másik tanácsnak (például a Vének Tanácsának) aktusait vizsgálhatná felül. A vizsgálat pedig nem tartalmi, hanem kizárólag procedurális, vagyis a Deklarációban felsorolt

³⁴⁶ Vö. Edmond de Beauverger „Étude sur Sièyes” *Revue de Législation et de Jurisprudence* (1851) Avril. 18.

³⁴⁷ A. Saint Girons *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire* Paris: L. Larose, Libraire-Éditeur 1881. 560.

³⁴⁸ Germaine Staël szavait idézi Marcel Gauchet *La Révolution des pouvoirs* Paris: Gallimard 1995. 206.

³⁴⁹ Pasquino *Sieyes et l'invention de la constitution en France* 12sk.

³⁵⁰ VII. in *uo.* 194.

³⁵¹ X., XI., XII. in *uo.* 195.

³⁵² Troper *Terminer la Révolution.* 208.

ugyanolyan hatalmat kaphatott volna, mint a régi rend bíróságként és törvényhozóként is működő parlamentjei.³⁵³ Ezekben az alkotmányos vitákban végülis a legfőbb bíró és törvényhozó, vagyis a király szava döntött. A jogértelmezés parlamentek által gyakorolt hatalmának korlátozására az autentikus értelmezés, vagyis a szerző által adott értelmezési módszer kínálkozott a legmegfelelőbbnek. Hogy ez milyen problematikus megoldás, a Polgári Törvénykönyv 4. szakasz körüli viták jelezték.

³⁵³ XIV., XV., XVI. in Pasquino *Sieyes et l'invention de la constitution en France* 196.

³⁵⁴ Troper *Terminer la Révolution. La constitution de 1795* Paris: Fayard 2006. 210skk.

c) *A kódex mint alkotmány, és a bíró: a francia Polgári Törvénykönyv 4. szakaszának „szelleme”*

Manapság az alkotmánybíróságok aktivizmusával elégedetlen szerzők rendszerint azt kérik számon a bíraktól, hogy – amennyiben bírói fórumként működnek – úgy miért nem a rendes bíróságok által használt, bevett értelmezési kánonokat használják. S való igaz, a francia jogban a magánjog területén alakult ki a legcizelláltabb értelmezési kánon-rendszer, aminek háttérében az áll, hogy az ezidáig leghosszabb ideig fennálló Köztársaságnak (1875-1940) nem volt egyetlen dokumentumban összefoglalt valódi alkotmánya, a többi pedig olyan gyorsan változott (pl. 1791, 1793, 1795) avagy nem is alkalmazták és nem is helyeztek hatályon kívül (1793), hogy nem volt idő a koherens értelmezés tanrendszer-kidolgozására.³⁵⁵ A francia jogban a kontinuitást – az alkotmányos elvek mellett – a polgári törvénykönyv jelenti, amely igen nagy mértékben meghatározza a bírói szerepfelfogást is. Olyannyira így van ez – hogy legalábbis bizonyos „híres” szakaszait – az alkotmányosság érvényesítése szempontjából is kiemelkedően fontosnak kell tekintenünk, s az ehhez kötődő jogfilozófiai tanokat pedig olyanoknak, mint amelyek mind a mai napig befolyásolják az elismerési szabály értelmezését is. A forradalmárok a régi rend bírói tevékenységével olyannyira elégedetlenek voltak, hogy egyenesen a jogértelmezést kívánták megtiltani. Ebben nyilván közrejátszott a felvilágosodás ész-kultusza is, de kapóra jött az az elvetésre ítélt római jogi hagyomány is, ahol az *interpretatio* jogfejlesztést jelentett. Amikor Montesquieu kimondta, hogy a bírónak valóban a törvény betűit „lefordító” jogalkalmazójának kell lennie, őt valóban komolyan kell venni, még akkor is, ha a híres „a bíró a törvényhozó szája” metaforát az angol joggal összefüggésben fogalmazta meg. Az értelmezés fogalma e kor gondolkodói –

³⁵⁵ Uo. 11.

³⁵⁶ Montesquieu *A törvények szelleméről*. VI., III. fejelet.

esetén

új törvényt, avagy egy kötelező érvényű értelmező rendelkezést kellett kibocsátani. A joghézag volt az a probléma, amivel a kodifikátornak szembe kellett néznie. A 4. szakasz ilyen értelemben két fajta értelmezésnek enged teret: ha azt feltételezzük, hogy a kodifikátor szerint a törvényt teljes, úgy a szakasz azt jelenti, hogy a bíró hibás abban, ha úgy érzi: a törvény hallgat, homályos vagy hiányos. Ha viszont azt feltételezzük, hogy a kodifikátor tisztában volt azzal, hogy jogalkalmazó szembetalálkozik majd olyan helyzetekkel, amikor a jog hallgat, a szöveg homályos vagy hiányos, akkor viszont úgy kell értelmeznünk a rendelkezést, hogy a jogalkalmazó ezeket a problémákat oldja meg maga. Ebben az esetben tehát arról van szó,

³⁵⁷ Jean Gaudemet *Les naissances du droit. Le temps le pouvoir et la science au service du droit* Paris: Montchrestien 1997. 351.

hogy a bíró bármit megtehet, hogy döntést hozzon, hiszen ez a kötelezettsége, de nem fordulhat a törvényhozóhoz, miként azt tette volna, ha a régi rend egyik bírója lenne.³⁵⁸

A 4. Szakasz jelentéséről szóló vita régóta tart, s a legfőbb kérdés nyilvánvalóan az, hogy mit értünk a jogértelmezés fogalmán. Troper szerint a kodifikátor el szeretete volna tiltani az értelmezéstől mint kreatív tevékenységtől a jogalkalmazót:

„a Polgári Törvénykönyv nem tartalmaz semmilyen közvetlenül törvényértelmezést illető rendelkezést, éppen ellenkezőleg, azt feltételezi, hogy a törvény mindig világos, olyannyira, hogy a törvény homályosságára is úgy tekint, mint egy alaptalan hivatkozásra [*prétexte*], amelynek nyomában a bíró az igazságszolgáltatás megtagadása miatt felelősségre vonható.³⁵⁹

Ennek a leírásnak a paradox voltát az adja, hogy valójában ez is egy értelmezési forma, hiszen történeti alapon egy meghatározott értelmezését adja az értelmezés tilalmára vonatkozó szakasznak. Abból a tényből vezet le ugyanis egy meghatározott értelmezés-elméletet (a nyelvtani értelmezését), hogy a Törvénykönyv nem tartalmaz értelmezésre vonatkozó szakaszokat, azaz, a törvényhozói szándékra következtet a hiányból. Troper elemzése valójában egyfajta genetikus értelmezése a 4. szakasznak. Ám miként látni fogjuk, az egyik előterjesztő, Portalis, nem egészen így látta a dolgokat. Perelman viszont azt állítja, hogy a 4. szakasz jelentősége a bírót a joghézagok betöltésére s ezzel arra, hogy behatoljon a törvényhozás területére. Ez a hatalom azonban az indokolás kötelezettségével párosul,³⁶⁰ amit maga a jog ír elő a Polgári Eljárásjogi Kódex 455. szakaszában. Perelman felfogása pedig

³⁵⁸ Az intézmény jogalkalmazásban betöltött szerepéről ld. Paul Delnoy *Eléments de méthodologie juridique: 1. Méthodologie de l'interprétation juridique 2. Méthodologie de l'application du droit* Liège: Larcier 2. kiad. 2007. 389-392.

³⁵⁹ Michel Troper „L'Etat de droit est-il un Etat limité?” 3 *Revue hellénique des droits de l'homme* (1999) 550. 11. jp.

³⁶⁰ Chaïm Perelman *Droit, morale et philosophe* Paris: LGDJ 2. kiad. 1976. 125.

³⁶¹ Troper „L'Etat de droit est-il un Etat limité?” 550.

³⁶² Chaïm Perelman *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* [1979] Paris: Dalloz 1999. 36. n° 25.

a jog kimondásában áll. ... A jog kimondása tehát nem jogalkotás, hanem annak felismerése [*reconnaître*] ... Az igazságszolgáltatási aktus a törvényekből következő jog felkutatása és meghatározása, s hatását tekintve a bíróság elé került ügyekre vonatkozó alkalmazása. A feladat tehát a törvények alkalmazása, vagyis a törvények által megalkotott jogrend fennállásának biztosítása: nos, emiatt szokás a bírakat a törvények őrzőiként meghatározni.”³⁶⁴

A jogmondás kikényszerítése érdekében – Perelman álláspontjának megfelelően – a 4. szakaszt napjaink francia bírója együtt olvassa a Törvénykönyv 5. szakaszával és a Polgári eljárásjog – új kódex számozása szerinti – 455. szakaszával. Az előbbi megtiltja az ítélete

³⁶³ Ami az angol jogban a XIV. századig a Király, a Tanács, vagy a Király és a tanács hatásköre volt, nem pedig a bíraké. Vö. A. Arthur Schiller „Roman *Interpretatio* and Anglo-American Interpretation and Construction” 27 *Vanderbilt L R* (1941) 733-764.

³⁶⁴ Raymond Carré de Malberg *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* [1920-1922] Paris: C.N.R.S. 1985. 699.

általános formában történő megalkotását – „tilos a bírácaknak általános és szabály formájában ítélni az eldöntendő ügyekben.” – utóbbi pedig az indokolási kötelezettséget [*motivation*] rögzíti. A „francia jog szellemének” megfelelően az ítélet mindig individuális marad, vagyis nem válhat „általános rendelkezéssé” [*disposition générale*]. Az 5. szakasz tehát megtiltja a bírácaknak, hogy ilyen módon, törvényhozóként alkossanak általános szabályokat. Ezért, a *common law* hagyományával szemben, a francia bírácak nem alkot precedenst, és – fő szabályként, de fontos kivételekkel – nem is kötik a precedensek sem. Ha ilyen döntést hoz, ez akár meg is semmisíthető. Azt, hogy mikor „kellően indokolt” egy döntés, vagy, hogy abban mikor fogalmazódik meg „általános rendelkezés”, nos, ezt a Semmítőszék állapítja meg. Ilyen formában a 4. szakasz a következőképpen szól: a jogalkalmazónak minden esetben indokolnia kell a döntését, tehát döntenie kell, s a döntés a jogszabály értelmezése alapján történik. Ha elutasítja a keresetet, nem hivatkozhat a „törvény hallgatására, homályosságára vagy hiányosságára”. De mit jelent az igazságszolgáltatás megtagadása?

A legátfogóbb monográfia, Favoreu doktori dolgozata – a francia Polgári Törvénykönyv 4. szakaszában előbukkanó – „igazságszolgáltatás megtagadása” intézményének adott olyan jelentést, amely nyomán arra mint az alkotmánykontroll egyik lehetséges előzményére tekinthetünk.³⁶⁵ Az a rendes vagy közigazgatási bírácak ugyanis megtagadja az igazságszolgáltatást, aki az alkotmányellenes jogszabályt nem hajlandó alkalmazni. Erre sokáig nem volt lehetőség, főként azért, mivel az *a posteriori* kontrollt a francia jogrend nem ismeri. A törvénykönyv azonban abban hozott újdonságot, hogy ezzel

³⁶⁵ Favoreu *Du déni de justice en droit public français*. 582.

³⁶⁶ *Uo.* 7-8., 58.

helyzet elé állítja, például azzal, hogy felfüggeszti az eljárást addig, amíg egy vonatkozó jogszabály tervezetét a törvényhozó nem fogadja el. A tágabb értelemben ezért inkább igazságtalan helyzetre utal. Eredetileg a közigazgatási szerve hallgatása is ennek minősült, utóbb azonban a két terület elvált egymástól, és az intézmény egyre inkább elkülönült a kötelezettségzegés szándékos jellegétől is. Favoreu meghatározásában ez a szituáció az igazságszolgáltatás intézményrendszerének működési hibájából, például a pozitív vagy negatív hatásköri összeütközésből áll elő. Favoreu dolgozatának lényegi mondanivalója az, hogy a közjogban használt „igazságszolgáltatás megtagadás” nem a bírói kötelezettségzegést jelenti. A közjogban ez a helyzet akkor alakul ki, ha az egyén nem tudja elérni, hogy

³⁶⁷ Uo. 8.

érdeksérelmét bírói fórum előtt révén orvosolhassa, és, amennyiben ezt a hibát maga a jogrendszer tökéletlensége produkálja. Az igazságszolgáltatás megtagadása tehát a következőképpen határozható meg: az állam nem teljesíti az egyén bíróság által történő védelmének kötelezettségét. A kérdés, hogy vajon az alkotmánybíráskodás hiánya szükségszerűen elvezet-e az igazságszolgáltatás ilyen típusú megtagadásához. Favoreu válasza nemleges; az alkotmánybíróság feladatkörének kiterjesztése javíthatja az egész rendszer működését, ám önmagában hiánya nem tekintendő annak. De miért ne lehetne ilyen esetek elkerülése végett a törvényhozóhoz fordulni kétség esetén? Erre próbál választ adni a francia Polgári Törvénykönyv 4. szakasza, amelynek megszövegezésén – miként a Törvénykönyv bevezető rendelkezésein – Portalis jogfilozófiája érezhető a leginkább, még ha a törvényhozónak más elképzelései voltak a törvénykönyvről és a bevezető rendelkezésekben megfogalmazott szabályokról. Utóbbi inkább kevés meghatározásból és imperatív normákat tartalmazó kódexet akart, Portalis viszont doktrínális-jogelméleti munkát szeretett volna.³⁶⁸

Portalis nagyon is realista volt kodifikáció határai tekintetében:

„A törvénykönyv akármilyen teljesnek tűnik, nem befejezett, a bíró elé ezer nem várt kérdés érkezik. Mert a törvényeket megalkotják egyszer, de olyanok maradnak, ahogyan azokat megírták; az emberek viszont, éppen ellenkezőleg, nem pihennek soha; mindig cselekszenek; s ez a mozgás, amely meg nem áll,

³⁶⁸ François Ewald „Rapport philosophique: un politique du droit” in *Le Code civil 1804-2004. Livre de bicentenaire* Paris: Dalloz 2004. 77-98. Portalisról ld. még René Lavallée *Portalis. Sa vie et ses oeuvres* Paris: Librairie Académique 1869.

³⁶⁹ Portalis „Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er Pluiose an IX par la Commission nommée par le gouvernement consulaire” 26.

³⁷⁰ Uo. 30. Ld. még Wilhelm „Portalis et Savigny. Aspects de la restauration” 447. ahol a szerző idézi, hogy Savigny e meghatározáshoz a következő jegyzetet írta a szöveg mellé: „ez nem Montesquieu-tól van?”

A jogot és a törvényt – miként Montesquieu tanította – viszont el kell választani egymástól. A törvény nem a szuverén akaratát tükrözi – legalábbis Portalis következő meghatározása szerint – hanem inkább lenyomata, elvekben történő kifejeződése:

„A törvények nem hatalmi aktusok, hanem a bölcsesség, igazságosság és az értelem tettei. A törvényhozó nem is annyira tekintélyt, mint inkább szent hivatást gyakorol.”³⁷²;

„Tegyük bármit is, a pozitív törvények soha sem fogják teljesen helyettesíteni a természetes értelmet az élet ügyeiben.”³⁷³;

„Rosszul kormányzunk, amikor sokat kormányzunk. Egy ember, aki egy másik emberrel foglalkozik, figyelmes és bölcs kell, hogy legyen; figyelnie kell az érdekére, megfelelő információkat kell szerezni, és nem szabad elhanyagolni azt, ami hasznos. A törvény feladata az, hogy a mások által okozott kártól megvédjen, de nem az, hogy saját értelmünk használatát rendelkezésre bocsássuk. Ha másként lenne, a törvények felügyelete alatt az emberek élete nem lenne más egy hosszú és szégyellnivaló kisebbség lenne; és ez a felügyelet saját magát alacsonyítaná le inkvizícióvá.”

³⁷¹ Portalis „Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er Pluiose an IX par la Comission nommée par le gouvernement consulaire” 31.

³⁷² Uo. 23.

³⁷³ Uo. 25.

A jog és a törvény ilyen viszonya az exegétikus iskolában már a törvény javára módosul. De Portalisnál a kettő közötti szoros kapcsolat még képes arra, hogy igazolja:

„A törvény feladata az, hogy nagy vonalakban rögzítse a jog általános maximáit; következményeiben gyümölcsöző elveket állítson fel, és hogy minden egyes ügyben felvetődő részletkérdésekhez ereszkedjen le. A bíróra és a jogtudósra vár, hogy irányítsa az alkalmazását, a törvény általános szellemébe behatolva.”³⁷⁴

Ugyancsak Savignyra emlékeztet – bár hozzá képest sokkal reflektálatlanabb módon – ahogyan Portalis a nyelvről beszél. A kódex nyelvének tisztának kell lennie, írja, de ez nem jelenti azt, hogy a kodifikátornak új nyelvet kellene feltalálnia. A szerzők mindössze kijavítják a nyelvet azzal, hogy a homályos kifejezéseket pontosítják, és néhány új kifejezés bevezetését javasolják. A nyelv olyan, mint a *desuetudo*, amely láthatatlan hatalomként ítéletet mond a rossz törvényekről és megvédi a népet a törvényhozó által okozott meglepetésektől, s magát a törvényhozót is saját magától.

Portalis számára az is nyilvánvaló volt, hogy a törvénykönyv hatályba lépése után is lesz feladata a jogtudománynak. Mint láttuk, a bíró feladatául tűzte, hogy „a törvények

³⁷⁴ Uo. 26.

³⁷⁵ Uo. 29.

³⁷⁶ Uo.

³⁷⁷ Uo.

hasonlóan – a „szabadság fennmaradó szabályát” [*règle résiduelle de la liberté*] hirdeti, vagyis azt az elgondolást, hogy mindent szabad, ami nem tilos (vö. a büntetőjogban a *nullum crimen sine lege* elvével). A polgárok és a jogalkalmazó számára tehát mindig világos kell, hogy hol a határ aközött, amit a törvény megenged, s amit megtilt. A törvény által meg nem tiltott cselekvések tehát megengedettek.³⁸⁰

Portalis elképzelése a Törvénykönyv felépítésén is tükröződnek. Arnaud a francia polgári törvénykönyv logikai struktúráját – amely megegyezik Portalis elképzelésével – a következőképpen rekonstruálta.³⁸¹ A jognak két teste van; a természeti és a pozitív törvényből áll. A természeti törvény határozza meg, hogy mi becsületes, s hogy mi becstelen, a pozitív törvény a megengedett és a nem megengedett magatartásokra vonatkozó szabályokat tartalmazza. Ez viszont azt is jelenti, hogy a jogalkotó által nem szabályozott esetekben a bírónak döntenie kell arról is, hogy mit jelent a becsületesség. Nyilván a büntető törvény más, ezért a polgári törvénykönyvbe Portalis nem is ezt a joghézagot kizáró logikai konstrukciót kívánta bevezetni. Portalis nem kis szerepet játszott ugyanakkor abban, hogy a kódexbe végül

³⁷⁸ Uo. 26.

³⁷⁹ Uo.

³⁸⁰ Uo. 17.

³⁸¹ André-Jean Arnaud *Essai d'analyse structurale du Code civil français* Paris: LGDJ 1973. 29.

nem került be a törvényhozóhoz való fordulás intézménye. Az intézményt a következő érveléssel veti el:

„A bírót arra kényszeríteni, hogy a törvényhozóhoz forduljon, az egyik leggyászosabb elv elfogadása lenne; ez megújítaná nálunk a borzalmas rendelet [*recrits*] útján történő törvényhozást; mivel, amikor a törvényhozó közbelép, hogy döntsön olyan ügyben, amely egyének között alakult ki és élénk vita kíséri, nem hoz kevesebb meglepetést, mint a bíróságok. Kevésbé vonjuk kétségbe a bíró szabályozott, félénk és behatárolt önkényét, amely megváltoztatható, és amelyik ki van téve annak, hogy jogellenes lehet [*action en forfaiture*], mint a független hatalom egy olyan abszolút bírójának, aki soha sem felelős. A felek, akik egymás között olyan ügyet tárgyalnak, amelyet a pozitív törvény nem határozott meg, kizárólag az elfogadott szokások és az egyetemes méltányosság alá vetik maguk. Másfelől viszont, a szokás megállapítása és magánjogi vitára való alkalmazása bírói, és nem törvényhozói aktus. Ez a méltányosság vagy osztó igazságosság alkalmazása maga, amit követnek és követni kell minden egyes egyedi esetben; a törvényhozókra sohasem tartozhat minden apró szál megítélése, amellyel a szembenálló felek egymáshoz kötődnek. Ez egyedül az igazságosságnak vagy általános méltányosságnak a szolgájára tartozik, aki egyetlen egyedi

³⁸² Portalis „Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er Pluivoise an IX par la Comission nommée par le gouvernement consulaire” 29sk.

³⁸³ Uo. 30.

szakaszok

meghatározzák a bíró szerep-felfogását, s az „igazságszolgáltatás megtagadására” való utalás pedig hidat jelent az alkotmányosság felé.

A könyv tekintélyét jellemzi, hogy a bicentenáriumi ünnepségére kiadott kötetben is volt, aki azért érvelt a rekodifikáció ellen, mert úgy látta, hogy a Törvénykönyv biztosítja azt a folyamatosságot, amit az állandóan változó alkotmányok nem tudtak megteremteni:

„Franciaországban a Polgári Törvénykönyv egy szimbólum; a szabadság, az egyenlőség és a testvériség szimbóluma. ... A Polgári Törvénykönyv legalább annyira a francia társadalom alapja mint az Emberi és Polgári Jogok nyilatkozata, és sokkal inkább, mint az összes alkotmányunk.”³⁸⁶

A Törvénykönyv nem veszi fel egyáltalán a Deklaráció szerzői kedvelt „filozofikus” stílust, s tény, hogy egyetlen hivatkozás sincs benne erre a dokumentumra. A Deklaráció szerzőire lehet, hogy hatott Hobbes, Locke és Rousseau, a kodifikátorokra talán Montesquieu és Kant, de leginkább egyetlen filozófus sem befolyásolta. Ewald értelmezése szerint még a Törvénykönyv emberképe is más, mint a forradalmároké.³⁸⁷ Sőt, szerinte Portalisnak köszönhetően a liberalizmus *common law* változata – a történelemre, a civilizáció fejlődésére, a szokásokra és az intézményekre való hivatkozásai – érezhető a törvénykönyvön, aminek köszönhető annak két évszázados sikere. A Törvénykönyv ugyanis nem individualista,

³⁸⁴ Philippe Rémy „Éloge de l'Exégèse” *Droits* 1 (1985) 115-123.

³⁸⁵ Jean-Luis Halpérin *Histoire du droit privé français depuis 1804* Paris: PUF 1996. 45.

³⁸⁶ Louis Vogel „Recodification civile et renouvellement des sources internes” in *Le Code civil 1804-2004. Livre de bicentenaire* Paris: Dalloz 2004. 159-170, 163.

³⁸⁷ Ewald „Rapport philosophique: une politique du droit” 77-98.

ahogyan azt Marx gondolta, hanem, mai szóval élve, inkább közösségelvű, és nem egyénekre fókuszál, hanem intézményekre. Ez az angolszász hatás – amit Ewald a jog intézményelméleti megközelítésének is nevez – Montesquieu-n keresztül érkezett a kodifikátorokhoz, legelsősorban is Portalishoz. A Törvénykönyv meghatározott intézmények működtetése révén az alkotmány érvényesülését szolgálja. Az által, hogy az olyan intézményeket kodifikál a törvényhozó, mint a család vagy a polgári társadalom, a szabadság szigeteit erősíti. Az alkotmány és a törvénykönyv között tehát nagyon szoros kapcsolat van. A törvénykönyv határozza meg a szabadság megélésnek azon feltételeit, amelyek lehetővé teszik, hogy az egyének az alkotmánnyal összhangban álló céljaikat megvalósítsák. Ezt a kapcsolatot a szokásjog által kialakított intézmények közvetítik, amelyekre tekintettel kodifikálták a magánjogot Franciaországban. Nyilvánvaló, hogy a magánjog alkotmányba ágyazottsága önmagában nem igazolja azt, hogy a magánjogban

³⁸⁸ Halpérin *Histoire du droit privé français depuis 1804*. 50.; François Géný *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* II. Paris: LGDJ 1919. § 13., 30.

S a nagybetűs exegétikus iskola valójában soha sem létezett. Rendkívül heterogén irányzatról van szó, ami szerzőnként és koronként eltérő stílusjegyekkel rendelkezik. Az iskola rossz hírnevének kialakításában kulcsszerepet játszó, a történeti megközelítés pártján álló Julien Bonnecase 1933-ban megjelent monográfiája három időszakot különböztet meg: (1) a formálódás nagyjából a Törvénykönyv megszületésétől 1830-ig tartott; (2) az iskola a legnagyobb hatásút ezután, körülbelül 1880-ig váltotta ki, s ezután már (3) a hanyatlás időszaka jött.³⁹¹ Ebben a monográfiában fogalmazódott meg az a gondolat, hogy az irányzat a jogot [*droit*] és a törvényt [*loi*] azonosító legicentrizmus melletti elköteleződése, a törvény szellemét a törvényhozó szándékával azonosító metodológiája a francia jogászok etatizmusát alakította ki. Az exegéta szerzők legnagyobb része ilyen értelemben nem is volt exegéta, mivel az iskola tagjai inkább kommentárt [*commentaire*] vagy értekezést [*traité*] készítettek. Ez valójában jogdogmatikai tevékenység. Ennek egyik jele, hogy analízisüket rendszerint – absztrakt jogi konstrukciók használata után – szintézissel zárták. Ugyancsak figyelemmel kell lenni arra, hogy ezek a szerzők már másként használják a jogtudomány fogalmát. A Portalis által kijelölt úton haladva ugyanis ők doktrínát alakították, míg a „*jurisprudence*” kifejezéssel a joggyakorlatra utaltak. Kezdetben ugyanis a bírói ítéleteket nem látták el indokolással [*motivation*]. Mint láttuk, ezt a Törvénykönyv viszont már kötelezővé tette. Amíg nem volt indokolás, addig a jogtudósokra [*les jurisconsultes*] és a gyakorló jogászokra várt, hogy

³⁸⁹ Gény *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* II. § 196-200., 287-307.

³⁹⁰ Frydman *Le sens des lois*. 460-466.

³⁹¹ Julien Bonnecase *L'École de l'Exégèse sa doctrine, ses méthodes* Paris: Broccard 2. kiad.1924. 148.; Philippe Jestaz – Christophe Jamin *La doctrine*. Paris: Dalloz 2004. 73.

kibontsák az ítéletek értelmét. Eredetileg erre a tevékenységre utalt tehát a *jurisprudence* kifejezés, ami pedig a XIX. század végén kiegészült az „ítélet” [*l’arrêt*] szóval. Minthogy most már az indokolás kötelező volt, így a „jogtudomány” tárgyai az ítéletek lettek. Később ismét kikopott az „ítélet” szó a jogászi nyelvhasználatból, s innentől kezdve a *jurisprudence* egyszerűen a jogalkalmazói joggyakorlatra utalt. Az exegétáknál javarészt az ítéletek, a joggyakorlat még nem önálló kutatási terület, hanem, egy-egy ítélet inkább a szöveg kibontásához kapcsolódó illusztráció.

A doktrína [*doctrine*] először mindössze a jogtudós saját tekintélyével alátámasztott vélemény volt [*doxa*].³⁹² A Code civil-t megelőző időszakban maga a jogtudósi tevékenység

³⁹² Ennek kialakulásáról ld. Jean-Louis Thireau „La doctrine civiliste avant le Code civil” in *La doctrine* Paris: PUF 1993. 13-51.; André-Jean Arnaud *Essai d’analyse structurale du Code civil français* Paris: LGDJ 1973.; *Les origines doctrinales du Code Civil français* Paris: LDGJ 1969.

³⁹³ Thireau „La doctrine civiliste avant le Code civil” 17.

³⁹⁴ Jestaz – Jamin *La doctrine*. 127skk.

³⁹⁵ Géný *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif* II. § 35, 70.

³⁹⁶ Halpérin *Histoire du droit privé français depuis 1804*. 80.

jelentette meg a bírói fórum előtt elmondott beszédeit [*réquisitoirs*]. E munka nem jöhetett volna máshogy létre, mint a törvénykönyv értelmezése alapján. De Douai munkája „valódi” interpretáció volt: a szakaszok értelmét világossá tette, azok indokait [*motifs*] megkereste és az abban kifejeződő értékeket bemutatva azokat elhelyezte a kor jogában.³⁹⁸ Proudhon ezért már azt állíthatta, hogy „a törvénykönyv egy tökéletesen új korpusz”, s ő hangsúlyozta talán a leginkább, hogy a Törvénykönyvben az elveket kell keresni, oly módon, hogy a Törvénykönyvet összevetjük saját magával: a napóleoni törvénykönyvben kell tanulmányozni a napóleoni törvénykönyvet.³⁹⁹

Az iskola legkiemelkedőbb alakja a Kódex hatálybalépésének évében született Demolombe volt. Harmincegy kötetes befejezetlen művének kiindulópontja szerint a szöveg a legfelső törvény:

„[...] a hitvallásom: a szöveg mindenek előtt! A *Code Civil* előadásaimat jelentetem meg; a célom, hogy értelmezzem, magyarázzam magát a Törvénykönyvet mint élő törvényt, mint alkalmazható és kötelező törvényt; és a dogmatikai módszer választása soha nem akadályoz meg abban, hogy mindig a törvény cikkelyeit tekintsem alapnak.”⁴⁰⁰

Vagyis a szöveg „él” ezért azt a szokások és a társadalom igényeivel kell összevetni.⁴⁰¹

³⁹⁷ Jestaz – Jamin *La doctrine*. 89-95.

³⁹⁸ Jean Gaudemet *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit* Paris: Montchrestien 1997. 352.

³⁹⁹ Uo. 352sk.

⁴⁰⁰ Idézi Gény *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* I. 13 §, 30.

⁴⁰¹ Halpérin *Histoire du droit privé français depuis 1804*. 67-68.

A cikkelyről-cikkelyre haladó exegézissel az exegetikus iskola csúcsát jelentő Aubry-Rau szerzőpáros „indokolt értekezése” [*traité raisonné*] szakított véglegesen. Munkájuk teremtett kommentárból általános elméletet. Ez nem ment könnyen a francia hagyomány alapján. Ez jelzi az a tény is, hogy hatalmas munkájuk 4. kötete például a francia törvénykönyvről szóló német monográfiának a Kódex struktúrájának megfelelően átalakított fordítása.⁴⁰² A szerzőpáros a grammatikai értelmezésben hisz és elutasítja, hogy a törvényhozó szándékán keresztül a törvény szellemét kellene keresni. Szerintük a természetjog ugyan létezik, s annak forrása a nép közös tudata, viszont ezt olyan

⁴⁰² A pandektista Zacharia először 1808-ban jelentette meg a *Handbuch des französischen Civilrecht* című munkáját. Ennek a bővített, 4. kiadása inspirálta a két strassbourgi professzort Aubry-t és Raut. Vö. Gaudemet *Les naissances du droit*. 207.

⁴⁰³ Halpérin *Histoire du droit privé français depuis 1804*. 65sk.

⁴⁰⁴ Gény *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* I. 97. §, 257-264.

⁴⁰⁵ Jestaz – Jamin: *La doctrine*. 130-134.

⁴⁰⁶ Vö. Frydman *Le sens des lois*. 464.

tani értelmezés során ezt a szellemet kell meghatározni, akár a betűk kiterjesztése, akár annak szűkítése révén.⁴¹¹ Vizsgálódás során ki kell zárni minden, a törvény hatályba lépését követő fejlődést – kivéve, ha az újabb tények teljesen feleslegessé teszik magát a jogszabályt – arra koncentrálni, amit a törvényhozó valóban tudott és akart mondani.⁴¹²

A *travaux préparatoires*-okon vagy a *référé législatif*-on alapuló autentikus vagy törvényes értelmezés nem igazít el teljesen a jogszabály helyes értelmét illetően. Inkább a szöveg kontextusa irányába kell tovább lépni, amikor a jogalkalmazó azt kutatja, hogy mit akarhatott mondani a törvényhozó.⁴¹³ A *travaux préparatoires*-ok tehát alkalmazhatók. Ez egy lényeges eltérés egyébként az angol joghoz képest.⁴¹⁴ A törvényhozóhoz fordulás lehetősége a Semmitőszék működése miatt is veszített jelentőségéből, s nem véletlen, hogy el is tűnt a francia jogból.⁴¹⁵ Gény nem volt sem az exegétikus irányzat híve, sem annak ellenzője. Elvetette a törvényhozói szándék deduktív logika segítségével történő levezetését, valamint azt az elképzelést, hogy a jogrendszer hézagmentes lenne.⁴¹⁶ De Gény nem gondolta, hogy az exegéták logikai módszere teljesen alkalmatlan lenne, hiszen szerinte a logika segít feltárni a

⁴⁰⁷ Gény *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* I. 98. §, 265.

⁴⁰⁸ Uo. 101. §, 277.

⁴⁰⁹ Uo. I. 97. §, 264; § 102., 284.

⁴¹⁰ Uo. 98-100. §, 266-275.; 102. §, 288-289.; 103. §, 290.

⁴¹¹ Uo. 15. §, 32.

⁴¹² Uo. 102. §, 269-275.

⁴¹³ Uo. 104. §, 293.

⁴¹⁴ Vö. Henri Capitant „Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois” in *Recueil d'études sur les source du droit en l'honneur de François Gény* II Vaduz-Paris: Topos/Edouard Duchemin 1977. 204-216.

⁴¹⁵ Gény *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* 140. §, 77-79.; 42. §, 82-84.; 44. §, 85.

⁴¹⁶ Uo. 62. §, 130.; 96. §, 256sk.

törvényhozói akaratot.⁴¹⁷ A tudomány – kiemelendő, hogy ő már egyszerűen csak a *science* kifejezést használja – ami számára a szociológiát jelentette, arra van, hogy amikor a törvény mint jogforrás nem igazít el, ennek segítségével lehet feltárni a megfelelő megoldást. Még ennél is élesebb az a kontraszt, ami az ő felfogása és Magnaud, a „jó bíró” közt rajzolódik ki. Génynél őt azzal vádolta, hogy „jósága” igazságtalansághoz vezet, sőt, hogy „nagyvonalú és vakmerő érzékenysége” ellehetetleníti az igazságos döntés megalkotását.

Génynél a „szabad tudományos kutatás” a törvényértelmezést kiegészítő szociológia. „Szabad”, mivel a pozitív autoritás közvetlen cselekvésétől mentes, és „tudományos”, ugyanis alapjait a tudományos kutatás révén feltárható objektív tényezőkben találja meg. Ha a jogalkalmazó formális jogforrásra (jogszabályra) való hivatkozás révén nem tudja

⁴¹⁷ Vö. Frydman *Le sens des lois*. 464.

⁴¹⁸ Duguít *Traité de droit constitutionnel*. 263sk.

⁴¹⁹ Carré de Malberg *Contribution à la théorie générale de l'État ...* 707sk.

e) Jogértelmezés-tan és a normahierarchia elmélete

A Portalistól az exegetákon át Gény-ig bemutatott elméletekben a közös elem a jogértelmezés intellektuális tevékenységként történő leírása. A különbség mindössze abban a módszerben (természetjog, logikai dedukció, szociológia) van, ahogyan ezt az intellektuális tevékenységet végezni kell. Az alkotmányos normakontroll igazolására vonatkozó procedurális elméletek – a „váltóór-tan” és az „igazságosság ágyának” újabb változata – ugyancsak azt feltételezik, hogy az alkotmány értelme a klasszikus értelmezési formák alapján feltárható. Ha a törvényhozó például az alkotmányt annak szelleme vagy célja szerint értelmezi, az alkotmányértelmezéssel megbízott szervek kimondhatják, hogy ez olyan mértékben kiterjeszti az alkotmány fogalmát, hogy az már alkotmánymódosításként értelmezendő, amire csak az alkotmányozó hatalomnak, s nem pedig a törvényhozónak van hatásköre. S megfordítva is igaz, ha az Alkotmánytanács kiterjesztően értelmezi az alkotmányt, az alkotmányozó hatalom – az „utolsó szó jogán” – élhet azzal a lehetőséggel, hogy magát a szöveget változtassa meg. Ez a lehetőség ugyanakkor erősen korlátozott.

Először is azért, mert az 1971-es döntés révén az alkotmány fogalma felöleli az alkotmányos blokkba tartozó elveket is. Az elvek, sajátos jellegük miatt, eleve kizárnak bizonyos értelmezési technikákat. Ezeket egyensúlyozni lehet, de eltörölni nem; vagyis az alkotmányozó hatalom válasza az alkotmánytanácsi döntésre csak új elv bevezetése lehet. Az alkotmánymódosítás során természetesen az alkotmányozó hatalom maga is bővítette az elvek listáját, de ez nem értelmezhető a törvényhozónak adott válaszként. Az elvek felismerése

⁴²⁰ Edouard Lambert *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unies: l'expérience américaine du contrôle de la constitutionnalité des lois* [1921] Paris: Dalloz 2005.

⁴²¹ Vö. Frydman *Le sens des lois*. 468.

önmagában nem is tekinthető olyan értelmezési tevékenységnek, amelyet a normakontrollt végző bírói fórum talált volna fel. Ahogyan az exegétikus iskola tanainak elemzése során láttuk, a francia hagyomány szerint az értelmező feladata az, hogy rekonstruálja a jogszabály értelmét oly módon, hogy visszavezeti azokat a törvényhozást megalapozó elvekre. Igaz viszont másfelől, hogy az Alkotmánytanács tagjai nem voltak olyan értelemben exegéták, amikor e visszavezetést a *travaux préparatoires*-ok ellenére tették meg 1971-ben.

Az igazán átfogó Kelsen-recepció pontosan e döntés időszakában játszódott le, bár már a századfordulón fontos polémiák zajlottak le a németajkú és a frankofón szerzők között. Az alkotmánybíráskodás [*justice constitutionnelle*] kifejezést a francia doktrína németből vette

⁴²² Heuschling *Justice constitutionnelle et justice ordinaire* 92.

⁴²³ R. Trazit *La Constitution d'Autriche du 1er octobre 1920* (Thèse) Toulouse: 1925. Idézi Heuschling *Justice constitutionnelle et justice ordinaire* 92., 34. jp.

⁴²⁴ Hans Kelsen „La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle” *RDP* (1928) 187-257.

⁴²⁵ Charles Eisenmann *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche* [1928] Paris: Economica 1986.

⁴²⁶ *Uo.* 1.

⁴²⁷ *Uo.* 4sk.

tanulmányának – nem csak a törvény központi helyzete nehezítette, hanem az is, hogy a francia jogrend felépítése nem a jogforrások, hanem a szervek hierarchiáját követi, s a szervek hierarchiában betöltött pozíciója pedig a szerv autoritásától függ.

Az elismerési szabály jogrendszerben betöltött helye, vagyis az, hogy az alkotmány miben különbözik egyáltalán a többi jogi normától, a francia jogrendszerben mindig kétséges. A doktrínák a hierarchia felállítását, s az alkotmány elsődlegességének igazolását egyfelől a módosítási eljárás különbségére vezetik vissza. Az Alkotmányt csak a rendes törvényektől eltérő eljárásban lehet módosítani. Míg egy rendes törvény elfogadásához a két ház – vagy bizonyos esetekben a Nemzetgyűlés – többségi szavazata elegendő, az alkotmánymódosítást a két Kamara többségi szavazata mellett népszavazás, vagy, bizonyos esetekben, a Kongresszus (vagyis a képviselők és a szenátorok együttes ülése) három-ötödének szavazata kell, hogy megerősítse. A második elv oly módon biztosítja az alkotmány elsődlegességét, hogy kimondja: minden más szabálynak összhangban kell állnia az alkotmánnyal, vagy legalábbis nem lehet azzal ellentétes. Vagyis a parlament, a köztársasági elnök, a miniszterelnök vagy bármely más kormányzati szerv aktusa meg kell, hogy feleljen az alkotmánynak. Továbbá, ezeket a jogszabályokat csak azon szervek hozhatják meg, amelyeket közvetlenül vagy közvetve az alkotmány erre felhatalmaz, és csak olyan eljárás keretében, amelyet az alkotmány meghatároz. Ez a szabály kiterjed nemcsak a hatáskörre, hanem a szabadságjogok esetében arra is, hogy ezeket az eljáró szerveknek tiszteletben kell tartania.

⁴²⁸ Uo. 3.

Vedel saját tanát ezért keresztelte el a „váltóór-elméletnek”.⁴²⁹ E szerint az Alkotmánytanács feladata az, hogy a Parlamentet a helyes irányba telerelje. Amikor hatályon kívül helyez egy törvényt az alkotmánykontrollt gyakorló szerv, valójában nem tesz mást, minthogy jelzi: letért az alkotmány által a részére kijelölt útról. Két mód van arra, hogy visszatérjen a helyes vágányra. Vagy módosítja az alkotmányt (mint alkotmányozó hatalom), vagy pedig a hatályos alkotmánynak megfelelő törvényt hoz (mint törvényhozó). Az alkotmánykontroll ezért módosíthatatlan alkotmány esetében illegitim. Az alkotmány elsődlegességének speciális módosítási eljárás alapján való igazolása miatt abból az is következik, hogy viszont amennyiben az alkotmány ugyanúgy módosítható, mint a rendes

⁴²⁹ Georges Vedel „Préface” in Eisenmann *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d’Autriche*. VIII.

B. Az alkotmánykontroll neorealista és deliberatív igazolása

A francia alkotmányjogi diskurzusban a kelsen tanrendszer megjelenése előtt az irodalom szinte kizárólag az amerikai példát elemezte, hiszen ennek aktivizmusa teljesen nyilvánvaló volt. A két fajta szociológiai realizmus – az amerikai jogi realizmus és a francia szociológia elmélet – is érintkezett egymással, igaz, máshová helyezték a hangsúlyokat: a tengerentúlon a bírói, a kontinensen, s így Franciaországban, társadalom állt a kutatás középpontjában. A *Tiszta jogtan* második kiadása és a posztumusz művű művei a XX. század utolsó harmadában éreztették hatásukat. Ennek elemei – ötvözve a francia pozitivisták hagyományával és a neopositivisták logikai felfogásával – az alkotmányelméletben Michel Troper felfogásában álltak össze kerek egésszé.⁴³⁰ Troper kelsenizmusa az osztrák mester „hanyagoló” korszakának jegyeit viseli magán, ami egyfelől a jog és logika közötti viszony tagadása, másfelől a normativizmus helyébe lépő voluntarizmus elfogadását jelenti. Ennek jogértelmezésre kiható következménye az autentikus értelmezési forma klasszikus értelmének elvetése.

Ezután, a kelsen tanoknak megfelelően ezen értelmezési forma fogalma alatt azt értették, hogy az értelmezés kötelező erejű, s hogy eredménye egy olyan individuális norma, amit a jogalkalmazó szervnek kötelező megalkotnia. Az értelmezés nem kognitív, hanem volitív tevékenység, s ehhez Troper, Kelsent tovább radikalizálva azt is hozzáfűzi, hogy az értelmezőt maga a jogszabály szövege – világosságától vagy homályosságától függetlenül – nem korlátozhatja. Ebből az következik, hogy az értelmezés különféle módszerei – például az

⁴³⁰ Troper elméletére vonatkozó legkidolgozottabb kritikára ld. Otto Pfersmann „Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l’interprétation” 50 *Revue Française du Droit Constitutionnel* (2002) 280-334. Az erre adott válasz: Michel Troper „Réplique à Otto Pfersmann” 50 *Revue Française du Droit Constitutionnel* (2002) 335-353.

az igény, hogy a bíró ne használja a jogszabály értelmére vonatkozó külső bizonyítékok rendszerét, hanem ragaszkodjék a belső bizonyítékokhoz. avagy hogy forduljon-e vagy sem a törvényhozóhoz – közötti választás Troper számára attól függ, hogy melyik kánon leplezi el a legjobban egy jogi döntés politikai karakterét. Most vizsgáljuk meg elméletét részletesen!

a) A neorealista felfogás (M. Troper)

Troper radikálisan szabály-szkeptikus jogértelmezés-tana általános, vagyis alkotmány és rendes törvény értelmezésére egyaránt alkalmazható. A tan általánosságát bizonyítandó háromféle megoldást vázol fel az alkotmányértelmezés elhelyezésére.

nem

kérdőjelezhető meg.⁴³² A törvény valódi, autentikus értelmezői tehát a legfelső jogszolgáltatási fórumok. A jogi döntés igazolása tehát mindig *argumentum per auctoritatem*.⁴³³ Centralizált igazságszolgáltatási rendszerben a Legfelső Bíróság így az alkotmány autentikus értelmezője is. Természetesen az alsóbb fokú bíróságok is értelmezhetik az alkotmányt, de az ő értelmezésüket felülbíráhatja a hierarchiában legfelül álló fórum és maga a törvényhozó is. Az alkotmány- és a törvényértelmezés között ilyen szempontból sincsen különbség. A törvényhozó ugyanúgy felülvizsgálja a törvény megváltoztatása révén a bírói ítéletet, ahogyan az alkotmányozó hatalom felülvizsgálhatja az alkotmány autentikus értelmezőjének döntését az alkotmány revíziója révén. Ám ezek az aktusok már nem az eredeti „*ejus est interpretari ...*” értelemben vett „autentikus” értelmezések, hanem új szövegek megalkotásai.⁴³⁴

Az értelmező személyét illetően Troper két látszólagos különbséget mutat be. Az első különbség az lehetne, hogy az alkotmányt nem bírói fórumok is autentikusan értelmezhetik. Ez olyan rendszerekben is előfordulhat ahol egyáltalán nincsen alkotmánybíróság, de olyanban is, ahol van. Vagy azért, mert a jog nem jelöli ki, hogy kinek a kompetenciájába tartozik ez a tevékenység, vagy azért, mert az autentikus értelmezés előfeltétele egy nem bírói fórum által végzett értelmezés. A nem bírói fórum lehet például egy miniszter, vagy a parlament vagy maga köztársasági elnök. Az ő értelmezéseik autentikusak, mivel nem kérdőjelezheti meg más autoritás. Az általuk használt nyelvtani, rendszertani, funkcionális értelmezési formák alig vagy egyáltalán nem különböznek a bíróságokétól.⁴³⁵ A második

⁴³¹ Michel Troper „L’interprétation constitutionnelle” in Ferdinand Mélin-Soucramanien (szerk.) *L’interprétation constitutionnelle* Paris: Dalloz 2005. 13-25., 13skk.

⁴³² Uo. 15.

⁴³³ Michel Troper „Autorité et raison en droit public français” in P. Vassart, G. Haarscher és mások (szerk.) *Arguments d’autorité et arguments de raison en droit* Brüsszel: Travaux du Centre National de Recherche de Logique/Nemesis 1988. 103-123.

⁴³⁴ Troper „L’interprétation constitutionnelle” 15.

⁴³⁵ Uo. 16skk.

lehetséges különbséget a személyi összetételben fedezhetnék fel. A francia rendszerben – és általában az alkotmányos demokráciák többségében – az alkotmányértelmezés kollektív döntéshozatalt jelent, ami azt jelenti, hogy az értelmezésben résztvevő autentikus értelmezők egymás reakcióira tekintettel végzik a tevékenységet. Az Alkotmánytanácsnak például figyelemmel kell lennie arra, hogy a parlamenti többség akarata mikor jelent alkotmányváltoztatást. Vagy például a kivételes állapotra vonatkozó alkotmányos szakaszok

⁴³⁶ *Uo.* 19skk.

⁴³⁷ *Uo.* 21skk.

módosítható. A *common law* rendszerben így a törvény- és alkotmányértelmezés különbsége még inkább szembetűnő lesz.⁴³⁸

Ha van, akkor a valódi különbség az értelmezés eredményében rejlik: „a törvény értelmezője törvényhozó, az alkotmány értelmezője alkotmányozó [*constituant*]”.⁴³⁹ A különbségtétel alapja az a kelsen-i tézis, amely szerint a norma egy emberi cselekvés jelentése, az értelmezés a jelentés meghatározása, vagyis, a jelentést meghatározó értelmező valójában norma-alkotó. Az alkotmányértelmezés az alkotmány normájának megalkotását, azaz nem csak a norma tartalmának megállapítását jelenti. Ebből a szempontból nézve a maga az „alkotmányértelmezés” mint kifejezés is rossz, hiszen azt feltételezi, hogy az értelmezés előtt már létezik alkotmány, s ezzel együtt pedig, aki használja a terminust, máris egy meghatározott értelmezés-felfogás mellett kötelezi el magát, nevezetesen, amellet, hogy az értelmezési tevékenység kognitív jellegű. Pedig önmagában semminek sincsen jelentése: a Pompidou-ban kiállított piszoár önmagában nyilvánvalóan nem művészeti alkotás, ezt csak Duchamp értelmezése tette azzá.

Az alkotmányértelmezés során legelőször is azt kell megállapítani, hogy mi képezi az alkotmány részét. Az 1971-es döntés jó példa erre: először ki kellett dolgozni az „alkotmányos blokk” tanát, s csak ezután lehetett megállapítani, hogy a blokkhoz tartozó normáknak mi a jelentése. A rendes bírós is találhatja magát hasonló helyzetben, ha például arról kell döntenie, hogy a szokás vagy az általános elv a jog részét képezik-e, s ha úgy dönt, hogy ez így van, akkor meg kell állapítania mit mond a vonatkozó esetre.⁴⁴⁰ Az alkotmányértelmezés során azonban ennél is tovább kell menni. Nem elég megállapítani, hogy mi az alkotmány, hanem igazolni kell, hogy mint érvényes norma, a többi norma felett áll. Ezt láthatjuk a Marbury-döntés Troper által rekonstruált változatában is. Itt az igazolás a következő volt: (1) az alkotmány a törvény felett áll; (2) azért áll a törvény felett, mert törvénnyel nem, csak speciális

⁴³⁸ Uo.

⁴³⁹ Uo.

⁴⁴⁰ Uo. 22sk.

eljárásban módosítható; (3) ebből az következik, hogy az alkotmányellenes törvény semmis. Az érvelés meggyőző ereje attól függ, hogy mit jelent az alkotmány elsődlegessége. Ennek legalább két jelentése lehet: (a) az alkotmány határozza meg azt a módot, ahogyan a törvényt meg kell alkotni; (b) a törvény semmis, vagy

⁴⁴¹ *Uo.* 24.

⁴⁴² *Uo.* 23sk.

törvényhozó engedetlenséget ír elő a számára, ezt a parancsot nem tudná teljesíteni. Az alkotmánykontroll esetén ez a probléma nem fordul elő. Ha egy alkotmánymódosítással megtiltanák a bíróság számára a normakontroll gyakorlását, a bíróság teljesíteni tudná a kötelezettségét. Az alkotmány, tartalmától függetlenül, mindig a hierarchia csúcsán marad.⁴⁴³

Troper elméletében tehát nem szükségszerű sem az, hogy a normakontrollt bíróság végezze, s egyáltalán, az alkotmánykontroll sem szükségszerű intézmény. Egy másik írásában viszont úgy érvel, hogy a demokrácia vagy jogállam lényeges eleme a jogforrási rendszer hierarchiája, amiből az következik, hogy kell egy olyan fórum, ami ezt a hierarchiát megalkotja.⁴⁴⁴ Marshall erős igazolást, Kelsen gyenge igazolást a bíróság által adott normakontrollnak. A demokrácia érve ugyancsak a gyenge igazolás körébe tartozik. A gyenge igazolás lényege, hogy bemutatja azt az eszközt, amelynek révén egy cél a leginkább megvalósítható. Az első változat szerzője megint Kelsen. Eszerint a demokrácia az autonómiaként felfogott szabadság megvalósítása, vagyis olyan állapot, ahol az egyének olyan normáknak kötelesek engedelmeskedni, amelyeket ő maguk alkottak vagy legalábbis egyetértésüket adták a döntéshez. A tökéletes autonómia és az egyhangú döntés utópia, ezért a többségi elvet kell elfogadni. Abban az esetben, ha a kisebbség vehetné át a többség helyét, avagy, ha a többség nem válhatna kisebbséggé, a rendszer nem működne jól, hiszen az autonómia nem érvényesülhetne.⁴⁴⁵ Ez valójában egy utilitarista érv: e felfogás szerint a demokráciában több ember lesz a maga ura, vagyis autonóm, mint a heteronóm rendszerben, mint például egy monarchiában. Ezzel a felfogással három probléma merülhet fel. Először is részleges, hiszen tisztán eljárási szabályokra utal, azaz kizárja az normakontroll területéről az alapjogokra való hivatkozást. Egy állandóvá váló többséggel szemben tehát nem nyújt

⁴⁴³ Uo. 24sk.

⁴⁴⁴ Michel Troper „The Logic of Justification of Judicial Review” 1 *International J of Constitutional L* (2003) 1, 99-121.

⁴⁴⁵ Hans Kelsen *La démocratie. Sa nature – sa valeur* [1932] Paris: Dalloz 2004.

garanciát, ha az a jogszabályokat az előírt eljárásnak megfelelően alkotja meg. Másodszor az igazolásnak nem csak arra kell kiterjednie, hogy a játékszabályokat az alkotmánykontroll révén jobban érvényesíteni lehet, hanem arra is, hogy enélkül nem is érvényesülnének. Harmadszor pedig az alkotmánykontrollt végző szervek többsége tartalmi értelemben vett kontrollt gyakorol. Míg Kelsen az autonómiára alapozta a demokrácia-felfogását, mások a népszuverenitásra hivatkoznak. Minthogy a közvetlen demokrácia nehezen valósítható meg,

Vedel érvelésének másik, az „igazságosság ágyának” intézményét felelevenítő formája valójában arra mutat rá, hogy az alkotmánykontroll nem megvalósítja, hanem korlátozza a demokráciát. Ez az érv az előzőnél annyiban jobb, hogy a „törvény az általános akarat kifejeződése” axiómához jobban illik. Eszerint: amennyiben a törvény az alkotmánnyal összhangban áll, úgy kifejezi az általános akaratot. Amikor az Alkotmánytanács ezzel ellenkező álláspontra jut, úgy ezzel azt fejezi ki, hogy a törvény nem fejezte ki az általános akaratot. A forradalom előtti királyhoz hasonlóan a szuverén – ebben esetben az alkotmányozó hatalom (a nép maga avagy képviselői) – kifejezi a valódi akaratát és az alkotmánymódosítás révén felülvizsgálhatja az Alkotmánytanács döntését. A metaforával több probléma is akad. Egyrészt az, hogy a középkori jogrendben az „igazságosság ágyának” eljárásában a parlament nem mint bírói fórum, hanem mint törvényhozó járt el, amikor megtagadta a király rendeleteinek bejegyzését. Ez azt jelentené, hogy az Alkotmánytanács törvényhozó. S másfelől, amikor a király közbelépett, hogy egy jogi problémát a parlament ellenállásával szemben oldjon meg, nem „igazságosság ágya” eljáráshoz folyamodott, hanem mint legfelső bíró, a parlamentben királyi ülészakot tartott. Ez pedig azt jelentené, hogy az alkotmányozó hatalom mint igazságos szolgáltató szerv vizsgálná fölül az alkotmányt. A következő probléma az, hogy míg az „igazságosság ágya” eljárásban a parlament nyíltan szembeszegült a szuverénként fellépő király akaratával, addig a normakontroll bírói úton történő igazolása éppen arra szolgál, hogy bizonyítsa, ez a fórum nem áll a szuverén akaratával szemben. De vajon kifejezheti-e a szuverén akaratát két intézmény? Ha a törvényhozó és az alkotmányozó hatalom ez a kettő, akkor nehéz eldönteni, hogy egyik vagy másik miért lenne felsőbb rendű, ha ugyanannak a szuverénnek a nevében döntenek; avagy el kell fogadni, hogy a szuverenitást két szinten képviselik, de ebben az esetben nehéz igazolni, hogy a szuverén a legfőbb hatalom.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ Troper „The Logic of Justification of Judicial Review” 113skk.

A következő érvelésláncban a normakontroll a demokrácia korlátozása formájában jelenik meg. Eszerint az alkotmány funkciója az, hogy a többséggel szemben érvényesítse az alapjogot, akkor is, ha ez érdekei ellen való. Az Alkotmánytanács feladata az, hogy az alapjogokat védje. Az érvelés erejét az adja, hogy magát a többségi demokrácia felfogását veti el. De ebből az is következik, hogy az elmélet nem csak szembe kell néznie a többségi elv által felvetett problémával, hanem bizonyítania kellene annak gyengeségét. Ha ugyanis a

megközelítésnek az egyik hibája az, hogy így nehezen tölthető be magának a normakontrollnak a funkciója, hiszen olyan jogokhoz kell mérni a támadott törvényt, amely az alkotmányban adott esetben nem is szerepel. A dilemma nyilvánvaló: vagy a kiterjesztett demokrácia felfogás révén az alkotmány elsődlegessége kérdőjeleződik meg, vagy az alkotmány elsődlegességének védelme érdekében magát a demokráciát kell feláldozni. Az ilyen érvelés ezért ritka; valójában akkor használható, ha az alkotmányellenes alkotmánymódosításról – például a maastrichti szerződés francia jogrendbe való bevezethetőségéről – kell döntenie a bírói fórumnak.⁴⁴⁸

Az elméletek egy újabb csoportja a demokrácia dualista felfogását próbálja meg igazolni. Az Egyesült Államokban Ackermann, Franciaországban Rosenvallon és Gauchet dolgozott ki ilyen tant. Utóbbiak nézetrendszer szerint két fajta nép között kell különbséget tenni. Az alkotmányozó nép „örök” vagy „transzcendens”, szemben az „aktuális” néppel, amely vagy közvetlenül, vagy képviselői útján fejezi ki akaratát. Ebben a konstrukcióban a normakontrollt gyakorló szerv feladata az, hogy az alkotmányozó hatalom akaratát érvényesítse. A „transzcendens” vagy „örök” nép természetesen közvetlenül nem tudja kifejezni az akaratát és képviselni sem lehet. Rousseau és Rosenvallon ezért azt mondják, hogy az Alkotmánytanács feladata nem az, hogy képviselje a szuverént vagy az alkotmányozó hatalmat, hanem az, hogy az megértesse a szuverénnel (néppel), hogy a végső szót ő mondhatja ki. Troper ugyanakkor úgy látja, hogy a szuverenitás nem valami olyasmi, ami természetes módon a néphez tartozna. A nép csak annyiban szuverén, amennyiben ezzel a hatalommal maga az alkotmány ruházta fel, amely ráadásul nem tesz különbséget a két – a „transzcendens” alkotmányozó és az aktuális – nép között. Ha lenne hierarchia, ez azt jelentené, hogy az alkotmányban

⁴⁴⁷ Uo. 115skk.

⁴⁴⁸ Uo. 117sk.

meghatározott szuverén egy másik entitástól, a „transzcendens” néptől kapja a hatalmát, végtelen regresszushoz vezetne, hiszen nem lehet tudni, hogy a „transzcendens” nép hatalma vajon honnan ered.⁴⁴⁹

Nincs olyan elmélet, amely képes lenne az összes lehetséges kritériumot – a normakontroll legitim, mert összefér a normahierarchiával, az alkotmány szövegével, a bíróság diszkrecionális jogkörével, a képviselő- és a demokrácia-elmélettel – egyszerre kielégíteni. Ez a hiba nem a jogelméleté, amely csak az alkotmányos dogmatika által

⁴⁴⁹ *Uo.* 118skk.

⁴⁵⁰ *Uo.* 120sk.

⁴⁵¹ Vö. Thomas Hobbes *Leviatán vagy az egyházi és világi állam formája és hatalma* Vámosi P. (ford.) Budapest: Kossuth 1999. 98.

is következik, hogy az alkotmány egy tény, amelynek értelmezését viszont a kölcsönös, ténylegesen létező kényszer adja, ami a másik autentikus értelmező értelmezése állít fel.⁴⁵² Arra viszont nem ad választ a neorealista elmélet, hogy ennek a legitimációnak mi a forrása, sőt azt állítja, hogy végső soron egyetlen elmélet sem képes meggyőző legitimációs elmélet kidolgozására.

A harmadik, és egyben legnehezebb probléma, hogy az a demokrácia-elmélet, s amelyet Kelsen, Ross és Troper vall. Nem az a kérdés, hogy azért demokraták, mivel az antikognitivist metaetika mellett kötelezik el magukat, vagy pedig ez az elköteleződésük kontingensen kapcsolódik metaetikai álláspontjukhoz. Tropernek igaza van abban, hogy az alkotmánykontroll és a demokrácia között nincsen szükségszerű kapcsolat; Hollandia vagy Új-Zéland jó példa erre. Troper számára a demokrácia (vagy jogállam) lényege éppenséggel a jogrend hierarchikus felépítése, ahol pedig a hierarchiát maga az autentikus értelmezési tevékenységet végző intézmény építi. Az alkotmány elsődlegességének – s így a hierarchiának – az igazolása mellett szóló érvek azonban kontingensen illeszkednek az elfoglalt metaetikai állásponthez. Az elismerési szabály elsődlegességének igazolása során ugyanis lehet úgy is érvelni, hogy elfogadjuk, az erkölcsi értékekre vonatkozó állítások igazságértékkel rendelkeznek, csak ezek az értékek nem szükségszerűen képezik a szabály tartalmát.

⁴⁵² Vö. Michel Troper „Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle” in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann* Paris: Cujas 1977. 150sk.

b) A deliberatív elmélet (D. Rousseau)

Dominique Rousseau arra bízta, hogy először is gondoljuk újra az alkotmány fogalmát.⁴⁵³ Ő a Deklaráció 16. szakaszának új értelmezését javasolja oly módon, hogy a szöveg első felére helyezzük a hangsúlyt. A szakasz a következőt mondja ki:

„Egyetlen társadalomnak sincsen alkotmánya, ha a jogokat nem védik és a hatalmi ágak elválasztása nincsen kijelölve.”

Észre kell venni, hogy a mondat első fele nem az „állam” vagy a „köztársaság” fogalmát használja, hanem a társadalomét. Ebből az következik számára, hogy az alkotmány – hiszen a Deklaráció ma már az alkotmány része – elsődlegesen az egyén és a társadalom viszonyát

⁴⁵³ Dominique Rousseau *Droit du contentieux constitutionnel* Paris: Montchrestien 7. kiad. 2006. 489-515.; Uő *La justice constitutionnelle en Europe* Paris: Montchrestien 1992. 125-156.

⁴⁵⁴ Michel Troper „L’interprétation de la Déclaration des droits. L’exemple de l’article 16” in Stéphane Rials (szerk.) „La Déclaration de 1789” *Droits* 8 (1988) 121.

akaratát, s

legitimációja pedig abból fakadt, hogy a deliberáció nyomán megalkotott törvény kifejezi az Értelmet [*la Raison*]. Ám a képviselő inkább a pártfegyelemnek megfelelően szavaz. Rousseau úgy látja, hogy ez az alkotmányos konstrukció nagyjából az I. Világháborút követően hanyatlani kezdett. Helyébe lépett a jóléti állam konstrukciója, amelynek legfontosabb szereplője a hivatalnok, aki pedig legitimációját arra vezeti vissza, hogy révén érvényesül a társadalmi igazságosság. Míg az előző felfogásban a filozófiai, utóbbiban viszont a technikai értelem tölt be legitimációs szerepet. Ám ennek a konstrukciónak véget vetett az a belátás, hogy a jóléti állam hivatalnokai inkább gátjai, mint előrelendítői a társadalmi igazságosság megvalósulásának: a bürokrácia nem hatékony, az alapjogokra veszélyforrás, elveszi az iniciatívát a civil társadalom csoportjaitól. A Bíró feladata a Rousseau-féle elgondolásban, hogy az etikai (gyakorlati vagy axiológiai) értelem nevében kritizálja a technikai (vagy instrumentális) értelmet. Ez a legitimációjának végső alapja, közvetlenül pedig az, hogy ő képviseli a civil társadalmat.

Az alkotmánybíraskodást igazoló, és a kontroll többség-ellenes jellegét tompító elméletek két fajtája között tesz Rousseau különbséget. A pozitivisták egyik csoportja – például a korábban már említett Kelsen, Eisenmann elméletei vagy a Vedel-féle „váltóőr-tan” – a procedurális felfogás mellett törnek lándzsát. „Egy törvénye alkotmányellenessége végső soron mindig az eljárás szabálytalanságára vezethető vissza.”⁴⁵⁵ Az Alkotmánytanács tiszteletben tartja a többségi akaratot, mivel mindig csak az eljárás szabályosságát nézi. Ha

⁴⁵⁵ Eisenmann *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*. 17.

pedig a törvény tartalmi értelemben vett alkotmányellenessége merül fel – ha például a törvényhozónak nem volt hatásköre egy meghatározott kérdéskörben eljárni – akkor viszont a törvényhozó, most már helyes eljárásban újra megalkothatja ugyanazt a törvényt, vagy módosíthatja az alkotmányt. A pozitivista érvelés második változata – amely ugyancsak harmonizál a többségi elvvel – az alkotmányozó hatalom – megalkotott hatalom distinkcióra épít. A kettő között hierarchikus viszony van. Az Alkotmánytanács feladata az, hogy, most már materiális értelemben is, megtiltsa a megalkotott hatalomnak, azaz a törvényhozónak, bizonyos, az alkotmányozó hatalom szándékával ellentétes törvény megalkotását. Ilyen értelemben az Alkotmánytanács tevékenysége során tiszteletben tudja tartani a népszuverenitás elvét, hiszen mindössze megtagadja azon jogszabály érvényességét, amelyet a megalkotott hatalom az alkotmányozó hatalom által felruházott hatáskörön kívül alkotott.

értünk, úgy az értelmezés művészetét – valójában jogalkotást – végző Alkotmánytanács, amennyiben politikai szerv, antidemokratikus. Állítható az is, hogy az alkotmánykontroll legitim, mivel ennek működése olyan demokrácia-meghatározást feltételez, amely azt legitimmé teszi. Valójában az alkotmánykontroll arra kényszeríti a parlamenti képviselőket, hogy a törvénytervezetek, módosító és törvényjavaslatokat úgy készítsék el, hogy az alkotmányosság kritériumát kielégítse.

Az Alkotmánytanács az „általános akarat versengő kimondásának szervezetében” [*régime d'énonciation concurrentiel de la volonté générale*] az egyik cselekvő. A törvényt ugyanis négy intézmény alkotja meg: a kormányzat (pl. törvény-előterjesztés); a Parlament (pl. szavazás); az Elnök (pl. törvényki hirdetés) és az Alkotmánytanács. Ezek az intézmények egymással versengenek; ahol a versengés tárgya – a megfelelő eljárási szabályok mentén és különféle legitimitációval – maga a törvényt szöveg – pontosabban a normajelentés – birtokolása. A kormányzat a programját törvénytervezettké alakítja át; a Parlament megvitatja ezeket a szövegeket; a Tanács pedig az alapjogi kontroll alá veszi ezt s döntést jogász érvelés keretei között hozza meg. Végül a Köztársasági elnök mindezt kihirdeti. Vagyis mindegyik intézmény a maga módján hozzátesz az általános akarat formálásához. Az Alkotmány 62. cikkelye értelmében az Alkotmánytanács döntései kötelezőek „minden közhatalomra [*pouvoir public*] és minden közigazgatási és bírósági szervre”. A kérdés most már az, hogy miként korlátozza a fenti intézményrendszer az Alkotmánytanácsot. Rousseau e tekintetben igen közel áll Troperhez. Elméletileg teljesen szabad az Alkotmánytanács, a valóságban azonban számtalan kényszer korlátozza, méghozzá a versengésben részt vevő többi intézmény értelmezése révén.

A Parlament ugyanis a vita során már kialakítja a saját törvény- és alkotmányértelmezését, a jogászprofesszorok – vagyis a doktrína – álláspontjaik révén ugyancsak meghatározzák a jelentéseket; a támadott törvény ellen egyesületek és újságírók lépnek fel a maguk értelmezésével. S van még egy kényszer, ez pedig magának az Alkotmánytanácsnak a saját joggyakorlata. Ahhoz ugyanis hogy kötelező lehessen a döntés, a joggyakorlatnak koherensnek kell lennie. Rousseau példaként az Alkotmánytanács bioetikáról (mesterséges megtermékenyítésről) szóló határozatát említi,⁴⁵⁶ ahol megszületett az emberi méltóság elve. Látszólag arról van szó, hogy az Alkotmánytanács diszkrecionális

⁴⁵⁶ CC. 94-343-344 D.C. 27 juillet in Louis Favoreu – Loïc Philip *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* Paris: Dalloz 13. kiad. 2005. 775-792.

demokrácia-felfogásban az Alkotmánytanács feladata az, hogy a nép (civil társadalom) tükre legyen, hiszen az alkotmány az egyéni jogok garanciája. Az Alkotmánybírászkodás láthatóvá teszi azt, amit a képviseleti rendszer megkísérel elrejteni.

C. Az alkotmányértelmezés mint dialógus

Mint láttuk mindkét tan valamilyen módon az elismerési szabály „karbantartásának” dialogikus modelljét vázolja fel, ami a diffúz és centralizált alkotmánykontroll között elhelyezkedő intézményrendszerben nem is annyira meglepő. A dialógusnak ugyanakkor van egy még konkrétabb megjelenési formája is. Ennek bemutatásakor induljunk ki el abból az empirikus megállapításból, hogy az elismerési szabály értelmezésének ott alakul ki a legcizelláltabb értelmezési rendszere, ahol ennek a szabálynak tekintélye van.

A tekintély egyik indikátora az, hogy magának a szabálynak a többi elsődleges és másodlagos szabályhoz képest megkülönböztetett helye vagy a jogrendszerben. Mint említettük, az alkotmány különleges helyzetét, vagyis azt, hogy normaként fogják fel és, hogy a jogi hierarchia legtetején helyezkedik el, a francia doktrína nem mindig fogadta el. De még a III. Köztársaságban is volt olyan alkotmányos törvény, amely a módosíthatatlanság érvén kiemelt egy bizonyos, a köztársasági államforma megváltoztatásának tilalmát kihirdető alkotmányos törvényt a többi közül, így voltaképpen hierarchikus viszonyt alakított ki. Az alkotmány elsődlegességének garanciája ilyenformán a módosítás megnehezítésével képzelhető el. Minél inkább módosíthatatlan, vagyis merev az alkotmány, annál inkább állandó a normatartalom, így ebből az következik, hogy összetett az arra vonatkozó értelmezési szabályok rendszere. Az értelmezési kánonok listája ilyenkor igen hosszú. Ha viszont hajlékony az alkotmány, állandóan változik a normatartalom és nincs annyira szükség ilyen, a másodlagos szabályok értelmezésére vonatkozó értelmező szabályokra. Mint láttuk a

Code civil esetében, ezeket a szabályokat végül a doktrína alakította ki, hiszen – a 4. szakasz értelmében – a bírónak minden esetben döntenie kellett, a törvényhozóhoz tehát nem fordulhatott. A dogmatika – exegetikus iskola követői szerint – feladata, hogy kidolgozza a felmerülő jogesetekre vonatkozó megoldásokat.

A francia alkotmányok azonban, szemben a polgári törvénykönyvvel, soha sem voltak merevek. A kérdés rendszerint ezért nem is az „utolsó szó jogával”, hanem a szerző (vagyis az alkotmányozó és a törvényhozó hatalom), valamint a jogszabály (az alkotmány és a törvény) közötti lehetséges különbséggel összefüggésben merült fel. A tökéletesen merev alkotmány esetében alkotmánybíráskodás mindenestre illegitim, hiszen így az utolsó szó

szakaszra vonatkozó

részleges alkotmányrevízió lehet. A kérdés tehát az inkább, hogy vajon az alkotmányozó hatalom felöleli-e a revíziónak ezt a formáját, vagy inkább ez egy olyan hatáskör, amit nem maga az alkotmányozó hatalom, hanem az abból levezetett alkotmányozó hatalom végezhet el. Ez pedig a Kongresszus, amely az alkotmánymódosítást lebonyolító intézmény pedig mindössze az összetétel és a szavazati arány tekintetében különbözik a parlamenttől. Miként Troper érveléséből is kitűnik, az ilyen típusú alkotmányozórevízió vagy -értelmezés demokratikus jellege attól függ, hogy a többségi elvnek milyen értelmezést adunk, vagyis, ha jó érvek szólnak amellett, hogy a nagyobb többség igazságosabb szabályt alkot, mint az egyszerű többség. S bizonyos szakaszok módosíthatatlanok, vagyis az alkotmányozó hatalom nem is válaszolhat a revízió segítségével. A módosíthatatlan szakaszok egyike a republikánus államformát védi, a másik, inkább vitatható értelmezéssel, a Deklaráció „eltörölhetetlen” szabadságjogairól szóló cikkelye. Vedel tisztában volt ezzel a problémával, s ezért vezette be legalábbis elméletileg lehetséges megoldásként a „kettős revízió” fogalmát. Az 1946. évi alkotmány 95. szakaszát elemezve – „kormányzat republikánus államformája nem lehet alkotmánymódosításra vonatkozó javaslat tárgya” – azt állítja, hogy a kettős revízió során először a szakasz módosíthatatlanságra vonatkozó részét kell módosítani, majd pedig megváltoztatható a republikánus államforma is. A helyzet pikantériája, hogy ugyanezt az érvet használták a „nemzeti forradalom” idején is, igaz, akkor a módosíthatatlanságot „csak” a III. Köztársaság alkotmányos törvényei mondták ki (1884. augusztus 14-i törvény).⁴⁵⁷ Ennek a technikának a legismertebb kritikáját Ross adta. Őszerinte azonban a saját magára referáló

⁴⁵⁷ Georges Vedel *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* [1949] Paris: Dalloz 2002. 117.

szabályok esetében ez a lehetőség, vagyis a revízió revíziója logikailag kizárt.⁴⁵⁸ Az érvelés szempontjából teljesen mindegy, hogy a módosíthatatlanságot egy vagy több szabály konstruálja, ám az viszont korántsem lényegtelen, hogy ezek az alkotmány szabályai, azaz ugyanazon a szinten helyezkednek el. Ha az alkotmányozó hatalom közbelép, akkor az alkotmánymódosítás jogi alapja értelemszerűen az alkotmány módosítására vonatkozó szabály lesz. Ám a cél pontosan ennek a szabálynak az eltörlése lesz: a módosítás módosításának jogi alapja tehát a módosítást meghatározó norma. Ha ezt eltörlik, akkor az előbbinek viszont nincsen jogi alapja.

⁴⁵⁸ Claude Klein *Théorie et pratique du pouvoir constituant* Paris: PUF 1996. 123-131.

⁴⁵⁹ Georges Vedel „Souveraineté et supraconstitutionnalité” *67 Pouvoirs* (1993) 89sk.

⁴⁶⁰ Pierre Pactet - F. Mélin-Soucramanien *Droit constitutionnel* Paris: Sirey 25. kiad. 2006. 72.

⁴⁶¹ Pl. Mauric Hauriou *Précis de droit constitutionnel* Paris: Sirey 2. kiad. 1929. 269skk.

⁴⁶² CC 92-308 DC, 9 avril 1992, Maastricht I, Rec. 55.; CC 92-312 DC, 2 septembre 1992, Maastricht II, Rec.

kialakuló törvény

egyre inkább az alkotmányosság felé halad. Ezért általában az Alkotmánytanács felteszi az összes lehetséges alkotmányos kérdést. Nem csak a szóban forgó rendelkezését, hanem rendszerint a teljes szöveget értelmezi. Így az Alkotmánytanács a támadott rendelkezéshez fűzött indokolás alkotmányellenes motívumait kicserélheti, s kiterjesztheti az értelmezési hatáskörét a törvény nem támadott rendelkezéseire is. Felhívhatja a figyelmét a törvényhozónak arra, hogy a támadott rendelkezés alapjául szolgáló tényeket rosszul ismerte fel, vagy, hogy a törvénynek valójában nem az a tartalma, amit a törvényhozó gondol. Megteheti, hogy azért helyezze hatályon kívül a rendelkezést, mert az új norma nem rendelkezik azokkal az alkotmányos garanciákkal, amelyek a korábbi jogszabálynál még megvoltak. De a legjobb példa a dialógusra, amikor az Alkotmánytanács kétszer „beszélget” a törvényhozóval (ami a sarkalatos törvények esetében kötelező), s az első forduló után direktívákat fogalmaz arra vonatkozóan, hogy a rendelkezés milyen értelmezés mellett vagy változtatásokkal lesz alkotmányos.⁴⁶⁴

De egy dolgot mindezek ellenére nem tehet meg az Alkotmánytanács. Nevezetesen azt, hogy a dialógus helyett monológot folytasson. Értelmezési jogkörének korlátját a dialógus létezése képezi.

⁴⁶³ Guillaume Drago *Continentieux constitutionnel français* Paris: PUF 1998. 270.

⁴⁶⁴ Vö. *uo.* IV. fej.

alakítja át a
„perverz jog” által felvetett jogbölcseleti dilemmát. Az igazságosság problémáját mindketten

⁴⁶⁵ Idézi Guillaume Vannier *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman* Paris: PUF 2001.169. 2.jp.

csak áttételesen érintik, Lochak ugyanis a kritikai attitűdöt hiányolja, Troper pedig az antikognitivist metaetika álláspontját a pozitivista tudomány-koncepció elfogadásával köti össze.

A „jogi pozitivizmus” viszont önmagában nem jogbölcseleti probléma, a jogfilozófia alapkérdéseire adott pozitivista válaszok pedig nem kielégítőek. Az angol-amerikai elméletek előnye, hogy úgy képesek az igazságtalan törvények problémáját megtárgyalni, hogy eközben nem feltétlenül helyezkednek az antikognitivist metaetika álláspontjára. S ez igaz az angol-amerikai antipozitivizmusra is, amely pedig képes túllépni a kritikai funkción, ahol viszont a francia antipozitivisták sokszor megragadnak. A Lochak–Troper vita a kontinensről nézve ugyanakkor mindenképpen tanulságos, mivel megmutatja, hogy a jogról többféle diskurzus is folytatható, s hogy a „jogtudománynak” nevezett diskurzus nem feltétlenül tudományos.

A francia alkotmányos dogmatika és az elismerési szabály értelmezésével összefüggésben kidolgozott tanok elemzésekor azt vehetjük észre, hogy ebben a jogi kultúrában alkotó szerzők nem hajlandóak az alkotmányra vagy a polgári törvénykönyvre úgy tekinteni, mint egy sajátos társadalmi gyakorlatra vagy az annak kereteit meghatározó intézményrendszerre. Az alkotmányjogi dogmatika az alkotmány szövegéhez kötődik erősen, a magánjogi pedig a kódexéhez. A jog mint társadalmi gyakorlat tehát legfeljebb a szociológiai elméletek kutatásának lehet a tárgya, a jogtudományénak nem, ami pedig a *law in books–law in action* szerencsétlen szembeállítását tükrözi. Pedig az „igazságosság ágya” egy társadalmi-politikai rituáléból nőtte ki magát alkotmányos intézménnyé. Az „alkotmányozó hatalom” fogalma a lehető legintenzívebb társadalmi gyakorlathoz, vagyis a forradalomhoz kötődik. S a sort még lehetne folytatni tovább annak igazolására, hogy a francia jogtudósok túlnyomó többsége helytelenül tekint úgy a jogra, mint egy darab papírra vetett vagy egy könyvbe zárt parancsra.

Ezzel együtt a másik idevágó, s valójában ma már a világ jogrendszereinek nagy részét érintő kérdés az, hogy amennyiben az elismerési szabály egy írott dokumentum, úgy ennek értelmezése vajon miért kell, hogy egy bíróság kezébe kerüljön. (Az alkotmánybíráskodás ma már a *common law* jogcsaládhoz tartozó jogrendszerekben is igen vitatott.) Az is vitatott, hogy ha már oda került ehhez az intézményhez, akkor ez a tény miként egyeztethető össze a

egyenlő módon lesz kötelező. A legtöbb jogtudós számára elfogadhatatlan, hogy a törvény előtti egyenlőség (pl. az általános választójog és a jogalkalmazásban biztosított egyenlőség)

mellett a törvény általi egyenlőség biztosítására vonatkozó javaslatok – a jogdogmatikai diskurzuson túl – a jogtudományi kutatás tárgyát is képezzék. Ezeket a javaslatokat az alkotmányozó hatalom a politikai – nem pedig a „tudományos” – vita konklúziójaként illesztette be a jogrendbe. A forradalom óta rögzült dogmatika szerint az egyenlőség szemszögéből nézve indifferens az egyén neme, származása, vallási meggyőződése, ami pedig korolláriuma a republikánus egységfelfogásnak. Ez az alapvetően meggyőző, s a nemzet politikai felfogásához jól illeszkedő dogma viszont igen nehezen egyeztethető össze a preferenciális bánásmód, a kisebbségi nyelvhasználat vagy a laicitás elvének (a hívőkre nézve nem méltánytalan) érvényesítésével.

Az objektív tudomány mítoszával elégedetlen, erős szociológiai kötődéssel rendelkező francia kritikai jogbölcselet pontosan ezt az elvet vette célba. A deklarált jog ugyanis nem azonos az érvényesülő jog. Az egyenlőség formális elvéből normatív értelemben következett volna a materiális egyenlőség is, holott a valóság az, hogy az utóbbi nem érvényesült és most sem érvényesül. Ezért érezzük úgy, hogy a francia jog- és politikai filozófia történetének fő állomásait a konfliktus-, s nem pedig a konszenzus-elméletek jelentik. Ennek történeti háttere is van. Míg az angol „dicsőséges” forradalom eredménye a *gentlemen's agreement* elfogadása volt, az amerikai alkotmánytörténetnek pedig legfeljebb csak áttételesen kellett számot vetnie a középkor örökségével és a szociális feszültségekkel, addig a francia forradalom „harmadik rend”-tana eleve egy kisebbségnek a nemzetfogalomból történő kirekesztésére, a „barát-ellenség” megkülönböztetésére épült. A három rend közötti elsődleges különbség ráadásul gazdasági természetű volt, hiszen a szám szerinti kisebbséget jelentő másik két rend tagjai privilégiumokkal rendelkeztek. Az általános akarat formálódását alakító többség – megint csak a Rousseau-i hagyománynak megfelelően – mindig a kisebbség szemére vetheti, hogy téved, hiszen kisebbségben maradt.⁴⁶⁶

Konfliktussal terhelt a francia jogrend alapját képező értékrendszer is. Az értékrendszer jogi kifejeződéseire, vagyis az alapjogokra a francia jogászok igen sokáig úgy tekintettek, mint politikai küzdelemben megvalósítandó programokra. Mindebből

⁴⁶⁶ Az alkotmányjogi tankönyvekből ismert idézet ezt igen pregnánsan fejezi ki: „Önöknek jogi értelemben nincsen igazuk, mivel politikai értelemben kisebbségben vannak.”

elve állt.⁴⁶⁸ Úgy gondolta, hogy a jogdogmatika sem működhet értékítéletek megtétele nélkül.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ Vannier *Argumentation et droit*. 159sk. A korábban már elemzett „Préface”-ban Duguit és Kelsen ugyanis azt állították, hogy ők a kellően megalapozott jogelmélettel – vagyis tudománnyal – foglalkoznak, és a vizsgálódásukból kizárják a filozófiát, vagyis az igazságosság spekulatív elemzését.

⁴⁶⁸ Chaïm Perelman *Ethique et droit* Bruxelles: Éd. l'Université de Bruxelles 1990. I. fej., 25-31.

⁴⁶⁹ *Uo.* 500.

A francia jogfilozófusokkal ellentétben Perelman nem a konfliktust, hanem a Descartes és a kartéziánus filozófia számára képtelenségnek tűnő nézeteltérést [*désaccord*] állította a filozófiai érdeklődés középpontjába. A karteizianizmus „szelleme” „egyedülálló és tökéletes, nem kezdeményez és nincsen alakja, nem nevel, és hagyomány nélküli.”⁴⁷⁰ Perelman az értelem és akarat szembeállításának problémáját tehát úgy oldotta meg, hogy az előbbit ésszerűséggé [*raisonnabilité*] gyengítette, az utóbbit pedig a tekintély [*autorité*] fogalmával helyettesítette. Ez jól illeszkedik az akaratot és értelmet szembeállító francia jogbölcseleti hagyományba is.⁴⁷¹ Az egyetemes hallgatóság eszméje ugyan tényellentétes záróköve elméletének, a korábbi logikai pozitívista felfogása továbbél abban, hogy retorikája viszont ezer szállal kötődik a valósághoz: a valóság struktúráját [*structure du réel*] követő érvek készlete szerinte a szociológiai módszerek segítségével azonosítható. Maga Perelman egyébként a nyelvészeti pragmatikához állt inkább közel, s a strukturalista irányzattal csak érintőleges volt a kapcsolata.⁴⁷²

Perelman – hasonlóan Dworkinhoz – anélkül dolgozott ki antipozitívista érvelést, hogy a természetjog mellett kötelezte volna el magát.⁴⁷³ (Ezt a tényt Villey keserű csalódásként élt meg.⁴⁷⁴) Helyesen ismerte fel igen korán, hogy Comte nem volt pozitívista, de talán tévedett abban, hogy Hume lenne a valódi ellenség.⁴⁷⁵ Az értékek irracionális jellegének hirdetése nem Hume-ra volt jellemző, hanem mindmáig a mértékadó, antikognitívista metaetikát valló francia jogi pozitívista doktrínákra. Perelman antipozitívizmusának egy másik jegye volt az elvek jogrendben betöltött szerepének hangsúlyozása is. A természetjogászokkal szemben

⁴⁷⁰ Perelman szavait idézi Vannier *Argumentation et droit*. 4.

⁴⁷¹ Frydman *Le sens des lois*. 18skk.

⁴⁷² Vannier *Argumentation et droit*. 93sk.

⁴⁷³ *Uo.* 160skk.

⁴⁷⁴ *Uo.*

⁴⁷⁵ *Uo.* 22-28, kül. 22. és 26. Hume és a cicerói prudencia viszonyáról ld. Joel C. Einsheimer *Eighteen-Century Hermeneutics. Philosophy of Interpretation from Locke to Burke*. New Haven & London: Yale University Press 1993. „Hume on Others” c. fejezetet (103-134) kül. 133sk.

től sem,⁴⁷⁹ de lényeges különbség, hogy Perelmannál az értelmezési szabályok valójában csak toposzok a jogi érvelésben.

Egy jogrend elismerési szabálya azonban nyilvánvalóan különbözik a vallási szövegektől. Egyrészt az utóbbiak nem változtathatóak meg egy alkotmányozó hatalom révén, legfeljebb csak jogértelmezés útján. Másrészt egy vallás esetében sem a szerző, sem pedig az

⁴⁷⁶ Perelman *Ethique et droit*. I. fejr., 19.

⁴⁷⁷ Uo. 20.

⁴⁷⁸ Chaïm Perelman „Egyetértés hiánya és a döntések racionalitása” in Varga Csaba (ford.) in Varga Csaba (szerk.) *A jogi gondolkodás paradigmái. Szövegek* Budapest: Osiris 2003. 17–23., 19.

⁴⁷⁹ Frydman *Le sens des lois*. 632sk.

értelmező autoritását nem kell speciális módon igazolni. A jogfilozófiának viszont éppen ez az egyik alapproblémája. Harmadrészt a vallási szöveg értelmezése nem tisztán intellektuális tevékenység (a katolikus hagyomány szerint a *ratio* mellett ott van a *fides*), a jogi szöveg jelentését viszont „hit nélkül” kell megállapítani. Az egyetértés hiánya ezért nem jelenti egy jogvitában azt szükségszerűen, hogy bármelyik vitázó ésszerűtlen lenne.

A nézeteltérés a filozófiai alapprobléma. A jogfilozófiában és a jogdogmatikában tárgyalt „nehéz” jogi kérdésekre így több erkölcsileg elfogadható válasz is kidolgozható. A gyakorlati diszciplínák – a jog, az erkölcs, a vallás erkölcs – művelői tehát el kell, hogy fogadják a helyes válaszok pluralizmusának tényét.⁴⁸⁰ A retorika képes arra, hogy a több helyes válaszhoz elvezető érvelések meggyőző erejét megvilágítsa, de önmagában képtelen igazolni, hogy ezek közül a válaszok közül miért kell egy meghatározott eljárással az egyiket vagy a másikat kiválasztani. E felfogás inkább a „relativista önkorlátozás” mellett elköteleződő Radbruch, mintsem az „egyetlen helyes válasz” tanát valló Dworkin felé sodorja Perelman.

A francia rendszer azon sajátossága, hogy a döntések indokolása során nem hozzák nyilvánosságra sem a párhuzamos, sem pedig a különvéleményeket, megtévesztő, mert a döntések ezekben az esetekben is csak a többség álláspontját tükrözik. A retorika tehát nem szolgáltat érveket sem a többségi, sem pedig az egyhangúságot megkövetelő döntéshozatal mellett, s nem ad választ a jogerő kérdésére sem. Mindez a politikai filozófia feladata, amelyik igazolja az éppen aktuális helyes válasz kiválasztásának eljárását. Néha az eljárás maga fontosabb lehet, mint maga a vita. Perelman idéz például egy esetet, amelynek tényállása hasonló volt a fentihez, azzal a lényeges különbséggel, hogy Isten később mégiscsak azt mondta, hogy a kisebbségi álláspontot képviselő rabbinak van igaza. De a rabbik közössége ekkor már nem hallgatható rá, hiszen ezt a beavatkozást kizárta a jog.

⁴⁸⁰ Perelman „Egyetértés hiánya és a döntések racionalitása” 20skk.

legrosszabb megoldást a felvilágosodás szerzői választották, akik amellet próbáltak érvelni, hogy a – szerintük természetjogi – elvek kötelezőek, mivel azokat az általános akarat fejezi ki. Ez a felfogás az imperatív elmélet legrosszabb felfogását elegyíti a természetjog-tan legtarthatatlanabb változatával. A jelenlegi francia jogrend elismerési szabályába tartozó elvek listája nyílt, így ebben az esetben nyilvánvaló, hogy maga az elismerési szabály képtelen arra,

⁴⁸¹ Perelman szavait idézi Vannier *Argumentation et droit*. 37sk.

⁴⁸² *Uo.* 166skk.

hogy kijelölje a jogrendszerhez tartozó elveket. A francia példa arra mutat rá, hogy Dworkin *Model of Rules* tanulmányában megfogalmazott elismerési szabály kritika nem teljesen alaptalan.

Ha igaz, hogy az elismerési szabályt autentikusan mindig egy retorikai szituációban értelmezik, akkor ebben az esetben az alkotmánykontrollt végző szerv vagy szervek töltik be a szónoki funkciót. A közvetlen hallgatóság nyilvánvalóan a politikai intézményrendszer többi szereplője lesz, az egyetemes hallgatóság pedig maga az alkotmányozó hatalom: a „nép”. Pierre Rosenvallon Perelmanéhoz hasonló elmélete a „nép” három fogalma között tesz különbséget: a „választó nép” [*peuple-électoral*], a „társadalmi nép” [*peuple-social*] és az „elv-nép” [*peuple-principe*], ahol a legelső a választópolgárokat jelenti, a második a civil társadalmat a harmadik pedig az egyenlőség elvét.⁴⁸³ Az egyetemes hallgatóság ebben az esetben nyilván a második és a harmadik értelemben vett „nép” lesz, nem pedig az első.

A perelmani konstrukció helyes működésének elengedhetetlen feltétele először is az, hogy a szónok ismerje a hallgatóságot, és hogy a hallgatóság a megértés szándékával forduljon a szónok felé.⁴⁸⁴ A folyamatban a jogászi érvelés kitüntetett szerepet játszik, hiszen a szónok és a partikuláris hallgatóságot összekötő kapocs maga az alkotmányos hagyományon alapuló társadalmi gyakorlat, vagyis a közös alkotmányos dogmatika fogalmait felhasználó jogászi érvelések sorozata. A megértés nem jelent passzivitást, mivel a hallgatóság nemcsak a tanítvány szerepét játssza el, hanem ítélik is.⁴⁸⁵ Az adott alkotmányos szituációban a közvetlen hallgatóság az egyetemes hallgatóság igényével léphet fel, amennyiben a szónok érveire adott válaszként, alkotmányozó hatalomként megváltoztatja magát az alkotmányt. Az alkotmánybíráskodást végző szerv tehát csak

⁴⁸³ Vö. Pierre Rosenvallon *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité* Paris: Seuil 2008.

⁴⁸⁴ Chaïm Perelman *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* Paris: Dalloz 1979. 53., 108sk.

⁴⁸⁵ Chaïm Perelman *Traité de l'argumentation* [1958] Bruxelles: Éd. de l'Université de Bruxelles 1998. 80.

vagy – mint Dworkinnál – az „integritás” vagy Herkules.⁴⁸⁸ Az egyetemes hallgatóság tanának az az előnye, hogy nem monológra, hanem a dialógusra (dialektikára⁴⁸⁹) és többszólamúságra épít, s hogy nem a „tiszta” észre és a „korlátozhatatlan” akaratra, hanem az ésszerűségre és az autoritásra hivatkozik. Amellett, hogy megalapozza az erkölcsi vagy jogi okfejtést, a közvetlen

⁴⁸⁶ Vö. Marie-Laure Mathieu-Izorche *Le raisonnement juridique. Initiation à la logique et à l'argumentation* Paris: PUF 2001. 370skk., 366skk.

⁴⁸⁷ Perelman *Traité de l'argumentation*. 41.

⁴⁸⁸ Perelman „egyetemes hallgatóság” fogalma nyilvánvalóan nem független a filozófiai hagyománytól. Ennek funkciója az, hogy megalapozza az érvelés racionális feltételeit, ilyen értelemben a gondolat Kanthoz igen közel áll. Vannier *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*. 83sk. A szintén kantianus Rawls-szal szemben Perelman azt hangsúlyozza, hogy az igazságosság mindig történetileg szituált. *Uo.* 158.

⁴⁸⁹ Vö. *uo.* 143skk.

hallgatóság irányában kritikai funkciót is elláthat, ha „nehéz esetről” van szó.⁴⁹⁰ Sőt megengedi, hogy a szónok és közvetlen hallgatósága közötti kapcsolat kialakítása során játékba jöhessenek olyan nem teljesen racionális elemek is, mint például a pátosz. A francia forradalom során és a későbbi alkotmányozás során a pátosz fontos – ha a forradalmat követő terrort nézzük, eltúlzott – szerepet játszott, sok esetben az ethosz szinonimája lett. A perelmani elmélet ezeket a fogalmakat rehabilitálja: az erkölcsi kérdésekben a szónok képes ésszerű érvek kifejtésére (ezt követeli meg az egyetemes hallgatóság mint dialógus-partner), ám ezek – a konkrét hallgatóságra tekintettel – pátosszal keveredhetnek, hogy az érvelés hatékony lehessen. Ha egy jogalkalmazói aktusra vetítjük a retorikai szituációt, akkor elmondható, hogy a döntést szociológiai szempontból nézve ugyan kauzális viszonyok határozzák meg, ám a jogelméleti nézőpontból azt látjuk, hogy az alkalmazandó jogszabály a döntés igazolásának szerepét tölti be.⁴⁹¹ A jogértelmezés ilyen értelemben egy speciális, sajátos érvkészlettel rendelkező jogi topika. A bíró feladata, hogy megkeresse a probléma természetének megfelelő helyes megoldást.⁴⁹² A demokratikus jogrend keretei között – miként azt a francia Polgári Törvénykönyv 4–5. szakaszai is előírják – pedig a döntést ésszerűen meg is kell indokolni, s ez az indokolási kötelezettség az, ami a bírói értelmezés szabadságának határt szab.⁴⁹³

Az egyetemes hallgatóság vagy más, egy adott jogrendszer szellemén túllépő konstrukció feltételezése nélkül a normatív-univerzális filozófiai (jogi, erkölcsi, politikai

⁴⁹⁰ Uo. 88sk.

⁴⁹¹ Vö. Chaïm Perelman „La justification des normes” in *Human Sciences and the Problem of Values / Les sciences sociales et le problème des valeurs* The Hague/La Haye: 1971. 47-54.

⁴⁹² Perelman *Logique juridique*. 82.

⁴⁹³ Vannier *Argumentation et droit*. 154skk.

Summary

Since fairly long, lawyers, students and scholars coming from different legal cultures have known Hart almost by heart. Also the perplexities at the beginning of his *The Concept of Law* have become commonplaces: 'How does law differ from and how it is related to orders backed by threats? How does legal obligation differ from, and how is it related to, moral obligation? What are rules and to what extent is law an affair of rules?'

I am going to argue that these questions arising from his 'perplexities' may be considered as 'general problems of legal philosophy'. It would be, without doubt, somewhat far-fetched to say that these are the general problems of legal philosophy. My claim here is more modest and necessarily abstract, which may account for the title. I shall merely plead for the feasibility of legal philosophy, adding that Hart's 'perplexities' can be conceived of as its 'basic' questions. I hope to provide logical arguments while trying to avoid contingent historical and/or sociological explanations. Such arguments are indeed necessary since authors often elaborate lists of basic questions of legal philosophy without justifying the list.

Any serious theoretical attempt in the field of social philosophy, which seeks to understand the 'point' of any regulation of human behaviour in a given society has to face the following problems. On the one hand, a normative system is intrinsically connected to a given political community with its particular culture and history. On the other hand, a social philosophy must be an abstract and general approach to the normative systems or else it cannot be called 'philosophy'. Even if the meaning of 'social' and 'practical' is still in question, no one has seriously questioned that legal philosophy has certain features in common with social (or practical) philosophy.

By virtue of the 'abstractness' and 'generality' of legal philosophy, its basic problems have to be treated independently of the content of a given legal system. 'Independence' requires the scholar to analyse not positive law but the 'spirit' of the legal system. The pursuit of legal philosophy is feasible only if legal philosophers formulate questions that are sufficiently 'basic' and capable of being 'transposed' to other legal cultures, and if by answering these one can understand the 'spirit' of the other legal system as well. 'Spirit' is something less than the 'essence', but more than the 'content' of the law. Usually, it has a political character, and is shaped by contingent factual circumstances and crystallised from the social practice and institutional framework of a given legal system. Nonetheless, 'spirit' is something that needs to be elaborated in a formal and abstract way.

*the same in the case
of every individual, one can reformulate it by using general patterns. In order to justify that general*

principles of justice are empirically well-founded, Duguit simply claims that the authors of the best theories of justice, like Aristotle and Thomas Aquinas, were sociologists. What counts for our purpose, however, is the very fact that Duguit's argument for empiricism is clearly 'philosophical'. It goes without saying that he pays a considerable price with the argument of 'Aristotle and Thomas Aquinas were sociologists' when he tries to avoid metaphysics in this highly superficial way. In fact, it would have been more adequate and less controversial to accept that the notion of solidarity implies normative – not empirical – research in the field of legal theory (or philosophy).

For our present purpose, it suffices to see that even 'positivist' and/or empirical legal theory implies philosophical argumentation. In this sense, 'philosophical' simply means that the research is not purely empirical. And, on the other hand, if it is feasible, it is not necessarily counterfactual either. I shall not analyse the second option here, for now I am going to focus on Hart who did not use this theoretical 'trump'.

It seems that Hart's famous perplexities have an overlapping area, namely, the problem of normativity. His major contribution to legal philosophy consisted in finding a middle way between empiricism and idealism with regard to the problem of normativity and his theoretical path was justified in a philosophical way. When speaking of 'perplexities', he seems to be using the methodological tools of ordinary language philosophy. Yet he is not satisfied with a possible conclusion which would state that the task of legal philosophy is to 'clarify' or 'correct' the ordinary language of lawyers.

I am far from saying that this is unproblematic. Kelsen would separate the 'ordinary' discourse of lawyers from the language of legal science, separating 'what the law should be' (lawyers' 'impure' discourse) from 'what the law is' ('pure' discourse on lawyers' 'impure' discourse). This is one reason why Kelsen could not come to the problem of normativity through linguistic analysis. Duguit would say, following Comte, that legal discourse has no meaning, since in this discourse 'meaningless' metaphysical concepts are used. However, if the normative discourse is 'pointless' or 'meaningless', the problem of normativity is necessarily excluded from scholarly research on law. Hart's argument against Scandinavian realists can be used, mutatis mutandis, against Duguit as well.

Hart's first problem ('How does law differ from and how it is related to orders backed by threats?') can be interpreted to raise the question of whether the 'vagueness' or 'open texture' of ordinary and legal language calls for 'philosophical' arguments or not. Perhaps 'vagueness' implies

There is an obvious reply to the above mentioned kind of criticism: a purely contextualist reading may backfire, as it cannot justify for what reason it and it alone is not a product of its socio-economic

context. And even if there are such reasons, it cannot be shown that these are not products of their socio-cultural context...

It seems clear on the other hand that the opposite, i.e. a 'pure' analytical legal theory, is impossible, too. Even in its purest form, it reflects to a certain extent at least the prejudices of its author. Complete 'generality' can never be obtained. Even within the common law family, one can observe different institutional frameworks: 'constitutionalism' or 'Rule of Law' can be justified in various ways in different common law systems with a rigid written constitution (USA), with no written constitution (UK), or with a written but more or less flexible constitution (Canada). In France, a scholar who has been trained in the field of (uncodified) administrative law necessarily has a different attitude towards codification than a civilist who, at least in some respects, regards the two hundred years old Code as the 'holy scriptures'. A moderate Cartesianism is still plausible: the observer should always take a critical self-reflective position in terms of his or her own scholarly enterprise.

On the basis of the above arguments, it seems feasible to write an essay with Hart's 'persistent questions' as the theoretical framework, with the content consisting of 'would-be answers' of French legal philosophers.

One of the 'persistent questions' concerns the difference between the brigand's and the legislator's commands. I do not claim that the following is the only way to 'translate' this question and to put it into a French context. It is nevertheless possible to discuss the problem this way without seriously misinterpreting either Hart or the French legal culture.

For Hart and other English-speaking theorists, the 'gunman' is nothing but a methodological construction (or analytical tool), since these political communities (UK, USA, Canada, New Zealand, etc.) have never really experienced a 'brigand-state under the rule of gunmen', namely, a totalitarian and/or authoritarian regime. The case was, however, different on the Continent. The Vichy government (1940–1942) in France may be seen as a regime governed by a group of brigands. Even though their coup d'Etat was justified by certain of the relevant French constitutional theories, they were brigands as their commands were obviously and – to use Gustav Radbruch's terminology – intolerably unjust. One of the questions for a legal philosopher is related to the positivist attitude of the professors of that time: does legal positivism mean that a professor, like Maurice Duverger, is

citizens'
prejudices, and in this way, the judges being at the same time citizens, they might lose their prejudices,
*too. With this argument in mind, it does not really matter whether the term *loior droit* was used by*
Montesquieu. Reading the chapter on the British legal system in that way, one is compelled to interpret

it as normative political philosophy or utopia hidden in a descriptive sociological text. In this sense, Montesquieu's claim was that in an enlightened society – and the Britons were certainly closer to this than feudal France – the judicial power should not be a power at all. The question of whether it is a plausible claim or not is still discussed by legal philosophers of both legal cultures.

Be this as it may, 'open texture' has not been perceived as a problem in France for long, neither in public nor in private law. As for the interpretation of the written rule of recognition, it was not so much about the meaning of the rule, as about its extension and place within the legal system.

*In the Third Republic, the question was whether a bunch of statutes could be considered as the constitution. This was the 'longest Republic' until now and – regarding their structures and institutional operations – the British and French legal systems were very similar during this period. The rule of recognition or the *ultima ratio* of the validity of legal rules was in both cases the principle of parliamentary sovereignty. This institutional framework was termed 'legal state' (*l'Etat légal*) by Carré de Malberg. In this context, his criticism of the pyramidal structure of law as developed by Merkl and Kelsen questioned the 'generality' and 'abstractness' of legal philosophy. Carré de Malberg argued that the *Stufenbaulehre* cannot be right, since in the absence of a constitution the normative structure of the Third Republic does not fit into this theory at all. The only basic (and 'unwritten') norm is the provision to respect the will of the majority. If the pure theory cannot be applied to the French system, then it is a wrong theory. Otto Pfersmann rejects Carré de Malberg's argument and writes that a particular social practice (the one which existed during the Third Republic) cannot invalidate an abstract theoretical construction, like the one elaborated by Merkl and Kelsen.*

By the time historical circumstances gave birth to substantive constitutional adjudication in the Fifth Republic, in 1971, interpretive attitudes towards the rule of recognition had been well established in French legal mentality and practice. For a legal philosopher, the basic questions of legal interpretation and the justification of constitutional adjudication are still open for discussion. Yet one should be very careful when discussing canons of constitutional interpretation. French, British and American textualist ('originalist') schools, for example, show similarity in terms of their conclusions but they justify these in different ways. In addition, an analysis can show why the Dworkinian theory of 'moral reading' cannot be transplanted into the French legal culture.

classical theories of justice – like Aristotle's or Thomas Aquinas' – must be transformed into sociology. A scholar can take into account these theories in this form because of their scientific character. However, one cannot analyse the normativity of the law or morality, because facts do not have any normativity. Among these three scholars, only Maritain takes "seriously" the problem of the obligatory force of law. But his theory which

claims that law is necessarily connected to morality and an unjust law is not law at all, fails when it tries to justify why the validity of legal norms must be saturated by morality and what kind of morality can overlap different individuals' ideological engagements in a pluralistic society.

In this study I argued that the three Hartian questions formulated at the outset of his Concept of Law can be seen as general problems of legal philosophy. It goes without saying that one can formulate these questions or 'perplexities' in different ways, too. My claim was that legal philosophy, i.e. a non-empirical analysis of basic legal problems, is a legitimate enterprise and this position is supported by a philosophical explanation. For the sake of this argument, I used the concept of 'spirit'. I do not claim that other general problems different from Hart's perplexities cannot exist. One can find others like the gaps and other inconsistencies of legal systems, the relation between law and economics, literature or religion, etc. One can discuss whatever seems important but what one cannot do is to neglect the very problem of normativity, at least if one claims that what one does is legal philosophy. Research in the field of French legal scholarship can show certain paths which in most cases try to avoid the problem of normativity. Yet, if someone scrutinises their final axioms, one will discover that these ways are logically impossible or lack the force of rhetorical plausibility.

Rövidítések jegyzéke

AV = *aucutores varii*

APD = *Archives de philosophie du droit*

CNRS = Centre National de Reccherches Scientifiques

FUSL = Faculté Universiatire Saint-Louis

KJK = Közgazdasági és Jogi Kiadó

LGDJ= Libraire Générale du Droit et Jurisprudence

LR= Law Review

PUF = Press Universitaire Francais

RDP = *Revue du droit Public*

RFDC = *Revue Française du Droit Constitutionnel*

UP = University Press

Felhasznált irodalom

- Amselek, Paul „Le droit dans les esprits” in Paul Amselek – Christophe Grzegorzcyk (szerk.) *Controverses autour de l’ontologie du droit* Paris: PUF 1989. 27–49.
- Arnaud, André-Jean *Les origines doctrinales du Code Civil français* Paris: LGDJ 1969.
- , — *Essai d’analyse structurale du Code civil français* Paris: LGDJ 1973.
- , — *Critique de la raison juridique. 1. Où va la Sociologie du droit?* Paris: LGDJ 1981.
- Atias, Christian *Philosophie du droit* Paris: PUF 2004.
- Batiffol, Henri *La philosophie du droit* Paris: PUF 1960.
- , — *Problèmes de base de philosophie du droit* Paris: LGDJ 1979.
- Bayles, Michael *Hart’s Legal Philosophy. An Examination* Dordrecht, Boston, London: Kluwer 1992.
- Beaud, Olivier „Carl Schmitt ou le juriste engagé” in Carl Schmitt *Théorie de la constitution. [Verfassungslehre (1989)]* Paris: LGDJ 1993. 5–113.
- , — *La puissance de l’Etat* Paris: P.U.F. 1994.
- Beauverger, Edmond de „Étude sur Sieyès” *Revue de Législation et de Jurisprudence* (1851) [Janvier-Avril] 1, 353–380.
- Bell, John *French Legal Cultures* Cambridge: Cambridge UP 2001.
- Bergel, Jean-Louis *Théorie générale du droit* Paris: Dalloz 3. kiad. 1999.
- Blanchet, Charles „Les rapports entre le général de Gaulle et Jacques Maritain” in Bernard Hubet – Yves Floucat (szerk.) *Jacques Maritain et ses contemporains* Paris: Desclée 1991. 343–362.
- Bobbio, Norberto *Essais de théorie du droit* Paris: LGDJ 1998.
- Bonnard, Roger „A nos lecteurs” *RDP* (1940) 141–142.
- , — „ Les Actes constitutionnels de 1940” *RDP* (1942) 46–90; 149–179; 325–375.
- Bonnecase, Julien *L’Ecole de l’Exégèse sa doctrine, ses méthodes* Paris: De Broccard 2. kiad. 1924.
- Bonno, Gabriel *La constitution britannique devant l’opinion française de Montesquieu à Bonaparte* Paris: Librairie Ancienne Honoré Champion 1932.
- Bourdeau, Georges *Traité de science politique* Paris: LGDJ 3. kiad. 1983.
- Broc, André *La qualité juif. Une notion juridique nouvelle* Paris: PUF 1943.
- Capitant, Henri „Les travaux préparatoires et l’interprétation des lois” in *Recueil d’études sur les source du droit en l’honneur de François Génys II* Vaduz–Paris: Topos/Edouard Duchemin 1977. 204–216.
- Carbonnier, Jean *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur* Paris: LGDJ 9. kiad. 1998.

- Carcassone, Guy „Conseil Constitutionnel” in Loïc Cadiet (szerk.): *Dictionnaire de la Justice*. Paris: PUF 2004. 205–211.
- Carré de Malberg, Raymond *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français* [1920–1922] Paris: CNRS 1985.
- , — *La loi, expression de la volonté générale* [1931] Paris: Economica 1984.
- , — *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation* [1932] Paris: Dalloz 2007.
- Chagnollaud, Dominique *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789–1958)* Paris: Dalloz 2002.
- Chantebout, Bernard *Droit constitutionnel* Paris: Dalloz 24. kiad. 2007.
- Clark, Terry N. „The Structure and Functions of a Research Institute: The *Année sociologique*” 9 *Archives européennes de sociologie* (1968) 1 72–91.
- Comte, August *Discours sur l'esprit positif* Paris: Société positiviste internationale 1844.
- , — *Politique positif* I. Paris: 1890.
- Corcoran, Suzanne „Internalisation and Statutory Interpretation – Looking Wide and Looking Deep” In Mark Hiscock – William van Caenegem (szerk.) *The Internalisation of Law. Legislating, Decision-Making, Practice and Education* Cheltenham – Northampton, MA: Edward Elgar 2010. 38–54.
- Dabin, Jean *Théorie générale du droit* Paris: Dalloz 1969.
- Debbasch, Charles és mások *Droit constitutionnel et institutions politiques* Paris: Economica 4. kiad. 2001.
- Duguit, Léon *L'État: le droit objectif et la loi positive* [1901] Paris: Dalloz 2003.
- , — *Traité de droit constitutionnel. La règle de droit – le problème de l'Etat* Paris: Boccard 3. kiad. 1927.
- Duhamel, Olivier – Mény, Yves *Dictionnaire Constitutionnel* Paris: PUF 1992.
- Durkheim, Émile *Montesquieu et Rousseau précurseurs de la sociologie* Paris: 1953.
- , — *Szociológiai tanulmányok* Budapest: Osiris 2005.
- , — *A társadalmi tények magyarázatához. Válogatott tanulmányok vál. és ford. Léderer Pál és Ádám Péter*, Budapest: KJK 1978.
- Duverger, Maurice „La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940” *RDP* (1941) 277–332.; 417–540.
- , — „J. Leferrière, Le nouveau Gouvernement de la France” *RDP* (1943) 367–368.
- , — „L'oeuvre et la doctrine de Roger Bonnard” *RDP* (1944) 4–15.
- , — *Elements de droit public*. Paris: PUF 1957.

- , — „La perversion du droit” in *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*. Paris: PUF 1983. 705–718.
- Eisenmann, Charles *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d’Autriche* [1928] Paris: Economica 1986.
- , — „L’Esprit des lois et la séparation des pouvoirs” in *Mélanges R. Carré de Malberg Vaduz*— Paris: Topos/Edouard Duchemin 1977. 165–192.
- Eisenmann, Charles – Hamon, Louis *La juridiction constitutionnelle en droit français* Berlin: Max Planck 1962.
- Ewald, François „Rapport philosophique: un politique du droit” in *Le Code civil 1804–2004. Livre de bicentenaire* Paris: Dalloz 2004. 77– 98.
- Fabre, Philippe *Le conseil d’État et Vichy: le contentieux de l’antisémitisme* (thèse doctorale) Paris: La Sorbonne 2001.
- Favoreu, Louis *Du déni de justice en droit public français* Paris: LGDJ 1965.
- , — „Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle” 4 *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* (1988) 51–66.
- , — „Souveraineté et supraconstitutionnalité” 67 *Pouvoirs* (1993) 71–77.
- Favoreu, Louis – Philip, Loïc *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* Paris: Dalloz 13. kiad. 2005.
- Fenet, Antoine *Recueil complet des travaux préparatoires de Code civil* Paris: 1836.
- Fromont, Michel „La notion de justice constitutionnelle et le droit français” in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu* Paris: Dalloz 2007. 149–163.
- Frydman, Benoît *Le sens des lois. Histoire de l’interprétation et de la raison juridique* Bruxelles: Bruylant 2005.
- Gauchet, Marcel *La Révolution des pouvoirs* Paris: Gallimard 1995.
- Gaudemet, Jean *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit* Paris: Montchrestien 1997.
- Gény, François *Méthodes d’interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* Paris: 1919. I–II.
- Gérard, Philippe – Kerchove, Michel van de „La réception de l’œuvre de H.L.A. Hart dans la pensée juridique francophone” *Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques* (2007) 131–172.
- Goyard-Fabre, Simone – Sève, Renato *Les grandes questions de la philosophie du droit* Paris: PUF 1986
- Green, Leslie „The Concept of Law Revisited” *Michigan LR* 94 (1997) 1687–1717.
- Gros, Dominique „Peut-on parler d’un „droit antisemite”? in „Le droit antisemite de Vichy” *Le genre humaine*. (1996) [Nyár-Ősz] 13–44.

- Halpérin, Jean-Luis *Histoire du droit privé français depuis 1804* Paris: PUF 1996.
- Hamon, Francis – Troper, Michel *Droit constitutionnel* Paris: LGDJ 30. kiad. 2007.
- Hanley, Sarah *The Lit de Justice of the Kings of France. Constitutional Ideology in Legend, Ritual and Discourse* Princeton: Princeton UP 1983.
- Haquet, Arnauld *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français* Paris: PUF 2004.
- Hart, Herbert „Review of A. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*” 30 *Philosophy* (1955) 369–373.
- , — „Introduction” In Chaim Perelman *The Idea of Justice and the Problem of Argument* London: Routledge & Kegan Paul 1963. vii–xi.
- , — *A jog fogalma* [1961] Ford. Takács Péter Budapest: Osiris 1995. [fr. kiad. *Le concept de droit* Michel van de Kerchove (ford.) Bruxelles: FUSL 1976.]
- Hauriou, Maurice *Précis de droit constitutionnel* Paris: Sirey 2. kiad. 1929.
- Heuschling, Luc „Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d’une distinction théorique” in Constance Grewe és mások (szerk.) *La notion de „justice constitutionnelle”* Paris: Dalloz 2005.
- Halpérin, Jean-Luis *Histoire du droit privé français* Paris: PUF 1996.
- Holmes, Oliver W. „Montesquieu” [1900] Uő *Collected Legal Papers* New York: Harcourt, Brace Co. 1921. 250-265.
- Jestaz, Philippe–Jamin, Christophe (szerk.) *La doctrine* Paris: Dalloz 2004.
- Jèze, Gaston „Roger Bonnard” 60 *RDP* (1944) 1–3.
- Jouanjan, Olivier „La doctrine juridique allemande. „Rénovation du droit” et positivisme dans la doctrine du IIIe Reich. Le droit antisémite de Vichy” in *Le Genre Humaine* (1993) 463–496.
- Kelsen, Hans „Préface” 1 *Revue internationale de la théorie du droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* (1926/1927)
- , — „La garantie juridictionnelle de la Constitution La justice constitutionnelle” *RDP* (1928) 187–257.
- , — *La démocratie. Sa nature – sa valeur* [1932] Paris: Dalloz 2004.
- , — „The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence” [1941] In Uő *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science, Collected Essays* Berkeley and Los Angeles: California UP 1960. 231–256.
- Klein, Claude *Théorie et pratique du pouvoir constituant* Paris: PUF 1996.
- Laferrère, Julien *Le nouveau Gouvernement de la France* 1942.
- , — „La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France” *RDP* (1944) 20–44.
- , — *Cours de droit constitutionnel rédigé d’après les notes et avec l’auttorisation de M. Laferrère* Paris: Saint Jacques 1946/47.

- Lavallée, René *Portalis. Sa vie et ses oeuvres* Paris: Librairie Académique 1869.
- Leclercq, Claude *Droit constitutionnel et institutions politiques* Paris: Economica 10. kiad. 1999.
- Leclercq, Jacques *Leçons de droit naturel* Paris: 1927
- Le Fur, Louis *Les grands problèmes du droit* Paris: LGDJ 1937.
- Legrand, Pierre *Le droit comparé* Paris: PUF 2. kiad. 1999.
- Liet-Veaux, Georges *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie juridique des révolutions* Rennes: Sirey 1942.
- Lochak, Danièle „La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme” in *Les usages sociaux du droit* Paris: PUF 1989. 252–285.
- , — „Une neutralité impossible” in Paul Amselek (szerk.): *Théorie du droit et science*. Paris: PUF 1994. 293–309.
- , — „Écrire, se taire ... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française” in „Le droit antisemite de Vichy” *Le genre humaine*. (1996) [Nyár-Ősz] 433–462.
- , — „Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen: juriste face à ses dilemmes” in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper* Paris: Economica 2006. 639–649.
- Manent, Pierre *A liberális gondolat története* Pécs: Tanulmány 1994.
- Maritain, Jacques *Oeuvres complètes* Fribourg–Paris: Éd. Universitaires Saint Paul 1990.
- , — *Kereszténység és demokrácia* New York: Iránytű 1952.
- , — *Les Droits de l'homme et la loi naturelle* Paris: 1953.
- , — *La loi naturelle ou loi non écrite: texte inédit, établi par Georges Brazzola* Fribourg, Suisse: Éditions universitaires 1986. részlete magyarul „A személy jogai. A politikai humanizmus” in Frivaldszky János (szerk.) *Természetjog. Szöveggyűjtemény* Budapest: Szent István Társulat 2006. 81–103.
- , — *La philosophie morale. I. Examen historique et critique des grands systèmes* Paris: Gallimard 1960.
- , — *Man and the State* Chicago: Chicago UP 1951. részlete magyarul: „A szuverenitás fogalma” Tattay Szilárd (ford.) in Takács Péter (szerk.) *Államtan. Írások a XX. századi általános államtudomány köréből* Budapest: Szent István Társulat 2003. 615–633. [fr. kiad. *L'Homme et l'État* [1953] Paris: PUF 1965]
- Marrus, Michel R. – Paxton, Robert O. *Vichy et les Juifs* M. Delmotte (ford.) Paris: Calmané-Lévy 1981.
- Mathieu, Bertrand – Verpeux, Michel *Droit constitutionnel* Paris: PUF 2004.
- Mathieu-Izorche, Marie-Laure *Le raisonnement juridique. Initiation à la logique et à l'argumentation* Paris: P.U.F. 2001.
- Maus, Didier „Vichy” in Olivier Duhamel – Yves Mény (szerk.): *Dictionnaire constitutionnel* Paris: PUF 1992. 1069–1071.

- Milza, Pierre – Bernstein, Serge *Dictionnaire historique des fascismes et du nazisme* Paris: Complexe 1992.
- Milza, Pierre *Fascisme français. Passé et présent* Paris: Flammarion 1987.
- Moderne, Franck „Réviser” la constitution. *Analyse comparative d’un concept indéterminé* Paris: Dalloz 2006.
- Montesquieu, Charles-Louis de Secondat *Lettres persanes* Paris: Garnier 1960 [részletei magyarul: *Montesquieu hagyatékából* ford. Kürti Pál Budapest: Officina 1943.]
- , — *Törvények szelleme* Csécsy Imre és Sebestyén Pál (ford.) Budapest: Osiris 2000.
- Morin, Edgar *Sociologie* Paris: Fayard 1984.
- Mousnier, Roland *Les institutions de la France sous la monarchie absolue* I–II Paris: PUF 1980.
- Oppetit, Bruno *Philosophie du droit* Paris: Dalloz 2005.
- Ost, François – Kerchove, Michel van de „De la ‘bipolarité des erreurs’ ou de quelques paradigmes de la science du droit” 33 *APD* (1988) 177–206.
- Pactet, Pierre – Mélin-Soucramanie, F. *Droit constitutionnel* Paris: Sirey 25. kiad. 2006.
- Pasquino, Pascal *Sieyès et l’invention de la constitution en France* Paris: Odile Jacob 1998.
- Perelman, Chaïm *Ethique et droit* Bruxelles: Éd. l’Université de Bruxelles 1990.
- , — *Droit, morale et philosophe* Paris: LGDJ 2. kiad. 1976.
- , — *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* Paris: Dalloz 1979.
- , — *Traité de l’argumentation* [1958] Bruxelles: Éd. de l’Université de Bruxelles 1998.
- Pfersmann, Otto „Carré de Malberg et la ‘hiérarchie des normes’” *RFDC* (1997) 481–509.
- , — „Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l’interprétation” 50 *RFDC* 50 (2002) 279–334; 52 (2002) 789–836.
- , — „Une théorie sans objet – une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper” 52 *RFDC* (2002) 759–788.
- Piot, Alice *Droit naturel et réalisme* Paris: LGDJ 1930.
- Portalis, J.E.M. „Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er Pluvoise an IX par la Commission nommée par le gouvernement consulaire” [1844] In *Uó Écrits et Discours juridiques et politiques*. Marseilles: Presses Universitaire d’Aix-Marseilles 1988. 21–63.
- Prélot, Marcel „La théorie de l’Etat dans le droit fasciste” in *Mélanges R. Carré de Malberg* Vaduz-Paris: Topos/Edouard Duchemin 1977. 433–466.
- , — „La révision et les actes constitutionnels” in *Le gouvernement de Vichy: 1940–1942. Institutions et politiques*. Paris: Armand Colin / Fondation Nationale des Sciences Sociales et Politiques 1972. 23–36.
- Rémy, Philippe „Éloge de l’Exégèse” *Droits* 1 (1985) 115–123.
- Renaut, Alain – Sosoe, Lukas *Philosophie du droit* Paris: PUF 1993.

- Rousseau, Dominique *Droit du contentieux constitutionnel* Paris: Montchrestien 7. kiad. 2006.
- , — *La justice constitutionnelle en Europe* Paris: Montchrestien 1992.
- Rousseau, Jean-Jacques *Du contrat social, ou, principes de droit politique* Paris: Garnier 1962.
- Rouvillois, Frédéric *Droit constitutionnel. 1. Fondements et pratiques* Paris: Flammarion 2. kiad. 2005.
- Saint-Girons, Antoine *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire* Paris: L. Larose 1881.
- Salas, Denis „Droit et institution: Léon Duiguit et Maurice Hauriou” in Pierre Bouretz (szerk.) *La force du droit. Panorama des débats contemporains* Paris: Le seuil 1991. 193–214.
- Schiller, A. Arthur „Roman *Interpretatio* and Anglo-American Interpretation and Construction” 27 *Vanderbilt LR* (1941) 733-764.
- Schmitt, Carl *Théorie de la constitution* Lilyane Deroche Paris: PUF 1993.
- Sève, Renato *Leibniz et l'École moderne du droit naturel* Paris: PUF 1989.
- Shklar, Judith N. *Montesquieu ford.* Pálosfalvi Tamás. Budapest: Atlantis 1994.
- Singer, Claude *Vichy, l'Université et les Juifs. Les silences et la mémoire* Paris: Les Belles Lettres 1992.
- Steiner, Eva *French Law. A Comparative Approach* Oxford: Oxford UP 2010.
- Stirn, Bernard és mások *Droits et libertés en France et au Royaume Uni* Paris: Odile Jacob 2006.
- Thireau, Jean-Louis „La doctrine civiliste avant le Code civil” in *La doctrine* Paris: PUF 1993. 13-51.
- Michel Troper „Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle” in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann* Paris: Cujas 1977. 133–151.
- , — „Autorité et raison en droit public français” in P. Vassart, G. Haarscher és mások (szerk.) *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit* Brüsszel: Travaux du Centre National de Recherche de Logique/Nemesis 1988. 103–123.
- , — „L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16” in Stéphane Rials (szerk.) „La Déclaration de 1789” *Droits* 8 (1988) 111–122.
- , — „Les théories volontaristes du droit: ontologie et théorie de la science juridique” in Paul Amselek – Christophe Grzegorzczak (szerk.) *Controverses autour de l'ontologie du droit* Paris: P.U.F. 1989. 53–68.
- , — „La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak)” in *Les usages sociaux du droit* Paris: PUF 1989. 286–292.
- , — „Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité” in Paul Amselek (szerk.) *Théorie du droit et science* Paris: PUF 1994. 310–325.
- , — „L'Etat de droit est-il un Etat limité?” 3 *Revue hellénique des droits de l'homme* (1999) 541–553.

- , — „Réplique à Otto Pfersmann” 50 *RFDC* (2002) 335–353.; *Analisi e diritto* (2002–2003) 297–314.
- , — *La philosophie du droit* Paris: PUF 2003.
- , — „Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel” in Élisabeth Zoller (szerk.): *Marbury v. Madison 1803–2003*. Paris: Dalloz 2003. 24–38.
- , — „L’interprétation constitutionnelle” in Ferdinand Mélin-Soucramanien (szerk.) *L’interprétation constitutionnelle* Paris: Dalloz 2005. 541–553.
- , — *Terminer la Révolution. La constitution de 1795* Paris: Fayard 2006.
- , — „La souveraineté comme principe d’imputation” in Dominique Mailland Desgrées du Loû (szerk.) *Les évolutions de la souveraineté* Paris: Montchrestien 2006. 69–80.
- Troper, Michel és mások (szerk.) *Le positivisme juridique* Paris: LGDJ 1992.
- Vannier, Guillaume *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman* Paris: PUF 2001.
- Vedel, Georges: *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* [1949] Paris: Dalloz 2002.
- Villey, Michel „Le droit dans les choses” in Paul Amselek – Christophe Grzegorzcyk (szerk.) *Controverses autour de l’ontologie du droit* Paris: PUF 1989. 11–26.
- , — *La formation de la pensée juridique moderne* Paris: PUF 2003.
- Vogel, Louis „Recodification civile et renouvellement des sources internes” in *Le Code civil 1804–2004. Livre de bicentenaire* Paris: Dalloz 2004. 159–170.
- Weisberg, Richard H. *The Failure of the Word* New Haven and London: Yale UP 1984.
- Wilhelm, Walter „Portalis et Savigny. Aspects de la restauration” in *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1982 445–456.