

FRIVALDSZKY JÁNOS: JOGI KÉNYSZER ÉS JOGI SZANKCIÓ JOGELMÉLETI SZEMPONTBÓL

VERSENYJOGI TANULMÁNYOK 2012/1. SZÁM

Javasolt hivatkozás: Frivaldszky János, Jogi kényszer és jogi szankció jogelméleti szempontból, Versenyjogi Kutatóközpont, Versenyjogi tanulmányok 2012/1.

A tanulmány a GVH Versenykultúra Központja támogatásával készült.

JOGI KÉNYSZER ÉS JOGI SZANKCIÓ JOGELMÉLETI SZEMPONTBÓL

1. A jogi kötelező erő és kényszerítő erő fogalmi különbsége: a jogi kényszer központivá válása a jog fogalmában

A jogpozitivisták gondolkodók függetlenül attól, hogy mely században alkotnak, a jog pozitívítását intuitíve is a büntetőjogon keresztül mutatják be, olyannyira, hogy magát a jog immanens logikáját elemezve is minduntalan a büntetőjog példáját hozzák fel. Márpedig a büntetőjog a jog patológiája.² Ezzel kontrasztolva válhat érdekessé, hogy a természetjogászok a polgári jog uralmának századaiban hittek annak racionalitásában, és abban, hogy az

¹ Tanszékvezető egyetemi docens, PPKE JÁK, Jogbölcseleti Tanszék. frivaldszkyjanos@gmail.com

² A jogi viszonyban, annak fiziológiája szerint, a konfliktus „felfüggesztve” marad, s ha az létrejön, akkor az a jogviszony *patológiáját* jelenti, minthogy a viszony krízisbe jutott, amit viszont a jog szabályaival, intézményeivel és eljárásaival mindaddig kezelni tud, amíg az a jogon belül marad. Domenico Corradini: *Filosofia del conflitto*. In Maurizio Basciu (szerk.): *Il conflitto, profili giuridici e politici, atti del XVIII congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica, Anacapri, 4–6 giugno 1992*. [Quaderni della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto] Milano, Giuffrè, 1995, 20., 22. A jog éppen azért kötelező, mert pacifikáló. Francesco D’Agostino: *Filosofia del diritto*. Torino, G. Giappichelli, 1996. 10. Ellenben vannak olyan jogviszonyok, amelyek eleve a patológia révén jönnek létre, mint a szerződésen kívüli károkozás vagy a büntetőjogi jogviszony, de ezek nem a rendes helyzetet, hanem a *kivételt* jelentik, mivel az „emberek élete *nem* a többiekét érintő folyamatos károkozás”. Corradini i. m. 20. Így nem a jogi viszony fiziológiáját, hanem annak patológiáját vizsgálja az, aki ezen viszony természetét – tévesen – a büntetőjogból kívánja absztrahálni. Corradini i. m. 21. Lásd e tekintetben Michel Foucault teljes munkásságát, illetve az olasz vezető posztmodern filozófus, Gianni Vattimo tanulmányát: „Dell’esteriorità dei delitti e delle pene” In Gianni Vattimo: *Nichilismo ed emancipazione, etica, politica, diritto*. Garzanti, 2003, 163–171. A büntetőjog a *szankciók* tárháza, a *kényszerítő erő* kilátásba helyezésének, illetve érvényesítésének a területe. A büntetőjogi jogviszony sajátja az, hogy a jogsértés révén jön létre. Vö. Corradini i. m. 21. Csakhogy, aki megadja Másiknak az övét, illetve nem veszi el tőle az övét, az nem kerül ilyen jogviszonyba, miközben nyilvánvalóan jogkövető magatartást tanúsít azzal, hogy a jogi *kötelező* erő által előírt normákban és jogelvekben foglaltakat önként betartja. A jog normális élete a jog kötelező erejéből fakadó önkéntes jogkövetés. A kényszer által való jogérvényesítés a jog patológiája, azaz a jogérvényesülés kivételes útja. Az önkéntes jogkövetésben a felek megadják egymásnak az őket jog szerint megilletőt, míg a jogi kényszerre akkor van szükség, ha a felek nem adják meg, illetve elveszik egymástól az őket megilletőt. Míg a polgári jog fő szabálya szerint az előbbiekre épül strukturálisan, addig a büntetőjogi jogviszony az utóbbi logikája szerint szerveződik. A klasszikusok inkább az előbbit tekintették a jog normális működésmechanizmusának, addig a modern korban túlhangsúlyossá vált a jog életének utóbbi útja. A polgári jog logikája végülis alul marad a büntetőjog logikájával szemben, mivel a modern jogelmélet ez utóbbiból absztrahálja „a jog” logikáját, belső természetét. A neoliberalizmus/neokonzervativizmus piacközpontúsága azonban visszatér a *modern* polgári jog logikájának dominanciájához, tehát nem a klasszikusok inkább társias-perszonalista, hanem a modernnek individualista szemlélete jegyében. Míg a klasszikusok szerint ugyanis szinte mindig egyfajta filozófiai értelemben vett „relatív szerkezetű jogviszonyban” vagyunk egymással, addig a modern polgári jogi szemlélet inkább az „abszolút szerkezetű jogviszonyok” tulajdonjogias, illetve a szerződések által konstruált viszonyok individualista-voluntarista jellege által fémjelzett. Az előbbieket inkább az altruistább „megadni a másiknak az őt megilletőt”, addig az utóbbiak a „másikat meg nem károsítani”, a „másiktól tartózkodni” individualistább és egyben minimalistább elveket vallják. Ez utóbbiak egy olyan minimumot fogalmazznak meg normatíván, amelyeknek a kártérítési jog, illetve a büntetőjog szereznek érvényt nem teljesülés esetén. A probléma akkor van, ha ezen minimum egyszersmind a jogi mércék, jogelvek teljességét is jelenti, s hiányoznak a magasabb jogi elvárhatóságot megkívánó jogelvek, amelyek az önkéntes jogkövetés révén a maradéktalan jogérvényesülést segítenék elő. A büntetőjog ugyanis a jogérvényesülés minimuma a „ne vedd a Másiktól az őt megilletőt” jegyében, de nem annak teljessége, hiszen ez utóbbi azt írja elő, hogy a legpontosabban add meg neki önkéntesen a jogilag őt megilletőt. A büntetőjogi jogviszony éppen akkor jön létre, ha ezt a minimumot sem adják meg, hanem elvették a másiktól, a többiektől. Az igazságosság erénye által gyakorolt önkéntes jog-megadás *több* és *más*, mint a büntetőjogi viszony eredményeképpen kikényszerített utólagos jogépség-helyreállítás.

megfelel az emberi természetből fakadó normáknak, így nem is félték a természetjogias formulák alkalmazásától. Talán nem tévedünk, ha azt állítjuk, hogy bár a jogászok mesterséges-természetes értelme távolról sem azonos az egyének természetes értelmével, mégis bizton számíthattak arra, hogy az egyének maguk is belátni képesek az ész-szerű és a természeti rendnek megfelelő jogi normák kötelező voltát. Vagyis a kényszerítő erő mellett a jog klasszikus korában nagy hangsúly esett a 'kötelező' erőre is.³ Az állam alkotta jog instrumentalista-jellege, továbbá a jogban rejlő 'kényszer' lehetőség is a leginkább a büntetőjogra jellemző, mivel a felek mellérendeltségét tekintő, a diszpozitivitást előtérbe helyező polgári jog inkább a jogkövetkezmények más formációival operál.

Érdekes lehet e tekintetben megfigyelni, ahogy a természetjogászok a polgári jog belső logikai természetét állítják reflektorfénybe. A *ius=lex* egyenlet a modern kor terméke, másrészt a kényszer-jelleg a *lex* eszköz-oldalához úgy kötődik, hogy az állami akarat, vagy parancs megjelenítőjeként szerepel, amelynek végső esetben akár kényszerítő eszközökkel is érvényt szerezhet az állam. A kényszer-elem a klasszikus természetjogi gondolat szerint a pozitív jog egyik ismertető jegye, de 'a jog' fogalmiságához nem elégséges, sőt olykor nem is szükséges elem. A klasszikus jogfilozófiai hagyományban a jog azért 'jog', vagyis az emberi lét és együtt-lét számára alapvető, azaz természetjogi normáiban azért kötelező, mert említett normái kötelező erejűségét az ember belátni képes, s így köteles is eszerint, az említett normáknak megfelelően cselekedni.

A kötelező erő lényegileg más, mint a kényszerítő erő, bár ez utóbbi a pozitív jog empirikus, azaz külső megnyilvánulásának egyik szembetűnő jegye. A jogi norma kötelező volta jogbölcseleti értelemben, természetjogias megközelítésben az emberi együttélés alapigazságain alapul, minthogy a tételes jog azokat alakítja át szabályokká, normatív szerkezetekké, jogi konstrukciókká. A kényszer a tételes jog azon nélkülözhetetlen, foganatosításra váró attribútuma, ami az előbb említett kötelező normáknak való érvényszerzést teszi végső esetben — akár a fizikai erőszakhoz való folyamodás legitim eszköze által is — lehetővé.

A jogpozitivizmus nem csupán a jog kényszerítő erejére helyezte a hangsúlyt a jog kötelező erejével szemben, hanem ez utóbbit az előbbiben oldotta fel. Ez igaz a modern kor nagy teoretikusaira, de később Kelsenre és a skandináv jogi realizmus képviselőire is. Kelsent alaposabban tárgyaljuk, így most Karl Olivecrona állítását idézzük: „a kötelezés nem tartozhat a jogszabály lényegéhez”, a „a jogszabályok bizonyos körülmények esetén a tettek eszméi s a felszólító szavak (a parancsok és tilalmak) közötti *lélektani kapcsolat* teremtként hathatnak”. A végső konklúziója pedig ez: „El kell vetnünk a jog kötelező erejét.”⁴ Alf Ross pedig úgy fogalmaz, hogy „a jog valamiféle testetlen hatalom, egyfajta láthatatlan benső uralom a jog tárgya felett, hatalom, mely az erőszak alkalmazásában (a bírói ítéletben és végrehajtásában) csak megjelenik, mert ezekben csupán megvalósul a jog tényleges és látható alkalmazása s gyakorlása, amely ezektől mégis különbözik.”⁵ Míg Kelsen a jogi kényszerben, addig a skandináv jogi realisták voltaképpen egyfajta pszichikai kényszerben ragadják meg a jog lényegét. A jog kényszermotívuma tehát a jogpozitivizmus egyik döntő, majd hogyanem

³ Az igazságosság és az erőszak „archetipusának” elemzéséhez ld.: Francesco D'agostino: *Bia, violenza e giustizia nella filosofia e nella letteratura della Grecia antica*. Milano, Giuffrè, 1983.

⁴ Az idézetek forrása: Karl Olivecrona: A jog mint tény. In Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia*. Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1981. 347.

⁵ Alf Ross: Tyu-tyu. In Szabó Miklós – Varga Csaba (szerk.): *Jog és nyelv*. Budapest, k. n. 2000. 125-126.

általános jellegzetessége,⁶ erre hozunk példákat tanulmányunkban a jogi gondolkodás eszmetörténetéből.

Hazánk jogi gondolkodása körében nagymértékben a jog állami kényszerfunkciójához kötött fogalmi megragadása terjedt el Kelsen, s Moór Gyula hatásának is köszönhetően.⁷ Ennek előzményeinek és okainak feltárásában is segíthetnek az alábbi elemzések. Mindemellett rá kell mutatnunk arra, hogy a jog ilyen közjogias, sőt szinte már büntetőjogias szemlélete a háttérbe szorítja a jog azon funkcióját, amit a polgári jog logikája fejez ki, vagyis az önkéntes jogkövetést, másrészt elfeledteti azt, hogy a jogi kényszerrel való szabályozás, azaz a jogi szankció és bírságolás csak *ultima ratio*, mivel számos közpolitikai eszköz áll manapság rendelkezésre a magatartásirányításra,⁸ különösen a piaci kereskedelem területén.

A szankció központi kérdés manapság a jog mibenlétének megértésében olyannyira, hogy az a jogon túli intézményes, állami valóság megértésére is szolgál.⁹ Ezért politikai és morálfilozófusok is szüntelenül érdeklődnek e téma iránt, amikor a jogi kényszer igazolhatóságát, s így az állam és a politika intézményes dimenziójának legitimitását kutatják.

Azonban nézetünk szerint az a célszerű, ha a klasszikus jogászok eredeti gondolataihoz térünk vissza, akik a jog kötelező jellegében ragadták meg a jogi viszony lényegi normativitását, ami az önkéntes jogkövetés főszabály-jellegét megalapozza, s a szankciót ennek nem érvényesülése esetére korlátozták, ráadásul a jutalmakkal való ösztönzésről is említést tettek.

2. Szankció és jutalmazás egysége a jog fogalmában: Ulpianus

A római jogászok gondolkodását szintetizáló Ulpianus rögtön a jogfogalom meghatározásakor leszögezi, hogy a jog célja az, hogy az ne csupán a kilátásba helyezett szankció révén érvényesüljön, hanem jutalmazás által elősegített önkéntes jogkövetésre való nevelés által is. Az ulpianusi *Institutiones* bevezető sorai így hangzanak:

„Aki a joggal való foglalkozásnak kívánja szentelni magát, szükséges először megtudnia, hogy honnan származik a jognak magának a neve. Mármost a jogot az igazságosságból származóan hívják így; csakugyan, Celsus elegáns meghatározása szerint, a jog a jónak és a méltányosnak racionális tudománya (*ars*), ami miatt joggal van ki papoknak hív minket: és csakugyan tiszteljük az igazságosságot és a jó és a

⁶ Ld. Norberto Bobbio: *Il positivismo giuridico*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1996. 147-161.

⁷ A hazánkban a jogtudósi köztudatban mind a mai napig a leginkább „hatályban levő” meghatározás Moór Gyuláé, aki az állami kényszer lehetőségében látja a jog fogalmának végső lényegét: „A jogi szankció sajátosságában található meg végül azt a megkülönböztető vonást (differencia specifikum), amelynek segítségével a jogot a társadalmi szabályok többi fajaitól elhatárolhatjuk.” Moór Gyula: *Jogfilozófia*. jegyezte Püski Sándor. Budapest: Püski, 1994, 177. Egy másik megfogalmazásban, ahol a ‘tárgyi jog’ fogalma kerül megadásra: „Vagy röviden: a tárgyi jog olyan valósággal érvényesülő társadalmi szabályok összessége, amelyeknek érvényesülését végsősorban fizikai kényszer alkalmazásával biztosítja a legerősebb társadalmi hatalom.” Moór Gyula: *Jogfilozófia*. Összeállította: Tharnói Kostyál László. Kartárs, 1935, (Kézirat gyanánt) 183. [Jog- és államtudományi jegyzetek 3.] A jog fogalma pedig: „[...] a jog olyan társadalmi szabályok összessége, amelyek engedetlenség esetére fizikai kényszer alkalmazásával fenyegetik meg azt, akihez szólnak, s amelyeknek tényleges érvényesülése biztosítva van azáltal is, hogy a legerősebb társadalmi hatalommal olyan kapcsolatban állanak, hogy ez fenyegetésüket szükség esetén valóra váltja.” uo.

⁸ Gajduscheck György-Hajnal György: *Közpolitika*. A gyakorlat elmélete és az elmélet gyakorlata. Budapest, Hvgorac. 2010. 66-67.

⁹ Csak a két legfontosabb munkát említjük: Robert Nozick: *Coercion*. In Sidney Morgenbesser, Patrick Suppes, Morton White (eds.): *Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel*, New York, St. Martin's Press, 1969. 440–472. Alan Wertheimer: *Coercion*, Princeton, Princeton University Press, 1987.

méltányos ismeretét gyakoroljuk, szétválasztva a méltányost a méltánytalantól, megkülönböztetve a jogost a jogtalantól, arra törekedve, hogy a jókat, *ne csak a büntetéssel való fenyegetéssel formáljuk, hanem a jutalmakkal való ösztönzés által is, az igazi, ha nem tévedem, és nem a hamis filozófiára törekedve.* (kiemelés tőlem: F. J.)”¹⁰

Ulpianus ezen meglátása a modern korban szinte teljesen elsikkadt a jog közjogias szemlélete és kényszerfunkciójának középpontba kerülése által, míg nem a korunkban részben Lon Fuller munkássága nyomán újból megfogalmazásra került nem utolsó sorban a magánjogias szemlélet közvetett hatása nyomán. Főművéből¹¹ az a következtetés vonható le, hogy a ‘kötelesség erkölcsse’, minthogy a társadalmi élet minimumát fejezi ki, így tiltásokat fogalmaz meg szigorú mércéket állítva, s megsértését garanciális, szigorú feltételek mellett végső soron büntetéssel szankcionálja, míg a ‘törekvés erkölcsse’ magasabb, pozitív megfogalmazható mércét állítva adott esetben jutalmakkal is operál.

3. A ‘pozitív jog’ fogalmának megszületése, avagy a jog büntető és kényszerítő jellege: Abaelardus

Petrus Abaelardus (1079-1142) korát jócskán megelőzve tipikusan modern szemléletmódot mutatva, a pozitív jog (*ius positivum*) – amely megnevezést az elsők között használta – bizonyosságának a szándékától vezérelten, a büntetőjogot, s vele a békét biztosítani képes kényszer elemét a középpontba állítva,¹² továbbá a deduktív mechanisztikus jogalkalmazást előre vetítve a jog minden kvalitatív és kontroverziás jellegét – így például a regularitást veszélyeztető méltányosságot – kiiktatta elméletéből. Ez pedig szöges ellentétben állt a glossátorok gondolkodásmódjával.¹³

4. Aquinói Szent Tamás: a törvény lényegi eleme a kötelező erő, a kényszerítő erő szükséges, de nem elégséges elem a ‘törvény’ fogalmához

A pozitív jog eszköze a tomista eszmerendszerben nem arra való, hogy az amögött álló kényszerítő erő eszközével fenyegetve vagy azt alkalmazva a jogalkotó az embereket akarataik ellenére erényesekké vagy boldogokká próbálja tenni.¹⁴ Mivel, ha valaki a törvények által

¹⁰ Dig. 1.1.0. „*De iustitia et iure*”. Dig. 1.1.1pr. Ulpianus 1 inst. „*Juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi. Dig. 1.1.1.1Ulpianus 1 inst. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*” A magyar fordításhoz Schiavone (olaszra történő) fordítását vettem alapul. Aldo Schiavone: *Ius*, L’invenzione del diritto in Occidente. Torino, Giulio Einaudi Editore, 2005., 361. A szóban forgó bevezető sorok egyes fordulatainak fordítására többféle verzióval találkozhatunk a szakirodalomban.

¹¹ Lon L. Fuller: *The Morality of Law*. New Haven and London, Yale University Press, 1969. különösen: 30-32.

¹² A modern jogpozitivizmus képviselőire jellemző – többek között – a büntetőjog modellként állítása, s így a kényszernek a jog fogalmi, lényegi, azaz *konstitutív* elemeként való meghatározása, ami még azon gondolkodókra is igaz, akik esetleg egyfajta sajátos – minimalista – természetjogi koncepciót is alkottak (például Thomas Hobbes vagy Herbert Hart). Abaelardusra jellemző a római jognak (a *polgári* jognak), mint a *ratio* kifejeződésének a leértékelése, ami nyilvánvalóan szöges ellentétben áll a glossátorok mentalitásával.

¹³ Alessandro Giuliani: *La controversia, contributo alla logica giuridica*. Pavia, Pubblicazioni dell’Università di Pavia, 1966. 193. 199-216.

¹⁴ Gabriel Chalmeta: *La giustizia politica in Tommaso D’Aquino, un’interpretazione di bene comune politico*. Roma, Armando Editore, 2000. 76.

kilátásba helyezett büntetés miatti félelmében tartja be külsődleges cselekedetekkel a törvényeket, valójában nem cselekszik erényesen, belső morális azonosulás által. Így a jogalkotó nem éri el a célját, tehát hogy jóvá, erényesekké tegye az embereket, s így szolgálja az ő javukat¹⁵, mivel az erkölcsi tett szabad és felelős tettet kíván, ami nem tud virágozni ott, ahol a szükségszerűség vagy a kényszer uralkodik. Ez nem azt jelenti, hogy a társadalomnak, illetőleg annak, aki a társadalom gondját viseli, ne kellene az egyén jólétét, javát érintően az erényes életét is segítenie; éppen ellenkezőleg áll a helyzet, mivel az embernek nem csak anyagi, hanem erkölcsi javakra is szüksége van, sőt leginkább erre, az erényre van szüksége.¹⁶ Célját tehát a jogalkotó nem kényszerítéssel, hanem indirekt módon érheti el, azáltal, hogy az emberi rendezett együttéléshez szükséges erkölcsi minimum törvényekkel való biztosításán túl, a törvényeket a tágabb értelemben vett közjóra és az igazságosságra irányozza, s nem véti szem elől, hogy a jogalkotás legfőbb feladata és célja az, hogy a polgárok közötti politikai barátságot mozdítsa elő. Ezeket azonban nem annyira törvényi büntetések kilátásba helyezésével, hanem jogi ösztönzőkkel képes elérni. Nem a törvényekkel való kényszerítéssel tehát, de egyáltalában nem is a törvényekkel tudja a polgárok jó (erényes) életét legjobban előmozdítani, hanem sokkal inkább hatékonyak e tekintetben az erényre buzdító tanácsok, amelyeket szívesebben fogadnak a felek, valamint a helybeli szokások, illetve a baráti, szokásjogi vagy bírósági direktívák, amelyek jellegüknél fogva sokkal inkább képesek azon adott helyzet egyedi sajátosságait figyelembe venni, amelyben erényesen szükséges cselekedni.¹⁷

5. *Az antropológiai pesszimizmus következménye a jog büntető és kényszerítő funkciója: Luther és Kálvin*

Luther Márton felfogásában a megromlott emberi természet alaptézisként állítása¹⁸ eredményezi azt, hogy a természetjog fogalmában a kényszerítés és a büntetés központivá válik¹⁹. Több mint emblematikus, hogy a földi jog majdhogynem a büntetéssel, Isten haragjának (*lex irae*) képével azonosul²⁰. E hatásmechanizmus alól csak a keresztyének

¹⁵ Vö. I-II, 92, 2 a. 4. ld. Chalmeta i. m. 75-76.

¹⁶ Vö. *In I Ethic.*, lect. 1, és *De regno* I, 15.

¹⁷ I-II, 95, 1, c. és ad 1; I-II, 96, 1, ad 3, ld. Chalmeta i. m. 123.

¹⁸ Nem is annyira az emberi természet, hanem a bűn következtében az embernek Istennel való kapcsolatának menthetetlen megromlására helyeződik a hangsúly a protestáns tanban. Francesco D'Agostino: *Il Diritto come problema teologico*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1995. 18.

¹⁹ Vö.: *Luther Márton négy hitvallása*. Budapest, A Magyar Evangélikus Egyház Sajtóosztálya, 1996. 289. ill.: Luther Márton: *A világi felfogásról, hogy meddig tartozik neki az ember engedelmességgel*. In *Luther Márton művei*: Budapest-Pozsony, Luther Társaság-F.K. Wigand Könyvnyomda, 1904-1917. III, 361-364.

²⁰ Vö.: Gerhard Ebeling: *Luther — Bevezetés a reformátor gondolkodásába*. Magyarországi Luther Szövetség, 1997. 90. ill. 103. A bűn által megromlott emberi akarás és az örök isteni törvény viszonyát a következőképpen tárgyalja hamisítatlan protestáns — és így értelmezett bibliai — szemléletben Karl Barth (1886-1968), neves svájci evangélikus teológus, amely általunk idézett passzusban rámutat arra is, hogy Isten törvénye miképpen ítél az Ő „haragjának erejével”: „Arról a rettenetességről, ami így, a bűn csalásának következményeképpen, Isten és ember között fennáll, már igen sokat beszéltek. Én csak az eredményére mutatok rá: ténylegesen elutasítottuk az Isten által való megigazulást. Önigazulásunk nem sikerült, mivel ez önmagában véve lehetetlen. Így tehát nincs önigazulásunk. Akarás van bennem, túlon túl is, de a jó véghezvitelére nem vagyok képes, hogyan is lehetnék, ha már ez az akarásom is — a becsapott csalóé — fonák? Ez a mondanivalója a törvénynek, amelyet mi meggyaláztunk és megüresítettünk, de amely mégis Isten törvénye maradt. Ez a mi nyomorúságunk: ha kívánságunk mámorából (amit a bűn gerjesztett bennünk a törvénnyel kapcsolatban) felébredünk, és meglátjuk, hogy a törvény, és annak követelése nem változott semmit. Ha újból meghalljuk a valódi törvényt, s ha talán már nem is hallhatunk egyebet, mint Isten igazi törvényét, amely ezt mondja nekünk: akarat ugyan van benned, de a jó véghezvitelére nem vagy képes, nem csak a bűneid gonoszak, hanem a jócselekedeteid is bűnösök, sokkal bűnösebbek azoknál, miket a bűneidnek tartasz, mert ezek *Isten elleni* kívánságodnak a cselekedetei — akkor

kivételek, de nem azért, mintha rájuk vonatkozóan nem lenne érvényes a (természeti) törvény, hanem azért, mert annak kényszerítő jellege esetükben elvész, mivel a hitben való megigazulás által feltáru előttük a *lex Christi* értelme.²¹

Kálvin János koncepciójában némileg hasonlatosan, mivel a bűn által megrontott ember még a relatív igazságot kifejező pozitív törvényeket sem tudja betartani, ezért a polgári kormányzat feladata, hogy a bűn törvényszegését kényszer által is féken tartsa.²² Itt láthatóak a kálvini teológiai antropológiának és az ehhez kötött természeti törvény jellemzőinek polgári törvények rendeltetésére kiható következményei. Mivel a természeti törvény Kálvin János tanrendszerében erkölcsi és nem racionális törvények, ezért az akaratában, s így erkölcsében is végletesen megromlott bűnös ember nem képes a természeti törvényeket betartani, még azok pozitív törvénybeli alkalmazásaiként megjelenő polgári törvényeket sem, ebből következően a polgári törvények elsődleges funkciója szükségképpen a kényszer általi féken-, illetve betartatás lehet.

A törvényszegés, s az ehhez kapcsolódóan a (pozitív) törvény kényszer (s a természeti törvény vonatkozásában pedig: elítélő) oldala a kálvini logikában azonos tőről fakad, míg a klasszikus természeti törvényt tanban, mint láthattuk, inkább a törvénykövetésre és a törvény 'kötelező' oldalára esik a hangsúly.

elérkezett a nyomorúság. [...] Isten kijelentéséről ekkor csak azt tudjuk, hogy ezer szavára egyet sem felelhetünk, hogy tehát elvesztünk, a halál és a pokol martaléka lettünk. S mi lesz velünk így, hogy a törvénnyel együtt magát a kegyelmet is eljátszottuk? Ez lesz Isten törvényéből kezünk között: immár a »bűn és a halál törvénye« (Róm 8,2), *Isten haragjának* (kiemelés tőlem — F. J.) végrehajtója (Róm 4,15), azaz törvény, amelyet Pál szinte mindig 'nomos'-nak nevez, amelynek szolgálatától, cselekedeteitől, igazságától, rabságától és átkától óva inti gyülekezeteit. Ez az a törvény, amelynek »szolgálatát« (2 Kor 3,7) olyan szolgálatnak nevezi, amely »kárhózatot prédikál«, amely a »betű által ök«. Ez a törvény, amelyről később olyan súlyosan nyilatkozik, egy lélegzetre a céda értelemmel, a bűnnel és halállal, sőt az ördöggel, mert a hit, remény, szeretet főellenségét, az evangélium nagy ellenlbasát ismerte fel benne. Ez az a törvény, amelyről azt kell mondani: vagy egészen a törvény, és ezzel a halál, vagy egészen az evangélium, és ezzel az élet — harmadik lehetőség nincs. Éppen a bűn által *meggyalázott* és megüresített törvény marad az *Isten törvénye*, az *ő haragjának erejével*. Ha *ennek* a törvénynek szolgálunk, akkor nincs menekvés Isten haragja elöl, akkor abban a megpróbáltatásban, amelyben ez az ítélet válik világossá előttünk, nincs számunkra tanács, vigasz és segítség. Ez az a *negatívum*, amely abból adódik, hogy Isten a maga ajándékát annak ellenére, hogy bűnösök vagyunk, a kezünkbe adja. Ez az *egyik* oldala az evangélium és törvény egymáshoz való viszonya valóságának". Barth Károly: *Evangélium és törvény*. Budapest, Kálvin János Kiadó, 1996. 48-50. A 'törvény' ilyen dichotóm olvasatban — mint az igazság törvénye — inkább bibliai értelemben vett 'ítélet', az Igazság ítélete, semmint antropológiai-filozófiai értelemben vett isteni természetes törvény: „Isten kegyelme, maga Jézus Krisztus, éppen az *ítéletet*, amely alá az általunk megrontott és mégis érvényes isteni törvény állít bennünket, teszi *megigazulásunkká*” (i. m. 53-54.). Azonban a leírt „negatívum” (Karl Barth) mellett ott van a pozitívum-oldal is, miszerint a törvény a bűnösöknek szóló *örömhír* (i. m. 50-52.).

²¹ A 'törvény'-t a sajátos, kiterjesztett lutheri terminológia szerint kell értelmezni (a 'törvény' fogalmához: Gerhard Ebeling *Luther — Bevezetés a reformátor gondolkodásába* i. m., 100.): „Mindezekre azért vagyunk képesek, mondja (Szent Pál — F. J.), mert a kegyelem és nem a törvény alatt vagyunk. S ezt a maga is olyképpen magyarázza, hogy a »törvény nélkül lenni« alatt ne azt értsük, mintha semmi rendelést nem kellene elvégeznünk, és mindenki kedve szerint cselekedhetnék; hanem akkor »vagyunk törvény alatt«, ha kegyelem nélkül, a törvény cselekedetei szerint élünk. Mindezekért bizonyos, hogy a törvény idején a bűn uralkodik, mert egyetlen ember sem kegyes a törvényhez természete szerint, ami pedig igen nagy bűn. Hanem a kegyelem kedvessé teszi a testünket, és eltávoznak belőle a bűnök, így a törvény többé nem ellenünk való lesz, hanem egy mivelünk”. Korábban pedig így ír: „A természet azonban másként nem, egyedül hajlandósága ellenére tarthatja meg azokat; ezért szükséges, hogy Isten törvénye által tulajdon gonoszságára ébredjen, megérezze azt, és az isteni kegyelem segítségét szomjazva Krisztus felé terekedjék. Ezért ahol Krisztus megjelenik, ott elmúlik a törvény [...]” Luther Márton: *Előszók a Szentírás könyveihez*. Magyarországi Luther Szövetség, 1995. 138. ill. 41.

²² Vö. Kálvin János: *A keresztyén vallás rendszere* I, Pápa, Református Főiskolai Könyvnyomda, 1910. 757. 760.

6. A büntetőjogi szankciók humanizálása a modern természetjogi gondolkodás hatására

A büntetőjogban a modern korban jelentősnek mondható változások mentek végbe nagyrészt a természetjogi gondolkodás hatására.²³ Ezen szellemi irányzat nagy úttörője, Hugo Grotius például Platónhoz és Senecához hasonlóan a büntetés jövőorientáltságát tette meg elmélete alapjául. Ily módon elutasította a büntetés megtorlasként való igazolását és megokolását, mivel az csak a szenvedélyeket, így a haragot és a bosszút szabadítja el, azokat elégti ki, amiáltal ez a felfogás mind az értelemnek — a szenvedélyek legnagyobb ellenfelének —, mind az ezen alapuló természetjognak ellentmond.²⁴ A kor természetjogászainak egész sora lépett fel részben a sztoikus gondolatok újraéledése jegyében a humanitás, a méltányosság nevében a büntetőjogban a kora modern korban használatos embertelen bánásmódok ellen.²⁵ Kiemelnénk a német 'észjogi iskola' neves képviselőjének, Christian Thomasiusnak a kínvallatás elleni fellépését, aki Cicerót a „bölcesség atyjának” nevezte.²⁶ A kínvallatást²⁷ a természeti törvénnyel és a józan ésszel ellentétesnek, az azt alátámasztó érveket pedig „tiszteletleneknek és könnyen cáfolhatóaknak”²⁸ tartotta.

²³ „Az »elrettetés teóriájaként« megismert új büntetőjogi elmélet fokozatosan növekvő befolyást gyakorolt a törvényhozásra, s a 18. században — nevének dacára — elérte, hogy a számadás elvéből fakadó, valóban kegyetlen büntetéseket emberségesebbek váltsák fel; amelyek aztán az előbbieknél jóval nagyobb hatásfokkal csökkentették is a bűneseteket. A sztoa újból föléledő tanításainak ebben a haladásban szerzett érdemeit tehát semmi esetre sem szabad alábecsülnünk.” Paul Barth: *A Sztoa filozófiája*. Farkas Lőrinc Imre Könyvkiadó, 1998. 225.

²⁴ Grotius *A háború és béke jogáról* c. műve XX. fej. V. pontjának címe így hangzik: „Milyen értelemben tiltja a természetjog a megtorlást?” A döntő következtetése ez: „Az ilyen vágy (megtorlás iránti vágy: F.J.) azonban magában véve nincs összhangban az ésszel, amelynek az a feladata, hogy uralkodjék az érzelmeken. De nem felel meg a természetjognak sem, mivel az az ésszerű és társas együttélésen alapuló természetnek mint ilyennek a parancsa. A józan ész ugyanis azt írja elő az embereknek, hogy semmi olyat ne tegyenek, amivel mást megbántanának, kivéve, ha ezt valamilyen jó elérése céljából teszik. Az ellenség fájdalmában — pusztán ezt tartva szem előtt — semmi jó nincsen, csak hamisság és beképzelttség, mint a túlzott gazdagságban és több más ilyesféle dologban”. Hugo Grotius: *A háború és béke jogáról* II. Budapest, Pallas Stúdió - Attraktor Kft., 1999, 25.

²⁵ Ld. Richard van Dülmen: *A rettenet színháza*. ítélkezési gyakorlat és büntetőrituálék a kora újkorban. Budapest, Századvég, 1990. Hugo Grotiusnál maradvány néhány alfejezetcím *A háború és a béke jogáról* című művéből a fentiek alátámasztására: XIV. „A keresztény magánemberek szempontjából nem megnyugtató büntetést alkalmazni olyan esetekben sem, amikor a *ius gentium* ezt megengedi”; XV. „Keresztény emberek saját elhatározásukból vád emelésében se buzgólkodjanak”; XVI. „Keresztény ember olyan hivatalra se törekedjék, amely halálbüntetés kiszabásának jogával jár együtt” XIX.; „Az emberek között azok a külső tények sem büntethetők, amelyeket az emberi gyöngeség nem tud elkerülni”; XXI. „megcáfoljuk azt a nézetet, hogy sohasem szabad megbocsátani”; XXII. „Kimutatjuk, hogy a büntetőtörvényt megelőzőleg is lehetséges a bocsánat”; XXIV. „Megbocsátásnak helye lehet a büntetőtörvény létrejötte után is”; XXV. „Melyek azok a magából a cselekményből folyó belső okok, amelyek a megbocsátást indokolják?”; XXVI. „Melyek a büntetés alól mentesítő külső okok?”; XXVII. „Metcáfoljuk azt a nézetet, hogy semmis az a mentesítő ok, amely kifogás formájában hallgatólagosan nincs benne a törvényben”; XXXIX. „Tekintetbe kell venni az indítóokokat, s ezeket össze kell vetni egymással”; XXXIV. „A büntetést szeretetből lehet csökkenteni, kivéve, ha valamilyen magasabbrendű szeretet ennek útjában áll”; XXXVI. „Kímélet gyakorlása a büntetések mérséklése céljából”. Grotius i. m. 43-59.

²⁶ Christian Thomasius: *Über die Folter. Untersuchungen zur Geschichte der Folter*. ford. és szerk. Rolf Lieberwirth, Weimar, 1960. 118.

²⁷ Amelyet egyszerűen csak a „hóhérkodás gyakorlatának” nevez. A kínvallatás révén „valakit, akire még nem bizonyították rá a tettet, sokszor sokkal szigorúbb büntetésnek vetnek alá annál, mint amit akkor kellene elszünetnie, ha a tett valóban rábizonyosodik”. Thomasius i. m., II. 1.§ 156.

²⁸ Thomasius i. m. II. 1.§ 156.

7. *Az emberek természetüknél fogva „egymás farkasai”, így az állam a jog révén gyakorolt kényszerítő erejére alapoz: Thomas Hobbes*

Hobbes teljes igyekezete arra irányul, hogy az eredeti szerződés érvényét fenntartsa, ekként értékelhető az is, ahogy az igazságosság és a jogosság fogalmát államtanában újradefiniálja a szuverén törvényének való alárendeltség alapján. A jogosságban és így az igazságosságban rejlő ‘kötelező erő’ hagyományos jog- és politikai filozófiai jelentése átdefiniáltatik és a kötelező erő hagyományos metafizikai-ontológiai értelme helyett a ‘kényszerítő erő’ játssza immáron a központi szerepet a formális igazságosság (szerződés mindenáron való betartatása) érdekében, ahol a kényszerítő erő fogalma immáron a törvénnyé átalakított jogot elszakíthatatlanul az államhoz köti:

„Következésképpen az igazságtalanság és az igazságosság fogalmairól csak akkor beszélhetünk, ha már létrejött egy olyan kényszerítő erő, amely büntetés kilátásba helyezésével nagyobb félelmet ébreszt bennünk, mint amekkora előnyt megállapodásaink megszegéséből remélhetnénk, s így mindenkit egyformán a megállapodások betartására kényszerít [...]”²⁹

A kényszerítő erőre azért van szükség, mert az ember természete nem javult meg azáltal, hogy szerződéssel államot hozott létre, vagyis azt kordában kell tartani, éppen ezért, az ebből fakadó előnyökért hozták létre az államot. Az igazságosság a megállapodások betartását jelenti; ahol viszont nincs kényszerítő erőt (potenciálisan) alkalmazó állam, ott nem tartják be a megállapodásokat, ott tehát nincs igazságosság sem, amiből fakad az, hogy a kényszerítő erőt gyakorló vagy legalábbis kilátásba helyező állam az igazságosság feltétele. Az erő jog feletti uralma kíséri végig az egész államelméletet, ahol a legalizmus is csak parancsuralmat fedhet:

„ahol nem jött létre kényszerítő erő, azaz nincs állam, ott nincs tulajdon, ott mindenkinek mindenre joga van, s ezért ahol nincs állam, ott semmi se igazságtalan. Tehát az igazságosság lényege az érvényes megállapodások betartásában rejlik, de a megállapodások érvényességének előfeltétele olyan polgári hatalom, amely elég erős ahhoz, hogy a megállapodások betartására kényszerítsen minket.”³⁰

Ahol tehát nincs kényszerítő erő, ott nincs igazságosság, így tehát a jog és az erkölcs az erőben, a törvény pedig a parancsban oldódik fel, amiképpen a természeti állapotban is a természetjog a természeti erő által garantáltatik. Ez már nem jogelmélet, hanem hangsúlyosan hatalomelmélet, jogfilozófia tárgyalása helyett pedig a legalizmus ismérveit veszi számba Hobbes. A természeti farkas-ember természeti marad az államban is, ezért magától nem fogja a megállapodásokat betartani, minthogy a „farkas”-embereket „humánus” (emberi) racionális-erkölcsi elvek nem indítják a szerződés betartására. Ezért csak akkor tartják be, ha jó esély van arra, hogy a többiek is így járnak el, s ezért így járnak jól, mert így kerül biztosításra életük védelme. Ezen önvédelmi logika szerint tehát a szerződés megkötésével mindenki *egyszerre* adja fel az erőszak gyakorlásának eszközét avégett, hogy a kényszert egyedül csak az állam gyakorolja. Jól mutatja ezen talán paradigmaticusnak is értékelhető korszakos változást az, ahogy a kötelező erő klasszikus jog- és morálfilozófiai érvényességi kategóriáját Hobbes felcseréli a kényszerítő erő tényszerű, érvényesülést leíró kategóriájára, és ezáltal a jogi érvényességet az állami kikényszeríthetőségtől teszi függővé, amit ma a jogpozitivizmus (pontosabban, korábbi formájában: a törvénypozitivizmus) egyik jól

²⁹ Thomas Hobbes: *Leviatán*. I, Budapest, Kossuth kiadó, 1999. 183.

³⁰ Hobbes i. m. 184.

felismerhető ismérveként könyvelhetünk el. Az ember lényénél fogva birtoklásra tör, s ahol nem lehet az embereket természetük ellenére a birtoklás játékszabályainak betartására kényszeríteni, ott ténylegesen minden lehetséges és így minden jog-szerű is, mert nincsenek kényszer által betartott törvény-szabályok. Ahol tehát nincs szankció biztosította „enyém-tied”, ott nincs igazságosság sem, ami csak a törvény-szerűt jelöli.³¹

Mivel a szerződés eredménye ellenkezik a természetes emberi szenvedélyekkel, ezért van szükség az ezeket akár erőszak árán is elnyomó — a sokaság minden egyes tagja által kötött megegyezés révén instituáltatott — szuverén hatalomra, amely a békét és a biztonságot szavatolja a saját belátása szerint. Ő tehát nem szerződő fél, hanem éppen a szerződés kikényszerítője. A szuverén biztosítja minden szerződés érvényességét, minden szerződési kötelezettség kikényszeríthetőségét.

A természeti törvények nem önnön igazságuk vagy ésszerűségük miatt érvényesek, mert törvényként se nem érvényesek, se nem hatnak, érvényesülnek az emberközi viszonyokban, hanem csakis akkor kötelezőek, ha állam által garantált kényszerítő erő társul hozzájuk. A kötelező erő voltaképpen hiányzik az esetükben, így hát nem is törvények, hanem csakis pozitív törvényként nyernek kötelező/kényszerítő erőt, akkor viszont már csak a pozitív törvény érvényes tartalmáról van szó, a pozitív polgári törvények kényszerítő erejéről.

8. *A természeti állapotban a természeti törvényt végre kell hajtani büntetéssel és szankciókkal: John Locke enyhe antropológiai pesszimizmusa*

A természeti törvény minden koncepciójában a törvényhez, hogy valóban hatékony legyen, a tág értelemben vett szankciók kell hogy társuljanak. A klasszikus természetjogi tanítás szerint a lelkiismeret ítélete szolgáltatja a szankciót, ahol a lelkiismeret az Isten által szívbe írt törvény helye és működtetője. Locke szenzualizmusa nem fogadtathatja el vele ezt a nézetet. A lelkiismeret nemhogy nem Isten közvetett ítélete, hanem egyenesen a tettek erkölcsileg helyes vagy helytelen voltáról alkotott szubjektív vélemény, ítélet. A lelkiismeret ennek következtében nem szolgálhat normával még kevésbé szankcióval, amely kiérleltnek tűnő álláspontja — tehetjük hozzá — egyértelműen ellentétben van *Essays on the Law of Nature*-ben általa leírtakkal, vagy legalábbis annak fő üzenetével. Ítéletét tehát legfeljebb cselekedeteink morális voltáról kialakított jó véleménnyel azonosíthatjuk, de ez önmagában nyilvánvalóan elégtelen a szankcióhoz szükséges erőhöz és legitimitáshoz. A természeti törvény szankciója tehát csak az emberek által lesz hatékony.

A természeti állapotban mindenkinek jogában áll a természeti törvényt a többiek vonatkozásában végrehajtani, ami azt jelenti, hogy a természeti törvényt megsértővel szemben büntetést lehet foganatosítani. Jogukban és hatalmukban áll a természeti törvény megszegését, mármint a bűnt büntetni, akár halálbüntetéssel is. Ez, vagyis a végrehajtás feltétlenül szükséges ahhoz, hogy a természeti törvény valóban törvény legyen. A természetes jog és a kényszer által biztosított természeti törvény tehát együtt vannak jelen, és egymást feltételezően szerepelnek ezen elméletben. A természeti törvény „végrehajtása” — egyebek mellett — azért annyira hangsúlyos ezen teóriában³², mert a kötelezés nem Isten által a

³¹ Hobbes i. m. 184.

³² „Ahogyan mindenki köteles megvédeni önmagát, és nem hagyhatja el őrhelyét szándékosan, ugyanezen oknál fogva meg kell védenie, amennyire csak tudja, a többi embert is, ha ezzel nem kockáztatja saját megmaradását; és hacsak nem a sértő félén vesz elégtételt, nem olthatja ki vagy károsíthatja meg másvalakinek az életét vagy bármilyét, ami hozzájárul a másik életének, szabadságának, egészségének, testi épségének vagy javainak

lelkiismeretben hat; de legalábbis a természeti törvény ezen része, a kötelező erő miként való működése nincs kifejtve Locke leginkább ismert művében. Ennek az egyik oka az, hogy az emberekre, megkonstruált természetüknél fogva nem hat a természeti törvény kötelező ereje morális és racionális értelemben, hanem helyette — a klasszikussal összevetve — redukált tartalmú természeti törvény szabályozza a redukált természetű, tulajdonszerző és védő individuumok kellemes-keresésének, kisajátításának és megvédésének szakadatlan mozgását a természeti állapotban. Ezen állapotban a természeti törvény a megfelelő távolságtartás szabályait tartalmazza a pozitív törvényekre jellemző szankcionálási erővel társultan, minthogy az emberek a kötelező erőt nem látják be, ezért a kényszerítő erő törvényi ereje siet a természeti törvény törvényi jellegének fenntartására. Az egyéni haszon és kellemes-keresés — egy-két ésszerűségi naturális és minimalista társas-logikai korlát között — határozza meg azt, hogy kinek mennyi tulajdona lehet (ami Locke megfogalmazása szerint a természetes ész diktátuma³³), de az is szubjektív, hogy mit tehet az ember önmaga és a társadalom megvédése érdekében, amit — ti., hogy mindenki önmaga bírója lehet, valamint, hogy a haszon, az önérdek a természeti törvény alapja — az *Essays on the Law of Nature* című munkájában természet törvényi szempontból (ahol a természeti törvény még pregnánsan morális tartalmú és kötelezettséget előíró volt) még teljes mértékben elfogadhatatlannak tartott. Locke érzi és tudja, hogy az általa megfogalmazott természeti törvényt az ő antropológiája szerint megrajzolt természeti emberek nem tartják be, így szükségképpen a törvénykövetés helyett a törvény végrehajtása, a speciál- és generálpreventív és/vagy a reparatív/represszív büntetés válik hangsúlyossá, ami a törvényt sértő megbüntetésével megvédi az emberiséget a biztonságuk és a béke veszélybe kerülésétől, valamint a sérelmekről.

A természeti törvény parancsolja és védi a békét és a biztonságot, de az emberek által foganatosított szankció teszi igazán hatékonyá azt:

„Így tehát a természeti állapotban az egyik ember hatalomra tesz szert a másik felett; de nem abszolút vagy zsarnoki hatalomra, hogy szenvedélyes indulatai vagy akaratának határtalan túlzásai szerint bánjon egy kézre kerített bűnösrel, hanem hogy megtorolja vétkét, mégpedig annyira, amennyire a higgadt értelem és a lelkiismeret parancsolja, tehát arányosan a vétségrel, vagyis oly mértékben, ami jóvátételként és elriasztásul szolgálhat. Mert az egyik ember jogosan csakis e két oknál fogva okozhat kárt a másiknak, és ezt nevezzük büntetésnek. A természeti törvény áthágásával a bűnös kinyilvánítja magáról, hogy más szabály szerint él, nem az ész és a közönséges igazságosság szabálya szerint, holott Isten ezt a mértéket állította, kölcsönös biztonságuk kedvéért, az emberek cselekedetei elé; így a bűnös veszélyessé válik az emberiségre, semmibe veszi és eltépi a köteleket, amely arra szolgál, hogy megvédje az embereket a sérelmekről és az erőszaktól. Mivel pedig ez bűn az egész faj, valamint

védelméhez. Hogy pedig az emberek valamennyien visszatartassanak mások jogainak megsértésétől és egymás megkárosításától, s hogy valamennyien tiszteletben tartsák a természeti törvényt, amely az egész emberiség békeességét és védelmét kívánja, a természeti törvény végrehajtása ebben az állapotban az összes emberek kezébe van letéve, miáltal mindenkinek jogában áll megbüntetni a törvény megszegőit oly mértékben, hogy a törvény megsértését megakadályozza. Mert hiábavaló volna a *természeti törvény*, akárcsak bármely más törvény, amely ezen a világon az emberekre vonatkozik, ha nem volna senki, akinek a természeti állapotban *hatalma* van ama törvény végrehajtására, s ezáltal az ártatlan megvédésére, valamint a vétkesek visszatartására; és ha a természeti állapotban bárki megbüntetheti a másikat, mégpedig bármiért, amit az ellene elkövetett, akkor mindenki megteheti ugyanezt. Mert amit e törvény végrehajtása során bárki megtehet a *tökéletes egyenlőségnek* ebben az *állapotban*, ahol senki sem feljebbvalója vagy bírója a másiknak, annak megtételére szükségképpen mindenkinek joga kell, hogy legyen.” John Locke: *Értekezés a polgári kormányzat igazi eredetéről hatásköréről és céljáról*. Budapest, Gondolat, 1986. 43.

³³ Locke i. m. 57-58.

a faj békéje és biztonsága ellen, s mivel ez utóbbiakat a természeti törvény biztosítja, ezért mindenki megteheti — ama jogánál fogva, hogy megvédje az emberiséget általában —, hogy megfékezze, vagy ha kell, elpusztítsa azt, ami ezekre nézve ártalmas, és olyan bajt okozzon a törvény megsértőjének, hogy az megbánja a törvénysértést, s ezáltal visszariassza őt — s az ő példájával mindenki mást is — attól, hogy ugyanezt a bűnt elkövesse. Ebben az esetben és ezen az alapon mindenkinek joga van ahhoz, hogy a bűnöst megbüntesse és a természeti törvény végrehajtója legyen.”³⁴

A természeti törvényről 1664-ben írt esszéjében kifejti, hogy a királyok (és a polgári előljárók) parancsainak való engedelmisség a természeti törvényen alapul és a lelkiismeretben való kötelezést is tartalmazza:

„[...] kötelesek vagyunk engedelmisséget tanúsítani a felsőbbtség iránt, nevezetesen egy felsőbb hatalom parancsa alapján tennünk kell valamit vagy tartózkodnunk kell valamitől. Hiszen ismerjük a törvényhozó akaratát, vagy azt megfelelő módon kihirdették és ha nem ismernénk, úgy az mi hibánk lenne, akkor kötelesek vagyunk engedelmeskedni és mindenben alávetni magunkat annak — ezt hívják a felsőbbtség iránti engedelmisségi kötelezettségnek —, vagyis cselekedeteinket a ránk vonatkozó szabályhoz, ti. egy felsőbb hatalom akaratához kell igazítanunk.”³⁵

Az uralkodók törvényei tehát a természeti törvény alapján köteleznek lelkiismeretben is és abból nyerik kötelező erejüket; a kötelezésnek való engedelmisség tehát nem csak a kényszer általi végrehajtástól való félelemből kell, hogy eredjen, hanem törvényeiknek és parancsaiknak jogszerűként történő elismeréséből is:

„[...]”, ha a természeti törvény nem kötelezi az embereket, akkor ezt semmilyen emberi törvény nem teheti meg. Hiszen a polgári előljárók törvényei teljes egészükben a természeti törvény kényszerítő hatalmából nyerik erejüket, legalábbis ami az emberek többségét illeti. Mivel valójában az isteni kinyilatkoztatásról még nem szereztek biztos ismereteket, számukra nincs más — isteni eredetű és belső erejénél fogva kötelező — törvény, csakis a természeti törvény; úgy hogy ha megszüntetted a természeti törvényt körükben, ezzel lehetetlenné teszed a polgári államot, a hatalmat, a rendet és az összetartozást is. A királynak ugyanis nemcsak félelemből kell engedelmeskednünk, mert hatalmasabb lévén kényszeríteni tud — ez valójában megalapozná a zsarnokok, a rablók és a kalózkok hatalmát is —, hanem lelkiismeret alapján, mert a király jogszerűen parancsol nekünk; vagyis azért, mert a természeti törvény úgy rendelkezik, hogy a fejedelmeknek, a törvényhozóknak és a bármi néven nevezendő felsőbbtségnek engedelmeskedni kell.”

A természeti törvény által biztosított kötelező erő, s nem pedig a polgári hatalomhoz és a pozitív törvényekhez szükségszerűen tartozó kényszerítő erő miatt kell engedelmeskedni a királyoknak, uralkodóknak, fejedelmeknek: „Ennélfogva a polgári törvény kötelező ereje a természeti törvényen alapul; s minket nem is annyira a polgári törvény hatalma kényszerít arra, hogy engedelmeskedünk az előljáróknak, mint inkább a természet törvény alapján vagyunk kötelesek engedelmeskedni.”³⁶

³⁴ Locke i. m. 44.

³⁵ John Locke: *Essays on the Law of Nature*. W. von Leyden (szerk.) Oxford, Clarendon Press, 1954. ford. Zódi Zsolt. (kéziratban) 182.

³⁶ Az idézetek forrása: i. m. 185.

9. Immanuel Kant: a jog lényegi eleme a kényszer, ami bárki szabadságát biztosítja általános külső törvények szerint a külső viszonyokban

Kant megfogalmazásában az ‘általános jogi törvény’ alapelve az, hogy „cselekedj úgy, hogy önkényed szabad használata bárki szabadságával általános törvény szerint férhessen össze”³⁷, amelynek értelmében „jogos az a cselekedet, amelynek vagy maximájának nyomán bárki önkényének szabadsága valamely általános törvény szerint együtt állhat fenn bárki más szabadságával”.³⁸

A joghoz fogalmilag kapcsolódik a kényszer, annak megsértése esetén, hiszen a jogtalanság akadálya az általános törvények szerinti szabadságnak. Ha a szabadság bizonyos használata az általános törvények szerinti szabadság akadálya, akkor az jogtalanságnak minősül, s akkor indokolt az azzal szembeni kényszer, ami a „szabadság akadályának gátjaként” előmozdítja az általános törvény szerinti szabadságot, s ekképpen összhangban van vele, amiért jogos. A joghoz ezért fogalmilag kapcsolódik a megsértőivel szembeni kényszer alkalmazására való felhatalmazás.³⁹ A jog fogalmát Kant az „általános kölcsönös kényszer” és bárki, azaz mindenki szabadsága közötti kapcsolat lehetőségében ragadja meg. Mivel a jognak a külső cselekedetek lehetnek tárgyai, ezért az etikai mozzanatoktól mentes szigorú értelemben vett jog az emberi döntés és cselekvés (‘önként’) külső meghatározási alapjait szabja meg. A szigorú, vagyis a szűk értelemben vett jog a teljesen külső jog, ami a külső kényszer lehetőségének elvére támaszkodik, amely összhangban van a bárki (mindenki) általános (külső) törvények szerinti szabadságának elvével. A szigorú értelemben vett jog tehát az erkölctől elválasztásra kerül, s a racionális kötelező erő, mint motiváló erkölcsi tudat az ember belső szférájára korlátozódván nem része az így vett jognak, míg ez utóbbi a külső cselekedetekre vonatkozó kényszer alkalmazásának lehetőségében kerül megfogalmazásra a mindenki általános törvények szerinti szabadságának biztosítása érdekében. Míg az erkölcs belső motiváló erő, ami a kötelezettségtudatra apellál, addig a jog a kényszer alkalmazásának lehetőségével külső törvény. Az, hogy például a hitelezőnek joga van tartozásának megfizetését követelni adósától nem azt jelenti, hogy arra apellálhat, hogy önnön esze kötelezi erre a cselekedetre⁴⁰, hanem hogy a tartozás megfizetése kikényszeríthető, mivel ezen kényszer az általános külső törvény szerint összefér mindenki szabadságával.

10. Jeremy Bentham: a büntetés jogpolitikája a haszonkalkulus révén vissza tudja tartani a büntetést az elkövetői magatartástól

Jeremy Bentham utilitarista fogalmi rendszerében az erkölcs egyfajta erkölcsi számítan, hedonista kalkulus, s erkölcsi értelemben azt kell tenni, ami hasznos.⁴¹ Szembehelyezkedve a

³⁷ Immanuel Kant: Az erkölcsök metafizikája (1797). I. A jogtan metafizikai alapelemei. In Immanuel Kant: Az erkölcsök metafizikájának alapvetése. A gyakorlati ész kritikája. Az erkölcsök metafizikája. ford. Berényi Gábor. Budapest: Gondolat, 1991. C. §. 326.

³⁸ Uo.

³⁹ Kant i. m. D. §. 327.

⁴⁰ Kant i. m. 328.

⁴¹ Jeremy Bentham: Bevezetés az erkölcsök és a törvényhozás alapelveibe. In Márkus György (szerk.): *Brit moralisták a XVIII. században*. Budapest, Gondolat Kiadó, 1977. 683-684.

kötelességetikával azt vallja, hogy az embernek nem kötelessége azt tenni, ami nem az érdeke. Az ember ugyanis a természet rendelése alapján két „szuverén úr” kormányzata alatt áll: a fájdaloménak és az élvezeténak.⁴² Ez a két erő mozgatja az embert, bármit tesz is. Az ő etikája eredményetika, amelyet a hasznosság elve irányít. A hasznosság elve pedig „bármiféle cselekedetet ama tendenciának megfelelően helyesel vagy helytelenít, mellyel az ama fél boldogságát növelni vagy csökkenteni látszik, kinek érdeke szóban forog: vagy, ami ugyanaz más szavakkal, e boldogságot előmozdítani vagy akadályozni látszik.”⁴³ Az embert az öröm keresése és a fájdalom kerülése mozgatja, amely racionális kalkulust eredményez nála. A bűn így nem más, mint rossz kalkuláció, hibás erkölcsi számítás.⁴⁴ A helyes erkölcsi számítás ugyanis a legnagyobb számú ember legnagyobb boldogságának az előmozdítása.

A jogpolitika feladata a köz- és a magánérdek összehangolása, az említett erkölcsi elv megvalósítása azzal, hogy a közösség, a társadalom egy fiktív test, amely az egyes egyénekből tevődik össze. A közösség érdeke tehát az azt alkotó tagok érdekeinek összege.⁴⁵ A törvényhozás célja a közösség boldogsága, ami tagjainak boldogságának összegéből áll össze, vagyis a tulajdonképpeni cél az egyének haszna (biztonsága, élvezete). Amivel az embereket készíteni lehet a törvényeken keresztül a törvényalkotási termékekben megfogalmazott haszon felé, az az élvezet és a fájdalom.⁴⁶ A jogpolitika társadalmi technikájának a lényege pedig abban áll, hogy büntetéssel és jutalommal, vagyis a fájdalom és az öröm mesterséges előállításával és kiszabásával, juttatásával érvényesítse kézzel fogható módon a törvényalkotó a helyes magatartási mód mikéntjét azok számára, akik a rossz erkölcsi kalkuláció miatt nem lennének enélkül képesek a helyes összefüggését meglátni magán- és közérdek összhangja tekintetében.⁴⁷ A jog tehát rosszul megoldott erkölcsi számításfeladványokat javít ki, és büntetéssel illetve jutalommal illet a helyes vagy helytelen számítás eseteiben.

A szankciók négy fajtát különbözteti meg Bentham: *a.*) a fizikait, *b.*) a politikait (a bíró által kiszabottat), *c.*) az erkölcsit és *d.*) a vallásit.⁴⁸ Ezen szankciók hatnak az előidézett élvezet vagy a fájdalom forrásaiként. A szankciók azon motivációk, amelyek élvezeteket vagy fájdalmakat idéznek elő, s amelyek ezek által a magatartást kényszerítőleg befolyásolni képesek. A szankció az ő elméletében „kényszerítő erők vagy *motívumok* forrása: azaz, *fájdalmaké* és *élvezeteké*”⁴⁹, amely utóbbiak szerinte egyedül képesek motiválónként működni. A törvényhozónak tehát az élvezet és a fájdalom eszközeivel kell dolgoznia a következő körülmények figyelembe vételével,⁵⁰ amelyek az élvezet és a fájdalom értékét meghatározzák: *a.*) intenzitás, *b.*) tartam, *c.*) bizonyos vagy bizonytalan mivolt, *d.*) közeli vagy távoli mivolt, *e.*) termékenység, azaz annak esélye, hogy ugyanazon fajtájú észletek (élvezetek, illetve fájdalmak) kövessék⁵¹, *f.*) tisztaság, vagyis annak esélye, hogy nem fogják ellentétes tartalmú észletek követni és végül a *g.*) kiterjedés (az érintett személyek száma). Az ezekkel való összeadási műveletvégzés az élvezetek és a fájdalmak tekintetében képes bármely tett vagy esemény tendenciáját, azaz jó vagy rossz voltát felbecsülni, amihez ismerni

⁴² Bentham i. m. 680.

⁴³ Bentham i. m. 682.

⁴⁴ Horváth Barna: *Angol jogelmélet*. Budapest, Pallas Stúdió, Attraktor Kft. 2001. 324.

⁴⁵ Bentham i. m. 682.

⁴⁶ Bentham i. m. 701.

⁴⁷ Horváth i. m. 326.

⁴⁸ Bentham i. m. 701.

⁴⁹ Bentham i. m. 702. 7. jegyzet

⁵⁰ Bentham i. m. 707-708.

⁵¹ Bentham i. m. 707.

szükséges természetesen az élvezetek és a fájdalmak fajtáit, amiknek kategorizálását Bentham el is végzi.⁵²

A kormányzat feladata az, hogy a „társadalom boldogságát büntetéssel és jutalmazással előmozdítsa”.⁵³ Az elméletét a legkövetkezetesebben a büntetések – s nem pedig a jutalmazások⁵⁴ – területén dolgozta ki, s az utilitarizmus haszonkalkulusát is rendkívül konzekvensen alkalmazza Bentham büntetőjog-politikájában. Ha egy magánérdeket követő tett a közboldogság kárára van, akkor azt büntetni kell.⁵⁵ Mivel a helytelen tett társadalmi boldogságot kisebbít, ezért rossz, s vele szemben éppen egy olyan büntetést kell kiszabni, amely egy olyan rosszat helyez kilátásba, amely a büntetett boldogságát csökkenti. Számolva azzal, hogy a bűnelkövető haszonkalkulussal él, mivel az öröm növelésére és a fájdalom csökkentésére törekszik, ezért nem fog olyan bűncselekményt elkövetni, amellyel több fájdalmat fog kapni büntetés révén, mint amekkora a bűncselekménnyel elérhető öröm (haszon.) A jogalkotás-politika alapelve szintén az, hogy a kilátásba helyezett szankció több fájdalmat szüntet, előz meg, mint amennyit okoz, s több örömet ment meg, mint amennyit megsemmisít.

Az utilitarista morálfilozófiában a büntetés így csak célbüntetés, azaz prevenció vagy kártérítés lehet, a megtorlás pedig nem lehet igazolt. Mivel a büntetés fájdalomkóros, ezért – hangsúlyozzuk – csak akkor igazolt, ha az nagyobb rosszat előz meg, mint amennyit okoz. A büntetés indokolatlan akkor, ha az *a.) megalapozatlan, b.) hatástalan, c.) ráfizetéses*, vagy ha *d.) szükségtelen* lenne.⁵⁶ Ráfizetéses a büntetés, ahol a büntetés adta rossz meghaladja a büntetett által okozott rosszat.⁵⁷ A büntetés adta rossznak négy faja van: *a.)* kényszer okozta rossz, *b.)* az elfogás adta rossz, *c.)* a szenvedés adta rossz és végül *d.)* a származékos rosszak, amelyek azon személyekre hármlanak, akik kapcsolatban állnak az előbbi három rosszat elszenvedő személyekkel.⁵⁸

A ráfizetéses büntetés taglalásakor találhatjuk meg a szankcióalkalmazás és bírságolás elméletének leginkább előre mutató fejtegetéseit, amelyek már szinte kriminológiaiaknak, jogszociológiaiaknak hatnak. Akkor nem ráfizetéses a büntetés – írja –, ha elég lenne szankcióként, büntetésként egy kicsit kisebb rosszat kimérni és alkalmazni azon haszonnal, mint amekkorát a rossz elkövetésével a büntetett elérhet. Csakhogy számos esetben ahhoz, hogy egy büntetés hatékonyságára esély legyen, a büntetés mértékét, nagyságát jóval e szint fölé kell vinni. Így van ez akkor mindazon bűncselekmény vagy vétség típusokban, amelyek esetén a leleplezés esélye nagyon kicsiny, s így a büntetés valódi kiszabása felettebb bizonytalannak tűnik. Ezen esetekben, „ha egyáltalán büntetést alkalmaznak, akkor ezt a nagyság tekintetében annyira meg kell emelni, amennyire a bizonyosság tekintetében elégtelennek bizonyul”.⁵⁹ Ez az arány azonban csak becslés lehet, amit számos tényező, úgy mint a jogszabály megfelelő közzétételének hiánya, a kísértés sajátos körülményei, a csábításnak kitett egyének érzékenységét befolyásoló tényezők stb. befolyásolnak.⁶⁰ Bentham

⁵² Bentham i. m. 712-713.

⁵³ Bentham i. m. 714.

⁵⁴ Bentham azt állítja, hogy ahol a törvényhozás közvetlen közbeavatkozása indokolt, annak büntetés által kell történnie, s ott a jutalmazás igen kivételes lehet, s azon esetekben sem biztos, hogy alkalmazásukat szigorú értelemben a törvényhozás aktusának lehet-e nevezni. I. m. 765., valamint uo. 25. jegyzet.

⁵⁵ Vö. Bentham i. m. 714.

⁵⁶ Bentham i. m. 765.

⁵⁷ Bentham i. m. 767.

⁵⁸ Uo.

⁵⁹ Bentham i. m. 768.

⁶⁰ Uo.

az elrettentő erőben látja a visszatartó hatást, tehát, hogy a vétségre kiszabandó büntetéssel számolni kelljen, amihez pedig a felderítést kell bizonyossá tenni, mert egyébként a néhány esetben kiszabott büntetésnek nem lesz preventív hatása, különösen nem, ha a csábító motívumok különösen erős hatást tudnak kifejteni a potenciális büntetésekre.⁶¹ Ha pedig nincsen haszna a büntetésnek, mert nem képes a társadalmilag rosszat csökkenteni – tehetjük hozzá –, akkor az utilitarista logika szerint nem indokolt a kiszabása.

11. A jogi szankció alkalmazhatósága: a többiek, illetve a társadalom védelme a károsodástól: John Stuart Mill liberális koncepciója

Rousseau közjogi rendszerében még úgy tartotta, hogy kényszeríteni lehet a polgárt arra, hogy szabad legyen abban az esetben, ha nem akarna engedelmeskedni a közakaratnak:

„Hogy tehát a társadalmi szerződés ne legyen üres formáság, hallgatólagosan magában kell foglalnia azt a kötelezettséget, mely egyedül adhat erőt a továbbiaknak: ha bárki megtagadná az engedelmisséget a közakaratnak, akkor az egész közület rákényszeríthetné erre; ez nem jelent mást, mint hogy kényszerítik, hogy szabad legyen”.⁶²

Ezzel szemben John Stuart Mill utilitarista és radikális liberális álláspontot elfoglalva azt az alapelvet fogalmazza meg, hogy csak akkor alkalmazható büntetőjogi kényszer, ha az egyén magatartása mások, azaz egyének vagy a társadalom érdekeit sérti vagy nagy valószínűség szerint sérteni fogja.⁶³ Ezen esetekben az egyén felelős cselekedeteiért a társadalomnak. Az elfogadhatatlan, hogy a társadalom vagy annak hatalmat bíró, kiváltságos kisebbségének véleményét a törvény büntetésével fenyegetve kényszerítsék ki.⁶⁴ Az egyetlen cél, aminek érdekében lehet kényszert alkalmazni, s így az egyén szabadságába beavatkozni, az a mások sérelmének megakadályozása. Az ő saját java nem indok erre a beavatkozásra. Nem jogos kényszert alkalmazva megakadályozni, hogy valamit tegyen, vagy arra kényszeríteni valakit, hogy valamit tegyen pusztán azért, mert ez lenne a számára a jó, de azért sem, mert az lenne – mások szerint – a bölcs és helyes dolog.⁶⁵ Mill kárhoztatja ezt a zsarnoki módon működő paternalizmust. Meg lehet és szabad öt győzni, de jogi kényszert és szankciót alkalmazni nem lehet ilyen célok érdekében. Az egyén csak annyiban felelős a társadalomnak, amennyiben cselekedete a többieket érinti. Mindabban, ami csak őt érinti „jogos függetlensége korlátlan”, minthogy mindenki önmagának korlátlan ura. Vannak olyan, a másokat, a társadalmat érintő hasznos dolgok – írja az utilitarista gondolkodó –, amelyeket jogos kikényszeríteni törvényileg, vagyis nem csak a többieket érintő károkozás a törvényileg jogosan tiltott és szankcionált, hanem bizonyos társadalmilag kiváltképpen hasznos dolgok is kikényszeríthetnek jogosan. Az egyéni szabadság a főszabály, és a társadalmi alapvető hasznosság annak a kivételként meghatározott korlátja. Jogos kikényszeríteni a tanúskodást a bíróságon, a részvételt a honvédelemben és a közmunkákban, de egy másik ember életének megvédését, s a megtámadott védtelen ember megvédését is.⁶⁶ Ezen helyzetek tehát jogi felelősséget alapoznak meg, ami a szankciót is legitimálja, ha valaki ezeket elmulasztja megtenni. Vagyis az emberek nem csak aktív cselekvéssel, hanem mulasztással is

⁶¹ Bentham i. m. 769.

⁶² Jean-Jacques Rousseau: *A társadalmi szerződés*. ford. Mikó Imre, Bibliotheca Könyvkiadó, 107.

⁶³ John Stuart Mill: *A szabadságról*. Budapest, Századvég Kiadó, Readers International, 1994. 106.

⁶⁴ Mill i. m. 15.

⁶⁵ Mill i. m. 18.

⁶⁶ Mill i. m. 19.

elkövethetnek másokat károsító jogtalan tetteket, amelyek miatt felelősségre vonhatóak. Ez utóbbi azonban a kényszerítés és szankcionálás kivételként értékelhető esetsorozatja, amely eseteket egyesével érdemes megvizsgálni. Azon esetekben, amikor jó esély van arra, hogy azt gondoljuk, hogy valószínűleg helyesen cselekszik, ha szabadon hagyják dönteni, vagy, ha a kényszerítés az elkerülni szándékozottnál más nagyobb bajokat idézne elő (ez a hasznossági kalkulus és a szabadságelv kombinációja), akkor inkább kerülni kell az indokolatlan normaszabó-szankcionáló beavatkozást.⁶⁷ Általánosan is megfogalmazza Mill az utilitarista és egyben individualista tézist: az emberiség többet nyer azáltal (hasznosság-elv), ha eltűri, hogy mindenki belátása szerint éljen, „mint ha arra kényszerítik egymást, hogy úgy éljenek, ahogy a többieknek tetszik”⁶⁸ (relativista alapállás).

Mill a gondolat- és vélemény szabadság tárgyalásakor voltaképpen azt állítja, hogy minden, az egyéni szabadságot indokolatlanul korlátozó állami beavatkozás voltaképpen nem kényszer, hanem jogtalanul erőszak,⁶⁹ akkor is, ha azt a közvélemény beleegyezésével teszik. A vélemény szabadságot tehát nem lehet jogosan korlátozni. De lehet a cselekvés szabadságát, mégpedig a többiek sérelmének megakadályozása végett. Sőt, még a véleményeket is lehet, ha azok olyan körülmények között kerülnek kinyilvánításra, amelyek valamely káros cselekedet közvetlen kiváltójává teszik azokat.⁷⁰ Minden olyan cselekedet jogosan elnyomandó, amely igazolható ok nélkül kárt okoz másnak – írja Mill.⁷¹ Továbbá azt is olvashatjuk nála, hogy a társadalomnak jogában áll bármilyen módon kényszeríteni azokat, akik ki akarják vonni magukat „azokból a munkákból és áldozatokból, amelyek szükségesek ahhoz, hogy a társadalmat vagy tagjait meg lehessen védeni a bántalmazásoktól és a megtámadtatástól”.⁷² Tehát nem csak a többieket, társadalmat érintő károkozás a szankcionálandó, hanem a védelemi kötelezettségek önkényes nem teljesítése is. A mások egyéni vagy kollektív védelmének szabályait megsértő tetteket meg kell torolni oly módon, hogy fájdalmat okozzanak a jogsértőnek a büntetés kifejezett szándékával, s arra is ügyelni kell, hogy a büntetés kellőképpen szigorú legyen, s hogy az végre is hajtassék.⁷³ Ebből is látszik, hogy az utilitarista gondolkodó egy fájdalomérzékelő lényben gondolkodik, aki, ha elkerüli igyekszik a szankciót, akkor azt a valóban bekövetkező fájdalom elkerülése szándékából teszi. Nem elégséges tehát a kilátásba helyezett szankció – vonhatjuk le a következtetést –, hanem az is szükséges, hogy annak valós alkalmazásával a jogsértőnek számolnia is kelljen.

Az állam tehát a törvényi kényszer hatalmával nem avatkozhat be a tisztán magánügyekbe. Vannak ugyanis meggyőződése szerint a tisztán magánügyek viszonylag jól lehatárolható olyan területei, amelyekben az állam nem kompetens, így nem alkalmazhat szankciókat úgymond az egyén érdekében, de az aktuálisan gyakorolt magatartásával szemben. Az erkölcsi szankciók létét konstatálja, azonban azokat egy uralkodó elit többségi „magán”-véleményeként értékeli. Vagyis alapvetően relativista alapállású Mill, ezért is nem indokolt a többség véleményesen igaz véleményét ráerőszakolni a kisebbségre, különösen nem a törvény által. Az erkölcsi megítélés alapvetően egyéni ízlés kérdése, így nem a dolgok természetén alapszik. Példaként hozza és kritizálja az Egyesült Államok, azaz a legdemokratikusabbként ismert állam fényűzést közösségileg szankcionáló gyakorlatát, illetőleg az alkoholtilalmat elrendelő jogszabályokat. Ez utóbbiak nem a kereskedők, hanem inkább a borfogyasztók azon

⁶⁷ Mill i. m. 20.

⁶⁸ Mill i. m. 21.

⁶⁹ Mill i. m. 25.

⁷⁰ Mill i. m. 65.

⁷¹ Uo.

⁷² Mill i. m. 85.

⁷³ Mill i. m. 90.

szabadságát sérti, hogy borhoz jussanak, vagyis az állami törvényi kényszer voltaképpen a borívást tiltja közvetetten, ami a magánszférába való beleavatkozás.⁷⁴

Az egyén nem felelős a társadalomnak olyan, másoknak, versenytársainak veszteséget eredményező cselekedetért, ami abból fakad, hogy nem ők érték el a hön áhított célt, dolgot, s így erőfeszítésük, időbefektetésük hiábavalónak bizonyult. Az emberiség általános érdeke, hogy az emberek ne hagyják ilyen okok miatt eltéríteni magukat céljaik elérésétől. Az állam jogosan nem avatkozhat be az alulmaradt versenytársak efféle szenvedéseinek kiküszöbölése céljából, hanem csak akkor, ha valaki a versenyben céljai elérése végett általános érdekekkel össze nem férő eszközöket, azaz furfangot, csalást vagy erőszakot alkalmaz.⁷⁵

Mill hosszasan tárgyalja a jogos korlátozás és szankcionálás piaci kereskedelemmel összefüggő kérdéseit. Itt a szabad kereskedelem tanának és az általa kifejtett egyéni szabadság tanának kapcsolódásait vizsgálja meg. Mill szerint, mivel a kereskedelem az emberek és a társadalom érdekeit érintő társadalmi tevékenység, ezért az elvileg a társadalom illetékességi körébe tartozik.⁷⁶ Ezért régebben a kormány egyik legfontosabb feladatának tekintették azt, hogy rögzítse az árakat és szabályozza az iparüzést. Manapság azonban a szabadkereskedelem tana uralkodik – írja –, s a kereskedelemre kirótt korlátozások, vagy a „termelésre a kereskedelem érdekében kiszabott korlátozások valóban korlátok, s minden korlát, mint korlát rossz, de a kérdéses korlátozások a tevékenységnek csak azt a körét érintik, melyet a társadalom valóban hivatott korlátozni, s így csupán azért rosszak, mert nem eredményezik azt, amit várnak tőlük.”⁷⁷

Mivel nézőpontja szerint a szabadkereskedelem tanában nem foglaltatik benne az egyéni szabadság elve, ezért az elv alapján nem lehet kijelölni a szabadkereskedelem határait sem,⁷⁸

⁷⁴ De Mill kritizálja azt a szocialistáknak tulajdonított nézetet is, miszerint a teljesítménytől függetlenül minden munkásnak ugyanannyi bér jár, így kritizálja azt a nyomásgyakorlást, ami az ellen irányul, hogy a munkaadó és a munkavállaló szabadon állapodjanak meg a hasznosság alapú bérezésben, de bírálja a szigorúan értett kötelező munkaszüneti nap törvénybeiktatását is. Utilitarista meggyőződése alapján állítja, hogy sokak szórakozása és felfrissülése indok lehet arra, hogy kevesen arányosan több jövedelemért cserébe dolgozzanak az előbbieket érdekében (miközben a hét egy másik napján kapnának esetleg szünnapot), vagyis helytelen a munkaszüneti napokon történő munkavégzés kategorikus törvényi tiltása. Senki sem gátolja az embereket abban, hogy ha ők is a szórakozást és a nem a többletjövedelmet választják, akkor elhagyják azon munkájukat, amely a szünnapokon való munkavégzéssel együtt jár. A vallási alapokon nyugvó azon törekvések pedig, hogy például a vonatok ne közlekedjenek vasárnap és a múzeumok is legyenek zárva, alapvetően nem különböznek a vallási inkvizítorok intoleráns szándékaitól. Tehát ez sem indok a szünnapok kategorikus törvényi kikényszerítésére. De szerinte az egyes közösségek által vallási alapokon nyugvónak tekintett poligámia tiltása is az egyéni szabadság ellen van, minthogy a nők jobbra szabad akaratukból egyeznek abba bele mondván, hogy jobb a feleségek egyikének lenni, semmint hajadon maradni. Bár tehát Mill az igazi egyéni szabadság ellen valónak tekinti a poligámiát, mégis zsarnokságnak, vallási türelmetlenségnek tekinti azt, ha állami törvények kényszerítik a mormonokat arra, hogy ne éljenek saját vallási törvényeik szerint poligámiában. Tehát bár Mill szélhámosságnak tekinti ezen vallást gyökereiben, mégis a vallási toleranciát olyan az egyéni és közösségi szabadsághoz hozzátartozó dolognak tekinti, ami akár az egyének, azaz jelen esetben a nők önként vállalt szabadságkorlátozás-tűrésének kötelezettségét is megalapozza. Így tehát ezen esetben sem jogos szerinte a törvényi tiltás és kényszer alkalmazása. Szerinte is a poligámia a civilizációs fejlődéssel ellentétes, azonban szerinte senkinek sincs joga arra, hogy másokat civilizációra kényszerítsen törvényileg. Amíg a rossz valláserkölcsei (mormon) törvények áldozatai nem kérnek segítséget, addig senkinek semmi köze nincsen az ő szokásaikhoz, így nem is kényszeríthetik őket arra, hogy azokkal felhagyjanak – írja Mill.

⁷⁵ Mill i. m. 107.

⁷⁶ Uo.

⁷⁷ Mill i. m. 107-108.

⁷⁸ Mill i. m. 108.

tehát azt, hogy mikor és milyen eszközökkel jogos a tiltó-szankcionáló állami beavatkozás. Olyan, a szabadkereskedelem korlátozását érintő kérdésekben, mint hogy milyen állami eszközökkel lehet a hamisítás okozta csalást megakadályozni, vagy hogy milyen egészségügyi óvintézkedések megtételére kötelezheti az állam a munkáltatót a veszélyes foglalkozást űző munkavállalók érdekében csak azon alapelv állapítható meg, hogy mindig jobb az embereket békén hagyni, mint ellenőrizni, bár az említett célok érdekében például „elvileg” ellenőrizhetőek. Vagyis azt állapíthatjuk meg, hogy az említett célok olyan mások, illetve a társadalom érdekeit érintő javak, amelyek érdekében a piacon cselekvő alanyok magtartása szabályozható, korlátozható és szankcionálható, miközben a főszabály az, hogy minél szűkebbre szorítandó az állami kötelezés és azt követő szankcionálás. Az áruk beszerzését és behozatalát korlátozó intézkedések – vonatkozzanak azok akár mérgekre, akár az ópiumra – szerinte kifogásolhatóak, mert azok a vásárlók szabadságát korlátozzák. A méregkereskedelem tekintetében felmerül az állam preventív büntetőjogi funkcióinak határkijelölési problémája. A kérdés az, hogy meddig terjed a rendőrség tevékenységének elfogadható határa, tehát milyen mértékben jogos megsértenie az egyének szabadságát a büntettek vagy a balesetek megakadályozása érdekében? Az állam feladata kétségtelenül az, hogy „elővigyázatossági rendszabályokat hozzon a büntettek ellen elkövetésük előtt, s hogy felderítse és megtorolja azokat elkövetésük után.”⁷⁹ A preventív funkciójával azonban sokkal inkább hajlamos visszaélni a szabadság rovására, mint a büntető funkciójával. Hiszen az emberi cselekvés majd minden területét olyanként lehetne feltüntetni, mint ami megkönnyíti a bűnözés valamilyen formáját. Ha egy eszköz kizárólag bűntény elkövetésére alkalmas, akkor jogos a tiltása, így ha a mérgeket kizárólag gyilkolásra vásárolnák és használnák, akkor jogos lenne az előállításuk és az árusításuk tiltása. Csakhogy nemcsak ártalmatlan, hanem egyenesen hasznos dolgokra is használhatóak. Márpedig nem lehet úgy korlátozni valamely felhasználásukat, hogy az egyszersmind ne legyen kihatással a többire is. Amennyiben egy baj bekövetkezte nem bizonyos, akkor a fennálló veszély elkerülésére csak figyelmeztetni indokolt az illetőt, s nem pedig erőszakkal visszatartani attól. A mérget ehhez hasonlatosan figyelmeztető címkével szükséges ellátni, s az megfelelő, szabadságot nem korlátozó elővigyázatossági rendszabály, ha viszont minden esetben orvosi bizonyítványt követelnének meg, akkor az olykor ellehetetlenítené, de legalábbis költségesebbé tenné azt, hogy mérget megengedhető célokra felhasználjanak. Amit egyedül el tud fogadni, az a szerződés megkötésekor az arra vonatkozó, fennálló tények rögzítése az eladó részéről. Nem a tiltás és a szankcionálás, hanem az előbb említett ún. „előzetes bizonyítékok” azok, amelyek úgy érvényesítik a preventív büntetőjogi szempontokat, hogy közben az egyéni szabadságot a piaci viszonyok tekintetében nem akadályozzák túlzott mértékben. Meg lehet törvényileg követelni, hogy a mérget eladó nyilvántartásban rögzítse az ügylet pontos idejét, a vásárló nevét és címét, az eladott áru pontos mennyiségét, s a célt, hogy milyen szándékból veszi azt a vásárló. Amennyiben pedig nem orvos által felírt szerről van szó, akkor elő lehet írni egy harmadik személy tanúsító jelenlétét, aki tanúskodik a vásárlás tényéről, amennyiben felmerül az ésszerű gyanúja annak, hogy a vevő a mérget bűnös célra használta. Államilag előírt rendszabályok ezek tehát, amelyek nem gátolják a magánjogi ügylet létrejöttét, s így a szabadságot és a szabadkereskedelmet, azonban megnehezítik a büntetőjogi kockázatot hordozó szerek visszaélészerű alkalmazását.

A korlátozó kötelezések és szankciók tehát egyrészt minél kisebb körre szorítandóak vissza, s amikor elkerülhetetlenek, akkor a magánjog világához leginkább közel álló, annak logikáját a legkevésbé korlátozó megoldások a preferálandóak. Minden korlátozás szabadságot visszametsző kényszerítés, s hogy indokolt legyen, a minimálisra szorítandó vissza. A

⁷⁹ Uo.

nagyobb társadalmi haszon az, ami miatt mégis jogos lehet, de ez a haszon a többieket meg nem károsítani elv, ami voltaképpen a másikat szabadságában nem korlátozni elv folyománya, s nem pedig az emberek boldogítását fedi akaratszabadságuk ellenében. Ezért az olyan dolgok nem tiltandóak törvényileg, amelyek csupán önsorsrontóak (így eltűrendő szerinte a paráználkodás és a játékszenvedély), viszont az olyan magatartások igen, amelyek kilépnek a társadalmi dimenzióba, s amely „önérdekű mesterkedések” másokat végülis a saját szabadságukat korlátozó életmódra csábítja, bírja rá – s nem hagyja, hogy azok belső ösztönzésből döntsenek. Ezen befolyásoltság révén az ilyen szenvedélynek hódolók törvényileg előírt kötelezettségeiknek valószínűleg nehezen vagy nem is lesznek képesek eleget tenni, márpedig ez mindenkinek az érdeke rajta kívül. A nyilvános játéktermeket tehát ezen megfontolásokból be kell tiltani, bár a „tiltás sohasem hatásos, és bármekkora zsarnoki hatalmat adnak is a rendőrségnek, a játéktermek más címeken mindig fenn tudnak maradni, de így arra kényszeríthetők, hogy működésüket bizonyos titkossággal és rejtélyességgel övezzék, s így senki ne tudjon róluk semmit azokon kívül, akik kifejezetten keresik őket, s ennél többet a társadalom nem kívánhat elérni.”⁸⁰ Az erkölcs elleni ezen vétkek és bűnök így tiltással és szankcionálással következésképpen a perifériális illegalitásba, a szürke zónába, illetve a magánszférába szorulnak vissza (magánterületen, zárt magántársaságban mindenki játszhat szerencsejátékot – nyomatékosítja). Megbírságotandó vagy börtönbe zárandó tehát a kerítő és a játékbarlang-tulajdonos, de nem a bujálkodó vagy a játékos.⁸¹ Vagy mai példával is élve: ezen koncepcióban a kábítószer termelője és annak forgalmazója szankcionálandó, de nem maga a kábítószer-fogyasztó. Az izgatószeret forgalmazó, azok fogyasztására rendelt nyilvános helyek üzemeltetését jogilag csak fedhetetlen erkölcsű személyek számára kellene lehetővé tenni, illetve azok számára, akikért valaki kezeskedik, s a rendőrségnek figyelemmel kell kísérnie azok működését. Szabályozni kellene a nyitva tartások idejét, amivel a nyilvános felügyeletet lehetne foganatosítani, és vissza kell vonni az árusítási engedélyt, ha a tulajdonos erélytelensége vagy összejátszása miatt folyamatos rendbontások vannak a helységben, vagy ha az „a törvény kijátszásának, áthágásán mesterkedők gyűlhelyévé válik.”⁸²

Mill morálfilozófiájából következik a társadalomképe és kormányzat-koncepciója. Amellett érvel, hogy a kényszerítő erejű döntéseket kibocsátó országos hatóságok normaalkalmazó szankcionáló tevékenységét nem szabad túlzásba vinni, hanem egy – ahogy manapság mondanánk – szubszidiárius állam- és kormányzatfelépítés modellje lenne szerinte a kívánatos,⁸³ ami azért több a minimális állam liberális modelljénél.

*12. A jog az „erőszak politikája”, ami a jogi kényszerben összontosul:
Rudolf von Jhering jogelmélete*

A jog Jheringnél kétféle módon jön létre. Mindkettő az erőszakkal, az erővel függ össze. Az első az a mód, amikor a norma mindenki azon érdekéből származik, hogy rendet hozzanak létre, s ami a szükséges erővel rendelkezik az egyes egyének ellenszegülő akaratával szemben. Ebben az esetben a norma az elsődleges, amihez az erő(szak), a kényszer társul. A második módban az erő(szak) az elsődleges, amihez a norma társul, minthogy az erősebb a norma révén saját erejét korlátozza, minthogy az önnön érdekében áll.⁸⁴ Mindkét esetben az

⁸⁰ Mill i. m. 112-113.

⁸¹ Mill i. m. 113. Vö. 91.

⁸² Mill i. m. 114.

⁸³ Mill i. m. 127-129.

⁸⁴ Rudolph von Jhering: *Der Zweck im Recht* I, Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1884. 248–249.

egoizmus – írja Jhering – a joghoz jut el kényszerítő ereje révén.⁸⁵ A domináns verzió szerint tehát az állam a hatalomnak, sőt az erőszaknak (*Gewalt*) a kifejeződése, amely dominánsként tudott megállapodni. A jog pedig ezen erőből ered, az erősebb érdekéből. A jog az az eszköz, amelyen keresztül az erőszak számára előnyt hozó megfontolásokból önmagát korlátozva a legyőzöttekkel való kapcsolatát szabályozza oly módon, hogy velük az együttélés feltételeit illetően szerződik. Az erőszak tehát önmagát korlátozza, amelyet a felek betartanak. Az erőszak így elismer egy normát, aminek alá kívánja magát vetni, és az erőszak által elfogadott ezen norma a jog.⁸⁶ Ezen esemény jelentősége független azon tényről – írja Jhering –, hogy adott esetben az erőszak betartja-e vagy sem a jogot. Lábbal tiporhatja, amint azt tette sokáig, mindazonáltal egyszer s mindenkorra életre keltette a jogot és többé nem tagadhatja a létét.⁸⁷ Ezen módon az erőszak egy korábban tőle idegen direktívát hozott létre, amely saját cselekvését szabályozza és egy kritériumot, amely cselekvését megítéli. Semmi nem akadályozza meg az erőszakot abban, hogy kivonja magát ezen jog alól, mindazonáltal ezzel önkényes hatalommá válna. Az erő így, azon jog lábbal tiprása által, amelyet ő maga hozott létre, válik önkényé. Az önkény a jog ellen fellázadt erőszak.⁸⁸ Egy olyan erő hatalma, amelyet nem szabályoz törvény, nem minősül önkénynek, hanem csupán hatalomnak, mivel amint az árnyék sem létezik fény nélkül, úgy önkény sem létezik törvény nélkül.⁸⁹ A jog létében nem előzi meg az erőszakot, nem olyan valóság, amihez az erőszaknak igazodnia kellene, hogy legitimé váljon, illetve amitől a tartalmakat kellene hogy kapja a helyes jogalkotásához,⁹⁰ minthogy a jog nem csak ‘szabályozott erő(szak)’, de az ‘erő(szak) politikája’ is egyben.⁹¹ A jog tehát az erőszak egy sajátos terméke, járulékos kifejeződése, amelyet azért hozott létre, mert az neki megfelelt. Mint már említettük, a jog a hatalmasabbnak az erejéből fakad, aki saját érdekében korlátozza önmagát a norma által. Az erőszak nem úgy jut el a joghoz, mint valami olyan tőle idegen dologhoz, amelyet kívülről kap, ami a jog rajta kívül álló értelme lenne, és nem is mint valami nálánál magasabb rendű dologhoz érkezik el hozzá, aminek alá kellene magát rendelnie alsóbbrendűségének tudatában, hanem a jogot saját mércéjeként, de saját termékeként tekinti, vagyis a jogot mint az ‘erő(szak) politikáját’ tekinti.⁹² Az erő nem vonul vissza, hogy helyet adjon a jognak, hanem saját pozícióját érintetlenül hagyva hozzáteszi a jogot, mint járulékos elemet, s így válik igazságos erővé, ‘jogos erőszakká’ (*rechte Gewalt*).⁹³ Meglátásunk szerint az erőszak ily módon válik norma által szabályozott, de az állam által gyakorolt jogi kényszerre a jheringi tanban. A jog ugyanis a társadalmi életfeltételek garanciájának a formája, amit az állam kényszerítő ereje szavatol.⁹⁴

Mivel a jog lényegi jellemzője a kikényszerítő erő, s mivel a kikényszerítéshez való jog az állam abszolút monopóliuma, ezért az állam a jog egyedüli forrása, minthogy egyedül az képes és van joga arra, hogy kikényszerítse a jogi normáit. Azon normák, amelyeket az azokat kibocsátó entitás nem tud saját maga kikényszeríteni, nem jogi normák (*Rechtssätze*).⁹⁵ Ily módon az államnak minden területén levő társaság, egyesület felett szupremáciája van. Ha az állam mégis jónak látja, és úgy dönt, hogy ezen kollektívumok számára a tagjaik vonatkozásában kikényszerítő hatalmat ad, akkor azt csak egy szívességi használat létesítése

⁸⁵ Jhering (1884) i. m. 249.

⁸⁶ Jhering (1884) i. m. 245.

⁸⁷ Uo.

⁸⁸ Uo.

⁸⁹ Rudolph von Jhering: *Der Zweck im Recht* I, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1877. 347.

⁹⁰ Alberto Donati: *Giustnaturalismo e diritto europeo. Human Rights e Grundrechte*. Milano, Giuffrè, 2002. 154.

⁹¹ Vö. Guido Fassò: *Storia della filosofia del diritto*. III, Ottocento e Novecento. Roma–Bari, Laterza, 2007. 192.

⁹² Jhering (1884) i. m. 249.

⁹³ Jhering (1884) i. m. 250.

⁹⁴ Jhering (1884) i. m. 443.

⁹⁵ Jhering (1884) i. m. 318.

módján teszi. Az egyéneknek és a testületeknek nincsen következképpen eredeti kikényszerítő hatalmuk, így senkinek az akarata sem hatalmazhat fel senkit önmagával szemben a kikényszerítő hatalom érvényesítésére. Az államé a kikényszerítő hatalom, ezért annak alkalmazásának céljairól is maga dönt (a társadalom javát szem előtt tartva).⁹⁶

Az alanyi jog sajátossága abban áll, hogy valamely javat (annak tág értelmében) az állam, annak kikényszerítő hatalma, a jog címzettjének javára biztosít. A jogi gondolkodás fejlődése eljut oda, hogy az alanyi jog – és az azt kifejező jogviszony – nem más, mint egy érdeken alapuló akarat vezérelte hatalom (*Macht, Willensherrschaft, Willensmacht, Rechtsmacht, Machtverhältnis*),⁹⁷ amelyet a jogi kényszer támogat, kikényszerít. Mint látható, az akarat vezérelte érdek hathatós megjelenítése a politika szférájában a jogi védelem megszerzése érdekében az alanyi jog hatalmi jellegét mutatja mind genezisében (az érdek megjelenítése), mind annak érvényesítésében, minthogy voltaképpen az a jog – bármi is legyen az tartalmilag –, amit az állami hatalom, mint általa védett érdekeket jogi normáival – azok szankciórendszerével – kikényszerít. Olybá tűnik, hogy Jheringnél a peres jogérvényesítés a jogérvényesülés rendes módja, s nem az önkéntes jogkövetésben látja azt megvalósulni. Jhering feltételezi, hogy a felek nem akarják maguktól megadni a Másiknak az őt megillető jogot, ezért a magánjogban csak a peres kikényszerítéssel érvényesülhet a törvény. Enélkül az erőszak, a törvénytelenység uralkodna el, hiszen az emberek jogtalanul kívánnák erővel érvényesíteni jogtalan, azaz törvény által nem védett érdekeiket. A felek talán csak a peres jogérvényesítéstől való félelmükben kényszerülnek rá valamelyest az önkéntes jogkövetésre.⁹⁸ Az ember természete szerint nem az önkéntes jogkövetés, hanem a magánfelek jogérvényesítési kényszerétől való félelem eredményezi következképpen a törvényes állapotokat, a jogépség megvalósulását. A törvény által védett magánérdek, mint jogosultság (alanyi jog) peres kikényszerítése az új erkölcsi norma. A jog gyakorlati érvényesülése nélkül nincsenek voltaképpen jogok, márpedig a gyakorlati érvényesülés a felek viszonyában nem az önkéntes jogkövetést jelenti, hanem a jogsértő erőszakkal szembeni peres kényszerítés által válik valósággá. Az alanyi jog – az egoisztikus, és ezért szükségképpen konfliktusos antropológiai és társadalomfilozófiai ismérvek miatt – folytonos sérelemnek van kitéve, ezért igény-állapotú jellemzője miatt megsértett állapotában lesz érzékelhető a normatív, érvényesítendő jellege, s a peres kikényszerítés válik így a jogérvényesülés rendes, rendszerinti útjává.

Jheringnél az erőszak egyrészt a jogot létrehozó, s az az előtti, egyedül valóságosan létező ontológiai valóság, amelynek önszántából tett önkorlátozása a jog, másrészt a jogi norma mögött álló kényszerbe szorul vissza, de ott markánsan jelen van, mivel nem csak az alanyi jog érvényesülésének, hanem az érvényességének is az alapja, hogy államilag kikényszeríthető. Így a kikényszeríthető érdek minősül jogilag védett érdeknek, azaz alanyi jognak. Ahol pedig nincs a tárgyi jog által biztosított kereset, azaz törvény a kikényszerítésre, ott nincs jogilag védett érdek. Ha a törvényhozási út elrekesztésre kerül a tárgyi jog megváltoztatására, akkor a parlési politizálás révén kényszeríthető ki egy új alanyi jog, amely gyakorlat részben a jheringi koncepció hatástörténeti eredményének is tulajdonítható az Egyesült Államokban.

⁹⁶ Jhering (1884) i. m. 319.

⁹⁷ Donati i. m. 219–220.

⁹⁸ „Mert már az ember természete szerint is az a biztos tudat, hogy a jogosított határozott ellenállásával fog találkozni, inkább visszatart bárkit valamely jogtalanság elkövetésétől [...]” Rudolf von Jhering: *Küzdelem a jogért*. In Varga Csaba (szerk.): *Jog és jogfilozófia*. Budapest, Szent István Társulat, 2001. 9.

Az alanyi jog sajátossága az tehát, hogy valami a mi javunkra szolgál, s ezt az állami hatalom elismeri és normáival, kényszerítő apparátusával védi. Ernst Bloch⁹⁹ elemzéseiből pedig az derül ki, hogy Jhering koncepciójában voltaképpen a *norma agendi* szabja meg a *facultas agendi* valódi terrénumát, vagyis a tárgyi jog az alanyi jogot, aminek az a kényszerrel szerez érvényt.

13. Hans Kelsen Tiszta Jogtana: a jog mint kényszerrend és a szankció központi szerepe

A klasszikus korban a jog természetjogias értelemben vett érvényessége és abból fakadó kötelező ereje jelentette a jogiság lényegi ismérvét, ami a – főként szociális beállítottságúnak tekintett – alanyokat fő szabály szerint arra indította, hogy megadják egymásnak a jog szerint megilletőt, s a jogsértésre következő szankció inkább jogpatológiának minősült. Ezzel szemben Kelsen kényszerrendként értett normarendszerében, egy ilyen rendszeren belüli nézőpontból a jogsértést nemhogy „a jog” megsértésének nem tekinti, hanem az a jog létének feltétele, s így végülis a szankcióban látja s ragadja meg a jog lényegét, már csak azért is, mert azáltal lesz az a jogi megismerés tárgya. A jogsértés azért sem sértheti meg a jogot, mert a jog éppen a jogsértés révén létezik, jut el lényegi funkciójához, így a jogsértés – és vele a szankció – annak lényegi elemét adja. A jogsértés nem jogpatológia szerinte, mivel a jogsértésre következő szankció a jogi norma érvényességéről tesz bizonyosságot tényellentétes normativitásában, vagyis mutatja azt, hogy a jogsértés ténye ellenére a jogsértésre következő szankció által a jog normatív érvénye fennáll. A „jogsértéssel bizonyosodik be a jog egzisztenciája, mely érvényességében rejlik – vagyis a kényszeraktus mint jogkövetkezmény legyenjében.”¹⁰⁰ Kifejezetten szakítani kíván az ő korában is elterjedt természetjogias gondolkodással, amely a jog fogalmában, eszméjében, belső tartalmában benne rejlő kötelező erőre, s annak cselekvésmotiváló erejére helyezi a hangsúlyt, s amely a jog kényszermozzanatát valóban másodlagosnak tekinti. Úgy látja – nem teljesen alaptalanul –, hogy úgy válik ezen irányzat számára a kényszer elrendelése nem lényeges elemmé, hogy a jog kötelező ereje a jog értékességének közvetlen belátásán alapszik, s ekkor ezen természetjogi felfogásban a jog érvényessége „azon a belső kényszeren fog nyugodni, melyet kötelezőségének az evidenciája magával hoz”.¹⁰¹

Kelsen az előbbiekkal ellentétben a normarendszernek megfelelő viselkedés társadalmi elérése tekintetében ‘közvetlen’ és ‘közvetett motivációról’, mint ideáltípusokról ír. A jogrendszer (s nem az állam) normáinak való engedelmeskedés esetén bizonyos előnyöket, azok be nem tartása esetére pedig meghatározott hátrányokat helyezhet kilátásba. Ezen ígért előnyök kívánása, illetve a hátránytól való félelem azok, amelyek a magatartást mozgatják. A szankció a jogrendszerben azt a funkciót tölti be, hogy általa a jogalkotó a szerinte kívánatos magatartási minták megvalósulását elérje. Kelsen úgy tartja, hogy a létrehozott jogrendnek megfelelő magatartás jobbra ezen rendszerben tételezett szankció révén érhető el. A társadalmi életben mellőzhetetlen kártérítés és a büntetés elvei azt tartalmazzák, hogy a létrehozott jogrendnek megfelelő magatartáshoz a megígért előnyt, az annak meg nem felelő magatartáshoz pedig a kilátásba helyezett hátrányt, mint szankciót társítják.

Egy társadalmi rendszer úgy is működhet azonban, hogy sem a normakonform cselekvéshez előnyöket, sem a normasértő tettekhez hátrányt (szankciókat) nem fűz, mivel ezek hiányában

⁹⁹ Ernst Bloch: *Naturrecht und menschliche Würde*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1961. 240.

¹⁰⁰ Hans Kelsen: *Tiszta Jogtan*. Ford. Bibó István. Budapest, k. n. 1988. 16.

¹⁰¹ Kelsen (1988) i. m. 16.

írja elő és igényli a normáknak megfelelő magatartást, aminek az egyének önként eleget tesznek pusztán azért, mert az számukra előnyös, s ez így ez elegendő cselekvési indok. Ezen 'közvetlen motiváció' ritkán fordul elő a maga tisztaságában a társadalmi valóságban – írja Kelsen. Ritkán fordulnak elő ugyanis olyan normák, amelyek tartalmi önmagukban elégséges motiváló erővel bírnak a címzettek számára. Másrészt minden normakövetést társadalmilag egy értékítélet előz meg, ami a norma- és rendszerkövető cselekvést jónak, a normasértőt pedig rossznak értékeli. A normarendszer-követést tehát általában a többiek helyeslése, a normasértést pedig az egyet nem értésük kíséri. A csoport tagjainak az egyének viselkedését érintő ezen helyeslése, illetve helytelenítése az, ami a rendszer szankciójában ölt formát. Kelsen szerint a lényegét érintő gyakorlati különbség nem abban van, hogy léteznek olyan társadalmi rendszerek, amelyek szankciók, s olyanok, amelyek nem szankciók révén hatékonyak, minthogy nézete szerint minden társadalmi rendszer valamilyen módon „szankcionált” a társadalom egyének normarendszer-követő vagy azt sértő viselkedését érintő specifikus reakciója által. Ez még a magasan fejlett erkölcsi rendszerekre is áll, amelyek jobban közelítenek a közvetlen motiváció révén történő, azaz szankciók nélküli normák által való ösztönzési módszerhez. Az egyedüli valós különbség az, hogy egyes rendszerek saját meghatározott szankciókkal bírnak, míg másokban a szankciók a közösség automatikus reakcióiban állnak, amelyek nem kifejezetten a rendszerben foglaltak, az által előírtak. Kelsen hajlamos fejlődéstörténeti perspektívájú kulturanropológiai fejtegetésekbe bocsátkozni, amiben most még nem kísérjük el őt.

A konklúziója az, hogy a tág értelemben vett kétféle szankció (!), azaz a hátrány, vagyis a tág értelemben vett büntetés, s az engedelmeskedés esetére ígért előny, vagyis a jutalom (*reward*) közül az első játszik Kelsen szerint jóval nagyobb szerepet a társadalmi életben. Ezért is tekinti a jogkövetkezményt tág értelmében is szankciónak.

Azt, hogy a büntetés technikája az elsődleges a jutalmazásával szemben, szerinte mutatják azon rendszerek, amelyekben erős még a transzcendens szankció, vagyis a vallási jelleg. A primitív népek azért tartják be valláserkölcsei rendjüket, mert a tabuknak nevezett számos tiltások hatásosak, minthogy félnek azokat megszegni. A hagyományos szokások megsértésére következő, istenségtől származó csapásoktól való félelem az, ami működteti ezt a rendszert. Ha a primitív társadalmakban kevésbé sértik meg a társadalmi normákat, mint a civilizáltakban, ahogy azt az etnológusoktól tudjuk, akkor ez annak köszönhető, hogy abban félnek a szellemek büntetésétől, vagyis a büntetéstől, ami isteni eredetű ugyan, de már a földön érvényesül. A jutalomban való részesedés motivációja csak másodlagos jellegű. A fejlettebb vallási rendszerekben is, ahol a jutalom már nem annyira evilági, hanem jobbra túlvilági, ott is a halál utáni büntetéstől való félelem a fő motivációs forrás. Az emberiség hiedelmeiben sokkal inkább reálisan van jelen képileg is a pokol büntetésének félelme, mint az erényes élet után remélt jutalomnak, azaz a jövőbeli paradicsomnak homályos képe és annak ösztökéje. Az emberi képzelet általában nagyjából leképezi társadalmilag valóságosan adott rendet. Ebben lényegét tekintve jószerivel a kívánt magatartás elérésére egyetlen megoldást alkalmaz a társadalmi csoport: egy rossz kilátásba helyezését, s normasértés esetén pedig annak alkalmazását. Ez a büntetés technikája, aminek Kelsen elsődleges, meghatározó, szinte már kizárólagos jelentőséget tulajdonít. A jutalom technikájának szerinte csak az egyének magánjellegű relációiban van komolyabb jelentősége.

A jogrend megsértőjére kimért és alkalmazott rossz dolog, ha társadalmilag van megszervezve, a javaktól, azaz az élettől, az egészségtől, a szabadságtól és az anyagi javaktól való megfosztásban áll. Minthogy ez az érintett akarata ellenére történik, így a szankció 'kényszer' fogatosításaként jelenik meg. Ez azonban nem jelenti azt, hogy a szankció

érvényesítésében feltétlenül fizikai kényszert szükséges alkalmazni. Erre csak akkor van szükség, ha a szankció foganatosítása ellenállásba ütközik. Ez kivételesen történik csak meg olyan társadalomban, ahol a hatalom számára kellő erő áll rendelkezésre a szankciók kikényszerítésére. Egy olyan társadalmi rend, amely az általa kibocsátott normák betartását a szankciók kilátásba helyezésével kívánja elérni, kényszerítő rendként, 'kényszerrend'-ként tételeződik. Ez a társadalmilag káros cselekményeket szankcióval fenyegeti. Ezáltal különbözik az összes többi társadalmi rendtől. Különbözik azoktól, amelyek a jutalmazás szankciójával (!), s nem annyira a büntetéssel motiválnak, s azoktól is, amelyek egyáltalán nem szankcionálnak, hanem a közvetlen motiválás technikájával élnek. Ezen társadalmi rendszerek ellentétben azokkal, amelyek kényszerítő intézkedéseket, mint szankciókat tételeznek, az önkéntes engedelmeskedésen nyugszanak. Mindazonáltal még sincsen ilyen éles szembenállásról szó. Mivel a jutalmazás közvetett motiváción nyugvó technikája a büntetés révén való közvetett motiváció technikája, mint a kényszeralkalmazás technikája, és a közvetlen motiváció technikája, mint az önkéntes engedelmeskedés technikája között helyezkedik el. Az önkéntes engedelmesség – szögezi le különös állítását Kelsen –, mint valamilyen motiváció maga is voltaképpen kényszer, a pszichológiai kényszer hatására történik, s így nem a szabadság megnyilvánulása.

Kelsen nyomatékossítja azonban, hogy a pszichikai kényszer megléte nem szolgálhat a társadalmi rendszerek különféle típusainak megkülönböztető kritériumaként. Ugyanis mindenféle társadalmi rend tényleges hatékonysága, s így léte a motiváláson, s ekképpen voltaképpen a pszichikai kényszeren nyugszik.¹⁰² Így minden normaszerinti cselekvés ebben a koncepcióban nem egy – mondjuk – a felelősség- vagy kötelességetikán nyugvó döntési szabadság aktusa, hanem cselekvést meghatározó kényszer eredménye. Csak olyan értelemben lehet egymással szembeállítani a kényszerrendeket az önkéntes normakövetésen nyugvórendszerekkel, hogy a kényszert az előbbieket szankcióként alkalmazzák olyan értelemben, hogy ezen kényszerintézkedések akarata ellenére fosztják meg a szankció által sújtottakat javaiktól.¹⁰³ Ebből következik – tehetjük hozzá – a pszichikai kényszer nem igazi kényszer, mert nem az alany akarata ellenére bekövetkező olyan kényszerintézkedés, ami javaktól fosztaná meg, a fizikai kényszer lehetőségét is akár kilátásba helyezve. De ha nincsen igazából szükség rendszerint a fizikai kényszer valós alkalmazására – vethetjük fel –, akkor a szankció nem a pszichikai kényszerhez hasonlatosan működik? Ha a társadalmilag megszervezett szankcionáló erő nem annyira a fizikailag alkalmazandó szankcióra helyezi hangsúlyt, mert az alanyok félnek a túlerős állami hatalomtól, akkor a szankcionáló kényszerintézkedés nem inkább preventív pszichikai kényszerként, ahhoz hasonlatosan működik? Az erkölcsi, de adott esetben a jogi rendszert is hatékonyan működtető lelkiismeret ereje – vethető fel – nem pszichikai kényszerként, hanem sokkal inkább szankcionáló fórumként működik, természetesen lelki értelemben, ami olyan pszichikai vagy akár fizikailag is érzékelhető rossz érzettel is járhat, amit a lelkiismeret-furdalás fogalma alatt ismerünk. De valóban, s ebben igaza van Kelsennek, belső fórumként társadalmi erőként nincsen megszervezve. Azonban ezen fogalom-meghatározási bonyodalmak mutatják, hogy nem szerencsés a 'kényszer' kiterjesztett értelmének alkalmazása, vagyis a 'pszichikai kényszer' fogalma túlfeszítettnek, túltelítettnek, sőt erőltetettnek tűnik.¹⁰⁴

¹⁰² Hans Kelsen: A jog mint sajátos társadalmi technika. In Varga Csaba: *Jog és filozófia*. Antológia a XX. század jogi gondolkodása köréből. Budapest, Szent István Társulat, 2001a. 194.

¹⁰³ Uo.

¹⁰⁴ Még akkor is, ha Kelsen másutt árnyalja a pszichikai kényszer (*Psychic Compulsion*) tartalmát a jogi relevancia és más normarendszerek vonatkozásában. Hans Kelsen: *General Theory of Law and State*. Union, New Jersey, The Lawbook Exchange, 1999. 23.

Ha szembeállításra kerülnek a kényszerrendszerek a kényszerítő jelleggel nem rendelkezőkkel, vagyis azokkal, amelyek az önkéntes követésen alapszanak, akkor ez olyan értelemben történik, hogy az előzőek rendelkeznek kényszerítő intézkedésekkel mint szankciókkal, míg az utóbbiak nem. Az említett szankciók olyan értelemben kényszerintézkedések, hogy az egyének akaratuk ellenére megfosztatnak némely javuktól, s ha szükséges, annak fizikai erővel is érvényt szereznek. Ilyen értelemben a jog kényszerítő rend, 'kényszerrend'. A jogot Kelsen a kényszerrend sajátos társadalmi technikájaként fogalmazza meg.¹⁰⁵ A jog normasértése adott reakciója a „társadalmilag szervezett kényszerintézkedésekből” áll, miközben az erkölcsi szankció, ha van ilyen, az nem rendelkezik ezzel az ismérvvvel. A vallási normák egy túlvilági hatalom büntetésével fenyegetik a normasértőt, s szankcióik is túlvilági transzcendens jellegűek, vagyis ezek sem társadalmilag megszervezett szankciók. Azonban – s erre jó érzékkel mutat rá Kelsen – a valláserkölcstől túlvilági szankcióval védett normái lehet, hogy hatékonyabbak a jog kényszer-szankciókkal védett normáinál.¹⁰⁶ A megkülönböztető kritérium azonban nem a normák szankcióinak hatékonysága, hanem társadalmilag megszervezett jellege vagy annak hiánya. A társadalmilag szervezett kényszeraktust a társadalom nevében gyakorolja a rend által meghatározott módon a rend által meghatározott személy azon személlyel szemben, aki ezen rendet megsértette. A szankció a rend vagy az általa alkotott közösség reakciója a normasértővel szemben.¹⁰⁷ Láthatjuk, hogy voltaképpen a normarendszer szankciójáról beszélhetünk, mert ebben a koncepcióban a közösséget is a szankcionált normarendszer hozza létre.¹⁰⁸ A szankciót végrehajtó a jogi közösség nevében cselekszik, s a szankciót is annak tudjuk be.¹⁰⁹

A szankció és a kényszer a jogrendszer lényegi elemei Kelsennél, nem azért, mert azok a normák hatékonyságát garantálják,¹¹⁰ hanem mert ez a norma és a kényszerrend belső természete, tartalma, hogy bizonyos magatartásokhoz, mint feltételekhez jogkövetkezményként szankciót ír elő. Csak azon szabályok jogi normák, amelyek következményként szankciót tartalmaznak. A jogrendszer minden normája kényszerítő, vagyis szankciót tételező norma. Arra a kifogásra, hogy léteznek szankciót nem tételező normák, amiként például az alkotmányjog is, azt válaszolja,¹¹¹ hogy ez utóbbi jog nem teljes és független, hanem a bíróságok és más szervek által alkalmazandó normák integráns részét alkotja, s így azokkal együtt tekintendő. Ekképpen szerinte az alkotmány(jog) nem lehet példa azon állításra, miszerint létezn(én)ek szankció nélküli normák. A materiális alkotmány normái csak azért jogiak, mert szervesen kapcsolódnak a szankciót tételező normákhoz, amelyeket az alkotmány alapján hoznak meg. A szankció teszi tehát a normát jogivá, még az egyébként szankció nélküli alkotmányt is.

A jog, mint szankciókat tételező kényszerrend összegésében vett minimális hatékonysága azonban a jogi érvényesség kritériuma is Kelsennél. Kelsen ugyanis különbséget tesz – a norma és a jogrend vonatkozásában is – hatékonyság és érvényesség között. A norma és a jogrend jogi érvényessége tekintetében így ír Kelsen: „Ha azt mondjuk, hogy a norma »létezik«, ezen azt értjük, hogy a norma érvényes. [...] A jogelmélet a jogot érvényes normák

¹⁰⁵ Kelsen (2001a) i. m. 195.

¹⁰⁶ Kelsen (2001a) i. m. 196.

¹⁰⁷ Uo.

¹⁰⁸ Ld. Kelsen (1999) i. m. 20-21.

¹⁰⁹ Kelsen (2001a) i. m. 196.

¹¹⁰ Kelsen (1999) i. m. 28-29.

¹¹¹ Kelsen (1999) i. m. 143-144.

rendszereként fogja fel.”¹¹² A hatékony(talan)ság tekintetében pedig különbséget kell tenni norma és a jogrendszer hatékonysága között. A konkrét norma (konkrét) hatékonytalansága nem érinti annak jogi érvényességét, ha egy egészében véve hatékony jogrendszerhez tartozik: „Érvényesség és hatékonyság között a különbségtétel azért is szükséges, mert előfordulhat, hogy egy egészében hatékony, vagyis érvényesnek tekintett jogrendben valamely jogi norma érvényes, de a konkrét esetben mégsem hatékony; éspedig azért nem, mert noha kellett volna, mégsem követték, vagy nem alkalmazták.”¹¹³ Látható, hogy az említett különbségtétel után Kelsennél az érvényesség és a hatékonyság mégis összekapcsolódik a jogrendszer (normarendszer) esetében, hiszen a jogrendszer érvényességét a hipotetikus alapszabály mellett, ezen érvényességet keresztülhúzó módon – a ‘lét’ és a ‘legyen’ általa vallott újkantiánus különválasztottságát e tekintetben hatálytalanítva – a kényszerrendként való hatékonysága is biztosítja:

„A jogelmélet csak akkor tekinti a jogi normát érvényesnek, ha az egy nagyjából hatékony jogrendhez tartozik; vagyis ha azok az emberek, akiknek magatartását a jogrend szabályozza, általában tényleg úgy viselkednek, amint a jogrendnek megfelelően viselkedniük kell. Ha a jogrend bármely okból elveszíti hatékonyságát, normáit a jogelmélet nem tekinti többé érvényesnek.”¹¹⁴

Mint látható: a jogrendszer mint kényszerrend minimális, összegészében vett szociológiai hatékonysága így a jogi érvényesség kritériuma nála.

Mivel Kelsen a kényszert és az erőszakot nem tartalmi minőségi kritériumok alapján fogalmazza meg, így némileg erőltetettnek tűnnek a szankció természetét megérteni szándékozó, azonban a gondolatmenetet nem túlságosan előre vivő következő fejtegetései. Azon általa feszegetett paradoxonról van szó, miszerint a kényszerrendként fémjelzett társadalom éppen azt teszi lehetővé, amit a társadalom tagjai számára tilt, mégpedig az erőszakot. A kényszeraktus ugyanis szerinte éppúgy erőszak, mint aminek elkerülésére azt alkalmazzák, vagyis a társadalom tagjai közötti normasértő erőszak. A kényszerrend élet, szabadság és javak elvételével fenyegető szankciói éppen azt biztosítják, hogy a társadalom tagjai erőszakosan ne vegyék el egymás életét, szabadságát és javait. Az erőszakot – írja Kelsen – éppen az erőszak-alkalmazás elkerülése érdekében alkalmazzák.¹¹⁵ Minthogy Kelsen nem tud különbséget tenni ‘kényszer’ és ‘erőszak’ között, így még csak a normaszerűségben sem rejlik azok különbsége, hanem a szankcióként foganatosított kényszerintézkedés is valahol erőszak, akárcsak a normasértő jogtalan bűncselekmény. Ezen gondolatosság gyökerei Jheringnél találhatóak meg, aki – mint láthattuk – erőszak és szankcióban foglalt kényszer között nem tesz lényegi különbséget, már csak azért sem, mert az erőszak nem tűnik el a jog létrejöttével, hanem csak mintegy a háttérbe húzódik, s megmarad a szankció kényszerében, mint jogos erőszak.

Kelsen számára a jog rendezést jelent a béke fenntartását célozva és az erőszak alkalmazását tiltva. Azonban abszolút módon nem zárja ki az erőszakot, hiszen a „jog az erőszak megszervezése”.¹¹⁶ Az erőszak alkalmazásának tilalma az a feltétel, amelynek nem teljesülése esetére az erőszakot, vagyis a szankcióként megjelenő kényszerintézkedést rendeli a rendszer

¹¹² Hans Kelsen: Tiszta jogtan és az analitikus jogelmélet. In Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia*. Budapest, Szent István Társulat, 2001b. 172-173.

¹¹³ Kelsen (2001b) i. m. 172.

¹¹⁴ Uo.

¹¹⁵ Kelsen (2001a) i. m. 196.

¹¹⁶ Uo.

jogkövetkezményként alkalmazni. Aki a jogrend által felhatalmazottan a szankciót alkalmazza, az e rend, illetőleg az általa létesített közösség nevében foganatosítja a kényszerintézkedést a közösség békéjének fenntartása érdekében. A jog tehát az erőszak használatát a közösség monopóliumává teszi¹¹⁷ a béke biztosítása, vagyis a normaellenes erőszak kizárása végett. A jog társadalmi technikája az erőszakos beavatkozást a másik érdekkörébe azt deliktumként kezelve úgy igyekszik elkerülni, hogy a kényszerintézkedést helyezi szankcióként kilátásba, vagyis az erőszakot mint szankciót arra az esetre, ha valaki normasértő erőszakot alkalmazna. Ha pedig azt mégis alkalmazza, akkor erőszakcselekményére a kényszerintézkedés szankciója a közösség jogrendben előírt és abban biztosított válasza oly módon, hogy beavatkozik a normasértő érdekkörébe úgy, ahogy ő maga is – de normasértően – tette. Erőszak tehát a deliktum és a kényszerintézkedés is, csak hogy az egyik normasértő, a másik pedig szankcióként jogkövetkezmény. A jog ugyanis olyan rend – írja Kelsen –, amely csak a deliktum formájában, vagyis a jogi norma feltételeként tiltja az erőszakot és nem pedig a jogi szankció, azaz a jogkövetkezményként tételezett és alkalmazott kényszerintézkedés formájában, mert az olyan használatát megengedi.

A jog technikája Kelsen szerint abban áll, hogy következményként meghatározott kényszerintézkedéseket kapcsol bizonyos feltételekhez.¹¹⁸ Amíg az erkölcs azt írja elő, hogy „ne lopj”, addig a jog a következőt tételezi: „aki lop, azt megbüntetik”. Míg az erkölcsi norma egy ember cselekvését szabályozza, addig a jogi norma mindig legalábbis kettőét: az alányét, akinek a magatartása a következményként meghatározott szankció alkalmazásának a feltétele, s a szervezetét, akinek feladata a szankció alkalmazása.¹¹⁹ A szankció mint kényszerintézkedés alkalmazásának a normában foglalt feltétele azon deliktum, aminek elkerülését irányozza elő a normarendszer, a jogrend. Ez utóbbi ugyanis azt a magatartást kívánja elérni, amely nem szerepel a szankció feltételeként, tehát éppen a normasértő, s így szankcionált cselekvés ellenkezőjét. A jogrend azáltal, hogy bizonyos magatartásokhoz mint feltételhez szankciót rendel kívánja ezen szankcionált magatartási minták ellenkezőjének elterjedését elősegíteni. A deliktum és a szankció között a jogi norma létesít kapcsolatot – írja szigorú normapozitivizmusában Kelsen.¹²⁰ Ez a norma statikai oldala, a konstitúciójáé. A szankcionált magatartás nem azért büntetendő Kelsennél, mert az önmagában igazságtalan, hanem pusztán csak ezért, mert a normában a szankció feltételeként éppen az került tényállásként meghatározásra. Következésképpen azért lesz egy magatartás jogellenes, mert következményként szankciót rendel a jogrendszer hozzá.¹²¹

A jog dinamikája a jog alkotását, s a megalkotott általános normák konkrét esetre történő alkalmazását öleli fel, vagyis annak megállapítását, hogy a normában foglalt feltétel megvalósult-e, s így a normában tételezett szankció alkalmazható-e?¹²² Kelsen rendszerében a dinamikus jogi folyamat voltaképpen három részből áll: az általános norma megalkotásából,

¹¹⁷ Kelsen (2001a) i. m. 196.

¹¹⁸ Kelsen (2001a) i. m. 200.

¹¹⁹ Uo.

¹²⁰ Uo.

¹²¹ „Az állami kényszeraktust, azaz a büntetést, a polgári jogi vagy közigazgatási végrehajtást tekinti a jogtételben a meghatározott feltételhez kapcsolódó következménynek, miáltal maga a feltételt képező tényállás jogsértésnek, a feltételtől függő pedig jogsértés-következménynek minősül. Nem valamely bennerejlő minőség, nem is a jogon túli normához, morális értékhez, azaz a pozitív jog számára transzcendens értékhez való viszonya teszi, hogy egy bizonyos magatartás jogellenesnek, a szó legtagabb értelmében deliktumnak minősül, hanem kizárólag és egyedül az, hogy a jogtételben e magatartás egy sajátos következmény feltételeként adott, s hogy a pozitív jogrend erre a magatartásra kényszeraktussal reagál.” Kelsen (1988) i. m. 14-15.

¹²² Kelsen (2001a) i. m. 201.

majd annak alkalmazásának előfeltételül szolgáló tények, s különösen a deliktum meghatározásából, ami az általános normában foglalt szankció konkrét esetre alkalmazása (szankciót elrendelő egyedi norma alkotása), s végül a szankciónak a deliktum megvalósítóján való végrehajtásának (egyedi normavégrehajtás) szakaszából.¹²³

A szankció differenciálódása tekintetében Kelsen azt mondja, hogy a büntetőjog főként szankciójában különbözik a polgári jogtól, s nem annyira a szankció külső körülményeiben. Mindkét jogágban kényszerintézkedésről van szó, amellyel javaitól fosztják meg az alanyt, de a polgári jog csak a tulajdontól való megfosztást teszi lehetővé (s ez vonatkozik a bírságra is), míg a büntetőjog a már tárgyalt javakat vonja el. A polgári szankció a kártérítést célozza, a büntetőjogi szankció a megtorlást, illetőleg a megelőzést, miközben nem tagadható, hogy a polgári jogi szankciónak is van másodlagosan ilyen preventív funkciója – írja Kelsen.¹²⁴ További különbség, hogy a polgári szankció révén az erőszakosan elvett tulajdont a kárt szenvedettnek szolgáltatják ki, addig a büntetőjogban a szankció a jogi közösségnek rendeli a tulajdont.

14. Az alanyi jog Kelsennél per által kikényszerített voltában, szankcióként érzékelhető – Jhering hasonló gondolataival párhuzamba állítva

Újabb különbség mutatkozik a szankcionálások eljárásait illetően különbség mutatkozik a polgári jogi és a büntetőjogi szankciók között. Míg a polgári végrehajtásra irányuló bírósági eljárást az érdekelt meghatározott alany kezdeményezheti, addig a büntetésvégrehajtási bírósági eljárás csak hivatalból kezdeményezhető. A polgári jogi vita ugyanis két magánfél, a felperes és az alperes jogvitája, s mivel egy polgári jogi deliktum egy jog megsértése, ezért a jog alanya hozhatja működésbe a polgári jogi szankcionálására irányuló eljárást.¹²⁵ Az alanyi jog így Kelsen ‘tisza jogtan’-ában voltaképpen csak megsértett, s méginkább, a tárgyi jog által lehetővé tett peresített mivoltában, azaz a jogsértést kimondó, s a szankciót kiszabó pert indító akarat kinyilvánítása által válik érzékelhetővé. Azáltal tehát, hogy a felperes „beindítja a jog kényszerítő gépezetét”¹²⁶ a per lefolytatásának elindításával, ami ‘egyedi normát’, tipikusan szankciót tartalmazó bírói ítéletet eredményez.¹²⁷ Jhering számára – némileg hasonlatosan – az alanyi jog az állami jog által védett olyan „minősített” érdek, ami a tárgyi jog által védett jellegében lesz joggá, de amit annak érvényesüléséhez ki is kell kényszeríteni perben. Sőt, Jheringnél egy jog nem annyira államilag, törvényileg védett érdek jellegében, hanem inkább peresített, s így kikényszerített voltában lesz joggá. Míg tehát Kelsen ‘tisza’ jogtanában a tárgyi jog peresíthetőségi lehetőségével való konkrét élés, azaz a majd szankciót kiszabó, pert indító kereset teszi érzékelhetővé az alanyi jogot, addig Jheringnél a perben kikényszerített törvényileg védett érdekek minősülnek valódi jogosultságnak.

Kelsen minden Jhering-kritikája ellenére azt kell mondanunk, hogy Jhering nagyhatású munkáját (Küzdelem a jogért) alapul véve – mint látható – alig van különbség a két felfogás között. Csupán annyi, hogy Jheringnél az érezhető, hogy a perrel érvényesített jogépség, törvényesség fenntartásának célja, s értéke mögött a törvényileg helyesen védett érdekeket is sejteti, érzékelteti, illetőleg – történelmi léptékben gondolkodva – akár a törvénnyel szemben is érvényesítendőnek tart bizonyos „elnyomott jogokat”. Az alanyi jog fogalma így magában

¹²³ Kelsen (2001a) i. m. 201, 206.

¹²⁴ Kelsen (2001a) i. m. 202.

¹²⁵ Kelsen (2001a) i. m. 203.

¹²⁶ „In so doing the plaintiff puts in motion the coercive machinery of law.” Kelsen (1999) i. m. 82.

¹²⁷ Kelsen (1999) i. m. 87.

rejt valamiképpen egy – ambivalens – materiális jogfogalmat. Az ő felfogásában a perrel érvényesített törvény által védett érdek a jogépség biztosítását, a törvény uralmát valósítja meg, a ki nem kényszerített jogos érdek pedig az erőszak, a jogtalanság uralmát táplálja. Csakhogy a törvény által „még nem” védett érdekek, mint „feltételezett jogok” érvényesüléséért való küzdés koncepciója a „jogok” moralizáló és egyben politikai olvasatát implikálja, mivel a jogok jogfilozófiáját Jhering nem fogalmazza meg, nem dolgozza ki. Kelsen rámutat a törvény előtt létező alanyi jogok ilyen koncepciójának politikai-ideológiai jellegére.¹²⁸ Továbbá Kelsen felfogásában egy jog alanya az a potenciális felperes (sértett), akinek a kereset benyújtásával történő akaratnyilvánítása törvényileg előírt módon szükséges feltétele a szankciónak.¹²⁹ (A jogrend ezen lehetőséget rendszerint azon alanynak biztosítja, írja Kelsen, akinél a jogalkotó ezen szankcióhoz való érdeket feltételezi.¹³⁰) Egy kortárs jheringi – bár sajátos – olvasat szerint pedig valaki azt állíthatja: az minősül egy jog alanyának, aki jogát sikeresen kikényszeríti, érvényesíti a bíróságon, függetlenül attól, hogy ezen jogosultságot a törvény korábban kifejezetten előírta-e, annak gyakorlását lehetővé tette-e. Egy ilyen optikában következőképpen lehetséges bírói jogértelmezéssel keletkező alanyi jogokért küzdeni, a jogok általánosabb, meg nem határozott értelmét és tartalmait alapul véve. Az ‘alanyi jog’ tehát Kelsennél a normában foglaltak szankcióval való konkrét érvényesítéséhez fűződő érdek akaratnyilatkozattal történő kifejezését jelenti, amit a kereset benyújtása fejez ki, tesz valóságossá. Kelsen ugyanakkor a normában foglalt szankció érvényesülésének „alanyi jog”-ként megjelenő, procedurális értelmű rendezését a polgári jogban csak egy sajátos – nem alternatíva nélkül való – jogi technikának tartja.¹³¹

15. Kitekintés: a szankció kényszerétől az erőszakos politikaérvényesítésig, avagy az alanyi jogok peres kikényszerítésének politikai visszasságai

A perlési politizálás, mint az alanyi jog ‘politikai’ használata nézetünk szerint mindenképpen komoly jogfilozófiai és legitimációs problémákat vet fel. Olyanokat, mint például, hogy milyen legitimációs alapon kényszerít ki „új” jogokat jogértelmezés révén egy bíróság, illetve hogy azok milyen értelemben minősülnek egyáltalán „jogok”-nak. A bírói kényszerben megmutatkozó hatalmi potenciált közvetlenül jognak tekintő, s a jogi érvényességet a peres jogérvényesítés kényszeréhez kötő ezen megközelítésmód kérdései már Jhering Küzdelem a jogért c. munkája nyomán is részben megfogalmazódtak, de Kelsen előbb említett gondolatai újabb kérdőjeleket támasztanak. Végül nyomatékosítanánk azt a momentumot, hogy míg Jhering a magánjogi jogérvényesítés, sőt a jogépség-helyreállítás kiváltképpen eszközeként tekint a peres jogérvényesítésre, addig Kelsen egy sajátos jogrend sajátos technikájaként tekinti azt. Azonban mindketten rámutatnak a peres kikényszerítés ‘rendes’, s nem kivételes jellegére, s annak politikai-hatalmi tartalmára.

Jhering filozófiai értelemben vett pozitivistá¹³² elméletében az erőszak nem vonul vissza a jog általa való megteremtésével, hanem a jogi kényszerben koncentráltan fennmarad.¹³³ Sőt olykor előtérbe is kerül a jogot, mint járulékos tényezőjét félretolva. Az erőszak és a jog kapcsolata ugyanis nem a kortárs joguralmi (*Herrschaft des Rechts*) relációt, annak

¹²⁸ Kelsen (1999) i. m. 80.

¹²⁹ „The subject of a right is the individual whose manifestation of will directed to the sanction, i.e., whose suit is a condition of the sanction.” Kelsen (1999) i. m. 83.

¹³⁰ Uo.

¹³¹ Kelsen (1999) i. m. 85.

¹³² Fassò i. m. 192.

¹³³ Jhering hangsúlyozza, hogy a jog létrejöttének történeti megjelenési módja a jog és az erőszak közötti reláció aktuális jogfilozófiai megértését illetően is érvényes tartalmakat hordoz. Jhering (1884) i. m. 246.

koncepcióját jelzi tehát, amikor a joghoz a jogi kényszer/erőszak (*Gewalt*) társul járulékos elemként, hanem éppen fordítva áll a helyzet a ‘jog, mint az erőszak politikája’ (*das Recht als Politik der Gewalt*) teóriájában: az erőszakhoz társul járulékos módon a jog úgy, hogy az erőszak közben önnön pozícióját megtartja – írja Jhering.¹³⁴ Olykor, még a jogfejlődés jelen stádiumában is előfordul – teszi hozzá –, hogy az erőszak fellázadva az érvényes jog ellen új jogot teremt.¹³⁵ Ezen helyzet kell, hogy a helyes viszonyrendszert láttassa velünk – írja Jhering –, mivel a jog nem a legmagasztosabb dolog a világban – szögezi le –, s nem is öncél, hanem a társadalmi együttélést szolgálja, s ha ezt a funkcióját az aktuális jogállapotok közt nem képes betölteni, akkor szükségszerűen közbelép az erőszak, beáll a rendkívüli állapot (*Notstand*).¹³⁶

Amire felhívnanék a figyelmet, az a jogi erőszak (kényszer) mint a társadalmi elnyomás, hatalomgyakorlás eszközének marxi koncepciója, amit az ideológiakritika eszközével kívánnak a marxisták leleplezni. Ezen megközelítésmódot látszik alátámasztani a lett Pjotr Ivanovics Stucska (Pēteris Stučka), aki Jheringre és Engelsre egyszerre hivatkozva¹³⁷ hangsúlyozza, hogy a kényszer abszolút módon a jog konstitutív elemét adja, mindazonáltal marxista alapállásból a jogi kényszer (erőszak) mögött, azaz a jogilag védett érdek mögött határozottabban lát társadalmi osztályelnyomást mint Jhering, aki a társadalmat nem osztályalapon teoretizálta.¹³⁸ Azonban többek között Derrida Törvényerő című munkájában megfogalmazott kritikája és saját – nézetünk szerint – helytelen próbálkozásai az igazságosságának az erőszak-törvényként értett joggal való szembeállítására és egyben annak kiváltására mutatnak rá arra, hogy az erőszak jelenlétének ilyen súlyú feltételezése a jogban tévútra viszi a jogi gondolkodást, mind a jog megalapozását, mind annak e paradigmában megfogalmazott ideológiakritikáját tekintve. Nem a közvetlen ‘erőszak’, hanem a jogi kényszer a pozitív jog szükséges eleme, azonban a jogi előírások kötelező erejét a jogi érvényesség, s nem pedig az erőszak alapozza meg.¹³⁹ Jheringnél azonban az ‘erőszak’ és a ‘kényszer’ fogalmi szétválasztása nem történik meg következetesen¹⁴⁰ – s ez szándékosnak tűnik –, így a jogi érvényesség kérdéskörébe tolódik át a kényszer által való érvényesülés momentuma, ekképpen, ha valaki szerint igazságtalan tartalmú normák foganatosítása történik, akkor „erőszak”-ot kiáltva könnyen fordulhat – szerinte „joggal” – a mindenkori aktuális joggal szembe.

16. Hart jogpozitivisták kísérlete: a jog állami kényszer-paranccsal való azonosítása helyett a ‘belső nézőpont’ érvényesítése?

Hart különbséget tesz a jogrendszer létezése, működése tekintetében ‘engedelmeskedés’ és ‘elfogadás’ között. A jogrendszer létezésének ugyanis két szükséges és elégséges feltétele van

¹³⁴ Jhering (1884) i. m. 249–250.

¹³⁵ Jhering (1884) i. m. 250.

¹³⁶ Uo.

¹³⁷ Stucska Engelsre hivatkozva írja, hogy a jog kényszere azért nélkülözhetetlen, mert az az osztályelnyomás eszköze, míg Jhering *Der Zweck im Recht*-jére szövegszerűen hivatkozik az ismert szöveghelyet hozva. Jhering (1884) i. m. 253. Ld. Mario G. Losano: *Bevezetés. (Introduzione)* In Rudolf von Jhering: *Lo scopo nel diritto*. Torino, Einaudi, 1972. LXXII. Stucska inkább a közép-európai, mintsem az orosz hagyományhoz kötődik, így Jhering műveit közvetlenül ismerhette. Másrészt viszont valószínűleg az orosz-lengyel Lev Joszipoovics Petraszickij (Leon Petrażycki) munkásságán keresztül találkozhatott Jhering elméletével. Losano i. m. LXX. A Stucska által leggyakrabban idézett jogász éppen Jhering. Losano i. m. LXXI.

¹³⁸ Losano i. m. LXXVI.

¹³⁹ Vö. Karácsony András: *Jogfilozófia és társadalomelmélet*. Budapest: Pallas Stúdió – Attraktor, 2000. 215.; Frivaldszky János: *Politikai barátság és jogi viszony. Iustum Aequum Salutare*, V. 2009/4. 38–44.

¹⁴⁰ Vö. Jhering (1884) i. m. 253–254.

Hartnál: míg az embereknek általában csak *engedelmeskedniük* kell az érvényes (elsődleges) normáknak, addig a hivatalos személyeknek *el kell fogadniuk* a másodlagos szabályokat.¹⁴¹ Van, aki már az egyszerű polgárok esetében pusztán a kényszer érvényesítése vagy kilátásba helyezése révén elérhető engedelmeskedés vonatkozásában nyomatékosítja, hogy Hart rendkívül közel kerül az általa kritizált Austinnak a jogot a kényszerrel, a merő erőszakkal azonosító imperatív felfogásához.¹⁴²

Mi némileg árnyaltabban, de általánosabb érvennyel arra mutatnánk rá, hogy a természetjogi érvényesség normatív kérdése a jog belső nézőpontjából egyre kevésbé megjeleníthető módon a jogi normák *önkéntes elfogadásán*, illetve a jognak való *engedelmeskedésen* keresztül szélső esetben a jognak való félelemvezérelt, opportunistá-konformista¹⁴³ *kényszerű engedelmeskedéssé*,¹⁴⁴ pontosabban a félelem által való *kényszerítés* vagy a pusztán *elnyomó erőszak* rideg szociológiai jelenségévé válik a jogfosztott vagy elnyomott rétegek esetében. Általában is kijelenthető, hogy „jó okai” a jogkövetésre az elnyomó egyenlőtlenségeken alapuló társadalmakban az adott rendszer jótéteményeit élvező uralkodó osztálynak lesznek.¹⁴⁵ A harti természetjog tartalmának gyengéi a jogi érvényesség és a jogkövetés kérdése tekintetében mutatkoznak meg, most, amikor kiderül, hogy nincsenek annak általánosan érvényes normái. Ezen a ponton közel kerültünk John Austin jogrendfelfogásához, ahol a szuverént úgy definiálja, hogy ő az, akinek a parancsainak az adott társadalom többsége szokásszerűen engedelmeskedik (ő maga azonban mással szemben nem tanúsít ilyen szokásszerű engedelmességet). Cattaneo rámutat arra, hogy a Hart által eszközölt különbségtevés az elfogadás és az engedelmesség¹⁴⁶ között most mutatja meg igazi jelentőségét: a ‘természetjog minimális tartalma’ nem az engedelmeskedésre, hanem az önkéntes elfogadásra szolgáltat jó indokokat. Szükséges, mondja Hart, hogy legyenek olyanok, akik önkéntesen elfogadják a rendszert, azért hogy meglegyenek a szükséges

¹⁴¹ H. L. A. Hart: *A jog fogalma*. ford. Takács Péter. A fordítás alapjául a második kiadás szolgált (1994, Penelope A. Bulloch és Joseph Raz által szerkesztett *Utószóval* ellátva). Budapest, Osiris, 1995. 139.

¹⁴² Aldo Schiavello: *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart*. Un'introduzione critica. Torino, G. Giappichelli Editore, 2004. 36. Ld. Hart (1995) i. m. 17. Hart célkitűzése Austin parancselméletének bírálata: „Ez az elmélet azt állítja ugyanis, hogy a jog megértésének kulcsa a fenyegetéssel alátámasztott utasítás egyszerű gondolatában keresendő, amit Austin maga »parancsnak« nevezett. A következő három fejezet ennek az elméletnek a hiányosságai foglalkozik.” i. m. 28. illetve lásd még i. m. 30-tól. Az összegző megállapítás, amitől Hart elhatárolódik így hangzik: „Ha a legfőbb és független személyt vagy testületet Austint követve szuverénnek nevezünk, akkor egy ország törvényei azok a fenyegetéssel alátámasztott általános utasítások lesznek, amelyek vagy a szuveréntől vagy a szuverénnek engedelmeskedő alárendeltől származnak”. i. m. 38.

¹⁴³ Schiavello i. m. 192.

¹⁴⁴ Hart maga egyébként határozott különbséget tételez a kötelezettség mibenléte vonatkozásában a kényszer kilátásba helyezésével biztosított magatartásirányító hatásmechanizmus (előrejelző elmélet) és a kötelezettség szabály-alapú, belső nézőpontot érvényesítő felfogása között: „A kötelezettség és a kényszer érzése két különböző, bár gyakran egymást kísérő dolog. Ha ezeket azonosnak tekintenénk, akkor ezzel – lélektani érzések alapján – hibásan értelmeznénk a szabályoknak azt a fontos belső szemléletét, amire a III. fejezetben hívtuk fel a figyelmet. [...] Egy kötelezettség létezésére vonatkozó állításnak a szabálytól való eltérésre adott ellenséges reakciót előrejelző, illetve annak valószínűségét felmérő értelmezése és a mi álláspontunk közötti különbség esetleg igen csekélynek tűnik. A mi álláspontunk az, hogy egy kötelezettség létezésére vonatkozó állítás, bár előfeltételezi azt a háttérrel, ahol a szabályoktól eltérő magatartást rendszerint ellenséges reakciók követik, jellemző módon mégsem ennek előrejelzésére szolgál, hanem sokkal inkább azt fejezi ki, hogy egy szabály vonatkozik az adott esetre. Ez azonban valójában nem csekély különbség.” Hart (1995) i. m. 108.

¹⁴⁵ Mario A. Cattaneo: *Il diritto naturale nel pensiero di H. L. A. Hart*. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4 (1965) 687.

¹⁴⁶ Egy „jogrendszer léte – írja Hart – olyan társadalmi jelenség, amelynek mindig két vonatkozása van [...]. Feltételezi egyfelől a szabályok önkéntes elfogadásából, másfelől a pusztán engedelmességből vagy hallgatóságos belenyugvásból következő beállítódásukat és magatartásukat.” Hart (1995) i. m. 233. Lásd még: Aldo Schiavello: *Accettazione del diritto e positivismo giuridico*.

http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2001/12schiavello.pdf

minimális feltételek a többiek engedelmességre való kényszerítésére. Ahhoz pedig, hogy az uralkodó osztály tagjai elfogadják a rendszert szükséges, hogy az ő csoportjukon belül a természetjog minimális tartalmát adó, az emberi együttélés alapvető elveit biztosító normák garantálva legyenek. Egy elnyomó egyenlőtlenségre épülő despotikus rendszerben az uralkodó és az elnyomott osztály közötti különbség nagyjából az, ami azok között van, akik elfogadják és akik csak engedelmeskednek a rendszer normáinak – írja az olasz jogfilozófus.¹⁴⁷ Ha tehát ezen elfogadás a jogrend létezésének szükséges feltétele, és ezt megelőzően ezen elfogadáshoz azt a szükséges feltételt állapítja meg, hogy a természetjog minimális tartalma a jogrend bizonyos normáiban érvényesüljön legalább egy szűk csoport vonatkozásában, akkor a következő konklúziót lehet levonni. Hartnak a természetjog minimális tartalmára vonatkozó elméletének csupán szociológiai relevanciája van, mivel azt állapítja meg, hogy egy politikai rendszer ahhoz, hogy fennmaradjon, legalább minimálisan az egyetértésre kell alapulnia: az – adott esetben akár csak szűk körű – uralkodó osztály tagjainak önkéntes együttműködésén. Tényszerűen elképzelhetetlen egy olyan diktatórikus rendszer, amely egy ember akaratán alapszik, legalább egy szűk uralkodó osztály támogatását nélkülözve. De olyan társadalom igenis elképzelhető, ahol a jogi érvényesség normativitása, a maga belső nézőpontjával csak a hivatalos személyekre koncentrálódik, míg a társadalom tagjai a jogrendszer kényszerének, erőszakának elszenvedő puszta tárgyai, akiket esetleg (mind) vágóhídra küldenek, s ezt a rendszert Hart fogalmilag egyértelműen jogrendszernek nevezi.¹⁴⁸

17. A piaci versenyt korlátozó magatartásra következő szankcióknak hatékonyaknak és piac-konformaknak kell lenniük: Friedrich A. von Hayek.

Arra a kérdésre, hogy a piac helyes, kiegyensúlyozott működését milyen állami kényszerítő korlátozásokkal, illetve szankciókkal, büntetésekkel vagy bírságokkal érdemes biztosítani, figyelemre méltóak mind a mai napig Hayek vonatkozó gondolatai.

A kormányzat kényszerítő funkcióját abban látja igazoltnak, hogy az olyan jogilag rögzített feltételeket szabhat és szavatolhat, amelyek „biztosíthatják a versenynek a piac hatékony irányításához szükséges mértékét.”¹⁴⁹ Azonban nem a jogi kényszer alkalmazása a leghatásosabb eszköz a monopóliumokkal szemben: fontosabb ugyanis az – írja Hayek –, hogy a kormányzat tartózkodjon a monopóliumok támogatásától, minthogy „harcoljon a monopólium ellen”.¹⁵⁰ A monopóliumok közpolitikai eszközökkel történő állami támogatásától való tartózkodás képes tehát a piac hatékony működését biztosítani, s nem az, hogy a piacon kialakuló monopóliumokat szankcionálják. A szabadjára hagyott piac maga jobban képes a tökéletes verseny feltételeit megközelíteni, mint az állami kényszerrel történő beavatkozás. Különösen így van ez, ha a társadalmi, azaz a disztributív igazságosság jegyében kíván az állam szabályozó hatalmával élni, amit Hayek határozottan elítél. A tökéletes verseny feltételei akkor közelíthetőek meg a leginkább, ha a kormányzat vagy mások senkit sem akadályoznak meg abban, hogy mindenki beléphessen a piacon az általa kívánt szakma

¹⁴⁷ Cattaneo i. m. 689.

¹⁴⁸ Hart (1995) i. m. 140.

¹⁴⁹ Friedrich A. von Hayek: Jog és szabadság. In Friedrich A. von Hayek: *Piac és szabadság*. Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1995. 340.

¹⁵⁰ Uo.

vagy foglalkozás területére.¹⁵¹ Hayek gondolatmenetéből az következik, hogy ennek feltételeit kell akár szankciók révén is biztosítani.

A kérdés az, hogy a versenyt korlátozó magatartásokat milyen szankciókkal lehet és indokolt visszaszorítani? Büntetőjogiakkal, vagy esetleg más, hatékonyabb és piackonformabb jogi eszközökkel? Előre mutató és megfontolandó Hayek ezt illető álláspontja¹⁵², aki a kereskedelem korlátozását célzó minden megállapodás először is érvénytelenségét kimondó, s így annak érvényesíthetőségének kizárását eredményező, kivételt nem tűrő szankcióját javasolja. Másodsor pedig többszörös kártérítést javasol kiszabni minden tényleges vagy potenciális versenytársakkal szembeni diszkriminatív vagy más egyéb piaci versenyt sértő cselekedet esetén abból a célból, hogy piackonform magatartást tanúsítsanak. Vagyis az érvénytelenség és a – többszörös – kártérítési kötelezettség polgári jogi szankcióit, azaz egy szerényebb célt kitűző jogalkotást, s nem pedig az ambiciózusabb büntető jogi tiltást, a büntetésekkel fenyegető tilalmakat tekinti a piaci verseny logikájával konform voltában elv-szerűnek, de egyben sokkal hatékonyabbnak is. Hiszen a büntetőjogi tiltás mindig ismer kivételeket, míg az államilag elrendelt polgári jogi érvénytelenség és többszörös kártérítés szankciója nem.¹⁵³

Hayek alapján megállapíthatjuk, hogy a piaci versenyt korlátozó magatartást elkövetni szándékozó számol azzal, hogy az általa elkövetendő polgári jogi deliktumra rendelt törvényi jogkövetkezmény érvényteleníti a piacellenes megállapodást és még többszörös kártérítést is meg kell fizetnie, így tehát az államilag rendelt polgári jogi szankciók nem teszik – a pusztá haszonkalkulus elvégzése alapján – kifizetődővé a piaci versenyt sértő cselekedeteket. A piacon cselekvőket ugyanis a haszonkalkulus vezeti, s ha az negatív eredményt hozna, akkor nincsen értelme az ilyen magatartásnak. Így a Hayek által említett szankciók úgy maradnak a polgári jog területén belül, hogy a piaci kereskedelem logikája érvényesül a szankciók területén. Annyit azonban hozzátennénk, hogy az érvénytelenség feltételeinek megállapítása szigorú versenyjogi kritériumokat igényel, másrészt pedig, hogy a többszörös kártérítés lehet, hogy (közérdekű) bírsággal párosítható vagy az részben/egészben ez utóbbival kiváltható. Így a versenyjog már ezért is léteben indokolt közjogi elemeket is kell, hogy tartalmazzon szankciórendszerében is.

Azonban – s ez az utolsó észrevételünk – azon hayeki követelmény, hogy „az összes kereskedelmet korlátozó egyezménynek érvénytelennek és érvényesíthetetlennek kell lennie, s hogy minden egyént meg kell védeni az összes arra irányuló törekvéssel szemben, hogy erőszakkal vagy szándékos diszkriminációval kényszerít gyakoroljanak rá”, csak akkor érvényesül Jeremy Bentham utilitarista logikájának megfelelően, ha egyrészt a jogsértőnek minden körülmények között számítani kell a jogsértő tetteire következő szankcióval, bírsággal, másrészt, ha ez utóbbi nagyobb kárt okoz neki, mint a jogsértéssel elérhető gazdasági és egyéb előny. Ha ugyanis a szankció és bírság bizonyosan bekövetkezik a jogsértő

¹⁵¹ Hayek i. m. 341.

¹⁵² Uo.

¹⁵³ Hayek a kormányzat kényszerítő funkcióját az alábbi feltételek mellett látja indokoltnak: „*In conclusion, the basic principles of a liberal society may be summed up by saying that in such a society all coercive functions of government must be guided by the overruling importance of what I like to call THE THREE GREAT NEGATIVES: PEACE, JUSTICE AND LIBERTY. Their achievement requires that in its coercive functions government shall be confined to the enforcement of such prohibitions (stated as abstract rules) as can be equally applied to all, and to exacting under the same uniform rules from all a share of the costs of the other, non-coercive services it may decide to render to the citizens with the material and personal means thereby placed at its disposal.*” F. A. Hayek: „The Principles of a Liberal Social Order” In F. A. Hayek: *Studies in Philosophy, Politics and Economics*. London, Routledge & Kegan Paul, 177.

magatartásra, s az nagyobb anyagi kárt okoz, mint a jogsértéssel elérhető anyagi előny, akkor a piaci szereplők, akiket szigorúan a haszon mozgat, az elvégzett haszonkalkulus jegyében nem is fogják azt vélhetőleg elkövetni, vagyis az ilyen szankciónak és bírságolásnak komoly visszatartó ereje lehet.