

THEODOR VIEHWEG: EGY KORÁT MEGELŐZŐ ALKOTMÁNYJOGÁSZ?

Claudia Rosane Roesler

Vale do Itajaí Egyetem. SC, Brazília

A cikk VIEHWEG egy olyan intuícóját vizsgálja, amely a jogfilozófiában kevésbé ismert vagy tárgyalt: az alapelmélet mint a jogi dogmatikának tartalmát adó és a jogi normák tartalmát egy adott történelmi pillanatban megmagyarázó eszmék, meggyőződések és értékek összessége, és ezeket a szabályozási alkotmányok nyitott koncepcióival hozza összefüggésbe. Konkrétabban, a cél annak elemzése, hogy a VIEHWEG alapelméleti koncepciója mennyiben érthető meg jobban a hiányosan elméletbe foglalt megállapodások és az alapvetően ellentmondásos fogalmak fogalmának felhasználásával. Ez az elemzés végül lehetővé teszi számunkra, hogy megkérdőjelezzük, hogy a VIEHWEG az európai alkotmányosságot megelőzve mutatható-e be.

Kulcsszavak: Theodor Viehweg, konstitucionalizmus, megalapozott elmélet, hiányosan elméletbe foglalt megállapodások, alapvetően ellentmondásos fogalmak.

ABSZTRAKT. A cikk VIEHWEG egy intuitív, a jogfilozófiában kevésbé ismert vagy tárgyalt gondolatával foglalkozik: az alapelmélet mint a jogdogmatika tartalmát alakító, a jogi normák tartalmát a történelem egy adott pillanatában magyarázó és a szabályozási alkotmányok nyitott koncepcióihoz kapcsoló eszmék, hiedelmek és értékek összessége. Konkrétabban, a cikk azt kívánja elemezni, hogy milyen mértékben lehet jobban megérteni azt, ahogyan a VIEHWEG az alapelméletet felfogja, ha a hiányosan elméletbe foglalt megállapodások és az alapvetően vitatott fogalmak fogalmát használjuk. Végül ez az elemzés lehetővé teszi számunkra, hogy megkérdőjelezzük, vajon VIEHWEG tekinthető-e olyanoknak, aki megelőlegezte az európai alkotmányosságot.

Kulcsszavak: Theodor Viehweg, alkotmányosság, alapelmélet, hiányos elméletű megállapodások, alapvetően vitatott fogalmak.

* Ez a cikk a braziliai S~ao Paulo Egyetemen bemutatott doktori disszertáció egy részének újrafogalmazása, amely később könyv formájában jelent meg *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito*, Florianópolis: Momento Atual, 2004. Magán az újrafogalmazáson túlmenően itt egy, az értekezésben nem létező kapcsolat jött létre a VIEHWEG fogalmai és az alkotmányelmélet egyes kérdései között. Hálas vagyok Josep AGUILÓ REGLA-nak az ezzel kapcsolatos javaslataiért, valamint a szokásos kedvességéért, amellyel ezeket a kérdéseket megvitatta velem.

1 BEVEZETÉS

Theodor VIEHWEG a jogfilozófiában azzal a gondolatával vált ismertté, hogy a jogtudomány aktuális. Ez a vitatott, dicsért vagy kritizált gondolat a szerző számára a 20. századi jogi gondolkodás történetében egy rést vájt, és pontosabban arra készített minket, hogy PERELMAN-nal és TOULMIN-nal együtt a jogi érvelés elméletének előfutárának tekintsük. Egy előfutár, mint köztudott, mert egyetlen könyvében, a *Topik und Jurisprudenzben* nem találunk semmi olyat, amit befejezett vagy akár csak kellőképpen nyomon követhető érveléseméletnek tekinthetnénk. Így VIEHWEG inkább tekinthető gyümölcsöző intuíciók szerzőjének, amelyek közül néhány gyümölcsöt teremne, és megalapozná a mai jogfilozófia fejlődését, mint olyasvalakinek, aki egy tökéletesen kész fogalmi rendszerrel rendelkező művet hagyott ránk.

Függetlenül attól, hogy milyen körülményes és elméleti okok vezettek ehhez, amelyeket én és más szerzők már fentebb tárgyaltunk ¹, ebben a cikkben VIEHWEG egy olyan intuícióját szeretném feltárni, amely a jogfilozófiában kevésbé ismert vagy vitatott. Ez az *alapelmélet* olyan eszmék, hiedelmek és értékek összessége, amelyek tartalmat adnak egy jogi dogmának, és megmagyarázzák a jogi normák tartalmát egy adott történelmi pillanatban. Ez az alapelmélet a szerző szerint a mai jogrendszerekben az *alkotmánnyal* azonosul, és a jogfilozófiai elemzések gyümölcse és tárgya is egyben. Javaslatom ebben az értelemben az, hogy a VIEHWEG alapelméletének ezt a felfogását összekapcsoljam a normatív alkotmányok nyitott koncepcióival. Különösen azt próbálom megnézni, hogy a *hiányosan elméletileg kidolgozott megállapodások* és az *alapvetően ellentmondásos fogalmak* fogalma, amelyek megfelelően kapcsolódnak egymáshoz ², mennyiben szolgálnak a VIEHWEG intuícióinak tisztázására.

Nos, tekintettel VIEHWEG általam használt szövegeinek jellemzőire - mindegyikük alkalmi szöveg a *Topik und Jurisprudenz* után íródott, és nincs nyilvánvaló kapcsolat közöttük -, először is szándékomban áll gondolatmenetét megfelelő módon rekonstruálni. Először tehát tisztázom a *dogmatikai* és a *cethetikai-nyomozói gondolkodás* fogalmait, majd ezeket az *alapelmélet*, a *jogi dogmatika* és a *jogfilozófia* fogalmaival hozom összefüggésbe. Az argumentatív és értékelő dimenziók hangsúlyozása adja a kulcsot ahhoz, hogy a VIEHWEG-et a kortárs alkotmányosság előfutáraként mutassuk be.

2. DOGMATIKUS GONDOLKODÁS ÉS ETIKAI GONDOLKODÁS

A dogmatikus gondolkodásmód és a etikai gondolkodásmód közötti különbséget VIEHWEG először egy 1968-ban megjelent cikkében használja ³ és javasolja, hogy

¹ Vid. GARCÍA AMADO, J. A., 1998: *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid: Civitas, és ROESLER, C. R., 2004: *Theodor Viehweg e a Ciencia do Direito*. Florianópolis: Momento Actual.

² AGUILÓ ezeket a fogalmakat egymáshoz viszonyítja, hogy az "alkotmányos ellenállás" fogalmáról számot adjon, és ezt a kapcsolatot itt használni fogjuk. VÖ. AGUILÓ REGLA, J., 2003: "Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional", *Doxa*, 23, 289-317. o. Vö.

³ A cikk címe: "Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung", in: VIEHWEG, T., 1995: *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie: gesammelte kleine Schriften*, Baden-Baden: Nomos, 97-106. o. A cikk címe: "Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung". A

a jogi jelenségek széles skálájából adódó összetettség megértésének módja, amely a jogász számára az adott jogrendszer elemzésétől a tudományos vagy filozófiai kutatásig terjedő feladatokat jelent.

Annak elemzése során, hogy a tudásterületek hogyan alakulhatnak ki tematikus területként, a VIEHWEG azt javasolja, hogy ezeket a területeket kérdés- és válaszrendszereknek tekintsük. Ily módon egy megfelelően leírható problémamezőt állítanak össze, és válaszokat kínálnak fel, amelyeket a még meghatározandó tesztelési eljárások szerint végül elfogadnak vagy elutasítanak ⁴.

Ezekben a kérdés-felelet sémákban lehetőség van arra, hogy nagyobb jelentőséget tulajdonítsunk a kérdéseknek vagy a válaszoknak. Ha nagyobb jelentőséget tulajdonítunk a kérdéseknek, a struktúra a kutatás vagy a cethetika felé hajlik. Ha a válaszokat hangsúlyozzuk, a struktúra a dogmatika felé hajlik ⁵.

Az első esetben a folyamatos reflexió, amely megkérdőjelezheti a kutatásban felkínált összes választ (és ezért érthető, hogy a kérdések kiemelik), egy végtelen út felé tendál, vagy legalábbis határozott vég nélkül. A kutatásban vagy a cethetikában tehát a válaszok mindig is tétova, ideiglenes és mindenkor megkérdőjelezhető válaszoknak tekintendők, és feladatuk az, hogy jellemezzék a kérdéshorizontot a választott területen ⁶. A második esetben, amikor a válasz kiemelésre kerül, az érvelés néhány megkérdőjelezhetetlen pontból indul ki, és a reflexiót ebben az értelemben korlátozza a dogmák megkérdőjelezésének lehetetlensége, amelyek "uralják" a többi választ, amelyekhez alkalmazkodni kell ⁷.

Amint FERRAZ JR. rámutat, a kinetikus és a dogmatikus megközelítés közötti különbségtétel megértésének jó módja, ha figyelembe vesszük, hogy a kinetikus megközelítés kiindulópontja a bizonyíték, akár törekeny, akár teljes, de végül is olyan bizonyíték, amelyet igazolhatónak vagy ellenőrizhetőnek fogadnak el, és amelyet ezért, legalábbis pillanatnyilag, nem kérdőjeleznek meg. A dogmatikus megközelítésben ezzel szemben a megkérdőjelezés hiánya azért következik be, mert a premisszát megalapozottnak (akár akarat, hatalom, vagy cselekvés révén), megkérdőjelezhetetlennek tekintik. A szerző szerint tehát azt mondhatjuk, hogy egy előfeltevés akkor nyilvánvaló, ha egy igazsághoz kapcsolódik, és akkor dogmatikus, ha egy kétséghez kapcsolódik, amely, mivel nem oldható fel, egy véleményt rögzítő döntést igényel ⁸.

A spanyol nyelvű szöveg: "Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica", in VIEHWEG, T., 1997: *Tópica y filosofía del derecho*, 2. kiadás, fordította J. M. SEÑA, Barcelona: Gedisa, pp. 71-85. Annak érdekében, hogy ne fárasssuk az olvasót túlzott hivatkozásokkal, mindig az általunk használt VIEHWEG-cikkek címét és az E. GARZÓN VALDÉS által szervezett spanyol gyűjtemény megfelelő oldalait fogjuk használni, kivéve, ha a cikk megjelenésére vonatkozó információ releváns a minket érintő vita szempontjából.

⁴ Vö. "A jogi dogmatika és a jogi kutatás rendszerszintű problémái", in: VIEHWEG, 1997:

75. o. "A tudás egy bizonyos területének vagy az úgynevezett "tudománynak" a strukturálása érdekében lefrunk egy kérdéskört, válaszként felajánlunk bizonyos nézőpontokat, és felvázoljuk a vizsgálati módszert, amely szerint a válaszokat el lehet fogadni vagy el lehet utasítani. Ez az, amit a "kérdés-felelet szerkezet" alatt értünk".

⁵ Vö. "A jogi dogmatika és a jogi kutatás rendszerszintű problémái", in: VIEHWEG, 1997: 75. o.

⁶ Vö. "Néhány megfontolás a jogi érvelésről", in: VIEHWEG, 1997: 118. o.

⁷ Vö. "A jogi dogmatika és a jogi kutatás rendszerszerű problémái", VIEHWEG, 1997: 76. o.

⁸ Vö. FERRAZ JR. T. S. 1996: *Introdução ao Estudo do Direito*, 2. kiadás. S~ao Paulo: Atlas, pp. 42-43.

VIEHWEG a megkülönböztetést a diskurzus retorikai modellje alapján magyarázza, amelyet az állításaitak előterjesztő és védelmező felek közötti játékként értelmez, és egy másik leírást ad a megkülönböztetésről, amely segíthet tisztázni annak hatókörét. Azt lehet mondani, mondja, hogy az állításokat akkor tekintjük *dogmáknak*, ha azok lényegében hosszú távon ki vannak zárva a támadás alól, és ezért nem terheli őket védekezési kötelezettség, azaz nem igazolási kötelezettség, hanem csupán magyarázati kötelezettség. Egy adott kulturális szférában bizonyos állítások kétségtelenek. Ennek ellenkezője igaz azokra az állításokra, amelyeket bármilyen kutatásban egyszerűen csak *zetemadatként* használnak. Lényegében támadhatóak, és mind a védelmi-alapítási, mind a magyarázati kötelezettség alá tartoznak. Mindig megkérdőjelezhetőek. Ezért a cetheticsben a megalapozottság diskurzusa csak ideiglenes véget ér, valószínűleg rövid távon ⁹.

De hogyan magyarázható a dogmatikus és a kinetikus gondolkodás létezése? Mi a funkciója ennek a két megközelítésnek? A dogmatikus gondolkodás - mondja VIEHWEG - a véleménnyel és a véleményalkotással függ össze, míg a cethetikus gondolkodás a vélemények kutatással történő feloldásával kapcsolatos, és alapfeltevése a kétely ¹⁰.

VIEHWEG azt állítja, hogy a dogmatikus gondolkodás a mindennapi cselekvés és döntéshozatal szférájában nélkülözhetetlennek tűnik, mert a cselekvés szférájában egy zárt rendszert, egy dogmát kell létrehozni, újragondolni és fenntartani. Az a gondolkodás, amely a folyamatos reflexiót, mint kutatást tekinti feladatának, nem tudja betölteni ezt a funkciót, mert a cselekvés megköveteli, hogy a kérdések megszűnjenek és válaszok szülessenek, amelyek ebben az értelemben dogmatizáltak. A cselekvés területén a kétségek gyakorlását körültekintően kell végezni, mert a döntés sürgőssége megköveteli a kontextus által szolgáltatott adatok vagy információk alapján történő véleményalkotást. A dogmatikus gondolkodás modellje tehát maga a mindennapi gondolkodás és annak véleményformálása ¹¹.

A dogmatikus gondolkodás VIEHWEG általi jellemzése tehát a gyakorlatra és annak sajátos szükségleteire való reflektálás felé hajlik, mivel hangsúlyozza annak kapcsolatát a döntéshozatalhoz szükséges véleményalkotással. Fontos azonban figyelembe venni, hogy a dogmatikus gondolkodás, bár rögzíti a véleményeket, és ezáltal vitathatatlaná teszi azokat, nem tud lemondani az immanens ^{fejlődéséről} ¹².

⁹ Vö. "Megjegyzések a jogi érvelés retorikai elméletéhez", in VIEHWEG, 1997: 173. o.

¹⁰ Vö. "Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung", in VIEHWEG, 1995: 102. o.; és "Problema- mas Sistemico en la Dogmatica Jurídica y en la Investigación Jurídica", in VIEHWEG, 1997: 77. o.. 227: "Abból a szempontból, hogy milyen céllal orientálódnak ezek a gondolkodási típusok, azt mondhatjuk, hogy VIEHWEG szerint a dogmatikus gondolkodás egy olyan véleményre való reflektálást tűz ki célul, amelyet nem kérdőjeleznek meg, hanem amelyet tekintéllyel felruházottnak értenek, és amelynek legitimitását eleve adottnak veszik. Bizonyos formulákat dogmáknak vesznek, legyenek azok törvények vagy más egyenértékűek, és tanulmányozás tárgyává teszik őket, de figyelembe véve, hogy nem lehet őket módosítani vagy félretenni. Ezzel szemben, mint láttuk, az oknyomozó gondolkodásmód azt tűzi ki célul, ami a dogmatikus gondolkodás számára prohi- bicío: mindenféle tartalom, előfeltevés és módszer megkérdőjelezését, kritikáját és folyamatos vizsgálatát".

¹¹ Vö. "A jogi dogmatika és a jogi kutatás rendszerszintű problémái", in: VIEHWEG, 1997: 78. o.

¹² Vö. "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica", in VIEHWEG, 1997: 16. o.

VIEHWEG rámutat, hogy a dogmatizált vélemények koherens és stabil rendszerének fenntartása érdekében fontossá válik a hermeneutika, amelynek szerepe az, hogy a megdönthetetlen dogmákat rugalmasabbá tegye azáltal, hogy belső felülvizsgálatukat ösztönzi, anélkül, hogy tagadná őket. Ha a dogmatikus gondolkodás megkérdőjelezés és kétségek fölé helyezi azokat az alapvető kijelentéseket, amelyeket dogmáinak tekinthet, akkor folyamatosan fejleszti is őket, mert nem tud lemondani ^{róluk}¹³.

Így, ellentétben azzal, amit a "dogmatikus" szó köznapi jelentése sugall, a dogmatikus gondolkodás nem úgy dolgozik a normákkal, mintha azok egy rögzített, mindenre egyformán alkalmazható kondicionáló tényezőt jelentenének. Még ha kiindulópontjai megkérdőjelezhetetlenek is, és ebben az értelemben dogmaként funkcionálnak, nyelvi jellege, a benne rejlő konnotatív és denotatív bizonytalansággal, viszonylag tág mozgásteret enged a manipulációra, ami szükséges is ahhoz, hogy maguk a dogmák folyamatosan a változó társadalmi körülményekhez igazodjanak ¹⁴.

Bár VIEHWEG nem él ezzel a forrással, hogy a megkülönböztetést explicitté tegye, jobban megérthetjük, ha azt a fogalmat használjuk, hogy a dogmatika a **kiindulópontok megdönthetetlenségének elvével** dolgozik, vagyis bizonyos posztulátumokat megkérdőjelezhetetlennek tételez fel, és ezek alapján dolgozik, amikor a cselekvés orientálásának szükségessége megkívánja, és ezeket belsőleg manipulálja, de anélkül, hogy nyíltan megkérdőjeleznék őket ¹⁵.

A dogmatikus jogi gondolkodás tehát funkcionális szempontból szükséges, és folyamatosan arra törekszik, hogy egy többé-kevésbé széles társadalmi csoportban a lehető legkevesebb zavaró tényezővel befolyásoljon vagy előidézzon egy sor viselkedést. Ez a megközelítés operatív funkciót tölt be, ezért kognitív aspektusa, bár fontos, nem meghatározó. VIEHWEG szerint többszörös társadalmi funkciója van, és ezt a következőképpen fogalmazza meg: hatással van másokra, meggyőződést közvetít számukra, és viselkedési paranccsá válik. Ez a fajta gondolkodás, teszi hozzá a szerző, mindig arra törekszik, hogy a gondolkodásnak és a kifejezésnek operatív funkciót adjon. ¹⁶

Ezzel szemben a kinetikus gondolat a kognitív funkció határain belül marad, és ez úgy mond a funkcionális szerepe a társadalomban. A kinetikus gondolkodás tétova, mert fő érdeke az állítások megbízhatóságának növelése, amelyek mindig felülvizsgálat tárgyát képezik, éppen azért, hogy az elméletet jobban meg lehessen alapozni és meg lehessen ^{építeni}¹⁷. Célja, hogy

¹³ Vö. "Systemic Problems in Legal Dogmatics and Legal Research", in VIEHWEG, 1997: 78. o.: "Egy dogmatikai rendszernek, amely, mint jeleztük, egy cselekvési sémát akar szisztematikusan alapokkal alátámasztani, kellő stabilitással és egyben megfelelő rugalmassággal kell rendelkeznie. Emellett rendelkeznie kell egy egységesítő alaptannal, amelyet megváltoztathatatlanak tartanak, másrészt pedig lehetővé kell tennie a lehető legtöbb kiegészítő és értelmező beavatkozást, amelyek összeegyeztethetősége az alaptannal bizonyíthatónak tűnik".

¹⁴ Vö. FERRAZ JR., 1996: 49. o.

¹⁵ Vö. LUHMANN, N., 1983: *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Ignacio DE OTTO PARDO fordítása, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 27. o.: "A dogmatika fogalmának legfontosabb jellemzője a szokásos felfogás számára a *tagadás tilalma*; az érvelési láncok kiindulópontjainak nem-negálhatósága. Ezeket kivonják a kritikából". Lásd még: FERRAZ JR., 1996: 48. o.

¹⁶ Vö. "Ideológia és jogi dogmatika", in: VIEHWEG, 1997: 102. o.

¹⁷ Vö. "Ideológia és jogi dogmatika", in: VIEHWEG, 1997: 101. o.

A dogmatikus gondolkodás vagy megközelítés célja, amikor a nyelvet használja, az információ közvetítése, a dolgok állapotának leírása. Maga a dogmatikus gondolat vagy szemlélet, amennyiben rendelkezik operatív értelemmel, keveri a nyelv informatív értelmét annak előíró értelmével, amelyet túlsúlyban lévőnek tekinthetünk benne¹⁸.

A dogmatikus gondolkodás és a viselkedés irányítása közötti kapcsolat az alapja az ilyen gondolkodásnak adott elnevezésnek. A *dokein*, a "dogmatika" szó gyökere egy görög kifejezés, amelynek jelentése röviden a következő lenne: "tanítani" vagy "indoktrinálni", míg a *zetein*, amelyből a cethetics származik, a "kérdés" aktusát jelöli¹⁹.

Elemzésünk szempontjából - mondja VIEHWEG - az is fontos, hogy egy társadalmi funkcióval rendelkező elmélet csak akkor hozhatja létre a viselkedés elvárt szabályozását, ha problémakörében egyetlen lényeges kérdést sem hagy megválaszolatlanul. Ezért holisztikus igényekkel rendelkezik, és amikor nehézségek merülnek fel, mivel nem mondhat le alapvető dogmáiról, újra kell értelmeznie azokat, és át kell dolgoznia az elméletet²⁰.

A dogmatikus gondolkodás jellemzőivel - holisztikus színlelés, társadalmi funkció és "barkácsolás" - az általában ideológiai elméleteknek tekintett elméletek is rendelkeznek. Ennek oka az általuk betöltött társadalmi funkció, amely megakadályozza, hogy mindkét típusú - dogmatikus és ideológiai - elméletet pusztán kognitív kritériumok alapján értékeljünk. Átdolgozásakor aligha lehet belőle csak ~~az~~ elemezni, ami megismerhetőnek minősül, és azt is elemezni kell, ami hit dolga, mert megfelelő tudományos vagy filozófiai megalapozásra nem lehet vagy még nem sikerült eljutni²¹.

Fontos még egyszer hangsúlyozni, hogy mindez azért történik, hogy olyan elméleteket alkossanak, amelyeknek bizonyos hatásokat kell elérni a társadalmi eseményekre. Ezeket a tanokat a mindennapi gondolkodáshoz és nyelvezethez közel tartják. Hiszen, ahogy a VIEH-WEG mondja, pontosan egy társadalom minden tagjának szólnak, és nem a kognitív érdekeltségű tudósok szűk körének, akik kutatási céllal meg szoktak elégedni a tudás töredékeivel.

Így tehát úgy tekinthetjük, hogy amit a jogi dogmatika feltételez, az valami olyasmi, amit "jogi ideológiának" nevezhetünk, azaz egy olyan elmélet, amelynek társadalmi funkciója van a jog területén. Ez az "ideológia" kifejezés semleges használata, amelyet olyan eszmék vagy doktrínák összessége értelmében használnak, amelyek célja a társadalmi környezet bizonyos irányba történő alakítása²³.

Meg kell azonban jegyezni, hogy az ideológia és a dogmatika nem keverendő össze. A jogi dogmatika feltételez egy ideológiát, mivel éppen azokat dogmatizálja, amelyek

¹⁸ Vö. FERRAZ JR., 1996: 39. o.

¹⁹ Vö. "Algunas Consideraciones acerca del Razonamiento Jurídico", in VIEHWEG, 1997: 118. o. szintén FERRAZ JR., 1996: 41. o.

²⁰ Vö. "Ideológia és jogi dogmatika", in: VIEHWEG, 1997: 103. o.

²¹ Vö. "Ideológia és jogi dogmatika", in: VIEHWEG, 1997: 103. o.

²² Vö. "Ideológia és jogi dogmatika", in: VIEHWEG, 1997: 105. o.

²³ Vö. "Ideológia és jogi dogmatika", in VIEHWEG, 1997: 108. o.: "Az itt vallott felfogás szerint az ideológiák a világnézetek osztályába tartoznak. Ezek a világról és az életről szóló megfontolások, amelyek létfontosságú módon összekapcsolják az érzéseket, különösen a félelmeket és reményeket, az akarati szempontokat és a tudást, és így gyakran stabilizáló támaszt nyújthatnak az élet számára".

a társadalmi hatalommegosztás figyelembevételével a közösség életéhez nélkülözhetetlenek tekintett szempontokat, és ezeket teszi megkérdőjelezhetetlen kiindulópontjaivá ²⁴.

Ez az oka annak is, hogy - gondolhatjuk - ez a megközelítés vagy gondolkodásmód meg kell, hogy szakítsa a reflektív folyamatot, amikor a cselekvés okainak és alapjainak megtalálására kerül sor. Egy dogmatikus megközelítés kiindulópontjainak tisztázása és megkérdőjelezése azt jelenti, hogy egy adott társadalmi szervezet alapjait vesszük tárgyként, ha közvetve vagy közvetve is, és ezeknek a nem mindig tematizált konszenzusoknak a kiegyensúlyozását is jelentheti.

Miután a két gondolkodásmód közötti különbséget a fentiekben vázolt feltételek szerint tettük fel, itt az ideje megnézni, hogy a VIEHWEG hogyan képzei el a két megközelítés közötti kapcsolatot.

3. A DOGMATIKUS ÉS ETIKAI GONDOLKODÁS KÖZÖTTI KAPCSOLAT

Tekintettel arra, hogy a dogmatikai kiindulópontok feltételezését legitimálni kell, szükséges, hogy azokat olyan elemzéssel mutassuk be, amely megmutatja faji alapjukat, és ezt a szempontot VIEHWEG mindig hangsúlyozza, amikor a két megközelítés közötti különbségtételről beszél. Így a cethetikai megközelítés végül is alapvető fontosságú, mivel - bár nem ez a fő funkciója - olyan premisszákat biztosít, amelyek közvetített dogmatizáltak és dogmatizálhatók, különösen egy olyan társadalomban, amely nagy jelentőséget tulajdonít minden tudás tudományos legitimációjának.

Így a két megközelítés közötti egyik lehetséges kapcsolat a dogmatikus előíró magatartásrendszer legitimációja a vallási vagy hagyományból származó alapok hiányában, mint amilyeneket ma a muszlim jogban vagy a múltban a középkorban és az ókorban találunk. A dilemma abban áll, hogy a cethetikai rendszer tartalmilag csak töredékes nézeteket tud nyújtani, ami megnehezíti, hogy ismereteit jó dogmatikai kiindulópontnak tekintsük ²⁵.

Ebből a szempontból világosabbá válik a dogmatikai és etikai gondolkodás közötti kapcsolat fontossága. Ez döntő jelentőségű, mondja ki kifejezetten a VIEHWEG, mert ha a dogmatizációt a jogalkotás folytatásának tekintjük, akkor nyilvánvaló, hogy mindkettő a bonyolult társadalmi világunkról szóló információk helyességétől függ. Az etikanak a dogmatika korrekciójaként folyamatosan közbe kell lépnie, és dogmatikátlanításokat kell ^{bevezetnie}²⁶.

A cethetika szerepe ekkor az lenne, hogy kritikusan megvizsgálja a dogmatika alapjául szolgáló előfeltevéseket, hogy megteremtse a dogmák felülvizsgálatának feltételeit, és ezáltal kiigazítsa és racionálisan alátámassza azokat. Közös jogi ismeretek

²⁴ Vö. "Ideológia és jogi dogmatika", in: VIEHWEG, 1997: 99. o.

²⁵ Vö. "A jogi dogmatika és a jogi kutatás rendszerszintű problémái", in: VIEHWEG, 1997: 79. o.

²⁶ Vö. "Algunas Consideraciones acerca del Razonamiento Jurídico", in: VIEHWEG, 1997: 114-127. o.

Ezért nem arról van szó, hogy az egyik megközelítés kizárja vagy elnyelje a másikat, hanem arról, hogy szükségesnek és egymást kiegészítőnek tekintsük őket.

Ha egyfelől maga a társadalmi dinamika dogmatikus gondolkodást követel, másfelől e megközelítés abszolutizálása a cselekvés orientációjaként való csődjéhez vezetne, mivel nem tenné lehetővé a premisszák kognitív tartalmának megújítását. Így az etikai megközelítés, mint kritikai hozzájárulás, annak garanciájaként és folyamatos korrekciójaként működik.

A két megközelítés közötti kapcsolatot akkor láthatjuk a legjobban, ha egy 1970-ben megjelent cikkre hivatkozunk, amelyet VIEHWEG a JHERING dogmatikájáról és cethetikájáról publikált, és amelynek célja a szerző szerint annak az ismeretelméleti tézisnek a védelme, amely szerint a JHERING fontos lépést tett a dogmatikától a jogi cethetika felé ²⁷.

Ennek érdekében VIEHWEG röviden áttekinti azt a társadalmi kontextust, amelyben JHERING élt, és megpróbálja megmutatni, hogy a JHERINGgel kortárs legkülönbözőbb gondolkodók közös problémája a társadalmi probléma, amely szorosan kapcsolódik az ipari korszak kezdetéhez. A fejlődés gondolata nagy jelentőséggel bír, és részben természettudományos, részben hiszto-ricista gondolkodásmódból ered ²⁸.

A VIEHWEG által javasolt olvasatban JHERING a rendelkezésére álló nagy mennyiségű történeti anyagot természettudományos szellemben próbálta megközelíteni, és a természettudomány formái szerint próbált jogtörténetet írni.²⁹ Amikor megjelentette a *Der Zweck im Recht című művét*, azt állította, hogy a joggal kapcsolatos kutatásainak tulajdonképpeni végére ért, hiszen képes volt megmutatni annak természetét. A jogtudománynak a természet vizsgálatával való érintkezése következtében jelentősen megnőtt az igénye arra, hogy a jogtudomány a jog vizsgálataként jelenjen meg³⁰.

VIEHWEG ezután JHERING szellemi pályafutásának elemzésével igyekszik bemutatni, hogy kezdetben dogmatikus viszonyt ápolt a római joggal, és azt a jogi-dogmatikai jog megalkotásának arzenáljaként vagy megoldási forrásaként használta, és így olyan fontos elméleteket dolgozott ki, amelyeknek nem pusztán kognitív komponensük van, hanem egyértelmű operatív céljuk ³¹.

²⁷ Vö. "Dogmatica Juridica y Cetética Jurídica en JHERING", in: VIEHWEG, 1997: 141-149. o.

²⁸ VIEHWEG ("Jogi dogmatika és jogi etika Jheringnél", in: VIEHWEG, 1997: 146-147. o.) elemzése során a dogmatika és a jogi etika megkülönböztetését javasolja, és ezt a következőképpen kapcsolja Jhering munkásságának tárgyalásához: "Világos, hogy a mindennapi gondolkodás mindig tartalmaz dogmatizációkat, mert nem korlátozódhat a tudományos gondolkodáshoz hasonlóan kognitív és informatív funkcióra, hanem szinte mindig, egyúttal operatív is. Az is világos, hogy a jogtudománynak a társadalom érdekében optimális dogmatizációkkal kell foglalkoznia, és végül az is érthető, hogy egy társadalom szellemi tartalmában a de-dogmatizációk és neo-dogmatizációk fontos szerepet játszanak, különösen akkor, amikor a társadalom egésze változáson megy keresztül. Jhering idejében minden bizonnyal ez volt a helyzet.

²⁹ Vö. "Jogi dogmatika és jogi etika JHERING-ben", in: VIEHWEG, 1997: 145. o.

³⁰ Vö. "Dogmatica Juridica y Cetética Jurídica en JHERING", in: VIEHWEG, 1997: 145-146. o. Bár nem közvetlenül JHERING-re utalnak, a következő művek a természettudomány és a jogtudomány kapcsolatát szemléltetik: STICHWEH, R., "Motifs et stratégies de justification employés pour fonder la scientificité de la juris-prudence allemande au XIXe siècle", in: AMSELEK, P., 1994: *Théorie du Droit et Science*, Paris: PUF, pp. 169-186, és KIESOW, R. M., "Science naturelle et droit dans la deuxième moitié du XIXe siècle en Allemagne", in: AMSELEK, P., 1994: *Théorie du Droit et Science*, Paris: PUF, pp. 187-210.

³¹ Vö. "Jogi dogmatika és jogi etika Jheringben", in: VIEHWEG, 1997: 147. o.

VIEHWEG a *Geist des Römischen Rechts* második részének második szakaszán helyezi el a dogmatikától a cethetika felé való átmenetet, amely a szerző szerint a *Der Zweck im Recht*-ben bemutatott felfogáshoz vezet, amely a különösen a véglegességről megfigyelt felfogások általánosításából és e kategória a jogi jelenség egészének központi magyarázatává emeléséből fakadt³².

De itt is, állapítja meg VIEHWEG, hamarosan megjelennek a dogmatika alaptételének erőteljesebb megalapozására irányuló törekvések; sőt JHERING *Kampf ums Rechts* című műve ezt a pontot képviseli, és lehetővé teszi a dogmatikai-teleológiai gondolkodás egy formáját³³.

VIEHWEG végül, elemzése zárásaként rámutat, hogy az ipari korszak egyrészt úgy értelmezhető, hogy egy új, sőt zavaros, kutatáshiányos valósággal szembesülünk. Másrészt megfelelő dogmatizációkat keresett. Ebben a helyzetben JHERING a természetkutatás mintájára új jogi kutatást hozott létre a német nyelvterületen, amely új jogi dogmatikát eredményezett. Ettől kezdve a jogtudomány keretein belül mind a kutatásalapú, etikai jogszociológia, mind a jogdogmatikai, jogszociológiai jogtudomány³⁴ kialakul.

Ez a példa véleményünk szerint jól mutatja, hogy miként képzelhető el a dogmatikai és a etikai megközelítés közötti kétirányú kapcsolat, hiszen azt szemlélteti, hogy egy bizonyos történelmi pillanatban egy dogmatikai megközelítést hogyan kérdőjelezett meg egy reflexív és kritikai jellegű gondolat, és hogy később ugyanez a kritikai gondolat hogyan adott okot egy új dogmatikai kidolgozásra.

Ezért úgy tekinthetjük, hogy a két megközelítés közötti kapcsolat különböző tételek vagy elméletek kialakulásához vezet, attól függően, hogy az egyik vagy a másik kiindulópontot használjuk. VIEHWEG erre a szempontra utalva azt mondja, hogy a funkciót tekintve lehetnek dogmatikus és ketikus rendszereink, sőt, hozzáteszi még a didaktikai jellegű rendszer lehetőségét is.³⁵ Ezek a rendszerek különböző struktúrákat vennének fel, lehetnek soros, deduktív, kibernetikus, modern dialektikus vagy topikus³⁶. Bár ez a téma jelen tárgyalásunk szempontjából nem releváns, mégis annak hangsúlyozására szolgál, hogy a tárgy ugyanaz, és a különbség meghatározása a funkció által a megközelítésben rejlik.³⁷ A funkcióbeli különbséget a megközelítés határozza meg.

³² Vö. "Jogi dogmatika és jogi etika JHERING-ben", in VIEHWEG, 1997: 148. o.

³³ Vö. "Jogi dogmatika és jogi etika JHERING-ben", in VIEHWEG, 1997: 149. o.

³⁴ Vö. "Jogi dogmatika és jogi etika JHERING-ben", in VIEHWEG, 1997: 148-149. o.

³⁵ Vö. a "Systemic Problems in Legal Dogmatics and Legal Research", in VIEHWEG, 1997: 77. o. Lásd a "Historical Perspectives of Legal Argumentation" című cikket, in VIEHWEG, 1997: 150-162. o., különösen a 152. oldalon.

³⁶ Vö. "A jogi dogmatika és a jogi kutatás rendszerezési problémái", in: VIEHWEG, 1997: 80. o. Valamint "Néhány megfontolás a jogi érvelésről", in: VIEHWEG, 1997: 124-127. o. Vö.

³⁷ VIEHWEG ezt a gondolatot a következőképpen fejezi ki: "A jogi tudományágban nem nehéz megtalálni a fent említett gondolatváltozatokat. Ezek *különböző érveket hoznak* felszínre. Ezért lehet jogi-dogmatikai vagy jogi-etikai módon beszélni az úgynevezett jogi problémákról. A hivatásos jogász, azaz a hivatásos jogi dogmatikus mindenesetre a jogi-dogmatikai érvelés specialistája, amelynek mint olyannak megvannak a maga sajátosságai. Ha emellett műveli a jogtörténetet, akkor a

A mi tudományágunkban, mondja VIEHWEG, van egy speciális dogmatika, egy speciális cethetika és egy filozófiai cethetika. Ezt a három ágazatot jelöljük itt: jogi dogmatika, jogi kutatás és jogfilozófia. Ez utóbbi a két előző tudáskomplexumot veszi kiindulópontnak, és felteszi magának a kérdést, hogy lehetségesek-e³⁸.

VIEHWEG, példázva, hogyan kell elképzelni e két megközelítés és rendszerük eredményét, azt mondja, hogy amikor a francia kötelmi jogról beszélünk, akkor egy dogmatikus társadalmi rendszerről van szó. Ez egy olyan jogrendszer, amely lehetővé teszi, hogy a döntések irányítsák a cselekvéseket. Az európai jogtörténetben viszont olyan kutatási rendszerről van szó, amely lehetővé teszi a jog^{megismerését}³⁹.

4. A JOGI DOGMATIKA, A JOGELMÉLET ÉS A JOGFILOZÓFIA KÖZÖTTI KAPCSOLAT

Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechts- theorie und Rechtsdogmatik című cikkében VIEHWEG - ahogyan a cím is jelzi - a jogdogmatika, a jogelmélet és a jogfilozófia kapcsolatát kívánja tárgyalni. Ebben a cikkben a szerző reflektál arra az átalakulásra is, amely a kortárs jogelméletében végbemegy, és amely nagyban növeli annak megkülönböztethetőségét a hagyományos jogelmélettől.⁴⁰ A "hagyományos jogelmélet" alatt, bár VIEHWEG ezt nem teszi kifejezetten, úgy vélem, hogy egy természetjogi jellegű jogelméletet érthetünk, míg az új jogelmélet a pozitívizmushoz lenne hasonlatos, amint azt alább látni fogjuk.

VIEHWEG - írói és feldolgozási stílusára jellemző módon - kiindulópontjának meghatározásával kezdi. Így megjegyzi, hogy egy szocio- logikai megfontolás azt jelzi, hogy minden társadalmi csoportnak véleményt kell alkotnia arról, hogy mit tart igazságosnak. Ez a jogi vélemény egy társadalmi problémára adott kötelező érvényű válaszként értelmezendő, és társadalmi funkciót tölt be azáltal, hogy lehetővé teszi több ember magatartásának^{összehangolását}⁴¹.

jogszociológia, kriminológia, jogpszichológia stb. keretében cethetikai (más néven metadogmatikai) érveket használ, ha pedig filozófusként vagy jogelméletíróként dolgozik, akkor filozófiai (nem szakirányú) cethetikai érvekkel foglalkozik. A teljes jogtudomány mindezeket a tevékenységeket együttesen és kölcsönösen magában foglalja". Vö. "Megjegyzések a jogi érvelés retorikai elméletéhez", in: VIEHWEG, 1997: 174-175. o.

³⁸ Vö. "A jogi dogmatika és a jogi kutatás rendszerszintű problémái", in: VIEHWEG, 1997: 77. o.

³⁹ Vö. "Systemic Problems in Legal Dogmatics and Legal Research", in VIEHWEG, 1997: 77. o. FERRAZ JR. a dogmatika és a cethetika megkülönböztetéséből kiindulva olyan keretet épít fel, amelyet igen hasznosnak találunk VIEHWEG megkülönböztetésének hatókörének jobb megértéséhez. Lásd FERRAZ JR., 1996: 45. o.

⁴⁰ Vö. "A jogfilozófia, a jogelmélet és a jogi dogmatika kapcsolatáról", in: VIEH-WEG, 1997: 15-28. old. Érdekes megjegyezni, hogy ez a cikk 1960-ból származik, és megelőzi a cethetika és a dogmatika megkülönböztetését, ami arra utal, hogy VIEHWEG már akkoriban is kínál egy definíciót a jogi ismereteket alkotó különböző típusú ismeretek közötti kapcsolatra.

⁴¹ Vö. "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica", in VIEH-WEG, 1997: 15. o.

Ez a vélemény származhat nemzedékről nemzedékre öröklődő mondásokból, órákulumból, bírósági ítéletből vagy törvényekből, illetve kifejeződhet azokban. A szerző által választott megközelítés tehát kifejezetten szociológiai. Ha azonban ezt a véleményt a gondolkodás ellenőrzésének vetnék alá, és így racionalizálnák, akkor jogi dogmává válna⁴².

A jogi dogma szerkezetileg egy vagy több alapvető dogmából áll, amelyek egymással összeegyeztethetők és megdönthetetlennek tekinthetők, amennyiben olyan kiindulópontoknak tekinthetők, amelyek nem kérdőjelezhetők meg, és alapvető premisszáknak minősülnek. Mindannak, amit e dogmatikán belül egy problémára adott válaszként javasolnak, összeegyeztethetőnek kell lennie e dogmák jelentésével, mivel ez a gondolkodásmód mindig immanens, azaz belsőleg és saját előfeltevései alapján alakul ki⁴³.

Ezek a VIEHWEG által kidolgozott megfontolások, mint látható, összhangban vannak az e szöveg 2. pontjában kifejtettünkkel, amikor a dogmatikus megközelítést jellemeztük. Véleményünk szerint a különbség abban rejlik, hogy az ő esetében a problémát egy olyan szemlélet szempontjából kezelték, amely szerint a jogi jelenségről szóló diskurzust vizsgálják és dolgozzák ki, míg itt a kérdést már a konstituált tudáson, azaz a már kidolgozott állítások halmazaként látjuk⁴⁴.

A dogmatika különböző struktúrákat vehet fel, mint például a deduktív vagy a klasszikus dialektika. Amikor azonban egy dogmatika dogmái megszűnnek a gyakorlatot irányítani, mert nem világosak vagy bizonytalanná válnak, a dogmatika megszűnik. A tét itt a praxis, az emberi cselekvés mint nem determinált lény és a társadalmi funkció által kondicionált struktúra. Ha elveszíti társadalmi relevanciáját, a dogmatika eltűnésének veszélye fenyeget, függetlenül attól, hogy milyen struktúrával építették fel⁴⁵.

VIEHWEG a jogdogmatika szerkezetének kérdését kifejezetten relativizálva, úgy tűnik, azt akarja hangsúlyozni, hogy a dogmatika, a jogelmélet és a filozófia viszonyára vonatkozó megfontolások függetlenek attól a vitától, amelybe a jogtudomány szerkezetéről bocsátkozik, és mindig megalapozottak.

A tárgyalt cikk összefüggésében szereplő hivatkozások arra utalnak, hogy az egyes jogdogmatikák történelmi kontextusban való legitimitációja, valamint a struktúra és a funkció közötti kapcsolat között belső kapcsolat áll fenn. Ahhoz, hogy a dogmatika betölthesse a gyakorlatot irányító funkcióját, a dogmatikát olyan struktúra szerint kell bemutatni, amely elfogadható a kor gondolkodásmódja számára.

⁴² Vö. "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica", in VIEHWEG, 1997: 16. o.

⁴³ Vö. "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica", in VIEHWEG, 1997: 16. o.

⁴⁴ GARCÍA AMADO kritizálja VIEHWEG kezelését, és megállapítja, hogy nem világos, hogy a szerző mikor használja a "dogmatika" kifejezést "dogmák összességeként", és mikor a dogmatikus gondolkodásra utal, ami megakadályozza, hogy világosan lássuk, mi a funkciója az azt alkotó dogmáknak, és mi a funkciója mint olyan tevékenységnek, amelynek tárgya a dogmák. Lásd GARCÍA AMADO, 1988: 229. o.

⁴⁵ Vö. "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica", in VIEHWEG, 1997: 16-17. o.

Még világosabban: a VIEHWEG kifejezetten kijelenti, hogy a dogmatikai rendszerek mindig rendelkeznek egy struktúrával, amelyet társadalmi funkciójuk tulajdonít nekik, és egyúttal azt is sugallja, hogy e struktúra legitimációs dimenzióval rendelkezik, amelyet nem lehet figyelmen kívül hagyni, csak a jogi jelenség helyes megfigyelésének rovására. Még ha az aktualitás tekinthető is a jogtudomány struktúrájának, ez a tudás nem mindig jelenhetett meg a történelemben topikus struktúráként, és a tudományos megismerés uralkodó modelljeihez kellett igazodnia. Ez azt jelenti, hogy a dogmatikus rendszerek legitimációjához két dimenzió szükséges és egymást kiegészítő: a tartalom, amely egy társadalmilag elfogadott ideológiából származik, ahogy láttuk, és a diskurzus formája, amelyet az adott történelmi pillanatban megbízhatónak fogadnak el.

Ebben az értelemben értjük a deduktív-axiomatikus struktúra említését és ennek modern racionális jogként való példálózását, amelyet a szerző annak a bekezdésnek a végén tesz, amelyben a fent említett megfontolásokat ismerteti⁴⁶ és amelyet a *Modelle juristischer Argumentation in der Neuzeit* című cikkben közölt megközelítés erősít meg, amelyben felidézi a modernitásba való átmenet során kialakult érvelési modelleket, és hangsúlyozza, hogy az első jelentős módosítás éppen a hagyományos rendszernek az axiomatikus-deduktív rendszerhez való igazítása volt, amely a 17. századtól kezdve minden érvelést uralt⁴⁷.

VIEHWEG szerint ahhoz, hogy betölthessék a társadalmi magatartást egységesítő és koordináló funkciójukat, az alapdogmáknak kifejezetten vagy hallgatólagosan tartalmazniuk kell egy olyan anyagi jogi elméletet, amely végső alapként funkcionál, és ez azt jelenti, hogy viszonylag tömör választ kell adniuk arra, hogy mi az igazságos^{48.E} tekintetben VIEHWEG több történelmi példát említ, például a római jogászok alapelméletét, amely annyira rejtett, hogy nehéz rekonstruálni⁴⁹, vagy Thomas AQUIN-ét, amely egészen egyértelmű. A szerző szerint a jelenkorban az alapjogoknak az írott alkotmányokban való pozitívizálását az anyagi jog elméletének rögzítésének^{tekinthetjük}⁵⁰.

Nyilvánvaló, hogy egy ilyen rögzítés - mondja VIEHWEG egy másik, 1961. évi⁵¹ cikkében -, amely írott szabályokban testesül meg, a kérdésnek csak egy részét oldja meg.

⁴⁶ Vö. "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica", in VIEHWEG, 1997: 17. o.

⁴⁷ Vö. "A jogi érvelés történeti perspektívái: A modern korszak", in: VIEHWEG, 1997: 150-163. o.

⁴⁸ A viszonylag konkrét nem jelenti azt, hogy nem rugalmas; éppen ellenkezőleg, ahogyan arra már a dogmatikai megközelítésnél rámutattunk, az ilyen típusú kijelentésnek és egészének mint elméletnek éppen arra van szüksége, hogy alkalmazkodni tudjon az értelmezés szerint változó kontextusokhoz és helyzetekhez. Lásd ezzel kapcsolatban BALLWEG, O.: "Analyse de la Jurisprudence à l'aide d'un modèle de la science sociale", 1969: *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 14, Paris: pp. 257-264, 264. o.: "La doctrine de base est caractérisée par la flexibilité. Elle aussi est mise hors question à l'égard de son contenu essentiel".

⁴⁹ Ezzel kapcsolatban lásd SCHULZ FRITZ, 1990: *Principios del derecho romano*, fordította J. M. A. VELLASCO, Madrid: Civitas, *passim*. A szerző a római jog szervező elveinek azokat a fogalmakat nevezi, amelyek alapján a jogalkotók vagy a jogtudósok magát a jogot fejlesztették. A következőket sorolja fel: elszigeteltség, absztrakció, egyszerűség, hagyomány, nemzet, szabadság, tekintély, emberség, hűség és biztonság.

⁵⁰ Vö. "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica", in VIEHWEG, 1997: 20. o.

⁵¹ Vö. "A jogfilozófia mint alapkutatás", in: VIEHWEG, 1997: 34-35. o.

jelezve, hogy mit kell érteni egy alapelmelet alatt. A gyakorlat is megköveteli egy dogmatikus értelmezésmélet felállítását, amelynek szerepe éppen az lenne, hogy jelezze, hogyan kell értelmezni a szövegeket, hogy megtaláljuk a szóban forgó alapelmeletet⁵².

Kétségtelen, mondja VIEHWEG, hogy az értelmező egy olyan alkotmányos rendnek van alávetve, amely magában hordoz egy olyan jogelméletet, amely nem annyira formális, mint inkább anyagi jellegű. Ha ez lényegében világos és koherens is, a gyakorlatban ez nem mindig így van, mivel ez az elmélet a szokásokból, a szokásokból és az etikából fakad.

Ráadásul egy ilyen materiális jogelmélet egységét vagy egységességét szükségszerűen posztulálják, de a valóságban annyira tele van feszültségekkel, hogy harmonizációja jelentős nehézségeket okoz bármely jogász, és különösen egy alkotmánybíróság számára. Egy ilyen jogelméletnek az a funkciója, hogy megakadályozza az értelmezés végeláthatatlanná válását - noha köztudott, hogy az alkotmány is értelmezésre szorul -, és jelezze, hogy egy adott jogkörben mit tartanak problematikusnak, és ezzel kijelölje a lehetséges jogdogmatikai érvelés mezejét⁵³.

Most már jobban megérthetjük a jogdogmatika és a dogmatika alapját képező "jogi ideológia" közötti kapcsolatot, amit VIEH-WEG, amikor a dogmatika és a cethetika közötti különbséget tárgyalja, "jogi ideológiának" nevezett. Az itt említett alapelmelet, amelynek tartalma a társadalom számára egy adott történelmi időpontban fennálló, rögzített vélemények arról, hogy mi a helyes egy adott társadalom számára, és így az, amit korábban jogi ideológiaként ismertünk⁵⁴. Eredetüktől függetlenül - törvények, ítéletek vagy vallási megnyilvánulások - az ilyen típusú kijelentések és a kijelentés egésze azt a szerepet játssza, hogy a gyakorlatnak és annak sajátos döntési igényének eligazítást nyújt, és így egy adott történelmi pillanatban a jogi dogma tartalmát alakítja ki.

A VIEHWEG álláspontja e tekintetben tehát kifejezetten funkcionalista. Nem számít, hogy egy ilyen nézet hogyan alakul ki, vagy milyen legitimációs elvek alapján. Minden olyan társadalmi szervezet, amely racionalizálhatónak vallja magát, kidolgoz és megalapoz egy olyan alapelmeletet, amely megnyitja vagy megnyithatja az ajtót egy olyan jogi dogmatika előtt, amelynek gondolati struktúráját egy ilyen saját funkció határozza meg.

De ez a dogmatika feladata, a jogfilozófia feladata egy másik. A VIEHWEG szerint a jogfilozófiának kettős szerepe van. Az elsőnek ahhoz van köze, hogy lényegében részt vesz a jogelmélet kialakulásában. A jogfilozófiából születik egy alapelmelet, amelyből viszont jogdogmatika születik. A második szerepe abban áll, hogy ha már egyszer létrehozta a

⁵² Vö. "A jogfilozófia mint alap kutatás", in: VIEHWEG, 1997: 29-51. o.

⁵³ Vö. "A jogfilozófia mint alap kutatás", in: VIEHWEG, 1997: 34-35. o.

⁵⁴ Erre vonatkozóan BALLWEG, O.: "Science, Prudence et Philosophie du Droit", in 1969: 556. o.

"Ha a dogmatikát anyagi tartalmát tekintve vizsgáljuk, könnyen beláthatjuk, hogy az egy ideológiát vagy egy totális értelmezést tartalmaz a konfesszionális jelleggel, vagy abban az értelemben újul meg, hogy ez az ideológia felerősíti, felértékeli és értelmezi ezeket a megfogalmazásokat. A dogmatikának ezt az alapját ideológiának vagy a társadalmi funkció elméletének nevezzük, amely felszabadítja a dogmatika és az értelmezés megértésének előfeltételeit". Vagy ugyancsak "Analyse de la Jurisprudence à l'aide d'un modèle de la science sociale", 1969: pp. 258-264, 261. o.: "Dans la doctrine de base, il s'agit d'une idéologie, dans lesquelles les buts de la société sont formulés. Ez a társadalmi valóság tágabb értelemben vett egyetemes értelmezése, nyilvánvaló társadalmi funkcióval".

jogelméletet, nem teszi nyugvópontra, és magát az immár dogmatizált jogelméletet is a kutatás tárgyává teszi⁵⁵.

Ha ez igaz a régi értelemben vett jogelméletre, akkor felmerül a kérdés, hogy hogyan zajlik ez a folyamat az új értelemben vett jogelmélet megalkotásakor, tekintve, hogy az valóban valami gyökeresen mást állít, mint a régi értelemben vett elmélet⁵⁶.

5. VIEHWEG HÁRMAS FELOSZTÁSA ÉS A JOG MODERN STRUKTURÁLIS ELMÉLETE

A korabeli jogelméletet megközelítve VIEHWEG két alapvető szempont szerint javasolja jellemezni. Először is, az új elmélet strukturális elméletnek vallja magát, és háttérbe szorítja az igazságosság kérdését, mivel különösen szkeptikus annak tudományos feldolgozásának lehetőségét illetően⁵⁷.

Másodszor, a jogi jelenségekből indul ki, és azok szerkezetének megállapításával foglalkozik logikai vagy szociológiai szempontból, vagy mindkét szempontból. Mindig pontos, tudományos, azaz optimálisan ellenőrizhető nyelvet követel meg, és azt a tételt állítja, hogy csak akkor lesz világos, hogy milyen további kérdésekre kell választ adni, ha ez a strukturális elemzés tiszta nyelvvel befejeződött

Amikor VIEHWEG az itt és most megnyilvánuló jogi jelenségekből indul ki, akkor végül is az uralkodó jogi dogmatikát és a régi értelemben vett jogelméletét tekinti kutatási tárgyának, amelyhez kritikai szempontból hasznos lehet. Feltételezve, hogy végül olyan elméletet mutatna be, amely a jogdogmatika egészének alapjául szolgálhatna - ami természetesen nem lenne lehetséges, ha kihagná az igazságosság kérdését -, a régi típusú⁵⁹ új elméletet mutatna be.

Az új jogelméletet önálló kutatásnak tekintik, amelynek célja nem kapcsolódik közvetlenül a jogi dogmatikához. Éppen ellenkezőleg, úgymond független, éppen egy dogmatikus profilú elmélet kondicionáló tényezőitől, amelynek nem tudományos megközelítést, hanem tudományos szemléletet kell tartalmaznia.

⁵⁵ Vö. "A jogfilozófia, a jogelmélet és a jogi dogmatika kapcsolatáról", in: VIEHWEG, 1997: 21. o.: "Először is, lényegében részt vesz a jogelmélet kialakulásában. Egy ilyen elmélet ugyanis szükségszerűen jogfilozófiai elképzeléseket és mentális kísérleteket is feltételez. Ez vitathatatlan, bármilyen más szükséges előfeltételeket is kell még figyelembe venni. Ezért a következő gondolatmenetet jelölhetjük meg elmélnkedésünkhöz: Jogfilozófia

-jogelmélet (rég értelemben), jogi dogmatika. Ez azt jelenti: a jogfilozófiából következik egy olyan jogelmélet, amely mint alapvető elmélet lehetővé teszi a jogi dogmatikát. Ez a lánc megmarad, még akkor is, ha egy pontosabb elemzés fontos visszaható hatásokat tárhat fel benne.

⁵⁶ Vö. "A jogfilozófia, a jogelmélet és a jogi dogmatika kapcsolatáról", in: VIEHWEG, 1997: 22. o.

⁵⁷ Vö. "A jogfilozófia, a jogelmélet és a jogi dogmatika kapcsolatáról", in: VIEHWEG, 1997: 22. o.

⁵⁸ Vö. "A jogfilozófia, a jogelmélet és a jogi dogmatika kapcsolatáról", in: VIEHWEG, 1997: 23. o.

⁵⁹ Vö. "A jogfilozófia, a jogelmélet és a jogi dogmatika kapcsolatáról", in: VIEHWEG, 1997: 25. o.

Az új elmélet tehát nem a jogdogmatikát hivatott szolgálni, legalábbis első sorban nem. Nem kívánja tehát a jogdogmatikát szolgálni, legalábbis nem elsősorban, mert valójában úgy véli, hogy nem biztos, hogy milyen mértékben lenne képes erre. Ez ellentétben áll a régi értelemben vett jogelmélettel, amelynek célja az volt, hogy szilárd fogalmi magot biztosítson a jogi dogmák számára⁶⁰.

Az új értelemben vett elmélet e jellemzése után VIEHWEG azt a tézist állítja fel, hogy az elmélet maga is jogfilozófia objektív értelemben, még ha nem is akarja, hogy így nevezzék, és elutasítja, hogy filozófiának tekintsék. Mégis, a korlátlan és radikális megkérdőjelezés szándékában teljesen egybeesik a filozófiai kísérlettel⁶¹.

Az új jogelmélet jellemzőinek ellenőrzését a VIEHWEG tudományos alap kutatásnak tekinti. Amennyiben nem kötődik egyetlen konkrét területhez sem, mint például a jogszociológia vagy a jogtörténet, hanem kíséri és kiegészíti ezeket a speciális kutatásokat, valamint a jogi dogmatika kutatásait, jogfilozófiának tekinthető. Ha ez így van, akkor a fent említett lánc változatlan marad⁶².

VIEHWEG ebben az összefüggésben nem tér ki kifejezetten arra, hogy az új strukturális jogelméletnek az igazságosság kérdésével mint a jog alapkérdésével való foglalkozás elutasítása mennyiben zavarja az alapelmélet kidolgozását, ami továbbra is a feladata marad, annál is inkább, ha igaz az az állítás, hogy szándékában és módszerében jogfilozófiáról van szó. Mindazonáltal egy 1965-ös, a jogi pozitívizmussal foglalkozó cikkében megfogalmaz néhány olyan megfontolást, amely hasznos lehet e kérdés jobb megértéséhez⁶³.

Ebben a cikkben a jogi és filozófiai pozitívizmus rövid ismertetése után VIEHWEG a következő kérdésből indul ki: mit jelent, amikor a német (és túlnyomórészt nyugati) gyakorlati jogászok jogi pozitivistáknak nevezik magukat? Egy adott jogi pozitivista elméletre hivatkoznak-e? Ez nem így van - válaszolja -, mert nincs olyan egységes pozitivista elmélet, amely hatékonyan befolyásolja a gyakorlati jogászokat. Saját állításuk szerint iuspositivisták, amennyiben a pozitív jog által kötelezettek érzik magukat⁶⁴.

⁶⁰ Vö. "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica", in VIEHWEG, 1997: p. 24.

⁶¹ Vö. "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica", in VIEHWEG, 1997: 25. o.

⁶² Vö. "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica", in VIEHWEG, 1997: 26. o.

⁶³ A fent említett cikk címe: Was heisst Rechtspositivismus? A német gyűjteményben pedig a VIEHWEG, 1997: 166-175. o., illetve a spanyol gyűjteményben "¿Qué significa Positivismo Jurídico?" címmel, 52-65. o..

⁶⁴ Mondja VIEHWEG, in: Mit jelent a jogi pozitívizmus? 56: "Sok bírói tevékenységet folytató jogász, azaz a hatályos jogot alkalmazó és nem a jogalkotás szintjén tevékenykedő jogász nagyjából a következőket mondhatná: iuspositivistának tekintjük magunkat abban az értelemben, hogy az Alkotmány kötelez bennünket arra, hogy minden dogmatikai reflexiónkban ragaszkodjunk az itt és most hatályos pozitív Alkotmányhoz, valamint a pozitív törvényekhez és azok alkotmányos megfelelőihez. Kötelességünknek érezzük, hogy ne lépjük át pozitív jogalkotásunk határait. Ebben az értelemben pozitívan gondolkodunk, és kerüljük az átvitt értelemben vett gondolkodást. Úgy tűnik számunkra, hogy ez is megvalósítható. A transzpozíciós gondolkodást feleslegesnek és helytelennek tartjuk.

Ez az álláspont konkrétan a tágabb értelmezésekkel és legitimációkkal szembeni szkepticizmus formájában nyilvánul meg⁶⁵.

Ami az első pontot illeti, a gyakorlati iuspositivizmus programja inkohérens, érvel VIEHWEG, mert az értelmezés a nyelv nyitott textúrájával ütközik, amelyet csak akkor lehetne megváltoztatni, ha a jogi nyelv teljes matematizálását érnénk^{el66}.

Ami a második pontot illeti, a matematizáló nyelv értelmetlen mindaddig, amíg a számítás elemeit nem határozták meg előzetesen egyértelműen és racionálisan. Más szóval, a játékszabályok értelmezésének szabályait előzetesen legitimálni kell. Egy következetes jogpozitivistáknak éppen a lehetőséggel szemben szkeptikus, hogy a legitimáció tudományos úton történhet. Mindkét ponton a gyakorlati iuspositivisták félúton megáll, és nem kínál indoklást, olyan indoklást, amely a következő kérdés megválaszolását feltételezné: hogyan kell elképzelni egy közepes hatókörű legitimációs elméletet?⁶⁷

VIEHWEG szerint azonban nem abszurd és könnyen érthető, hogy a pozitívizmus miért cselekszik így. Először is, észrevehető, hogy a legitimáció iránti igény jelentősen változik a körülmények, különösen a politikai körülmények függvényében. Stabil politikai helyzetekben az alkotmányos eszközök úgymond különösebb aggodalom nélkül alkalmazhatók. A legitimációs sorozat elvágásának oka éppen a dogmatikus gondolkodás sajátosságában rejlik, és az alkotmányos eszközök jó támpontot nyújtanak egy ilyen korlátozó legitimációs igény⁶⁸.

A második megfontolandó szempont az, hogy a legitimáció kontextusának minden olyan elemzése, amely visszanyúlik a kezdetekig, végül egy emberi tudatlanságot tár fel, amelyet egy meggyőződésnek vagy hitnek kell helyettesítenie. A pozitívizmushoz hasonló elutasítás, amely a hit legitimációként való megalapozását elutasítja, annak érdekében történik, hogy semlegesítést biztosítson a különböző és olykor ellentétes értékfelfogásokra osztott világban⁶⁹.

⁶⁵ Vö. "Mit jelent a jogi pozitívizmus?", in: VIEHWEG, 1997: 55-56. o.

⁶⁶ Nem minden irónia nélkül említi VIEHWEG, hogy LEIBNIZ már húszéves korában érzekelte, hogy a megfelelő egynemű leírás csak akkor érhető el, ha a nyelvet kritikusan értékeli és megtisztítják, ami végső soron matematizálást jelentene. A pozitívizmus igényeinek fenntartásához tehát nem elég, ha őszintén elővigyázatosságot javasolunk az értelmezésben. Vö. "Mit jelent a jogi pozitívizmus?", in: VIEHWEG, 1997: 58-59. o.

⁶⁷ Vö. "Mit jelent a jogi pozitívizmus?", in: VIEHWEG, 1997: 60. o.

⁶⁸ Vö. "Mit jelent a jogi pozitívizmus?", in: VIEHWEG, 1997: 61-62. o. Egy másik, ugyanerről a témáról szóló, 1971-es, csak a német gyűjteményben megjelent "Positivismus und Jurisprudenz" című cikkében (159-165. o.) VIEHWEG megállapítja: "So gesehen bemerkt man unschwerwer, dass die restriktive Intention der positivistischen Argumentation für den praktischen arbeitenden Juristen grosse Anziehungskraft haben muss. Végül is a már létező dogmatikai munkájának eredménye, hogy a döntés meghozatalához szükséges módszert kell kialakítani, hogy a kérdés kérdés kérdése mellett bizonyos érveket is fel lehessen hozni. Die restriktive positivistische Argumentation deckt sich also mit dem dogmatisierenden Interesse des Juristen" (164. o.). ("Ebből a szempontból könnyen belátható, hogy a pozitivisták érdekszándéka nagyon vonzó lehet a gyakorlati jogász számára. Kedvez ugyanis pragmatikai munkásságának, amely végső soron abban áll, hogy bizonyos megkérdőjelező érvek kizárásával a cselekvés és a döntés új dogmatizmusát teszi elérhetővé a döntési gondolkodás számára. A korlátozó, pozitivisták érvelés tehát egybeesik a jogászok dogmatikai érdekével". A fordítás a miénk).

⁶⁹ Vö. "Mit jelent a jogi pozitívizmus?", in: VIEHWEG, 1997: 62-63. o.

VIEHWEG itt egy olyan témát érint, amely végigvonul elmékedésein, bár nem foglalkozik vele kifejezetten, nevezetesen a társadalom technizálódását és a transzcendens viszonyítási pontok elvesztését. Bár soha nem foglalkozott vele behatóan, úgy véljük, hogy a probléma kétségtelenül égető kérdés a szerző számára, aki több különböző összefüggésben is utal rá, többek között amikor az úgynevezett strukturális jogelmélettel és annak pozitivistá oldalával foglalkozik, és amikor a pozitívizmusnak tulajdonított bizonyos posztulátumok asszimilációját az általa "korszelleme" nevezett "korszelleme" ⁷⁰ igazolja, valamint amikor a jogi dogmatika teljes de-ideologizálásának lehetőségére vonatkozó kérdést teszi fel ⁷¹.

Ami fontos megjegyezni e vita szempontjából, az a legitímáció szükségessége, amely mindig megtörténik, még akkor is, ha félúton megszakad, ahogy a VIEH-WEG említi, és amely két egymást kiegészítő eljárásra és eljárás által válik irányadóvá.

A jog tartalma szempontjából a legitímáció egyre inkább a képviselőtestület által kifejezett általános akarat eszméjére való hivatkozással történik, amelynek fő feladata a jogalkotás. A legitímáció tehát a képviselő és a szükséges eljárások politikai megfogalmazásától a jog pozitív- ciónáig terjed, amelyet kötelezőnek tekintünk, mivel azt saját alkotói hozták létre. Hagyományos megkülönböztetésként hozzáadódik annak szükségessége, hogy olyan természetes szabályokra hivatkozzanak, amelyek meghatározzák (és így legitímálják) a megállapított jog kötelező jellegét, és a jog pozitívává válik.

Ha ez igaz, akkor nem kevésbé igaz, hogy továbbra is szükséges megérteni, hogy a jog tartalma hogyan jelenik meg egy társadalomban egy adott történelmi pillanatban. Bár az érvényesség dimenziója ma már (és különösen az olyan strukturális jogelmélet miatt, mint amilyenről beszéltünk) szinte kizárólag egy betartandó eljárásra vonatkozik, az is igaz, hogy az alkotmányt tartalmi szempontból, a kötelező erejű elmélet értelmében tekintjük.

Véleményünk szerint ez látszik a VIEH-WEG-nek a jogdogmatika és egy bizonyos alapelmélet viszonyáról szóló elmékedésének jelentőségét adni. Ez a konstrukció lehetővé teszi annak megértését, hogy a kortárs struktúraelmélet, még ha nem is hajlandó annak lenni, alapvető előfeltételeket biztosít a dogmatika számára, amikor a minden jogrendszerben megjelenő és azok alapszerkezetét alkotó általános fogalmak semleges és technikai feldolgozásaként jelenik meg. Azzal, hogy ideológiamentesnek mutatja magát, megerősíti a semlegesség szükséges látszatát, amelyet a dogmatika éppen azért igényel, mert többé nem támaszkodhat a hagyományból vagy a vallásból eredő egységes, értékalapú konszenzusokra.

A dogmatikus jogi tudás szempontjából tehát, és saját fennmaradása érdekében, legitímációja magában foglalja a tudományra való hivatkozást, valamint a modern tudomány szemlélethez illő metafizikai kérdésfeltevés hiányát, amely összhangban van a következőkkel

⁷⁰ Vö. "Mit jelent a jogi pozitívizmus?", in VIEHWEG, 1997: 62-63. o.

⁷¹ VIEHWEG "Ideológia y Dogmática Jurídica", in: VIEHWEG, 1997: 99-113. o., egy fejezetet szentel ennek a vitának, és megállapítja egy ilyen esemény lehetetlenségét, valamint hangsúlyozza, hogy a társadalom technizálódása az ideológiai premisszák olyan tökéletes dogmatikai kezeléséhez vezethet, hogy azok látszólag deideologizálódnak és semlegesülnek, de ez nem jelenti azt, hogy az alapideológia eltűnt volna.

A kor pozitívista szellemétől, amely - ahogyan VIEHWEG helyesen rámutat - még akkor sem szabadul, ha támogatást keresünk az olyan etikai kutatásokban, mint a jogszociológia vagy a politikatudomány, amelyek éppen a pozitívista gondolkodás védelmében születtek ^{meg72}.

Érdekes megjegyezni azt is, hogy a jog strukturális elméletéről VIEHWEG egy másik cikke is szólt, amelyben megerősíti annak komplementer viszonyát egy retorikai jogelmélethez képest, amelynek fő szerepe éppen az lenne, hogy végiggondolja és alátámassza, hogyan lehet normatív tartalmakat találni anélkül, hogy evidenciákhoz kellene folyamodni, ahogyan azt a strukturális elmélet állítja. Egy retorikai elméletnek e tekintetben meg kellene mutatnia, hogyan lehetne kordában tartani az akarati és értékelő aktusok jelenlétét, amelyekről a struktúraelmélet kimutatta, hogy a norma genezisének részét képezik, mind a jogalkotó, mind az értelmező szerepét illetően ⁷³.

VIEHWEG, amikor arra a következtetésre jut, hogy a jogfilozófia, a jogelmélet és a jogdogmatika közötti lánc akkor is változatlan marad, ha a struktúraelmélet hajlamos teljesen kivonulni a tartalmi problémák alól, egy fontos dolgot is hangsúlyoz: a jog "tudománya", amely méltányos a tárgya összetettségének, megköveteli a jogi ismeretek három területe vagy módja közötti kölcsönös függőség figyelembevételét, éppen azért, mert csak a köztük lévő kapcsolat elemzésével lehet a jogról adekvát képet kapni. Ha a tudomány nevében kivonulunk a tartalmi vitából, ahogyan azt a strukturális elmélet megpróbálta tenni, az nem oldja meg a kérdést.

Az eddigi vita összegzéseként most meg kell határozni, hogy milyen ~~értelme~~ vagy értelemben érthetjük meg a teljes jogtudományt alkotó háromféle ismeret közötti kölcsönös függőséget.

Mint láttuk, a jogi dogmatika alapja a jog matematikai elmélete, amelynek tartalmát éppen az adja, amit alapvető dogmáinak tekinthetünk. Ezt az alapelméletet racionalizálni és vizsgálni kell, és ez a feladat - cethetikus megközelítésben - a jogfilozófiára vagy az új értelemben vett jogelméletre hárul. A dogmatikát és az alapelméletet tehát az etikai kutatás vizsgálja, miközben mindkettő a dogmatikai megközelítés alapján teszteli és fejleszti azokat a kognitív premisszákat, amelyeket kölcsönösen az etikai kutatásból lehet meríteni.

A jogelmélet azért függ a jogdogmatikától, mert - mondja VIEHWEG - kizárt, hogy egy jogelmélet elszigetelten fennmaradjon, és a problémákra való tekintettel a részletekig magától fejlődhessen. Ez kizárja annak lehetőségét is, hogy a jogtudomány keretein belül egyszerűen elfogadjuk a jogi dogmatika számára kötelezően előírt ^{jogelméletet74}.

⁷² Vö. "Was heisst Rechtspositivismus?", in VIEHWEG, 1995: 175. o., illetve "Mit jelent a jogi pozitívizmus?", in VIEHWEG, 1997: 63-64. o.

⁷³ A cikk címe "Reine und Rhetorische Rechtslehre", és eredetileg 1981-ben jelent meg. A német gyűjteményben 214-217. oldalon, a spanyolban pedig "La teoría pura del derecho y la teoría retórica del derecho" címmel 191-195. oldalon található.

⁷⁴ Vö. "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica", in VIEHWEG, 1997: 27-28. o.

Emiatt egy olyan elmélet, amelyet nem lehet tudományos vizsgálatnak alávetni, nem biztosíthatja a jogi dogmatikának a szükséges kognitív és legitimációs alapot. Ezért a kutatás és a dogmatika számára elengedhetetlen annak vizsgálata, hogy minden irányban elősegítse immanens alakítását⁷⁵.

Abból, ahogyan VIEHWEG megközelíti ezt a vitát, megértjük, hogy a szerző a "jogelmélet" kifejezést két értelemben használja és érti. Létezik egy jogelmélet, amely a jogi dogmatika alapelméleteként funkcionál, hiszen alapvető dogmákat ad neki, és funkcionális értelemben ideológia, amelyben nemcsak kognitív, hanem hitbeli jelleget is találunk.

Létezik egy olyan jogelmélet, különösen a struktúraelmélet, amely az identifikációs tudományt követi, és amelynek célja, mint láttuk, nem a dogmák posztulálása, még ha jellemzői végül a "korszellem" megfogalmazásába és megerősítésébe torkollnak is, és - legalábbis ebben a sajátos értelemben - alapelméletként is működik.

Ez a kényes viszony nem világos VIEHWEG kezelésében, különösen azért, mert a szerző ugyanazokat a kifejezéseket használja mind az alapelméletre mint ideológiára, mind pedig az alapelméletként való fellépést elutasító strukturális elméletre. A fent javasolt értelmezés egy tisztázási kísérlet. Ami megkérdőjelezhetetlennek tűnik, az az, hogy a szerző a kethetikai megközelítést a tudományos kutatásban is jelenlévőnek tartotta, amikor tudományos szempontra utal, és a filozófiai kutatásban is, amelynek szerepét és hatókörét még nem tudjuk megítélni.

Ebben a tekintetben Ottmar BALLWEG tárgyalásai a *Rechts- wissenschaft und Jurisprudenz*⁷⁶ számában sokkal tanulságosabbak. Maga VIEHWEG is hivatkozik rá különböző okokból, bár nem ezen a konkrét ponton.

BALLWEG a kibernetikán alapuló elemzési modellt épít fel, és a jogról való gondolkodás három különböző módját tartja létezőnek: a jogtudomány, a jogtudomány és a jogfilozófia. Minden egyes gondolkodásmód sajátos funkciót tölt be, és ez ad neki egy olyan struktúrát is, amely megkülönbözteti a többitől. E szerző számára a jogtudomány egy összetett egész, amely többek között jogi dogmát és alaptant foglal magában. A jogtudomány tehát nem azonosítható sem a tudománnyal, sem a filozófiával. Az utóbbi ráadásul a másik kettőt tekinti a reflexió tárgyának. Így a terminológiai pontosság segítségével kizárható az "alapelmélet" és a "tudományos jogelmélet" közötti esetleges keveredés.

Összefoglalva és visszatérve ahhoz, ahogyan VIEHWEG megközelítette a kérdést, megérthetjük, hogy a dogmatikát a filozófiai és tudományos etikai kutatás vizsgálja, amely biztosítja számára az alapfeltételeket, és egyúttal állandó korrekcióként is működik. Az etikai kutatás viszont dogmatizálódik, és tartalomként megmarad mind az alapelmélet, mind magának a jogi dogmatikának a belső fejlődésében.

⁷⁵ Vö. "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica", in VIEHWEG, 1997: 27-28. o.

⁷⁶ Vö. BALLWEG, O., 1970: *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel: Helbing & Lichtenhahn.

A fentebb tárgyaltakhoz képest tehát, amikor közvetlenül a dogmatikai és etikai megközelítés közötti különbségtételre térünk ki, most egy másik szemszögből is kissé világosabban látjuk, hogy a jogi tudás mindig olyan komplex ismeretanyagként jelenik meg, amely egyúttal a magatartás irányával és a reflexív fejlődés szükségességével is kapcsolatban áll, összhangban a tudományos és filozófiai kutatásnak tekinthető irányvonalakkal.

6. HIÁNYOSAN ELMÉLETBE FOGLALT MEGÁLLAPODÁSOK, ALKOTMÁNYOS ELLENÁLLÁS ÉS MEGALAPOZOTT ELMÉLET

AGUILÓ⁷⁷ szerint újraértelmezhetjük az alkotmányok hagyományos "nyitott" és "zárt" osztályozását, mint a fejlődést megengedő és nem megengedő alkotmányok közötti ellentétet. Az előbbieket politikai és ideológiai profilkja lehetővé teszi, hogy a politikákat több értelemben is részletezzék, anélkül, hogy azt lehetne mondani, hogy az ember elmenekülne a szabályozási tervük elől, és anélkül, hogy szükség lenne a szövegük módosítására. Az utóbbiak viszont zártak, mivel szabályozási tervük szigorú, és csak az egyik vagy a másik irányt engedi meg. Nyilvánvaló, hogy ha ezt a fogalmat a ténylegesen létező alkotmányokra alkalmazzuk, akkor azt fogjuk látni, hogy ez vagy egyes szabályaikra, vagy a szabályozás egyes területeire vonatkozik, így a valódi alkotmányok mindkét jellemzőt egyesítenék. Az így értelmezett osztályozás pólusai azonban mint ellentétes modellek lehetővé teszik, hogy az alkotmánynak a jogrendben betöltött szerepét gyökeresen másképp értelmezzük. A nyitott alkotmányok fejlesztést igényelnek, és jelen vannak a jogalkotás és a jogalkalmazás minden aktusában; szerepük éppen az, hogy irányítsák azokat. A jogrendszerben a létrehozás és az alkalmazás aktusaiban bontakozik ki és kel életre. A zárt vagy konkluzív alkotmányok ezzel szemben nagy normatív erővel rendelkeznek abban, amit szabályoznak, de expanzív erejük korlátozott. Ezeket nem fejlesztésre, hanem megvalósításra és alkalmazásra tervezték.

Lehetőség van arra, hogy összefüggést állapítsunk meg a nyitott alkotmányok, azok továbbfejlesztésének szükségessége és szövegük homályossága között, valamint - ellenkező irányban - a végleges alkotmányok, végrehajtásuk szükségessége és pontosabb szövegük között. Az itt felmerülő probléma tehát az, hogy a nyitott alkotmányok jellemzőiként hiányosan elméletileg kidolgozott megállapodások és alapvetően ellentmondásos fogalmak jelennek meg.

Kétségtelen, hogy a mai jogrendszerek alkotmányai olyan jogokat, elveket és értékeket tartalmaznak, amelyek - tekintettel arra, hogy nagymértékben absztrakt módon vannak megfogalmazva - végtelen értelmezési viták tárgyát képezik. Egyrészt azért, mert ezek valóban absztrakt szinten vannak megfogalmazva, másrészt pedig azért, mert a politikai küzdelemben fontos pozíciókat képviselnek, és ezért nem könnyű lemondani róluk. A jelentésükről szóló vita nem csupán szemantikai kérdés.

⁷⁷ Vö. AGUILÓ REGLA, J., 2003: "Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional", *Doxa*, 23, 2003, pp. 289-317.

amely egy kötelező érvényű definícióval megoldható, hanem egy erősen értékelő jellegű gyakorlati kérdés. Marisa IGLESIAS rekonstrukcióját követve "alapvetően ellentmondásos fogalmaknak" nevezhetjük őket.

Marisa IGLESIAS szerint az alapvetően ellentmondásos koncepciókat négy jellegzetesség jellemzi: értékelési fogalmak, pozitív vagy negatív értékelést tulajdonítanak a tárgyaknak; összetettek, mert olyan tulajdonságok halmazából állnak, amelyeket egymáshoz kell viszonyítani, hogy velük kapcsolatban koncepciót lehessen alkotni, vagyis a tulajdonságok közötti kapcsolatról elméletet kell megfogalmazni, és egynél több elméletet engednek meg; érvelő jellegűek, mivel a megfelelő felhasználásukkal kapcsolatos meggyőzőési kísérletek állandó fejlesztését igénylik, mivel állandó vitákba keverednek; funkcionálisak, amennyiben a releváns társadalmi javakért folytatott politikai vitát csatornázzák, AGUILÓ szavaival élve négyeszőgként vagy gyűrűként működnek⁷⁸.

AGUILÓ azt javasolja, hogy ezeket az alapvetően ellentmondásos fogalmakat úgy tekinthetjük, ha megváltoztatjuk a megfigyelési szöveget, és az alkotmány értelmezésének és kidolgozásának pillanatától a megfogalmazás pillanatáig elmozdulunk, mint a Cass SUNSTEIN által felfogott, hiányosan elméletileg kidolgozott megállapodásokat⁷⁹.

SUNSTEIN, amikor megpróbálja megmagyarázni, hogyan lehetséges egy alkotmány megalkotása, amikor bizonyos vitás kérdésekben nem lehet konszenzusra jutni, azt a tézist védi, hogy ez úgy történik, hogy az alkotmány szövegébe többé-kevésbé nyitott záradékokat foglalnak, amelyeket ő "hiányosan elméletileg kidolgozott megállapodásoknak" nevez. Ha ragaszkodnánk ezek teljes elméletéhez, és először tisztáznánk jelentésüket és hatályukat a társadalmi pozíciók és jogok odaítélése tekintetében, akkor valószínűleg ellehetetlenítenénk a megállapodást, mivel kibékíthetetlen nézetkülönbségek vannak. Ezeket az eltéréseket azonban két alapvető stratégiával oldja fel: további absztrakcióval és olyasvalami rögzítésével, amit később, az alkotmányszöveg megalkotását követő értelmezési gyakorlatban kell majd meghatározni; vagy pedig a nehezen egyeztethető, általánosabb megfogalmazásban nehezebben elfogadható dolog rögzítéséről való lemondással, cserébe az általa "közepes hatókörű elveknek" nevezett elvek rögzítéséért. Az első esetben a megegyezés az absztrakció fokának növelésével, a második esetben pedig a partikulációval válik megvalósíthatóvá. Mindkét esetben egyetértés jön létre, és alkotmányt tesz lehetővé az, hogy ami nem konszenzusos, azt valójában elhallgatják, és a vita arra összpontosít, hogy mi lehet konszenzusos.

Nyilvánvaló, hogy a SUNSTEIN nem azt állítja, hogy az alkotmányelméletekre nem kellene vagy nem lehetne támaszkodni, mint a konszenzus létrehozásának mechanizmusára, és így a társadalmi javakra, jogokra és értékekre vonatkozó, teljes mértékben elméletileg kidolgozott megállapodásokon alapuló alkotmányok létrehozására. Véleményem szerint az ő elemzésében az a fontos, hogy megmutatja, hogy a miénkhez hasonló pluralista társadalmakban az elméletek konszenzust teremtő képessége korlátozott lehet, és az egyik módja annak, hogy megértsük, hogyan lehet ezt elérni, az alkotmányelméletek használata.

⁷⁸ Vö. IGLESIAS VILA, M., 2000: "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa*, 23, pp. 77-104.

⁷⁹ Vö. SUNSTEIN, C., 2000: "Alkotmányos megállapodások alkotmányos elméletek nélkül", *Ratio Juris*, vol. 13, n. 1, March, pp. 117-130.

Még ha lehetséges is olyan alkotmányt létrehozni, amelyet tiszteletben tartanak, az a megállapodások hiányosan elméletileg megalapozott kategóriáján keresztül történik.

Az absztrakció által hiányosan elméletileg megalapozott megállapodások mechanizmusa, ahogyan AGUILÓ helyesen rámutat, alapvetően ellentmondásos fogalmak használata. Ezeknek a fogalmaknak, a fentiekben vizsgált jellemzők alapján, az alkotmány által előírt intézményi keretek között, vagyis az alkotmány által előírt meghatározási eljárások alapján, az alkotmány által előírt, a szükséges konkrétság legitimálása érdekében történő későbbi, deliberatív és argumentatív fejlesztés tárgyát kell képezniük.

A partikularizálással nem teljes mértékben elméletileg meghatározott megállapodások viszont analógia útján történő befogadási eljárások tárgyát képezik majd, hogy a kellően hasonlóknak ítélt új esetek ugyanolyan jogi megoldást kaphassanak. Ez, amint az könnyen megfigyelhető, érvelően strukturált eljárásokat is feltételez.

Összefoglalva a fent vázolt keretet, a központi gondolat az, hogy az alkotmányozás nem az összes felmerülő jogi és politikai probléma végleges megoldását jelenti, hanem valaminek a beindítását, amit az AGUILÓ "alkotmányos gyakorlatnak" nevez. Egy ilyen gyakorlat attól függ, hogy az alkotmányozás és az alkotmány megélése közötti különbségtételt olyasvalaminek tekintsük, ami releváns, és ami a jogrendszer résztvevői számára elkötelezettséget jelent a fejlődésével kapcsolatban.

Az az ellentetés, miszerint az alkotmány a jelen és a jövő döntéseinek döntési jogkörének korlátozását vonja maga után, mivel a holtak diktatúrájához kötődnek, így feloldódik, és jobban megérthető, hogy az alkotmány megalkotásakor a jövő nemzedékekre nézve kötelező érvényű az elvek és értékek rögzítése, amelyeket a jelen alkotmányos gyakorlata újraértelmez.

Ebben az értelemben azok az alkotmányok, amelyekben ez a lehetőség fennáll, vagyis amelyekben a jövő nemzedékének (bár relatív és folyamatosan felülvizsgálta) azonosulása az alkotmányozó felek által meghatározott elvekkel és értékekkel, és nem feltétlenül a benne foglalt konkrét tartalmakkal, ellenállóbbak lennének.

Így számomra hihetőnek tűnik rámutatni arra, hogy VIEHWEG elképzelése, miszerint a jogrendszerek egy alapvető elmélet köré épülnek, és hogy ez a jogfilozófia terméke és tárgya, úgy is értelmezhető, mint egy másik módja annak, hogy megmagyarázzuk, hogyan érhető el, és hogyan is érhető el a szabályozási előírásoknak való engedelmesség és azok alkotmányos gyakorlat általi továbbfejlesztése közötti kényes egyensúly.

Amint azt VIEHWEG gondolatának leírásakor láttuk, a megalapozott elméletet a viszonylagos meghatározatlanság és a nagymértékben értékelő jelleg jellemzi. Olyannyira érték alapú, hogy a szerző odáig megy, hogy azt funkcionális értelemben ideológiaként azonosítja, mint egy világnézetet strukturáló hiedelmek és értékek összességét.

Ha a történelem más korszakaiban, ahogyan VIEHWEG megállapítja, az alapelmélet más támaszokra épült, a mai társadalmak a jogi tartalmat úgy legitimálják, hogy - bár diffúz módon - a társadalom szervezésének helyes módjairól szóló elméletnek tulajdonítják. Bár egy ilyen kijelentés azt hihetnénk, hogy a jogi problémák megoldódtak, közelebbről megvizsgálva kiderül, hogy ez az elmélet messze van attól, hogy valami végleges és teljesen értelmes legyen.

Egy olyan pluralista világban, ahol nemcsak különböző, hanem olykor ellentétes nézetek is léteznek arról, hogy milyen társadalmi célokat kell követni, és milyen elveket kell követni, maga az alkotmány tartalmazza az alapelméletet ezzel az erősen értékelő jellegű, ugyanakkor az interaktív gyakorlaton keresztül történő fejlesztést nélkülöző jelleggel.

A hiányos elméletű megállapodások, ahogyan SUNSTEIN jellemzi őket, tehát arra szolgálnak, hogy lehetővé tegyék a kiindulópont meghatározását az alkotmányozás pillanatában. Ezt a kiindulópontot azonban az értelmező gyakorlatnak kell majd továbbfejlesztenie. Ez a belső értelmezési gyakorlat, amely a VIEHWEG nyelvén a dogmatikai perspektívához kapcsolódik, és az egyes jogrendszerekre jellemző jogdogmatikába fordítódik, egyúttal azzal a "feltétellel" működik, hogy soha nem tér el a kiindulóponttól, azaz az alkotmányos normától, ugyanakkor folyamatosan újraértelmezi azt, azt teszi, amit a VIEHWEG "immanens fejlődésnek" nevezett. Az alapvetően átalakított fogalmak jellemzése viszont megmagyarázza, hogyan lehetséges ez az immanens fejlődés, és hogyan jelenti a kapcsolat tiszteletben tartását, ugyanakkor az alkotmányos normák jelentésének fejlesztését, amelyekben megjelennek.

Minél nagyobb a jogdogmatika képessége arra, hogy az alapvetően vitatott fogalmakkal dolgozzon, és az alapelméletet a társadalom aktuális igényrendszere számára kielégítő módon fordítsa le, annál nagyobb a képessége arra, hogy az alkotmányszövegből kielégítő válaszokat kapjon a jogi és politikai problémákra, és ezáltal csökkenjen a reform szükségessége. Más szóval, annál nagyobb a rugalmassága. A szabályozási alkotmányok, amelyek tele vannak alapvetően ellentmondásos fogalmakkal, ezért nagyobb dogmatikai erőfeszítést igényelnek, bár természetesen nem azt állítjuk, hogy a jó jogi dogmatika megoldja az alkotmány alkalmazhatóságának minden problémáját. De kétségtelen, hogy ennek értelmes egészé alakítása, még az ezzel járó értékellentétekkel együtt is, az AGUILÓ kifejezéssel élve "az alkotmányban való élet" iránti elkötelezettség vállalásától függ.

Másrészt, mint láttuk, a jogfilozófia és a jogtudományi kutatás etikai megközelítéshez kapcsolódó szerepe az, hogy reflexív módon a jogi dogmatika felé fordul. A cselekvés orientálásának közvetlen elkötelezettsége nélkül, reflexív feladata egy olyan kritikai eszköz létrehozását teszi lehetővé, amely tisztázza és megvilágítja a jogi dogmatika működési módját, és végül azokat az érvelési eljárásokat, amelyekkel az alapelméletben szereplő - pontatlan és értékes - tartalmakat meghatározzák. Ezáltal, ha közvetve is, de új tartalmi előfeltételeket kínál a dogmatika és maga az alapelmélet számára. Ez a jogfilozófia viszont szintén értelmező gyakorlatként írható le, bár nem tartozik a cselekvésorientáció ugyanazon "kondicionáló tényezőinek" hatálya alá. Ebben az értelemben külső érvelési gyakorlatként írhatnánk le, amely nem kötelezi el magát azonnal az alkotmányos értékek és elvek lefordítása mellett, hanem részt vesz a belső érvelési gyakorlat alapjául szolgáló elméletek tisztázására és fejlesztésére irányuló erőfeszítésekben is.

Nem tűnik túlzásnak, ha azt mondom, hogy jogelméleti tevékenységünket - bizonyos intenzitásbeli eltérésekkel - ilyen módon lehetne felismerni.

leírás. Azt hiszem, e tekintetben igen érdekes megjegyezni, hogy VIEHWEG rámutatott a jogi tudás alapvetően argumentatív jellegére, akár dogmatikus, akár nem dogmatikus, és ezzel megelőlegezte az ilyen tudás értelmező gyakorlatként való jellemzését, amelyet a diszkurzív legitimáció történelmileg konstruált céljai és paraméterei irányítanak.

Végezetül, a cikk címében feltett provokációra válaszolva, úgy gondolom, hogy a lehetséges válasz az, hogy VIEHWEG intuíciója valóban korát megelőző alkotmányjogásszá teszi őt. Talán nem szándékosan tette ezt, de más intuícióihoz hasonlóan ez is megvilágítja jogászai gyakorlatunkat, rámutatva az alkotmány magas jogi és politikai jelentőségére, anélkül, hogy leegyszerűsíténé az értelmezés problémáját, és anélkül, hogy figyelmen kívül hagyná az értékek és elvek jelenlétét mint kiindulási és érzékesi pontokat az ilyen gyakorlatban. Az általunk végzett tevékenység tehát messze nem semleges, és társadalmi hatásai sem elhanyagolhatóak. Még ha a jog strukturális elmélete mellett döntünk is, ahogyan arra VIEHWEG rámutatott, bizonyos fokú értékelkötelezettség jelen lesz.

(Ángel Espinosa Gadea fordítása)