



**JOGI TANULMÁNYOK KUTATÁSI
TANULMÁNYSOROZAT**

PAPÍRSZÁMLA SZÁM. 19-06-14

2019 június

***A pozitívizmus társadalmi hatékonysági tézisének zavaró
következményei***

a

Brian Z. Tamanaha
John S. Lehmann egyetemi tanár

A JOGI POZITIVIZMUS TÁRSADALMI

HATÉKONYSÁGI TÉZISÉNEK

BOMLASZTÓ KÖVETKEZMÉNYEI

Brian Z Tamanaha*

A társadalmi hatékonyság tézise szerint ahhoz, hogy a jog létezzen, a lakosságnak általában engedelmeskednie kell neki. Gyakorlatilag minden jogpozitivista által elfogadott tézis, ez a jogpozitívizmus legelhanyagoltabb tétele. H. L. A. Hart a viselkedési szabályoknak való általános engedelmisséget a jogrendszer létezésének "szükséges" feltételeként azonosította, de keveset mondott arról, hogy ez mit jelent.¹ Joseph Raz elismerte, hogy a társadalmi hatékonyság a jog létezésének "a legkevésbé tanulmányozott és legkevésbé megértett" feltétele, bár nem fejtette ki részletesebben, mint előzetes, összefoglaló állításokat.² "Elég annyi, hogy mindenki egyetért abban, hogy egy jogrendszer nem egy adott közösségben hatályos jog, hacsak nem tartják be általánosan, és nem fogadják el vagy nem internalizálják a lakosság legalább bizonyos részei".³ Hans Kelsen kijelentette: "Egy jogrendet akkor tekintünk érvényesnek, ha normái *nagyjából* hatékonyak (vagyis ténylegesen alkalmazzák és betartják őket)".⁴ E követelményről néhány előlegező megjegyzést tett.

A hatékonysági tézist talán azért vizsgálják kevésbé, mert a jogelméleti szakemberek nyilvánvalónak tartják, hogy a jog csak akkor létezik, ha azt a lakosság nagyrészt betartja. Egy normatív rendszer "értelmetlen" lenne, ha az emberek nem viselkednének vele összhangban.⁵ "Ezért" - állította Kelsen - "egy olyan normatív rendszer, amelynek a valóság bizonyos mértékig már nem felel meg".

¹ Hart 1961: 113.

² Raz 2009: 42; 1980: 203-08.

³ Raz 2009: 43.

⁴ Kelsen 1967: 212.

⁵ Kelsen 1992: 60.

szükségszerűen elveszíti érvényességét."⁶ Raz a jog hatékonyságát az erkölcshez hasonlította: "Egyetlen erkölcs sem egy népesség társadalmi erkölce, hacsak nem igazodik hozzá általánosan és nem fogadja el az adott népesség".⁷ Mivel a jogelméleti szakemberek egységesen azt állítják, hogy a jog funkciója a magatartás ellenőrzése és irányítása,⁸ ebből szükségszerűen következik, hogy a jogról csak akkor lehet azt mondani, hogy létezik, ha ezt a funkciót ténylegesen betölti.

Annak ellenére azonban, hogy a teoretikusok szinte általánosan elfogadják, a hatékonysági tézist jelentős következményekkel járó megválaszolatlan kérdések övezik. Több kérdés azonnal eszünkbe jut: Mennyire kell elterjedtnek lennie a jogkövetésnek? Minek kell megfelelniük az embereknek (a jog minden területén)? Kiknek kell megfelelniük (jogi tisztviselők, kormánytisztviselők, a teljes lakosság, jelentős csoportok)? Mit jelent a konformitás (normatív, tudatos, viselkedéses, de nem tudatos)? Ez az esszé ezeket a kérdéseket és néhány másikat vizsgálja meg, feltárva a hatékonysági tézisnek a jogpozitivisták elméletre gyakorolt számos bomlasztó következményét. A legjelentősebb, hogy a jogi hatékonyság empirikus valóságára támaszkodva kétségbe vonom a jog fogalmaiba foglalt monopolisztikus, egységes jogszemléletet, valamint a jog állítólagos iránymutató funkcióját. Az elemzés során foglalkozom a jogi pluralizmusnak a társadalmi hatékonysági tézisére gyakorolt hatásaival, megmutatom, hogy a hatékonyság alapja változó és változott az idők során, és a modern társadalmakban a hatékonyságnak egy olyan magyarázatát kínálok, amely nem az útmutatáson vagy az engedelmességen alapul.

MIÉRT MERÜLNEK FEL AZ ENGEDELMESSÉG KÉRDÉSEI

⁶ Kelsen 1992: 60.

⁷ Raz 2009: 43.

⁸ Hart 1961: 39.

Kezdjük azzal, hogy meghatározzuk a mögöttes okot, amiért az engedelmisség kérdései felmerülnek: a jogi intézmények és a csoportokon belül uralkodó társadalmi viselkedés különálló létjogosultsággal bírnak. Vagyis az, ami egy adott társadalomban a jogi intézményeket és az általuk létrehozott törvényeket létrehozza, különbözik attól, ami az uralkodó társadalmi viselkedést eredményezi. A jogi intézményeket a jogi szereplők folyamatos gyakorlatai alkotják, amelyek a normák létrehozása és érvényesítése körül forognak. Az uralkodó társadalmi viselkedés a források - szokások, szokások, erkölcsök, szocializáció, kölcsönös kötelezettségek, kölcsönös megértések, megállapodások, célorientált, céltudatos cselekvések, naturalista ösztönök és még sok más, többek között a jogi intézmények cselekvéseinek terméke. Mivel létalapjaik különböznek, a kettő közötti kapcsolat kontingens és változó: befolyásolhatják egymást, egybeeshetnek, eltérhetnek, szétválaszthatók.

Ennek az elkülönültségnek két ismert tétel a megnyilvánulása: a jog és a társadalmi viselkedés között szakadékok lehetnek,⁹ és egy norma érvényes jog maradhat egy jogrendszeren belül, bár az emberek széles körben figyelmen kívül hagyják vagy megszegik azt.¹⁰ E két tétel kibontása azt mutatja, hogy *három* különálló területről van szó: a jogi intézményekben érvényesnek elismert szabályokról (hatálybalépés); arról, hogy a jogi tisztviselők mit tesznek az elismert szabályokkal kapcsolatban (végrehajtás és alkalmazás); és arról, hogy az emberek hogyan viselkednek a szabályok által szabályozott magatartás tekintetében.¹¹ A kettő szétválasztásának egyszerű illusztrációja a jogilag előírt 60 mérföld/órás sebességkorlátozás egy adott autópályaszakaszon; bár a rendőrség jellemzően csak azokat bírságolja meg, akik 65 mérföld/óránál gyorsabban hajtanak ezen a szakaszon, miközben a járművezetők rendszeresen 60-70 mérföld/órával mennek (a rendőrökre figyelve). Az érvényes jogi szabályok egy dolog, amit a végrehajtással megbízott személyek

⁹ Pound 1910.

¹⁰ Kelsen 1992: 62.

¹¹ Az egyszerűség kedvéért ebben az értekezésben a szabályok kifejezést használom, bár a jogi normák tágabb értelemben normákat, elveket, utasításokat és más típusú jogi nyilatkozatokat foglalnak magukban.

a szabályok tekintetében ténylegesen mit tesznek, az egy másik dolog, és még egy másik dolog a szabályok által állítólagosan szabályozott csoport tényleges viselkedése. A jogi szabályoknak való általános megfelelés tehát magukra a jogi tisztviselőkre (betartják és alkalmazzák-e azokat?), valamint a szabályok által megszólított társadalmi csoportra (betartják-e azokat?) vonatkozik.

Különálló létalapjaiknak köszönhetően elméletileg lehetséges, hogy a jogi tisztviselők összehangolt komplexuma elismerje, megváltoztassa, érvényesítse és alkalmazza a jogi szabályokat egy olyan társadalmi csoporttal szemben, amely a jogi szabályok által megköveteltekkel teljesen ellentétesen viselkedik.¹² A társadalmi viselkedéssel összeegyeztethetetlen egyéni jogi normák mindaddig érvényesek maradnak, amíg a jogi tisztviselők ilyenek ismerik el őket, ebből következik, hogy a társadalmi csoportra alkalmazandó összes jogi norma összességében érvényes maradhat az általános társadalmi konformitás hiánya ellenére is. Magának a jogrendszernek a létezése szempontjából az a kritikus, hogy a jogi tisztviselők összehangolják viselkedésüket a jogi szabályok felismerése, megváltoztatása, érvényesítése és alkalmazása érdekében - ez hasonlít Hart második feltételéhez a jogrendszer létezéséhez.¹³

A jogpozitivisták azonban ragaszkodnak a jog létezésének egy további feltételéhez. "A jogelméleti szakemberek szinte mind egyetértenek abban, hogy a hatékonyság [a társadalomban] szükséges feltétele a jogrendszer létezésének".¹⁴ Hogy ez a követelmény fogalmi vagy empirikus-e, nem világos. Azt állítva, hogy a hatékonyság "különbséget tesz a hatékony és a nem hatékony jog között, nem pedig a jogi és a nem jogi rendszerek között",¹⁵ Raz azt sugallja, hogy az általános engedelmisség biztosítása empirikus feltétele a

¹² Raz analógiája a jog és az erkölcs között figyelmen kívül hagy egy kulcsfontosságú különbséget. Az erkölcsnek jellemzően nincs intézményesített rendszere a normák létrehozására és érvényesítésére, így az erkölcsi normák csak akkor lehetnek hatékonyak, ha a társadalmi életben ténylegesen hivatkoznak rájuk. A jogrendszerek akkor is

Elektronikusan elérhető a következő címen:

<https://ssrn.com/abstract=3405459>

létezhetnek, ha normáikat a társadalomban általában nem tartják be, mert egy intézményesített jogrendszernek megvannak a társadalmi normáktól eltérő saját létjogosultsági okai; egy olyan jogrendszernek, amelynek nincs társadalmi hatékonysága, korlátozott hatása lesz, de ettől még létezni fog.

¹³ Hart 1961: 113. A "koordináták" kifejezésem nem tartalmazza Hart belső elfogadásának követelményét.

¹⁴ Shiner1990: 82.

¹⁵ Raz 2009: 43.

a jog létezése. Úgy tűnik, Hart "az általános megfelelési feltételt a jogrendszer létezésének fogalmilag szükséges feltételének tekintette".¹⁶ Egy olyan jogrendszer, amelyet a lakosság nem követ, a teoretikusok számára irreálisnak tűnik; "legfeljebb... egy lehetséges, hipotetikus vagy virtuális jogrendszer, de nem valós" - állítja Gerald Postema.¹⁷

Amint azt rövidesen bemutatom, a lakosság által nem követett jogrendszerek nemcsak nagyon is léteznek, hanem bőségesen vannak is. Először is meg kell határoznom egy, a jogról sok jogelméletíró által vallott elképzelést: a társadalom egészét irányító, monopolisztikus, egységes jogrendszer képét.

E feltételezést tükrözve Raz megállapítja, hogy "dióhéjban" a jogrendszer "az útmutatás és az ítélkezés olyan rendszere, amely egy adott társadalomban a legfőbb tekintélyt követeli magának, és ezért, amennyiben hatékony, ilyen hatékony tekintélyt is élvez".¹⁸ A jognak ez a monopolisztikus felfogása azonban, amelyről bővebben a következőkben lesz szó, gyakran nem felel meg a valóságnak.

SZISZTEMATIKUS ELTÉRÉS A JOG ÉS A TÁRSADALMI VISELKEDÉS KÖZÖTT

Léteznek olyan helyzetek, amikor a jogrendszer által létrehozott és érvényesített szabályok szisztematikusan eltérnek a társadalom nagy része által követett normáktól. A Világbank egy nemrégiben készült jelentése szerint:

Számos fejlődő országban az állami rendszeren kívül működő szokásrendszerek gyakran a szabályozás és a vitarendezés domináns formája, Afrika egyes részein a lakosság akár 90%-át is lefedik. Sierra Leonében például a lakosság mintegy 85%-a tartozik a szokásjog hatálya alá, amelyet az alkotmány úgy határoz meg, mint "a Sierra Leone egyes közösségeire a szokásjog alapján alkalmazandó szabályokat". A szokásjog a legtöbb afrikai országban a földterület 75%-át fedi le, és olyan országokban, mint Mozambik és Ghána, a földügyletek 90%-át érinti.... .

¹⁶ Postema 2008: 48.

¹⁷ Postema 2008: 49.

¹⁸ Raz 2009:43.

országokban az igazságszolgáltatási rendszerek a jelek szerint szinte teljesen függetlenül működnek a hivatalos állami rendszertől.¹⁹

Ez a helyzet Afrika, a Közel-Kelet, Ázsia és a csendes-óceáni térség egyes részein tapasztalható, különösen a vidéki területeken. Ezekben a közösségekben az emberek különböző okokból nem folyamodnak az állami joghoz: az lehet távoli, korrump, lassú, túl drága vagy kifürkészhetetlen az emberek számára. Előfordulhat, hogy az állami jog olyan nyelven van megfogalmazva, amelyet nem értenek - nem is beszélve a jogi szaknyelv jelentette további akadályokról. Az állami jog normáit és intézményeit máshonnan ültették át, és ezek idegenek az életmódjuktól, és távol állnak tőlük. Az emberek életüket a helyi szokásjog és vallási törvények és intézmények szerint élik, amelyek alakítják és tükrözik társadalmi és kulturális létüket, és amelyek tartalmukban és működésükben gyakran eltérnek az állami törvényektől és intézményektől.²⁰

Egy becslés szerint világszerte akár egymilliárd ember is követel tulajdonjogot, és a hivatalos állami joggal összeegyeztethetetlen feltételekkel köt tulajdonjogi megállapodásokat, a városi településektől kezdve, ahol a családok generációk óta hivatalos jogcímek nélkül élnek, egészen a vidéki területekig, ahol az emberek a szokásjog szerinti földhasználatot követik.²¹ Az állami jog jellemzően szabad tulajdonban lévő, elidegeníthető tulajdont biztosít, míg a szokás szerinti földbirtoklás gyakran kollektív tulajdonban van, különböző felek számára használati és konzultációs jogokat biztosít, és a társadalmi kapcsolatok a földhöz kötődnek. Egy tanulmány kifejti: "Egyes tulajdonjogi igénylők ellenállhatnak vagy figyelmen kívül hagyhatják az [állami] jogot, egyszerűen azért, mert az egy távoli centralista állam terméke, vagy egy olyan államé, amelyet megbízhatatlannak, legitimnek, vagy kevésbé megbízhatónak tartanak.

¹⁹ Chirayath, Sage és Woolcock 2005: 3.

²⁰ Lásd Tamanaha 2011; 2008.

²¹ Fitzpatrick 2016: 137.

tisztesség. Mások a tulajdonviszonyok koordinálásának helyi mechanizmusait részesíthetik előnyben, amelyek a társadalmi szerveződés régóta fennálló mechanizmusába ágyazódnak be."²²

Egy ilyen helyzetet közelebbről megvizsgálva további fényt kapunk:

Yapnak volt egy jogrendszere, törvényhozással, egy maroknyi bíróval és ügyvéddel, egy kis rendőrkapitánysággal és egy teljes jogi kódexszel, amely teljes egészében az USA-ból átültetett törvényeken alapult. A törvénykönyv nagy részét azonban soha nem alkalmazták, kevés laikus ismerte a törvények tartalmát vagy a jogrendszer működését, a társadalmi problémák nagy részét hagyományos eszközökkel, az állami jogrendszer részvétele nélkül oldották meg, és a legtöbb szigeten egyáltalán nem volt jogi jelenlét. Az emberek mindennapi viselkedését nem az állami jog, hanem saját kulturális normáik szabályozták. A társadalmi rendet az állami törvényektől eltérő források tartották fenn....Míg nem cselekedtek rendszeresen a törvényekkel ellentétesen (azzal a nagy kivétellel, hogy kultúrájuk egy virágzó kasztrendszert tartott fenn, miközben a törvény tiltotta a diszkriminációt), nem lehetett azt mondani, hogy Hart kifejezésével élve engedelmeskedtek vagy betartották volna az elsődleges szabályokat, mivel nem ismerték ezeket a szabályokat, és szinte egyáltalán nem is figyeltek rájuk.²³

Míg a társadalmi közösség tagjai a szokásjogot és az intézményeket követték, addig Yapnak volt egy működő állami jogrendszere, amely "többnyire a kormányzat működtetésével kapcsolatos ügyekkel volt elfoglalva". Az állami jog létezése Yapban társadalmi tény volt, amely a jogi tisztviselők tevékenységén alapult".²⁴ Az ehhez hasonló helyzetek változatai világszerte léteznek, ezt meg kell ismételni, így nem lehet őket a teoretikusok által marginálisnak minősíteni.

Ezek a helyzetek segítenek tesztelni a joggal és a társadalmi hatékonysággal kapcsolatos feltételezéseket, amelyek a jogelméleti szakemberek körében gyakoriak, de nem mindig igazak. Az állami jogrendszer Yapban főként a kormányzati intézkedésekkel kapcsolatban működött, annak ellenére, hogy a közösség legtöbb tagja nem "fogadta el vagy internalizálta" a jogi szabályokat a Raz-államok értelmében, és általában nem engedelmeskedtek

²² Fitzpatrick 2016: 165.

²³ Tamanaha 2001: 12. Ezt első kézből tapasztaltam, amikor majdnem két évig Yap állam főügyészhelyetteseként

dolgoztam, majd később visszatértem, hogy jogi tanácsadóként dolgozzak a Mikronéziai Szövetségi Államok 1990-es alkotmányozó gyűlésén. Ezt a helyzetet múlt időben tárgyalom, mert nem erősítettem meg, hogy ez ma is így van.²⁴ Tamanaha 2001: 12.

a törvényt a Hart által megkövetelt értelemben. Magát a politechnikát, a kormányzat struktúráját a jog építette fel, és a jogon keresztül működött. A kormányzati jogcselekmények főként instrumentális tevékenységek engedélyezésére és végrehajtására vonatkoztak, mint például a szociális szolgáltatások nyújtása, a villamosítás fenntartása, az utak és kikötők építése, az oktatás biztosítása és más, kevésbé a közösség társadalmi rendjének fenntartására. Ugyanakkor Yapban a szokásjogi rendszer a társadalmi rend nagy részét a szokásjoggal oldotta meg; a lakosság "elfogadta és internalizálta" ezt a jogrendszert, és ennek megfelelően élt. Yap szigetén tehát kétféle jog létezett egymás mellett, amelyek többnyire különböző ügyekben működtek - az egyik a kormányzati intézkedések területén, a másik a közösségi életben -, némi átfedéssel.

Ezek a helyzetek talán összeegyeztethetők a jogrendszerek monopolisztikus, egységes szemléletével, ha rámutatunk a globális dél számos állami jogrendszerében szereplő, a szokásjogot vagy a vallási jogot (korlátok között) elismerő rendelkezésekre. E hivatalos elismerés alapján azt lehetne mondani, hogy az állami jog még mindig irányít, annak ellenére, hogy jogi intézményei és deklarált normái nem tükröződnek a társadalmi magatartásban. Ezzel az értelmezéssel azonban két probléma van. Először is, léteznek olyan helyzetek, amikor az egymás mellett létező rendszereket az állami jog nem ismeri el, mint például a tálibok által bevezetett saría Afganisztánban, amely a vidék nagy részén uralkodott, miközben a tálibok háborúban álltak az állammal.²⁵ A második probléma az, hogy sok helyzetben a szokás- és vallási rendszerek az állami jogrendszerektől függetlenül működnek, és az emberek úgy érzékelik, hogy ellentmondásban állnak egymással; normáik gyakran közvetlenül ellentétesek azzal, amit az állami jog előír, különösen a tulajdonjogi és családjogi kérdésekben, és rendszeresen megsértik a meghatározott korlátokat.²⁶ A szokásjog és a vallási jog formái évszázadok, ha nem évezredek óta léteznek ezeken a területeken.

²⁵ Lásd Yassari és Saboory 2010.

²⁶ Lásd Tamanaha 2008, 2011.

(az idők során kialakuló), jóval az állami jogrendszerek kialakulása előtt, amelyek viszonylag új keletű, korlátozott hatalommal rendelkező átültetések.²⁷ Ezek az őshonos jogi formák mindvégig *de facto* törvények voltak, bár az állami jogrendszerek bevezetésekor kiigazításokon mentek keresztül. A szokásjog és a vallási jog pozitív állami jogi elismerése - egy olyan gyakorlat, amely először a gyarmatosítással kezdődött²⁸ - az állam arcmegtartó gesztusa, amellyel hivatalosan "engedélyezi" a társadalomban virágzó, korábban létező jogformákat, amelyeket nincs hatalma ellenőrizni, megszüntetni vagy kiszorítani.

A társadalmi valóság az, hogy az ilyen helyzetekben a bejelentett állami jogi normákat a lakosság nagyrészt nem tartja be. Ennek sokrétű következményei vannak a társadalmi hatékonyság tézisére és a jog fogalmára nézve.

SOROZATOS LÉTEZÉS ÉS EGYIDEJŰ EGYÜTTÉLÉS

A hatékonyság követelményének megvitatásakor a jogelmélet nagyrészt a sorozatos létezés problémáira összpontosított - arra, hogy mikor jönnek létre és mikor szűnnek meg a jogrendszerek, akár forradalom, polgárháború, ellenséges megszállás, összeomlás vagy anarchia révén.²⁹ Kelsen forradalmi átalakulásokat vagy egy teljesen új alkotmányos rendet használt példaként;³⁰ Raz főként a forradalmakkal vagy a gyarmatosításból való függetlenné váláskor bekövetkező jogrendszer-váltással foglalkozott.³¹ A forradalmi váltások során, különösen az átmeneti időszakban, vagy amikor a végkifejlet még nem eldöntött, felmerül a kérdés, hogy milyen jogrendszer létezik és mikor.

²⁷ Lásd Kahn 2015.

²⁸ Lásd Hooker 1975.

²⁹ Hart 1961: 114-16.

³⁰ Kelsen 1967: 208-211.

³¹ Raz 1970: 205-08. Röviden megemlíti a vallási jogrendszerek együttélését is.

Ezek a viták azt feltételezik, hogy bár egy átmeneti vagy vitatott időszakban egynél több jogrendszer is *hatékony lehet* különböző szempontból, egy adott társadalomban csak egy *létezh*t. Ahogy Raz fogalmazott: "Adott két feltételezett jogrendszer, amelyek mindkettő hatékony egy bizonyos társadalomban, és egyben összeegyeztethetetlenek, a kizárás tesztjének feladata annak meghatározása, hogy melyikük létezik az adott társadalomban".³² A kizárás tesztje, mondja, az emberek hozzáállását és szándékait vizsgálja, hogy kiderüljön, hogy az egyik vagy a másik rendszer követése vagy figyelmen kívül hagyása hűségből történik-e, és a jogi szervek relatív hatékonyságát vizsgálja a cselekvőképességükben. Ez egy "összehasonlító teszt". "Az egymással versengő jogrendszerek közül a legjobban a meglévő jön ki. Bizonyos esetekben két egymással versengő rendszer nagyjából azonos igényt támaszthat, és az ügyet rendezetlennel kell megítélni."³³

Ez a megfogalmazás a *hatékonyságot* a tényleges társadalmi hatás empirikus kérdésévé teszi, míg a *létezés* egy fogalmilag átítatott fogalom, amely ahhoz kötődik, hogy mit jelent jogrendszernek lenni. A jogrendszereket Raz szerint három jellemző jellemzi: igényt tartanak arra, hogy bármilyen típusú viselkedést szabályozzanak (átfogóak); igényt tartanak az összes többi intézményesített rendszer feletti felsőbbrendűsége; és abban az értelemben nyitottak, hogy a rendszeren belül kötelező érvényt kívánnak adni a kívülről generált normáknak.³⁴ Így értelmezve: "Egy jogrendszer akkor és csak akkor létezik, ha hatályban van. Ennek a pontnak az a jelentősége, hogy rámutat arra, hogy a normatív rendszerek az egyének viselkedésére gyakorolt hatásuk miatt, a társadalmi élet szervezésében betöltött szerepük miatt létező jogrendszerek".³⁵ Több jogrendszer is létezh az ő számításában, mert több jogrendszer is *igényt tarthat* átfogó tekintélyre és felsőbbrendűsége, de csak egy jogi

³² Raz 1970: 207.

³³ Raz 1970: 208.

³⁴ Raz 2009: 116-20.

³⁵ Raz 2009: 104.

rendszer ténylegesen létezhet - érvényben lehet -, mert feltehetően mindig csak egyetlen jogrendszer képes átfogó és legfelsőbb rendet tenni a társadalmi életben. "Egy intézményesített rendszert csak akkor tekintenénk jogrendszernek, ha az valamilyen szempontból szükségszerűen a legfontosabb intézményesített rendszer, amely az adott társadalomban létezhet."³⁶ A hatékonyság tehát szükséges a létezéshez, de a létezés magával vonja a teljesség és a szupremácia meglétét, és ha a versengő rendszerek közül egyik sem bizonyul a legjobbnak, ahogy Raz fogalmazott, akkor az ügyet elintézhetetlenné kell ítélni.

Furcsa megfogalmazás azt mondani, hogy egy adott társadalomban két jogrendszer is működhet, bár egyik sem létezik. Miért nem mondjuk egyszerűen azt, hogy ha egy társadalomban két jogrendszer egyidejűleg különböző szempontból hatékony, akkor *mindkettő* létezik? Raz azért jut el kínos állításához, mert a jogrendszerek szükséges jellemzőit az állami jog monopolisztikus, egységes szemléletével azonosítja. Ez egyenértékű azzal a fogalmi kikötéssel, hogy egy adott társadalomban *csak egyetlen* jogrendszer létezhet. Ez az álláspont megnehezíti egy olyan társadalom elszámolását, mint a Yap, ahol két jogrendszer működött egymás mellett különböző ügyekben; vagy a földrajzi alapú egymás mellett álló rendszereket, mint például Afganisztán, ahol az állami jog főként a városokban létezik, míg az ország hatalmas vidéki területein az emberek a törzsi szokásjogot, más területeken pedig a tálíbok által bevezetett sariát követik. Hazánkhoz közelebb, ez nincs összhangban az amerikai őslakos törzsek szuverén státuszával, amelyek megosztják a szupremácia szempontjait az egyes államokkal és a nemzettel.

A legegyszerűbb módja az ilyen helyzetek kezelésének az, ha elismerjük, hogy egy társadalomban több hatékony jogrendszer is létezhet egymás mellett.

³⁶ Raz 2009: 116.

A HATÉKONYSÁG KÖVETKEZMÉNYEI A JOG FOGALMAIRA

Ebből számos következmény következik a jogi koncepciókra nézve. A társadalmi hatékonyságra való összpontosítás a jog egymás mellett létező formáinak helyzetében indokolja Raz azon állításának elutasítását, miszerint a jogrendszerek szükséges jellemzői közé tartozik a teljesség és a szupremácia igénye. A jog monopolisztikus felfogása - a kortárs teoretikusok konstrukciója - nincs összhangban számos jogi rendszerrel a történelem során és napjainkban. Az egymás mellett létező jogrendszerek a középkori Európában normálisak voltak, egészen az állami jog modern kori megszilárdulásáig, és még ezt követően is számos társadalomban megmaradtak az egymás mellett létező jogrendszerek.³⁷ Az sem egyértelmű, hogy a teljesség és a szupremácia ma Európába illene. Az európai polgárok a nemzeti jog és az Európai Unió joga alá tartoznak - amely különböző kérdésekben nem tisztázott szupremáciai igényekkel bír -, valamint az emberi jogok, a nemzetközi magán- és közjog, a transznacionális jog különböző formái és a vallási jog hívei számára. A jog monopolisztikus szemlélete az állami jog idealizált megfogalmazása, amelyet a jogelméleti szakemberek gondolkodás nélkül feltételeznek. Mivel bőséges okunk van kételkedni benne, jelentős indoklásokat kell felmutatni ahhoz, hogy beépüljön a jog és a hatékonyság elemzésébe.

A monopolisztikus nézet problematikus korrelátuma, hogy a jog egységesen a területileg meghatározott "társadalomra", "állampolgárookra" vagy "népességre" vonatkozik. Erre utal Hart azon állítása, miszerint a jogrendszer létezésének feltétele, hogy a viselkedési szabályokat "az állampolgároknak" általában be kell tartaniuk".³⁸ Ahogy Kelsen fogalmazott: "Azt mondani..., hogy az állam a szuverén jogrendszer, különösen azt jelenti, hogy bármilyen magasabb jogrendszer által korlátlanul képes arra, hogy érvényességét területi és anyagi értelemben egyaránt kiterjessze".³⁹ Ez a tétel nyilvánvalónak tűnik, ha az állami jog monopolisztikus szemléletét vesszük alapul, de elhomályosítja a lehetséges különbségeket

³⁷ Tamanaha 2017: 105-09.

³⁸ Hart 1961: 113.

³⁹ Kelsen 1992: 100.

a jogi normák típusai és a címzettek köre között. Egy jogrendszer akkor is lehet hatékony, ha csak bizonyos alkalmazási területekre korlátozódik, vagy ha földrajzi hatókörét tekintve részleges.

A jogi normáknak két megkülönböztethető csoportja létezik, amelyek különböző szférákra vonatkoznak: a kormányzati feladatokat ellátó kormányzati tisztviselőkre, valamint az állampolgárokra és az interakcióban részt vevő jogalanyokra.⁴⁰ A modern bürokratikus kormányokban a kormánytisztviselőkre vonatkozó jogszabályok adják a kormányzat szerkezetét és a közigazgatási apparátus jogi keretét, jelentős joganyagot alkotva a kormányzat működéséhez és céljainak előmozdításához kötődve; azaz a jogalkotók biztosítják a bevételeket, jóváhagyják a projekteket és engedélyezik az előirányzatokat, a végrehajtók és az ügynökségek végrehajtják ezeket, a bíróságok eljárnak az ezekkel kapcsolatos vitákban, és így tovább, beleértve a vonatkozó szerepek és hatáskörök jogi konstrukcióját. Ahogy Ed Rubin megjegyezte a Hartnak a társadalmi viselkedésre való kizárólagos hivatkozásainak kritikájában, "a jogszabályok nagy része a kormányzati szervek viselkedését szabályozza, nem pedig a magánfelek magatartását".⁴¹ Ezzel szemben a mindennapi társadalmi interakciót lefedő jogszabályok közé tartozik a tulajdonjog, a szerződési jog, a kártérítési jog, a családjog, a büntetőjog és más olyan joganyag, amely az emberek és szervezetek közötti rutinszerű interakcióra vonatkozik. Fogalmilag és reálisan megalapozott az a következtetés, hogy egy jogrendszer akkor létezik, ha a szabályokat "általában betartják" e címzettek egyik szférájában, bár a másokban nem, mert annak az adott szférán belül hatékony következményei lennének. A jog abban a további értelemben lenne társadalmilag hatékony, hogy a kormánytisztviselők által jogi eszközökkel előmozdított projekteknél valós, gyakran társadalmilag előnyös következményei vannak, bár nem önmagában véve társadalmi rendezés. Egy jogrendszer akkor létezne, ha a kormányzat az állami jogon keresztül működne instrumentális céljainak megvalósítása során.

⁴⁰ Tamanaha 2017: 118-50.

⁴¹ Rubin (1989): 375

annak ellenére, hogy a társadalmi rendet más eszközökkel valósítják meg - ez volt a helyzet Yapban.

A jogrendszerek hatékonysága egy területen belül földrajzi vonalak mentén is megoszlik, például városi és vidéki vagy különböző régiók között. A teoretikusok állításai a polgárok, a lakosság vagy a társadalom jogi szabályoknak való engedelmességéről úgy jelennek meg, mintha az egész társadalmat le kellene fednie, de egy jogrendszer akkor is létezne, ha egy területen hatékony lenne, máshol viszont nem - ez volt a helyzet Afganisztánban.

Ebből az elemzésből még egy másik következmény következik a jogi fogalmakra nézve. Egy olyan társadalomban, amelyben egy jogrendszert általában a kormánytisztviselők betartanak, de a lakosság nem, vagy általában a városokban élők betartják, de a vidéki területeken élők nem, vagy bizonyos régiókban élők nem, de mások nem, feltehetően más jogrendek lesznek érvényben a nem érintett területek vagy népesség számára. Amint azt korábban jeleztük, ezek az egyéb jogrendek lehetnek szokásjog vagy vallási jog, vagy az állam belső riválisa; létezhetnek más jogformák is, beleértve a nemzetközi és transznacionális jogot és az emberi jogokat. Mivel ezek ténylegesen jogi funkciókat töltenek be, a jogelméleteknek figyelembe kell venniük ezeket az egyéb jogformákat, amikor a jog jellemzőiről szóló beszámolókat készítenek.

Ez mélyreható elméleti változást idézne elő - mivel eddig a jogelméletek szinte kizárólag az államjogi paradigmán alapultak. Raz ebbe az irányba mutat egy nemrégiben megjelent esszéjében, a "Miért az állam?" címűben:

Bár a jogfilozófia nagy része az állami jogból indul ki, az írók tisztában vannak másfajta jog létezésével, és itt nem a természeti, matematikai vagy nyelvtani törvényekre gondolok. Olyan törvényekre gondolok, amelyek vitathatatlanul normatívak. Ide tartozik a nemzetközi jog, vagy az olyan szervezetek joga, mint az Európai Unió, de a kánonjog, a saria jog, a skót jog, az őshonos nemzetek joga, a szabályok és rendelkezések

az önkéntes egyesületek, illetve a jogilag elismert társaságok tevékenységének szabályozása, és még sok minden más, beleértve a nagyon átmeneti jelenségeket, például a szomszédsági bandákat.⁴²

Az állami jogtól eltérő jogformákra való összpontosítás jelentősen megváltoztatja a jog fogalmairól alkotott elképzeléseket, mivel azok jellemzői eltérnek az állami jogtól. Raz például megjegyezte: "Sok, ha nem is minden jogfilozófus egyetértett abban, hogy a jog egyik meghatározó jellemzője, hogy intézményesített normatív rendszer".⁴³ Ez igaz az állami joggal kapcsolatban, de nem a szokásjog minden formájára vonatkozóan. Egy másik alapvető feltételezés szerint a "Mi a jog?" kérdésre egyetlen választ kell adni, míg ez az új fókusz a jog többféle formájának azonosításához vezet, amelyek mindegyike saját (esetleg egymást átfedő) jellemző vonásokkal rendelkezik.⁴⁴

Összefoglalva, a hatékonyságra való összpontosítás azt sugallja, hogy az, hogy a jognak monopóliuma van-e egy területen belül, esetleges kérdés, amelyet nem szabad fogalmilag feltételezni; a teljesség és a szupremácia nem szükséges jellemzői a jognak; a jogrendszerek létezhetnek és hatékonyak lehetnek korlátozott területeken és régiókban, még akkor is, ha a polgárok egésze általában nem engedelmeskedik a törvénynek; ugyanazon a társadalmi téren többféle jogi forma is működhet; nem minden jogi formának kell intézményesítettnek lennie; és a jognak többféle formája is létezhet, sajátos jellemzőkkel.

Bár ezek csak előzetes állítások, amelyek további vizsgálatot igényelnek, azt mutatják, hogy a hatékonysági tézisnek a jogról alkotott elképzelésekre gyakorolt hatásai sokrétűek és mélyrehatóak.

MIT JELENT AZ ENGEDELMESSÉG

⁴² Raz 2017: 138.

⁴³ Raz 2009: 105

⁴⁴ Lásd Tamanaha 2017; 2001.

Az az állítás, hogy a polgároknak általában véve engedelmeskedniük kell a viselkedési szabályoknak ahhoz, hogy egy jogrendszer létezzen, magyarázatot igényel arra, hogy mit jelent az "engedelmesség". Hart számára elegendő a sovány engedelmesség:

Az első feltétel az egyetlen, amelynek a magánembereknek meg *kell* felelniük: minden egyes szabálynak "csak a maga részéről" és bármilyen indítékból engedelmeskedhetnek; bár egy egészséges társadalomban valójában gyakran elfogadják ezeket a szabályokat mint általános viselkedési normákat, és elismerik, hogy kötelesek betartani őket, sőt ezt a kötelezettséget az alkotmány tiszteletben tartásának általánosabb kötelezettségére vezetik vissza.⁴⁵

Az átlagpolgár nagyrészt úgy fejezi ki elfogadását, hogy beletörődik e hivatalos műveletek eredményeibe. Betartja az így alkotott és azonosított törvényt, és az általa átruházott hatalmat is követeli és gyakorolja. De lehet, hogy keveset tud annak eredetéről vagy alkotóiról: egyesek talán nem tudnak a törvényekről többet, mint hogy azok "a törvény".⁴⁶

Az engedelmesség vékony abban az értelemben, hogy a polgároknak nem kell normatív módon elfogadniuk vagy szeretniük a jogi szabályokat - a lényeg az, hogy általában engedelmeskedjenek a jogi szabályoknak.

Hart vékony engedelmességének egyik szembetűnő következménye az, hogy a lakosságnak (beleértve a jogi tisztviselőket magánjellegükben is) nem kell normatív értelemben elfogadnia a jogrendszer viselkedési szabályait, amennyiben a jogi tisztviselők elfogadják a másodlagos szabályokat, amikor jogi tevékenységüket végzik.⁴⁷ Ez magában foglalna egy olyan rabló jogrendszert, amely leigázta a lakosságot - hasonlóan a történelem során a korábbi gyarmati jogrendszerekhez és diktatúrákhoz -, egy olyan nagyra törő Gunman, amely az engedelmesség megvalósítása érdekében a kényszerre, a félelemre és a passzív beletörődésre támaszkodik.⁴⁸ Hart felismerte, hogy a jog "lehet egy szűk és kizárólagos rendszer, amelyet az uralkodó csoport érdekei szerint működtetnek".⁴⁹

A kritikusok szerint az engedelmesség gazdagabb fogalmára van szükség, amely magában foglalja a viselkedési szabályok valódi normatív elfogadását, ami a törvényességbe

vetett széles körű hitet jelenti.

⁴⁵ Hart 1961: 113.

⁴⁶ Hart 1961: 60.

⁴⁷ Payne 1982.

⁴⁸ Shiner 1990: 87-89.

⁴⁹ Hart 1961; Tamanaha 2017: 93-105.

a jog, legalábbis egy stabil, időben tartósan fennálló jogrendszer esetében. Roger Shiner például azt javasolja, hogy a lakosságnak egy olyan sűrű szokást kell mutatnia, amely magában foglalja "a törvénytisztelő magatartás tanúsítására való hajlandóságot", amely a méltányosságon, az igazságosságon és a rendszer által biztosított közjón alapul.⁵⁰ Érvelésének lényege, hogy az általános engedelmisség biztosításához a jognak jónak és helyesnek kell lennie, vagy legalábbis a lakosságnak ilyennek kell látnia, így a hatékonyság követelménye a jogi pozitívizmus nem pozitivista irányba mutat.

Meg kell jegyezni, hogy ez az állítás azon a megkérdőjelezhető tételen alapul, hogy egy jogrendszer nem képes tartósan fenntartani az általános engedelmisséget kizárólag kényszerítéssel, ha a lakosság nem fogadja el a normákat. Ez a feltételezés nem bizonyított, és nehéz lenne bizonyítani. A történelem azt mutatja, hogy a kizsákmányoló rendszerek hosszú ideig fennmaradhatnak (gondoljunk csak a múltbeli gyarmati rezsimekre vagy a mai Észak-Koreára). Ezen túlmenően a jogrendszerek legitimitását biztosító tényezőkkel kapcsolatos attitűdök is eltérőek. Rudolf von Jhering megjegyezte, hogy léteztek olyan társadalmak, amelyekben "az emberek nem nézték az erőszakot a saját szemükkal; semmi helytelent nem láttak az ilyen állapotban; semmi utálatosat és kárhozatosat, hanem csak azt, ami természetes és magától értetődő. Az erő, mint olyan, benyomást tett rájuk, és az egyetlen fajta nagyság volt, amit értékelni tudtak".⁵¹

Még a sovány engedelmisség is megköveteli, hogy az emberek tudatosan igazodjanak ahhoz, amit a törvény előír. Ennek az az oka, hogy a teoretikusok egységesen kijelentik, hogy a jog feladata az emberi magatartás irányítása. Hart megjegyezte, hogy "meglehetősen hiábavaló olyan konkrétabb célt keresni, amelyet a jog mint olyan szolgál azon túl, hogy útmutatást ad az emberi magatartáshoz és normákat nyújt az

⁵⁰ Shine 1990: 106.

⁵¹ Jhering 1968: 191.

az ilyen magatartás kritikája."⁵² Raz a jogrendszer létét attól teszi függővé, hogy hatékony normatív iránymutatást nyújtson:

Egy jogrendszer akkor és csak akkor létezik, ha hatályban van. A pont jelentősége abban áll, hogy rámutat arra, hogy a normatív rendszerek az egyének *viselkedésére gyakorolt hatásuk miatt*, a társadalmi élet szervezésében betöltött szerepük miatt létező jogrendszerek.⁵³

Ha az emberek nem igazítják tudatosan viselkedésüket a joghoz, akkor a jogrendszer tehetetlenné válik, és nem tölti be társadalmi funkcióját. "A jog alapvető *működési módja*" - jegyzi meg Gerald Postema - "az intelligens önrányító ágensek cselekedeteinek irányítása azáltal, hogy olyan általános normákat intéz hozzájuk, amelyeknek a cselekedeteiknek várhatóan meg kell felelniük".⁵⁴

A jog állítólagos iránymutató funkcióját azonban egy olyan rejtély kíséri, amelyet a jogi teoretikusok rendszeresen figyelmen kívül hagynak vagy elhárítanak. Egyrészt "az emberek csak akkor tudnak szabályok vagy előírások alapján tájékozódni, ha tudnak a szabály vagy előírás létezéséről"; másrészt "a legtöbb ember nem ismeri országa törvényeinek túlnyomó többségét".⁵⁵ A jog a szaknyelv, a fogalmak, a gyakorlatok és az intézmények rendkívül specializált halmaza, amelyet a jogi képzettséggel nem rendelkező emberek nem tudnak teljes mértékben megérteni. Ami szintén elérhetetlenné teszi a jog teljes körű ismeretét, még a jogászok számára is, az az, hogy a modern jogrendszerek hegynyi mennyiségű szabályt és rendeletet bocsátanak ki, összetett és homályos részterületekkel. Tanulmányok megállapították, hogy a laikusok joggal kapcsolatos hiedelmei fontos kérdésekben jelentős százalékban tévesek a jogi

⁵² Hart 1994: 249.

⁵³ Raz 2009: Raz: 104 (kiemelés hozzáadva).

⁵⁴ Postema 2008: 50.

⁵⁵ Marmor 2004: 5, 16.

témák.⁵⁶ Az emberek gyakran azt hiszik, *hogy* a törvény az, aminek szerintük lennie kell, anélkül, hogy ellenőriznék a törvényt, hogy megbizonyosodjanak arról, hogy ez helyes-e.

A jog iránymutató funkciójával szembeni ellenvetés "mellékes", állítja Andrei Marmor, mivel a legtöbb törvény nem érinti az egyént mindennapi ügyeiben, és ha egy adott kérdésben a törvényt kell ismernie, akkor ügyvédet fogadhat.⁵⁷ A legtöbb ember azonban nem fordul rendszeresen ügyvédhez, hogy tanácsot kérjen tevékenységének jogi vonatkozásaival kapcsolatban, és sokan a jogi szolgáltatások megfizethetetlen költségei miatt lemondanak a jogi tanácsadásról, ami a polgári és büntetőügyekben a kielégítetlen jogi igények magas arányát eredményezi.⁵⁸

A modern jog speciális, összetett, homályos és rendkívül terjedelmes; sokan azért nem kapnak jogi tanácsadást, mert úgy gondolják, hogy nincs rá szükségük, vagy mert túl költséges és megterhelő a beszerzése; és sokaknak téves nézetei vannak arról, hogy mit ír elő a jog. Egy évszázados szokásjogi alapelv szerint "mindenkiről feltételezhető, hogy ismeri a törvényt".⁵⁹ A jogászok már több mint egy évszázada elismerik, hogy ez a tétel "önmagában abszurd".⁶⁰ A maximát nem a ténybeli pontosság indokolja, hanem egy prudenciális politika, amely arra ösztönzi az embereket, hogy ismerjék a törvényt, és ettől függetlenül felelősségre vonja őket.⁶¹ A jogi pozitivisták teoretikusok, akik azt állítják, hogy a jogi szabályok irányítják a lakosságot, valójában igaznak állítják be azt, amit már régóta elismertek, hogy kényelmes fikció.

A kereskedelmi szereplők és a tehetős emberek gyakran aktívan használják a jogot és konzultálnak ügyvédekkel, de nem ez a lakosság nagy része. A laikusok általában olyan alapvető dolgokat ismernek, mint a gyilkosság,

⁵⁶ Rowell 2017; Kim 1998; Darley et al. 2001.

⁵⁷ Marmor 2004: 16.

⁵⁸ Tamanaha 2017; Hadfield & Heine 2016.

⁵⁹ Kohler 1935: 113.

⁶⁰ Keedy 1908: 91; Hall & Seligman 1941: 641; Cass 1976: 691.

⁶¹ Hall & Seligman 1941: 646-52.

a testi sértés és a lopás jogellenes, a szerződések kötelezőek, a közlekedési törvények bírságokat szabnak ki, és az adókat meg kell fizetni, bár az alkalmazandó tanok és védekezési módok részletei meghaladják az ismereteiket. Sokan nem a jogi tilalmak miatt nem gyilkolnak, ütlegetnek vagy lopnak másoktól, hanem azért, mert ezeket a cselekedeteket visszataszítónak vagy elképzelhetetlennek tartják. Sokan a jogra alig gondolva intézik ügyeiket, vagy olyan feltételezésekkel rendelkeznek a jogról, amelyeket nem ellenőriznek. Ha rutinszerű viselkedésükben ritkán veszik figyelembe a jogot, és nagyrészt amúgy sem ismerik a jogot, akkor az embereket normatív értelemben nem a jog *vezérli*. Ahogy Postema megjegyzi, "a viselkedésnek az állandó jogi normákkal való pusztán véletlenszerű összefüggései nem teszik nyilvánvalóvá a jog hatékonyságát. Ehhez az kell, hogy a viselkedést a jog erőfeszítéseire és működésére lehessen visszavezetni, a jog tulajdonságaira vagy hatásköreire visszavezetve".⁶²

Fontos tisztázni a helyzetet. Jelentős különbség van e helyzetek és a globális déli országokban egymás mellett létező jogi formák tekintetében korábban leírtak között. Ez utóbbiban a hivatalos állami jognak korlátozott szerepe van a társadalmi érintkezés rendezésében és a zavarokra való reagálásban a lakosság nagy része számára, különösen a vidéki területeken, akik más jogrendek szerint élnek. Ezzel szemben itt a jogpozitivisták által ismert fejlett kapitalista társadalmak jogáról van szó - ahol a jog valóban jelentős szerepet tölt be a társadalmi élet rendezésében, és a jog általában minden területen és régióban érvényesül (közelítve a jog monopóliumi szemléletéhez).

A lényeg az, hogy a teoretikusok ismételt állításaival ellentétben ez a társadalmi rendeződés nem az emberek mindennapi viselkedésének irányításával jön létre. A jog működésének megragadásához a hatékonyság másfajta felfogására van szükség.

⁶² Postema 2008: 50.

NEM AZ ÚTMUTATÁSON VAGY ENGEDELMESSÉGEN ALAPULÓ HATÉKONYSÁG

Gerald Postema szembesül ezekkel a kérdésekkel "Konformitás, szokás és kongruencia" című tanulmányos esszéjében: A jog hatékonyságának újragondolása". "A polgárok ritkán értenek többet a jog nagy részének kezdetleges megértésénél, és bizonyára alig vagy egyáltalán nem értik annak technikai jellemzőit" - ismeri el; ezért "nehéz azt állítani, hogy az átlagpolgárokról elmondható, hogy elfogadják ezeket a normatív tételeket, és közös normaként kezelik őket saját és polgártársaik magatartására vonatkozóan".⁶³ Postema a hatékonyság megértésének egy másik módját kínálja, amely annak az állításnak két kulcsfontosságú módosításán alapul, hogy a jog irányítja a magatartást.

Először is, a hangsúlyt az egyes egyénekről a kölcsönhatási hálózatokban cselekvő emberekre helyezi át, és az egyes jogi normákról a jogra mint rendszerre; majd tisztázza, hogy az embereket nem közvetlenül a jog irányítja, hanem *közvetett* irányításnak vannak kitéve.⁶⁴ "A jog rendszerként szólítja meg a jogalanyokat, és az általa kínált normatív útmutatás inkább a gyakorlati érvelés keretének biztosítását jelenti, mintsem egy diszkrét általános parancsot".⁶⁵ A jogi keretnek van egy irányadó módja (mit kell tenni), egy értékelő módja (mások értékelésére szolgáló normák) és egy konstitutív módja (szerepek és kapcsolatok konstituálása, mint például a munkaadó-munkavállaló, házasság, állampolgárok stb.) A jogi útmutatás közvetett abban az értelemben, hogy olyan társadalmi gyakorlatokon keresztül közvetítik, amelyeket a jog befolyásol, és amelyek befolyásolják a jogot is, "és az egyes jogalanyok jelentős részben, de nem kizárólag azáltal kapnak útmutatást, hogy részt vesznek ezekben a társadalmi gyakorlatokban".⁶⁶ Más szóval, az emberek a tevékenységüket a megszokott társadalmi gyakorlatokon és interakciós hálózatokon belül végzik

⁶³ Postema 2008: 52.

⁶⁴ Postema 2008: 53-56.

⁶⁵ Postema 2008: 55.

⁶⁶ Postema 2008: 56.

az általuk megértett, a jogban tükröződő és részben a jog által létrehozott gyakorlatok és hálózatok.

Másodszor, Postema a jog hatékonyságát abban látja, hogy a törvények és a jogi eljárások, valamint a társadalomban uralkodó szokások, társadalmi gyakorlatok, érvelési és cselekvési módok között lényeges összhang áll fenn.⁶⁷ A kongruencia Postema számára nem azt jelenti, hogy a jogi szabályok közvetlenül tükrözik a társadalmi normákat; ehelyett azt jelenti, hogy általában együtt működnek, illeszkednek egymáshoz, hogy a jogi tevékenységek termékei összhangban vannak vagy igazodnak ahhoz, amit a társadalomban az emberek tesznek. Ha hiányzik a kongruencia, a jog nem hatékony normatív rendszer.

Kifinomult beszámolójában sokkal több van, amit itt nem lehet átadni. Ami a jelen célokból számít, az az, hogy Postema döntően eltávolodik attól a valószínűtlen elképzeléstől, hogy az emberek normatív módon a jogi szabályok által vezéreltek társadalmi érintkezésükben - ami azért valószínűtlen, mert a legtöbb ember a legtöbbször ritkán gondol a jogra, és még ha az eszükbe is jut, nem ismerik a jogot néhány alapvető tilalom általános ismeretén túl -, és arra összpontosít, hogy a jog hogyan kerül ténylegesen játékba a társadalmi cselekvés kontextusában.

Hadd mutassak be most egy alternatív, Postema elemzésével párhuzamos beszámolót, amely ugyancsak mellőzi a lakosság irányítását. Ahelyett, hogy azt feltételeznénk, hogy az embereket normatív módon a jog irányítja, inkább tegyük fel a kérdést: hogyan működik valójában a jog? A modern társadalmakban a jogi termelésnek két fő helyszíne létezik: 1) a kormányzati intézmények ellenőrzik a hivatalos állami jog előállítását, amelyet instrumentálisan számos módon használnak fel a kormányzati célok elérésére; és 2) a jogilag képzett szakemberek viszonylagos monopóliumot gyakorolnak az állami jog működése felett, közvetítve és végrehajtva a jogi műveleteket. A kormánytisztviselők, az első locus, gyakorolják a jogi

⁶⁷ Postema 2008: 56-60.

a hatalom különböző szerepekben: a jogalkotók és a végrehajtó hatalom tisztviselői elsősorban használják a jogi hatáskörüket a kormány felépítésére és felhatalmazására, valamint a kívánt célok elérésére, a rendőrség és az ügyészek a jogérvényesítés fenntartása érdekében gyakorolják a jogi hatalmat, a bírók alkalmazzák a jogot a helyzetekre, a közigazgatási tisztviselők pedig mindezen módokon használják a jogot a kijelölt célok megvalósítása érdekében. A jogi szakemberek, a második lokusz, a jogi ismeretek felhasználásával és ápolásával foglalkoznak a kormányzati tisztviselők - akik közül sokan maguk is jogi szakemberek - jogi tevékenységeinek, valamint a magánszemélyek és szervezetek jogi tevékenységeinek végrehajtása érdekében.

A kormánytisztviselők és jogi szakemberek joggal kapcsolatos tevékenységének bizonyos aspektusai magukban foglalják, hogy a jog irányítja őket - például amikor törvény által előírt kötelezettségeiket teljesítik vagy a törvényes korlátokon belül maradnak -, de nagy részük a jognak mint mechanizmusnak vagy eszköznek a felhasználását jelenti tevékenységek végzéséhez és célok eléréséhez (miközben ebből jövedelemre tesznek szert). És mindez nem feltétlenül jelenti azt, hogy a kiszolgált emberek és szervezetek maguk is a jog által vezéreltek lennének, bár bizonyos esetekben ez is előfordulhat.

Amint azt a globális délről szóló korábbi vitában említettük, a kormánytisztviselők joggal kapcsolatos intézkedései kétféleképpen is hatékonyak, még ha marginális szerepet is játszanak a társadalmi rendezésben: először is a kormányzat strukturálásán és az instrumentális célok előmozdításán keresztül; másodsor pedig ezek az intézkedések társadalmi következményekkel járnak. A fejlett kapitalista társadalmakban a jog egy harmadik módon is társadalmilag hatékony: a jog kormányzati előállításának és a jog köz- és magánhasználatának összesített eredménye, amelyet a jogi szakemberek közvetítenek, egy olyan átható, viszonylag rögzített jogi háttérstruktúra kialakulása, amely a társadalmi, kulturális, gazdasági és politikai tevékenységek összességének hátterét képezi.⁶⁸ A jog társadalmi hatékonysága abban rejlik, hogy

⁶⁸ Tamanaha 2018.

ennek a jogi háttérnek a jelenléte, amelyre az emberek és szervezetek a jog ismerete és a jog által való irányítás nélkül támaszkodnak. Különösen öt tényező együttesen hozta létre ezt a jogi szövetet, amelyet röviden ismertetni fogunk.⁶⁹

A joganyag fejlődésének elsődleges tényezője a jogalkalmazó köz- és magánszervezetek, mint a társadalmi cselekvés uralkodó eszközei növekedése és elterjedése volt a XIX. és XX. század folyamán. "A modern társadalom társadalmi struktúrájának elsődleges szereplői a vállalati szereplők, azok a szervezetek, amelyek a hatalmukat személyektől merítik, és ezt a hatalmat vállalati célokra használják" - jelentette ki James Coleman társadalomelméletirő.⁷⁰ A köz- és magánszervezetek elterjedését a jog hozta létre a felhatalmazó aktusok révén - ez utóbbiakat az általános alapítói törvények megalkotása szabadította fel -, amelyek viszont tevékenységük révén a jog elterjedését hozták a társadalmon belül. A szervezetek sokféle módon vesznek részt a jogban: a jog hozza létre őket és a jog révén strukturálja őket; szerződéseket kötnek alkalmazottakkal, ügyfelekkel, beszállítókkal és finanszírozási forrásokkal; tulajdonjogot gyakorolnak a vagyon megszerzésére, megőrzésére és átruházására; a kártérítési jog és a büntetőjog vonatkozik a tevékenységeikre; a társasági jog és az értékpapírjog szabályozza a magántársaságok működését; különböző szabályozási rendszerek vonatkoznak a szervezetek alkalmazottakkal való kapcsolataira, az általuk értékesített termékekre és szolgáltatásokra, az általuk kitermelt és felhasznált anyagokra stb. és még sok másra. A kormányzati jogintézmények konszolidációja és megsokszorozódása ebben az időszakban a szervezetek általánosabb értelemben vett növekedésének szerves részét képezte, növelve és fokozva a jogintézmények jogtermelési és -feldolgozási kapacitását.

⁶⁹ Tamanaha 2017: 139-42.

⁷⁰ Coleman 1973: 49.

A második tényező, amely a szervezetek elterjedéséhez kapcsolódik, az, hogy a rögzített formájú szerződések mindenütt jelen vannak, beleértve a munkaviszonyt, a vásárlást, a jelzáloghiteleket, a lízinget, a biztosítást, a hitelkártyákat, a kölcsönöket, a bankszámlákat, a telefonszolgáltatókat, a klub- és edzőtermi tagságokat és így tovább. Harmadszor, a kormányzat által előírt törvények és rendeletek rétegei a tevékenységek széles körével foglalkoznak, minimumkövetelményeket állapítanak meg, kötelezettségeket írnak elő és korlátozzák a lehetőségeket, az egészségügyi és biztonsági követelményektől kezdve az engedélyezési követelményeken át a környezetszennyezés ellenőrzéséig és egyéb (gyakran rögzített formájú szerződésekbe foglalt) kérdések végtelen listájáig. A negyedik tényező az a tendencia, hogy a jogon belül a szabványos szavak, kifejezések és rendelkezések rögzítésére, másolására és ismétlésére törekszenek, ami a jogi terminológia formalizálását jelenti a gyakran használt, állandó jelentésű csomagokban (ami szintén a rögzített formájú szerződésekben tükröződik).

Az ötödik tényezőt azért érdemes kiemelni, mert ez alapozza meg a Postema által hangsúlyozott kongruenciát: a jog hosszas társadalmi együttfejlődése a jogot a társadalmi interakció integrált aspektusává teszi, amely a dolgok magától értetődő aspektusaként normalizálódik. A társadalmi, kulturális, gazdasági és politikai ügyek az idők során a jogon keresztül, arra ráépülve és a jog köré épülnek.

A jelzálog például több évszázad alatt egy korlátozott eszközből az ingatlanfinanszírozásban központi helyet elfoglaló eszközzé fejlődött, amelyet nem lehet eltörölni gazdasági pusztítás nélkül. Ugyanez igaz számos más, régóta fennálló jogi konstrukcióra is. Amit a jogászok elszigetelt jogi hagyományként állítanak a középpontba, az egy fejlődő holisztikus társadalom összekapcsolódó aspektusa, amely különböző módon táplálkozik a jogból és reagál a jogra. A jog és a társadalom közötti, korábban említett kapcsolatok a globális dél számos részén alapvetően eltérőek - mondhatnánk, hogy széttartóak -, pontosan azért, mert az átültetett állami jogrendszerek nem fejlődtek együtt hosszú ideig a társadalmon belül, ami a jogi normák és a

társadalmi rendezési normák közötti összhang hiányát eredményezte.

Az első négy tényező a kormánytisztviselők által végzett jogi termelés és a jogalkalmazók tudatos jogalkotó és jogalkalmazó tevékenységeinek együttes eredménye, amelyek az őket alkalmazók céljait szolgálják. Az ötödik tényező a kormányzat által előállított jog és a jogi szakemberek munkájának idővel történő kölcsönhatását foglalja magában a társadalmi, kulturális, gazdasági és politikai felhasználások korlátlan sorával. Az eredmény az emberek és entitások közötti és közöttük lévő jogi megállapodások mindenütt jelenlévő komplexuma, amely a társadalom minden aspektusát áthatja. E jogi szövet viszonylagos rögzítettségéhez több tényező is hozzájárul: a jog szervezetek általi elterjedt használata; a szabványosított formaszerveződések mindenütt jelen vannak; az egyszer már bevezetett kormányzati szabályozást nehéz eltávolítani; a jogi ismeretek rendszerezettek; a jog másolódik és ismétlődik; a jog pedig az idők során megszilárdul, mivel a társadalmi, kulturális, gazdasági és politikai megállapodások a jog körül és a jogon keresztül megszilárdulnak. Bár a jogi struktúra számos aspektusát folyamatosan vitatják és módosítják, annak nagy része mindenkor a helyén marad.

A fejlett kapitalista társadalmak számára alapvető fontosságú jog hatékonysága jelenti a háttér-infrastruktúrát számtalan társadalmi, kulturális, gazdasági és politikai tevékenységhez, amelyeket az emberek e jogi struktúra meglétét feltételezve végeznek. Ennek csak egy kis részhalma foglalja magában azt, hogy a laikusokat ténylegesen a jog *irányítja*. (Gondoljunk csak arra a sok részletes szerződésre, amelyet az emberek úgy kötnek meg, hogy aláírnak vagy rákattintanak egy dobozra anélkül, hogy egy szót is elolvasnának - amit egyébként is nehezen tudnának felfogni -, szerződések, amelyekkel az emberek gyakran tudtukon kívül lemondanak különböző jogi jogokról.) E bizalom nagy része azt jelenti, hogy az emberek úgy intézik ügyeiket, hogy közben nem is gondolnak a jogra, és hallgatólagosan feltételezik, hogy a szükséges jogi megállapodások már léteznek, bármilyenek is legyenek azok, és hogy léteznek jogi mechanizmusok a jogorvoslatra, ha a dolgok rosszul mennek.

Itt nem azt állítjuk, hogy az embereket soha nem a törvény vezérli, hanem azt, hogy az emberek gyakrabban használják a törvényt olyan módon, amely nem jár azzal, hogy a törvény vezérli őket, vagy nem *engedelmeskednek* a törvénynek. A közös

a jogelméleti szakemberek feltételezései, miszerint a jog társadalmi hatékonysága nagyrészt az útmutatásban és az engedelmisségben rejlik, a fejlett kapitalista társadalmakra alkalmazva helytelenek. A jog társadalmi hatékonysága ma elsősorban abban az összesített jogi háttérstruktúrában rejlik, amelyet a jogilag felhatalmazott kormányzati tisztviselők a jogot eszközként használva, valamint a jogi szakemberek jogi tevékenységei révén hoznak létre, amelyek elősegítik az őket jogi szolgáltatásokra alkalmazó egyének és szervezetek (állami és magán) céljainak elérését.

A VARIÁCIÓ ÉS A VÁLTOZÁS KÖVETKEZMÉNYEI A JOGI POZITIVIZMUSRA NÉZVE

Úgy tűnik, hogy a jogi pozitivisták által felállított társadalmi hatékonysági tézis nem teljesen fogalmi vagy empirikus, hanem a kettő keveréke. A fogalmi összetevő, amint azt a monopóliumszemlélet és a jog irányító funkciójának tárgyalásakor láttuk, abban áll, hogy a jogelméleti teoretikusok feltevéseket tesznek arról, hogy miből áll a jogrendszer és hogyan működik, ami hatással van arra, hogy mi számít hatékonyságnak. Az empirikus aspektus az, hogy a hatékonysággal kapcsolatos ismeretek megkövetelik annak vizsgálatát, hogy a jog ténylegesen hogyan működik.

Ez az esszé a hatékonysági tézist használja fel arra, hogy megkérdőjelezzen számos, az elméletalkotók által általánosan elfogadott fogalmi és empirikus feltételezést. A jogrendszerek empirikus valóságára összpontosítva kiderül, hogy a jogpozitivisták teoretikusok nem ismerték fel, hogy még ha a polgárok általában nem is tartják be a törvényt, a jogrendszer akkor is lehet hatékony különböző szférákban vagy régiókban; ennek felismerése viszont jelentős következményekkel jár a jogról alkotott fogalmakra nézve, amint azt fentebb leírtuk. A legfontosabb következmény az, hogy a jog fogalmából el kell vetni a jognak mint a társadalomban átfogó és legfelsőbbrendű jognak az idealizált monopolisztikus felfogását. A jog

felhasználásának módjára való összpontosítás azt is feltárja, hogy a jog nem elsősorban azért hatékony, mert az embereket irányítja a

hanem azért, mert a kormányzat felépítésére és a kormánytisztviselők instrumentális tevékenységének előmozdítására használják, és mert a fejlett kapitalista társadalmakban összességében egy olyan jogi háttér-infrastruktúrát - egyfajta társadalmi kapcsolatrendszer - alkot, amely a társadalomban élő emberek és szervezetek számtalan tevékenységének alapjául szolgál.

A jogi pozitivista elmélet számára két utolsó tanulságot vonunk le ebből a feltárásból. Az első tanulság az, hogy a jog és a társadalmi hatékonyság közötti kapcsolat társadalmanként eltérő. A jog és a társadalmi hatékonyság közötti kapcsolat a posztkoloniális társadalmakban, ahol az állami jogot nagyrészt átültették, és így a régóta fennálló szokásjog és vallási jog mellett tartós jogi pluralizmust hoztak létre, gyökeresen különbözik a fejlett nyugati kapitalista társadalmak kapcsolatától, ahol a jog és a társadalom évszázadokon keresztül integrált módon együtt fejlődött.

E különbségek miatt a jogpozitivisták teoretikusoknak óvatosan és nagyobb tudatossággal kell eljárniuk, amikor a jogról állítólag minden társadalomra érvényes kijelentéseket tesznek.

A második tanulság az, hogy a jog és a társadalmi hatékonyság közötti kapcsolat idővel változik. Amikor Hart meghatározta, hogy az elsődleges szabályok olyan kötelező viselkedési szabályok, amelyeket a lakosságnak általában be kell tartania, akkor a jognak az egyénekre irányuló tilalmak összességéként való felfogására gondolt. Ez a paradigma egy olyan egyszerű társadalomra illik, ahol a társadalmi rend alapvető szabályai - büntetőjog, tulajdonjog, szerződés, deliktum, családi kötelezettségek és még néhány egyéb - mindenki számára ismertek, ahol a jogi intézmények a közösség legtöbb tagja számára hozzáférhetőek és érthetőek. A jog két alapvető szempontból távolodott el ettől a paradigmától. Először is, az elmúlt két évszázadban a jognak a kormányzati tisztviselők általi instrumentális felhasználásának robbanásszerű növekedése a kormányzati jogi tevékenység egy olyan jelentős szféráját hozta létre, amely nem a társadalmi rendezéssel kapcsolatos. Azok a jogelméleti szakemberek, akik a társadalmi hatékonyságot

továbbra is kizárólag a jogi szabályoknak engedelmeskedő polgárok szempontjából tárgyalják, nem tudtak felzárkózni ehhez a változáshoz. Másodszor, az elsőt követve, a jog mára

rendkívül terjedelmes, technikai és összetett, a lakosság ismereteit meghaladó, jogi szakemberek által irányított, magasan specializált szakterület. Analógia gyanánt: az egyszerűbb társadalmakban a legtöbb ember megértette a közösségben általánosan használt eszközöket, míg a mai társadalomban a fizika, a kémia, az orvostudomány, a technológia és az emberi tudás más területei túlságosan speciálisak ahhoz, hogy az emberek megértsék őket, bár e specializációk termékei mindennapi használatban vannak. Ugyanez igaz a jogra is - amelyre az emberek széles körben támaszkodnak anélkül, hogy ismernék a részleteit vagy a működését. A jogelméleti szakemberek mégis továbbra is azt állítják, hogy az emberek úgy használják a jogot, mintha értenék azt, és mintha az vezérelné őket. A múltbeli társadalmakban a jog hatékonysága közvetlenül hatott az emberekre, ma azonban a jog jelentős aspektusai a háttérben működnek.

Az analitikus jogtudósok, akik a jog lényeges és szükséges jellemzőit próbálják meghatározni, nehezen tudják figyelembe venni a változásokat és a változásokat. Amint azt ez a dolgozat bemutatja, a hatékonysági tézissel kapcsolatos elméleti munka szoros figyelmet igényel a jog társadalmi valóságára. Az esszé tágabb értelemben azt sugallja, hogy az elméletalkotók általában hajlamosak túlságosan is a megalapozatlan intuíciókra támaszkodni a fogalmi elemzés során, és olyan feltételezéseket csempésznek a jogról, amelyek gyakran nem igazak.

A jogelméleti szakembereknek nagyobb erőfeszítéseket kell tenniük annak érdekében, hogy tájékozódjanak a jogról, és foglalkozzanak azzal, ahogyan az ténylegesen létezik a társadalmakban és a társadalmak között.

*John S. Lehmann egyetemi tanár, Washington University School of Law. Köszönöm Toni Mullenixnek, Torben Spaaknak és Stanley Paulsennek a korábbi tervezetekhez fűzött kritikai észrevételeiket.

IDÉZETT MŰVEK

Chirayath, Leila, Carline Sage és Michael Woolcock. *Szokásjog és politikai reform: Engaging with the Plurality of Legal System*. (Washington, D.C. Világbank 2005),

<http://documents.worldbank.org/curated/en/675681468178176738/Customary-law-and-policy-reform - az igazságszolgáltatási rendszerek sokféleségének bevonása>

Coleman, James S. *Power and Structure of Society* (New York: W.W. Norton 1973).

Darley, John M., Paul H. Robinson & Kevin M. Carlsmith. "A büntetőjog előzetes funkciója". *Law and Society Review* 35 (2001): 165-90.

Fitzpatrick, Daniel. "Fragmentált tulajdonrendszerek." *University of Pennsylvania Journal of International Law* 38 (2016) 137-193.

Hadfield, Gillian K. & Jamie Heine. "Jog a joggal teli világban: The Legal Resource Landscape for Ordinary Americans", in Samuel Estreicher és Joy Radice, szerkesztők: *Beyond Elite Law: Access to Civil Justice for Ordinary Americans* (New York: Cambridge University Press 2016).

Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press 1994).

Hart, H.L.A. *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press 1961).

Hooker, M.B. *Jogi pluralizmus: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws* (Oxford: Clarendon Press 1975).

Jhering, Rudolph von. *Law as a Means to an End*, fordította I. Husik (New York: A.M. Kelly press 1968).

Kahn, Hamid M. "Iszlám jog, szokásjog és az afgán informális igazságszolgáltatás". Különjelentés 363. (Washington, D.C.: United States Institute of Peace 2015) Elérhető a

[https://www.usip.org/sites/default/files/SR363-Islamic-Law-CustomaryLaw-and-Afghan-oldalon.](https://www.usip.org/sites/default/files/SR363-Islamic-Law-CustomaryLaw-and-Afghan-oldalon)

[Informális igazságszolgáltatás.pdf](#)

Kelsen, Hans. *An Introduction to the Problems of Legal Theory*, fordította Bonnie Litschewski Paulson és Stanley L. Paulson (Oxford: Clarendon Press 1992).

Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*, fordította Max Knight (Berkeley: University of California Press 1967).

Kim, Pauline T. "Alku tökéletlen információval: A Study of Worker Perceptions of Legal Protections in an At-Will World (A munkavállalók jogi védelemről alkotott elképzeléseinek vizsgálata egy At-Will világban)". *Cornell Law Review* 83 (1998): 105-56.

Marmor, Andrei. "A jogállamiság és annak korlátai." *Jog és filozófia* 24 (2004): 1-43.

Payne, Michael. "Elfogadott tekintélyen alapuló jog". *William & Mary Law Review* 23 (1982) 287-319.

Postema, Gerald J. "Konformitás, szokás és kongruencia: Matthew H. Kramer, Claire Grant, Ben Coburn és Antony Hatzistavrou (szerk.), *The Legacy of H.L.A. Hart: Jogi, politikai és morálfilozófia* (Oxford: Oxford University Press 2008).

Pound, Roscoe. "Törvény a könyvekben és törvény a cselekvésben." *American Law Review* 44 (1910): 12-36.

Raz, Joseph. "Why the State?", in Nicole Roughan és Andrew Halpin (szerk.), *In Pursuit of Pluralist Jurisprudence* (Cambridge: Cambridge University Press 2017).

Raz, Joseph. *The Authority of Law*, 2nd kiadás (Oxford: Oxford University Press 2009).

Elektronikusan elérhető a következő címen:

<https://ssrn.com/abstract=3405459>

Raz, Joseph. *A jogrendszer fogalma: Bevezetés a jogrendszer elméletébe*

(Oxford: Clarendon Press 1980)

Rowell, Arden. "Jogi szabályok, hitek és törekvések". SSRN (2017. január)

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2903049 (utolsó elérés: 2019. március 12.).

Rubin, Ed. "Jog és jogalkotás a közigazgatási államban". *Columbia Law Review* 89 (1989): 369-426.

Shiner, Roger A. "Egy jogrendszer elfogadása". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 3 (1990): 81-106.

Tamanaha, Brian Z. "A jog fejlődő emergens jelenségei: A társadalmi érintkezés szabályaitól a jogállami társadalomig." *Washington University Law Review* 95 (2018): 1149-86.

Tamanaha, Brian Z. *A Realistic Theory of Law* (New York: Cambridge University Press 2017)

Tamanaha, Brian Z. "A társadalom elsőbbsége és a jog és a fejlődés kudarcai". *Cornell International Law Journal* 44 (2011): 209-47.

Tamanaha, Brian Z. "A jogi pluralizmus megértése: A jogfolytonosság megértése: a múltból a jelenbe, a helyiből a globálisba." *Sydney Law Review* 30 (2008): 375-411.

Tamanaha, Brian Z. "A szociáljogi pozitivizmus és az általános jogtudomány". *Oxford Journal of Legal Studies* 21 (2001): 1-32.

Yassari, Nadjma & Mohammad Hamid Saboory. 2010. "A saría és a nemzeti jog Afganisztánban". *Jura Gentium*. Elérhető a

<https://www.juragentium.org/topics/islam/en/yassari.htm> oldalon.