



JOGI
ISKOLA

JOGI TANULMÁNYOK KUTATÁSI
TANULMÁNYSOROZAT PAPÍR #08-0096
JANUÁR 2008

A KORMÁNYZAT ÉS A KORMÁNYZAT KÖZÖTTI KAPCSOLAT SÖTÉT OLDALA.

JOG ÉS LIBERALIZMUS

BRIAN
TAMANAHA

E-MAILBEN KÜLDJE EL ÉSZREVÉTELEIT A
KÖVETKEZŐ CÍMRE:
tamanahb@stjohns.edu
ST. JOHN'S UNIVERSITY JOGI KAR
UTOPIA8000 PARKWAY
QUEENS, NY 11439

Ez a dokumentum ingyenesen letölthető a következő címen:
A Társadalomtudományi Kutatási Hálózat elektronikus
papírgyűjteménye [http://ssrn.com/abstract= 1087023](http://ssrn.com/abstract=1087023)

Elektronikusan elérhető a következő címen:
<https://ssrn.com/abstract=1087023>

A JOGÁLLAMISÁG ÉS A LIBERALIZMUS

KAPCSOLATÁNAK SÖTÉT OLDALA

Brian Z. Tamanaha

(tervezet)

Mint minden politikai eszmény, a jogállamiság is különböző módon használható, és különböző lehetőségei és következményei vannak, jók és rosszak. A pozitív oldalon a jogállamiság "nagyban hozzájárult az emberi léthez", mivel képes a kormányokat jogilag elszámoltathatóvá tenni.¹ A jogállamiságnak azonban van negatív árnyoldala is. A liberális gondolkodás egyik kiemelkedő irányzata a jogállamiságot arra használja fel, hogy a tulajdonnal és a piaccal kapcsolatos kérdésekben indokolatlanul korlátozza a politikai döntéshozatalt.

A liberalizmusnak, ahogy ez a cikk megmutatja, hosszú története van abban, hogy konzervatív és antidemokratikus módon igazodik a jogállamisághoz.

A jogállamiság, a liberalizmus és a demokrácia gyakran úgy gondolják, hogy boldog triumvirátust alkotnak, de kapcsolatukat, különösen a demokrácia tekintetében, ellentétek jellemzik. Ennek legnyilvánvalóbb és legismertebb példája a jogalkotásra vonatkozó alkotmányos korlátozások, amelyeknek többségellenes jelentősége van. Az a feszültség azonban, amely akkor keletkezik, amikor a liberalizmus és a jogállamiság a demokráciával szemben alkot egy párt, ennél mélyebb és szélesebb körű. Kortárs kifejeződése, amint azt később részletezni fogjuk, a neoliberais reformoknak a nemzetközi gazdasági szervezetek tevékenységén keresztül világszerte történő elterjedésében érhető tetten, egy olyan jelenségben, amelynek nincs nyilvánvaló

összefüggése

az alkotmányossággal (bár kezd hasonlítani az alkotmányosság egy formájára).

¹ Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law* (Cambridge: Oxford Univ. Press 2004), 139.

A jogállamiságnak ezt az oldalát és a liberalizmussal való kapcsolatát nem könnyű teljes mértékben megismerni, mivel nem teljes egészében egy egységes eszmei struktúrában jelenik meg, és nem ölt egységes formát. Olyanok, mint megbízható társak, akik együtt utaztak az elmúlt évszázadok során, különböző körülmények között, és következetes (bár néha elmerengő) antidemokratikus irányvonalat mutatnak. A jogállamiság, az biztos, hogy alapvető támogatást nyújt a demokráciának, de újra és újra összefogott a liberalizmussal a demokrácia ellen is. A liberalizmus a kapcsolatuknak ebben az aspektusában a domináns partner, aki a jogállamiságot a liberális célok előmozdítására használja fel. Amikor a liberális célokat a demokrácia veszélyeztette, a demokrácia gyakran szenvedett.

A liberális gondolkodás történetét ismerők számára ez az állítás nem reveláció. A tizennyolcadik századi liberálisok azzal a feltétellel támogatták a demokráciát, hogy csak az intelligens és bölcs emberek - akiket ők a jelentős vagyonnal rendelkező férfi tulajdonosokkal azonosítottak - jogosultak szavazni. A férfiak választójogát ennek megfelelően a tizenkilencedik század elejéig az Egyesült Államokban,² illetve a tizenkilencedik század végéig Angliában korlátozták, a nők választójoga pedig csak a huszadik században jelent meg. A vezető liberálisok nyíltan kifejezték megvetésüket és félelmüket a népi demokráciával szemben - amelyet sokan a csőcselék uralmával azonosítottak -, különösen amiatt, hogy az a tulajdonjogokat fenyegető veszélyt látott benne.

A mai liberális demokráciákban a liberalizmusnak és a jogállamiságnak nem ez a képe és gyakorlata. Miközben fontos elismerni, hogy párosításuk a demokráciának kedvezőbb irányba fejlődött, nem kevésbé igaz, és hasznos emlékeztetni rá, hogy a liberalizmus és a jogállamiság továbbra is ellenáll a demokráciának a tulajdonnal és a

piaccal kapcsolatos kérdésekben. Ennek egyes aspektusai megjelennek a liberális politikai és gazdasági

² A választójog korlátozásáról és későbbi kiterjesztéséről az Egyesült Államokban lásd Sean Wilentz, *The Rise of American Democracy* (N.Y.: W.W. Norton 2005).

gondolkodásban; egyes aspektusai megjelennek a szokásjog és a jogalkotás közötti viszonyban; egyes aspektusai megjelennek a jogállamiság bizonyos megfogalmazásaiban; és egyes aspektusai megjelennek a kortárs gazdasági fejlődés területén. Az alábbiakban az egyes témaköröket sorrendben vesszük sorra, szűken arra összpontosítva, hogy hol van átfedés és kölcsönhatás közöttük.

Az első rész a klasszikus liberalizmusról a modern "szociális" vagy "beágyazott" liberalizmusra való áttérésről szóló eszmei csatáról szól. A második rész a common law és a jogalkotás közötti, a jogforrásként való elsőbbségért folytatott küzdelmet mutatja be. E két kontextus szembeállítását követően a harmadik rész bemutatja a jogállamiság fogalmát, és újra elmeséli e történet egyes részeit, felvázolva, hogy a liberálisok milyen módon hivatkoztak a jogállamiságra.

jogállamiság, hogy ellenálljon a jogalkotásnak és a demokráciának a tulajdonnal és a piaccal kapcsolatban. Annak bemutatására, hogy ez a minta napjainkban is folytatódik, a negyedik rész azt tárgyalja, hogy a liberalizmus és a jogállamiság hogyan működik a kortárs fejlesztési tevékenységekben antidemokratikus módon. Az utolsó rész azt fejti ki, hogy ez a liberalizmussal való kapcsolat miért jelenti a jogállamiság és a jogállamiság "sötét oldalát".

E cikk célja - ezt már az elején hangsúlyozni kell - nem a liberális eszmék vagy a jogállamiság lejáratása. A liberalizmusnak és a jogállamiságnak vannak olyan pozitív örökségei, amelyek kapcsolatuknak ettől az aspektusától függetlenül is megállják a helyüket. A jogállamiság és a liberalizmus e kapcsolatára abban a meggyőződésben vetül reflektorfénybe, hogy mindkettő (külön-külön és együttesen is) előnyös, és a társadalom is jobban jár, ha ezt a történelmi tendenciát felismerik és ellenőrzés alá vonják.

A KLASSZIKUS LIBERALIZMUSRÓL A MODERN LIBERALIZMUSRA VALÓ ÁTTÉRÉS

A liberalizmuson belül a jogállamiságot úgy értelmezik, mint az állandó jog szerinti szabadságot. Ahogy a

L. T. Hobhouse így fogalmazott: "a szabad kormányzás első feltétele, hogy a kormányzás nem az uralkodó önkényes elhatározása, hanem a törvények rögzített szabályai szerint történik, amelyeknek maga az uralkodó is alá van vetve".³ Friedrich Hayek hasonló kifejezéseket használt *A szabadság alkotmányában*: "A törvény szerinti szabadságnak az a felfogása, amely e könyv fő gondja, azon az állításon nyugszik, hogy amikor engedelmeskedünk a törvényeknek, a ránk való alkalmazástól függetlenül megállapított általános, absztrakt szabályok értelmében, akkor nem vagyunk alávetve más ember akaratának, és ezért szabadok vagyunk." A törvények értelmében a szabadságot a törvények szerint kell megítélni.⁴ Mindkét beszámoló visszhangozza John Locke *A kormányzásról szóló második értekezésben* tett megállapítását, miszerint "a kormányzat alatt élő emberek szabadsága azt jelenti, hogy van egy állandó szabály, amely szerint élhetek, amely közös az adott társadalom minden egyes tagjára nézve, és amelyet a benne felállított törvényhozó hatalom alkotott; a szabadságot, hogy mindenben a saját akaratomat követhetem, ahol a szabály nem írja elő; és nem vagyok alávetve egy másik ember inkonstáns, bizonytalan, önkényes akaratának...".⁵ A liberalizmus azt állítja, hogy a szabadság a polgártársak beavatkozásaitól és a kormányzati tisztviselők önkényes szeszélyeitől nem létezhet a jogállamiság nélkül.

A jogállamiságnak a szabadság biztosításában betöltött alapvető szerepéről szóló alapvető egyetértésen túl a liberális gondolkodás különböző irányokba oszlik. A fő törésvonal a klasszikus liberalizmus és a modern szociálliberalizmus között húzódik. A klasszikus liberálisok egy olyan szellemi úton, amely Adam Smith-től a 19. századi laissez faire teoretikusokon át Ludwig von Mises és Hayek 20th. századi gondolataiig és a 21st. század fordulóján kialakult neoliberalizmusig tart, a tulajdon védelmét, a

szerepét szabadságot, a szabad piacot és a korlátozott kormányzást támogatják. A klasszikus liberalizmus az embereket autonóm, racionális, ésszerű és a társadalomra szabott emberként kezeli.

³ L.T. Hobhouse, *Liberalism* (NY: Oxford [1911]1964) 17.

⁴ Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty* (Chicago: Univ. of Chicago Press 1960). 153.

⁵ John Locke, *The Second Treatise of Government* (Indianapolis: Hackett 1980) 17.

az egyének érdekeik maximalizálása iránt elkötelezettek (a kritikusok által "a birtokló individualizmus politikai elméleteként" elítélt elképzelés).⁶).

A klasszikus liberalizmusban a tulajdon védelme kulcsfontosságú. Locke hangsúlyozta, hogy "Az emberek közvagyonba tömörülésének és kormányzat alá helyezésének nagy és legfőbb célja tehát az, hogy megőrizzék tulajdonukat".⁷ Bár Locke a tulajdont tágan értelmezte, hogy az magában foglalja az egyén munkáját és személyét, a tulajdont elsősorban a birtoklás szűkebb értelmében értette. Ludwig von Mises, a klasszikus liberalizmus vezető 20th. század eleji képviselője megerősítette, hogy "A liberalizmus programja... ha egyetlen szóba sűríténénk, így hangzana: tulajdon, azaz a termelési eszközök magántulajdona....A liberalizmus minden más követelése ebből az alapvető követelésből következik".⁸ "Amikor tehát az emberek a liberálisokat a magántulajdon apologétáinak nevezik, teljesen jogosan teszik."⁹

Mises azt állította, hogy a liberalizmus nem foglalkozik az ember spirituális vagy más belső aspektusaival, hanem kizárólag az anyagi szükségletek kielégítésével - "Nem boldogságot és elégedettséget ígér az embereknek, hanem csak mindazon vágyak minél bőségesebb kielégítését, amelyeket a külső világok dolgai kielégíthetnek".¹⁰ Mises nem kért elnézést azért, amit a kritikusok a liberalizmus sekélyességeként gúnyoltak, mert úgy vélte, hogy ezek a vonások páratlanul gazdagságtermelő képességgel bírnak. A tulajdon védelme biztosítja, hogy a termelőeszközök a legtermékenyebb kezekben maradjanak - amikor az emberek élvezik munkájuk gyümölcsét, termelő tevékenységük növekszik. A korlátlan szabad piac maximalizálja a gazdagságot azáltal, hogy biztosítja az áruk és szolgáltatások termelését és cseréjét.

⁶ C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism* (Oxford: Oxford Univ. Press 1961).

⁷ Id. 66.

⁸ Ludwig von Mises, *Liberalizmus*: Indianapolis: Liberty Fund 2005). 2.

⁹ Id. 60.

¹⁰ Id. xix.

a megfelelő mennyiségben, a megfelelő áron, hogy megfeleljen a legmagasabb értékeknek. Ebben a felfogásban a liberalizmus és a kapitalizmus egyetlen megállapodást alkot: "azt a társadalmat, amelyben a liberális elvek érvényesülnek, általában kapitalista társadalomnak nevezik...".¹¹

A klasszikus liberálisok a kormányzat szűk és szigorúan korlátozott szerepét képzelik el. "A liberális felfogás szerint az állam feladata csak és kizárólag abban áll, hogy garantálja az élet, az egészség, a szabadság és a magántulajdon védelmét az erőszakos támadásokkal szemben. Minden, ami ezen túlmutat, rossz."¹² A kormány csak olyan mértékben vethet ki adókat, amennyire ezeknek a feladatoknak a biztosításához szükséges. Mises ellenezte a munkanélküli segélyeket (amelyeket sok klasszikus liberálishoz hasonlóan ő is a tunyaságra való ösztönzésnek tekintett), ellenezte az államilag biztosított közoktatást, és elfogadta, hogy a liberalizmusban elkerülhetetlenül jelentős vagyoni és jövedelmi különbségek alakulnak ki.¹³ Ellenezte a minimálbért, mint a munkaerőpiacba való mesterséges beavatkozást, amely csökkenti a termelést és növeli a munkanélküliséget, és ugyanezen okokból ellenezte a szakszervezeteket, azt állítva, hogy azok a közvetlen szakszervezeti tagok számára előnyösek, de általában véve károsak a munkavállalók számára.¹⁴ Mises elismerte, hogy ezek a különböző álláspontok gyötrelmes következményekkel járnak a munkanélküli vagy alacsony bért kereső emberek számára, de ragaszkodott ahhoz, hogy hosszú távon mindenkinek az anyagi jólétét növelik ezek a liberális elképzelések. Amikor Mises megírta purista liberális fejtegetését (az 1920-as években), bár a laissez faire liberalizmus épp egy kis újjáéledésnek örvendett, az általa elképzelt liberális állam megteremtésének kilátásai egyre távolabbiak voltak; a szociális jóléti állam főbb elemei már léteztek, és a sors úgy hozta, hogy bővülni fognak.

¹¹¹¹ Id. xxv.

¹² Id. 26.

¹³ Id. 57,85, 12-14.

¹⁴ Id. 56=57

A 19. század közepén a klasszikus liberalizmus apoteózisa Angliában és Amerikában, a laissez faire korszakaként ismert korszak súlyos társadalmi széthúzással, szörnyű munkakörülményekkel és széles körű szegénységgel ¹⁵járt együtt. Erős reformnyomást generáltak, amely fokozódott, amikor (a század későbbi szakaszában) a munkásosztály szavazati jogot kapott, és tovább fokozódott a liberális kapitalizmus szocializmus javára történő megdöntésének leselkedő kísértete. A liberalizmus, vádolták a kritikusok, a törvény kényszerítő erejét a tulajdonosok javára alkalmazta a bérmunkások kárára.¹⁶ A liberális gondolkodók, különösen John Stuart Mill, akiket a liberalizmus láthatóan durva következményei, valamint a kényszerű forradalmi változásoktól való félelem ¹⁷mozgatott, ha nem történik semmi, elkezdtek támogatni a doktriner liberális elvek módosítását, hogy enyhítsék a liberalizmus fájdalmasabb következményeit. Ez a mozgalom egy új "szociális liberalizmust" hozott létre - ami akkoriban majdnem oximoron volt -, amely a 19th. század vége felé egyre nagyobb lendületet vett.

A klasszikus liberalizmust foglalkoztató absztrakciókkal - elsősorban a szerződési szabadsággal és a formális egyenlőséggel - szemben az új liberálisok a valóságot vették szemügyre. "Állandóan szembesülünk" - állapította meg Hobhouse a szociálliberalizmusról szóló, 1911-es, tömör és szenvedélyes kiáltványában - "azokkal a tömegekkel, amelyeket a gazdagság gépezete a továbbsöprés során ledarál, vagy félredob a szemétdombra".¹⁸ A szabadságról szóló beszéd üresen cseng a "tömeges szegénység" előtt.¹⁹ Az új liberálisnak "mélyebben kell megvizsgálnia a szabadság jelentését, és figyelembe kell vennie, hogy a tényleges körülmények hogyan befolyásolják a szabadság jelentését.

¹⁵ Az ebben az időszakban viszonylag korlátozott mértékű kormányzati beavatkozást bemutató empirikus tanulmányt lásd: P.W.J. Bartrip, *State Intervention in Mid-Nineteenth Century Britain: Fact of Fiction*, 23 *J. Brit. Stud.* 63 (1983).

¹⁶ Lásd Harold J. Laski, *The Rise of European Liberalism* (New Brunswick: Transaction Press 1997[1936]). ¹⁷ Lásd John Stuart Mill, *On Liberty and Other Writings*, (Cambridge: Cambridge Univ. Press 1989); Hobhouse, *Liberalism*, supra. 58.

¹⁸ L.T. Hobhouse, *Az új szellem Amerikában*, *The 100Contemporary Review* (1,31911)

¹⁹ Id.

az egyenlőség." ²⁰ Az új liberálisok megfigyelték, hogy a valódi szabadságot az egyének által nem befolyásolható társadalmi és gazdasági körülmények győzik le. "Létezhet a szokások zsarnoksága, a vélemények zsarnoksága, sőt a körülmények zsarnoksága is, amely éppoly valóságos, mint a kormány bármely zsarnoksága, és még áthatóbb."²¹

Ha figyelembe vesszük az uralkodó társadalmi és gazdasági viszonyokat, a szociálliberalizmus egy sor következményt von maga után. Nem lehet élesen elválasztani az egyént a társadalomtól, mert az egyént alaposan formálják és korlátozzák a társadalmi erők; az egyének közösségekbe születnek, örökké közösségekben élnek, és nyelvüket, identitásukat és értékeiket a közösségektől veszik át; minden, amit az egyén tesz, hatással van másokra; és mindenki jelentős mértékben másoknak és a környező körülményeknek köszönheti sikereit (és kudarcait).²² Az egyének és a társadalmak tehát sokrétűen összefonódnak. A tulajdonjogok a kormányzat termékei, és a kormányzat által biztosítottak, mivel állami kényszer révén léteznek és maradnak fenn.²³ Mindebből az következik, hogy a gazdagok nem kizárólag saját szorgalmas erőfeszítéseiknek köszönhetik vagyonukat, mint ahogy a szegények sem teljesen megérdemlik a nélkülözési helyzetüket.

Következésképpen a kormánynak pozitív kötelezettsége, hogy foglalkozzon a szabadság gyakorlását megghiúsító körülményekkel. Biztosítani kell, hogy a munkaképes munkavállalók "megélhetési bért" kereshessenek, hogy az oktatás biztosított legyen, hogy a lehetőségek valóságosak legyenek, és hogy a rászorulókat támogatására segítség álljon rendelkezésre.²⁴ Ahogy Hobhouse leírta: "Fentebb azt mondtuk, hogy az állam feladata, hogy biztosítsa azokat a feltételeket, amelyeken az elme és a jellem kifejlődhet. Hasonlóképpen mondhatjuk most, hogy a funkciója az

²⁰ Hobhouse, Liberalizmus, supra 115.

²¹ Id. 63.

²² Id. VI. fejezet.

²³ Id. 98.

²⁴ Id. VII. fejezet.

Az államnak biztosítania kell azokat a feltételeket, amelyek mellett polgárai képesek saját erőfeszítéseik révén elnyerni mindazt, ami a teljes polgári hatékonysághoz szükséges."²⁵ E szolgáltatások biztosítása érdekében a kormány megadóztathatja a gazdagokat, különösen az örökösödési adó és a magas jövedelmekre kivetett adók révén.²⁶ A gazdagoknak kevés okuk van a tiltakozásra, mivel a társadalmi körülmények és a kormány által kikényszerített jogi rendszerek hozzájárulnak vagyonszerzésükhöz, és megteremtik annak feltételeit.

Az új liberalizmus így igazolta a szociális jóléti államot. A szocializmustól elmaradt abban, hogy nem támogatta a termelési eszközök állami vagy kollektív tulajdonba vételét, és széles teret engedett a piac működésének. A szociálliberalizmus azonban messze áll a klasszikus liberalizmustól. A különbség hangsúlyozására tanúskodjanak Hobhouse megjegyzései a tulajdonhoz való jogról: "a liberalizmus valódi elveinek megvalósításához, a társadalmi szabadság és az élő jogegyenlőség eléréséhez még mélyebbre kell hatolnunk. Nem szabad axiómaként feltételeznünk semmilyen tulajdonjogot. Meg kell vizsgálnunk tényleges működésüket, és mérlegelnünk kell, hogyan hatnak a társadalom életére".²⁷ Ez tiszta eretnokség a klasszikus liberalizmus számára, amely a tulajdonjogokat szentnek tartotta.

A liberalizmus ezen egymással versengő iskolái közötti utolsó jelentős különbség is lényeges: a klasszikus liberálisok következetesen féltek és megvetették a demokratikus törvényhozást, míg a szociálliberálisok üdvözölték azt, mint a reformok végrehajtásának eszközét. Ez a különbség a következő részben is megjelenik, amely a jogi elsőbbség Amerikában bekövetkezett eltolódását tárgyalja a common law-tól a törvényhozás felé.²⁸

²⁵ Id. 83.

²⁶ Id. VIII. fejezet.

²⁷ Id. 54.

²⁸ Az ebben a cikkben tárgyalt témák és fejlemények Angliában és Amerikában zajlottak, és mindkét ország írói befolyásolták az eseményeket. A rövideg kedvéért azonban a jogi értekezés főként az Egyesült Államokban történt fejleményekre összpontosít.

A COMMON LAW ÉS A JOGALKOTÁS KÖZÖTTI VERSENY

A 20th. század fordulójáig Angliában és Amerikában a common law volt a legfőbb testületi jog. A "rule of law" ebben a korai szakaszban lényegében azt jelentette, hogy a common law biztosította az alapvető jogi struktúrát a kormány (végrehajtó és törvényhozó hatalom) törvényhozó hatalmához és általános tevékenységéhez. A törvényhozás évszázadokon át a common law mellett létezett, de rangban, terjedelemben és hatályban másodlagos volt az utóbbihoz képest.

A szokásjog - gyakran mondták - az emberek ősidők óta fennálló szokásait képviseli, amelyeket a bírák erőfeszítései révén koherens szabályrendszerre és természetes elvekké alakítottak.²⁹ A tulajdonságoknak ez a kombinációja érdemelte ki, hogy a szokásjog méltó helyet foglaljon el a jogalkotás felett. A középkori gondolkodás egyik tudósa a következőképpen írta le:

A közös jog a méltóság glóriájával van felruházva, amely a legmélyebb elvek megtestesítője, az emberi értelem és az Isten által az ember szívébe ültetett természeti törvény legmagasabb szintű kifejeződése. Az emberek még nem tudják, hogy egy parlamenti törvény többet tehet, minthogy kimondja a Common Law-t.....A Common Law a jog tökéletes eszményképe; mivel a természetes ész, amelyet sok nemzedék kollektív bölcsessége fejlesztett ki és fejtett ki....A hosszú időn át tartó használaton és szinte természetfeletti bölcsességen alapul, tekintélye inkább a parlamenti törvények vagy királyi rendeletek felett, mint alatt áll.³⁰

A szokásjog felsőbbrendűsége a jogalkotással szemben korai és következetes téma volt,³¹ amint azt ez a John Davies 1612-es *írországi jelentéséből* vett részlet is bizonyítja:

És ez a szokásjog [a Common Law és Anglia] a legtökéletesebb és a legkiválóbb, és összehasonlíthatatlanul a legjobb, hogy és megőrizze a

²⁹ A common law elméletének kiváló bevezetője J. G. A. Pocock: *The Ancient Constitution and the Feudal*

Law: A Study of English Thought in the Seventeenth Century (Cambridge: Cambridge Univ. Press 1987).

³⁰ Figgis atya, idézi: Edward Corwin, The 'Higher Law' background of American Constitutional Law (Ithaca, NY: Cornell Univ. Press 1955) 34-5.

³¹ Lásd általában Brian Z. Tamanaha, A jog mint eszköz a cél eléréséhez: Threat to the Rule of Law (NY: Cambridge Univ. Press 2006).

Commonwealth. Mert az írott törvényeket, amelyeket akár a fejedelmek rendelete, akár az országgyűlések tanácsai hoznak, az alanyra kényszerítik, mielőtt a próbaidőszak bármilyen próbája megtörténne, hogy azok alkalmasak és elfogadhatóak-e a nép természetéhez és hajlamához, vagy pedig kellemetlenséget okoznak-e vagy sem.

De egy szokás sohasem válik törvényré, hogy a népet kösse, amíg nem próbálták ki és nem hagyták jóvá, és amíg ezalatt az idő alatt nem merült fel semmi kellemetlenség; mert ha bármikor is kellemetlennek találták volna, akkor már nem használták volna, hanem megszakították volna; és következésképpen elvesztette a törvény erényét és erejét.³²

A common law veleszületett ellenszenvét a jogalkotás iránt William Blackstone, az angol-amerikai jogi világ óriása a 18th. század végétől a 19th. századig teljes mértékben megmutatta. Hírnevet szerzett a common law összeállításával, rendszerezésével és racionalizálásával a *Commentaries on the Laws of England* című négykötetes sorozatban, amelyet 1765 és 1769 között fejezett be. Blackstone elismerte a parlament végső törvényhozó hatalmát (a természetjogtól függően), bár nem túl hízelgő kifejezésekkel: "Szuverén és ellenőrizhetetlen hatalma van a törvények megalkotásában, megerősítésében, kibővítésében, korlátozásában, hatályon kívül helyezésében, hatályon kívül helyezésében, felújításában és kifejtésében, minden lehetséges megnevezésű ügyekben...; ez az a hely, ahol azt az abszolút despotikus hatalmat, amelynek minden kormányban valahol lennie kell, e királyságok alkotmánya itt rábízta".³³ A szokásjog védelmezői a jogalkotást a szokásjog logikus szerkezetének és integritásának megbontásának tekintették, amely szenvedélyek és különleges érdekek általi megragadásnak és visszaélésnek van kitéve. Blackstone a *Kommentárok* különböző pontjain megismételte, hogy a parlamentnek a common law-ra kell építenie, de nem szabad azt megbolygatnia vagy jelentősen megváltoztatnia, és ezt a nézetet a korabeli common law jogászok széles körben osztották.³⁴

³² Idézi: Pocock, *The Ancient Constitution and Feudal Law*, 32-33. o.

³³ *Blackstone's Commentaries*, 1. kötet, 160. o., idézi David Lieberman, *Blackstone's Science of Legislation*, 27 *J. of British Stud.* 117,132 (1988).

³⁴ Id. 142-48.

Jeremy Bentham Blackstone és a szokásjog hírhedt korai kritikusa volt, aki egy évtizeddel a *Commentaries* nagy sikerű megjelenése után írt. A common law-t mint az ügyvédek és bírák privilégiumát rágalmazta, akik jövedelmük és státuszuk növelése érdekében a jogot homályban és ellenőrzésük alatt akarták tartani, és Blackstone-t szidta, amiért ezt az immanens racionalitásra vonatkozó állításokkal leplezte.³⁵ Bentham azt állította, hogy a jog emberi célokat szolgáló eszköz. Úgy kell megtervezni és alkalmazni, hogy a lehető legtöbb ember legnagyobb boldogságát érje el. Bentham azt sürgette, hogy a szokásjog helyébe egy világos és átfogó, mindenki számára érthető törvénykönyv lépjen.

A kodifikációs mozgalom az Egyesült Államokban a 19th. század közepén néhány korlátozott sikert ért el; az itt tárgyalt célok szempontjából fontosabb a common law védelmében az egyik legelismertebb amerikai jogász, James C. Carter 1890-es beszédében elhangzott védekezés:

Azt, hogy a bíró nem *alkothat* jogot, kezdettől fogva elfogadják. Azt, hogy már létezik egy szabály, amely alapján az ügyet meg kell határozni, nem vonják kétségbe....Egyetértés van abban, hogy az igazi szabályt valahogyan *meg* kell *találni*....Az íratlan törvényünk - amely jogunk fő részét képezi - nem parancs vagy parancsok összessége, hanem olyan szabályokból áll, amelyek az igazságosság társadalmi mércéjéből, illetve azokból a szokásokból és szokásokból erednek, amelyekből maga a mérce származik.³⁶

Carter nem csupán a szokásjog hagyományos történetét ismételte meg; célzottan támadta a jogalkotást mint jogforrást, és támadta a jogi pozitivizmust, a jogelméletet, amelynek kidolgozásában Bentham segített. A jogi pozitivizmus, más néven a jog "parancs" vagy "akarat" elmélete szerint a jog az, amit a jogi tisztviselők jogként hirdetnek ki. Carter ragaszkodott ahhoz, hogy

³⁵ Jeremy Bentham, *Fragment on Government* (Cambridge: Cambridge Univ. Press 1988); lásd még Gerald Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press 1986).

³⁶ James C. Carter, *The Ideal and the Actual in the Law*, *American Bar Assoc. Reports* (1890) 224-5 (kiemelés az eredetiben).

hogy "egyetlen törvényhozó sem hozhat olyan törvényeket, amelyeket akar".³⁷

Egy retorikai lendülettel elutasította Benthamet, mint olyasvalakit, akit

"pontosan jellemezhetünk a *bolond* vulgáris elnevezéssel...".³⁸

Miseshez hasonlóan, aki a klasszikus liberalizmusról alkotott hamisítatlan vízióját jóval annak csúcspontja után fogalmazta meg, Carter akkor ajánlotta fel szenvedélyes védelmét a common law-nak, amikor annak sorsa már megpecsételődött. A 19th. század végén folyamatosan növekvő mennyiségű és terjedelmű jogalkotást, amely a common law-t kiszorította felsőbbrendű jogi pozíciójából, olyan csoportok ösztönözték, amelyek a jogalkotókat arra ösztönözték, hogy foglalkozzanak az akkoriban végbemenő sokrétű gazdasági és technológiai változások által felvetett problémákkal. Amerika gyors átalakuláson ment keresztül a nagyrészt vidéki társadalomtól és gazdaságtól, amely az egyének erőfeszítéseire épült, egy városközpontú, iparosodott, gépesített, nagyvállalatok által uralt társadalom felé.³⁹ Az új körülményekkel foglalkozó törvények és közigazgatási rendeletek egyre gyorsabb ütemben léptek hatályba.⁴⁰ Hogy ez milyen fenyegetést jelentett a régi rendre nézve, azt Stephen J. Fields legfelsőbb bírósági bíró 1895-ös kirohanása nyíltan mutatja: "A tőke elleni jelenlegi támadás csak a kezdet. Ez csak az ugródeszka lesz más, nagyobb és átfogóbb támadásokhoz, amíg politikai küzdelmeink a szegények háborújává nem válnak a gazdagok ellen - egy olyan háborúvá, amely egyre intenzívebb és keserűbb lesz".⁴¹

A common law és a jogalkotás közötti küzdelem szimbolikus fordulópontja volt 1908a "Mechanikus jogtudomány" és a "Common Law and

³⁷ Id. 241.

³⁸ Id. 244 (kiemelés az eredetiben).

³⁹ A korszak és az általa okozott feszültségek kiváló történetét lásd Michael McGerr, *A Fierce Discontent: The Rise and Fall of the Progressive Movement in America, 1870-1920* (NY: Oxford Univ. Press 2003).

⁴⁰ Lásd Brian Z. Tamanaha, A jog mint eszköz a cél eléréséhez: Threat to the Rule of Law (New York: Cambridge Univ. Press 2006) 41-47.

⁴¹ Pollock kontra Farmers' Loan and Trust Co., US157 (1895) (Field, J., más véleményen)429,607.

Jogalkotás" című könyvét a neves harvardi jogász, Roscoe Pound írta.⁴² Mindkét cikk ugyanazt a témát feszegette: a bírák megrekedtek a jogi fogalmak - például a szerződési szabadság - absztrakt elemzésének módjában, amelyek egy letűnt korból származnak, és nem felelnek meg az új társadalmi körülmények igényeinek. A tulajdonról és a laissez faire-ről vallott liberális nézetek által tájékoztatva a ⁴³bíróságok akadályokat gördítettek a szociális jólét és a munkáspárti jogszabályok elé, egyeseket alkotmányellenesnek minősítettek, másokat pedig szűken értelmeztek a szokásjog által meghatározott feltételek alapján.⁴⁴ Pound Benthamre hivatkozva ragaszkodott ahhoz, hogy "a [jogot] mint egy cél elérésének eszközét az általa elért eredmények alapján kell megítélni, nem pedig belső szerkezetének finomságai alapján...".⁴⁵ A jogi pozitívizmusra utalva megjegyezte, hogy "az amerikai jogalkotás nagy része... azon a feltételezésen alapul, hogy az államnak elég, ha parancsol...".⁴⁶ Pound jelentős tekintélyét egyértelműen a jogalkotás oldalára állította, mint a common law új alapjának legjobb módját.

A jogalkotás győzelme a szokásjog felett hosszú ideig tartott, de viszonylag gyorsan véget ért. 1937-ben a Harvard Law School konferenciát hívott össze "A common law jövője" címmel, amelynek - ahogy az egyik résztvevő megjegyezte - a következő volt a felhangja: "Van-e jövője a common law-nak, ahogyan mi ismerjük?"⁴⁷ Túl korai volt még a common law - amely a jog egyes területein a mai napig virágzik - hanyatlását bejelenteni, de egy ilyen megállapítás három évtizeddel korábban elképzelhetetlen lett volna. A

⁴² Roscoe Pound, Mechanical Jurisprudence, Colum8. L. Rev. (1908); Roscoe Pound, Common Law and Legislation, Harv60521. L. Rev. (1908)383.

⁴³ Lásd általában William M. Wiecek, A klasszikus jogi gondolkodás elveszett világa: Law and Ideology in America, 1886-1937 (NY: Oxford Univ. Press 1998); Tamanaha, Law as a Means to an End, supra 35-40. ⁴⁴ Lásd Tamanaha, Law as a Means to an End, supra 34-40,47-52. Hangsúlyozni kell azonban, hogy sok ilyen szabályozás túlélt a bírósági felülvizsgálatot.

⁴⁵ Pound, Mechanical Jurisprudence, fentebb. 609.

⁴⁶ Id. 613.

⁴⁷ Oliver Winslow Branch, Remarks, in Greenville Clark, szerk., *The Future of the Common Law* (Cambridge, Ma. 1937). 149.

a jogszabályok és a közigazgatási rendeletek súlya és lendülete, mint egyre bővülő joganyag, elárastotta a common law-t.

A "JOGÁLLAMISÁG" LIBERÁLIS ALKALMAZÁSA

Miután tehát a klasszikus liberalizmusról az új liberalizmusra való áttérést szembeállítottuk a common law-ról a jogalkotásra való áttéréssel, ebben a részben a jogállamiságot a kettő együttes történetének szelektív újramesélésével egészítjük ki, amely arra összpontosít, hogy a jogállamiságra való hivatkozás a liberalizmuson belül hogyan került alkalmazásra egy olyan következetes mintában, amely a tulajdonjogokat és a piacot védi a jogalkotói beavatkozástól.

Mielőtt továbbmennénk, érdemes hangsúlyozni, hogy a klasszikus liberalizmusról a szociális liberalizmusra való áttérés és a szokásjogról a jogalkotásra való áttérés nagyjából egy időben zajlott - mindkettő többnyire a 20th. század fordulójának mindkét oldalán több évtized alatt. A kettő döntő pontokon keresztezi egymást: a jogalkotás térnyerése egybeesett a szociális jóléti állam létrehozásával, amely a szociálliberalizmus konkrét megvalósulása volt, és ennek eszköze volt. A klasszikus liberalizmus vak absztrakcióit illető kritikája párhuzamba állt a common law bíróságok vak absztrakcióit illető kritikájával; kritikusaik nagyjából ugyanazt az érvet hozták fel, hogy a modern tömegtársadalom feltételeit fel kell ismerni és számon kell kérni. Egy mondatban összefoglalva kapcsolatukat: a folyamatos társadalmi, ipari és gazdasági események politikai és jogi válaszokat váltottak ki (a bíróságok által reagált jogalkotási intézkedések), amelyekhez az eszmék és elméletek terén bekövetkező elmozdulások (a klasszikus liberalizmustól a társadalmi

liberalizmus). Az akkori résztvevők felismerték, hogy ezek a fejlemények mind egybeesnek.⁴⁸

Néhány előzetes szót kell ejteni a common law és a liberalizmus, különösen a tulajdonjogok közötti kapcsolatáról is. Történészek azzal érvelnek, hogy a common law jóval a liberalizmus megjelenése előtt individualista volt,⁴⁹ így az előbbi segíthetett utat nyitni az utóbbi számára. R. H. Tawney megjegyezte, hogy "Az alkotmányos kormányzatnak a szokásjog fennmaradásától való függése közhely. Ennek a fennmaradásnak a jelentőségét a gazdasági individualizmus angliai felemelkedése szempontjából kevésbé hangsúlyozták, de nem kevésbé fontos".⁵⁰ Tawney mindkét mondata releváns e vizsgálódás szempontjából: az első (implicit módon) arra a szerepre utal, amelyet a common law játszott a jogalkotás korlátozásában, míg a második a gazdasági liberalizmus iránti törődésére; együttes lényegük az, hogy a common law segítette korlátozni a gazdasági liberalizmus felemelkedése szempontjából barátságtalan jogalkotást. Jacob Viner gazdaságtörténész a laissez faire szellemtörténetében azt állította, hogy "Sir Edward Coke ebben az időszakban [a 16. század végén és a 17. század elején] a common law-ra, mint az egyén gazdasági és egyéb "szabadságaiba" való kormányzati beavatkozás hagyományos akadályára hivatkozott".⁵¹ Sir Edward Coke (1552-1634) a *Dr. Bonham*-ügyben híres módon azt állította, hogy a szokásjoggal összeegyeztethetetlen jogszabályok érvénytelenek. Coke döntéseinek korpuszáról készült átfogó tanulmány arra a következtetésre jutott, hogy "egyértelmű, hogy szerinte a common law-ban az uralkodó elv a vállalkozás szabadsága volt".⁵² Blackstone,

⁴⁸ Hobhouse az amerikai bíróságok obstrukciós intézkedéseire utalt a liberalizmus átalakulásáról szóló beszámolójában a következő könyvben

L.T. Hobhouse, *The New Spirit in America*, LXI *The Nation* (1051900).

⁴⁹ Lásd Alan Macfarlane, *The Origins of English Individualism* (Cambridge: Cambridge Univ. Press 1978). ⁵⁰ R. H. Tawney, idézi Donald O. Wagner, *Coke and the Rise of Economic Liberalism*, 6 *Econ. Hist. Rev.* (30,301935).

⁵¹ Jacob Viner, The Intellectual History of Laissez Faire, J. L. & Econ (45,551959).

⁵² Id. 44.

a szokásjog nagy magyarázója, a tulajdon legfőbb jogát dicsérte (amelyet közvetlenül a természetjogban alapozott meg).⁵³ E gyökerekből kiindulva ⁵⁴a common law következetesen a tulajdon védelmére helyezte a hangsúlyt, ami - ahogyan arra korábban utaltunk - a századfordulóig^{20th} az Egyesült Államok alkotmányos elemzésébe is beépült, és arra alapozta azt.⁵⁵

A fentiekből kiindulva számos állítással szolgálunk a liberalizmus és a jogállamiság közötti kapcsolat feltárásához.

A szokásjogi tanok támogatták a liberalizmust; a liberalizmust a jogalkotás fenyegette; a szokásjogot a jogalkotás fenyegette; a szokásjognak és a liberalizmusnak külön és közös okai voltak arra, hogy ellenálljanak a jogalkotásnak, és hogy kölcsönösen támogassák egymást. Miután a common law átadta helyét a jogalkotásnak, és a jogállamiság önálló presztízsrre tett szert, a 20th. század közepére a liberalizmus közvetlenül a jogállamisághoz ragaszkodott, csökkentve a common law-val való azonosulását (bár továbbra is a common law-nak kedvezett). Hangsúlyozni kell, hogy a kölcsönös érdekek és előnyös igazodások ilyen rekonstrukciója nem azt jelenti, hogy mindez tudatos vagy stratégiai megfontolások eredménye lett volna, hanem azt, hogy mindez kényelmes és következetes módon történt. Ezeknek a pozitív és negatív kötődéseknek az áramlását és áramlását a következő elbeszélés nyilvánvalóvá teszi.

A common law hangsúlyozása itt nem azt sugallja, hogy a liberalizmus kizárólag a common law-ra támaszkodott volna, mint védelmezőjére. Fontos korai liberális ~~gondolkodók, kiemelkedő módon~~ Locke, nagymértékben támaszkodtak a természetjogra, amelyről a common law-hoz hasonlóan úgy gondolták, hogy korlátokat állít a jogalkotás elé. Locke érvelése a

⁵³ Lásd Robert P. Burns, Blackstone's Theory of the 'Absolute' Rights of Property, 54 U. Cin. L. Rev. 67 (1985).

⁵⁴ Lásd G.E. Aylmer, The Meaning and Definition of 'Property' in Seventeenth Century England, Past 86& Present (871980).

⁵⁵ Az eszmék e komplexumának kiváló tanulmányát lásd Michael Les Benedict, Laissez-Faire and Liberty: a Re-Evaluation of the Meaning and Origins of Laissez Faire Constitutionalism, 3 Law & Hist. Rev. (1985)293.

A *Második Szerződés* arra irányult, hogy az uralkodót jogi korlátok közé szorítsa, így a törvényhozói hatalom korlátozásáról keveset mondott. Érvelésének fontossága azonban mindkettő ellen szól: "Locke *Traktátusának* fő célja az volt, hogy követeléseket támasszon a kormányzatnak a személyes érdekekbe vagy "jogokba" való korlátlan beavatkozásával szemben. A szűkebb értelemben vett "tulajdon" kétségtelenül egyike volt ezeknek a "jogoknak", amelyeknek Locke nagy jelentőséget tulajdonított".⁵⁶ A politikai teoretikusok vitatták, hogy Locke miért nem fogalmazta meg az egyéni jogok konkrét védelmét, tekintettel erre az aggodalomra. Leo Strauss azzal érvelt, hogy Locke úgy vélte, hogy ilyen védelemre nincs szükség, mivel csak a jelentős vagyontulajdonosoknak volt szavazati joguk (becslések szerint a lakosság 3%-ának⁵⁷), és ez "elegendő biztosítéka volt az egyesek jogainak, mert feltételezte, hogy mindazok, akiknek tanácskozási joguk van, egyetértenek a közjó egy koncepciójában, végső soron a nemzet vagyonának maximalizálásában".⁵⁸ Locke kifejezetten azt állította, hogy a törvényhozó hatalmat a természetjogi elvek irányítják,⁵⁹ és azt írta, hogy "a természet törvénye a legnagyobb védelme az egyén magántulajdonának".⁶⁰ Ahogy John Grey filozófus fogalmazott: "Locke-ban megvan az, ami a korábbi individualista írókból egyértelműen hiányzik - az a világos felfogás, hogy a személyes függetlenség feltételezi a magántulajdont, amelyet a jogállamiság biztonságosan véd".⁶¹ Noha Locke feltűnően hallgatott a

⁵⁶ Jacob Viner, "Possessive Individualism" as Original Sin, 29 Can. J. of Econ. and Pol. Sci. 548,557 (1963).

⁵⁷ Lásd Robert A. Heinman, *Authority and the Liberal Tradition* (Durham, N.C.: Carolina Academic Press 1984). 29.

⁵⁸ Leo Strauss, *Natural Right and History* (Chicago: Univ. of Chicago Press 1965). 257.

⁵⁹ John Locke, Questions Concerning the Law of Nature (Ithaca: Cornell Univ. Press 1990) 213-15.

⁶⁰ Id. 239.

⁶¹ Lásd általában John Gray, Liberalism, 2. kiadás. (Minneapolis: Univ. of Minn. Press 1995). 14.

"ősi alkotmány" (és a common law) mint a kormányzat jogi korlátainak forrása,⁶² ez más vezető liberálisok témájává vált.

Adam Smith, a másik korai liberális óriás, a társadalmat természetes rendként jellemezte, amely az egyének koordinálatlan, önérdékű cselekedeteiből alakul ki. A törvényhozókról nem túl hízelgő képet festett, mivel "alattomosak és ravaszak", és hajlamosak a különleges érdekek befolyására,⁶³ a törvényt (itt a jogalkotást értve ez alatt) pedig a természetes rendbe való beavatkozásként ábrázolta:

Minden egyén természetes törekvése, hogy javítsa saját helyzetét, ha szenvedett hogy szabadon és biztonságban gyakorolhassa önmagát, olyan erős elv, hogy egyedül és mindenféle ragaszkodás nélkül nemcsak arra képes, hogy a társadalmat gazdagságra és jólétre vezesse, hanem arra is, hogy legyőzze azt a száz szemtelen akadályt, amellyel az emberi törvények ostobasága túl gyakran megnehezíti működését; bár ezeknek az akadályoknak a hatása mindig többé-kevésbé vagy a szabadságának csorbítása, vagy az, hogy hogy csökkentse a biztonságát.⁶⁴

Smith általános panaszai a jog ellen nem a common law szabályai ellen irányultak, amelyek azt a keretet adták, amelyben a kapcsolatok spontán rendje zajlott. "Adam Smith és közvetlen utódai számára" - jegyezte meg Hayek - "a szokásjog rendes szabályainak érvényesítése bizonyára nem tűnt volna kormányzati beavatkozásnak".⁶⁵ Viner hangsúlyozta, hogy "egyértelműnek tűnik... hogy Smith, akárcsak a laissez faire későbbi és doktrinéresebb képviselői, természetesnek vette a magántulajdon és az osztálykonfliktusok elkerülhetetlenségét, és az igazságszolgáltatáson az egész jogi és szokásjogi kódexet értette, a maga

⁶² Lásd David Resnick, Locke and the Rejection of the Ancient Constitution, 12 Political Theory 97 (1984); Pocock azt állítja, hogy annak ellenére, hogy Locke nem vetette fel a témát, "az ősi törvény gondolata... következetesen ugyanazokon a feltételezéseken alapulva megjelent minden nagyobb vitában és minden fontos politikai gondolkodó fejében Coke-tól Locke-ig...". J. G. A. Pocock, Burke and the Ancient Constitution-A Problem in the History of Ideas, Historical J. (125,130(1960).

⁶³ Idézi és jellemzi Smith, Donald Winch, Science and the Legislator: Adam Smith and After, 93 Econ. J. (1983)501,503.

⁶⁴ Smith, Wealth of Nations, idézi Jacob Viner, Adam Smith and Laissez Faire, 35 J. of Pol. Econ.

198,209 (1927).

⁶⁵ Hayek, A szabadság alkotmánya, fentebb. 221.

idő, amely a gazdasági szervezet e rendszere szerinti egyéni jogokkal, kiváltságokkal és kötelezettségekkel foglalkozik."⁶⁶ Smith meglepően őszinte (már-már marxista) beszámolót adott a jog és a kormányzat szerepéről a tulajdon megőrzésével kapcsolatban: "A jog és a kormányzat ebben a helyzetben, sőt minden esetben úgy tekinthető, mint a gazdagok összefogása a szegények elnyomására, és a javak egyenlőtlenségének saját maguk számára való megőrzésére, amelyeket különben hamarosan megsemmisítenének a szegények támadásai, akik, ha a kormányzat nem akadályozná meg őket, hamarosan nyílt erőszakkal másokat is magukkal egyenlővé tennének".⁶⁷

Bár Edmund Burke-et ma konzervatívnak tartják, a maga ⁶⁸idejében liberálisnak (vagy "öreg whignek") tartották.⁶⁹ Gazdasági elképzelései megegyeztek Adam Smith elképzeléseivel, akivel kölcsönösen tiszteletteljes kapcsolatban állt.⁷⁰ Sok kortársukhoz hasonlóan Burke is úgy vélte, hogy a társadalom természetes rendből áll, ami összhangban volt tradicionalizmusával.⁷¹ Burke azonban szélsőségesebb laissez faire álláspontot képviselt, mint Smith, mivel az utóbbi megengedte a válogatott bérszabályozást és a szegények támogatását (a kormányzati intézkedések más fajtái mellett),⁷² amit Burke elutasított.⁷³ Burke liberális nézeteit alaposan áthatotta a common law hagyománya (egy ideig jogot tanult).⁷⁴ Ahogy Pocock fogalmazott, Burke gondolkodása "a következők azonosításán alapult

⁶⁶ Viner, Adam Smith és a Laissez Faire, supra 223.

⁶⁷ Adam Smith, Lectures on Jurisprudence, szerkesztette R.: Meek, D.D. Raphael, and P.G. Stein (Oxford: Clarendon Press 1978). 208.

⁶⁸ Lásd J. G. Merquior, Liberalism Old and New (Boston: Twayne Publishers 1991) 70-71.

⁶⁹ Lásd Hayek, A szabadság alkotmánya, fentebb. 401,407.

⁷⁰ Lásd William Clyde Dunn, Adam Smith és Edmund Burke: Complementary Contemporaries, 7 Southern Econ. J. (1941)330.

⁷¹ Lásd Id.; lásd még O.H. Taylor, Economic and the Idea of the Jus Naturale, 44 Quart. J. of Econ. 205

(1930.

⁷² Lásd Emma Rothschild, Adam Smith és a konzervatív közgazdaságtan, *Econ45. Hist. Rev.* (741992); James Conniff, Burke on Political Economy: The Nature and Extent of State Authority, *49 Rev. of Pol.* 490 (1987).

⁷³ Lásd Winch, Science and the Legislator, fentebb. 515.

⁷⁴ Lásd Reed Browning, The Origin of Burke's Ideas Revisited, *Eighteenth18 Century Studies* (571984).

az angol társadalom szabályait és szellemét a common law szabályaival és szellemével; a common law pedig tulajdonjogként öltött formát."⁷⁵ Burke számára a szabadságot a közös tulajdonjogból "merítették".⁷⁶ Burke politikai racionalizmus-kritikájának - annak az elképzelésnek, hogy a társadalmat és az embereket jobbra kell alakítani - természetes célpontja a jogalkotás volt, amely (az oktatással együtt) a racionalista impulzus konkrét cselekvésre való átültetésének elsődleges mechanizmusa volt.

Albert V. Dicey, a 19th. század végének neves angol liberálisa, nemzedékének vezető alkotmánytudósa volt. Dicey kulcsfigurája ennek a beszámolónak, mivel neki köszönhető, hogy a "jogállamiság" kifejezés modern kori aktualitást kapott. Dicey sajnálkozott azon, amit úgy látott, hogy az angol jogban az individualizmusról a kollektívizmus felé történő folyamatos elmozdulás figyelhető meg.⁷⁷ Dicey az individualizmus alatt "az egyéni tulajdonjogok tulajdonosainak szabadságát" értette⁷⁸, amelyet szerinte a szociális jóléti programok és a burjánzó közigazgatási rendszer - mindkettő a jogalkotás révén épült ki - veszélyeztetett.⁷⁹ "Az angol kollektivisták" - írta Dicey - "utilitarista elődeiktől örökölték egy olyan jogalkotási doktrínát, egy jogalkotási eszközt és egy jogalkotási tendenciát, amely kiemelkedően alkalmas a szocialista kísérletek végrehajtására".⁸⁰ Úgy érvelt, hogy ez a folyamatos elmozdulás a jogállamiság bukását jelenti. Dicey a jogállamiságot egyenesen a bíróságokban és a szokásjogban helyezte el. A jogállamiság Dicey szerint "a magánszemélyek jogait a bíróság elé kerülő egyes ügyekben meghatározó bírói döntések sokaságának és összességének" terméke volt.

⁷⁵ J.G.A. Pocock, Burke és az ősi alkotmány: A Problem in the History of Ideas, 3 Historical J. (125,1301960).

⁷⁶ Id. 131.

⁷⁷ Lásd általában Harlo Perkins, Individualism Versus Collectivism in Nineteenth Century Britain: A False Antithesis, J17. of Brit. Stud. 105 (1977)

⁷⁸ Id. 117.

⁷⁹ Lásd általában Karl Polanyi, A nagy átalakulás: The Political and Economic Origins of Our Times

(Boston: Beacon Press 2001) 146-47.

⁸⁰ Dicey, Opus, idézi: William H. Coates, Benthamism, Laissez Faire, and Collectivism, J11. of Hist. of Ideas 357,357 (1950).

Bíróságok."⁸¹ Ahogy egy korabeli megfigyelő fogalmazott: "Angliában a joguralom egybeesik a rendes bíróságok megismerésével: ez a bírói testület szabálya."⁸²

Az individualizmusról a kollektívizmusra való áttérés, amelyet Dicey ellenzett, ugyanaz az áttérés volt, mint az első részben bemutatott klasszikus liberalizmusról a szociálliberalizmusra, és ez a második részben ismertetett jogalkotás kialakulásában valósult meg. Dicey külön hozzájárulása az volt, hogy a harcban kifejezetten a tiszteletreméltó jogállamiságra hivatkozott. Bizonyos értelemben azzal emelte a tétet, hogy azt állította, hogy az angol szabadság bástyáját, a jogállamiságot - amelyet ő a törvényhozással szemben a bíróságokba helyezett - közvetlenül veszélyeztetik ezek a fejlemények.

Friedrich Hayek 1944-ben megjelent klasszikusában, *Az út a jobbagysághoz című művében* kibővítette Dicey irányvonalát. "A jogállamiság tudatosan csak a liberális korszakban alakult ki" - hirdette Hayek - "és az egyik legnagyobb vívmánya, nemcsak mint biztosíték, hanem mint a szabadság jogi megtestesülése".⁸³ A jogállamiságot úgy határozta meg, mint azt az elképzelést, hogy "a kormányzatot minden cselekedetében előre rögzített és kihirdetett szabályok kötik - olyan szabályok, amelyek lehetővé teszik, hogy kellő bizonyossággal előre lehessen látni, hogy a hatóság adott körülmények között hogyan fogja kényszerítő hatalmát alkalmazni, és hogy az ember ennek ismeretében tervezze meg egyéni ügyeit".⁸⁴ E követelmény teljesítéséhez a törvényeket előre meg kell határozni, nyilvánosságra kell hozni, általánosan kell megfogalmazni, egyenlően kell kezelni az embereket, valamint biztosnak és stabilnak kell lenniük.⁸⁵

⁸¹ A.V. Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution* (Indianapolis: Liberty Fund 1982). 115.

⁸² E. Barker, "The Rule of Law", (1914) *Political Quarterly* 116,118.

⁸³ Friedrich A. Hayek, *The Road to Serfdom* (Chicago: Univ. of Chicago Press 1994).

⁸⁴ Id. 80.

⁸⁵ Hayek, *A szabadság alkotmánya*, lásd a fenti fejezetet. 14.

Hayek azt állította, hogy "minden olyan politika, amely közvetlenül az elosztási igazságosság érdemi eszményét célozza, a jogállamiság megsemmisítéséhez vezet".⁸⁶ Az érdemi egyenlőség és az elosztási igazságosság elérésére tett kísérletek Hayek szerint nem egyeztethetők össze a jogállamisággal, mivel mindkettő a társadalmi esély- és vagyoneelosztás kontextus-specifikus kiigazítását igényli, ami nem valósítható meg előre meghatározott általános szabályok alkalmazásával. Hayek azt állította, hogy "nem tagadható, hogy a jogállamiság gazdasági egyenlőtlenséget termel - csak azt lehet állítani róla, hogy ez az egyenlőtlenség nem úgy van kialakítva, hogy bizonyos embereket bizonyos módon érintsen".⁸⁷ Ezt a negatív következményt ellensúlyozza - állította Hayek - az a tény, hogy a szegények jobban járnának, mert a társadalom összességében nagyobb jóléttel rendelkezne.

Itt kell kiemelni Hayek egy finom, de döntő fontosságú módosítását a liberális gondolkodáshoz.

Mises (Hayek kollégája) is elismerte, hogy az újraelosztás tilos, és ebből gazdasági egyenlőtlenség következik, de ezt a tulajdon védelmére és a szabad piacra vonatkozó liberális tanok következményeinek tulajdonította,⁸⁸ nem pedig a jogállamiságnak mint olyannak. A fenti passzusokban Hayek az újraelosztás tilalmáért és az ebből eredő gazdasági egyenlőtlenségért a felelősséget magának a jogállamiságnak tulajdonítja. Hayek ezzel a lépésével a jogállamiságot a klasszikus liberális eszmék komplexumába illeszti, és ezzel (Diceyhez hasonlóan) megemeli a tétet: e doktrínák ellenzője nem csupán a klasszikus liberalizmust kérdőjelezi meg, hanem - ami még rosszabb - *a jogállamiságot fenyegeti*. 1944-ben, amikor Hayek ezt írta, a szociális jóléti állam már *kész tény volt*, a klasszikus liberalizmus látszólag haldoklott, de a jogállamiság eszméje egyre nagyobb tekintélynek örvendett, mint a jogállamiság kulcseleme.

⁸⁶ Hayek, Út a jobbagysághoz, 87-88. o.

⁸⁷ Id.

⁸⁸ Mises, Liberalizmus, 12-14. o.

ami megkülönböztette a szabad Nyugatot a náci Németországtól és a kommunista Oroszországtól.⁸⁹ Ezért Hayek okosan, bár minden jel szerint valódi meggyőződéssel csatolta liberalizmusát a jogállamiság felemelkedő csillagához.

Hayek rendszeresen kifejezte ellenszenvét a jogalkotás iránt. "A "törvény", amely egy konkrét parancs, egy parancs, amelyet pusztán azért neveznek "törvénynek", mert a törvényhozó hatalomtól származik, az elnyomás legfőbb eszköze" - írta.⁹⁰ A természetjogi elméletet kedvezően ítélte meg, mert az korlátokat szabott a jogalkotásnak, és azt írta, hogy "a jogi pozitívizmus kezdettől fogva nem tudott rokonszenvezni és nem tudott hasznát venni azoknak a meta-jogi elveknek, amelyek a jogállamiság eszményének alapjául szolgálnak..., azoknak az elveknek, amelyek a jogalkotás hatalmának korlátozását jelentik".⁹¹ Ugyanezen a vonalon azt állította, hogy "a városi törvénykönyvek feletti magasabb rendű jog eszméje, amellyel a whiggizmus kezdődött, az angolok legfőbb vívmánya és a nemzetre hagyott örökségük".⁹²

Későbbi munkáiban Hayek dicsérte a common law egyedülálló képességét, hogy megalapozza a jogállamiságot. A piac "láthatatlan kezét" a szokásjoghoz hasonlította, és a szokásjogot önkorrekciónak, spontán kialakult rendként jellemezte, amely mindenki javát szolgálja anélkül, hogy bárki szándékos terméke lenne, vagy központi ellenőrzés alá lenne vetve, és a társadalommal együtt fejlődik, hogy naprakész jogi keretet biztosítson az interakciók számára.⁹³ A klasszikus common law elméletet idéző kifejezésekkel Hayek azt állította, hogy a bírák valójában nem törvényhozók, hanem csak a már létező szabályokat deklarálják, amelyek a korábban eldöntött ügyekben és az uralkodó szokásokban rejlenek.

⁸⁹ Lásd Edgar Bodenheimer, Hatalom és jog: A Study of the Concept of Law, Ethics (50127,1291940).

⁹⁰ Hayek, A szabadság alkotmánya, fentebb 155-56.

⁹¹ Id. 237.

⁹² Id. 409.

⁹³ Friedrich Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (Chicago: Chicago Univ. Press 1973) Chaps. & 45.

és a társadalmi rend normái.⁹⁴ Hayek már túl későn állította, hogy a szokásjog korlátokat szab a jogalkotásnak, de előadásának félreérthetetlenül az a lényege, hogy a szokásjog a jog felsőbbrendű formája, és hogy a jogalkotás veszélyt jelent a jogállamiságra.

A KORABELI CSÚCSPONT

A jogállamiság és a liberalizmus közötti összefonódott kapcsolat utolsó darabja a jelenbe vezet minket. Az előzőekkel ellentétben ez nem az elméletalkotók munkáját foglalja magában, hanem inkább ennek a gondolatfolyamnak a tetőpontját jelenti egy cselekvés során. Az 1980-as évek végén kezdődő és az 1990-es években felgyorsuló nyugati nemzetek és a nemzetközi pénzügyi intézmények világszerte végrehajtottak egy sor reformot, amelyeket "washingtoni konszenzusnak" neveztek el. A Világbank és a Nemzetközi Valutaalap a fejlődő országoknak nyújtott hiteleket és támogatásokat a "jó kormányzásnak" és a "strukturális kiigazítási programoknak" nevezett gazdasági és politikai reformcsomaghoz kezdte kötni, amely a piaci korlátozások és a kereskedelmi akadályok csökkentését, a tőkeáramlás felszabadítását, az állami tulajdonban lévő eszközök privatizálását, a tulajdon védelmét és a szerződések érvényesítését, a külföldi befektetések védelmét, a nyugati kereskedelmi törvények hatályba léptetését, a korrupció csökkentését, független bíróságok létrehozását, a demokrácia erősítését és - kiemelkedő módon - a jogállamiság kiépítését jelentette.⁹⁵ Ez a neoliberális reformcsomag a nyugati országokban uralkodó gazdasági és jogi feltételek reprodukálását célozza.⁹⁶

⁹⁴ Id. 117-19.

⁹⁵ E programok áttekintését lásd David P. Fidler, A Kinder, Gentler System of Capitulations? International

Law, Structural Adjustment Policies, and the Standard of Liberal, Globalized Civilization, *Tex35. Int'l. L. Rev.* 387,398-408 (2000).

⁹⁶ Lásd általában David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism* (Oxford: Oxford Univ. Press 2005).

Amellett, hogy a hitelfelvevő országoktól megkövetelték e reformok végrehajtását, a nemzetközi hitelező szervezetek megváltoztatták a támogatások elosztásának módját. Az infrastruktúra fejlesztésére és a gazdasági projektekre közvetlenül szánt pénzek pazarlásnak tűntek, ha nincsenek megalapozott jogi intézmények. A kiadásokban bekövetkezett változás drámai volt. "Harminc évvel ezelőtt" - jegyezte meg nemrégiben a Világbank főtanácsosa - "a Bank portfóliójának 58%-át az infrastruktúrára fordította, ma ez 22%-ra csökkent, míg a humánfejlesztés és a jogi és intézményi reform a teljes hitelezésünk 52%-át teszi ki".⁹⁷

Ma a jogállamiság megteremtése a fejlesztési gondolkodás és tevékenység központi eleme. Ahogy Thomas Carothers megfigyelte: "A segélyszervezetek jogállamisági programokat írnak elő a fejlődő és posztkommunista országokban a betegségek rendkívül széles skálájának gyógyítására, a korrupciótól és a növekvő bűnözéstől kezdve a külföldi befektetések és a növekedés elmaradásáig." Ez az, amit Thomas Carothers megfigyelt.⁹⁸ A Világbank tanulmányaira hivatkozva James Wolfensohn, a Világbank korábbi elnöke "azt mondta, hogy az empirikus bizonyítékok nagy, jelentős és ok-okozati összefüggést mutatnak a jobb jogállamiság és a nemzetek jövedelme, a jogállamiság és az írni-olvasni tudás, valamint a jogállamiság és a gyermekhalandóság csökkenése közötti kapcsolat."⁹⁹ A Bank által 2006 kiadott részletes tanulmány, a *Where is the Wealth of Nation? című tanulmánya* azt állította, hogy "a legtöbb országban az *immateriális tőke teszi ki a teljes vagyon legnagyobb részét*".¹⁰⁰ A tanulmány szerint az "immateriális tőke" magában foglalja a humán tőkét (a munkaerő tudása és képességei), a társadalmi tőkét (bizalom) és a társadalmi tőkét.

⁹⁷ Roberto Danino, *The Legal Aspects of the World Bank's Work on Human Rights*, 2004. március 1., elérhető a <http://sitesources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/214576->

1139604306966/21144248/HumanRightsNewYork030104.pdf címen.

⁹⁸ Thomas Carothers, A tudás problémája, in: A jogállamiság előmozdítása külföldön: In Search of Knowledge, szerkesztette Thomas Carothers (Wash., D.C.: Carnegie Endowment 2006). 17.

⁹⁹ Sajtóközlemény: 2002/013/S, A jogállamiság központi szerepet játszik a szegénység elleni küzdelemben, a Világbank elnöke felszólítja a kormányokat, hogy ismerjék fel a jog és a fejlődés közötti kapcsolatot, elérhető a <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,print:Y~....>

¹⁰⁰ Kirk Hamilton, et. al., Hol van a nemzetek gazdagsága? A tőke mérése a 21st. században (D.C.: Világbank 2006). 87.

irányítási elemek. A tanulmány hangsúlyozta, hogy a "jogállamiság" - amelyet úgy definiált, mint "a társadalom szabályaiba vetett bizalom és a szabályok betartásának mértéke" - a következők szerint alakul.¹⁰¹ - jelentősen hozzájárul az immateriális tőkéhez.¹⁰² A jogállamiság fokozása - állapította meg a tanulmány - az egyik "legfontosabb" eszköz a teljes jólét növelésére.¹⁰³ A tanulmány még azt a konkrét állítást is megfogalmazta, hogy a jogállamisági index egy százalékos növekedése jobban hozzájárul az immateriális tőkéhez, mint az iskolai évek egy százalékos növekedése.¹⁰⁴

Nem tartozik e cikk tárgykörébe a jogállamiság és a gazdasági fejlődés között gyakran állított kapcsolat értékelése (bár meg kell jegyezni, hogy Kína rendkívüli gazdasági fejlődése az elmúlt két évtizedben, a jogállamiság kulcsfontosságú aspektusainak hiánya mellett, fontos ellenpéldaként szolgál).¹⁰⁵ A kérdés felvetésének lényege az, hogy ismét megmutassuk, hogyan fonódott össze a jogállamiság egy szélesebb körű liberális menetrenddel, amelynek káros következményei vannak a demokráciára nézve. Bár a demokrácia erősítése rendszeresen szerepel a fejlesztési kezdeményezések között, a strukturális kiigazítási és a jó kormányzási programok egyik kiemelkedő jellemzője az volt, hogy végrehajtásuk nyilvánvalóan antidemokratikus módon történt.

Azzal a fenyegetéssel, hogy a segélyt visszautasítás esetén visszatartják, a gazdasági segélyt kapni kívánó nemzetek "önkéntesen" elfogadták ezeket a reformokat. A politikai vezetők gyakran megkerülték a nép véleményét, mivel a reformok mindig kemény azonnali társadalmi és gazdasági következményekkel jártak.¹⁰⁶ A kedvezményezett országok jellemzően ezeket a

¹⁰¹ Id. 92.

¹⁰² Id. 92.

¹⁰³ Id. xviii.

¹⁰⁴ Id. 94.

¹⁰⁵ Carothers szerint a kapcsolat megkérdőjelezhető, és még nem bizonyított. Carothers, A tudás problémája, 17-18. o.

¹⁰⁶ Lásd Richard Sandbrook, Economic Liberalism Versus Political Democratization: A Social-Democratic Resolution?, 31 Can. J. African Stud. 482 (1997).

programokat anélkül, hogy széles körű hazai hozzájárulást kérnének vagy szereznének.¹⁰⁷ Ezek "egy kormányt képviselő technokraták és egy nemzetközi hitelügynökség közötti, felülről lefelé irányuló és titkos tárgyalási folyamat eredményeként jönnek létre".¹⁰⁸ A programok, amelyek számos fontos kérdésben korlátozzák és ellenőrzik a hazai törvényhozást, a "gazdasági alkotmányosság" egy olyan formáját jelentik, amely kizárja a politikai döntéseket és a politikát a belügyek széles körével kapcsolatban.¹⁰⁹ E programok védelmezői ragaszkodnak ahhoz, hogy ahol megfelelően hajtják végre őket, ott segítettek a szegényeknek (ez vitatott állítás.¹¹⁰). Itt nem az a lényeges, hogy az ígért gazdasági előnyök teljesültek-e, hanem e programok antidemokratikus jellege - a legújabb epizód a hosszú történetben, amelyet ez a cikk ismertet. A demokrácia rendben van, amíg távol tartja a kezét a liberális programoktól.

Még a jogalkotás is rendben van, ahogy ez a példa is mutatja, ha a jogszabályokat a liberális program végrehajtására és védelmére használják.

A kezdeményezés másik lényeges szempontja az, hogy a jogállamiságot hogyan mérik és értelmezik a fejlesztési kontextusban. A világ számos szervezete által készített statisztikák és felmérések kombinálásával a Bank elkészítette a világméretű kormányzási mutatókat, amelyek hat kormányzási dimenzióban adnak pontszámot minden egyes országnak (összesen 212 országnak).¹¹¹ Ezekre a pontszámokra támaszkodnak a nemzetközi szervezetek és a segélyezési döntéseket hozó nemzetek, így valódi jelentőséggel bírnak. A "jogállamiság" pontszáma

¹⁰⁷ Id. 491-97.

¹⁰⁸ Id. 495.

¹⁰⁹ Kanishka Jayasuriya, Andrew Rossiter, Economic Orthodoxy and the East Asian Crisis, 22 Third World Q. (381,390,3932001).

¹¹⁰ Lásd Joseph Stiglitz, Globalization and its Discontents (New York: Norton 2002); Jan Nederveen

Pieterse, Global Inequality: Bringing Politics Back In, 23 Third World Q. (10232002).

¹¹¹ Lásd Daniel Kaufmann, Aart Krayy és Massimo Mastruzzi, Governance Matters VI: Aggregate and Individual Governance Indicators 1996-2006, World Bank Policy Research Working Paper 4280, 2007. július (WPS4280). A hat dimenzió a következő: 1) hang és elszámoltathatóság, 2) politikai stabilitás és erőszak hiánya, 3) kormányzati hatékonyság, 4) szabályozási minőség, 5) jogállamiság, 6) korrupció ellenőrzése. Id. 3-4.

célja, hogy mérje "azt, hogy a szereplők milyen mértékben bíznak a társadalom szabályaiban és mennyire tartják be azokat, és különösen a szerződések betartásának, a rendőrségnek és a bíróságoknak a minőségét, valamint a bűnözés és az erőszak valószínűségét".¹¹² Félretéve azt a nagy kérdést, hogy lehetséges-e a jogállamiságot ilyen módon számszerűsíteni, vagy - ha feltételezzük, hogy lehetséges - hogy ezek a tanulmányok ezt megfelelően tették-e, ezek komoly kérdések, bár túlmutatnak e dolgozat keretein.¹¹³ Két, közvetlenül relevánsabb pont érdemel figyelmet ezzel a pontszámmal kapcsolatban. Először is, a "jogállamiság" pontszámának összeállításakor a legnagyobb mértékben - súlyozottan az összpontszám majdnem 60%-át - a "kereskedelmi üzleti információszolgáltatók" adták.¹¹⁴ A jogállamisági értékelésbe például a bevallottan konzervatív (klasszikus liberális) Heritage Foundation által készített "Gazdasági Szabadság Index" volt az egyik forrás, amelyet figyelembe vettek.¹¹⁵ A második pont az, hogy a bűnözéssel kapcsolatos kérdések mellett a "jogállamiság" leggyakrabban azonosított mérőszáma a "tulajdonjog".¹¹⁶ Ez volt a Heritage Foundation,¹¹⁷ valamint számos más forrás által a jogállamiság *kizárólagos* mércéje. Következésképpen egy ország jogállamisági pontszámának jelentős része attól függ, hogy a tulajdonjogokat az üzleti érdekeltségek megaláztatására védi-e az ország. Ennek van értelme a fejlődő országokban kereskedelmet folytatni kívánó üzleti közösség szempontjából - ami fontos a gazdasági fejlődés szempontjából -, de mindazonáltal ez a jogállamiság rendkívül szűk látókörébe tartozik, és nincs összhangban a jelentésben máshol kifejtett sokrétű meghatározással.

¹¹² Id. 4.

¹¹³ Az ezeket a kérdéseket felvető kritikai vizsgálatot lásd: Melissa A. Thomas, What do the Worldwide Governance Indicators Measure?, október 6., elérhető a [sitesources.worldbank.org/INTWIBGOVANTCOR/Resources/1740479-1149112210081/2604389-1167941884942/what_do_wgi_measure.pdf](https://ssrn.com/abstract=1087023) oldalon.

¹¹⁴ Id. 28.

¹¹⁵ Id. 55.

¹¹⁶ Lásd Id., egyes táblázatok; lásd még Thomas, What do the Worldwide Governance Indicators Measure? supra E. táblázat, 23-24. o.

¹¹⁷ Kaufman, Governance Matters VI, supra A17. táblázat.

A nemzetközi fejlesztési kontextust a következő, állítólagos neo-
egyenértékűségeknek/okozati összefüggéseknek egy homályos láncolata uralja:
liberalizmus egyenlő gazdasági fejlődés egyenlő jogállamiság egyenlő tulajdonjogok.

A KAPCSOLAT KIRAJZOLÁSA

A liberális gondolkodás több mint három évszázada, amelyet ebben a cikkben felületesen áttekintettünk, durván leegyszerűsíthető erre: a liberalizmus a jogállamiságot használja fel a tulajdonjogok (és gyakran a piac) bármilyen lehetséges módon történő védelmére. Amikor a tulajdonjogokat az uralkodók vagy a törvényhozók veszélyeztették, azt tartották, hogy a jogállamiság értelmében a tulajdon természetjogi védelme a pozitív jog felett áll, és a jog alapvető célja a tulajdon védelme (így állította Locke). Amikor a tulajdonjogokat a szokásjogban megőrizték, azt az ősi alkotmányként dicsőítették, amely minden jog irányadó keretét megteremtette, és a jog kötelező erejű szabályát képezte (így állította Coke, Burke és Carter). Amikor a tulajdonjogokat a demokratikus jogalkotás veszélyeztette, a jogállamiságra hivatkoztak, hogy ellenálljanak a jogalkotással szembeni félelmek ellen, vagy azt becsméreljék, illetve provokálják (ahogy Dicey és a 20th. század fordulójának amerikai bírái tették). Amikor a szociális jóléti állam terheket rótt a tulajdonjogokra, hogy az újraelosztás révén nagyobb társadalmi igazságosságot érjen el, azt mondták (Hayek), hogy ez természeténél fogva nem egyeztethető össze a jogállamiság követelményeivel. Most pedig a nemzetközi fejlesztési kontextusban a társadalmakat arra kényszerítették, hogy demokratikus hozzájárulás nélkül hajtsanak végre egy csomag liberális reformot, arra a szokásos hivatkozásra hivatkozva, hogy minden jó a jogállamiságból fakad, ami (lényegében) a tulajdon védelmére vezethető vissza.

A jogállamiság és a tulajdon megőrzése közötti hosszú történelmi kapcsolat, ami árulkodó, nem maradt állandó az idők során. Az első néhány évszázadban a jogállamiságot olyan természetjogi, szokásjogi vagy alkotmányos trumpfként használták, amely szűken korlátozta vagy érvénytelenítette a tulajdonhoz való jog megsértését. Ebben az értelmezésben a természetjog, a szokásjog és az alkotmányos rendelkezések *tartalma* a tulajdonjogok *anyagi* védelmét terjesztette ki. A védelem magából a jogból származott, nem pedig a jogállamiságból - ami általános fogalomként egyszerűen azt jelenti, hogy a jog irányít (függetlenül annak tartalmától).

A 20th. század folyamán azonban a demokratikus jogalkotás és a szociális jóléti állam térhódításával a természetjog és a common law már nem működött a jogon belüli aduásként, és a gazdasági és tulajdonjogok tekintetében az anyagi alkotmányos aduások visszaszorultak. A liberalizmus/tulajdon és a jogállamiság viszonya ekkor újrafogalmazódott. Hayek egy olyan érvet épített fel, amely szerint a tulajdon újraelosztása - a társadalmi igazságosság vagy a nagyobb egyenlőség érdekében - nem közvetlenül a tulajdonhoz való anyagi jog megsértése miatt megengedhetetlen, hanem azért, mert nem egyeztethető össze magának a (tisztán formális értelemben vett) jogállamiságnak a követelményeivel. Korábban a liberális érvelés a következő volt: a tulajdon a szabadság alapköve. Most az érvelés a következő lett: a jogállamiság a szabadság alapköve; az újraelosztás veszélyezteti a jogállamiságot; következésképpen az újraelosztás veszélyezteti a jogállamiságot.

szabad
ság.

Végül, a század 21st elején, kapcsolatuk ismét átalakult. Manapság ritkán érvelnek Hayekkel együtt azzal, hogy a jogállamiság maga tiltja a nagyobb társadalmi igazságosság elérésére irányuló erőfeszítéseket, ami kevésbé

hihető, tekintve a

a modern szociális jóléti államok jelenléte, szilárd jogállami rendszerekkel. Most, a fejlődési kontextusban a tulajdon védelmét és a jogállamiságot együtt említik, mint a liberális gazdasági és politikai fogalmak egy csoportjának középpontjában álló szoros korrelátumokat. A kifejezett átfogó cél nem a szabadság, hanem a gazdasági fejlődés; és a gazdasági fejlődés, ahogyan azt többször is mondják, a jogállamiságtól függ. A jogállamiság ebben az eszmekomplexumban a domináns pozíciót foglalja el - a globális politikai diskurzusban a legfontosabb legitimációs eszményként való tekintélyére támaszkodva -, de a tulajdon védelme még mindig jelen van, bár a háttérben áll, és élvezzi a rendkívül népszerű partnerének sikereit.

A liberális gondolkodás évszázados mintája, amelyet ez a cikk kiemel, az, hogy a tulajdont védeni kell, és a jogállamiság újra és újra a tulajdon elsődleges védelmét szolgálja. Az anyagi körülmények és az elméleti konstrukciók számtalan, az idők során bekövetkezett változása ellenére a kettő közötti alapvető funkcionális kapcsolat állandó maradt.

MIÉRT A JOGÁLLAMISÁG "SÖTÉT OLDALA"?

A félreértések elkerülése végett nyíltan ki kell mondani, hogy én a politikai liberalizmust vallom. A tulajdonjogok fontosak, és a szabadság véleményem szerint a legfőbb jó a *liberális értékeket valló társadalmakban és emberek számára*. Egyetértek azzal, hogy a gazdasági liberalizmus és a piac alapvető elemei növelik a jólétet. Ha mindez jó, kérdezhetnénk, miért jelöltem meg ezt "a jogállamiság és a liberalizmus közötti kapcsolat sötét oldalának"? A válasz részben a klasszikus liberalizmushoz, részben pedig e kapcsolatnak a jogállamiságra gyakorolt következményeihez kapcsolódik.

A klasszikus liberalizmus szélsőséges nézetek, amelyek, ha befolyásosak voltak, kíméletlen szenvedést okoztak emberek tömegeinek (bár sokak számára, akiknek hasznára váltak, segítettek a jólét megteremtésében és az anyagi feltételek javításában). Ideológiai ellenfeléhez, a kommunizmushoz hasonlóan azt tanácsolja, hogy az emberek nagy csoportjainak azonnali fájdalma szükséges áldozat a későbbiekben ígért nagyobb általános javakért. Az érvelés ezen láncolata szerint élő emberek generációit küldték szenvedésre azzal az indokkal, hogy a rendelkezésre álló megoldások összességében rontanák a helyzetet. Lényeges azonban felismerni, hogy a liberalizmus története során a piac sosem volt mentes a jelentős beavatkozástól, és a tulajdonjogokat sosem kezelték sérthetetlennek. Még Adam Smith sem képviselt merev laissez faire álláspontot, mivel felismerte, hogy a beavatkozást erkölcsi és gazdasági okok egyaránt indokolják; Smith a korrupt, haszonleső, nem hatékony és ostoba beavatkozásokat ellenezte (amelyek bőségesen voltak jelen a korabeli kormányzatban).¹¹⁸ Még a 19th. századi laissez faire Angliában és Amerikában is voltak beavatkozások, amelyek ¹¹⁹nagy része pragmatikus jogalkotási válaszokat jelentett az iparosodás elviselhetetlenül kemény következményeire; például azon munkások érdekében, akik 12 vagy több órás napokat dolgoztak nem biztonságos és fizikailag megterhelő körülmények között, létfenntartási bérért (ahogyan ez a 19th. században Nyugaton történt, és ahogyan ma is történik a világ fejlődő országaiban). A liberalizmus átfogó történetében,¹²⁰ Karl Polanyi azt állította, hogy a laissez faire liberalizmus egy utópisztikus ideológia, amely soha nem valósult meg.

¹¹⁸ Lásd Jacob Viner, Adam Smith and Laissez Faire, 35 J. of Pol. Econ. 198 (1927); Emma Rothschild, Adam Smith and Conservative Economics, Econ45. Hist. Rev. (741992).

¹¹⁹ Lásd Henry Parris, The Nineteenth Century Revolution in Government: A Reappraisal Reappraised, 3 Hist. J. (171960); J. Bartlett Brebner, Laissez Faire and State Intervention in Nineteenth-Century Britain, 8 J. Econ. Hist. 59 (1948); Harold Perkins, Individualism Versus Collectivism in Nineteenth-Century Britain: A False Antithesis, 17 J. of Brit. Stud. 105 (1977).

¹²⁰ Lásd Karl Polanyi, A nagy átalakulás: The Political and Economic Origins of Our Times (Boston: Beacon Press 1992) 12-19. fejezet; Oliver MacDonagh, The Nineteenth-Century Revolution in Government: A Reappraisal, Histl. J. 52 (1958).

a gyakorlatban is bebizonyosodik, nemcsak azért, mert a piac szörnyű emberi és környezeti következményei (amelyek az általa létrehozott gazdagsággal együtt járnak) elkerülhetetlenül intervenciós válaszokat követelnek, hanem azért is, mert a piac különböző módokon állandó kormányzati részvételt igényel.¹²¹

A modern szociális jóléti államok azt mutatják, hogy a liberalizmus és a kapitalizmus felépíthető úgy, hogy a társadalmi jólétet anélkül biztosítsa, hogy a kormány zsarnokságába torkollna. Az olyan liberálisok, mint Dicey és Hayek éles hangú figyelmeztetése, hogy a szociális jóléti programok a szabadság közelgő pusztulásával fenyegetnek, a rémhírterjesztés érzetét kelti. Hayeknek igaza volt abban, hogy a partikuláris döntések nem egyeztethetők össze az általános szabályok alkalmazásával, de számos újraelosztó intézkedés (például az örökösödési adó) vagy a társadalmi igazságosságra irányuló erőfeszítés általános, mindenkire egyformán alkalmazott szabályként fogalmazódik meg, összhangban a jogállamisággal.¹²²

Annak ellenére, hogy a szabadság védelmezőjeként pozicionálják magukat - ami önmagában is jogos állítás -, ez a cikk azt mutatja, hogy a klasszikus liberálisok következetes mintát követnek abban, hogy megpróbálják megakadályozni, szűkíteni, érvényteleníteni vagy diszkreditálni azokat a demokratikusan létrehozott jogszabályokat, amelyek a tulajdon újraelosztására vagy a piaci mechanizmusok mérséklésére törekuszenek a versengő célok előmozdítása érdekében.

A 20th. század fordulóján ez az amerikai bíróságok intézkedéseiben mutatkozott meg, amelyek megszüntették vagy megszigorították a szociális jóléti és munkaügyi jogszabályokat; a 21st. század fordulóján ez a neoliberais reformcsomagban mutatkozik meg, amelyet a segélyért folyamodó fejlődő országokra kényszerítettek.¹²³ Mindenki számára, aki a demokráciát - a saját ügyei feletti politikai döntés gyakorlását - egy

¹²¹ Lásd Polanyi, A nagy átalakulás, 12-14. fejezet.

¹²² Lásd Tamanaha, A jogállamiságról, fentebb. 98.

¹²³ Ellenvetésként felhozható, hogy ezeket a reformokat nem "erőltették", mivel az országok elutasíthatták azokat (bár a támogatásokat elveszíthették); a kedvezményezettek szemszögéből nézve azonban aligha kérdéses, hogy a reformokat "erőltették". A neoliberalizmus antidemokratikus irányzatáról szóló, napjainkban világszerte tapasztalható tartós érvelést lásd: Harvey, A Brief History of Neoliberalism, Chaps. &6 7.

A liberalizmusnak ez az oldala a szabadság kifejeződését, a politikai szabadság gyakorlásának korlátozása érdekében a jogállamiságra való hivatkozásra irányuló kitartó kísérleteket foglalja magában. Ez a jogállamiság sötét *oldala* a liberális elméletben.

Azok a nyugatiak, akik vigaszt találnak abban, hogy a fejlődő országok eddig elszenvették a neoliberais reformok fent említett antidemokratikus erőltetésének fő csapását, talán túlzottan optimisták, amikor azt hiszik, hogy ők is megmenekültek a hasonló sors elől. Ugyanez a folyamat - hasonló antidemokratikus tendenciákkal - zajlik világszerte, ahogy a piaci kapitalizmus kényszere egyre inkább diktálja a nemzeti kormányok politikáját.¹²⁴ A Polanyi által leírt "nagy átalakulás" azzal járt, hogy a piac a kapitalista társadalmakban a domináns szervező pozícióba került.¹²⁵ Lehet, hogy ennek az átalakulásnak a beteljesedésének lehetünk tanúi, és nem csak abban az értelemben, hogy minden egyes nemzet ilyen módon szerveződik, hanem abban az értelemben is, hogy a nemzetek egész közössége (a globális rend) egyre inkább ugyanilyen módon szerveződik. A transznacionális szinten működő liberális mechanizmusok és intézmények (például a Kereskedelmi Világszervezet) máris egyfajta "gazdasági alkotmányosság" *de facto* formájává állnak össze, amely a jogállamiság működésén keresztül korlátozza, felülírja és diktálja a liberális gazdasági kérdésekkel kapcsolatos (tulajdonjogokat, vámokat, támogatásokat, munkahelyvédelmi törekvéseket érintő) hazai jogalkotást. A múltban a természetjog, a szokásjog és az alkotmányos rendelkezések adták az irányadó normákat, amelyeket a jogállamiság érvényesített. A jövőben, ha a jelenlegi fejlemények igazolják, a hamisítatlan liberális gazdasági normák fogják irányítani a világot. A liberálisok örömmel fogják ezt a kilátást szemlélni, de az egyének és társadalmak, amelyek

¹²⁴ Lásd általában Id.

¹²⁵ Lásd Polanyi, The Great Transformation, fentebb.

más értékeket részesítenek előnyben az anyagi javulással szemben (vagy azzal egyenlően), elidegenítőnek és elbizonytalanítóknak fogják találni.

Ennek a kapcsolatnak a jogállamiság *szempontjából van* egy sötét oldala is. Amint máshol már kifejtettem,¹²⁶ a jogállamiság a liberalizmus előtt keletkezett, és a liberalizmustól függetlenül is létezhet. A liberálisok hajlamosak ezt elfedni, amikor a jogállamiságot féltékenyen azonosítják a liberalizmussal. Tágabb perspektívából nézve a jogállamiság egyedülálló vívmánya az, hogy ragaszkodik ahhoz, hogy a kormányoknak a törvényeknek megfelelően kell cselekedniük - ez egy olyan alapvető korlát, amely minden társadalomban értékes, függetlenül annak társadalmi, kulturális, gazdasági vagy politikai irányultságától. Tekintettel arra, hogy a kormányok milyen hatalmas hatalommal és erőforrásokkal rendelkezhetnek, a kormányok jogi korlátok közé szorítása egyetemes jótétemény.

A közelmúltbeli fejlemények azzal a veszéllyel járnak, hogy a jogállamiságot a liberalizmussal való szoros azonosulása megfertőzheti, különösen a fejlődő országokban. Számos ilyen ország szenvedett a neoliberais reformok káros következményeitől;¹²⁷ a vagyoni különbségek sok országban új magasságokba emelkedtek, anélkül, hogy a szegény többség számára nyilvánvaló javulás következett volna be;¹²⁸ és sok ilyen társadalomban a lakosságnak nem sok beleszólása volt abba, hogy elfogadja vagy módosítsa ezeket a reformokat. A nemzetközi fejlesztési szervezetek most az infrastrukturális projektek helyett a jogállamisági projektek javára vonják el a pénzt, például a bírák és rendőrök képzésére, valamint a tulajdont és a külföldi befektetéseket védő jogi kódexek kidolgozására és végrehajtására. Mindezen különböző tevékenységek során a "jogállamiság" a liberális csomag "frontembereként" jelenik meg. Ha ez a kezdeményezés a helyi és globális tényezők megszámlálhatatlanul sokféleképpen rosszul

sül el, mint például

¹²⁶ Lásd Tamanaha, A jogállamiságról, fentebb.

¹²⁷ Lásd Stiglitz, Globalization and its Discontents, supra.

¹²⁸ Annak jeleit, hogy ez számos társadalomban ebbe az irányba halad, lásd Pieterse, Global Inequality, supra.

valószínűnek tűnik, hogy sok helyen bekövetkezik, ha jelentős fájdalmakat kell elszenvedni anélkül, hogy a közvéleménynek ígért gazdasági előnyökkel járna, ha a bíróságok a gazdagok védelmét látják, akik egyre nagyobb vagyont élveznek, miközben a társadalom többsége nélkülözésben marad, a jogállamiságot felelőssé tehetik vagy megkérdőjelezhetik, a lakosság gyanakvással vagy cinizmussal tekinthet rá - ami még nehezebbé teszi a jogállamiság beültetését és kiépítését.

Tragikus paradoxon lenne, ha a jogállamiság nagy liberális szószólói hozzájárulnának ahhoz, hogy a jogállamiság ne tudjon érvényesülni és elterjedni a világban.