



UNIVERSITY OF AMSTERDAM

KORTÁRS ELMÉLETEK ÉS NEMZETKÖZI JOGALKOTÁS

Ingo Venzke

Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2013-59
Amsterdam Center for International Law No. 2013-23
Postnational Rulemaking Working Paper No. 2013-09



Amszterdami Nemzetközi Jogi Központ
Amszterdami Egyetem

KUTATÁSI TANULMÁNYOK SOROZATA

Közelgő megjelenés a következő folyóiratban: *Brölman* 2013/28
ACIL Kutatási Dokumentum 2013/28
Radi, Y. (szerk.),
Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making, Elgar
(2014).

Kortárs elméletek és nemzetközi jogalkotás

[Amszterdami Nemzetközi Jogi Központ](#), Amszterdami Egyetem

Ingo Venzke

Amszterdami Nemzetközi Jogi Központ

Cite as: Elérhető a www.acil.uva.nl és
az [SSRN](#) oldalakon.

Kortárs elméletek és nemzetközi jogalkotás

Ingo Venzke*

in: C Brölmann és Y Radi (szerk.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law Making* (Elgar 2014).

I. Bevezetés

Számos kortárs elmélet úgy közelíti meg a nemzetközi jogalkotást, hogy a hangsúlyt jogforrásokról a kommunikációs gyakorlatok felé helyezi, amelyekben a szereplők sokasága használja, követeli és beszéli a nemzetközi jogot. Míg a korábbi megközelítések a forrásokat tekintették a jogalkotás egyedülálló mozzanatának, ma már általánosan elfogadott, hogy a nemzetközi jog nyelvének szélesebb körű használatának folyamata is hozzájárul a nemzetközi jog kialakulásához. Ennek az elmozdulásnak több fő oka van. Az első ok abban az egyszerű tételben rejlik, hogy a jog nem csak "a könyvekben", hanem "a cselekvésben" is rejlik.¹ A forrásoktól való eltávolodás másik oka - legalábbis ahogyan azt hagyományosan megfogalmazzák - a szereplők, valamint a jogalkotás új formáinak és fórumainak megsokszorozódása. Néhány rövid példa talán tisztázza a helyzetet:

Vegyük először is a "harcosok" és a "civilnek" közötti megkülönböztetést, amely a nemzetközi humanitárius jog középpontjában áll, és amely többek között az 1949. évi genfi egyezmények számos különböző rendelkezésében is megjelenik. Ahhoz azonban, hogy tudjuk, mi a jog, nem tehetjük fel a kérdést, hogy mit jelent "valójában" "harcosnak" vagy "civilnek" lenni. Es erre a kérdésre a választ nem találhatjuk meg máshol, mint e fogalmak értelmezésének gyakorlatában. Jelentésük nem a genfi egyezmények szövegében vagy szövege mögött rejlik, hanem ehelyett az ezeket a kifejezéseket használó kommunikációs gyakorlatok terméke. Es ezek a gyakorlatok nem korlátozódnak a nemzetközi szerződéseket aláíró államok képviselőire, hanem magukban foglalják a katonai tanácsadók véleményeit, a hazai bíróságok esetjogát, a nemzetközi (büntető)bíróságok és törvényszékek joggyakorlatát, a nemzetközi jogászok nyilatkozatait, a

* Dr. jur. (Frankfurt), LL.M. (London), vezető kutató és előadó, ~~Amszterdami Nemzetközi Jogi Központ~~ Amszterdami Egyetem. Köszönöm a szerkesztőknek, valamint Matthias Goldmann-nak a hasznos észrevételeket.

¹ Lásd már Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action" (1910) 44 *American Law Review* 2-36.

Vöröskereszt Nemzetközi Bizottsága (ICRC), nem kormányos (NGO-k), mint például a Human Rights Watch, valamint neves jogtudósok érvei.²

Tekintsünk továbbá két konkrét példát a nemzetközi gazdasági jogból. Amikor Kína csatlakozott a Kereskedelmi Világszervezethez (WTO), 2001, többek között kötelezettséget vállalt a "hangfelvétel-forgalmazási szolgáltatások" kereskedelmének liberalizálására. Ez a kötelezettségvállalás kiterjed-e az elektronikus úton történő terjesztésre is? Egy testület úgy találta, hogy igen. Fellebbezésében Kína azzal érvelt, hogy kötelezettségvállalásainak hatálya nem bővíthet egyszerűen a "nyelvezet időbeli eltérései" miatt.³ A fellebbviteli testület ezzel nem értett egyet, és úgy ítélte meg, hogy a "hangfelvétel-forgalmazási szolgáltatások" kifejezés "kellően általános jellegű ahhoz, hogy idővel változhat, hogy mire vonatkozik".⁴ A fellebbviteli testület egy konkrét ügyben hozott *inter partes* döntést, de nagyon valószínű, hogy értelmezése továbbgyűrűzik, és iránymutatást ad a jövőbeli gyakorlatnak.⁵ Ezen túlmenően bizonyos körülmények között a kereskedelmi megállapodások arra is kötelezik a tagokat, hogy nemzeti szabályozásaikat nemzetközi szabványokra alapozzák, és így tovább növelik az olyan intézmények által elfogadott szabványok normatív erejét, mint a Codex Alimentarius, amelyet maga az Élelmezési és Mezőgazdasági Szervezet (FAO) és az Egészségügyi Világszervezet (WHO) hozott létre.⁶ Egy nemrégiben lezajlott ügyben a fellebbviteli testület a kereskedelem technikai akadályait foglalkozó bizottság (TBT) - amely a WTO igazgatási alárendeltségébe tartozik - éppen felülvizsgált határozatát használta fel arra, hogy először is megvizsgálja, mi minősül a TBT-megállapodás értelmében vett "nemzetközi szabványnak", majd ennek fényében vizsgálta meg a Nemzetközi Delfinvédelmi Programról szóló megállapodás (AIDCP) keretében elfogadott szabványt.⁷

² Lásd részletesen Ingo Venzke, "Jogi vita az "ellenséges harcosokról": On the Exercise of Power in Legal Interpretation" (2009) *Journals of International Law & International Relations* 155-184.

³ Appellate Body Report, *China—Publications and Audiovisual Products*, WT/DS363/AB/R, December 2009, para 47.

⁴ *Ibid.*, (2) bekezdés 396.

⁵ A Fellebbviteli Testület szerint jelentései "jogos elvárásokat" támasztanak a WTO-körében, így a testületek elvárható, hogy kövessék precedenseit. A fellebbviteli testület jelentése, *Japán - Az alkóbőrtartalmú italokra kivetett adók*, WT/DS8, 10 & 11/AB/R, 1996. október 4., 1. o. 14.

⁶ Paneljelentés, *Európai Közösségek - A szardínia kereskedelmi megnevezése*, WT/DS231/R, május 29. 2002, 7.77 (az Európai Közösségek arra figyelmeztetett, hogy az ilyen intézmények "világ törvényhozóivá" válnak).

⁷ Fellebbezési testület jelentése, *United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna Products*, WT/DS381/R, 16201216, május; TBT-bizottsági határozat a tonhal konzervtermékek behozatalára, forgalmazására és értékesítésére vonatkozó alapelvekről, WT/DS381/R, 2012. május; TBT-bizottsági határozat a

Az AIDCP-szabványhoz hasonlóan, végül, számos olyan eszköz létezik, amelyeket hű a "nem kötelező erejű jog" címszó alatt csoportosítanak. Az AIDCP-szabványhoz hasonlóan ezekre is lehet hivatkozni többoldalú és kétoldalú szerződésekben. A munkaügyi együttműködésről szóló megállapodás például kiegészíti a Kanada és Panama között nemrégiben létrejött szabadkereskedelmi megállapodást, és kapcsolódik a Nemzetközi Munkaügyi Szervezet (ILO) egy sor nyilatkozatához.⁸ Ezen túlmenően az ilyen nem kötelező erejű jogi eszközök a hagyományos jogforrásokkal való kölcsönhatás hiányában is normatív erőre tehetnek szert, amint azt az OECD exporthitel-megállapodások vagy akár a mutatók globális használata is mutatja.⁹ Végezetül tehát a jogi normativitás formáinak és a jogi normakövetés fórumainak megsokszorozódása minden bizonnyal alapvető kérdéseket vet fel magával a nemzetközi jog fogalmával kapcsolatban.

Bevezetésképpen ezek a példák rávilágítanak arra, hogy számos kortárs nemzetközi jogalkotást nem egy nemzetközi szerződés aláírásának aktusaként, hanem a jog kimondásának és használatának folyamatos kommunikációs folyamatként értelmezi. Kezdi illusztrálni a nemzetközi jogalkotásban részt vevő szereplők sokféleségét és sokaságát is, és végül rámutatnak az alapvető kérdésekre: Mi a nemzetközi jog? Míg a nemzetközi jog forrásai - amelyeket általában a nagyra becsült Art. 38. cikkének (1) bekezdésében foglaltak - a jogalkotást az államoknak tartják fenn, a jogi diskurzus sok más szereplőt is ismer, és a jogi normativitás a szerződéseken, szokásokon és általános elveken kívül számos más formában jelenik meg.¹⁰

A hangsúlynak a kommunikációs gyakorlatok felé történő egyszerű áthelyezése számos kulcsfontosságú kérdést hagy megválaszolatlanul. A legfontosabb, hogy felveti az alapok, a legitimitás és a jog és a nem jog elkülönítésének mércéjét. Ez alapvető kihívások elé állítja a jog fogalmát. A forrástan mindig is szorosan kötődött a jog igazolásáról és más normatív rendektől való elkülönítéséről való gondolkodáshoz. A hagyományos narratíva szerint a nemzetközi jog azért tekintélyes és megkülönböztethető, mert a szuverén államok beleegyezésén alapul. Egyre inkább az ilyen

Nemzetközi szabványok, útmutatók és ajánlások a 3TBT-megállapodás cikkeivel és 2,5.mellékletével kapcsolatban, G/TBT/1/Rev.10, 1995. január, 92011. júniusi felülvizsgálat.

⁸ Stephan W. Schill és Marc Jacob, "Trends in International Investment Agreements, 2011: Increasing Complexity of International Investment Law" [2012] Yearbook on International Investment Law & Policy 141, 148.

⁹ Kevin Davis, Benedict Kingsbury és Sally Engle Merry, "Governance by Indicators" Kevin Davis és mások (szerk.), *Governance by Indicators. Global Power through Classification and Rankings* (Oxford University Press 2012) 3-28.

¹⁰ Vö. 3e kötet fejezetét (_____ a "szereplőkről és alanyokról").

szemléletet szembeállítják azokkal a megközelítésekkel, amelyek az egyetemes értékekben vagy közösségi érdekekben keresik az alapot.¹¹ A jelen hozzájárulás nem a hagyományos narratívát idézi fel újra, és nem fordít sok időt a nemzetközi jog igazolásának megújított artikulációjára vagy más normatív rendektől való elkülönítésére.¹² A következő szakaszok inkább azt tárgyalják, hogy az elméletek hogyan közelítik meg a nemzetközi jogalkotást, a hangsúlyt a kommunikatív gyakorlatok mint meghatározó jellemző felé történő elmozdulásra helyezve.

A hozzájárulás a forrásoktól a kommunikatív gyakorlat felé való elmozdulást a "nyelvi fordulat" háttérében vázolja fel, amely azt javasolja, hogy a jog "(II.)" születik. Ezután a főbb kortárs elméleteknek szentel fejezeteket, kezdve a New Haven-i iskolával, amely úttörő megközelítést jelent a nemzetközi jogalkotás tekintélyelvű döntéshozatali folyamatként való elgondolásában (III.). Ennek örökségét a transznacionális jogi folyamat elméletében finomítja (IV.). E New Haven-i hangokkal ellentétben a rendszerelmélet elvonatkozottat a konkrét szereplők politikai stratégiáitól, és ezért jó helyzetben van ahhoz, hogy a jogot autonóm vállalkozásként ismerje el (V.). A gyakorlatelmélet ezután egyrészt a Pierre Bourdieu nyomán született szociológiai gondolkodást ötvözi, amely megpróbálja áthidalni a szereplőkönként és a strukturális megközelítések közötti szakadékot, másrészt pedig a pragmatizmus filozófiai meglátásait, amelyek finomítják a beszámolókat arról, hogy a kommunikatív gyakorlatok valójában hogyan alkotják a nemzetközi jogot (VI.). A kormányzáselmélet ezután azt javasolja, hogy fordítsunk nagyobb figyelmet a szabályozási hálózatokra mint a jogalkotás helyszíneire és azokra a magánszereplőkre, akiknek normatív teljesítménye a piacon kap teret (VII.). A záró kitekintés a globális közigazgatási jog projektet és a nemzetközi közhatalomra összpontosító kutatásokat tárgyalja, mint válaszokat a nemzetközi jogalkotás formáinak és fórumainak megsokszorozódása által támasztott normatív kihívásokra (VIII.).

¹¹ Hilary Charlesworth, "Law-making and sources" in *The Cambridge Companion to International Law* (Cambridge University Press 2012); az eltérő megközelítések kritikus bemutatásához lásd Jochen Bernstorff és Ingo Venzke, "Ethos, Ethics and Morality in International Relations" in Rüdiger Wolfrum (szerk.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press 2010).

¹² A legitimitás kérdésével a 14. fejezet foglalkozik. 1. A nemzetközi jog és a nem-jog közötti különbségtétel megújított artikulációt többek között Jan Klabbers, "Law-making and Custom" in Klabbers and others (eds.), *The Constitutionalization of International Law* (Oxford University Press 2009) 81-125; Matthias Goldmann, "We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law" (2012) 25 *Leiden Journal of International Law* 355-368.

II. A forrásoktól a kommunikatív gyakorlatig

A. A jogalkotás és a jogalkalmazás megkülönböztetése

A nemzetközi jog elméletei egy ideje már közelednek ahhoz, hogy a jogalkotást a források szempontjából képzeljék el.¹³ Ha a jog a forrásokon keresztül érkezik a világba, akkor a nemzetközi jog értelmezése és alkalmazása valami más. Ennek semmi köze a nemzetközi jog megalkotásához, hanem inkább a már megalkotott jog feltárásához. Az biztos, hogy a tudományág számos nagy bűmár régóta észrevette, hogy a nemzetközi jog olyan módon fejlődik, amely nem ragadható meg a forrástan lencséjén keresztül. Hersch Lauterpacht számára például a Nemzetközi Bíróság (ICJ) "alapvető feladata" a jog fejlesztése volt.¹⁴ De sok máshoz hasonlóan ő is felváltva beszél a jog "fejlesztéséről" és "tisztázásáról".¹⁵ Szerinte a bíróság gyakorlata teszi láthatóvá a jogot.¹⁶ Lauterpacht nyelvezetében, amely minden bizonnyal a természetjogi alapokra hajlik, a bíróság hangot ad a meglévő jognak - annak a jognak, amely "az ügyek mögött rejlik".¹⁷ A pozitivistább beállítottságú tudósok magára a szöveg megfogalmazására helyezték a hangsúlyt, amelyről "azt kell feltételezni, hogy a felek hiteles kifejezése".¹⁸ Sir Gerald

¹³ A forrástani általában a tisztelt Art. 38(1) bekezdése alapján, azó szerint az Állandó Bíróság alapokmányából vették át. E cikknek a nemzetközi jogászok fegyveremé gyakorolt hatásáról lásd Thomas Skouteris, "The Force of a Doctrine: Art. 38 of the PCIJ Statute and the Sources of International Law" in Fleur Johns és mások (szerk.), *Events: The Force of International Law* (Routledge 2011) 69-80; Max Sørensen, *Les sources du droit international* (Munksgaard 1946). 40.

¹⁴ Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Stevens & Sons) 42

¹⁵ Részletesebben Ingo Venzke, "A nemzetközi bíróságok szerepe az értelmezőként és a fejlesztőként a a törvény: Az értelmezés jogfejlesztő gyakorlatának kidolgozása" (2011) Loyola 34 of Los Angeles International and Comparative Law Review 99-131; Georges Abi-Saab, "De la jurisprudence. Quel est son rôle dans le développement du droit international" in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco* (Tecnos 1993). 19.

¹⁶ Lauterpacht, *A nemzetközi jog fejlődése a Nemzetközi Bíróság által*, 42-43.

¹⁷ Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 3-74 (a szakasz címe "The Law Behind the Cases").

¹⁸ Sir Humphrey Waldock, a Nemzetközi Bizottság utolsó, a szerződések jogával foglalkozó különmegbízottja, az ILC szavai. Lásd a Nemzetközi Jogi Bizottság evkönyve, *Harmadik jelentés a szerződések jogáról*, II. kötet, (1964) 5, 56.

Fitzmaurice hasonlóan vélekedett egy klasszikus nyilatkozatában, miszerint "a szövegeket úgy kell értelmezni, ahogyan azok *prima facie*, külső tényezőkre való hivatkozás nélkül".¹⁹

Röviden, a jog értelmezése és alkalmazása megkülönböztethető a jogalkotástól, amely a források szerint kívül esik a jog mindennapi működésének hatókörén. *Ez* nézetet végül Hans Kelsen is fenntartotta, még akkor is, ha egyébként jelentős elméleti fejleményeket vetített előre. *Életművének* három eleme a legmarkánsabb a kortárs elméletek nemzetközi jogalkotáshoz való hozzáállásának bemutatása szempontjából. Először is, Kelsen megszabadította a források fogalmát metaforikus és misztikus terheinek nagy részétől. Szerinte a források egyszerűen olyan normák, amelyek felhatalmazzák a szereplőket más normák létrehozására.²⁰ Ilyen értelmezéssel a források nem csak az Art. 38(1) bekezdésében, hanem a jogrend minden szintjén. Art. Az ENSZ Alapokmányának 42. cikke például forrás, mivel felhatalmazza a Biztonsági Tanácsot arra, hogy kötelező erejű határozatokat fogadjon el. Általánosabban fogalmazva, amikor egy normát konkrét esetben alkalmaznak, az forrásnak minősül, mert felhatalmazza annak értelmezésére. Másodszor, az értelmezés elkerülhetetlenül kreatív tevékenység, amelyet nem az alkalmazandó norma határoz meg. Az alkalmazandó norma felhatalmazza az értelmezést, de nem határozza meg az értelmezés tartalmát. Kelsen bírálta az ortodox igazságügyi módszertant, amiért azt akarta elhíttetni, hogy az értelmezési aktus nem más, mint a megértés és a tisztázás aktusa. Az értelmezés egy adott esetben (ami az adott esetre vonatkozó új normával, a *Fallnormával* egyenlő) nem fedezhető fel, hanem csak létrejöhet.²¹ Más szavakkal: "nincs imperativus imperatus nélkül".²² Minden jogalkalmazási aktus egyben jogalkotás is.²³ Harmadszor azonban Kelsen megállt a hatás vizsgálatánál.

¹⁹ Gerald Sir Fitzmaurice, "A Nemzetközi Bíróság joga és eljárása. Interpretation and Other Treaty Points" (1957) 33 *British Yearbook of International Law* (Brit nemzetközi jogi 203. évkönyv). 212.

²⁰ Hans Kelsen, *Principles of International Law* (Reinhardt 1952) 303; vö. Jörg Kammerling, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge 2011) 197-9.

²¹ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Deuticke 1934), és 7495.

²² Hans Kelsen, *General Theory of Norms* (Clarendon 1991) 29, 203, hivatkozással Walter Labiata, "Zur Unbegründbarkeit der Föderungssätze" (1937) 3 *Theoria* 330, 335.. Anton Schütz, "Imperatives without imperator" (2009) *Law and Critique* 233-243.

²³ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Deuticke 1934), 82-3, és 95. ezen a ponton Kelsen megemlíti Adolf Merkl, "Das Doppelte Rechtantitz" 47 *Juristische Blätter* 425 (1918).

hogyan egy norma alkalmazása ugyanarra a normára hatással van. Egy norma alkalmazása új normát hoz létre konkrét esetre, de nem változtatja meg az alapjául szolgáló normát.²⁴

B. *A nyelvi fordulat: Jogalkotás a kommunikatív gyakorlatokban*

A Kelsen utáni elméleti fejlesztések továbbviszik az érvelését, és figyelembe veszik anormák ugyanarra a normára való alkalmazásának visszacsatolását. A jogrendszer működését nemcsak úgy látják, hogy a konkrét esetekre jogot alkot, hanem úgy is, hogy az alkalmazandó jogot alakítja. Ennek az elmozdulásnak a fő oka az úgynevezett "nyelvi fordulatban" rejlik, amely megzavarta a szavak és a világ - a nyelv és a valóság - közötti kapcsolatról alkotott bevett elképzeléseket.²⁵ Korábban úgy gondolták, hogy a nyelv és a valóság közötti kapcsolat stabilitását a nyelvi jelek (a szavak) és az általuk képviselt valami (a világ) közötti kapcsolat biztosítja. Ferdinand de Saussure azonban az *Általános nyelvészet* című korszakalkotó *kurzusában* sikeresen megdöntötte ezt a nézetet, és ehelyett azt állította, hogy a nyelvi jelek csak a más nyelvi jelektől való különbözőségük révén nyernek értelmet.²⁶ Nem a reprezentáció, hanem a különbség alkotja a jelentést.²⁷ Saussure szerint csak a hagyomány rendelkezik azzal a potenciállal, hogy stabilizálja az ingadozó megkülönböztetéseket, hogy stabilizálja a jelentést éppúgy, mint bármely alkalmazandó normát.²⁸ De ezen túlmenően nincs lehetőség arra, hogy megmondjuk, mi "valójában" a kínai kötelezettségvállalások jegyzékében szereplő "hangfelvétel-forgalmazási szolgáltatások". Amennyiben e kifejezés jelentése változik, a jog is változik vele együtt.

Ezzel párhuzamos gondolatmenet indul el Wittgenstein átható nézetével, miszerint a szavaknak más jelentésük, mint amit a használatuk által tulajdonítanak nekik.²⁹ Ünnepléses megállapítása szerint a legjobb, amit tehetünk, hogy megfigyeljük és megtaláljuk azokat a szabályokat, amelyek leírják egy kifejezés használatát. A magyarázó szabály jelentése természetesen ugyanerre a sorsra jut, így az ember egy olyan

²⁴ Ezért volt Kelsennek olyan nehéz dolga a "helytelen" és mégis hatékony értelmezésekkel való megbékéléssel. Lásd Jakab András, "Probleme der Stufenbaulehre" (2005) *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 33-365.

²⁵ Lomór és lényegre törő bevezetésért lásd Richard Rorty: "Wittgenstein, Heidegger, and the Reification of Language" in Richard Rorty (szerk.), *Essays on Heidegger and Others*, vol. 2 (Cambridge UP Press 1991).

²⁶ F de Saussure, *Általános nyelvészeti kurzus* (Open Court 1983).

²⁷ F de Saussure, *Általános nyelvészeti kurzus* (Open Court 1983) 65,106.

²⁸ F de Saussure, *Course in General Linguistics* (Open Court 1983) 67-69.

²⁹ L Wittgenstein, *Filozófiai vizsgálódások* (Oxford: Blackwell 1958) para 43

végtelen regresszió. Egy szabály mindig függ egy másik szabálytól, amely megmagyarázza, hogyan kell használni³⁰ Wittgenstein számára a következmény egyértelmű volt: "Meg kell nézni a nyelv gyakorlatát, és megpróbálni megérteni." Ennek a nemzetközi jog nyelvére is igaznak kellett lennie.³²

A nemzetközi jogalkotás meggyőző megértéséhez szükséges kihívást ebben a gondolkodásmódban John Austin, a 20th. századi nyelvfilozófus, nem pedig az analitikus jogtudomány 19. századi alapító atyja, tovább finomítja. A 20th században Austin megalkotja a performatív beszéd fogalmát, amely a világot megváltoztató kommunikatív megnyilatkozásokra utal.³³ Kopott példája az "igen" szavak kimondása, amely a megfelelő kontextusban végrehajtva létrehozhatja a házasság kötelékét. Austin ügyes húzással olyan megkülönböztetésekkel próbál előállni, amelyek elkülönítik a kreatív *performatív* beszédaktusokat az egyszerű *konstruktív* beszédaktusoktól, mint például az "ez egy alma".³⁴ Ha egy értelmező csak olyan konstruktív aktusokat hajtana végre, mint az "ez a törvény", akkor esetleg kivonhatná magát a vád alól, hogy valójában törvényt alkot, nem pedig alkalmazza azt. Austin azonban azt sugallja, hogy egy ilyen pozíció elérhetetlen.³⁵ A performatív és a konstruktív aktusok megkülönböztetésére tett minden kísérlet kudarcot vall, mert nem lehet visszatartani még az olyan egyszerű tárgyak, mint az alma, értelmezését sem, nemhogy az olyan összetett jelenségeket, mint a jog.³⁶ Röviden: "Az állítás aktus végrehajtó aktus".³⁷

A nyelvi fordulat e tanulságait a *performativitás* fogalmára összpontosító munkában fejlesztették tovább, amely kapcsolódik Austin (és nyomában John Searle) munkásságához, de bizonyos kötelekeket is elvág.³⁸ Összességében arra alkalmazzák, hogy bármely pillanatban megragadják a használat

³⁰ L Wittgenstein, *Filozófiai vizsgálódások* (Oxford: Blackwell 1958), bekezdés Lásd 198.már I. 16
Critique of Pure Reason (A tiszta ész kritikája), Cambridge University Press 1998), 263

³¹ L Wittgenstein, *On Certainty* (Oxford: Blackwell 1969), (1) bekezdés. 501.

³² Lásd részletesen Venzke, *How Interpretation Makes International Law*.

³³ John Langshaw Austin, *How to Do Things with Words* (Oxford University Press 1979) John Langshaw Austin, "Performative Utterances" in *Philosophical Papers* (Oxford University Press 1979), 233-253.

³⁴ Austin, *How to Do Things with Words*, „140-41. o.

³⁵ Ibid. , a 141.

³⁶ J.L Austin, *How to Do Things with Words* (Oxford: Oxford University Press [1979] 142-43; S Fish, *Doing What Comes Naturally* (Durham: Duke University Press 1989), 488-91.

³⁷ Austin, *Hogyan csináljunk dolgokat szavakkal* 139.

³⁸ A fogalom jogelméleti bevezetését lásd Sabine Müller-Mall, *Performative Rechtserzeugung* (Velbrück 2012) ; R Christensen és K D Lerch, "Performanz. Die Kunst, Recht geschehen zu lassen", in Kent D. Lerch (szerk.), *Die Sprache des Rechts*, kötet (3de Gruyter 2006) 55-132.

és a beszéd (a törvény) a múlt átalakulásának és valami újnak a jövőbe nyúló bevezetésének egyidejű jelenléte.³⁹ A jogi fogalmak használata formálja tartalmukat és fejleszti a jogot mellékesen. A jogalkotás és a jogértelmezés nem kategorikusan különböző dolgok, de a jog az értelmezés útján jön létre.

C. *Ilyen módon törvényt alkotni?*

Ezen a ponton felmerülhet a kérdés, hogy a kommunikációs gyakorlatban történő jogalkotás végül nem különbözik-e egy szerződés aláírásától? Többek között azzal is lehet érvelni, hogy a szerződő felek szándéka szerint a későbbi jogi fejlemények úgy alakulnak, ahogyan alakultak.⁴⁰ Ez különösen akkor tűnik hihetőnek, amikor kifejezetten homályos megfogalmazást használtak, amely olyan kifejezéseket tartalmaz, amelyek "kellően általánosak ahhoz, hogy idővel változhat, hogy mire vonatkoznak", és amikor felügyeleti (pl. UNHCR) és bírói funkcióval rendelkező intézményeket (pl. WTO) bíznak meg. A későbbi fejlemények, mondhatnánk, csak "kiegészítik a szerződést".⁴¹ Négy előzetes megjegyzésre van szükség:

Először is, még ha a szerződési feltételekhez vagy a ~~rendő~~ szokásjog elfogadott megfogalmazásaihoz kötődnek is, az értelmezési gyakorlat akkor is hozzájárul a kötelezettségvállalások tartalmának alakításához. Miért renevezhetnénk ezt jogalkotásnak? Végül is, másodsor, a kommunikatív gyakorlatot a szerződő államok beleegyezéséhez kötni gyakran egyszerűen kétes, és azt sugallja, hogy a szereplők tisztánlátók. Az, hogy a menekültügyi egyezmény részes felei előre láthatták volna, hogy a "meghatározott társadalmi csoporthoz való tartozás" kifejezés a nőket is magában foglalja, nagyon valószínűtlen. Harmadsor, a nemzetközi jog használata és kimondása nemcsak a múltbeli aktusokhoz kapcsolódik, amelyek a forrástan áldását élvezik, hanem ténylegesen átstrukturálja a jogi diskurzust azáltal, hogy új kifejezéseket vezet be a vitába. Az "ellenséges harcosok" az egyik ilyen eset.

³⁹ További részletekért lásd Jacques Derrida munkáját, különösen az *Of Grammatology* (Johns Hopkins University Press 1998) és Judith Butler munkáját, különösen az *Excitable Speech: A Politics of the Performative* (Routledge 1997).

⁴⁰ A "szerződéses szerződések" és a "jogalkotó szerződések" közötti különbségről, valamint konkrét (szerződéses) jogok és kötelezettségek létrehozásával szemben a jogalkotás kifejezés további megértéséért lásd Catherine Brölmann, "Law-Making Treaties: Form and Function in International Law" (2005) 74 *Nordic Journal of International Law* 383-404.

⁴¹ Henrik Horn, Giovanni Maggi és Robert W. Staiger, "Trade Agreements as Incomplete Contracts" (2010) 100 *American Economic Review* 394-419; Anne van Aaken, "Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis" (2009) 12 *Journal of International Economic Law* 507-538. Lásd meg Geneviève Bastid-Burdeau, "Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions" (2007) *Archives de philosophie du droit* 289-304.

pont. Hasonlóképpen a kereskedelmi jogról szóló diskurzus, amelyet annak vizsgálatára használnak, hogy egy intézkedés "elsősorban a kimeríthető természeti erőforrások megőrzésére irányul-e" a Cikkely 1. cikke értelmében. XX. cikke értelmében, még akkor is, ha a szerződés megfogalmazása szerint az ilyen intézkedésnek "kapcsolódónak" kell lennie. Az ítélkezési gyakorlat alkotta meg az "elsődlegesen célzott" kifejezést, és úgy kezelték, mintha ez lenne a GATT-ban használt kifejezés.⁴² Negyedszer azonban, míg a forrás útján történő jogalkotás mindenekelőtt akaratot igényel, az értelmezés útján történő jogalkotásnak elvileg meg kell győznie.⁴³ Hogy tehát megismételjük a kérdést: miért tekintjük a kommunikatív gyakorlatokat jogalkotásnak?

Az értelmezés útján történő jogalkotás másképp hat a nemzetközi jogi diskurzusból bármely új szerződés. Még azután is, hogy a kereskedelmi jogi joggyakorlat minden résztvevő megértette, hogy a "kapcsolódó" kifejezés "elsősorban célzott", a Fellebbviteli Testület egyik első ügyében félresöpörhette ezt az értelmezést, mivel az nem az Art. XX. cikkén, és így megsértette az értelmezési szabályokat.⁴⁴ A Fellebbviteli Testület azonban ezután egy új precedenshalmazt hozott létre, amely ismét új értelmezési rétegekkel vonta be a GATT-ot. A múltbeli értelmezések normatív elvárásokat generálnak és alakítják a jogi diskurzust. Mások egyszerűen nem tudnak kibújni a jogról szóló saját kijelentéseiknek a tekintélyes értelmezők kijelentéséhez való viszonyítása alól.⁴⁵ Az értelmezés útján és a "jogalkotási" aktusok révén történő jogalkotás közötti különbségtétel egyre inkább elmosódottabbá válik. A tekintélyre való hivatkozás azonban új kérdések sorát nyitja meg. Különösen: kinek az értelmezése számít, és indokolt-e ez a tekintély? A forrásokról a kommunikatív gyakorlatra való áttérés normatív következményeit a záró kitekintésben foglalom össze. A következőkben sorra veszem, hogy mit kínálnak a kortárs elméletek a kommunikatív gyakorlatban történő nemzetközi jogalkotás jobb megértéséhez.

⁴² Lásd részletesen Ingo Venzke, "Making General Exceptions: The Spell of Precedents in Developing Article XX GATT into Standards for Domestic Regulatory Policy" (2011) 12 German Law Journal 143. Lásd még Raj Bhala, "The Precedent Setters: De Facto Stare Decisis in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy)" (1999) 19 Journal of Transnational Law and Policy, 1.

⁴³ Lásd részletesen: Armin von Bogdandy és Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Institutions as Lawmakers" (2011) 12 German Law Journal 979, 990-1.

⁴⁴ Fellebbezési testület jelentése, USA - Benzin (30. megjegyzés), 16-17.

⁴⁵ Ingo Venzke, "A nemzetközi bíróságok és törvényszékek hatáskörének megértése: On Law and Discursive Construction" (2013) 14 Theoretical Inquiries in Law (2013), forthcoming.

Mielőtt azonban ezt megtennénk, még egy utolsó megjegyzésre van szükség. A kommunikációs gyakorlatokban nem minden jogalkotás történik értelmezés formájában. Számos nem kötelező erejű jogi összekapcsolódhat a kemény jogi kötelezettségekhez és alakíthatja át azokat. De önmagukban is létrehozhatnak normatív hatásokat, és legalábbis áthelyezhetik az érvelési terheket. Számos globális mutató pontosan ezt teszi. Az a tény, hogy Kína igyekszik aláírni a Világbank "Doing Business Report" című jelentését, a jelentés relevanciáját és hatását bizonyítja.⁴⁶ A nem kötelező erejű jogszabályok erőteljes ösztönzőket teremthetnek arra, hogy az egyik vagy a másik módon cselekedjenek, néha erős piaci mechanizmusokkal támogatva (gondoljunk csak az önkéntes termékszabványokra), vagy egyszerűen csak a hatékony koordináció irányába hatnak.

III. A New Haven School

A New Haven-i iskola számos olyan tudóst tömörített, akik a nemzetközi jog politikaorientáltan dolgoztak, amely nagyon nyíltan megvetette a formális forrásokban való gondolkodást.⁴⁷ Ez előrevetíti mindazokat az elméleti fejleményeket, amelyek azt látják, hogy a kemény jog hogyan változik az értelmezői feldolgozás révén, és hogy a nemzetközi jog testének részét képező eszközök típusa sokkal gazdagabb, mint az Art. 38 ICJ-Statue sugallja. A nemzetközi jogot, állapította meg Myres McDougal, "nem pusztán szabályoknak, hanem a világ színterén hozott tekintélyelvű döntések egész folyamatainak kell tekinteni".⁴⁸ A jogalkotás nem a forrásokkal végződött és nem is kezdődött. McDougal és kollégái a döntéshozatal és végrehajtás hét fázisát bontották ki, hogy segítsenek azonosítani a nemzetközi jogot a jogi folyamatokban, amelyek fő mozgatórugója a hatalomgyakorlás volt.⁴⁹ A New Haven-i nemzetközi jogalkotásról alkotott korai nézetek határozottan funkcionálisak voltak, és támogattak egy olyan átfogó célt, amelyre minden erőfeszítésnek irányulnia kell; nevezetesen, a védelem

⁴⁶ The Economist, *Stand up for "Doing Business"* (Állj ki az üzleti életért), május 25. 2013.

⁴⁷ Lásd általában G. J. H. v. Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Dordrecht: Kluwer, 1983), 39-44; M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), 474-80.

⁴⁸ M. S. McDougal, *Studies in World Public Order* (New Haven: Yale University Press, 1960). Lásd még R. Higgins, "Policy Considerations and the International Judicial Process" (1968) 17 *International and Comparative Law Quarterly* 58-84; 58 ("international law is a continuous process of authoritative decisions"); B. Cheng, Epilogue: On the Nature and Sources of International Law, in: *International Law: Texts and Materials* (London: Stevens, 1982), 203-253.

⁴⁹ M. S. McDougal, H. D. Lasswell és J. C. Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order (A megállapodások értelmezése és a világ közrendje)*.

(New Haven, CT: Yale University Press, 1967), 13-21.

az emberi méltóság.⁵⁰ A források tanai és a hivatkozások a Art. 38 ICJ alapokmányára vonatkozó hivatkozásokat a jogi diskurzus résztvevőinek tényleges tevékenységére vonatkozó szociológiai szemlélet.

A "Nemzetközi jogalkotás: M Reisman úgy érvelt, hogy a tudományos tanítások és ítéletek egy mítoszt alakítottak ki - azt a mítoszt, hogy a nemzetközi jogot úgy lehet megtalálni, hogy megnézzük, mit tartalmaz az Art. 38 ICJ alapokmánya szerint minden jog forrása.⁵¹ A pozitívizmus modellje - állítja - éppen azért torzít, mert azt vallja, hogy a jogot a jogalkotó alkotja.⁵² Ehelyett, állítja Reisman, a nemzetközi jog a jogi közlések számtalan olyan jogi közleményéből keletkezik, amelyeket a szereplők sokasága mond ki nap mint nap. Ennek a megfigyelésnek a fényében egy újszerű, a forrásoktól teljesen független rendszert dolgozott ki, amely megkülönbözteti a jogi és a nem jogi közléseket.⁵³ Nevezetesen megállapítja, hogy a nemzetközi jogalkotás nem kizárólag az egységes szuverén államok számára fenntartott funkció, hanem minden jogi kommunikációban jelen van.⁵⁴ Tekintettel arra, hogy a nemzetközi jogi folyamatot már nem kizárólag a kormányok uralják, Reisman megállapítja továbbá, hogy az újonnan keletkezett jogi normák ellentmondhatnak olyan normáknak, amelyeket mások a hagyományos jogforrások formalista szemlélete alapján találhatnának. A nemzetközi jogi folyamatorientált szemlélete túllép a formalizmuson, és azt állítja, hogy a nemzetközi politikai diskurzusban a szereplők széles köre által hangoztatott humanitárius aggodalmaknak jogi státuszt biztosít, még akkor is, ha azok ütköznek a jogforrásokban formális törzskönyvvvel rendelkező normákkal. A jog más szociológiai megközelítéseihez hasonlóan a humanitáriusságot társadalmi tényként értelmezik. Ez a normatív normák hivatkozási pontját jelenti.

⁵⁰ Lásd M S McDougal, "Nemzetközi jog, hatalom és politika: 12 *Recueil des Cours* 137-259; W M Reisman (szerk.), *Toward World Order and Human Dignity. Essays in Honor of Myres S. McDougal* (New York: Free Press 1976). Érdekes megjegyezni, hogy ez közel áll a természetjogi hagyomány idealista álláspontjához, lásd G J H v. Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Deventer: Kluwer 1983), 41. o. (A nemzetközi jog forrásainak újragondolása).

⁵¹ M Reisman, "Nemzetközi jogalkotás: (1981) *Annals of International Law Proceedings* 101-20.

⁵² *Ibid.*, at 107.

⁵³ *Ibid.*, a részletesebb érvelés 108. alapján: M S McDougal és M Reisman, "Prescribing Function in World Constitutive Process: How International Law is Made" (1980) *66 Studies in World Public Order* 249-84.

⁵⁴ M Reisman, "A Jurisprudence from the Perspective of the 'Political Superior'" (1981) *3 Northern Kentucky Law Review* 605-28.

ítélkezéshez és jogi érveléshez, bizonyos távolságot tartva a pozitív jogi rendelkezésektől, a ENSZ Alapokmánya tartalmazhat.⁵⁵

IV. A transznacionális jogi folyamat elmélete

A transznacionális jogi folyamat elmélete (TLP), amely a New Havenből származik, osztja a jogi pozitívizmus és formalizmus. Robert Cover munkásságából adaptálja a "jurisgenesis" fogalmát, hogy a jog formális forrásai helyett a szereplők sokasága közötti jogfejlesztő kölcsönhatásokat vizsgálja.⁵⁶ Ez a megközelítés azonban nem osztja a korábbi New Haven-i iskola "meggyőződését, hogy ha a tudást megfelelően az értékek megvalósításának feladatára fordítják, akkor az eredmények elkerülhetetlenül az emberiség jobbra válásához vezetnek".⁵⁷ Ezzel szemben a TLP - legalábbis első pillantásra - nem állítja a nemzetközi jogot adott célok instrumentális szolgálatába. Fő tervezője és támogatója, Harold Koh inkább azt állítja, hogy a nem állami szereplők nagyszerű sokféleségének részvétele és interakciója, valamint a normák internalizálása biztosítja a jogász-nemzeti transznacionális jogi folyamat legitimitását.⁵⁸ Továbbra is homályos azonban, hogy ez miért lenne így. Ugy tűnik, hogy a TLP fő pontja az, hogy hozzájárul ahhoz, hogy a nemzetközi jog mikor, miért és hogyan indukálja a jogkövetést.⁵⁹ Mint a nemzetközi vagy transznacionális jog kialakulásának megértését célzó megközelítés, inkább homályos vagy egyszerűen néma.

Mary Ellen O'Connell megkísérelte betölteni ezt az elméleti űrt a TLP keretein belül. Felvillantja, hogyan változik a nemzetközi jog az új aggályok és célok fényében. De ezzel végül egy funkcionalista-instrumentalista perspektívát (a nemzetközi jogot adott célok szolgálatába állítja) fogad el, amelyet először határozottan elutasított. Végül

⁵⁵ M Reisman, "Az egyoldalú cselekvés és a világkonstituáló folyamat átalakulása: (2000) 11 *European Journal of International Law* 3-18.

⁵⁶ H H Koh, "Transnational Legal Process" (1996) 75 *Nebraska Law Review* 181-207; a "jurisgenesis" fogalmát Robert Cover munkájából kölcsönzi, lásd R M Cover, "Nomos and Narrative" (1983) *Harvard Law Review* 4-68.

⁵⁷ R. A. Falk, "A varázslat: The New Haven School of International Law" (1995) *Yale Law Journal* 1991-2008, 2002. idézi: F. Hanschmann, "Theorie transnationaler Rechtsprozesse", in: S. Buckel, R. Christensen és A. Fischer-Lescano (szerk.), *Neue Theorien des Rechts* (Lucius und Lucius 2009), 375-400, 384.

⁵⁸ H. H. Koh, "Transnational Legal Process" (1996) *Nebraska Law Review* 181-207, 205.

⁵⁹ H H Koh, "Bringing International Law Home" (1998) *Huston Law Review* 623-81.

megköveteli, hogy a társadalom értékeihez nyúljon, ha a szerződések és a szokásjog nem elégséges mértékben kívánt eredményt, és így új kikötőből nyúl vissza a klasszikus hangokhoz.⁶⁰

Ugy tűnik, hogy a TLP erőssége a normakövetésről szóló beszámolójában rejlik, de nem nélkülözi a nyomon követési kérdéseket. Az elmélet azt sugallja, hogy a transznacionális jogi folyamat különböző szint közötti interakció joggeneratív. Ugyanakkor azt állítja, hogy az ilyen folyamatok a normakövetést az internalizáció révén magyarázzák. Valószínűleg mindkét állítás igaz, de kellemetlen feszültségben állnak. Vajon egy adott norma internalizálódik, vagy ez a norma változik az internalizáció folyamatában? Nem egy olyan folyamatról van-e szó, amely jogteremtő vonásokat ábrázol? Az utóbbi tűnik hihetőbbnek, és illeszkedik a TLP elméleti hátteréhez. A gondolatot azonban nem fejti tovább.

Wayne Sandholtz a TLP-t veszi fel elméleti keretként, hogy megkérdézza, hogyan változnak a normák. Egy ciklikus modellre jut el, amelyben az események által kiváltott viták vitát generálnak, amik viszont megváltoztatja a normákat.⁶¹ Ez jó előjel a nemzetközi jogalkotás jobb megértéséhez. A TLP azonban ismét elsősorban a normák internalizálásának, nem pedig a változásnak a folyamataival számol el. A jogteremtő aspektus annyiban ködös, hogy Sandholtz a társadalmi normákra korlátozza megfigyelését, mert, mint írja, "[a] nemzetközi jognak természetesen jól bevált szabályai vannak a nemzetközi jogi normák állományának kiegészítésére vagy megváltoztatására: a nemzetközi jog forrásai. Új szabályok keletkeznek és a meglévő szabályok fejlődnek a szerződések létrehozásának formális folyamata, valamint a szokásjog fejlődése révén".⁶² Az, hogy a jogi normák hogyan változnak, még csak nem is része a kérdésnek, és annak vizsgálata, hogy hogyan keletkezik a jog, így kívül esik, vagy legfeljebb a peremén marad a tanulmányának. Szerencsés véletlenül tűnik, hogy minden normaciklusa végén a kormányok új szerződést írtak alá, és így nem merült fel nagy erővel a kérdés, hogy vajon változott-e előtte a jogi norma. Az utolsó fejezetben Sandholtz azonban elgondolkodik azon, hogy az iraki háború fényében és az iraki múzeumok kifosztása köré összpontosuló érvek fényében vajon van-e

107, ¶ 60 M E O'Connell, "Új nemzetközi jogi folyamat" (2004) 36 *Studies in Transnational Legal* 179-

⁶¹ W Sandholtz, *A fosztogatás tiltása: How Norms Change* (Oxford University Press 2007). Vö. W Sandholtz és A Stone Sweet, Law, Politics, and International Governance, in: C Reus-Smit (szerk.), *The Politics of International Law* (Cambridge University Press 2004), 238-71; W Sandholtz és K Stiles, *International Norms and Change (Nemzetközi normák és változás ciklusai)*, 238-71. (Oxford University Press 2009).

⁶² W Sandholtz, *A fosztogatás tiltása: How Norms Change* (Oxford University Press 2007) 9.

mostantól a birtokosnak kötelessége a kulturális javak védelme. Azt sugallja, hogy "ekkor olyan konszenzus, amely a jog ilyen értelmezését hordozza. És [w]ikor konszenzus alakul ki, a szabály megváltozik".⁶³ De az ő szemlélete szerint a *jog* a nemzetközi jogforrások által kínált formális csatornákon keresztül változik.

Paul Schiff Berman megközelítése ennek a hiányosságnak a kijavításaként értelmezhető. *Da* támaszkodik Cover munkájára is, amely a joggeneráló gyakorlatokról szól - az értelmező közösségek folyamatos vitáiról, amelyek "valóban jogot hoznak létre, és narratívaik és előírásaik révén értelmet adnak a jognak".⁶⁴ Ez megnyitja az utat ahhoz, hogy a jogot úgy vázoljuk fel, mint amely számos, egymás mellett létező, egymással versengő és egymást átfedő normatív univerzumban létezik. Cover maga nem vett részt a jogi pluralizmusról szóló vitákban, de munkája minden bizonnyal a jog pluralista felfogását támogatja, amikor azt írja, hogy "minden olyan kollektív viselkedés, amely a jövőbeli világokkal kapcsolatos kötelezettségvállalásaink szisztematikus megértését vonja maga után, egyenlő igényt tarthat a "jog" szóra".⁶⁵ A jog nem kötődik elismert forrásokhoz, hanem a legkülönbözőbb szereplők - köztük multinacionális vállalatok, nem kormányzati szervezetek, nemzetközi szervezetek, terrorista hálózatok, média és különleges körülmények között egyének - társadalmi interakciójából alakul ki. Nincs központosított jogalkotási folyamat, hanem több normatív közösség létezik, amelyek saját jogi normákat hoznak létre. A nagy kép a globális jogi pluralizmusról szól.⁶⁶ A hangsúly nem a szerződő felek által esetlegesen tett kötelezettségvállalások tartalmának megváltoztatásán van, hanem a formális jogalkotás útjaitól teljesen független új normák létrehozásán. A TLP így a nemzetközi jog részét képező eszközök egész sorára hívja fel a figyelmet.

⁶³ Ibid., at 262.

⁶⁴ P S Berman, "A Pluralist Approach to International Law" (2007) *Yale Journal of International Law* (Yale *Journal of International Law*) 301-29, idézi R M Cover, "Nomos and Narrative" (1983) *Harvard Law Review* 4-68, 4

⁶⁵ R M Cover, "Az igazságszolgáltatás népmeséi: Tales of Jurisdiction" (1985) *Capital University Law Review* 179-203, 181.

⁶⁶ P S Berman, "A Pluralist Approach to International Law" (2007) 32 *Yale Journal of International Law* 301-29; lásd még P S Berman, "Global Legal Pluralism" (2007) *Southern California Law Review* 1155-1237. Lásd még Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense* (Northwestern University Press 2002). Ez a fajta jogi pluralizmus jelentősen eltér Nico Krisch és mások jogi pluralizmusától, akik a különböző kormányzati szintek jogrendjei közötti kapcsolattal foglalkoznak, lásd Nico Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law* (OUP 2010).

V. Rendszerelmélet

A rendszerelmélet elméleti kerete meglehetősen hasonló képet fest a kommunikatív folyamatokban ~~új~~ jogalkotásról, de elkülöníti magát a New Haven-i politikaorientált jogtudománytól azzal, hogy továbbra is ragaszkodik ahhoz, hogy a jogértelmezést olyan különálló vállalkozásként értelmezze, amely nem redukálható a hatalom gyakorlására vagy az értékek követésére. Felismeri, hogy a jog nyelvén szólva a szereplők kénytelenek bizonyos érveket, bizonyos logikát használni. Kritizálja a jogi gyakorlatra vonatkozó külső nézőpontokat, amelyek a jogi gyakorlatot más rendszerek - például politikai, gazdasági vagy kulturális rendszerek - logikájára redukálják, a maguk logikájával együtt. A joggyakorlat így szerinte megkülönböztethetetlené válik - politikává más eszközökkel.⁶⁷

A rendszerelmélet egyik átfogó tétele szerint a jog a társadalom autopoietikus alrendszere, amely magában foglal minden olyan kommunikációt, amely a (jog)jogszerűsége vonatkozó állításokat tartalmaz.⁶⁸ Ahogy a biológiából vett kifejezés, amely nagyjából önreprodukciónak jelent, és Niklas Luhmann számára jól jön a társadalmi rendszerek jellemzőinek megragadásához.⁶⁹ A fogalom arra utal, hogy egy rendszeren belüli kommunikáció csak ugyanannak a rendszernek a kommunikációjára való hivatkozással működhet - a jogi állításoknak jogi állításokra kell hivatkozniuk ahhoz, hogy érvényes jogi állítások legyenek.⁷⁰ A jogszabályok - a források csatornáin keresztül történő jogalkotás - csak a politikai és a jogi rendszer közötti "strukturális összekapcsolódás" révén kerülhetnek be a jogrendszerbe. A hazai kontextusban ezt az utat az alkotmányok kövezik ki.⁷¹ A nemzetközi kontextusban ez a kapcsolódás jelentősen eltérő jellemzőkkel bír, és a politikai oldalról a jogrendszerbe való belépés esélye meglehetősen minimálisnak tekinthető, aminek két fő következménye van.⁷² Először is, a nemzetközi jog a következőképpen alakul ki

⁶⁷ A Fischer-Lescano és G Teubner, "Regime-Collisions: (2004) *Michigan Journal of International Law* 999-1045, 1003-4; N Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp 1993), 9-18.

⁶⁸ N Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp 1993), fejezet. 2.

⁶⁹ A koncepciót Gunther Teubner, *Law as an Autopoietic System (Law as an Autopoietic System*, Blackwell 1993) tovább finomította a jog mint alrendszer vonatkozásában.

⁷⁰ N Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp 1993) 98.

⁷¹ N Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp 1993), fejezet. 9.

⁷² N Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1993), 582; G. H. Global Bukowina": Jogi pluralizmus a világtársadalomban, in: *Global Law Without a State* (Dartmouth, 1997), 3-28, 6; A Fischer-Lescano és G Teubner, "Regime-Collisions: A jogi egység hiabavaló keresése a szettőredezettsgben.

meglehetősen jelentős távolságot tart a politikai-jogalkotási inputoktól. Másodsorú, mivel a politikai és jogi rendszer funkcionális intézményi differenciálódása a hazai kontextushoz képest csak kevésbé fejlett, a nemzetközi jogban a kommunikációs műveletek olyan elemet mutatnak be, amelyek általában más rendszerekhez tartoznának. Más szóval, a nemzetközi jogi érvelés több utalást mutatna például az erkölcsre és a politikára.⁷³

Továbbá, különös tekintettel a nemzetközi jogalkotásra, a világtársadalmat nemzetközi jogot inkább a funkcionális specializáció, mint a területi elhatárolódás jellemzi. Gunther Teubner Eugen Ehrlich jogszociológiájára támaszkodva rámutat a "globális bukovinákra", amelyek a globális társadalmon belüli alrendszerek, amelyek saját normatív rendet hoznak létre.⁷⁴ Az átfedések a TLP-ből kialakult globális jogi pluralizmussal nyilvánvalóak. Teubner emellett érvel, hogy "a globális jog elsősorban a társadalmi perifériákból, nem pedig a nemzetállamok és a nemzetközi intézmények politikai központjaiból fog kinőni".⁷⁵ És ugyancsak az ő szemléletében a nem állami szereplők szerepe és hatása egyre nagyobb jelentőséggel bír a társadalmi jogalkotási folyamatokban.⁷⁶ A rendszerelmélet külön felhívja a figyelmet arra, hogy a társadalom különböző szektorokra oszlik, amelyek intézményesen különböző rezsimbe szerveződnek, és amelyeket saját racionalitások vezérelnek.⁷⁷ A jog például gazdasági vagy környezeti érdekeket kiszolgáló rendszerek mentén töredezett.⁷⁸ Az autopoiesis felé történő fogalmi elmozdulással Luhmann megfelelő választ talál a nyelvi fordulat kihívásaira és a végtelen regresszus problémáira a szabályok használatában. Emlékezzünk, Wittgenstein nyomán az volt a kérdés, hogyan lehetséges egy szabályt követni, ha

Global Law" (2004) *Michigan Journal of International Law* 999-1045, 1014-17 (e tekintetben az "automatikus alkotmányos rendszerek" című cikkéről).

⁷³ A jogrendszer, tehát nem zárt működésű. N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Stuttgart 1993), 157.
⁷⁴ G. Teubner, "Globális Bukovina": In: A jogi pluralizmus a világtársadalomban: *Global Law and State* (Dartmouth 1997), 3-28, hivatkozással E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Duncker & Humblot 1967), 390.

⁷⁵ G. Teubner, "Globális Bukovina": In: A jogi pluralizmus a világtársadalomban: *Global Law and State* (Dartmouth 1997), 3-28, 7.

⁷⁶ Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte* (Velbrück 2005).

⁷⁷ A. Fischer-Lescano és G. Teubner, "Regime-Collisions: (2004) *Michigan Journal of International Law* 999-1045.

⁷⁸ Lásd részletesen Gunther Teubner, *Alkotmányos töredékek: Társadalmi alkotmányosság és globalizáció* (Oxford University Press 2012).

használata mindig egy másik szabálytól függ, és így tovább. Wittgenstein válasza az volt, hogy a szabálykövetés gyakorlat kérdése.⁷⁹ A gyakorlatot itt a szokás vagy a megszokás értelmében használjuk. Ez egy szinte természetes minőségű kulturális jelenség - a gyakorlók a szocializációs folyamatok során sajátítják el a szabálykövetés képességét.⁸⁰ Egy szereplőnek a gyakorlatban kell megtanulnia, hogy mit jelent egy szabály -, a gyakorlatot úgy kell internalizálnia, hogy ne legyenek kétségei a jelentésével kapcsolatban.⁸¹ Így talán az tekinthető a legmegfelelőbbnek, ha a normaváltozást evolúciós folyamatként gondoljuk el, ahogyan azt a rendszermélet teszi. A "természetes szelekció vak ereje" változtatná és alakítaná a nemzetközi jogot.⁸²

A jogi változások evolúciós folyamatként való értelmezése elméletileg értelmes módon azonban számos akadályba ütközik.⁸³ Az ilyen értelmezés egyik központi kihívása már Max Weber élelméjű érveléséből ered: "a *külső körülmények* pusztán *változása* nem elegendő, sem nem szükséges a "konszenzuális megértések" változásainak magyarázatához. Az igazán döntő elem mindig is *egy új magatartásforma* volt, amely aztán vagy a meglévő jogi szabályok jelentésének megváltozását, vagy új jogi szabályok létrehozását eredményezi".⁸⁴ Továbbra is az elmélet feladata, hogy a jogi változásokról és a jogalkotásról olyan beszámolót dolgozzon ki, amely a jogértelmezést egyrészt a politikára, az erkölcsre vagy a kultúrára nem redukált, másrészt a tényleges magatartásvonalakat továbbra is megragadó, különálló vállalkozásként ragadja meg. A gyakorlat megújított koncepciója alkalmas lehet arra, hogy segítsen ennek a feladatnak a teljesítésében.

VI. Gyakorlat elmélet

A gyakorlat fogalmát elsődlegesen figyelembe vevő elméletek e g y ideig ~~de~~ strukturalista (és főként marxista) elméletek voltak. Összességében nem kombinálták a gyakorlat koncepcióját.

⁷⁹ L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (Blackwell 1958), para Vö202.209.. B Bix, *Law and Legal Determinacy* (Oxford University Press 1993), 38-45.

⁸⁰ Wittgenstein rögtön a *Filozófiai vizsgálódások* kezdetén rámutat, hogy a nyelvtanulás nem arról szól, hogy elmagyarázzuk, mit jelent egy kifejezés, hanem gyakorlatról és gyakorlásról, lásd 208. bekezdés.

⁸¹ L. Wittgenstein, *Filozófiai vizsgálódások* (Blackwell 1958), (1) bekezdés. 219.

⁸² N Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1993), 239-96.

⁸³ Részletesen Venzke, *How Interpretation Makes International Law*, 38-42.

⁸⁴ Max Weber, *Gazdaság és társadalom* (University of California Press 1978) 755.

magatartási vonalakkal.⁸⁵ Különösen Maurice Merleau-Ponty volt az, aki életre keltette a gyakorlat fogalmát, és aki a gyakorlatot történelmileg elhelyezkedő beszédként, gondolkodásként és cselekvésként fogta fel.⁸⁶ Ez fontos perspektívaváltás: Nevezetesen elismeri a cselekvésnek a cselekvéseket konstituáló és korlátozó struktúrákra gyakorolt visszacsatolását. Anthony Giddens klasszikus érvelésében rögzítette azt a gondolatot, hogy "[a] társadalmi rendszerek szerkezeti tulajdonságai egyszerre közege és eredménye az ezeket a rendszereket alkotó gyakorlatoknak".⁸⁷ Röviden: a normák és a szereplők együttesen konstituálódnak.⁸⁸ A nemzetközi jogalkotásra nézve ez azt jelenti, hogy valóban az, amit a jogászok alkotnak belőle, de az korlátozza őket, amit alkotnak.⁸⁹

Pierre Bourdieu munkássága további inspirációt nyújt ehhez az elméleti gondolkodásmódhoz, amely a strukturális kényszereket figyelmen kívül hagyó magatartás emberi cselekvéstől függetlenül létező, reifikált struktúrák csapdái között vizsgálja a gyakorlatot. Bourdieu azzal érvelt, hogy a korábbi strukturalista megközelítések abba a csapdába esnek, hogy az általuk objektív megfigyelésnek tekintett (az élő személyek ügyleteivel nem férhelt) szemléletet egyenlővé tesz azzal a szemlélettel, amelyet maguk a szereplők alkotnak a gyakorlatukról.⁹⁰ A társadalmi szereplőket hajlamosan figyelmen kívül hagyni ott, ahol valójában a társadalmi világ konstitutív elemeként kellene őket figyelembe venni. Ezzel szemben azonban a gyakorlatnak csak a gyakorlatot figyelembe vevő, a strukturális előfeltételek iránti kritikai távolságtartás és megértés nélküli számbavétele a töretlen szubjektivizmus tévedéseinek esne áldozatul. A szociológiai belátás ekkor lehetetlen lenne. Más szóval, a magatartást magyarázó tényezőket - például a szereplők jogértelmezését - nem szabad egyenlővé tenni a

⁸⁵ A kivételek között lásd M Hardt és A Negri, *Multitude. Háború és demokrácia a birodalom korában* (Penguin 2006) (Judith Butler munkájára támaszkodva, lásd a fenti jegyzetet. 37____).

⁸⁶ Maurice Merleau-Ponty, *Adventures of the Dialectic* (Northwestern University Press 1963) C.Taylor, "To Follow a Rule.", C. Calhoun, E. LiPuma és M. Postone (szerk.), *Bourdieu: Critical Perspectives* (University of Chicago Press 1993), 45-60, 49.

⁸⁷ A Giddens, A társadalomelmélet központi problémái. Action, Structure and Contradiction in Social Action (Macmillan 1979), 69.

⁸⁸ A Wendt, *Social Theory of International Politics* (Cambridge University Press 2000), fejezet. 2.

⁸⁹ Vö. Martti Koskenniemi, "Elkötelezettség és cinizmus között. Outline for a Theory of International Law as Practice" in United Nations, *Collection of Essays by Legal Adviser of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law* (1999) 495-523, 523 ("International law is what international lawyers do and how they think...").

⁹⁰ Pierre Bourdieu, *The Logic of Practice* (Stanford University Press 1992) 29-39. Lásd még a belső és külső perspektívák jogtudományban, H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press 1997 [1961]) 88-9.

az okok, amelyeket a szereplők maguk látnak cselekedeteikért. Bourdieu úgy fejlesztette ki szociológiáját, hogy a szakadékokat egy praxeológiai epistemológiával próbálta áthidalni.⁹¹

További inspirációs forrást találhatunk az elméleti pragmatizmusban, különösen Robert Brandom munkájában, aki többek között meggyőző választ ad a szabálykövetési paradoxonra (egy olyan szabály alkalmazásának végtelen regressziója, amelynek értelmezése mindig egy másik szabálytól függ). Brandom amellett érvel, hogy ha egy szereplő egyszer beleegyezett egy szabályba, akkor másokkal szemben elkötelezte magát bizonyos fogalmak használata mellett. E kötelezettségvállalások tényleges tartalma, az általuk használt fogalmak jelentése következőképpen a másokkal való "tárgyalási" folyamat eredménye.⁹² Az, hogy valaki teljesíti-e kötelezettségvállalásait, csak magából a kommunikációs gyakorlatból derül ki. Nevezetesen, ebben a gyakorlatban egy fogalom jelenbeli alkalmazásainak úgy kell kapcsolódniuk a múlthoz, hogy meggyőződjenek a jövőbeli alkalmazásokról. Brandom ennek illusztrálására a kommunikáció esetjogi modelljéhez folyamodik, amelyben "[a]z aktuális bírót a még eljövendő bírák teszik felelőssé az általa örökölt hagyományért".⁹³ Az értelmezés (a nemzetközi jogban) olyan tevékenység, amely egyszerre kreatív és korlátozott. Valójában mindig korlátozni kell, ha kreatív akar lenni. Az értelmezés mint gyakorlat a jelenben alkot jogot, és ezáltal a jövő által a múlthoz kötődik vissza. A gyakorlatelmélet ily módon a gondolkodás fejlődését kínálja Austin és Searle nyomán azáltal, hogy finomítja, hogyan érthetjük meg a "transzformatív iterációkat".⁹⁴ vagy más szóval a kommunikációs folyamatokban történő inkrementális törvényalkotást.

A nemzetközi jog kialakulásának megértéséhez sokat lehet nyerni a gyakorlat elméletéből. Jutta Brunée és Stephen Toope a nemzetközi jog interakcióelméletével ebbe az irányba merészkedett, de a gyakorlat felé fordulás teljes haszna nélkül.⁹⁵ A gyakorlatelmélet meggyőzően mutatja be, hogy a jogértelmezés hogyan értelmezhető egyszerre kreatívnek és korlátozottnak is - mint olyan jogalkotási gyakorlat, amely egyesíti a

⁹¹ Pierre Bourdieu és Loïc J. D. Wacquant, *An Invitation to Reflexive Sociology* (University of Chicago Press 1992) 7-11; Pierre Bourdieu, *Outline of a Theory of Practice* (Cambridge University Press 1977) 37 és 203 fn. 49.

⁹² R. Brandom, "Néhány pragmatista téma Hegel idealizmusában: Negotiation and Administration in Hegel's Account of the Structure and Content of Conceptual Norms" (1999) 7 *European Journal of Philosophy* 164-89, 173.

⁹³ Ibid., 181.

⁹⁴ Fentebb__.

⁹⁵ Jutta Brunée és Stephen Toope, *Legitimitás és legalitás a nemzetközi jogban: Interakcionális beszámoló* (Cambridge University Press 2010).

a strukturális korlátokkal rendelkező szereplők szándéka.⁹⁶ A szereplők küzdenek a jogért, és szemantikai tekintélyt igyekeznek gyakorolni azért, hogy a jogról szóló saját kijelentéseiket a jogi diskurzus referenciapontjaiként határozzák meg. A korlátok az értelmezői közösségek által meghatározott korlátokban rejlenek, hogy az értelmező mit "engedhet meg magának". A kérdés tehát így hangzik: "Mi tesz egy értelmezést elfogadhatóvá?"⁹⁷

VII. Kormányáselmélet

A "civil", a "menekült" vagy a "hangfelvétel-forgalmazási szolgáltatások" jelentésének megváltoztatásával történő jogalkotás példái az értelmezési gyakorlatokat a nemzetközi jog hagyományos forrásainak részét képező fogalmakhoz kötik vissza. Aligha ragadják meg a kortárs jogalkotási folyamatok összetettségét. A jogi diskurzusok nem csupán más hivatkozási pontokat, például az "ellenséges harcos" vagy az "elsőlegesen célzott" fogalmakat határozzák meg oly módon, hogy azok szinte megkülönböztethetetlené válnak más, a forrásdoktrína áldását élvező fogalmaktól. De a jogalkotási folyamatok formái és fórumai is jelentősen megsokszorozódtak. A New Haven-i hangok, valamint a rendszerelmélet által inspiráltak már felhívták a figyelmet erre a komplexitásra. A kormányáselmélet laza címszó alatt ez a szakasz a nemzetközi jogalkotás hálózatait, más informális folyamatokat és a magánszereplőket tárgyalja.

Anne-Marie Slaughter "Egy új világgyogyon" című vázlatában sok olyan nemzetközi jogot talál, amelyből kevés olyan módon készült, hogy azt a forrástan szemüvegén keresztül lehetne szemlélni.⁹⁸ Elmélete szétbontja az államot, és rávilágít arra, hogy annak részei - mindenekelőtt a minisztériumok köztisztviselői, de a bírák és a jogalkotók is - hogyan lépnek kapcsolatba a társaikkal szerte a

⁹⁶ Részletesen Venzke, *How Interpretation Makes International Law*.

⁹⁷ Stanley Fish, *Van-e szöveg ebben az osztályban? The Authority of Interpretive Communities* (Harvard University Press 1980) 338-355. Kifejezetten a nemzetközi joggal kapcsolatban lásd meg: Ulrich Fastenrath, "A Political Theory of Law: Escaping the Aporia of the Debate on the Validity of Legal Argument in Public International Law" in Ulrich Fastenrath and others (eds), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma* (Oxford University Press 2011) 58-78, 77-78.

⁹⁸ Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (Princeton University Press 2004).

határok laza hálózatokban, amelyek jogi normatívitást generálnak.⁹⁹ A transznacionális jogpolitikát nem a "nemzeti" érdekek összessége, hanem az érdekek termékeiként értelmezi, amelyeket az egyének és a szervezett csoportok transznacionálisan követnek.¹⁰⁰ A nem kötelező erejű jogi eszközök ugyanolyan hasznosak lehetnek ebben a tekintetben, mint a formális jogalkotás. A nem kötelező erejű jogi eszközök gyakran új cselekvési utakat nyitnak meg. Harold Koh, az Egyesült Államok Külügyminisztériumának jogi tanácsadója és a transznacionális jogi folyamatok elméletének élharcosa a gyakorlatokról szóló áttekintésében megjegyzi, hogy "amit mi csinálunk, az nem önmagában véve "jogalkotás", sokkal inkább az, amit a nemzetközi kapcsolatok elméletűrei "rezsímépítésnek" neveznek - abban az értelemben, hogy elősegítjük a vitát és konszenzust építünk egy sor olyan normáról, szabályról, elvről és döntéshozatali eljárásról, amelyek egy adott kérdéskörben konvergálnak és alkalmazandók."¹⁰¹ Összességében ez a gyakorlat az úgynevezett "informális jog" egyre nagyobb halmozásához vezetett.¹⁰²

Ezeknek a perspektíváknak különös erejük van abban, hogy a magán- és szereplők általi jogalkotást megragadják, akár más "formális" joggal való kölcsönhatásban, akár nagyszerű elszigeteltségben. Ilyen például a Nemzetközi Szabványügyi Szervezet (ISO) vagy a Nemzetközi Számviteli Standard Testület (IASB) normatív kibocsátása. Tim Bütke és Walter Mattli a magánirányításban történő szabályalkotásról szóló árnyalt áttekintésében olyan piaci alapú szelekciós mechanizmusokat azonosít, amelyek egyes szereplők számára lehetővé teszik, hogy szabályokat kényszerítsenek másokra.¹⁰³ Klasszikus példa erre a nagy kiskereskedők, például a Walmart vásárlóereje és az általuk az ellátási láncukban érvényesíthető szabályok. A "vállalati társadalmi felelősségvállalásra" vonatkozó szabványok jogi normatívitást nyerhetnek és szereznek is.

⁹⁹ A hálózat fogalma fontos szerepet játszik ebben a gondolkodási irányzatban, Slaughter, *A New World Order* 34; lásd már A. H. Chaves és A. Chaves, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* (Harvard University Press, 1995): 2.

¹⁰⁰ Anne-Marie Slaughter, "Law in a World of Liberal States" (1995) *European Journal of International Law* 503-538, 508.

¹⁰¹ Harold Hongju Koh, "Megjegyzések: Nemzetközi jogalkotás a XXI. században", *Georgetown Law Journal* 725-747, 742, hivatkozva Robert O. Keohane, "The Demand for International Regimes" (1982) *International Organization*, 325.

¹⁰² Joost Pauwelyn, "Informális nemzetközi jogalkotás: Pauwelyn és mások (szerk.), *Informal International Lawmaking* (Oxford University Press 2012) 11. Lásd még Ramses A. Wessel, "Informal International Law-Making as a New Form of World Legislation?" (Az informális nemzetközi jogalkotás mint a világjogalkotás új formája). [2011] *International Organizations Law Review* 253-265.

¹⁰³ Tim Bütke és Walter Mattli, *Az új globális uralkodók: A szabályozás privatizációja a világgazdaságban*

(Princeton University Press 2011)

a piacon való fogadtatásuk révén.¹⁰⁴ Legalábbis ebben a szakaszban hangsúlyosabban különbözni a vélemények arról, hogy ez a "helyesen így nevezett" jogigény.¹⁰⁵

VIII. Kilátások: Közigazgatási jog és nemzetközi közhatalom

A nemzetközi jogalkotás formáinak és fórumainak összetettsége a hagyományos forrásdoktrína radarja alatt jelentős kihívásokat jelent, nem utolsósorban a jog fogalma és a forrásokban való általánosabb gondolkodás lehetőségei számára.¹⁰⁶ Ráadásul azon szereplők és intézmények léte, amelyek valóban gyakorolhatnak tekintélyt azáltal, hogy hozzájárulnak a nemzetközi jog kialakításához, alapvetően megkérdőjelezi a nemzetközi jog legitimitásának hagyományos narratíváját, amely szerint a nemzetközi jog azért létezik és azért kell, hogy legyen, mert az egységes államok hozzájárultak hozzá.¹⁰⁷ A kortárs elméletek megegyeznek abban, hogy ez a narratíva már nem állja meg a helyét. Egyrészt azért nem állja meg a helyét, mert a jog nem abban a pillanatban rögzül, amikor a források csatornáján keresztül a világba kerül, hanem helyett folyamatosan alakul a kommunikatív gyakorlatok révén, amelyekben a legkülönbözőbb szereplők vesznek részt a jogért folytatott küzdelemben.¹⁰⁸ Ráadásul nem minden, ami jogi szempontból fontos, az szükségszerűen a jogforrásokhoz kapcsolódik. A puha jogi eszközök, sőt olyan dolgok is, mint az indikátorok, amelyek közül soknak csak első ránézésre nincs szabályozó kormányzati hatása.¹⁰⁹

Míg a forrásdoktrína a nemzetközi jogot az egységes államok beleegyezéséhez próbálta kötni, mivel az állami szuverenitást a nemzetközi rend kizárólagos építőkövének tartották, most további kiegészítő legitimációs mechanizmusokat kell feltárni.

¹⁰⁴ A. Peters, L. Koehn, and G.F. Zinkernagel, "Non-state actors as standard setters: framing an issue in an interdisciplinary fashion" in A. Peters and others (eds), *Non-State Actors as Standard Setters*, vol. 817 (Cambridge University Press 2009); Jean d'Aspremont (ed), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law (Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law)* (Routledge 2011).

¹⁰⁵ A versengő jogfelfogásokról lásd Benedict Kingsbury és Donaldson: "From Bilateralism to Publicness in International Law," in Ulrich Fastenrath and others (eds), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma* (Oxford University Press 2011), 79.

¹⁰⁶ Az e kihívásokra adott, a forrástan, "megmentését" célzó választ lásd Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law* (Oxford University Press 2011).

¹⁰⁷ Lásd 2e kötet fejezetét [_____].

¹⁰⁸ Rudolf von Jhering, *A jogért folytatott küzdelem*, dátum nélkül.

¹⁰⁹ Davis, Kingsbury és Merry, "Governance by Indicators" 3-28.

egyszerűen azért, mert a források nem ragadnak meg mindent, ami számít.¹¹⁰ Végül erről szólnak a globális közigazgatási joggal (GAL) és a nemzetközi közhatalommal (IPA) kapcsolatos ~~szövegek~~.

A GAL-projekt elsősorban a globális kormányzási folyamatok - amelyek mindenekelőtt jogalkotási folyamatok - növekvő elszámoltathatósági ~~igénye~~ válaszként jött létre. A projektet az a gondolat vezérli, hogy ezeket a folyamatokat leginkább közigazgatásként lehet értelmezni, és a globális közigazgatási jogot úgy határozza meg, hogy az "magában foglalja azokat a mechanizmusokat, elveket, gyakorlatokat és támogató társadalmi felfogásokat, amelyek elősegítik vagy más módon befolyásolják a globális közigazgatási szervek elszámoltathatóságát".¹¹¹ A közigazgatási jogi jellegű általános elvek kerülnek bevezetésre, mint lehetséges gyógymód: az átláthatóság, az eljárási részvétel, az indokolt döntés és a felülvizsgálat elvei. Ezekkel az eljárási követelményekkel a GAL-projekt tulajdonképpen azt a kihívást vállalja fel, hogy a jogalkotás dinamikusabb megközelítést kínáljon.¹¹² A tartalmi normák - beleértve az arányosságot, a célracionalitást, a szükségtelenül korlátozó eszközök elkerülését és a jogos elvárásokat - kiegészítik az eljárási elveket.¹¹³ Az, hogy hogyan kell ezeket az elveket és normákat konkrét esetekben alkalmazni, tartós kérdés, nem utolsósorban azért, mert - amint azt a GAL-projekt főszereplői jól látják - "az elszámoltathatóság eloszthatja a hatékonyságot, a részvételt a különleges érdekek foglyul ejtéséhez vezethet, az átláthatóság pedig azt jelentheti, hogy a populizmus győzedelmeskedik az igazságszolgáltatás felett".¹¹⁴

A nemzetközi közhatalomra összpontosító kutatások szintén a nemzetközi intézmények normatív teljesítményével kapcsolatos legitimitációs aggályokra adnak választ. Figyelemmel kíséri a kormányzás átalakulását, és a közjog hagyományához kapcsolódik a közhatalmat konstituáló és korlátozó kettős ~~fogalom~~¹¹⁵. Ha a közhatalmat úgy értelmezzük, mint a jog

¹¹⁰ A források doktrínájának e tekintetben történő kiterjesztésére tett figyelemre méltó (korai) kísérletet lásd: Goldij van Hooft, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer 1983).

¹¹¹ B Kingsbury, N Krisch és R B Stewart, "A globális közigazgatási jog kialakulása" ~~18~~

Jog és kortárs problémák 15-61, 17.

¹¹² Erről az igényről lásd Yannick Radi, "Standardizáció: A Dynamic and Procedural Conceptualization of International Law-Making" (2012) 25 *Leiden Journal of International Law* 283-307 (a "koherencia" mint az elvek egyik legfontosabb követelménye).

¹¹³ B Kingsbury, N Krisch és R B Stewart, "A globális közigazgatási jog kialakulása" ~~18~~

Jog és kortárs problémák 15-61, 37-42.

¹¹⁴ B Kingsbury és N Krisch, "Bevezetés: (2006) 17 *European Journal of International Law* 1-13, 4.

¹¹⁵ A y Bogdandy, P Dann és M Goldmann, "A nemzetközi jog nyilvánosságának fejlesztése: Towards a legal framework for global governance activities" (2008) 9 *German Law Journal* 1375-400, 1380.

alapuló képességet, hogy jogilag vagy tényszerűen korlátozza vagy más módon befolyásolja más szereplők ~~szereplők~~ akkor a közjog pontosan az ilyen hatalom és az egyéni vagy kollektív szabadság közötti feszültséggel foglalkozik.¹¹⁶ A nemzetközi jog értelmezés útján és más módon történő megalkotása jól megragadható a közhatalom gyakorlásaként, ha a szereplők képesek a jogról szóló saját kijelentéseiket a jogi diskurzus referenciapontjaként létrehozni, amelyekből mások csak áron alul tudnak kikerülni. Összességében úgy tűnik, hogy a globális kormányzás jelenlegi környezetében nem a források jelentik a fő helyszínt, ahol a jog, a politika és a hatalom találkozik, hanem azok a kommunikációs gyakorlatok, amelyekben a legkülönbözőbb szereplők küzdenek a jogért. A figyelmet és a kritikát ennek megfelelően kell elosztani.

¹¹⁶ Ibid., 1376. o.; A v Bogdandy és I Venzke, "In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and its Democratic Justification" (2012) *European Journal of International Law* 7-41.