

Szmodis Jenő

A jog ontológiai megközelítésének egyes kérdéseiről

PhD értekezés tézisei

Debrecen

2009

I. A kutatás célja és módszere

A kutatás célja a jog olyan ontológiai aspektusainak feltárása volt, amelyek eddig – a skandináv jogi realizmus bizonyos képviselőinek (különösen Axel Hägerström és Alf Ross) vizsgálódásait leszámítva – a jogelméleti gondolkodásnak nem képezték központi problémáit. Ezek a vonatkozások a jognak mint sajátos értéknek, mint önértékkel rendelkező entitásnak a tételezésével, illetve e tételezés történeti és pszichológiai mozzanataival kapcsolatosak. A kutatás igyekezett a jog elgondolásának mélyebb történeti gyökereit és kulturális hátterét is feltárni. A kutatás további célját jelentette, hogy a nyugati jogi kultúra sajátosan felfogott jog-elgondolásnak az ontológiai természetét körülírja. Bemutassa egyúttal a jog ontológiai vonatkozásainak a tudat sajátos struktúráival való szoros kapcsolatát.

Az összetett kutatási cél szükségképpen követelte meg a kutatási és megközelítési módszerek többszínűségét. Ebből következően át kellett tekintenem a jog ontológiai aspektusaival kapcsolatos irodalom témám szempontjából legfontosabb tételeit. Azokat arról az oldalról igyekeztem bemutatni és értékelni, hogy azok mennyiben alkalmasak egy pozitív, leíró jellegű jogontológia megalapozására. Tekintettel arra, hogy a jog ontológiai megközelítése a jog tapasztalástól független létének vélelmét involválja (de legalábbis sugallja), kiemelt figyelmet fordítottam azokra az elméletekre, amelyek a jog a priori (többnyire természetjogias) alapjaival kapcsolatosak. Mivel azonban a jog jelenségére vonatkozó kulcsképzet, a jogfogalom – akárcsak más tételezett kategóriák – alapvetően tapasztalás utáni, a jogra mint már működő társadalmi szabályozórendre vonatkozó néhány fontos a posteriori jellegű (jogpozitivist, jogszociológiai) elgondolást is áttekintettem.

A jogot önértékként tételező nyugati jogi gondolkodás gyökereit kutatva vizsgálnom kellett az e jogi gondolkodásmód alapját képező római jog eredetének kérdését. Tekintettel arra, hogy a római jog tudománya az elmúlt százötven évben megnyugtatóan tisztázta, hogy a római jog alapvetően ugyanúgy vallási eredetű, mint a tradicionális nagy jogrendszerek, a történettudomány és az összehasonlító vallástudomány megállapításainak felhasználásával igyekeztem megvilágítani azt, hogy

melyik az a vallás, amelyik a legmélyebb hatást gyakorolta a korai és az érett római (illetve azon keresztül a nyugati) jogra. Igyekeztem egyúttal kimutatni azt is, hogy ennek a vallásnak – nevezetesen az etruszknak – mik a legfontosabb, máig ható következményekkel járó jellegzetességei. Ennek során a pszichológia tudományának néhány kulcsgondolatán illetve jelenségén keresztül azt is megkíséreltem valószínűsíteni, hogy egy alapvetően szorongásokkal teli, fatalista világkép szükségszerűen alakít ki magának egy rituális-formális gondolkodásmódot és magatartásformát.

A jogi kultúrák vázlatos összehasonlító elemzése útján igyekeztem arra is rámutatni, hogy milyen lényeges különbségeket mutat a hagyományos vallási jogok illetve a nyugati jog bináris rendszere. Míg előbbinél a morálisan illetve valláserkölcsig helyes és helytelen megkülönböztetésén, addig a nyugati binaritásban sokkal inkább a formálisan jogszerű illetve jogszerűtlen szembeállításán van a hangsúly. A nyugati jogi gondolkodásra oly jellemző alanyi jog kategóriájának ontológiai természetét az általános filozófia bizonyos eszméin kívül a humánetológiának és az evolúciós pszichológiának a tudat működésére vonatkozó megállapításain keresztül igyekeztem bemutatni.

A kutatás során nem törekedtem tehát egyfajta „módszertani tisztaság”-ra, hanem a kutatás elé kerülő problémák megoldása szempontjából legígéretesebbnek tűnő, az adott részprobléma természetéhez legjobban igazodó vizsgálati szempontokat és módszereket igyekeztem kiválasztani, érvényesíteni illetve alkalmazni. Ortega figyelmeztetését megfogadva – nevezetesen, hogy csupán a tudós szakosodik, de maga a tudomány nem (sőt, utóbbi ipso facto addig tudomány, míg nem szakosodik) – a vizsgálati szempontok és módszerek kiválasztása merőben problémaközpontúan és relevancia alapján történt. Tartózkodtam tehát az olyan előzetes metodológiai előfeltevésektől, amelyek nem ígértek hozzájárulni a kutatás eredményességéhez, azonban amelyek adott esetben indokolatlan korlátokat állíthattak volna a vizsgálódások elé. A kutatási módszer és megközelítés így szükségképpen multidiszciplináris jellegűvé vált. Az e körülményben rejlő kétségtelen veszélyeket megállapításaim többoldalú megerősítésével, valamint az adott tudományterületek kiemelkedő művelőinek szakmai kontrollja és bírálata által igyekeztem kiküszöbölni.

II. A kutatás eredményei

Az értekezés előlájában a jog jelenségének körét mint meghatározott emberi cselekvéseket, (szerződési akaratnyilatkozatokat, közigazgatási, bírósági, törvényhozási cselekményeket), bizonyos tárgyakat (okiratokat, hivatalos közlőnyöket stb.), meghatározott, fizikailag nem érzékelhető „dolgozat” (jogintézményeket, magukat a jogszabályokat, az államot stb.) bizonyos természeti eseményeket (pl. időmúlás) írja körül. Az akarat elméletek, az elismerési elméletek valamint a jogpozitivizmus alapvető tételei nyomán megállapítja, hogy a jog realitásának vizsgálata során egyaránt számolnunk kell a hatalom, az elismerés és a normativitás jelenségeivel.

Az értekezés Peschka Vilmos nyomán illetve Marcic, Kaufmann, Maihofer, Fechner, Wróblewski megállapításai alapján megvizsgálja, hogy indokolt-e a jogontológia kategóriájának használata. A dolgozat rámutat, hogy a jogontológia lehetőségének Peschka-i elvetése nyomán egyúttal kérdésessé tehető magának a jogfilozófia kategóriájának az indokoltsága is. Az értekezés hangsúlyozza azt is, hogy ahhoz, hogy egy jogontológia valamely „általános ontológiára” legyen alapozható, az szükséges, hogy rendelkezésre álljanak a létmegértést, vagy egyáltalán a létet érintő szilárd és pozitív „általános ontológiai” tételek. Mivel Heidegger a *Sein und Zeit* végén – egy sor alapvető és meg nem válaszolt kérdésével – maga is kétségét fejezte ki, hogy az ontikus mozzanatoktól megtisztított lét kategóriát fogalmilag megragadta volna, kérdéses, hogy erre az ontológiára jogontológia alapozható. A Heideggerre való téves hivatkozás azonban önmagában nem alapozza meg azt, hogy a jogontológia minősítést meg lehessen tagadni a jog létére vonatkozó azon kutatásoktól, amelyek érvelésükben Heideggerre utalnak. Az értekezés – Peschkának Lukács György társadalomontológiája alapján tett megállapításaival szemben – rámutat, hogy a Hartmann-i filozófiából nem következik az, hogy az úgynevezett regionális ontológia (például a jogontológia) csupán valamely kategorikus nóvummal rendelkező létrétegre volna alapozható. Ebből következően Hartmann létréteg-elmélete és ontológiája annak ellenére alkalmas lehet jogontológiai vizsgálódások kiindulási alapjául szolgálni, hogy Hartmann-nál sem a társadalom, sem pedig a jog szférája nem képez önálló létréteget. Az értekezés

hangsúlyozza, hogy maga a filozófia kategóriája is utólag, a sajátos szellemi tevékenységet követően létrejött fogalom. Éppígy a jogfilozófia is. Mind a filozófiát, mind pedig a jogfilozófiát sajátos kérdései és válaszai hozzák létre, s nem valaminő előzetes állítás, és az arra történő hivatkozás. A dolog természetéből adódóan nem lehet ez másként a jogontológia esetében sem: kérdéseiben s válaszaiban keletkezik és létezik.

Az értekezés rámutat, hogy az állam és a jog kapcsolatának vizsgálatakor, ha e két jelenség különmeműségét elfogadjuk, ám az állam létét a jog létének elébe helyezzük, a jogban ontológiai oldalról elsődlegesen hatalmi-fizikai tényt kell látnunk. E felfogásban – mivel a jog okozatként jelenik meg – tisztázatlan marad az állam fogalma. Ha azt fogadjuk el, hogy a jog megelőzi az államot, akkor a jog természetét illetően óhatatlanul a normativitás és így a spiritualitás felé hajlunk, egyúttal a jogalkotó hatalom és az állam elhatárolásának problémájába ütközünk. A jog realitásának kutatásakor tehát szükségképpen számolnunk kell állam és jog kettősségének és e két jelenség viszonyának problémájával.

Az értekezés szerint a jogi szabályok aligha írhatók le tisztán Sollen jelenségekként. Egy részükben kétségtelenül előírások, tisztán Sollen jellegűek, másik csoportjukban azonban deklaratívak, amely jelleg nehezen illeszthető a Sein-Sollen struktúra Prokrasztész-ágyába. A jogi szabályok egy harmadik csoportja pedig akként viselkedik, mintha Sein szabályrend volna, azonban létevel konstituálja azt, amit megállapít. A jogi tartalmak eredetüket tekintve ugyan az akarat és az elhatározás produktumai, azonban a már tételezett jogi tartalmak nem lehetnek az akarat, csupán a belátás tárgyai. Az értekezés szerint a jogszabály tehát többnyire a Sollenre irányuló, Sollent kifejező Sein tételezettség. Olyan ideális-spirituális tény, amely szükségképp szubjektív annyiban, hogy tudaton kívüli léte nincs, ám objektív annyiban, hogy formulázott objektivációja (pl. normaszöveg) által bárki számára – elméletileg azonos tudattartalmat képző módon – megismerhető.

A jog apriorisztikus felfogását bemutatva az értekezés úgy véli, Kritiász nyomán megállapítható, hogy az athéni filozófia már kevésbé hitt a törvények isteni eredetében. Platón értelmileg konstruált eszményi állama apriorisztikus, míg Arisztotelész tapasztalati elemzéseken nyugvó államtana a posteriori jellegű. A görög gondolkodásban megjelent egyúttal egy sajátos természetjog, amely nagy befolyást

gyakorolt a római jogra, hozzájárulva annak érettebbé válásához. A Nyugat korai gondolkodásában (Augusztinus, Szent Tamás, Occam, Cusanus) a morális jellegű, transzcendens eredetűnek felfogott apriorisztikus gondolatok inkább csak igények a pozitív joggal szemben. Az apriorisztikus természetjogi elképzelések azután is pusztán igényekként jönnek figyelembe, hogy a Nyugat ezeket az eszméket valamelyest racionális és szekuláris módon interpretálja (Grotius, Hobbes, Pufendorf). A XIX. végétől és a XX. században az apriorisztikus eszmék reneszánszukat élik (Ihering, Stammler, Radbruch, Verdross, Messner, Fuller, Dworkin stb.), ám a Nyugat alapvetően formális jogi gondolkodása okán ezek a természetjogias, apriorisztikus gondolatok gyakorlatilag megmaradnak a jogfilozófia közegében. Bizonyos hatásuk ugyan kimutatható a törvényhozásra (pl. Erlich és a svájci Ptk. esetén), azonban – leszámítva az angolszász jogrendszer néhány olyan tendenciáját, mint ami például az Equity-ben ölt alakot – a joggyakorlatra közvetlen hatással kevésbé vannak.

Az értekezés az apriorisztikus gondolatok bizonyos sikertelensége nyomán rámutat, hogy a jog inkább bizonyos jelenségek sajátos konstellációjaként, és az e konstellációról alkotott fogalomként írható le. Olyan jelenségcsoportként, amelyből az egyik vagy másik tényezőt nem lehet a többi fölébe helyezni anélkül, hogy ne sérüljön maga a jogfogalom. Ebből következően Weizsäcker és Reinach nyomán a jog fogalmát mint a posteriori kategóriát kísérl meg leírni. Különös jelentőséget tulajdonít a megengedett kényszer kategóriájának, amely alatt egy spirituális tekintélyként is elfogadott hatalom által kilátásba helyezett, és általa ténylegesen is megvalósítható kényszert ért. Az értekezés szerint maga a jog egyes szabályaiban ugyan félretehet bizonyos morális tényezőket, azonban a jog a maga egészében minden esetben valamilyen morális relevanciával is rendelkező ideológiai körülményre is hivatkozik, s nem elégszik meg a kényszerrel való pusztán fenyegetéssel. E körülményre a parancs és kényszerelméletek nincsenek kellő tekintettel.

Az értekezés Hart nyomán rámutat, hogy a jogot megelőzően vannak bizonyos szabálytételések, majd sor kerül bizonyos viták eldöntésére az auktoritás részéről. Az auktoritásnak e cselekményei, illetve döntésének tartalma lesz majd jognak tételése, ám e cselekmények, illetve döntési tartalmak önmagukban még nem azonosak a joggal. Mindezek jogivá azzal válnak, hogy mind az eljáráshoz, mind pedig a döntés tartalmához a generális érvényesség és a logikai megragadhatóság képzeete társul. A jog

létrejötté szempontjából igen lényeges mozzanat a jognak mint olyannak az igazságszolgáltatási gyakorlat működése nyomán való tételezése. Fontos továbbá a tételezés eredményének, a jogfogalomnak utólagos visszavetítése olyan jelenségekre, amelyek annak idején még nem voltak jogi jellegűekként tételezve. A jogalkotó hatalomnak az auktoritásra való vonatkoztatásával létre jön egyúttal az állam sajátos fogalma is. A jelenségek tehát előbb létrejönnek, kategóriájuk pedig utóbb tételeződik, ám a kategóriák vissza is vetítődnek. A jelenség azáltal válik teljessé, hogy a visszavetítés által fogalmilag is megragadhatóvá válik.

A szankciók nélküli jogi normák problémája megvilágítja, hogy a jog és a szankció kategóriái nem értelmezhetők mechanikusan. Egy szabályt ugyanis nem a saját szankciója avatja joggá, hanem az a tény, hogy egy olyan szabálycsoportba tartozik, amely általában sajátos szankciórendszerrel rendelkezik, s így adott esetben a szabály osztozhat is a szabálycsoportra jellemző szankciórendszerben. Az értekezés megkülönbözteti jog szűkebb értelemben vett fogalmát, tehát voltaképp a jogképzetet, valamint azon jelenségeket, amelyekre az vonatkozik (testületek, emberi viszonylatok, magatartásformák, szabályok stb.) A jog tágabb értelemben vett fogalma pedig e két tényező dinamikus kapcsolatában ragadható meg.

Az értekezés szerint a jogbölcselet jellegzetesen nyugati gondolkodási forma, noha aspirációit tekintve gyakran univerzális igényekkel lép fel. Eközben kevésbé vet számot azzal, hogy saját joga más kultúrák jogrendszereihez képest különösen formális, kategorikus jellegű, és a moráltól oly módon elhatárolt, amely összevetve más jogi kultúrákkal gyakorlatilag példa nélküli. Utóbbi jogok általában vagy vallásjogok, vagy olyan jogok, amelyek a vallási képzetekkel többé-kevésbé összefüggő moralitásban gyökereznek. A nyugati jog formalitásának alapját az értekezés a római jog recepciójában jelöli meg, utalva egyúttal Gustav Demelius, Henry Maine, Max Weber, Axel Hägerström, Alf Ross, Julius Wolff azon felvetéseire is, amelyek a római jog formalitásában egy ősi vallásosságot véltek felfedezni.

Az értekezés az isteni kinyilatkoztatáson alapuló ókori jogokkal, a középkori nyugati egyház által felkent, és így szakralizált király alkotta joggal, valamint az indoeurópai törzsek tartalmi, morális helyességet előtérbe helyező jogával szemben a római jog sajátos vonását a szabályokra és a formalításokra ügyelő jellegében látja. Ez a jogfelfogás azonban a legmélyebb rokonságban van a fatalista-formális etruszk

vallásossággal, egyúttal alapvetően idegen az indoeurópai törzsek – így a latinok és szabinok – vallási és morális elképzeléseitől. A precízen betartott etruszk rituáléknak ahhoz hasonlóan kellett transzcendens eredményekre vezetniük, ahogyan a szigorú ősi római ügyleti formák betartásának a joghatás elérésére. A tanulmány az elmúlt évtizedek kutatásainak összegzéseként rámutat, hogy egyre inkább világossá válik az etruszkok és általában az etruszk kultúra szerepe Róma kialakulásában, illetve, hogy az etruszkok jelentősége Róma egyre korábbi időszakában igazolhatónak tűnik, tehát már a hagyomány szerinti etruszk uralkodók szereplése előtt is.

Az értekezés bemutatja Róma két eltérő vallási hagyományának, a fatalista-formális etruszk vallásosságnak valamint az italikusok (latinok, szabinok) aktív erőt jelentő Jupiter, Mars és Quirinus vallásának legfőbb jellegzetességeit, utalva egyúttal az ősi numen-elgondolásoknak az etruszk vallással való szerkezeti és tartalmi megegyezéseire is. Bemutatja továbbá a római közjogi küzdelmek mögött végig meghúzódó vallási vonatkozásokat, amelyek lényege az a patríciusi törekvés volt, hogy az etruszk eredetű szakrális és az azzal szorosan összefüggő jogi tisztségek és intézmények minél tovább megőrződjenek a profánnak tekintett plebstől. Az értekezés egyes ősi jogintézményeket (ius, fas, mos normahármasa, mancipatio, stipulatio, stricti iuris obligatio, fictio, in iure cessio, XII táblás törvények) a fatalista-formális vallásosság tükrében vizsgálja meg, kérdésessé téve, hogy azokban valóban a „paraszti Róma primitív babonás szemlélete” nyilatkozna meg.

A jogi formalizmus oldódását és továbbélését bemutatva a dolgozat utal arra, hogy a Nyugaton kialakuló keresztény monarchiák a XI. századtól kezdődően mindinkább recipiálni kezdték a római jogot, annak sajátos intézményeivel és sok szempontból formális szemléletével. Ekkor azonban a transzcendens, morális alapú keresztény, egyházi jogszolgáltatás bizonyos szelekciós funkciót is ellátott. A reneszánsz szekuláris szemléletének kialakulásával azonban a római jog új életre kelt, és megkezdődött a jog önértékként való tételezése. Ennek nyomán a XX. században (pl. Coingnál és Luhmannnál is) elemi erővel vetődtek fel a szakralitástól és a moralitástól elszakított jog „ideális lét”-ével, ontologikus aspektusaival kapcsolatos kérdések. A jog ekkor többek között mint önreferenciálisan zárt rendszer tűnik fel.

Ezzel szemben a hagyományos vallási vagy vallási megalapozású jogok (mozlim, japán, indiai, a konfuciánus hagyományokkal teljesen szakítani nem képes kínai) a jog

szerepét nem abszolutizálják, a jogot önértékként nem tételezik. E kultúrákban a jog szellemi létével kapcsolatban föl sem merülnek kérdések, mert a jog itt nem különül el élesen a moralitástól illetve a transzcendenciától. A Nyugat a jog szellemi létének állításakor pszichikus tényekre, a jog tudatban való létre kénytelen utalni, ám bizonytalan abban a kérdésben, hogy mi módon áll fenn az ország jogrendje, ha éppen mindenki alszik. Az értekezés a jogképzetnek kitüntetett jelentőséget tulajdonít a jogrend folytonossága szempontjából.

Az értekezés Somló, Kelsen, Moór, Eörsi alapján igyekszik elhatárolni a lehetséges emberi cselekvések kategóriáját az ember szabadságában álló cselekvések körétől, illetve az alanyi jog fogalmától, rámutatva arra, hogy az alanyi jog valamely elvileg lehetséges emberi magatartásra vonatkozik függetlenül az alanyi jog jogosultjának tudomásától vagy érdekeitől. Az értekezés szerint az alanyi jognak egy „külső”, a magatartás lehetőségében rejlő, valamint egy „belső”, a megilletettség képzetében rejlő oldalból tevődik össze. Az alanyi jog ennek a „külső” és „belső” mozzanatnak igencsak sajátos egységét, egymásra vonatkozását jelenti. A megilletettség-képzet (éppúgy, ahogy a jogképzet) sajátos tételezés eredménye. Amikor a tudat e képzeit előállítja és magában hordja, ezeket akként gondolja el, hogy e tételezések 1) tőle, tehát a tudattól függetlenül, ebből adódóan pedig 2) időben folyamatosan léteznek.

Az értekezés az elmúlt évtizedek humánológiai kutatásainak eredményei alapján rámutat, hogy az ember képes absztrakt elveket és kategóriákat reális dolgokként elképzelni és aszerint cselekedni. Többé-kevésbé hasonló a helyzet az érzelmi megnyilatkozásokkal is: barátunkat nem csupán arra az időre kedveljük, amikor épp rá gondolunk, noha tudjuk, hogy a kedvelés tudati aktus. Az emberi fajnál kialakul egyúttal a szabálydominancia, amelynek során a domináns egyed helyébe valamely olyan szabály lép, amelyet a társadalom elfogad. A szabályt azonban – akárcsak a domináns egyed – időben folyamatosan létező entitásnak gondoljuk. Mind a jogképzet, mind pedig a megilletettség-képzet sajátos „időstruktúra” szerint való tételezése (a tételezésnek ez a különleges módja) kölcsönöz tehát a jogi szabályoknak és az alanyi jogoknak egy quasi folyamatos fennállást, amidőn a tudat egyfelől a jogképzetből többé-kevésbé eredő megilletettség-képzetet valamely személy norma szerinti magatartására, lehetséges magatartására vonatkoztatja.

Az értekezés felveti a meglévő jogrendszerek morális alapon való megreformálásának, valamint egy természetjogi paradigma szerinti új jogrend kiépítésének az alternatíváját. Figyelmeztet arra is, hogy nagy veszélyt, anómiás állapotot jelenthet a két rendszer párhuzamos fennállása. Emlékeztet arra is, hogy a keresztény és görög alapokon nyugvó, az aktivitást és a részvétet nagyra értékelő kultúránk a római jog recepciójával – számos hasznos megoldás átvétele mellett – önkéntelenül fertőzte meg magát egy természetétől idegen, fatalista-formális vallásosság és morál következményével. Az értekezés rámutat, hogy egy jobb jogrend kiépítését azonban bizonyos mértékben nehezíti a jognak a globalizáció jelenségével együtt járó vulgarizálódása, másfelől az Európai Unió sajátos jogrendjének kialakulása, amely jogászai szakmai igénytelenségével távolról sem segíti a nyugati jogfejlődés kívánatos tendenciáját.

III. A kutatás eredményeinek hasznosítási lehetőségei

Az értekezés többek között a korai római jog kutatásának valamint a skandináv jogi realizmusnak bizonyos hagyományait követve néhány olyan új, pszichológiai és vallástörténeti szempontú mozzanatra mutat rá, amelyek a római jog illetve jogelmélet további kutatásainak alapját képezhetik. Hozzájárulást ad a nyugati jogfogalom eredetének és természetének árnyaltabb értelmezéséhez, így adalékokkal szolgálhat többek között az összehasonlító jogi kultúrák stúdiumához is. Multidiszciplináris megközelítései által a korábbiakhoz képest egy viszonylag szélesebb horizontú társadalmi, kulturális illetve evolúciós-természeti realitás alapján teszi értelmezhetővé a jog jelenségét. Ezzel összefüggésben a dolgozat – az egyéb tudományterületeknek (történettudomány, szociológia, pszichológia, antropológia) a jogtudományba való fokozatos behatolásának folyamatához illeszkedően – hozzájárulhat ahhoz, hogy az összehasonlító vallástudomány, a humánetológia valamint az evolúciós-pszichológia viszonylag új tudományai is termékenyítően gazdagítsák a jogelmélet mindig megújuló és új szempontokkal bővülő szemléletmódját. A dolgozat végül alapját képezheti egy multidiszciplináris jogi tanulmányok speciális kollégiumnak, illetve stúdiumnak.

IV. Publikációk jegyzéke

Könyv, könyvrészlet:

- 1.) Az érdek és a jog néhány összefüggéséről. In: Prugberger Tamás: *Érdek és érdekegyeztetés a jogban*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2002, 7-24. old.
- 2.) *A jog realitása. Az etruszk vallástól a posztmodern jogelméletekig*. Kairosz Kiadó, Budapest, 2005.
- 3.) *Kultúra és sors. A történelemfilozófia lehetőségeiről. Mezopotámia kultúrájáról*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2007.
- 4.) *Roman Law: Legal System of Law* (Jenő Szmodis – Peter Stein – Andrew Borkowski – Paul Du Plessis – Berry Nicholas) Alphascript Publishing, 2009, 3. 11.

Tanulmányok:

- 5.) A polgármesternek a polgármesteri hivatallal kapcsolatos jogairól. *Jogtudományi Közlöny*, 1996. 2. sz. 60-72. old.
- 6.) Kiválasztási rend és kiválasztási motiváció a közjog területén. *Gazdaság és Társadalom*, 1996. 3-4. sz. 145-163. old.
- 7.) Az érvénytelenségi fajták egyes jogági sajátosságairól. *Jogtudományi Közlöny*, 1997. 4. sz. 171-180. old.
- 8.) A jogértelmezési konfliktusról. In: *Ünnepi Tanulmányok*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 1997. 323-334. old.
- 9.) A tartalmi alkotmányosságról. *Magyar Közigazgatás*, 2006. 7. sz. 438-446. old.
- 10.) A jog realitása. *Jogtudományi Közlöny*, 2006. 9. sz. 332-340. old.
- 11.) Kultúra és sors. Gondolatok egy történelemfilozófiai vállalkozásból. *Valóság*, 2006. 9. sz. 50-66. old.
- 12.) A nyugati jog alkonya? *Állam és Jogtudomány*, 2007. 1. sz. 69-99. old.
- 13.) A római jog spirituális eredetéről. *Valóság*, 2007. 1. sz. 11-34. old.
- 14.) Az euro-atlanti kultúrkör jogának kilátásai. In: *Ünnepi Tanulmányok*. Novotni Kiadó, Miskolc, 2007., 396-406. old.

15.) A társadalom- és kultúrafejlődés két jellegzetes útja. *Valóság*, 2007. 6. sz. 49-68. old.

16.) A historicizmus bírálatáról és annak jogosultságáról. *Valóság*, 2008. 3. sz. 1-26. old.

Könyvismertetés:

17.) Prugberger Tamás: A munkajog a polgári jogban a globalizálódó gazdasági viszonyok között. *Magyar Jog*, 2008. 3. sz. 186-189. old.

Jenő Szmodis

On Certain Questions of Ontological Approach of the Law

PhD THESIS SUMMARY

Debrecen
2009

I. The purpose and methods of the research

The purpose of the research was to examine certain ontological aspects of the law. These aspects - with the exception of a few studies of some representatives of the Scandinavian legal realism (especially Axel Hägerström and Alf Ross) – have not been central problems of legal theoretical thought. These aspects are related to the idea of law as self-value, and to the historical and the psychological aspects of this idea. The research tried to reveal the deeper historical roots and cultural background of the notion of law.

A further goal of the research was to describe the ontological nature of the Western concept of law and to demonstrate the relation between the ontological aspects of law and certain structures of human consciousness. This complex goal of research necessarily required the use of many-sided research methods and approaches. Consequently I had to review the most important conclusions of the relevant literature related to the ontological aspects of law pertaining to my topic. I tried to demonstrate and to esteem them from the viewpoint of their suitability to establish a positive, descriptive legal ontology. Taking into account, however, that an ontological approach to law involves (or at least suggests) the existence of law independently of experience, I tried to pay especial attention to theories related to the a priori basis of law (mostly theories related to natural law).

As the key concept related to legal phenomenon, the notion of law – similarly to other categories – is basically post-experiential, I reviewed some important a posteriori theories too (legal positivism, legal sociology) related to law as a functional regulating mechanism of a society. During the procedure of searching for the roots of Western legal thought, I had to investigate the question of the origin of Roman law, being the basis of this kind of legal thought.

Taking into account that the science of Roman law reassuringly clarified in the past 150 years that the origin of Roman law – similarly to other traditional legal systems - is religious, using the methods of history and comparative religious studies I have tried to reveal which religion exerted the strongest influence on early and mature Roman law (and indirectly on the Western law). I also tried to describe certain important features of this religion (namely the Etruscan religion) having long term consequences, alive up to date.

Meanwhile using some key concepts of psychology and some psychical phenomena I tried to demonstrate that a basically anxious, fatalistic world-view necessarily creates a ritual-formal way of thinking and a ritualistic behavior.

Through a schematic comparative analysis of legal cultures I tried to demonstrate the essential differences between the binary structure of traditional religious legal systems and the binary method of Western law. While the former emphasizes the distinction between right and wrong (in the moral or religious sense), the binary Western system distinguishes between formally legal and illegal.

The right (as the subjective derivation of law) is such a category, which is so typical of the Western legal thought. Consequently I tried to demonstrate the ontological nature of right not only by abstract philosophical means, but also by using certain observations of human ethology and evolutionary psychology related to psychic mechanisms.

So I did not try to maintain a kind of “methodological purity” in my research. I tried to select, use and apply those points of view and methods which seemed the most appropriate for solving the particular sub-problem. Ortega warned that only the scientist

may specialize, the science itself must not do that (the latter remains science *ipso facto* until it does not specialize). Accepting this advice and examination viewpoints have been selected based on the nature of the problem and relevance. Therefore I refrained from such preliminary methodological assumptions which promised less result, only unnecessary restraints. Consequently the method and the approach necessarily became multi-disciplinary. I tried to avoid the undeniable dangers inherent in this circumstance by many-sided confirmation of my statements and by asking for the control and criticism of some excellent experts of the relevant disciplines.

II. Research results

The thesis first deals with the phenomenon of law, describing it as a set of certain human activities (contract declarations, actions of civil administration *executive power*, court, legislation), of certain objects (documents, official bulletins etc.), of definite, physically not perceivable entities (as legal institutions, laws themselves, state etc.) and of natural phenomena (e.g. the progress of time).

Following the basic themes of command theories, recognition theories and legal positivism it is concluded that while investigating the reality of law one has to take simultaneously into account the phenomena of power, acceptance and normativity. Following Vilmos Peschka and using the statements of Marcic, Kaufmann, Maihofer, Fechner, Wróblewski the thesis investigates whether it is reasonable to use the category of legal ontology. The thesis point out that by ruling out even the possibility of legal ontology – as Peschka does – one may also question the reasonableness of legal philosophy, as a category. The thesis also emphasizes that one needs to have sound and solid „general ontological” statements in order to build legal ontology into a kind of „general ontology”.

At the end of *Sein und Zeit* Heidegger himself expressed his doubt – through a series of basic, but unanswered questions – whether he could apprehend the category of existence devoid of ontic factors by notions. Therefore, it is questionable, whether it is possible to build a legal ontology on this ontology. Research projects dealing with the existence of law can be categorized as legal ontology even though they refer to Heidegger mistakenly.

The thesis – in contrast to the statements of Peschka, based on the social ontology of György Lukács – points out that a causal relation between the existence of the so-called „level of existence” and the possibility of the so-called regional ontology does not follow from the philosophy of Hartmann. Consequently the theory of the „levels of existence” and the ontology of Hartmann may become the basis of legal ontological studies, in spite of the fact that Hartmann does not consider either the society of the legal sphere as an independent level of existence.

The thesis emphasizes that the category of philosophy itself is a notion, which came into existence only after a period of special intellectual activity. The same is true for legal philosophy. Both philosophy and legal philosophy were created by their peculiar questions and answers and not by some preliminary statement or by reflections to such a statement.

Consequently it cannot be otherwise with legal ontology: it emerges from its peculiar questions and answers and exists in them.

The thesis points out, that, when studying the relation between the state and law, – provided that the difference between these two phenomena is accepted, but the preexistence of the state is assumed – from the ontological viewpoint we have to consider law primarily as a component of the physical dominance structure. In this approach – as law is considered as a consequence – the role of state remains unclarified. If we presume the preexistence of law with respect to the state then we are naturally inclined towards normativity and thus the spiritual nature of law. In this case, however, we shall come up against the problem of drawing the demarcation line between the legislative body and the state. When searching the reality of law we must reckon with the duality of state and law and with the problem of the relation of these to entities.

According to the thesis laws can be hardly described as purely „*Sollen*” (German,

„should be”) phenomena. Some of them are clearly prescriptive (i.e. they possess a „Sollen” character), some others are, however, declarative. This declarative character can be hard fit into the Procrustes bed of the „Sein-Sollen” (German, to be – should be) duality. A third group of laws, the so-called predicative rules behave as if they belonged to the group of „Sein” rules, but they actually constitute by their existence what they establish. Although the content of laws – as far their origin is concerned - is the result of volition and decision, already established laws cannot be subject to volition only to discernment. According to the thesis laws are mostly „Sein” ideas aimed at „Sollen” or expressing „Sollen.”

Law is an ideal spiritual fact, which is necessarily subjective in the sense that it does not exist outside of the consciousness. It is objective, however, in the sense that through its formulated objectivation (e.g. the normative text) it can be known by anyone – in principle this knowledge is characterized by uniform content of consciousness.

While presenting the aprioristic notion of law the thesis holds that, following Kritias, it can be established that the philosophy of Athens slightly believed in the divine origin of law.

The ideal state of Platon, constructed by intelligence is aprioristic, while the state-theory of Aristotle based on empirical analysis is a posteriori in nature. In the Greek thought the idea of a certain kind of natural law also appeared exerting major influence on Roman law, contributing to its maturation. In the early Western thought (Augustine, Thomas Aquinas, Occam, Nicolaus Cusanus) aprioristic ideas considered to be of transcendental origin were rather expectations from the positive law.

Aprioristic ideas of natural law can be taken into account also later only as mere expectations, in spite of the fact that the West interprets these ideas in a somewhat rational and secular manner (Grotius, Hobbes, Pufendorf). Beginning with the end of the 19th century and in the 20th century aprioristic theories enjoyed a kind of renaissance (Ihering, Stammler, Radbruch, Verdross, Messner, Fuller, Dworkin etc.). Nonetheless – because of the basically formal legal thought of the West – these aprioristic ideas belonging to natural law remained in the medium of legal philosophy. A certain effect of these ideas can be traced on legislation (e.g. in the case of Erlich and the Swiss Civil Code), but they have only a minor influence on practical jurisdiction – except for certain tendencies of Anglo-Saxon legal system, such as those embodied in Equity.

Because of a certain degree of failure of aprioristic thoughts the thesis points out that law can rather be described as a constellation of certain phenomena, as a notion of this constellation itself. Consequently, following Weizsäcker and Reinach the thesis tries to describe the idea of law as an a posteriori category. Special importance is attributed to the category of allowed compulsion. This is meant to be a potential compulsion promised by a power accepted also as a spiritual authority, which can, however, also be put into effect.

According to the thesis certain rules of the law may neglect moral considerations, but law as such always refers to certain ideological circumstances of legal relevance. Law is not content with simple threatening with coercion. Command theories and force theories do not take this properly into account.

The thesis, following Hart, points out that the idea of certain rules must have emerged before law evolved. Certain disputes are decided by the authorities only afterwards. These acts of the authorities and the contents of the decisions will be later conceived as law. These acts and the contents of these decisions are, however, by themselves are not identical with law. These will assume legal character if both the

procedure and the content of the decision are considered to be generally valid and logically comprehensible. An aspect of special importance with respect to the emergence of law is the conception of law as a separate entity as a consequence of the jurisdictional activity. It is equally important that the idea of law is projected retrospectively to certain phenomena which had not been earlier conceived of as "legal". The idea of the state emerges simultaneously by considering the quasi legislative juridical power to be a function of the authority. Thus the phenomena emerge first, their category later, but these categories are projected backwards in a retrospective manner. The phenomenon becomes complete by the fact that the phenomenon also becomes comprehensible by this retrospective projection.

The problem of legal norms without sanctions shows that the categories of law and sanction cannot be interpreted mechanistically. A rule is not made law by its own sanction but by the fact that it is part of a set of rules, which in general possesses a certain system of sanctions, therefore, if necessary this rule may share the general sanction system which characterizes the set of rules.

The thesis distinguishes between concept of law in the narrower sense of the word (i.e. the idea of law) and phenomena to which it is related (bodies, human relations, forms of behavior, rules etc.). The concept of law in a broader sense can be comprehended as a dynamic relation of these two factors.

According to the thesis philosophy of law is a typically Western phenomenon of thought, although its aspirations are frequently universal. It does not consider, however, that its own law – as compared to the legal systems of other cultures - is especially of formal, categorical nature. This law is so much separated from morality that is practically without parallel in other cultures. These latter laws are either religious laws or laws rooted in moralities being more or less parts of religious ideas. The thesis identifies the basis of formality of Western law in the reception of Roman law.

References are made to the statements of Gustav Demelius, Henry Maine, Max Weber, Axel Hägerström, Alf Ross, Julius Wolff trying to discover the vestiges of an ancient religiosity in the formality of Roman law. The thesis identifies the scrupulous observation of rules and formality as a special character of the Roman law. This is in clear contrast with ancient laws based on divine revelation, with the law created by sacralized kings anointed by the Medieval Church and with the law of Indo-European tribes preferring factual, moral validity. The formal legal concept of the Roman law exhibits the deepest relationship with the fatalistic-formal Etruscan religiosity, but at the same time, is basically alien to the religious and moral concepts of the Indo-European tribes (such as the Latins and Sabines). Scrupulously observed Etruscan rituals should have had to result in transcendent results as the observation of ancient, strict Roman transaction forms should have had to make the law effective.

In summarizing the results of the last ten years the thesis shows that the role of the Etruscan culture in the evolution of Rome is getting continuously clearer, and that the importance of the Etruscans seems to be verifiable in the earliest period of Rome, i.e. already before the ascension of the throne of the traditional Etruscan rulers. The thesis presents the features of two, characteristically different religious traditions of Rome, i.e. the characteristics of the fatalistic-formal Etruscan religion and those of religion of Juppiter, Mars and Quirinus practiced by the Italics (Latins, Sabines). Structural and essential agreements between ancient numen-ideas and the Etruscan religion are also hinted at.

Continuously existing religious background behind the Roman fights concerning

the public law is also introduced. The essence of these is the effort on the part the patricians to keep the sacral and closely related legal offices and institutions of Etruscan origin from the plebs, considered to be profane, as long as possible.

The thesis investigates various ancient legal institutions (as the norm-triplet of *ius*, *fas* and *mos*, *mancipatio*, *stipulatio*, *stricti iuris obligatio*, *fictio*, *in iure cessio*, laws of the Twelve Tables) in the light of fatalistic-formal religiosity. Consequently it is questionable whether “the primitive, superstitious worldview of the rural Rome” manifests in those legal institutions.

After presenting the gradual dissolution and survival of this legal formalism the thesis alludes to the fact that beginning with the 11th century the emerging Western Christian monarchies begun to receive the Roman law together with its peculiar institutions and in many respects, formal view. At this time, however, the transcendent, ecclesiastic jurisdiction with moral basis played a certain selection function against formalism.

With the emergence of the secular view of the Renaissance the Roman law underwent a revival period and the idea of law as self-value started. Consequently in the 20th century (see e.g. Coing and Luhmann) questions related to the ideal existence, ontological aspects of non-sacral law with moral basis, emerged with elementary power. At this time law appears among others as a self-referentially closed system.

In contrast traditional religious laws or laws with religious basis (e.g. Muslim, Japanese, Indian law or the Chinese law which could not completely break with the Confucian tradition) do not absolutize the role of law, and do not consider law as an entity of self-value. In these cultures questions related to the spiritual existence of law did not emerge, as here the law is not sharply separated from morality and transcendence.

When stating the spiritual existence of law the West has to refer to psychic facts, to the existence of law in the consciousness. The Western legal philosophy, however, becomes uncertain when the question is how the law of a certain country exists if e.g. everyone is asleep. The thesis ascribes special importance to the idea of law with respect to the continuity of law.

Based on Somló, Kelsen, Moór, Eörsi the thesis tries to distinguish the category of potential human actions from those of permissible actions and from the concept of right, as the subjective derivation of law. The thesis point out that the right is related to some, in principle possible human behavior, independently of the knowledge or interest of the obligee.

According to the thesis the idea of right consists of two aspects: one is external, consisting in the possibility of a certain action; the other is internal, related to the “idea of due” (i.e. that certain things are due to, or belong to me). Right means the very specific unity and inter-relation of these external and internal momenta. The „idea of due” (similarly to the idea of law) is the result of a specific conception. When the consciousness creates these ideas and holds them, imagines them as 1) being independent him/her (i.e. from the consciousness) and, consequently 2) exist continuously in time.

Based on the results of human ethology research of the past decades the thesis point out that we, humans are able to imagine abstract principles and categories as real objects and to act accordingly. The situation is more or less similar with emotional manifestations too: we consider our friend to be a friend not only if we think of him/her, although we know that the feeling of friendship is an act of consciousness. In the case

of human race a certain rule-dominance evolves, wherein the dominant individual is replaced by some rule accepted by the society. Similarly to the dominant individual, however, the rule is conceived as a continuously existing entity. The conception of both the idea of law and of the “idea of due” according to a certain “time structure” (this special way of conception) provides a quasi-continuous existence to laws and to rights, when the consciousness relates the “idea of due” derived from the concept of right to a behavior of a person according to a norm, to a possible behavior.

The thesis raises the alternative of reforming the existing law on moral basis or to build a new legal system based on the natural law paradigm. It also warns of the dangers of the coexistence of the two systems, which is an anomic situation. It also reminds that or Western culture built on Christian and Greek basis, esteeming high activity and compassion has infected itself by adopting Roman law (involving, of course the reception of many practical solutions) with all consequences of a fatalistic-formal religiosity, foreign to its own nature.

The thesis points out that the development of a better legal system is impeded to a certain degree by the vulgarization of law being a concomitant of globalization and by the peculiar development of the legal system of the European Union, which by its low legal standards does not promote the desirable tendencies of Western legal evolution.

III. Utilization possibilities of the research results

Following certain traditions of the research of early Roman law and of Scandinavian legal realism the thesis points out a few new aspects based on psychology and on the history of religion that may become the basis of further research on Roman law and legal theory.

It also contributes to a finer interpretation of the origin and nature of Western concept of law. Thus it may provide data among others to comparative law studies dealing with other cultures.

By its multi-disciplinary approach it makes understandable the phenomenon of law on a relatively broader basis including social, cultural and evolutionary-natural aspects. In this context, parallel with the gradual penetration of other scientific disciplines (e.g. history, sociology, psychology, anthropology) into the science of law, it may contribute to the process in which comparative religious studies, human ethology and evolutionary psychology may impregnate the ever broadening and renewing view and approach of the theory of law.

Finally the thesis may become the basis of a multi-disciplinary legal study, course.

IV. List of publications

Book, book chapter

- 1) On some relations between interest and law. In: Tamás Prugberger: Interest and negotiation in the law. Bíbor Kiadó. Miskolc. 2002. 7-24.
- 2) The reality of the law. From the Etruscan religion to the postmodern theories of law. Kairosz Kiadó, Budapest, 2005.
- 3) Culture and fate. The possibilities of the philosophy of history. About the Mesopotamian culture Bíbor Kiadó, Miskolc, 2007.
- 4) Roman Law: Legal System of Law (Jenő Szmodis – Peter Stein – Andrew Borkowski – Paul Du Plessis – Berry Nicholas) Alphascript Publishing, 2009. 3. 11.

Essays

- 5) On the rights of mayors related to the mayor office. Jogtudományi Közlöny. 1996. 2. 60-72.
- 6) Order of selection and motivation of selection in the field of public law. Gazdaság és Társadalom 1996. 3-4. 145-163.
- 7) The relation of various kinds of invalidities to the branches of law. Jogtudományi Közlöny. 1997. 4. 171-180.
- 8.) On conflicting interpretations of law. In: Festive essays. Bíbor Kiadó. Miskolc. 1997. 323-334.
- 9.) On the contents of constitutionality. Magyar Közigazgatás. 2006. 7. 438-446.
- 10.) The reality of the law. Jogtudományi Közlöny. 2006. 9. 332-340.
- 11.) Culture and fate. Thoughts from a venture into the philosophy of history. Valóság. 2006. 9. 50-66.
- 12.) Decline of the Western law? Állam és Jogtudomány. 2007. 1. 69-99.
- 13.) On the spiritual origin of Roman law. Valóság. 2007. 1. 11-34.
- 14.) Perspectives of the law in the Euro-Atlantic culture. Festive essay. Novotni Kiadó. Miskolc. 2007. 396-406.
- 15.) Two characteristic ways of social and cultural evolution. Valóság. 2007. 6. 49-68.

- 16.) On the criticism of historicism and its reasonableness. Valóság. 2008. 3. 1-26.

Book review

- 17) Tamás Prugberger: Labour law within civil law under the conditions of a globalizing economy. Magyar Jog. 2008. 3. 186-189.