

– KÖNYVISMERTETÉSEK –

DAVID L. TUBBS

Freedom's Orphans.

Contemporary Liberalism and the Fate of American Children

Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2008, 220 p.

ISBN 978 0 691 13470 3

“Come, liberty! Give a birth to order for me, teach him with good words, and let also play your beautiful and serious son!”¹ – these are the words of Hungarian twentieth century poet Attila József in 1935. Although we can read out a high expectation towards freedom, for it is considered as the source of order, some years later and a continent further we are witnesses of a turning point in the jurisprudence of the American Supreme Court² where all these expectations turn in vain. When formulating constitutional rights such as freedom of speech, freedom of press and right to privacy – we can see that it is not only the order that can hardly be considered as son of liberty, but freedom many times leaves also children as orphans.

David L. Tubbs is a fellow of the Witherspoon Institute and assistant professor of politics at King's College in New York City. At the beginning of 2008 he was guest of the Pázmány Péter Catholic University, Faculty of Law and Political Sciences, in Budapest. He had the occasion to present his new book, “Freedom's Orphans” to the audience.

Tubbs both in his book and in his lecture on it seeks to present the controversies between adult rights and the children's welfare in American constitutional law. His starting point is to compare the classical with the contemporary liberalism. We are witness of a change in both theory and practical consequences of it. While the American legislation and constitutional jurisprudence develops new and putative rights for adults, many times we can see that the legal interests of children (the most vulnerable members of the community) are not any more protected. He underlines that the personal freedom of adults in the United States is a political value that outweighs all competing interests, including welfare of children. He investigates the historical background, the reasons and explanation behind the disregard of infants in contemporary liberalism. There is a great contrast how American liberals can be sensitive to vulnerable people, to minorities, but they often neglect children.

¹ Final rows of the poem “A breath of air! (Levegőt!)”. Quotation in Hungarian: “Jöjj el, szabadság! Te szülj nekem rendet, /jó szóval oktasd, játszani is engedd/ szép, komoly fiadat!”. In *József Attila összes versei*. (The complete poems of Attila József). Budapest: Magyar Helikon Szépirodalmi Könyvkiadó, 1965, 323.

² Some important Supreme Court decisions: *Winters v. New York* (1848), *Butler v. Michigan* (1958), *Ginsberg v. New York* (1967), *Paris Adult Theatre v. Slaton* (1973), *Erznoznik v. City of Jacksonville* (1975), *New York v. Ferber* (1982), *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.* (2000) and *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (2004). Details of all these decisions are in the book.

In the first chapter of the book Tubbs explains us an important distinction in the political philosophy, that sources from Isaiah Berlin's essay on the "Two Concepts of Liberty",³ that marked a turning point in the political theory. According to Berlin's essay there are two ideas of freedom: the negative freedom, as unhindered choice, and the positive freedom, as self-control or self-government. Today's American liberals mainly accept the idea of freedom in the negative sense, describing it as more humane or dignified. According to Tubbs it results with some morally intolerable outcomes. There is a great difference between the antropological basis⁴ of the classical, nineteenth century liberals⁵ and the contemporary ones. While according to the classical view in liberal society children do not have the same rights, abilities, and it was admitted that they must depend on adults, contemporary liberalism has a serious mistake—for example based upon the writings of Dworkin—, adults and children deserve equal concern and equal respect. Nineteenth century liberals spoke frankly about responsibilities and possible abuses of freedom, contemporary liberals are silent.

Tubbs in his lecture drew the attention to a book, namely "The repeal of reticence", by Rochelle Gurstein.⁶ This book depicts how modesty is disappearing, and it shows the debate between reticence and exposure (mainly about private life). The writer shows how certain avant-garde artists invoke free-speech rights to justify violent, dehumanizing or pornographic works in the United States. She describes how "reticent sensibility" valuing tact, discretion, good taste and politeness is disappearing from public discourse. According to Tubbs the moral reticence presents a danger to a society like ours and poses children to a threat. As he presents the liberal postulate according to which there is no good life (mainly by citing thoughts of Gutmann, Kateb and Shklar), he raises our awareness of the liberal indifference to the exercise of personal freedom.

The second chapter gives light to liberal "dead ends". The author depicts the false charms of liberal feminism, mainly by examining statements of Susan Moller Okin,⁷ a political theorist who refers to herself as both liberal and feminist. Okin's aims were to incorporate elements of feminist thought into liberalism, and to eliminate "patriarchal" biases to promote equal opportunity. Although she is concerned for welfare of children and women, she often fails to anticipate how certain freedoms, when exercised,

³ This opus was described by Ronald Dworkin as the most famous twentieth century essay on liberty. RONALD DWORKIN: What Rights Do We Have? In *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, 267.

⁴ We must not forget about how crucial the account of the human person can be both in political and legal world. The antropological basis is relevant also in constitutional law, it serves as a solid background for example for human rights. We can read about the concerns of the importance of the antropological basis of the European Chart of Human Rights in the study of JÁNOS FRIVALDSZKY: Gondolatok az emberi jogok radikális szemléletéből fakadó problémákról. (Thoughts about the Problems Sourcing from the Radical View of Human Rights). In *Egy európai alkotmány felé*. Budapest: JTMR Faludi Akadémia–OCEPE Magyarország, 2003.

⁵ For example Benjamin Constant (who distinguished ancient liberty from modern liberty), Alexis de Tocqueville (whose important writing is *Democracy in America*) and John Stuart Mill.

⁶ Rochelle Gurstein is a professor of history at the Bard Graduate Center, she teaches history and other subjects.

⁷ Liberal feminist political philosopher and author (1946, Auckland /New Zeland/ – 2004, Lincoln /Massachusetts/)

affect children. In fact a common error in liberal theory is that its archetypal figure in political society is adult citizen living in a world where only adults are present. In a world where obscenity, abortion rights, and reproductive privacy are stoned notions, Okin still alledges that contemporary political theory remains mired in the Dark Ages. At the same time, Okin wanted to expand our notions of marriage and family so that they encompass same-sex couples.

In this chapter Tubbs also speaks about the phenomenon that the social contract philosophy came back to life by writings of Ackerman, Dworkin, Homes, Kateb, Nozick, Scanon, and mainly by A Theory of Justice of John Rawls. Tubbs gives a summary of the theory of John Rawls, explaining its basic principles. Then he presents Okin's criticism on it, for example Okin thinks that Rawl's theory pays insufficient attention to gender.

Okin underlines that children and women are exposed to economic vulnerability. She takes account of different material problems, and she seeks the remedy in the benign welfare state. An interesting point is that according to Okin children are influenced by what they see at home, and the injustices associated with gender can be easily perpetuated across generations. She qualifies the family as "the first school of justice", but she is not concerned about disadvantages and risks that a child who is adopted by a same-sex couple must tackle or bear. In my opinion, parallelly to what Okin says, it is likely that a child during his or her socialization process notices that there are inequalities between genders, but I believe it is better to have a picture about differences between genders (although sometimes it means unjustly devided duties and rights) than not to have knowledge about gender differencies at all (see: in case of same-sex couples).

Tubbs cites thoughts of other liberals, just as Nussbaum and Minow. They and Okin all regard as solution to problems of familes the expansion of the welfare state, they favor a larger catalog of sexual and reproductive freedoms and the expanded understanding of family.

In this chapter we can read a moral framework for marriage: "A marriage between a man and a woman is a union of two persons, characterized by love and fidelity (i.e., sexual exclusivity). In a just marriage, the domestic duties (including child-rearing) will be evenly shared by husband and wife. Spouses must share such work because they owe this to their children and because a just society requires such sharing."⁸ Tubbs refers also to the rural America where the traditional division of labor had a real biological basis. Speaking about traditionalism, in Okin's eyes "traditional" many times equates with "irrational". She has a strong revulsion towards Christianity, considering religion as sexist,⁹ misogynist¹⁰ and elitist.¹¹

⁸ TUBBS op. cit. 82.

⁹ Speaking about connection between religion and sexism, I would like to recall a verse from the Bible, from the letter of Saint Paul to the Ephesians, 5:21: "Submit to one another out of reverence for Christ". (Submit to one another, so it is duty of both husband and wife – mutually).

¹⁰ And another verse, from the letter to the Ephesians gives light to the relationship between religion and misogyny: 5:25: "Husbands, love your wives, just as Christ loved the church and gave himself up for her." And last but not least, some verses later, 5:33: "However, each one of you also must love his wife as he loves himself, and the wife must respect her husband."

¹¹ Let's see another verse of the Holy Script that can be an answer for the charge of elitism, namely the words that Jesus addresses to the rich young man (Matthew, 19:21–24): Jesus answered, "If you want to be perfect, go, sell your possessions and give to the poor, and you will have treasure in heaven. Then come, follow me."

At the end of this chapter, David L. Tubbs summarizes the achievements and shortcomings of Okin's political theory. On the one hand Okin deserves credit for emphasising the need to give more attention to the family and for stressing the political relevance of family life. Moreover, she added complexity to contemporary debates about social justice and life prospects of women and children. On the other hand she simplifies and obscures fundamental questions, she sees irrational or sexist prejudice issues that are considered as problems by others. Her presupposition is that interests of women and children coincide. Although she examines family life and sexual freedom, she fails to acknowledge that sexual freedom many times contributes to vulnerability of women and children.

In the third chapter of the book Tubbs examines the "Right to Privacy" and some forgotten interests of children. Now he changes aspect: after canvassing theoretical problems, now he seeks concreteness upon the judgments of the Supreme Court of the United States. He documents contemporary liberalism's inattention to children, when they are hardly visible in legal or social controversies. In this part of the book we are witnesses of how the Supreme Court ignored various interests of children when it was formulating the right to privacy.¹² The author presents the constitutional preliminaries, and explains the important notion of "police power". This power of the State does not only include the protection of public order, but it has a wider scope: it covers also the reserved powers which ensure a constitutional authority to promote public health, safety and morals. Then Tubbs presents Supreme Court's decisions about the State's regulations of contraceptives, for example the Griswold case,¹³ which came to mark a new era in American constitutional law, since the Court affirmed "sexual freedom", without saying anything about sexual responsibilities. Later on Tubbs explains the consequences of the Fourteenth Amendment of the U.S. Constitution (Equal Protection Clause), that is often seen as a legal base for judges to widen the content of constitutional rights, by formulating, for example the right to engage in sexual intercourse.¹⁴ He presents also the thoughts of Jarvis Thompson in his essay "A Defence of Abortion", and of Kenneth Karst explained in the essay "The Freedom of Intimate Association", where Karst wants to extend constitutional protection to casual intimate associations. Tubbs speaks about another writing, "The Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies" by John Robertson, who fails to mention the potentially grave problems of the popular

¹² It is painful that we have to face that the formulation of the right to privacy in American jurisprudence did harm on children and so their interests were injured, in the meantime, in today's society we are talking about the disappearing of privacy, because partly due to the dramatical technical development the total surveillance is becoming reality (see book of a professor of political science at Toronto's York University, REG WHITAKER: *The end of privacy*. New Press, 2000), so privacy in some aspects it is more like a virtual value now. Moreover, another part of the privacy is vanishing mainly because of the exposure, due to invasive journalism, realistic fiction and sex reform: they opened the public sphere to once private matters. (see for further details the above mentioned book of Rochelle Gurstein „The repeal of reticence”)

¹³ Other cases mentioned in this section are for example *Eisenstadt v. Baird* and *Carey v. Population Services International*.

¹⁴ David L. Tubbs is explaining Justice Brennan's argument on p. 127.

collaborative reproductions, when he builds his discussion on “the presumptive primacy of procreative liberty”.

In Chapter Four Tubbs makes us face with the conflicting images of children in First Amendment jurisprudence. Here he introduces the reality of confusion in judicial circles about children’s moral and developmental needs. The Supreme Court adopts a double attitude: sometimes it regards children as morally and psychologically fragile beings, but in other issues judges state that they are essentially indistinguishable from adults.

First of all Tubbs explains the process of how the common understanding of Bill of Rights has changed: while at the beginning it was understood as a statement of freedom of individual citizens in relation to the new national government, following the Civil war most of the provisions of the Amendments were binding on the States. By the sixties of the twentieth century the Supreme Court has nationalized almost all of the provisions of the Bill of Rights. Tubbs shows the consequences of this phenomenon in cases of the Supreme Court. Parallely to this, Tubbs lets us know how the wall of separatism was put between Church and State, and how religious exercises disappeared in public schools. As a result, when the Court decides cases involving young persons and state-sponsored religious exercise, it depicts them as frail and impressionable, and as ones who are likely to suffer real psychological damage from the pressure to participate in the exercise. But, at the same time, when the highest level of the American judiciary has to decide a case in which children are “incidentally” exposed to pornography or other ‘adult’ stimuli, the Supreme Court sometimes assumes that the young are “morally resilient beings whose welfare is not going to be affected by coarse language, gratuitous nudity or hardcore pornography.”¹⁵ Here again we can see the absence of a unique and consistent antropological image, which would include that of the infants. David L. Tubbs documents this inconsistency and he shows the Court’s indifference to some legitimate interests of children, by examining a series of well known school prayer cases and the obscenity jurisprudence¹⁶ of the Court. The verdicting body vindicated Free speech claims for adults while it acknowledged the possibility of children being exposed to pornographic or other inappropriate effects. A striking argumentation of judges is that whenever a child comes to an adult stimuli, just as obscene content, children have the right “to look away”, to avert their eyes. Here emerges the question: where is the protection? At the same time, according to the Court’s view, the compulsory salute of the national flag in a school violates the children’s freedom of conscience.¹⁷ Several decisions made sure that a common prayer, or reading of the Bible are unconstitutional in schools and are against Establishment Clause. Unfortunately it is only in a dissenting opinion¹⁸ where we can read that “a doctrinaire reading of the Establishment Clause leads to an irreconcilable

¹⁵ TUBBS *op. cit.* 149.

¹⁶ The author describes the old jurisprudence, when Supreme Court used the Hicklin test, and after the no prior restraint and the bad tendency test lived for many years in American constitutional law. He cites federal cases just as *United States v. Bennett*, *United States v. Clarke* and *United States v. Harmon*, and leading cases just as *Butler v. Michigan*, *Roth v. United States* and *Miller v. California*.

¹⁷ *Gobitis v. Minersville School District*.

¹⁸ Dissenting opinion of judge Steward in *Abington School District v. Schempp*.

conflict with the Free Exercise Clause”. The dissenting judge Steward held that the central religious value in the First Amendment is “the safeguarding of an individual’s right to free exercise of his religion”. So the positive freedom again loses against the negative freedom. Furthermore, we can see that based on the principle of indirect coercion, according to the American Court a religious benediction of a rabbi in a graduation ceremony is against the American Constitution.¹⁹

In the last chapter David L. Tubbs reviews Ronald Dworkin’s book: “Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution” where we get to know the different theories of constitutional interpretation.²⁰ According to Tubbs, Dworkin fails to probe the limits of negative freedom. Dworkin’s theory is based on the “equal concern and respect” but he understands it as the freedom for adults to “behave eccentrically or coarsely, whatever the consequences”.²¹

On the last pages of the book Tubbs underlines that his aim has been to document contemporary liberalism’s inattention to different interest of children. He reveals that the American judiciary has done much to transform the moral environment, which is “a transformation that we should lament, not celebrate.”

At the end of this review I would like to share an observation from a point of view of comparative constitutional law. Having read the Constitution of the United States, this more than twohundred-years old document, it comes out that neither the Articles, neither the Amendments contain any reference to children, to the protection of the young or of the family. A prompt explanation for this issue can be that the regulation for child and family does not belong to federal competency, but it is the regulating area of single States. But, it does not mean that their rights do not merit defence at federal level! By glancing at the Constitution of another federal State, that of Switzerland, we can find this provision in the chapter on Fundamental Rights.²² “Children and young people have the right to the special protection of their integrity and to the encouragement of their development. They may personally exercise their rights to the extent that their power of judgement allows.”²³ We can read another allusion to the young, namely in the Preamble of the Swiss basic law: “The Swiss People and the Cantons, [...] conscious of their common achievements and their responsibility towards future generations, [...] adopt the following Constitution [...]”. Paralelly to this we can cite the Preamble of the

¹⁹ Lee v. Weisman, 1992. According to the majority opinion the State’s involvement in religion in this case was pervasive in the public school.

²⁰ He explains the “moral reading²¹” and the “originalism”. “The moral reading refers to a set of interpretative principles to guide scholars and jurists when considering real constitutional cases.” TUBBS op. cit. 198.

²¹ TUBBS op. cit. 209.

²² Swiss Constitution, Title two, Chapter One, Article 11. Find on official website of the Swiss Federal Authorities, www.admin.ch.

²³ Let me cite also the dispositions of the Hungarian Constitution, Art. 67 regarding the rights of children and families:

(1) In the Republic of Hungary, every child has the right to enjoy the care and protection on the part of their families, and by the State and society, that is necessary for satisfactory physical, mental and moral development. (2) Parents are entitled to the right of choosing the kind of education their children are to receive. (3) Special provisions contain the responsibilities of the State in regard to the position and protection of families and of youth.

Constitution of the United States: “We, the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, [...] and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution [...]” The word “posterity” is the only reference to future generations in the American constitution. Here I would like to lighten a difference: while in the Swiss Preamble it is the responsibility (or we can say duty) of present generations towards those coming that is stressed, in the American constitution the most important thing to be assured to future generations is the freedom. The Supreme Court many times puts this value before interests of children. Referring back again to poetry of Attila József, “This is not how I imagined order”,²⁴ this is not how we—or the founding fathers—imagined freedom. Having thoroughly read the book of David L. Tubbs my concern is that with the decisions of the American Supreme Court it is not only the “Blessings” of Liberty that are promoted, but also the curses of it.

At the end I would like to emphasize that nowadays the role of the American Supreme Court in taking account interests of children is even more urging, since the new technical challenges (Internet, easily accessible child pornography, bioethic issues just as artificial procreation) make children more and more vulnerable. Moreover, I recall that in a Country where—unlike 193 countries of the world—the United Nations Convention on the Rights of the Child is still not ratified,²⁵ all levels and all means have to be grabbed to protect those, who actually might not be entirely under the world’s largest federal republic’s protecting wings, but to whom a special kingdom belong...²⁶

ÁGNES NÉMETH

ÚJ IRÁNYOK A JOGELMÉLETBEN

SONJA BUCKEL–RALPH CHRISTENSEN–ANDREAS FISCHER–LESCANO (Hrsg.)

Neue Theorien des Rechts

Stuttgart, Lucius & Lucius Verlag, 2009, XIX. + 477. ISBN 978 3 8282 0451 5

A jogtudomány tárgya a jog. Ám ugyanolyan tárgyról van-e szó a jog esetében, mint bármely más tudományterület vizsgálati tárgyánál? A matematika a számok világával, a történelem az elmúlt korok objektív történéseivel, a fizika a természet törvényeivel,

²⁴ Taken from A Breath of Air! – poem of Attila József, translation by John Bánki. In *Winter night. Selected poems of Attila József*. Corvina, 1997, 97.

²⁵ It is also known as „The Convention of New York”.

²⁶ Matthew, 19:14 Jesus said, “Let the little children come to me, and do not hinder them, for the kingdom of heaven belongs to such as these.”

az irodalomelmélet a leírtak elemzésével foglalkozik. A számok világa nem azért létezik, mert a matematika felismeri, ahogy a csillagokat sem a csillagász teremti és a fizika törvényeit sem a fizikus – ezek *önmagukban és eleve* adottak. A valódi tudomány feladata, hogy életünk egy szegmensét – létezzék ez akár a természeti, akár a szellemi világban – feltárja, ám a tárgy maga e felismeréstől függetlenül is létezik. Nem azért igaz a Pitagorasz-tétel, mert Pitagorasz valamikor leírta azt – Pitagorasz csak azt írta le, ami eleve létezett.¹ A Föld sem azért forog a Nap körül, mert ez a világtörténelem egy adott időpontjában egy adott szájból kimondatott. A legtöbb tudomány tárgya tehát: 1) önmagában (*in se*) és önmaga által (*per se*) létezik, ekként 2) az őt vizsgáló tudomány nem alakítja, csak felismeri az eleve adottat, amely 3) a saját, belső szabályszerűségei szerint konstans. Ám ilyen tárgy-e a jog is? Létezik-e a jog önmagában véve? Van-e a jognak bármiféle belső szabályszerűsége, amelyet csak felismerni, de nem alakítani képes az őt vizsgáló tudós? Van-e jog *in se* és *per se*? Mi is hát a jog?² Honnan tudjuk, látjuk, érzékeljük? Vannak jogszabályaink, amelyek papír alapú könyvekből, de most már elektronikus formában is olvashatók. Vannak ítéleteink, amelyek meghallgathatóak, újraolvashatóak. Vannak végrehajtási aktusaink, amelyek elszenvedhetőek vagy kikövetelhetőek. Van a rendőr, aki ránk emelheti gumibotját, és van a BKV-ellenőr, aki felhúzhatja karjára a karszalagot – és majdan elválhat, hogy kinek is volt jogilag igaza. Ám hol a jog? A jog dönt vagy a mögöttes emberi akarata? A kimondott szó, a felemelt gumibot, a felhúzott karszalag? Van-e a jognak akarata, lényege, amelyet nekünk csak fel kell ismernünk? Vannak-e olyan szabályok a jogban, amelyek nem a mi felismerésünk által, hanem attól függetlenül is léteznének? Amikor a jogállam-fetisiszták úgy hiszik – és úgy tanítják –, hogy a jogállamiság lényege taxatívén meghatározható, így egy cselekedet jogállamisága nem az értékelő alany értékelésétől, hanem a cselekedet belső adottságaiból fakad, nos, nem mondanak kevesebbet, mint hogy a jogtudós és, tegyük fel, a fizikus munkája kevésbé különbözik egymástól. Mindkettő eszerint egy eleve adott természeti jelenséggel – a fizikus ekként a fizikai világgal, a jogász pedig a jogival – foglalkoznék, és felismeréseik nem teremtik, csak érzékelhetővé teszik mindazt, ami eleve és önmaga által létezik és létezett mindig is. Így bármely törvény, amelyet Alkotmánybíróságunk alkotmányellenesnek ítél, *in se*, tehát már meghozatala pillanatában alkotmányellenes, mert belsejéből adottan az. Egy cselekedet sem azért jogellenes, mert a bíró utóbb annak nyilvánítja ítéletében, hanem a bíró csak azt mondja ki, hogy a Föld forog a Nap körül, és hogy X tényleg jogellenesen okozott kárt Y-nak. De akkor miért van mégis vita mindig egy tett jogi megítéléséről? Miért láthatja ugyanazt a jogszabályt egyazon jogi műveltséggel bíró testület fele-fele arányban alkotmányosnak és alkotmányellenesnek is? És miért gondoljuk, hogy a jogban ilyenkor a többség dönt? Miért nem az, akinek tényleg igaza van? Aki tényleg felismerte a vizsgálandó anyag belső lényegét, *in se* jogszerűségét vagy -szerűtlenségét?

¹ Az összes tudomány tehát olyan igazságokra jön rá, amelyek a felismerésük nélkül is igazak és állandóak. Ezzel szemben a jogtudomány tárgya állandóan változik – a mi állításunk szerint *in se* nem is létezik –, így a jogtudomány képtelen lenne felfogni, tudományosan magyarázni azt, ami egyszer ez, másszor meg az. Minderről lásd JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Berlin–Freiburg: Rudolf Haufe Verlag, 1990, 11–13.

² Erről való gondolkodásként lásd TECHET PÉTER: Jogfilozófia a jagon túl. *Kortárs*, 2008/12, 114–115.

Azzal, hogy a jogi választ végül is a hierarchiában magasabban elhelyezkedő fórum utolsó szavához vagy egy testület többségi döntéséhez kötjük, közvetve elismerjük, hogy egy tett, egy törvény *in se* sem nem jogellenes, sem nem jogszerű, hanem csak az őt értékelő utolsó akarat teszi, nyilvánítja immár megkérdőjelezhetetlenül ilyenné vagy olyanná. A jog az, amit utolsóként mond ki jogként az a testület, amely arra kapott felhatalmazást, hogy a jogot utolsóként mondja ki. (Érvényessége ekként *internus* és *tautologikus*.) A testület döntését pedig sok minden meghatározhatja – de legkevésbé sem a konkrét vizsgált anyag önszerűsége. (Érvényesülése ekként *externus* és *faktuális*.) Mert olyan, mint jog, nincs. Nem *van*. Elvégre is a jog egy Sollen-kategória: nem más, mint a tényekhez rendelt jelentés. *Rendelt*: azaz egy emberi akarat által meghatározott aktus eredménye az, amit jogként ismerünk.³

Nincs egy olyan objektív tényező (adottság), amelyet tudományosan verifikálható módon jognak nevezhetnénk, pusztán emberi magatartások vannak, „amelyeket hol jogi, hol más szempontból értelmezhetünk”.⁴ Emberi magatartások vannak tehát csak körülöttünk, amelyeket a társadalom valamiért jogként fogad el – az elfogadás okára irányuló kérdés azonban nem jogi, hanem pszichológiai és szociológiai választ igényel. A jog a legális kontinuum (államiság) idején az, amit az állami gépezet kényszer útján jogként képes az állampolgárokkal elismertetni, a legalitás diszkontinuitása (forradalom) esetén pedig az lesz az új jog, amelyet valamilyen akarat jogként képes elfogadtatni, érvényesíteni. A jog forrása így voltaképp – amint Walter Benjamin, Carl Schmitt vagy Jacques Derrida rámutatott – az akarat (a *Gewalt*, az *Entscheidung*, a *force*). Mert a jog nem adott, nem csak egyszerűen felismerni kell, válaszai nem önmagából következnek – hanem egész létét a felismerésünk által *teremtjük*. Nélkülünk nem létezik. Így voltaképp fölösleges is önmagában vizsgálni.

A mai jogelméleti kutatások ezért már nem a jogra önmagára irányulnak, hanem határhelyezeteire, kapcsolódásaira, más társadalmi-kulturális-természeti faktorokkal való érintkezéseire. Ami a jogról *in se* elmondható volt, voltaképp már többszörösen elmondható. Az eredmény pedig tautologikusan sovány: a jog ugyanis *in se*, *per se* nem létezik – csak valamivel való kapcsolatában, kapcsolata által jelenik meg érzékelhető, tehát levő (*seiend*) társadalmi alrendszerként. Sem dologszerűsége, sem érzékelhetősége nincs. Pusztán fikció. A jog *in se* egy fiktív világ, amelyet rendszerezhetünk logikailag, de ezáltal nem tesszük még sem valóságossá, sem létezővé, sem önmagában-létezővé.

Ezért fontosak azok a nyelvészeti, kibernetikai, informatikai, irodalomelméleti, szociológiai, politológiai, statisztikai, filozófiai, teológiai, történeti, közgazdasági, pszichológiai, pszichoanalitikai, antropológiai (stb.) kutatások, amelyek a „jogra”

³ Akik egy folyamat, egy dolog, egy jelenség immanens tulajdonságának tartják jogi minőségét, egy Seinből következtetnének egy Sollenre. A jog egy Sollen-tétel: nem azt mondja meg, hogy mi *van*, hanem azt, hogy minek *kell* lennie. Egy jogi jelenség ekként nem azt jelenti, hogy a jelenség milyen [van], hanem, hogy a jelenségnek milyennek *kell* lennie. A „kellés” nem a jelenség immanens tulajdonsága, hanem hozzárendelt jelentése. Ezért van szükség akaratra, amely a jelentést rendeli, adja. (Vö. FRANZ ACHERMANN: *Das Verhältnis von Sein und Sollen als ein Grundproblem des Rechts*. Winterthur: Verlag P. G. Keller, 1955, 4. et passim)

⁴ MICHEL TROPER: *La philosophie du droit*. Paris: PUF, 2006, 44.

irányulnak – mert ezek voltaképp nem leírják, de felismeréseik által teremtik a jogtudomány tárgyát, a jogot. Azáltal, hogy leírják azt, ami az *ő tudományuk szerint* jog, megteremtik a jogot. Ahogy Varga Csaba írja egy helyütt: „A jogot *megértésünk* hozza létre”.⁵ Ezért lehet persze többféle elképzelés is a jogról – attól függően, hogy milyen szándékkal, tudással, és milyen tudomány felől tekintünk rá. A jogelmélet azonban képes átfogni azt a széles perspektívát, amelyben megjeleníthető a társadalom, az emberi tudat (stb.) azon megszgyéje, amit aztán akár jogként (de *tyutyuként*) is nevesíthetünk.

A stuttgarti Lucius & Lucius Verlag idén megjelentetett tanulmánygyűjteménye⁶ a „*jog mint...*” leírására vállalkozó új elméleteket mutatja be. A posztmodern jogelmélet olyan régebbi irányaitól, mint a pszichoanalitikai jogelmélet, a dekonstrukcionizmus, a hatvannyolcas ihletettséggű, társadalomkritikai *Critical Legal Studies*, a luhmanni rendszerelmélet vagy a procedurális jogszemlélet, a kötet tárgyalja az *up to date* divatos iskolákat (feminista jogelmélet, deliberatív iskola), de a csak mostanság formálódó új vonulatok (Giorgio Agamben neoschmittianizmusa, a neuro-elméletek, a posztállami jogelmélet) is bemutatásra kerülnek.⁷ Ám hiányzik a be- és átvezetés az elméletekhez és azok között. Megértendő, miért állíthatóak a jogtudomány tárgyáról teljességgel ellentétes kijelentések, szükséges lenne a *jog mögötti ontoimmanens semmi* ontológiai megalapozottságú bemutatása. Mert a különböző felismerések csak egy megelőző jogontológiai kutatás után értelmezhetőek, válaszhatóak fel. A jogontológia ugyanis a jog mögé nézve veszi észre, hogy voltaképp nincs mi mögé nézni, mert a jog a *mögénézésben* – és itt jutnak szerephez az említett jogelméleti irányok – vehető csak észre, s nem önmagában.

Miként áll a magyar jogelmélet, jogfilozófia, jogszociológia a nyugati fejlődéseket ismerve? Ugyan a magyar jogelméletben, érthető tudománySZOCIOLÓGIAI okokból, nem alakulhattak ki egyértelmű iskolák, még a nyugatiak epigonjai sem – kis közösség lévén, a magyar jogelmésznek úgymond mindennel kell foglalkoznia, s nem iskolásodhat –, szegyenre, elmaradottságra nincs ok, hiszen az említett jogelméleti iskolák többé-kevésbé képviselve vannak, legalábbis említés szintjén, itthon is. Bár hiányok persze vannak. A feminista jogelmélet például nemigen honosodott meg itthon, ahogy a dekonstrukcionista vagy a neoschmittianus, agambeni jogelmélet explicit jelenlétéről sem beszélhetünk, noha számos jogfilozófus munkáiban jelenik meg leíró (Karácsony András, Cs. Kiss Lajos) vagy részben, öntudatlanul tán, azonosuló-

⁵ VARGA CSABA: A jog és a jogfilozófia perspektívái a jelen feladatai tükrében. *Allam- és Jogtudomány*, XLIX/1, 18. [kiemelés tőlem – TP]

⁶ SONJA BUCKEL–RALPH CHRISTENSEN–ANDREAS FISCHER–LESCANO (Hrsg.): *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius Verlag, 2009.

⁷ A következő jogelméleteket, jogelméleti problémaköröket tárgyalja tehát a könyv: demokratikus pozitívizmus (Habermas), jogi dekonstrukció (Nietzsche, Derrida), rendszerelmélet (Luhmann), „globális Bukovina”-elmélet (Taubner), jogi kollíziók és paradoxonok elmélete (Wiethölter), *Critical Legal Studies* mozgalma, neo-materializmus (neo-marxizmus), a hatalom elemzése (Foucault), feminizmus, szociális emancipáció (Bourdieu jogszociológiája), posztmodern schmittianizmus (Agamben), társadalmi fragmentálódások elméletei (Weber, Ladeur, Lyotard), poszt-pozitívizmus, interpretáció (Davidson), neo-pragmatizmus (Brandom), pszichoanalitikai jogelmélet (Freud, Lacan), neuro-jogelmélet, a jog gazdasági elmélete, globális jogi pluralizmus, deliberatív jogelmélet.

felhasználói (Varga Csaba) módon. A politikai liberalizmushoz köthető jogelméletek Kis János és Bence György filozófiai és Gyórfi Tamás, Bódog Mátyás, Halmi Gábor, Sajó András stb. jogelméleti munkásságának köszönhetően igen jól hozzáférhetőek, feldolgozottak s továbbgondoltak. A jog gazdasági elemzését itthon is művelik, elég Cserne Péter munkásságára utalnunk. A globális világ új kihívásaira, a posztállami állapot jogára reagáló jogelmélet Pokol Béla vagy Fekete Balázs kutatásaiban foglal el az utóbbi időkből központi helyet, de ennek baloldali – lásd Chantal Mouffe – hazai leágazása kevésbé ismert. Szintén kár, hogy a *Critical Legal Studies* baloldali mozgalma voltaképp a nyugati világban akkor dívott, amikor itthon inkább az alkotmányosságot és nem a semmit keresték a jogban az előző rendszer kritikus gondolkodói, ekként ez a jogkritikai attitűd kevésbé gyűrűzött be hozzánk, kevésbé ingatta meg a jogásztársadalom mítoszait, hiedelmeit.⁸

Hiányossága azonban a tárgyalt könyvnek is van. Egyrészt az egyes iskolák bemutatása túlságosan *in medias res* valósul meg: ahhoz, hogy megértsük, miért is lehet egy állítólag tudomány állítólag konstans tárgyáról egészen ellentétes kijelentéseket tenni, olyan megelőző, de legalábbis bevezető mély jogontológiai vizsgálódásokra lenne szükség, amelyek például itthon – sokban Lukács György szellemi hatására – igen színvonalas munkákat eredményeztek, gondolunk itt elsősorban Peschka Vilmos vagy Varga Csaba jogelméleti *oeuvre-jére*. De a preszocialista hazai jogelmélet, Somló Bódog részben schmitti, részben realisztikus, vagy Horváth Barna szinoptikus jogelmélete, szintén eljutott, de legalábbis továbbgondolható volt (lenne) azon jogontológiai felismeréseikig, amelyek okán érthetővé válhatik, hogy a posztmodern jogban miért

⁸ A *Critical Legal Studies* jogkritikai attitűdje itthon, sajátos módon, részben mégis felfedezhető Varga Csaba munkásságában, különösen a jog kultúrákenti elemzésében. A *Critical Legal Studies* leleplezi a jogi formalizmus, a jogi absztrakció, a *more geometrico* jogalkalmazás dogmáit (*critique of rights*), rámutatva a jog nyelvi meghatározatlanságára, a döntési mechanizmus szükségszerű logikátlanságára és szubjektívizmusára (*critique of indeterminacy*), s különösen az itthon is ismert, s Varga Csaba által közvetve bírált liberális konstitucionalizmus, jogállam-fetisizmus áll kritikájának középpontjában. Kiváltképp erősen érezhető az azonosság a *CLS* és Varga Csaba munkássága között – amely azonosságról még véletlenül sem állítanánk azonban, hogy tudatos lenne –, amennyiben Varga Csaba jogrelativizációs munkásságát vizsgáljuk, amelyben a katolikus jogfilozófus rámutat a jog bármikénti értelmezhetőségére – de ekként az egyéni és közösségi szabadságra és az ebből fakadó felelősségünkre –, s kultúráként értelmezve a jogot, tagadhatja az EU jog jogiságát, az absztrakt fogalmak létezhetőségét (így akár a nemzetközi „jogot” is), és figyelmünket inkább irányítja, hasonlóan a *CLS* számos reprezentánsához, a konkrétumra. A *CLS* két, ma is továbbbővülő ágazata, a *New Stream*-iskola és a *cultural analysis of law* hasonlókat állít a nemzetközi jog, az európai jog és a jogösszehasonlítás terén: vagysis a heterogenitásra, a történelmi-kulturális fragmentáltságára, a különbözőségekre mutat rá. [A magyar és a nyugat-európai történelmi környezet eltérőségét bizonyítja, s így a nyugati fogalmak hazai használhatatlanságát, hogy nyugaton elsősorban az ún. baloldaltól, míg itthon inkább az ún. jobboldaltól fogalmazódik meg a liberális jogfelfogás, az absztrakt jogállam-hit, a mechanikus jogalkalmazás-gondolat, a jogi logicizmus bírálata. Értethető, hiszen, a jog – ahogy Michel Foucault helyesen megállapítja – egy konkrét történelmi uralmi helyzet pillanatfelvétele, ekként mindig a győztesek joga a jog. Nos, Nyugaton ez elsősorban a jobboldaltól érkező kapitalisztikus és liberális polgárság, itthon pedig a posztkommunista társadalmi és hatalmi kontinuitás érdekeit védi – és ezzel szemben, jobbról vagy balról, érkezik a jogkritika. Elég csak Carl Schmitt felhasználására utalnunk. Nyugat-Európában és Észak-Amerikában lassan (szélső)baloldali szerzővé nemesül a plettenbergi tudós, itthon viszont, ugyan igen sporadikusan csak, de valamelyest a politikai jobboldal (*kritikai jobboldal*) szótárában jelennek meg fogalmai.]

valósulhat meg az elméletek terén is az „*anything goes*”. (Miért is? Azért, mert a jogban, nem lévén belső oka, tényleg bármi lehetséges.) Hiányosság a jogelméletek könyvbeli enumerációjában is tetten érhető. Hiányoljuk például a természetjogi iskolák bemutatását:⁹ ilyenek ma is léteznek, különösen a frankofón és a spanyolajkú világban születnek e téren hatásos és újszerű művek.¹⁰ Szintén hiányzik a *Comparative Legal Culture* nehezen magyarosítható nevű diszciplína vagy a (neo)marxizmus jogelméletének a bemutatása is. Hasonlóan nem ír a könyv önálló fejezetben a jogi szemiotikai mozgalomról, a jognak nyelvi jelként vagy retorikai teljesítményként történő ábrázolásáról. Mindezen említett területeken a magyar jogelmélet viszont épp kifejezetten felkészültnek érezheti magát. A rendszerváltás után megindult a természetjog hazai recepciója, reinkarnációja – a pesti katolikus egyetem jogi karán immár önálló tárgyként tanítva –, amiben, példálózó jelleggel említve, Frenyó Zoltánnak, Frivaldszky Jánosnak vagy Turgonyi Zoltánnak van elévülhetetlen érdeme. Az összehasonlító jogi kultúraelmélet területén Varga Csaba, – a tárgyalat könyvből szintén kifejejtett antropológiai jogelméletben – H. Szilágyi István vagy a fiatalon elhunyt Loss Sándor alkotott és alkot nemzetközileg is jegyezten. A jog és a nyelv kapcsolatát tárgyaló munkák szintén ismertek a hazai jogbölcseletben, ahogy a perelmanni új retorika is képviselt.¹¹ A marxizmus jogelméletét pedig ugyan ma nem igen kutatják, képviselik itthon – tették ezt ugyanis évtizedeken át –, ám a múlt rendszerből fakadó rossz emlékek okán kár lenne veszni hagyni az e téren felgyülemlett tudást, amely – amint számos posztmodern nyugati iskola kapcsán elmondhatjuk – változatos, érdekes és hasznos irányokba is továbbgondolható. Az elmúlt húsz év kínál annyi távot már a szocialista korszaktól, hogy ne irtózzunk felhasználni a marxi gondolatokat a globalizmus, az eldologiasodott jog, a vadkapitalizmus, a társadalmi pauperizáció stb. láttán.¹²

Elolvasva a könyvet, érezve a néhol igen markáns elméletek kontúrjait, vadságát, vitáit, összességében mégis fel kell panaszolnunk a hazai jogelmélet nyugodtságát.

⁹ Ráadásul a természetjogias gondolkodással megelőzhető a jogi dekonstrukció, amely voltaképp minden más jogi iskola eredménye, ha akarja azt, ha nem. Amennyiben ui. csak a pozitív jogot vizsgáljuk jogként, érthető, hogy egy önkényes, bármikor változó, így egy tudomány tárgyaként nehezen elképzelhető valamit kapunk. A jogtudomány tehát eleve dekonstruktív a saját tárgyát illetően. A „természetes jog” vizsgálata lehetne valójában a jogtudomány anyaga, konstans lévén. Vö. KIRCHMANN i. m. 32. et passim.

¹⁰ Ez a hiány nem indokolható azzal, hogy a tárgyalat könyv csak az ún. posztmodern elméletek bemutatására vállalkoznék, mivel maguk a szerkesztők ismerik el bevezetőjükben, hogy azon elméleteket is ismertetni szándékoztak, amelyek épp a posztmodern jogelmélet ellen lennének bevethetők; vö. BUCKEL–CHRISTENSEN–FISCHER–LESCANO i. m. X.

¹¹ Egyetemünk Jogbölcseleti Tanszékén például – Könczöl Miklós, Paksy Máté, Tattay Szilárd részvételével – a jog és a retorika összefüggéseit vizsgáló műhely létezik, de más jogelméleti tanszékeken is – így kiváltképp Szabó Miklós miskolci műhelyénél – jelen van a jog nyelvelméleti vizsgálatának kérdése.

¹² Hasonló szellemben Varga Csaba: „Sőt, várhatóan éppen megerősödik majd [a marxizmus] olyan elemeiben, amelyek – Robert Nisbet kifejezésével élve – »a közösség keresésének« vágyától eltelve hagyományában a mai keresztény (és egyéb) humanista tendenciákat támogathatják. Már pedig ilyen továbbra is élő, mert megtermékenyítésre alkalmas fogalmiságként, problémaérzékenységgént, módszertani belátásként és értéktudatossággént a marxizmus saját XX. századi eszmetörténeti múltjából gondolhatunk mindenekelőtt a történetiség elvére, a társadalmi kondicionáltság gondolatára, a létezés

Helyesen jegyezte meg Jakab András, hogy itthon nincsenek nagy viták¹³ – a gondolatokat megfogalmazzák, recipiálják, importálják. Az egyértelmű állásfoglalású iskolák hiánya okán a magyar jogelmélet inkább reflektál a nyugati jogirodalom történéseire, s kevésbé kész akár a kintről származható elméleti felvetések, akár a hazai problémák mentén iskolákba tömörülni, vitatkozni. Akinek mindehhez mégis kedve lenne, annak ideális jogelméleti *baedeker* gyanánt szolgálhat a tárgyalt mű.

TECHET PÉTER

konkrétasága módszertani fontosságának felismerésére, az elidegenedés-elméletre (a tárgyiasodás és eldologiasodás egymásra következő folyamatainak lehetséges végtermékeként), a kapitalizmus és a poszt-kapitalizmusok mint anyagi termelés- és fogyasztás-központú civilizációs felfogások immanens kritikájára, bármiféle pusztán »ideologikus« létkonstrukció dekonstruálására, az ún. bennszülöttjogoknak anticolonialista elvi éllel való felvállalására, a hagyományos törődésre a harmadik világ sorsával, mindezekből következően pedig – végezetül, bár korántsem utolsósorban – mindenféle globalizmus elvi kritikájára.” (VARGA CSABA: A szocializmus marxizmusának jogelmélete. Hazai körkép nemzetközi kitekintésben. *Világosság* 2004/4, 100–101.) Ezzel ellentétben H. Szilágyi István megvonja a tudományosság rangját is a marxizmustól, így voltaképp visszautalja az eszmetörténet kortörténeti polcaira; vö. H. SZILÁGYI ISTVÁN: A marxista társadalomtudományi fogalmak használhatatlansága. *Világosság* 2004/4, 79–88.

¹³ „[M]eggyőződésem, hogy nem helyes a mellébeszélés és a körülírás a tudományban – így a jogtudományban sem –, ez ugyanis megnehezíti a tudomány fejlődéséhez nélkülözhetetlen viták kialakulását. Meggyőződésem, hogy nálunk ezek sajnálatosan alacsony számának egyik fő oka éppen az, hogy a szerzők »óvatoskodnak«, tehát nem vállalnak fel karakterisztikus álláspontokat, hanem csak »sejtenek.«” (JAKAB ANDRÁS: *A magyar jogrendszer szerkezete*. Budapest–Pécs: Dialóg Campus, 2007, 14.) Jakab Andrásnak saját tézisei kapcsán részben sikerült élénk és hasznos polémiát kialakítania, elsősorban a Jogelméleti Szemle [www.jesz.ajk.elte.hu] internetes oldalán.

