

A JOGALKALMAZÁS SZOCIOLÓGIAI TÉNYEZŐI. A JOGALKALMAZÁS MINT TÁRSADALMI JELENSÉG. A JOGSZABÁLY ÉS A JOGSZABÁLYON TÚLI TÉNYEZŐK JELENTŐSÉGE A JOGALKALMAZÓI DÖNTÉSBEN. AZ ÁLLAMI JOGALKALMAZÁS ALTERNATÍVÁI. LAIKUSOK A BÍRÁSKODÁSBAN

A jogalkalmazás fogalma szociológiai szempontból két összefüggésben ragadható meg:

- *mint társadalmi jelenség a jogszabály és az egyedi eset találkozásában,*
- *mint szervezeti kontextusban létrejött döntés.*

A jogalkalmazás mint társadalmi jelenség. A jogalkalmazás általában valamilyen, a jogalkalmazói szervek elé tárt vitával indul. Így a jogalkalmazás legjellemzőbb módon a jog egyik jelentős funkciójához, a *konfliktusok megoldásához kapcsolódik*. Más funkciókban is közrehat ugyan, ekkor azonban általában látens jellegű marad. Például a gazdasági ügyekben a vállalatok közötti jogviták eldöntésével a jogalkalmazás manifeszt, közvetlen módon oldja meg a keletkezett konfliktust. Látens módon azonban a döntés a gazdasági jelenségek alakulását, sőt a társadalmi viszonyokat, akár a politika terepnumát is érintheti, sőt diszfunkcionális is lehet a gazdasági hatékonyság szempontjából.

A konfliktus és a jogalkalmazás „találkozásának” lehetősége további tényezőktől függ. Mindenekelőtt attól, hogy *a jogi szabályozás milyen típusú konfliktusokat érint*. Ez a körülmény is történetileg változó. Száz-százötven esztendővel ezelőtt például a jogi szabályozás „már és még” kevésbé avatkozott be a gazdasági jellegű konfliktusokba, az üzleti gyakorlatban keletkezett vitákba vagy a munkáltató és a munkavállaló közötti viszonyokba. Sokkal nagyobb lehetőséget kaptak a választott bíróságok, a közvetítés és így tovább. Ez a helyzet a XX. század derekára jelentősen megváltozott, bár a bírósági eljárások elhúzódása, sőt a szerződésekből adódó formalitások miatt legújabbban terjedőben van a jog és a hivatalis jogalkalmazási szervezetek kikerülése. A másik példa: a jogi szabályozás – legalábbis az euro-atlanti kultúra jogrendszereinek többségében – már nem avatkozik be a vallási közösségeken belül a vallással és annak gyakorlásával kapcsolatos konfliktusokba; az egyházak belső ügyeit saját szabályok rendezik. Más kultúra egyes társadalmában (például az iszlám hatalom alatt álló államokban) az egykor szekularizált viszonyokba beavatkoznak a vallási szervezetek, igényelve a viták legalábbis egy részének tradicionális kezelését is.

A vita jogalkalmazás útján történő eldöntése jelentős mértékben függ a *vitában érdekelt felektől* (adott esetben még a büntetőjog alkalmazásában is közrehat, hogy az érintettek tesznek-e feljelentést). Ezt a döntést a vita megoldására kialakult társadalmi mechanizmus hatékonysága is befolyásolja. Ebben a mechanizmusban jelen lehetnek tradicionális elemek – például a családi, rokon békéltetés, a gazdasági alrendszerben a felek által kialakított választott bíróságok és így tovább. Egyes kultúrákban – például Japánban, vagy azon országokban, amelyekben a konfucianus filozófiai megalapozottságból következően a társadalmi harmónia elsőrendű fontosságú –, a békítésnek kiemelkedő jelentősége van a konfliktusok megoldásában.

A vitakezelés módja mégis jelentős mértékben függ az *egyéni értékeléstől: attól, hogy az individuum meglátása szerint mennyire „éri meg” más kapcsolatok szempontjából a vitát a jogalkalmazó szervek elé vinni*. A házasság felbontása például szinte minden társadalomban csak bírósági úton érhető el. Mégis – részben a bírósági eljárás költségei, részben az eljárás zavaró, „kényelmetlen” mozzanata miatt – többen hajlanának a bíróság kikerülésére, ekként bonyolítva le a tényleges „válást” a jogalkalmazó szervek közbenjövete nélkül. A probléma azonban általánosabban az intézmény – a példánál maradva a bíróság – és használói

viszonyában is megjelenik. GESSNER szerint amennyiben feltételezzük, hogy a bíróság modern és racionális intézmény, akkor azok fordulnak hozzá ügyfélként, akik ugyanígy gondolkodnak, tehát a lakosság egy része.¹ Ez a viszony megjelenik a bíróságon közreműködésre kötelezettek esetében is. A tanúk távolmaradása nem csupán az esetleges félelmet jelzi, hanem a bíróságnak, mint intézménynek a „lebecsülését”, az állampolgári fegyelem romlását is.

A jogalkalmazó szervek, mint a vitát megoldó szervezetek kikerülésére azonban nem csak az egyének, hanem *a szervezetek közötti vitában* is sor kerülhet. Nem ritkán keletkeznek olyan helyzetek a gazdaság szereplői közötti kapcsolatokban, midőn a jogos igény peresítése a per megnyerése esetén sem „profitábilis” a kapcsolatok romlása szempontjából, így aztán a vitát még az a fél sem terjeszti a bíróság elé, amelyik pernyertes lehetne.

Végül a vita jogalkalmazó szervek elé vitelét – az egyének és a szervezetek esetében egyaránt – befolyásolja a *jogi szabályozás mennyisége, ellentmondásos jellege, ebből következően áttekinthetősége, kiszámíthatósága. A jogszabályok kvantitatív növekedése önmagában is csökkenti ismeretüket, áttekinthetőségüket, és ezzel a vitamegoldások jogszabályi lehetőségének felismerését és kiszámítását.*

A jogi norma a tipikus helyzetet szabályozza, a tipikus összetevőket, a szabályozás tipikus következményeit véve tekintetbe. Ezzel szemben minden egyes eset, amelyre a jogszabályt alkalmazták, sajátos és egyedi vonásokkal rendelkezik.

A jogszabály és a jogeset ilyen szembenállásából egyesek (különösen az amerikai realista mozgalom képviselői) arra a következtetésre jutottak, hogy a jogszabály tulajdonképpen sohasem alkalmas arra, hogy segítségével az esetek megoldhatók legyenek. Más felfogás szerint – ilyen volt például HORVÁTH BARNA két világháború közötti jogszociológus megközelítése is – a jogszabály és a jogeset „összeütközése” folytán a jogszabály és a jogeset is változik. Ebből az ellentétből vezették le azután többen is a bírói jogalkotás szükségességét.

A jogszabály és a jogeset szembenállása nem jelenti azonban a jogszabály „eredendő” alkalmatlanságát az egyedi sajátosságokkal rendelkező eset megoldására. Ez két körülményre vezethető vissza.

Mindenekelőtt arra, hogy a *jogszabály és a jogeset végső soron és többnyire ugyanazon társadalmi viszonyok terméke.* Ez egyrészt azt jelenti, hogy a szabályozás alapjául szolgáló tipikus helyzet lényeges összefüggései a jogeset lényeges összetevői között is megjelennek. Másrészt azonban arra is utalhat, hogy a tipikus elem a jogszabályban történetileg értelmezendő. Ha pedig így sem mutatkozik összefüggés a jogszabály és az életbeli tényállás között, *ha az ellentét feloldhatatlannak tűnik, akkor a jogeset megkérdőjelezi a jogszabály időszerűségét.*

Általában azonban a jogszabály valóban sikerrel ragadja meg a tipikus összefüggéseket a szabályozott társadalmi helyzetben, jelenségben és viszonyokban, s ha jogtechnikai jellegű torzítás sem befolyásolja, akkor a jogszabály megfelelően „keretjellegű” ahhoz, hogy az eset egyedi vonásai is értékelhetőek legyenek. Ebből is következik, hogy a túlságosan részletező, minden lehetséges eset szabályozására törekvő ún. kazuisztikus jogszabály „találkozása” a jogesettel kevésbé lehet sikeres.

¹ GESSNER, VOLKMAR: *Recht und Konflikt*. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, pp. 164-170.

A jogalkalmazás mint szervezeti döntés. A jogalkalmazás lényege mindenekelőtt az, hogy *a jogszabály a jogalkalmazói döntés kötelező eleme*. Továbbá a jogalkalmazás – bizonyos leszűkítéssel, hiszen például egy rendőr által megállapított szabálysértési bírság is jogalkalmazás – *szervezeti kontextusban született döntésnek* tekinthető.

A jogalkalmazó szervezetek kapcsán a jogszociológia egészen a legutóbbi időkig elsősorban a *bírói ítélkezéssel* foglalkozott. Ennek oka abban keresendő, hogy a jogtudomány sokáig elválasztotta egymástól a *bírói (igazságszolgáltatási) és a közigazgatási tevékenységet*. Az elválasztást azzal indokolták, hogy a bírói tevékenységet csak a jogszabály irányítja. Már MONTESQUIEU utalt arra, hogy a bírák csak „szájak”, amelyek a jog szavait ejtik ki, de nem változtathatják meg sem az erejét, sem a szigorúságát.² MARSHALL főbíró pedig – az USA-ban, a XIX. század elején – ugyanezt akként fejezte ki, hogy az igazságszolgáltatásnak nincs akarata, csak a törvényhozó akaratát, azaz a jog akaratát biztosítja. Az angolszász jogelv, miszerint a *bírói eljárás során nem az emberek döntenek, hanem a jogszabály, míg a közigazgatási tevékenységet csak a célszerűség irányítja*, ma már aligha tartható. A bíró, aki e feltételezés szerint szinte gépszerűen, „paragrafus-automataként” állapítaná meg a jogszabálynak, mint „felső tételnek” és az esetnek, mint „alsó tételnek” az összevetéséből adódó következtetést, gyakorlatilag „eltűnt” a jogfelfogásból is. THEODORE ROOSEVELT amerikai elnök 1908 decemberében a Kongresszushoz címzett üzenetében a bírakat már egyenesen a „legfőbb jogalkotóknak” nevezte, mert ők a legfelsőbb autoritás letéteményesei. Ezzel együtt az az idő is elmúlt, amikor a közigazgatási tevékenység kötetlenül, jogszabályoktól nem vagy csak távolról korlátozva, az állami célszerűségnek megfelelően alakulhatott.

A közigazgatás – az állami tevékenység kiterjedésével és jogi szabályozottságának fejlődésével mára kétségtelenül *jogalkalmazó szervezetté vált*. (Nem véletlen, hogy a közigazgatási hatósági jogalkalmazást szabályozó eljárásjogot önálló stúdium keretében oktatják a jogi egyetemeken.) A közigazgatási jogalkalmazás során ténylegesen közvetlenebbül érvényesül a politikai elem, de a bírói szervezetre is kihathat a politika; mindkét szervezet döntésében kötelező a jogszabályi elem, ezért mindkét szervezet döntési tevékenységében megtalálható (kisebb-nagyobb fokban) a *diszkrecionális mérlegelési jogkör* lehetősége (ezt korábban csak a közigazgatási tevékenység részének tekintették).

A bírói tevékenység során tehát éppúgy közrehatnak a jogszabályon kívüli tényezők, mint ahogyan a közigazgatási tevékenységben a jogszabály. A jogszociológia kimutatta továbbá, hogy egyes közigazgatási szervezetek – és nem csupán a rendőrség – szinte bírói funkciót „gyakorolnak”, és ezzel a „tudatosság magas fokán lévő bírói testületté” válnak.³ A jogszabály szerepe a közigazgatási döntésben azonban nem csupán „kvázi” bírói (bár természetesen a bírói szervezetrendszeren kívül eső) szervezetben mutatható ki, hanem minden közigazgatási szervezet munkájában.

Bizonyos különbségek azonban természetesen adódnak a bírói és a közigazgatási jogalkalmazás között. Ezek a különbségek történeti és funkcionális jellemzőkre vezethetők vissza. A jogalkalmazás első történeti megjelenésében inkább bírói jellegű volt, és kizárólag a konfliktusok feloldásában jelentkezett – s mivel a bíróság döntött az ember súlyosabb érdekeit érintő konfliktusok esetében, a jogfejlődés folyamán a bírói eljárások köré biztosítékok, garanciák rendszere épült ki. Napjainkban azonban már nem állítható, hogy kizárólag az

² MONTESQUIEU, CHARLES L. S. (1748): *A törvények szelleméről*. I. kötet. Akadémiai Kiadó, Budapest, 322. p.

³ NONET, PHILIPPE: *Administrative Justice: Advocacy and Change in Government Agencies*. Russel Sage, New York, 1969

emberek „életébe vágó”, súlyosabb érdekeiket érintő konfliktusok kerülnek bíróság elé. A közigazgatási tevékenység gyakran jóval súlyosabb érdekeket érint (például iparendélyek kiadása, adóügyek). Világos tehát, hogy nem az érintett érdek milyensége, „nagyságának” foka választja el ma már a kétfajta jogalkalmazási tevékenységet.

A történetileg kialakult különbség abban van, hogy a *bíróság tipikusan konfliktushelyzetet bírál el, míg a közigazgatási tevékenység tipikusan szervező jellegű, jóllehet látens módon mindkettőben jelen van a másik is. A kétféle jogalkalmazás tehát a két hatalmi ág különböző jellegű feladataihoz kötött tevékenységének kétféle megnyilvánulási formája. Ebből következik, hogy tipikusan eltérő szervezeti formákban és eltérő eljárási rendben tevékenykednek.*

Történetileg a bíraskodás és a közigazgatási tevékenység szervezeti különállásában fejeződtek ki a sajátos eljárási garanciák, amelyek az egyes társadalmakban a „pártatlan” ítélkezés, az ember személyiségi jogainak védelme és hasonló szempontok céljából alakultak ki. A hagyományos bírói szervezetben a laikus igazságérzetet kifejező elemek mellett a jogi szaktudás vált döntő tényezővé, bár a társadalmi fejlődéssel párhuzamosan a nem jogász szaktudás fontossága is egyre kifejezettebb lett a döntésben, és bizonyos mértékben el is vonta a viták eldöntését a hagyományos szervezeti bíróságoktól.

A bírói szervezet „korai” kialakulása, esetleg szervezeti megmerevedése a megváltozott társadalom viszonyai között esetenként csak diszfunkcionálisan tudja ellátni sajátos tevékenységét. Erre is tekintettel vált fontossá a kutatások során a bíróság elérhetőségének, az eljárás költségeinek és hosszadalmasságának vizsgálata.⁴

A bíraskodás helyzetét bizonyos értelemben meghatározza a *bíraskodás és a bíró társadalmi relevanciája társadalmi-politikai értékelése* is. A hazai politikai rendszerben, valamint politikai és jogi kultúrában például a bíróság erőteljesen kötődött részben a központhoz, részben a megyei közigazgatáshoz, s mindkét formában a paternalista viszony dominált. Sokáig nem bontakozhatott ki a felek vagy a vádlott személyiségét és függetlenségét tisztelő, autonóm bírói szervezet. A bíróság helyzetét tovább rontotta a manifeszt módon politikai célokra való igénybevétele és közvetlen politikai befolyás alatt való működtetése, különösen a második világháborút követően. Csak a rendszerváltozás folyamatában javult a bírák anyagi helyzete, és kezdett kialakulni valódi szervezeti függetlenségük is.

Szervezetileg a nyugat-európai kontinentális jogrendszerekben is a második világhégés után teljesedett ki a bíróságok függetlensége, és nem egy helyen az igazságügyért felelős miniszternek még ma is jelentős befolyása van a pénzügyi és személyzeti ügyekre. A politikai elem azonban mindenképpen kevésbé és jóval közvetettebben érvényesül a jogalkalmazói döntés során a bírói tevékenységben, mint a közigazgatás működésében.

Manapság a jogalkalmazás *szervezeti keretek között megy végbe*. Így a jogalkalmazói döntés a szervezeti struktúrában és státuszpozícióban történik. Ezért is fontos annak kiemelése, hogy míg az egyéni döntés társadalmilag kondicionált pszichikai, addig a szervezeti döntés társadalmi folyamat.⁵

⁴ BLANKENBURG, ERHARD R. – COOPER, JEREMY: *A Survey of Literature on Legal Aid in Europe*. The Windsor Yearbook of Access to Justice. (Vol. II. Offprints), 1982, pp.263-292.

⁵ BARNARD, CHESTER (1938): *The Functions of the Executive*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 199. p.

A szervezeti jelenségeket csak társadalmi környezetükkel együtt érthetjük meg. A társadalmi környezet a szervezeti kontextuson keresztül maga is alakítja a jogalkalmazást. A társadalmi környezet alakító hatása mutatkozik meg az adott történeti-társadalmi szituáció sajátos szempontok szerinti, politikai jellegű értékelésében is (akár a parlament vagy a média közbenjöttével, ha a politikai és jogi kultúra elég fejlett), illetőleg a szervezeti struktúrán keresztül a jogalkalmazói státuszpozíció felé való közvetítésében (például a feljebbviteli eljárás folyamatában, bírósági személyi politikával és így tovább).

A szervezeti kontextus hatása a jogalkalmazót részben a státuszpozícióhoz (bírószabálytanácsvezető, közigazgatási ügyintéző és így tovább) fűződő szerepelvárások tartalmi összetevőiben éri, részben pedig a *szerepelvárások* teljesítésének mikéntjében. Az utóbbit jelentősen befolyásolja a jogalkalmazó saját *szerepfelfogása*, amelynek kialakulásában ugyancsak jelen vannak társadalmi, szervezeti és individuális tényezők.

Egyes jogszociológusok rámutattak például az első-és másodfokú bírói szerepfelfogás eredendő különbségére. Eszerint a perben első fokon döntést hozó bíró szerepe tulajdonképpen „megfigyelő” jellegű, hiszen adott a fellebbezés, és ezáltal a megváltoztatás lehetősége is.⁶ Ezzel szemben a másodfokon eljáró bíró ítélete a „végső”, a „végrehajtható”, amely a társadalom felé az igazságos ítéletet, a jövőre nézve pedig esetleg a jogot jelenti.⁷

A különböző szerepfelfogások társadalmilag és történetileg kötöttek, és tényleges érvényesülésük *szervezeti eszközökkel is irányítható, befolyásolható*. A szervezeti kontextus annak tudatos felismerése felé indíthatja a jogalkalmazót, hogy döntése társadalmi hatású, ebből kifolyólag személyében is felelős. Márpedig a jogalkalmazó természetesen *hajlik a felelősségét csökkentő igények elfogadására*. A szervezetnek tehát mindenképpen nagy esélye van saját politikája, igényei egyedi döntésben történő érvényesítésére.

Külön problémát képez, hogy mennyiben érvényesül a társadalmi környezet alakító hatása a jogalkalmazói döntésre nézve az esetlegesen részt vevő *laikus közreműködőkön* keresztül.

A laikusok részvétele a jogalkalmazásban – elsősorban a bíraskodásban – történetileg alakult ki (eredetileg többnyire laikus bírák ítélkeztek), indokai is történetileg formálódtak. Ilyen indok volt például a helyi szokások ismerete, a demokratikus ellenőrzés a szakbírák felett, a társadalmi értékek, nézetek, a hétköznapi tapasztalatok érvényesítése.

Bármilyenek is legyenek a laikus részvétel indokai, mióta a jogalkalmazás formalizált szervezeti keretekben történik, a *részvétel alapvető tényezője a laikusok szervezetidegensége*. Ez abból származik, hogy valaki „szervezetrendszeren kívüli szereplőként” vehet részt a szervezeti tevékenységben. A bíróság esetében a „szervezetidegen” laikus *véletlen kiválasztással (esküdt), vagy választással (ülnök), meghatározott ideig működik közre a döntési folyamatban*. Sem munkáján, sem ambícióin keresztül nem függ a szervezettől, így a szervezeti érdekektől és az ehhez fűződő igényektől is független maradhat. Tipikus esetben a szervezetidegenség szakmaidegenséggel is párosul (például az esküdtek, az ülnökök általában nem jogászok). Ebből a szervezetidegenségből következik az a feltevés, hogy a laikusok a

⁶ Lásd például ECKHOFF, TORSTEIN: *Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence*, in *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 9., No. 11. (1965), 19. p.

⁷ STONE, JULIUS: *Man and Machine in the Search for Justice*, in *Stanford Law Review*, Vol. XVI., No. 3. (1964), pp. 515-560.

szervezeti igényekre és a jogszabályokra orientált hivatásos bíróval szemben elvileg nagyobb eséllyel képviselhetik a társadalmi értékeket, tapasztalatokat, nézeteket.

A különböző országokban (egyebek mellett Magyarországon is) végzett jogszociológiai vizsgálatok azonban arra mutatnak, hogy a szervezetidegenség legalább annyira korlátozza a laikus elem részvételét, mint amennyire e részvétel alapjául szolgálhat.⁸

A jogszabály és a jogszabályon túli tényezők jelentősége a jogalkalmazói döntésben. Ha abból indulunk ki, hogy a jogszabály a jogalkalmazói döntés kötelező eleme, akkor ebből a következő szociológiai összefüggések érdemelnek további elemzést:

- a jogszabály és a lehetséges döntési alternatívák közötti választás viszonya;
- a jogalkalmazó szervezet „jogszabályalkotó” tevékenységének problémája.

A jogszabály és a lehetséges döntési alternatívák. Minden döntés lényege a választás a lehetségesnek mutatkozó alternatívák között, tekintettel az egyes alternatívák várható következményeinek értékelésére. Minden döntés valamilyen cél elérésére irányul, még akkor is, ha a célt nagyon általánosan fogalmazzák meg (például a bűnelkövetéstől való visszatartás). Ha pedig a döntés célra irányul, akkor a választhatóknak tűnő alternatívákat két szempontból kell értékelni:

- alkalmas-e a kiválasztott alternatíva a cél elérésére, illetve
- a választott alternatívának a cél elérése mellett milyen más lehetséges következményei lehetnek.

A jogalkalmazói döntés esetében az alternatívák ilyen mérlegelése azonban ma még nem általános. Kiváltképpen a bírói jogalkalmazás esetében inkább igény, mint valóság. LEVI szerint a bírászkodás – de általában a jogászai foglalkozás is – korlátozza magát azért, hogy a jogi döntés kizárja az ítélet társadalmi következményeinek vizsgálatát. A jogászok számára csak a jogot, a jogalkalmazást érintő következmények relevánsak.⁹

Hogy a jogalkalmazói döntés esetében az alternatívák mérlegelése többnyire elmarad, az jórészt éppen a jogszabályból, mint a döntés kötelező eleméből fakad. *A jogalkalmazói döntés számára* ugyanis – szemben a jogszabályt nem alkalmazó döntéssel – *a döntési alternatívák lehetséges következményeinek értékelését a jogalkotó már elvégezte.* Ennek két következménye van:

- a jogszabály, mint kötelező elem csökkenti a választható alternatívák számát, és
- azt a feltevést sugallja, hogy a jogszabály alkalmazása az adott esetben is valószínűleg a jogalkotás folyamatában kívánatosnak értékelt következményekhez vezet.

Míthogy azonban a tipikus esetre szabott jogszabályt egyedi esetre kell alkalmazni, a jogalkalmazói döntésben elvileg *további értékelésre is sor kerül, és pedig a jogszabály által feltételezett és az adott esetben ténylegesen bekövetkező következmények egybevetésére.* Ezt ROSCOE POUND a következőképpen fogalmazta meg: a bíró az ügy eldöntésekor az igazságot kívánja elérni, de a jognak, a jogszabályoknak megfelelően.¹⁰

⁸ KULCSÁR KÁLMÁN: *People's Assessors in the Court. A Study on the Sociology of Law.* Akadémiai Kiadó, Budapest, 1982

⁹ LEVI, EDWARD H.: *The Nature of Judicial Reasoning*, in *Chicago Law Review*, Vol. 32., No. 3. (1965), 397. p.

¹⁰ POUND, ROSCOE: *The Theory of Judicial Decision*, in *Harvard Law Review*, Vol. XXXVI., No. 6. (1923), pp. 940-941.

A jogszabály alkalmazásának gyakorlatában a jogalkalmazói döntés e kettős jellegéből egy sajátos kérdés következik: *vajon egy ügyben, egy eset eldöntése során csak egyfajta helyes döntés képzelhető el?*

KARL LLEWELLYN szerint egy ügyben nem csupán többféle döntési alternatíva lehetséges, hanem valamennyi változat rendelkezhet előnyökkel a többihez viszonyítva.¹¹ Eme válasz szociológiai indoka az a körülmény, hogy minden döntés csak relatíve lehet helyes. A legoptimálisabb döntés esetén is el kell hanyagolni ugyanis néhány olyan tényezőt, amelyek más variánsok választása esetén nagyobb szerephez jutnának, és amelyek egyes vonatkozásban a választottnál kedvezőbb hatást gyakorolhatnának.

A LLEWELLYN által szolgáltatott válasz kétféleképpen értelmezhető:

- Egy ügyben jogilag is többféle helyes döntés képzelhető el, így a jogilag többféle helyes alternatíva közül választáshoz éppen az adott ügy viszonyaihoz képest megfelelő következményekkel járó alternatíva keresése visz el. Ez azonban meglehetősen nagy választási szabadságot, így keretjellegű jogszabályt, illetőleg olyan általános fogalmak használatát tételezi fel, amelyek jogilag is helyesen, többféleképpen értelmezhetők.
- Értelmezhető azonban úgy is, hogy jogilag csak egyetlen helyes válasz lehetséges a konkrét ügyben, míg tartalmi értelemben a döntési alternatívák közül több is helyesnek bizonyulhat. A gyakorlat ezt a kérdést a jogszabály formális érintetlenül hagyásával, ám értelmezésének a tartalmat is érintő változtatásával oldja meg.

A kérdés olyan formában is felmerülhet, hogy *a jogszabály alapján egyedül választható alternatíva esetenként nem felel meg az adott ügy viszonyainak*. Vagyis a tipikus helyzet értékelése alapján feltételezett tipikus következmények a konkrét esetben előreláthatóan elmaradnak. A jogszabálytól való kifejezett eltérést azonban a jogbiztonság szempontjai elvileg kevéssé engedik meg. Kevéssé engedik meg, tehát nem zárják ki. Adott esetben ugyanis a helytelen jogszabály alkalmazásának erőltetésével bekövetkező diszfunkcionális hatások a jogrendszer egészére nézve kedvezőtlen hatásokkal járhatnak.

A gyakorlatban ritkán fordul elő a jogszabállyal kifejezetten szemben álló döntés (ennek történetileg híres példája MAGNAUD francia bíró működése és könyve, *A jó bíró*). A jogalkalmazó inkább *az értelmezés segítségével kísérli meg a jogszabály és a konkrétan helyesnek mutatózó döntés szempontjainak összeegyeztetését*. Ezért nevezi LUHMANN a jogszabály-értelmezés technikáját „apokrif” jellegűnek, hiszen annak segítségével kísérik meg összeegyeztetni a tartalmi változást a jogi norma formális azonosságával.¹²

A bírói „jogalkotás”. A jogszabály-értelmezés alkotóelemének problémája, illetőleg a bírói „jogalkotás” kérdése kezdettől fogva a jogszociológiai gondolkodás egyik csomópontjának bizonyul. Ezen érdeklődés összefüggései a *jog változásának, fejlesztésének, aktív adaptációjának kérdéséhez, és ezzel együtt a jog stabilitása és változása dilemmájához vezetnek*. A kérdés megoldását pedig a hatalommegosztás elvének bizonyos félreértése nehezíti. A korábbi történeti fejlődéssel szemben – amelyben nem volt kivételes a bírói jogalkotás – az említett koncepció a jogalkotást a törvényhozásra, a végrehajtást a kormányra és a közigazgatásra, a konfliktusok megoldását pedig a bírászkodásra bízta. Ez a koncepció az államhatalmi ágak elválasztása mellett szervezeti egyensúlyt, sőt ezen keresztül bizonyos társadalmi erők egyensúlyát is kifejezte.

¹¹ LLEWELLYN, KARL N.: *Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Little, Brown and Co., Boston, 1960, pp. 24-25.

¹² LUHMANN, NIKLAS: *Rechtssoziologie* Rowolt, Reinbek bei Hamburg, 1972, 237. p.

*Az államhatalmi ágak elválasztása és egyensúlya ma is a demokratikus államszervezet egyik legfontosabb alapelve. A jogi szabályozás keretjelleget növekedésével azonban a végrehajtó hatalom jogalkotó tevékenysége növekedett, sőt a jogalkalmazó szervezet – elsősorban a bíróság – gyakran kényszerül a törvények értelmezése során is a keretek kitöltésére, esetenként korrekcióra is. Végezetül, a jogszabályok alkotmányossági szempontból történő felülvizsgálata (az Alkotmánybíróság „negatív jogalkotói tevékenysége”) rendkívül jelentős biztosítékot épített be a demokratikus államszervezetbe. Az alkotmánybíróságok alkotmányértelmező tevékenysége közvetve vagy közvetlenül jogalkotó jellegű. A kép további árnyalásához hozzátehetjük, hogy az angol common law rendszerében az egyedi döntés *ratio decidendi*jéből – a döntés mögött álló rációból – levonható általánosított szabály precedenst jelent.*

A jogalkalmazói, elsősorban a bírói jogalkalmazói tevékenység manifesztálódott vagy látens funkciójaként a történelem során kisebb-nagyobb mértékben és a törvényalkotás volumenétől, társadalmi szerepétől függően jelen volt a jogalkotás eleme. Ennek alaptényezői a következők:

- a jogszabályok nem foghatnak át minden társadalmi helyzetet és viszonyt, amelyből keletkező konfliktusok bíróságok elé kerülnek;
- az életviszonyok állandó változása a jogot is alkalmazkodásra kényszeríti és a jogalkotásra hivatott szervezetek még a mai, megnövekedett volumenű tevékenységükkel sem képesek a szükséges változásokat elérni;
- a keretjellegetűvé váló jogszabályok alsóbb szintű jogszabályokban konkretizálódnak, és egyes (polgári jogi, családi jogi) jogszabályok esetében a bírói jogértelmezés tartalmilag ugyanilyen konkretizáló tevékenységet jelenthet.

A bírói „jogalkotás eredménye” azonban csak a konkrét jogvitáktól függetleníthető szabály vagy elv. Ez jut kifejezésre az angolszász *ratio decidendi* elvében és például Magyarországon a Kúria elvi bírósági határozataiban (a Legfelsőbb Bíróság valamikori elvi döntéseiben).