

Bató Szilvia

A Fiatal Jogtörténészek (Association of Young Legal Historians/Vereinigung Junger RechtshistorikerInnen) Pécsen

A magyar jogtörténet-tudomány igen fontos „diplomáciai sikert” könyvelhetett el ez év májusában, hiszen a Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar Jogtörténeti Tanszéke adott otthont a Fiatal Jogtörténészek XIV. Európai Fórumának (XIVth European Forum of Young Legal Historians). A Fordulópontok és törésvonalak (Turning Points and Breaklines) címet viselő négy napos konferenciának (május 7-10.) félszáznál több résztvevője volt, ifjú joghistorikusok érkeztek Mexikóból és Oroszországból csakúgy, mint Hollandiából és Izraelből.¹

Május 7-én szerdán délután a Baranya Megyei Közgyűlés dísztermében került sor a konferencia megnyitására. Dr. Balogh Zsolt György dékánhelyettes, a szervezőbizottság és Magyar Hivatalos Közlönykiadó képviselője üdvözölte a konferencia résztvevőit, majd Prof. Dr. Kajtár István – a házigazda tanszék tanszékvezetője – megtartotta a nyitóelőadását.² A regisztrációnál megkezdett ismerkedés a közös vacsora során folytatódott, többen ismerték egymást korábbi konferenciákról és a 2005-ben tartott frankfurti Osteuropa Seminarról.

Az előadások két teremben folytak párhuzamosan, a szokásoknak megfelelően a 25 perces előadásokat 15 perces vita követte.

Csütörtök (május 8.) délelőtt a Holub József-teremben a jog, a tradíció és a kultúra összefüggéseit vizsgálták az előadók az angol (ír) és a török jogfejlődés kapcsán. Niamh Howlin (Belfast, Észak-Írország) a 19. századi írországi esküdtzéki bíráskodás jellemzőiről számolt be.³ A 17-18. századi angol házassági jogba engedett bepillantást Maebh Harding (Dublin, Írország) előadása.⁴ Eliana Augusti (Lecce, Olaszország) a 19. századi Törökország Európához és a modern jogrendszerekhez való viszonyát elemezte előadásában.⁵ Hasonló kérdésekkel foglalkozott Fulya Ilcin Gonenc (Marmara, Törökország) is, aki a szekularizációt és a török jogrendszer átalakítását, az európai normákhoz történő igazítás folyamatát vette górcső alá.⁶ Pervin Somer (Isztambul, Törökország) előadásában szintén az európai jogfelfogás és a tradicionális török társadalom között feszülő ellentéteket mutatta be.⁷

Délután a Holub-teremben a jogtörténetben megjelenő „törésvonalak” kerültek előtérbe. Gabris Tomas (Pozsony, Szlovákia) előadása pontosan mutatta be Közép-Európa jogfejlődésének összetevőit, a szociális jog csehszlovákiai történetén keresztül egyértelműen látszik, hogy az ideológiák és a nemzetközi erőviszonyok mennyire befolyásolták az egyes jogágak ki(át)alakulását.⁸ Anat Rosenberg (Tel-Aviv, Izrael) előadása a viktoriánus Angliába vezette a hallgatóságot Dickens-novellák segítségével.⁹ Bruno Debaenst (Ghent, Belgium) előadása a munkaköri kötelezettségek végzése során bekövetkezett balesetekre vonatkozó belgiumi joganyag szabályozástörténetét elemezte európai kitekintéssel.¹⁰

¹ A konferencia honlapja az előadások összefoglalóival: <http://euforum.law.pte.hu>.

² Tradition und/oder Umwälzung in der neueren Rechtsgeschichte.

³ The interaction between law, culture and religion: a case study.

⁴ The Fleet Marriages: a product of differences between culture, religion and law.

⁵ Protections and Capitulations: The European Language of Garentia in the Ottoman Empire.

⁶ Turkey – Europe Relations: The Role of Culture and Law.

⁷ Kultur, Zivilisation und Recht: gegenseitige Beziehungen.

⁸ The factors of social law development in Czechoslovakia.

⁹ The Culture of Promises: Promissory Relations Beyond the Legal imagination.

¹⁰ The relativity of turning points: labour accident legislation and its hidden prelude.

Csütörtök délelőtt a Faluhelyi Ferenc-teremben a hagyomány és a modernizáció kérdései köré szerveződtek az előadások. A radikális politikai változások okozta jogi problémákkal ismerkedhettek meg a résztvevők. Pablo Avilés Flores (Mexikó) francia nyelven tartott előadásában a francia forradalom alatt államosított javak problémájáról számolt be,¹¹ Markus J. Prutsch (Firenze, Olaszország) pedig a polgárkirályság létrejöttéhez vezető alkotmányos változásokat elemezte mélyrehatóan.¹² Az Észtországban megjelent jogtudományi folyóiratok szóhasználatában előforduló latin szakkifejezések gyakoriságát vizsgálta a Szovjetunó fennállása alatt és a függetlenség kivívása után Merike Ristikivi (Tartu, Észtország).¹³ Az Ír Szabadállam létrejöttével keletkezett jogforrástani kérdéseket mutatta be Thomas Quentin Mohr (Dublin, Írország).¹⁴ Pálvölgyi Balázs (Széchenyi István Egyetem, Győr) előadásában hallhatunk egy igen érdekes jogtörténeti „kalandról”, amelyben az Osztrák-Magyar Monarchia távol-keleti (kínai) – katonai vállalkozás eredményeképpen megszerzett – politikai befolyását elemezte a 19-20. század fordulóján.¹⁵

Délután az elmúlt évszázad ideológiáinak (nemzetiszocializmus és kommunizmus) a jogtudományra és a jogi gondolkodásra gyakorolt hatását mutatták be az előadók. A lengyel Szolidaritás mozgalom jogalkotásra gyakorolt hatásait elemezte Jaroslaw Kuisz (Varsó, Lengyelország) előadásában.¹⁶ A kommunista jogfelfogás jellegzetes termékét, az önálló családjogi törvény romániai keletkezéstörténetét ismertette Nadia Cerasela Dariescu (Iasi, Romania).¹⁷ Lena Foljanty (Greifswald, Németország) előadásában a nemzetiszocialista vallásellenesség egyfajta következményét mutatta ki a háború utáni német természetjogi vitában.¹⁸ Pablo Gutierrez Vega (Sevilla, Spanyolország) referátuma a spanyol polgárháború és Franco diktatúrája által okozott emberi jogi problémákkal, valamint a modern jogalkotás erre adott válaszaival ismertette meg a konferencia résztvevőit.¹⁹

A változatos előadások után a résztvevők megismerkedtek Pécs nevezetességeivel, és meghallgattak a székesegyházban egy orgonahangversenyt.

Pénteken (május 9.) délelőtt a Holub-teremben a jogalkalmazás történetével foglalkozó előadásokra került sor. Bart Coppein (Leuven, Belgium) segítségével a 19. század végi belgiumi jogi gondolkodással ismerkedhetett meg a hallgatóság.²⁰ A közgazdászként ismert Friedrich List a württembergi tartománygyűlés tagja volt 1821-ben, amikor büntetőeljárást indítottak ellene, ezt a parlamentarizmus-történeti szempontból is érdekes jogesetet dolgozta fel Daniel Rau (Heidelberg, Németország).²¹ Jürgen Busch és Kamilla Staudigl-Ciechowicz (Bécs, Ausztria) előadásukban igen érdekes megoldást alkalmaztak: a Hans Kelsen és Alexander Hold-Ferneck közötti ellentétek érzékeltetésére dramatizálva adták elő az egymással vitázó szövegeket.²² A magyarországi németek kitelepítésének jogtörténeti hátterét világitotta

¹¹ Collections and the French Revolution: a new property regime.

¹² The Revision of the French Constitution in the Crisis of 1830.

¹³ Latin terms in Soviet and post Soviet Estonian legal journals during the transition period as expressions crossing the eastern and western legal cultures.

¹⁴ The Birth of Irish free state as a Watershed in Legal History.

¹⁵ Événements étonnantes à la fin d'une expérience audacieuse.

¹⁶ The legal aspects of the August Agreements (1980) – the turning point into the Fall of Communism in the Eastern Part of Europe.

¹⁷ The influence of the communist ideology over Romanian Matrimonial Regime.

¹⁸ Rechtstheologie als Antwort auf den Nationalsozialismus? Zur Bedeutung der Religion in der deutschen Rechtsphilosophie der Nachkriegszeit.

¹⁹ The right to know, the duty to remember. The Spanish 2007 Historical Memory Act in the light of the UN Set of Principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity.

²⁰ Edmond Picard, actor and witness of the socialization of law in Belgium at the end of the 19th century.

²¹ Der Fall Friedrich List – Geschah Recht oder Unrecht?

²² Ein Kampf ums Recht: Recht, Kultur und Tradition in der Auseinandersetzung zwischen Kelsen und Hold-Ferneck an der Wiener Juristenfakultät.

meg Frey Dóra (Eötvös Loránd Tudományegyetem, Budapest) előadásában.²³ Tomislav Karlovic (Zágráb, Horvátország) a visszaható hatály tilalmára vonatkozó elemeket mutatott ki Cicero szövegekben.²⁴

A magánjog történetében érvényesülő tendenciákat mutatták be a délutáni előadások. A magyar magánjog egyik jellegzetességéről, az ági öröklés kialakulásáról és a körülötte kialakult kodifikációs vitákról Mázi András (Károli Gáspár Református Egyetem, Budapest) tartott előadást.²⁵ Judit Valls Salada (Girona, Spanyolország) referátuma az 1889-ben megjelent spanyol magánjogi kódex megszületésével foglalkozott.²⁶ A 16. századi Antwerpen város tanácsának két kereskedelmi jogi rendeletét mutatta be Dave de Ruyscher (Leuven, Belgium).²⁷

A Faluhelyi-teremet péntek délelőtt a római joggal foglalkozók vették birtokba. Barbara Abatino (Amszterdam, Hollandia) a prétori jogalkotás és jogalkalmazás „joglazító” hatását elemezte, amely áttörte a *ius civile* szabályainak szigorúságát.²⁸ Paulina Swiecicka (Krakkó, Lengyelország) a jogtörténet egyik igen fontos elméleti kérdését, a kodifikáció mikéntjét és határait elemezte.²⁹ A római állam köztársaságból császárságba történő átalakulását, valamint a jogászság ebben játszott szerepét Anna Plisecka (Amszterdam, Hollandia) dolgozta fel.³⁰ A római nők jogállását és a családban betöltött szerepüket vizsgálta Seldag Ceylan (Ghazi University, Törökország).³¹ Rosalia Rodriguez Lopez (Almeria, Spanyolország) a vallásnak a kulturális és társadalmi életben betöltött szerepéről beszélt a római birodalomban és annak a *res publica* megerősítésére gyakorolt befolyásáról.³²

Délután büntetőjog-történeti előadások kerültek sorra. Giorgica Sorin Apetrei (Iasi, Románia) a büntetőeljárás romániai kodifikációjának történetét mutatta be.³³ A halálbüntetés létjogosultságának és indokoltságának kérdéseiről Mihaela Laura Pamfil (Iasi, Romania) tartott igen heves vitát kiváltó előadást.³⁴ A 18-19. századi magyar és az osztrák büntetőjog közötti kapcsolatok kutatási lehetőségeiről Bató Szilvia (Kulturális Örökségvédelmi Szakszolgálat, Budapest) referátuma számolt be.³⁵

Az egész napos komoly munka után a konferencia résztvevői Villányban folytatták az eszmecserét.

Az utolsó napon (május 10.) a Faluhelyi-teremben változatos témájú előadások hangoztak el. Az önálló kereskedelmi törvény létrejöttének okait kereste Janwillem Osterhuis (Amszterdam, Hollandia) a német és a holland magánjogi fejlődés társadalmi-gazdasági feltételeit elemezve.³⁶ Irina Apetrei (Iasi, Románia) referátuma az emberi reprodukcióba történő orvosi beavatkozások magánjogi vetületét és romániai szabályozását mutatta be.³⁷

²³ Völkerrechtliche Vorgaben und ihre Verwirklichung zur Vollziehung des Bevölkerungsaustausches im Mitteleuropäischen Raum mit besonderer Berücksichtigung von Ungarn.

²⁴ Retroactivity in Preclassical Roman Law.

²⁵ Lineal inheritance and the Hungarian civil law.

²⁶ The codification of civil law in Spain.

²⁷ From individual debt recovery to collective liquidation procedures. New ideas on creditors' right sin sixteenth century Antwerp.

²⁸ Ut inter bonos bene agier oportet.

²⁹ Between codification and decodification – experiences of Roman Law.

³⁰ The roman Jurists' Law during the Passage from Republic to Empire.

³¹ Family Relations and the legal status of women in the Ancient Rome.

³² L'officium comme outil au maintien de la religion romaine et de la Res Publica.

³³ The criminal trial in present day Romania.

³⁴ The Death Penalty: the past and the Present. What about the future?

³⁵ Möglichkeiten der Forschungen der österreichisch-ungarischen strafrechtlichen Beziehungen.

³⁶ Industrialization and liberalism; consequences for the performance of obligations in the German territories and the Netherlands.

³⁷ The Settlement of Reproduction Health and Medically –assisted Human reproduction – a turning point in the Romanian Legislation of Family Law.

Beke-Martos Judit (Eötvös Loránd Tudományegyetem, Budapest) a diplomáciai protokoll jogforrástani vonatkozásairól tartott előadást.³⁸

A Holub-teremben a zárónapot a vallási és morális szabályok jogra gyakorolt hatásainak szentelték. Nótári Tamás (Károli Gáspár Református Egyetem, Budapest) Ingo herceg „írás nélküli” okleveléről és szimbolikus jelentőségéről tartott előadást.³⁹ Komáromi László (Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Budapest) a klasszikus kori római jogtudomány forrásaiban szereplő morális tartalmú előírásokat gyűjtötte össze és elemezte.⁴⁰ Az ortodoxia jogfelfogása és a modern bírósági szervezet, valamint a magánjogi eljárás kodifikációja közötti ellentmondásokat mutatta be Cosmin Dariescu (Iasi, Románia).⁴¹

A konferencia záró ülését a résztvevők egybekötötték az Association of Young Legal Historians/Vereinigung Junger RechtshistorikerInnen éves közgyűlésével és megvitatták a tervezett honlap koncepcióját. Meghatározták a következő évi konferencia helyszínét is, 2009-ben a fiatal jogtörténészek Firenzében tartják a Fórumot. Az előadások a hagyományoknak megfelelően kötet formában is megjelennek.

A pécsi szervezőbizottság (Peres Zsuzsanna, Korsósné Delacasse Krisztina, Kovács Eszter) munkáját a résztvevők virágcsokrokkal köszönték meg.

A Fórum résztvevői a hivatalos program végeztével még Tihanyba is ellátogattak.

A jogtörténelmi fiatal kutatóinak idei konferenciája négy tanulsággal szolgálhat. Az angol nyelvű előadások túlsúlya immár egyértelművé vált, ez összefügg a résztvevők összetételének átalakulásával. A korábban „német konferenciának” számító Fórum előadói között egyre több a volt szocialista országokból és Európa keleti határáról érkezik. A referátummal jelentkezők között „visszajárók” is vannak, és többen ismerik egymást hasonló jellegű rendezvényekről, szemináriumokról. Az előadások egy része nem csak jogtörténelmi kérdéseket vizsgál, hanem társadalomtörténelmi, gazdaságtörténelmi és filozófiatörténelmi megközelítések is napirendre kerülnek.

A pécsi házigazdák a konferenciát professzionális módon szervezték meg: az előadások válogatása, az érdeklődők információkkal való ellátása (tájékoztatók, honlap), a szállások foglalása és a közös rendezvények lebonyolítása tökéletesen sikerült.

³⁸ Is Protocol a Fictio Juris?

³⁹ Rechtshistorische Bemerkungen zur Conversio Bagoariorum et Carantanorum.

⁴⁰ Elemente religiöser und moralischer Normensysteme in den Werken von klassischen römischen Juristen

⁴¹ Jurisdiction over Marriage in the Romanian Principalities: from the Ecclesiastical Court to the Secular Tribunal.

Bódis Krisztián Lajos - Kómár Béla Endre
A földkérpótlás jogi háttérének következményei, a tulajdoni szerkezet
változása

Az eszme

Már a rendszerváltoztatás előtt a Németh-kormányból kikényszerítendő szimbolikus gesztusként merült fel a kárpótlás gondolata. A kárpótlás az 1990-es választásokkor egyedül az FKGP programjába került bele fő programpontként, mint a reprivatizáció mellett, szubszidiárius megoldásként alkalmazott intézmény.

Az 1990-es kormánykoalícióban komoly viták voltak a privatizáció folytatásával kapcsolatban. A Független Kisgazdapárt reprivatizációt kívánt végrehajtani, az államosított javakat – nem csak a földet – vissza akarta adni az eredeti tulajdonosoknak. A másik két koalíciós partner, az MDF és a KDNP ezzel szemben a piaci típusú privatizációt támogatta a korábbi tulajdonosok részleges kárpótlása mellett. A vitát az a két jogelméleti érvelés jelentette miszerint:

Az egyik: a szocializmus 40 éve alatt erőszakkal kialakított tulajdonviszonyok igazságtalanságát a társadalom nagy többsége átélte, de az egyik szerint az ország történetében a szocializmus csak rendellenes és törvénytelen epizód volt, ezek a törvények semmisnek tekintendők és a magántulajdon minden külön törvény nélkül helyreállítható, mivel a tulajdon köztudottan nem évül el, s a tolvaj elbirtoklással nem szerez tulajdont.

A másik álláspont: a korábbi tulajdon helyreállítását teljesen elutasította, mégpedig azon az alapon, hogy az új alkotmány értelmében nem lehet vizsgálni a korábbi törvények alkotmányellenességét. Elismeri, hogy természetjogi, erkölcsi alapokon a tulajdonosokkal szembeni törvénykezés kifogásolható, de a törvények érvényesek voltak, így a tulajdonosi igények megalapozatlanok. Meg kell tehát elégedni az erkölcsi elégtétellel.

Antall József 1990 őszén alkotmányossági útra terelte a kisgazdákkal folytatott vitát, amely alapvetően a vagyoni sérelmek jóvátételére vonatkozott. Kérdése arra vonatkozott, kaphat-e másféle vagy más mértékű kárpótlást az, akitől a földjét vették el, mint az, akinek gyárát, boltját vették el?

Az Alkotmánybíróság a tulajdonviszonyok rendezése során a tulajdon tárgya tekintetében csak egységes eljárást tekintett alkotmányosnak. Ez azt jelentette, hogy ha a törvényhozók a reprivatizációról a műhelyek, gyárak, üzemek, házak stb. esetében lemondanak és ezek tulajdonosait csak részlegesen pénzben (kárpótlási jeggyel) kárpótolják, nem járhatnak el. Az alkotmányellenesnek

minősített paragrafusok ugyancsak a volt földtulajdonosok pozitív diszkriminációját kodifikálták volna. Az általános szabályok szerint ugyanis a tulajdoni kárpótlás 200 ezer forintig 100%-os, ezután gyorsan csökken és 500 ezer forint felett már csak 10%-os lett volna. Ha viszont a kárpótlási kérelem alapjául termőföld szolgált és a kárpótlást a kárpótolt termőföldben kéri, a kárpótlás mértéke 1000 aranykorona (AK) értékig 100% lett volna. (Az aranykorona a termőföld kataszteri tiszta jövedelmét fejezi ki.) Így a kárpótlás az alkalmazott 1000 Ft/AK kármérték szorzó szerint 1 millió forintig 100%-os lett volna, s csak ezután kezdődött volna a degresszió. Ez a nagy eltérés a tulajdoncsoportok alapján a kárpótlásban az Alkotmánybíróság határozata szerint alkotmányellenes. A kimutatások szerint az 1947-es birtokviszonyokat tekintve a földbirtokok 98,5%-a 30 hektárnál kisebb volt. Átlagos AK-értékkel számolva (15,25 AK/ha) a földtulajdonosok még 1000 helyett 475,5 AK értékű határnál is 98,5%-ban teljes körű kárpótlást kaptak volna. A javasolt 1000 aranykoronás határ előnyét tehát csak a volt tulajdonosok 1,5%-a élvezte volna, ami az Alkotmánybíróság szerint nem volt indokolható.

A kormány hosszas koalíciós viták után az 1990 szeptemberében közreadott programjában (*A nemzeti megújulás programja*) így fogalmaz: „A kormány a korábbi tulajdonok természetbeni visszaadását általában nem támogatja. A termőföld esetében az alkotmányjogi vizsgálódások alapján lehet dönteni az eredeti (1947-es) tulajdoni állapotokat is figyelembe vevő tulajdon jogi rendezéséről. **Cél a polgárok földmagántulajdonára épülő gazdálkodás, valamint a magángazdák szövetkezésére épülő agrárgazdaság megteremtése.** A földreform során mindenekelőtt a mezőgazdasági tevékenységgel és földműveléssel foglalkozó falusi rétegeket kell földhöz juttatni. *A kormány a tulajdonok (gyárak, üzemek, boltok, műhelyek) természetbeni visszaadása (reprivatizálása) helyett kártalanítást ajánl. A kártalanítás csak részleges lehet a felhalmozott nemzeti közterhek (külföldi adósság, belső adósság, torz gazdasági szerkezet) miatt.* Olyan értékpapír formájában kifejezett kártalanítást javasol a program, amely új tulajdon vásárlására fordítható. A privatizáció a megtakarítások mozgósításával, a hazai befektetések ösztönzésével a belső túlkeresletet is mérsékli, így a kormány inflációellenes politikájának is fontos eleme.” A nemzeti megújulás programja című kormányprogramban a kormány kimondja, hogy nem támogatja a reprivatizációt.

Az eszme eredménye

Az Országgyűlés a kormánypártok támogatásával meg is hozta az első kárpótlási törvényt (1991. évi XXV. tv.), amelyet további kettő követett. Végül, 1991. július 11-én elfogadta a XXV., ún. kárpótlási törvényt, amely hatályba is lépett. A törvény az állampolgárok tulajdonában az állam által 1948. június 8-át követően igazságtalanul okozott károk kárpótlásáról gondoskodott. Ezt követte az ugyanilyen elvekre épülő 1992. évi XXIV. tv. az 1939. május 1. és 1948. június 8. között okozott károkról, valamint az 1992. évi XXXII. tv. az életüktől vagy szabadságuktól politikai okokból jogtalanul megfosztottak kárpótlásáról. Ezt a

sorrendet sokan kifogásolták, hiszen joggal érezhették úgy, hogy a politikai kárpótlás lett volna a demokratikus Magyarország legsürgetőbb feladata. A törvények lényege, hogy a különböző okokból kárpótlásban részesülők kárpótlását a kár mértéke alapján átalányértékben – ehhez tulajdoni kategóriák szerint különböző táblázatok készültek –, illetve a föld értékét AK alapon, 1000 Ft/AK kulccsal határozzák meg. A kárpótlás mértéke degresszív; megtartották a 200 ezer forintig terjedő 100%-os kártérítési határt és e felett a fent említett degresszivitást. A kárpótlás mértékét tulajdoni tárgyaként, illetve személyenként 5 millió forintban limitálták. A kárpótolt, vagy elhunytja esetén leszármazói, ezek hiányában akkori felesége jelentkezhetett kárpótlásért, akár Magyarországon, akár külföldön élt.

A tulajdonviszonyok rendezése érdekében az állam által igazságtalanul okozott károk részleges kárpótlásáról szóló 1991. évi XXV. törvény és a végrehajtására kiadott 104/1991. (VIII. 3.) korm. rendelet 1991. augusztus 10-én lépett hatályba.

Az Antall-kormány kárpótlási törvényei köztes megoldást jelentettek a korábbi vitában felmerült két álláspont között. Elutasították a reprivatizációt – az egyházi tulajdon ilyen jellegű visszaadásának kivételével. (Ld. az egyházi tulajdon rendezéséről szóló 1991. évi XXXII. tv. **60/1992. (XI. 17.) AB határozat**) Az utóbbit az Alkotmánybíróság nem minősítette reprivatizációs törvénynek, mivel az az egyházak hitéleti és közcélú társadalmi feladatainak ellátásához szükséges épületek rendelkezésükre bocsátását szabályozza.

A törvények egyik alapgondolata, hogy az igazságtalanul okozott tulajdoni károkat az állam méltányosságból, tehát erkölcsi alapon és nem alanyi jogon orvosolja. A törvény másik célja a tulajdonviszonyok rendezése, ami a szociális piacgazdaság kialakításának alapfeltétele. A tulajdonrendezés komplex folyamat, amelyben mind a múlt lezárásának, mind a szocialista rendszer alapját képező társadalmi tulajdon helyzetének, mind az új tulajdonszerzésnek alkotmányosnak kell lennie, mégpedig a régi, a jelenlegi és a jövőbeli tulajdonosok szempontjából egyaránt. Tulajdonosi, vállalkozói biztonság az állami tulajdon magánkézbe adásánál nem képzelhető el akkor, ha a tulajdonlás kérdései a vételt megelőzően nincsenek egyértelműen rendezve.

Végrehajtás-folyamata, eredmények

A kárpótlás nem ingyenes vagyonosztogatás volt, hanem a reprivatizációt, az 1939–1990. között az állam által igazságtalanul elvett magántulajdon visszaadását helyettesítő részleges kártalanítás. A kárpótlás célja a magántulajdonon alapuló földbirtokrendszer létrehozása volt. A kárpótlás feladata volt részlegesen kárpótolni azokat a magyar állampolgárokat, akik 1939. májusától az 1990. évi rendszerváltozásig jogsérelem ért, valamint a kárt elszenvedett, de 1990. december 30-án életvitelszerűen Magyarországon élt külföldi állampolgárokat a tulajdonukban az állam által igazságtalanul okozott károkért a törvények értelmében kárpótlás illette meg.

A kormány 1990. szeptember 1-jével külön szervezetet (Kárpótlási Hivatal) hozott létre, amely először csak a nyugdíjemelés kérdésével foglalkozott. Jogállása szerint nem minősült államigazgatási szervezetnek. A következő évben viszont átalakult országos hatáskörű, államigazgatási hivatallá, amelynek minden megyében, irányítása alá tartozó hivatalai voltak.

Az ország 3000 településén több mint 25 ezer földárverést tartottak, ennek során az ország megművelhető földterületének harmadát érintette a jóvátételi folyamat. Az összesen 5,8 millió ha termőföld-alapból 2,2 millió ha kárpótlásra került, 3,6 millió ha pedig, mint szövetkezeti részaránytulajdon volt megvásárolható és korlátozás nélkül földvásárlásra fordítható volt. A felnőtt népesség 11 %-a kapott kárpótlást saját vagy felmenője korábbi földtulajdona után, míg egyéb tulajdonok után 2 % volt a kárpótoltak aránya.

A családtagokat és a más jogcímen történt kárpótlást is bevonva az érintettek aránya 32 %-ra emelkedett. A kárpótlás sokkal jelentősebb intézménnyé vált, mint azt korábban gondolták, a magyar családok egyharmadát érintette, továbbá a határon túli magyarságra is kiterjedt. Mintegy 250 ezer, nem magyar állampolgár részesedett a kárpótlásból, összesen 30 milliárd Ft címlet értékű jegyet adtak ki. Összesen mintegy 1,8 millióan jelentkeztek kárpótlásért. Mivel a kárpótlás nem készpénzben történt, inflációs hatása elhanyagolható volt, sőt a jegyekhez kapcsolódó, az állami tulajdon megszerzésére irányuló tőkemozgások következtében csökkentették a szabad vásárlóerőt.

Kárpótlásban jogi személyek nem részesülhettek. A kárpótlás a magánosítás fontos részének tekinthető, mintegy 250–300 milliárd forint értékű állami vagyon megvásárlására nyújtott lehetőséget. A törvények értelmében az 1939. májusától az 1990. évi rendszerváltozásig a magyar állampolgárokat, valamint a kárt elszenvedett, de 1990. december 30-án életvitelszerűen Magyarországon élt külföldi állampolgárokat a tulajdonukban az állam által igazságtalanul okozott károkért a törvények értelmében kárpótlás illette meg. A kárpótlás összegéről kárpótlási jegyet állítottak ki. A kárpótlási jegy 1991. augusztus 10. napjától 1994. december 31. napjáig kamatozott. A kamat mértéke a jegybanki alapkamat 75 %-a volt. A kamat számításának kezdő időpontja a törvény hatályba lépésének napja. A Kárpótlási Hivatal a kárpótlási jegyeket a mellékelt kísérőlevéllel küldte meg a jogosultnak.

A kárpótlási jegy az érték-papírforgalomban

A kárpótlási jegy megjelent az érték-papírforgalomban is, ahol a mai napig részt vesz (az állam minden olyan szándéka ellenére, hogy a kárpótlási jegyet végleg

megszüntesse). A kárpótlási jegy, mint értékpapír, bárki által megvásárolható és korlátozás nélkül földvásárlásra fordítható volt. A törvény szerint a kárpótlási jegy bemutatóra szóló, átruházható értékpapír. Ennek értelmében a kárpótlási jegyre az egyes értékpapírok forgalmazásáról, valamint az értékpapírtőzsdéről szóló törvény rendelkezéseit kell alkalmazni. A kárpótlási jegy pénzhelyettesítőként is funkcionált. 1991–1997 között az ÁPV Rt. és jogelődei mintegy 2700 értékesítési tranzakciót bonyolítottak le – ebből 1338 esetben a vevők részben vagy teljes mértékben kárpótlási jeggyel fizettek (6000 forintos értéktől 10 milliárdos értékig). 1991–1997 között a hazai befektetőktől származó privatizációs bevétel csaknem 50 %-a kárpótlási jegy formájában realizálódott.

A kárpótlási jegy felhasználható volt még részvényvásárlásra, önkormányzati lakás vásárlására, és átváltható volt életjáradéokra. Aki termőföldet kívánt szerezni, annak földárverésen kellett részt vennie. Aki nem tartott igényt termőföldre, annak számára a kárpótlási jegy kiadásával befejeződött az eljárás, és eldönthette, hogyan kívánja azt felhasználni. Sokan át sem vették a kárpótlási jegyüket, hanem napi áron eladták: a pénzintézetnél ugyanis a kárpótolt a kárpótlási jegyek felvétele után azokkal szabadon rendelkezhet. Dönt arról, hogy a kötelezően elfogadó utakat választja-e vagy pedig névértéken alul eladja. A kárpótlási jegyek felszívására az ÁVÜ befektetési alapokat is létrehozott, részben a nála lévő kisebbségi részvényekből, részben az állami vállalatoktól elvont épületekből, amelyeket szintén kárpótlási jegyért lehetett jegyezni. A PILLÉR I. ingatlanalap 2,4 milliárd forint címlet értékű kárpótlási jegyet vont be a piacról, s a PILLÉR II. ingatlanalap 1,2 milliárd forintnyi részvény kibocsátását is gyorsan túljegyezték. Ezeknél a jegyzéseknél elsőbbséget élveztek az alanyi jogon kárpótoltak.

Következmény

A kárpótlás során egy olyan nagybirtokrendszer alakult ki, amelyben a legnagyobb magyarországi nagyüzemek 8 %-a rendelkezik a teljes földalap 90 %-ával, és a gazdaságok 92 %-a rendelkezik a termőterület 10 %-ával. Az értékpapír természetének köszönhetően, a kárpótlásra elkülönített, 2,2 millió ha termőföld 85 százalékának tulajdona nem a kárpótlásra eredetileg jogosultaké, hanem az agrárelit szűkebb hatalmi csoportjáé lett. A kárpótoltaknak csak 15 %-a jutott olyan helyzetbe, hogy a megszerzett föld tulajdona nem pusztán jogcím, hanem a föld termelőeszközként funkcionál. A kárpótoltak 85 %-a csak névleges tulajdonos lett és nem a tulajdon materiális értelmében jogalany, mert a tulajdon tárgyára a birtoklás, használat, haszonszedés és a rendelkezés jogosítványait nem gyakorolhatta, emiatt pedig a földtulajdona nem válhatott önállóan működtethető, saját termelőeszközévé.

Itt utalunk arra, hogy Dobos Károly már 2000-ben jelezte: a nagyüzemek mai aránya lényegesen meghaladja az 1947. évi szintet, és ilyen meghatározó súly a világ országaiban csak a gyarmatokra jellemző. A nagyüzemek méretnövelése, föld és üzemi koncentrációja egyre erősödik. 2000. és 2003. közt, miközben a

magángazdaságok aránya 20%-kal csökkent, földalapjuk a nagyüzemek földkiterjesztését növelte. Ennek alapján a gazdaságok, egyéni és társas üzemek 1,6 %-a, mintegy 12500 gazdaság, a termőterület 75%-át műveli. Regionális szóródásban, pedig, a nagyüzemeket 500-10000 hektár fölé növe, átlagos üzemméret jellemzi. A 6, 1 millió hektáros magyar földterületből 5,4 millió hektárt érintett a kárpótlás, míg a maradék az ún. Nemzeti Földalap része lett, és ennek értékesítése jelen pillanatban is folyik. A kárpótlás során a kárpótlási jegyek értékpapír jellegéből fakadóan a ténylegesen jogosultak megközelítőleg 20 %-a szerzett valóban földterületet, a maradék 80 % olyan személy volt, aki a kárpótlási jegyet felvásárolta.

Az így kialakult helyzet napjainkban mind a spekulációs célú földügyleteknek, mind a külföldi tőke földvásárlásainak kedvez, gátolja a mezőgazdaságból élethivatásszerűen élni kívánó magántulajdonosi réteg kialakulását és megerősödését.

2013-ban megnyílik a magyar termőföldtulajdon szerzés lehetősége külföldi személyek részére is, és ekkor a korábban erre számító spekulánsok is eladhatják földjeiket külföldi személyek részére. Ennek oka, hogy a Magyar Állam, uniós tagsága politikai feltételeként, a saját államterületét alkotó föld feletti önrendelkezéséről lemondott, és ezt átengedte az EU legfőbb közösségi vívmánya, a tőke szabad áramlása igényeinek. Az új belépők földviszonyaiban ui. a föld tőkének minősül, és mint olyan, forgalma nem korlátozható. A tőkeszabadság elve nem tűri a szabad földforgalom korlátozását. Ezt a Római Szerződés 56-57 cikkeiben foglalt szabályozása támasztja alá azért, hogy a földet tőkének minősítse, és annak jogi sorsát kövesse. Ez alapján adott Magyarországnak az EU átmeneti mentességet a külföldi és a jogi személyek földtulajdonszerzési tilalmának fenntartására. Ezen intézkedés következménye, hogy 2008-tól a Tanács, az Európai Bizottság javaslatára, a derogáció időtartamát lerövidítheti, vagy a mentességet meg is szüntetheti.

Azon a tényen, hogy a kárpótlásra elkülönített, 2,2 millió ha termőföld 85 százalékának tulajdona nem a kárpótlásra eredetileg jogosultaké lett, hanem az agrárelit egy szűkebb hatalmi csoportja szerezte meg, a Nemzeti Földalap intézménye sem változtathatott. Létrehozásának indoka, ugyan. a gazdaságosan művelhető birtoknagyságok kialakulásának elősegítése, és a földspekuláció, valamint az illegális földvásárlás és földhasználat visszaszorítása, illetve megszüntetése volt. Ettől eltérően, viszont, napjainkban a „földet élejáradékért” program alapján összegyűjtött, részarány – tulajdoni földek nagytáblákba összevont, 100 - 1000 hektáros birtoktestek eladását végzi olyan földárak és ügyleti feltételek mellett, amelyeket csak a nagytőke teljesíthet. Jogi szempontból, a Nemzeti Földalap a kincstári vagyon része, az állam tulajdonában lévő, változó mennyiségű termőföldek, valamint a mezőgazdasági termelést szolgáló vagy ahhoz szükséges művelés alól kivett földeket jelenti.

1989-ben a termőföld-alap 75,6 %-a, 5,5 millió, ha föld szövetkezeti közös használatban állt, amelyből 3,5 millió, ha – az 1967. évi IV. tv. alkotmányértő jellege miatt - alkotmányértéssel került szövetkezeti tulajdonba. Ezért az utóbbi földeket jogszerűen nem lehetett volna részleges kárpótlásra fordítani, hanem – utólagos alkotmánybíróági felülvizsgálat alapján – az államnak el kellett volna rendelnie a jogsértést megelőző állapot helyreállítását, tehát az elvesztett tulajdonnak a tulajdonos, illetve az örökösei részére, visszaadását. Az agrárvagyonnak a rendszerváltoztatás után végrehajtott újraosztását, tudományos értelemben is, eredeti tőkefelhalmozásnak minősíthetjük.

A privatizáció során az eltúlzott és rossz hatékonyságú állami tulajdont kellett visszaszorítani, annak figyelembevételével, hogy minél magasabb százalékban kerüljön belföldi kézbe, illetve a folyamat minél rövidebb idő alatt végbemenjen. Az államnak meg kellett találnia azokat a vevőket, akikre ráruházhatja a tulajdont. Eközben a másik oldalon, az Antall kormány hosszas koalíciós viták után az 1990 szeptemberében közreadott programjában így fogalmaz: „A kormány a korábbi tulajdonok természetbeni visszaadását általában nem támogatja. A kormány a tulajdonok (gyárak, üzemek, boltok, műhelyek) természetbeni visszaadása (reprivatizálása) helyett kártalanítást ajánl.”

A kárpótlás hangsúlyozottan csak részleges volt, amit azzal magyaráztak, hogy a súlyos gazdasági helyzetben lévő országban nem volt elegendő forrás teljes körű kárpótlásra. Ezen állítás és a privatizáció vagyoni túlkínálata közötti ellentmondás nehezen oldható fel. A probléma feloldásában segíthet, hogy a privatizációs bevételek az ország tartozásainak mérséklésére fordítódnak. Viszont így, a szocializmus károsultjainak kárigénye, morális téren mindenképp tovább él, és a jogosultak talán a jövőben ismét felléphetnek a maradék kárak megtérítésének igényével.

Egyéb jogi sérelmek:

A föld-privatizáció kelléktárába tartozik a *földrendező és földkiadó bizottságokról* szóló 1993. évi II. tv. is. E jogszabálynak az állam alkotmányos kötelességét kellett volna teljesítenie, és pedig 3, 6 millió hektárt kitevő *szövetkezeti részarány-tulajdonú földeknek* a tulajdonosaik részére természetben visszaadását. Bár 2005-ig e törvényt már tizenhatszor módosították, rendeltetését máig sem teljesítette: 2000 végéig az ilyen jogállású földekből 1, 5 millió hektárra még a tulajdoni viszonyokat sem tisztázták.

Rendkívül nagy kárt okoztak a különböző kárpótlási jegy-értékesítő vállalkozások törvénytelen műveletei, mint például a jegyek felvásárlása, névértéken felüli ellenértéket ígérő szerződéssel, majd az első részlet kifizetése

után a vállalkozás csődeljárással történő megszüntetése. Mindezt összevetve, a kárpótoltak körében olyan vélemény uralkodott el, hogy a jogszabályok követhetetlenek, és a nem elegendő kárpótlási jeggyel rendelkezők az árveréseken sorozatosan alulmaradnak a jelentős, több millió forintértékű kárpótlási jeggyel és határozattal rendelkező spekulánsokkal szemben.

Ugyanakkor le kell szögezni, hogy a kárpótolt a kárpótlási jegyek felvétele után azokkal szabadon rendelkezik. Dönt arról, hogy a kötelező utakat választja-e vagy pedig a jegyet névértéken alul eladja. Sajnos, többször megtörtént, hogy a kárpótolt a kárpótlási jegyét nem áron alul, hanem vagy névértéken, vagy annál magasabb áron adta el, és egyidejűleg átadta a nevére hozott határozatot, valamint meghatalmazást adott a jegyek felhasználásánál a megbízásra. A kárpótlási jegyek ilyen tulajdonlásával foglalkozó személyek, különös tekintettel arra, hogy mind a jogerős határozattal, mind a nevükre kiállított általános felhasználási meghatalmazással rendelkeznek, tulajdonképpen azok, akik az árveréseken hátrányos helyzetbe hozták a csupán pár száz - ezer forintértékű kárpótlási jeggyel és határozattal rendelkező eredeti jogosultakat.

Rendkívül előnyös helyzetbe kerültek ugyanakkor azok, akik a személyi kárpótlásnál eleve életjáradékot választottak, illetve akik a vagyoni kárpótlásért kapott jegyeiket életjáradékra váltották át. Ugyanis az átváltáskor megállapított életjáradék a mindenkori nyugdíjmelés mértékében emelkedik, és így részben az idősek, részben a továbbélők a kárpótlási jegy névértékének többszöröséhez jutottak hozzá.

A kárpótlásban nem részesülők ugyanakkor a kárpótlást felesleges ingyenes közvagyon-osztogatásként élték meg. A kárpótlási jegyek kibocsátása és az azokért vásárolható vagyon mennyisége nem volt összhangban, az állami vagyonkezelők erőfeszítései a megfelelő értékű vagyon kibocsátására feszítetté, olykor kapkodóvá váltak, és így torzították a privatizációs folyamatot. Hiba volt, hogy a szűkösen rendelkezésre álló termőföldre a folyamat elején a licitálók nagyon olcsón jutottak hozzá, birtokuk többnyire nagyobb lett, mint amit elvettek tőlük, ugyanakkor a későbbi földárverésekre botrányosan kevés föld maradt. A kárpótlás még ma is jelentős, indokolt, de nyomasztó kötelezettségként nehezedik a gazdaságra, hiszen a jegyek 60%-át 1994 végéig még nem váltották állami vagyonra. A külföldön élők – elsősorban a Kárpát-medencében élő magyarok – kárpótlása igen sok kívánnivalót hagyott maga után, különösen a kárpótlási jegyek felhasználásának szervezettségét illetően.

A kárpótlás a reprivatizáció kizárásával szabad lehetőséget teremtett a privatizációhoz, az állami kézben lévő vagyon eladásához. Ugyanakkor a kárpótoltak többségének a kárpótlás csalódást okozott, mivel eredeti tulajdonuk helyett még csak nem is pénzt, hanem bonyolultan felhasználható kárpótlási jegyeket kaptak. A kárpótlás következtében kialakult jelenlegi birtokszerkezet

kedvezőtlen a családi gazdaságok számára, viszont egy, a későbbiekben esetleg kialakuló nagyüzemi gazdálkodás számára kedvező feltételeket teremt, mivel nagy a birtokkoncentráció. Ez sürgős orvoslást kívánó helyzet, amelyre a politikának megoldást kell találnia, amennyiben nem akarja, hogy multinacionális vállalatok nagyüzemei foglalkoztassák az alacsony bérszínvonalon dolgozó vidéki lakosságot a jövőben.

Összességében: a kárpótlás politikailag nem volt sikeres. Megjegyzendő, hogy egyes jogi vélemények szerint – mivel a kárpótlási törvények nem mondják ki nyíltan, hogy reprivatizáció nem lesz – a kárpótlási törvények ezt a kérdést jogilag nem zárják le, az államra a későbbiekben még jelentős kártalanítási feladatok várhatnak.

Jean-Pierre Bussalb
“Trois mondes, une planète“: La thèse d’Alfred Sauvy et les
problèmes
du “tiers monde” aujourd’hui

I. La thèse d’Alfred Sauvy et son actualité

a) En 1951 Alfred Sauvy, dans une revue brésilienne, a parlé de trois mondes, sans employer toutefois l’expression «Tiers Monde». Cette expression, il l’a créée et forgée pour la première fois par écrit dans l’hebdomadaire français « L’Observateur » du 14 août 1952. L’article¹ se terminait ainsi : «car enfin, ce Tiers Monde ignoré, exploité, méprisé comme le Tiers Etat, veut lui aussi, être quelque chose». Sauvy transposait ainsi la fameuse phrase de Sieyes sur le Tiers Etat pendant la Révolution française. Il aurait pu ajouter qu’il faudrait assimiler le monde capitaliste à la noblesse et le monde communiste au clergé.

Dans son article, Sauvy souligne que nous parlons volontiers des deux mondes en présence (l’Ouest et l’Est), de leur guerre possible, de leur coexistence, oubliant trop souvent qu’il en existe un troisième, le plus important, et en somme, le premier dans la chronologie. Ce troisième monde, c’est ce que l’on appelle, pour employer la terminologie des Nations Unies, les pays sous-développés.

¹ Voir aussi <http://www.homme-moderne.org/societe/demo/sauvy/3mondes.html>

Sauvy s'est aperçu, déjà en 1951, que le capitalisme d'occident et le communisme oriental prenaient appui l'un sur l'autre et que la coexistence des deux devrait être une marche vers un régime commun aussi lointain que sûr. Pour Sauvy, il suffisait à chaque système de nier constamment ce rapprochement futur et de laisser courir le temps et la technique qui l'emporteraient sur les idéologies.

Dans ses analyses, Sauvy a constaté que les pays sous-développés, le tiers monde, étaient entrés dans une phase nouvelle. Citant quelques exemples mentionnés par Sauvy : certaines techniques médicales s'introduisaient assez vite puisqu'elles coûtaient peu. « Toute une région de l'Algérie a été traitée au D.D.T. contre la malaria : coût 68 francs par personne. Ailleurs à Ceylan, dans l'Inde etc., des résultats analogues sont enregistrés. Pour quelques cents la vie d'un homme est prolongée de plusieurs années. De ce fait, ces pays ont notre mortalité de 1914 et notre natalité du XVIII^e siècle. » Par conséquent, une amélioration économique en résulte : moins de mortalité des jeunes, meilleure productivité des adultes, etc. Néanmoins, il constatait que cet accroissement démographique devrait être accompagné d'importants investissements pour adapter le contenant au contenu. Or ces investissements vitaux coûtaient, eux, beaucoup plus de 68 francs par personne, et se heurtaient à l'époque au mur financier de la guerre froide.

Car la préparation de la guerre étant autrefois comme aujourd'hui le souci numéro 1 des grandes puissances, il va de soi que les soucis secondaires comme la faim dans le monde ne devraient retenir l'attention que dans la limite juste suffisante pour éviter l'explosion ou plus exactement pour éviter des troubles susceptible de compromettre l'objectif

numéro 1. Dans ce contexte, Sauvy songe aux énormes erreurs qu'ont tant de fois commises les conservateurs de tout temps. Il avait bien observé les comportements humains tout au niveau individuel que sociétal.

En 1951, Sauvy ne nourrit qu'une médiocre confiance dans l'aptitude des Américains à jouer avec le feu populaire surestimant peut-être les possibilités du communisme. « Néophytes de la domination, mystiques de la libre entreprise au point de la concevoir comme une fin, ils n'ont pas nettement perçu encore que le pays sous-développé de type féodal pouvait passer beaucoup plus facilement au régime communiste qu'au capitalisme démocratique. Que l'on se console, si l'on veut, en y voyant la preuve d'une avance plus grande du capitalisme, mais le fait n'est pas niable. »

En tout cas, Sauvy a clairement vu, et c'est cela qui est important que le monde numéro 1 ne peut pas rester insensible à une poussée lente et irrésistible, humble et féroce, vers la vie des pauvres. Car finalement ce Tiers Monde ignoré, exploité, méprisé comme l'était le Tiers Etat, veut, lui aussi être quelque chose.

b) Après avoir relu les lignes de Sauvy au début du XXI^e siècle, on se demande quel est l'état des pays sous-développés aujourd'hui, quelles sont leurs souffrances et quelles sont les origines de leur malaise. L'expo suivant a pour but de montrer les aspects économiques et politiques essentiels en question pour mieux faire comprendre la situation compliquée et précaire des pays les plus pauvres.

Après une brève description des souffrances des pays sous-développés, la première partie de ce travail place la soi-disante équation démocratie-développement au centre des analyses. Pour mieux comprendre la situation sociale, il est utile de faire une synthèse des relations mutuelles entre démocratie et développement dans le tiers monde. Au-delà de toute attitude normative faisant la part belle à l'idéologie dominante que l'on peut nommer « démocratie de marché », l'observation empirique des pays en développement offre un paysage contrasté : les rapports entre démocratie et développement ne relèvent pas d'une condition réciproque directe mais de multiples interactions indirectes.

La seconde partie aborde le problème des ressources naturelles et les politiques économiques dans le démarrage des conflits. Nombre de conflits armés dans le tiers monde sont financés par des matières premières. Dans un contexte de disparition des rentes géostratégiques de la guerre froide, l'importance relative de ces revenus est fondamentale. Le contrôle des ressources, de leurs territoires et des réseaux de commercialisation influence les stratégies des groupes armés, le déroulement des conflits, leur durée et leur solution. Nous allons aussi étudier l'influence de la richesse, de l'inégalité, des ressources naturelles et des politiques économiques sur les conflits, les activités économiques des rebelles, des entreprises et de la communauté internationale avant de prendre en considération les explications économiques à l'extension des guerres dans le temps et d'aborder les

coûts globaux des conflits. Finalement, la conclusion nous fournit un résumé général et une interprétation globale de la situation dans le tiers monde.

II. La relation entre développement économique, violence et démocratie

1. Les souffrances politiques et économiques des pays sous-développés

a) La fin de la guerre froide devait, selon les attentes de nombreux spécialistes des relations internationales, favoriser une diminution des guerres et des conflits dans les pays du tiers monde. La Banque mondiale et l'ONU préconisaient principalement pour les pays en développement un dialogue entre les différents partis et une dialectique générale vertueuse entre le marché et la démocratie. Une nouvelle diplomatie devait s'imposer par la puissance de l'ONU et par les réseaux d'acteurs non étatiques pour permettre d'éviter la promotion des dictatures et le financement des conflits comme moyen adéquat et ressource stratégique. Le droit d'ingérence sous le contrôle de l'ONU, une conception technique et plutôt apolitique de l'État, l'attente d'une transition vers la démocratie ainsi que la gouvernance de la Banque mondiale incarnaient cette utopie au début des années 1990. Or, à présent trois premiers constats sont pertinents :

D'abord, en matière de violences politiques, la dimension internationale de l'ancien conflit Est-Ouest dissimulait fréquemment les vraies causes des conflits dans le tiers monde, et les tensions internes de multiples natures, qui ont été

souvent cachées précédemment dans l'idéologie, apparaissent, réapparaissent, perdurent ou s'amplifient. De l'autre côté, des conflits nourris avant tout par une grammaire idéologique Est-Ouest ont largement disparu. Les conflits internes comme les guerres civiles et les rébellions se différencient traditionnellement des conflits externes comme les guerres entre des États. Or on peut considérer que cette distinction a perdu beaucoup de sa pertinence. Les guerres internes s'articulent avec des réseaux et pouvoirs régionaux et internationaux. De nouvelles formes de guerres apparaissent sans qu'il y ait nécessairement vainqueur ni vaincu. Aux conflits de la guerre froide, caractérisés par des divergences idéologiques et des soutiens des grands blocs, ont fait place des guérillas multiformes avec ou sans intervention des grandes puissances. Actuellement coexistent des conflits interétatiques, des conflits plus ou moins régulés par l'ONU ou l'OTAN, des conflits internes, allant des guerres civiles et religieuses aux génocides en passant par les émeutes, et enfin le terrorisme, versatile et difficile à évaluer. En général, aux conflits idéologiques des anciennes guerres fondées sur des doléances ont succédé des conflits ethniques davantage prédateurs s'appuyant souvent sur des circuits mafieux.²

En outre, la construction des États nouveaux pendant la décolonisation avec modelage des frontières par les anciens pouvoirs coloniaux, mais sans mécanisme de redistribution des pouvoirs, richesses et opportunités au sein des groupes

² P. Hugon, Les conflits armés en Afrique : apports, mythes, et limites de l'analyse économique, Revue Tiers Monde, 2003, p. 830.

régionaux et tribaux ont attisé des conflits internes, bilatéraux, voire multilatéraux, de nature politique, sociale, régionale, ethnique ou religieuse, qui débouchent souvent sur des violences massives depuis les années 1960.

Enfin, quant aux relations internationales, après une période où certains membres de L'ONU espéraient la mise en place d'une gouvernance internationale multilatérale respectée, le monde multipolaire en développement façonne une structure de la sécurité ambiguë, à géométrie variable, mais encore facilement manipulable par la suprématie américaine. Or, le monde unipolaire représenté par les Etats-Unis, qui est en train de disparaître, n'apporte la preuve ni d'une disparition totale des États et de la puissance étatique ni d'une introduction soutenue de notions juridiques dans les relations internationales.³

b) Les analyses économiques montrent que plus un pays est pauvre ou en récession, plus la probabilité de conflit augmente car l'État a plus de chance de connaître une situation de déliquescence. Sur les dix pays les plus pauvres, huit ont connu des guerres récemment, et sur les cinquante les plus pauvres, 56 % ont subi des guerres dans les vingt dernières années.⁴ Entre 1970 et 2002, l'Afrique a été le théâtre de 35 guerres dont une grande majorité étaient des conflits internes. En l'an 2003, 20% de la population africaine et 15 pays étaient concernés par la guerre. On estimait le nombre de réfugiés à plus de 8 millions

³ J. Cartier-Bresson, Comprendre et limiter les violences: une présentation, Revue Tiers Monde, 2003, p. 250.

⁴ J. Cartier-Bresson, Comprendre et limiter les violences: une présentation, Revue Tiers Monde, 2003, p. 258.

et celui des déplacés à 10 millions. En 2004, l'Afrique représentait 5 des 19 conflits mondiaux et 45 % des conflits contre le gouvernement.⁵ Les guerres d'Angola ou du Mozambique ont disparu mais des conflits permanents demeurent au Soudan, au Liberia ou en Afrique centrale et de nouveaux conflits sont apparus en Côte-d'Ivoire. Beaucoup de conflits sont des crises durables sans solutions apparentes et manifestent l'échec de la négociation.⁶

Des intérêts particuliers sont sûrement les facteurs le plus souvent mis en avant pour expliquer les conflits. Mais les chiffres impliquent aussi l'impossibilité matérielle des processus démocratiques de négociations pour réguler les conflits en cours. Cela montre aussi l'absence de moyens matériels pour « acheter la paix ». En outre, il semble que les politiques d'ajustement structurel bloquent l'élargissement des clientèles, en particulier dans des pays où le clientélisme demeure le principal canal de redistribution, et limitent les subventions et les emplois publics qui sont encore les principales sources de revenus.

Ce sont avant tout les classes sociales qui peuvent montrer les effets contradictoires d'une modernisation. D'un côté, un marché moderne, c'est-à-dire plus impersonnel et fondé sur des droits de propriété garantis juridiquement, devrait perdre son caractère particulier et réduire les passions personnelles et

⁵ P. Hugon, Géopolitique de l'Afrique, 2007, p. 130.

⁶ P. Hugon, Les conflits armés en Afrique : apports, mythes, et limites de l'analyse économique, Revue Tiers Monde, 2003, p. 829-830.

collectives en faveur des intérêts publics permettant finalement un ordre social, Mais, de l'autre côté, la transition est délicate parce qu'elle débouche d'abord sur une baisse du capital social traditionnel et une augmentation des inégalités et des incertitudes. Par conséquent c'est la transition vers une modernité non maîtrisée et non encore définie qui pourrait expliquer la nature actuelle de nombreux conflits. Les conflits accompagnent alors la fin des utopies de développement fondées sur l'État interventionniste. Dans le tiers monde, l'idée de L'Etat déçoit tout comme l'indépendance : il apparaît inefficace et semble avoir perdu sa légitimité car personne ne croit à une amélioration du bien-être pour tous par des mesures étatiques. La frustration est devenue le facteur déterminant.⁷

c) Les conséquences politiques, économiques et sociales sont étroitement articulées au degré de violence, à ses formes, à sa diffusion géographique et à la durée du conflit. Si les guerres interétatiques ont, dans l'histoire occidentale, favorisé, en dépit de destructions massives, des innovations tant techniques que sociales et qu'elles ont eu des effets de multiplicateur d'investissements, la violence dans le tiers monde n'offre pas cette perspective. Dans les pays pauvres, la violence mine le développement en fragilisant le fonctionnement des administrations, en diminuant la sécurité des transactions économiques nationales et internationales et en favorisant la prédation. La violence est la cause principale de destructions massives des facteurs de production qui est le capital

⁷ J. Cartier-Bresson, Comprendre et limiter les violences: une présentation, Revue Tiers Monde, 2003, p. 259.

et le travail ; elle est à l'origine de la baisse des investissements, de l'évasion des capitaux, de l'augmentation des déficits budgétaires et des taux d'intérêt, de la réduction du secteur formel et des exportations, de la vulnérabilité du capital humain, et de la diminution du capital social.⁸

Les pertes les plus importantes ne résultent pas des batailles, mais des morts occasionnées par la dislocation économique et ses effets sur les populations. En effet, une légère détérioration de la situation sur un groupe qui survit déjà difficilement en temps normal a immédiatement des effets dramatiques (par ex. épidémies et famines). Or, le degré d'autosuffisance des pauvres et la faible dépendance envers les dépenses publiques peuvent enrayer les effets de l'effondrement des marchés et des échanges. Il en résulte que les capacités d'adaptation des comportements aux conflits sont déterminantes pour la survie.

Au niveau du développement économique, le PIB peut chuter pour de nombreuses raisons (par ex. à la suite des destructions d'infrastructures énergétiques ou des transports, ou de la disparition de la confiance nécessaire aux transactions, ou encore de l'embargo). Sa baisse entraîne un mouvement analogue pour la production alimentaire, les exportations, les importations, les emplois et les salaires. Les recettes fiscales en déclin réduiront les dépenses budgétaires dans un contexte d'accroissement des dépenses militaires. Les secteurs sociaux seront les

⁸ J. Cartier-Bresson, Comprendre et limiter les violences: une présentation, Revue Tiers Monde, 2003, p. 262.

premiers concernés, avec les politiques de subvention au secteur productif. Au niveau de la demande, les pertes humaines, les enrôlements dans le camp des divers belligérants, les déplacements forcés, les traumatismes psychologiques réduiront la consommation et augmenteront l'épargne forcée. Au plan économique, il faut aussi prendre en considération les phénomènes d'accumulation du capital par la spéculation, le vol et la contrebande des « profiteurs de guerre ». Ainsi la guerre transforme forcément les élites, redistribue les pouvoirs et génère souvent l'émigration des élites appelées la fuite des cerveaux. L'éclatement d'un conflit est donc l'amorce d'une spirale perverse.⁹

On observe dans le tiers monde sur le plan militaire une prolifération des armements peu coûteux à diffusion rapide, allant de la kalachnikoff à la machette. Les vendeurs d'armes sont liés aux circuits mafieux, que ce soit de narcodollars, de diamants de la guerre, de pétrole, ou de blanchiment de l'argent. Les guerres sont d'autant plus aisées que le trafic « des armes légères s'est développé : recyclage, vente des surplus des pays de l'Est. Le coût des armes a fortement chuté ; dans certains pays africains un AK-47 coûte 10 US dollars. Le faible coût d'opportunité des activités militaires, notamment pour les enfants-soldats, résulte du chômage et de la déscolarisation des jeunes. Les armées régulières et les forces de maintien de l'ordre sont souvent en déshérence et se développent un mercenariat comme par exemple au Sierra Leone et au Kénia, des clivages claniques voire des milices

⁹ J. Cartier-Bresson, Comprendre et limiter les violences: une présentation, Revue Tiers Monde, 2003, p. 262.

privées traduisant une décomposition des armées nationales et mobilisant les enfants-soldats¹⁰

2. Démocratie et développement économique

À la vue de cette situation déplorable on peut se demander si l'instauration de la démocratie pourrait en général contribuer à un développement solide et durable. Or, avant de considérer leurs éventuels liens réciproques, il faut d'abord se rendre compte que démocratie et développement, pris chacun séparément, ont de nombreux points communs. Il s'agit de deux mythes, au caractère ouvert et multiple. Les deux termes se déclinent avec de nombreux qualificatifs, qui ont la particularité de l'emporter sur les substantifs : par exemple développement politique, développement durable, développement humain etc; de l'autre côté démocratie directe, démocratie représentative, démocratie sociale, etc.

Il convient, pour la clarté de l'analyse, de proposer pour chacun des deux termes une définition minimale qui se rapporte à leur pratique actuelle majoritaire. Le système de la démocratie peut être envisagé comme un régime représentatif, pluraliste et compétitif ; le fait du développement comme un ensemble de progrès économiques, sociaux et culturels. Cependant, la vraie complexité réside dans

¹⁰ P. Hugon, Les conflits armés en Afrique : apports, mythes, et limites de l'analyse économique, Revue Tiers Monde, 2003, p. 845.

une interaction entre la démocratie et le développement avec des aspects très problématiques.¹¹

Les théories du développement des années 1960 ont affirmé l'existence d'une corrélation générale entre le développement et la démocratie. Au développement économique correspondait un degré de développement politique qui devait mener des despotismes archaïques à la démocratie pluraliste de type occidental. Plus tard, cependant, les théoriciens de la dépendance ont mis l'accent sur la sois-disante alliance entre le centre capitaliste et les bourgeoisies des pays dominés, ce qui empêchait le passage à des régimes démocratiques. Un retour en faveur de l'articulation démocratie-développement s'est effectué après l'implosion de l'URSS, consacrant le triomphe de la « démocratie de marché » et de la « bonne gouvernance ». Comme le marché, la démocratie apparaît maintenant comme le seul horizon à la fois universel et incontournable.¹²

Face à de telles divergences d'analyse, on peut néanmoins constater que les rapports entre démocratie et développement ne relèvent pas d'une condition réciproque. Démocratie et développement peuvent aussi bien ne pas rimer qu'aller de pair. L'étude de la réalité mène à reconnaître l'existence de nombreux exemples de dissociation démocratie-développement. Après en avoir présenté quelques illustrations, nous essaierons de qualifier cette absence de relation.

¹¹ P. Marchesin, *Démocratie et Développement*, Revue Tiers Monde, 2004, p. 488.

¹² D. Gaxie, *La démocratie représentative*, 1993, p. 7.

a) Quelques exemples de non-corrélation

Il ne serait pas correct de dire que seule l'équation démocratie-développement l'emporte économiquement en citant Montesquieu : « La tyrannie d'un prince ne met pas un État plus près de sa ruine que l'indifférence pour le bien commun n'y met une république »¹³ De fait, l'histoire ainsi que la période contemporaine offrent de nombreux exemples de réussites économiques sous des régimes autoritaires. Nous présenterons ici divers éclairages relatifs à quelques faits évidents.

Bien que la Grande-Bretagne représente pour l'Europe une voie parlementaire ou démocratique qui caractérise la modernisation politique propre au mode de production capitaliste, on peut identifier une autre façon plus dirigiste, voire autoritaire, dans certains pays et à certaines époques. C'est le cas du Second Empire français ou de l'Empire allemand du chancelier Bismarck. Ce dernier avançait un mode de production dans lequel l'État absolutiste instaure une agriculture centralisée. Dans le même contexte, il convient de mentionner les régimes fascistes ou similaires du 20^{ème} siècle surgis pendant une phase d'industrialisation des sociétés occidentales (Allemagne d'Hitler, Italie fasciste, Espagne franquiste, Portugal salazariste). Enfin, on peut évoquer l'exemple de l'Amérique latine où l'on peut noter, dans la deuxième moitié du 20^{ème} siècle,

¹³ G. Étienne, Le développement à contre-courant, 2003, p. 63.

plusieurs succès économiques (par exemple Mexique, Brésil ou Chili) menés sous des régimes politiques autoritaires.¹⁴

L'Extrême-Orient constitue un autre exemple qui est particulièrement représentatif. Il suffit de rappeler les temps anciens, la Chine impériale, dominée par un despotisme minutieux ou celui du Japon où la modernisation économique et technologique a été bâtie sur le style autoritaire et de la restauration Meiji. Beaucoup plus tard, le « miracle » des économies d'Extrême-Orient (en 1960, leur part dans l'économie mondiale n'était que de 4 % ; en 1992, de 25 %) a été réalisé par des régimes autoritaires. Au total, le succès des « dragons », dont le taux de croissance annuel a été de 9,2% dans les années 1960, de 9 % et de 8,2 % dans les décennies suivantes¹⁵, doit beaucoup au volontarisme politique et à un contrôle social rigoureux et n'est pas à l'origine d'un pluralisme politique. Il faut encore mentionner le cas de la Chine moderne dont les taux de croissance ont été remarquables depuis un quart de siècle : 10 % par an de 1980 à 1996, 7% à 8% et plus depuis. Autres chiffres révélateurs : le commerce extérieur chinois est passé de moins de 1 % du total mondial en 1980 à 4% en 2002 tandis que les investissements privés étrangers atteignaient 350 à 400 milliards de dollars.¹⁶ Ces chiffres impressionnants doivent être mis en relation avec un système politique qui reste, *grosso modo*, hostile à une évolution démocratique. Bien que certains frémissements se

¹⁴ P. Marchesin, *Démocratie et Développement*, Revue Tiers Monde, 2004, p. 491.

¹⁵ J.-L. Domenach, *L'Asie en danger*, 1998, p. 35.

¹⁶ G. Étienne, *Le développement à contre-courant*, 2003, p. 53.

produissent çà et là, le Parti reste le pouvoir dominant, comme l'ont montré les actes de Tienanmen en 1989 mais aussi l'arrestation de dissidents ou d'adeptes de la secte Falungong. L'introduction de la démocratie parlementaire n'est sûrement pas à l'ordre du jour.¹⁷ Bien que en 2008 les jeux olympiques soient très certainement un élément additionnel de cette croissance économique, il est très incertain qu'il puissent avoir des effets sur les procédés de démocratisation malgré les contacts de la population locale avec des visiteurs étrangers.

On peut, certes, repérer aisément les exemples de forte croissance en l'absence de démocratie, mais très souvent, on peut constater que l'engagement sur la voie démocratique manque d'un progrès économique. L'Asie du Sudest constitue à ce sujet une région exemplaire. De 1988 à 1999, le Pakistan vit avec un régime démocratique caractérisé par le multipartisme, la liberté de la presse, l'organisation d'élections plus ou moins correctes, et gouverné par diverses alternances entre Benazir Bhutto et Nawaz Sharif. Pendant cette période, la croissance diminue, les désordres intérieurs augmentent sous la poussée des mouvements islamistes, la corruption se développe et l'endettement s'accroît. Au Bangladesh, qui emprunte la voie démocratique avec des élections en 1991, 1996 et 2001, le changement de régime ne représentait guère un succès sur le plan économique. Les réformes et certaines décisions importantes sont freinées par les turbulences, grèves et divers désordres provenant du conflit entre les deux

¹⁷ P. Marchesin, *Démocratie et Développement*, Revue Tiers Monde, 2004, p. 490.

princesses Khalida Zia et Sheikh Hasina. Toujours dans la région, le Népal s'orientait vers la démocratie en 1990, notamment en légalisant les partis politiques, mais il est secoués par des insurrections communistes jusqu'à aujourd'hui.¹⁸

En Afrique, les progrès de la démocratie dans de nombreux États au cours des années 1990 n'ont généralement pas changé la situation économique. Par exemple, le passage à la démocratie en Zambie, au Malawi et au Nigéria n'a pas eu d'effet sur le progrès économique, bien que ce dernier pays dispose d'énormes richesses pétrolières. Mais c'est surtout en Amérique latine que l'on a pu constater l'absence de lien entre démocratie et développement. La démocratie reapparaissait dans plusieurs pays latino-américains au cours des années 1980 avec un bouquet de promesses qui concernait un développement qui réduirait enfin les inégalités. Le bilan économique et social de la démocratisation était si décourageant que les Latino-Américains appellent cette période « la décennie perdue » dans la mesure où la pauvreté extrême n'a guère reculé, mais plutôt augmenté dans certains pays. Selon la Commission économique pour l'Amérique latine, la proportion des foyers affectés par cette pauvreté dans le sous-continent serait passée de 35 % en 1980 à 41 % en 1990. Et si, dans certains cas, on a vu une croissance, elle n'a favorisé que des minorités urbaines, approfondissant le creusement des inégalités.¹⁹ Face à la présentation de ces exemples de dissociation démocratie-

¹⁸ P. Marchesin, *Démocratie et Développement*, Revue Tiers Monde, 2004, p. 491.

¹⁹ G. Hermet, *Culture et développement*, 2000, p. 71.

développement, nous devons maintenant essayer de comprendre les raisons du manque de complémentarité.

b) Arguments invoqués quant à la relation autoritarisme-développement

En général, on peut donner plusieurs explications en ce qui concerne l'établissement de dictatures modernisatrices. Contrairement aux acteurs du parlementarisme représentatif qui doivent faire face aux échéances électorales et qui valorisent le court terme au dépens d'une vision qui peut modifier durablement les circonstances, les dirigeants autoritaires refusent l'incertitude sur l'avenir. Pour les dirigeants autoritaires, la tâche politique est d'exercer la maîtrise du temps, au-delà des conflits d'intérêts quotidiens. Par conséquent, la mise en place d'un exécutif fort a pour premier objectif de mener à bien la modernisation dans des circonstances favorables, c'est-à-dire à l'abri des turbulences sociales et de la démagogie des politiciens professionnels ne songeant qu'à leur profit.

Quant à la France du Second Empire, à l'Allemagne bismarckienne ou à l'Italie de la fin du 20^{ème} siècle, on voit que l'industrialisation se réalise le plus rapidement à travers un dialogue direct et sans intermédiaire entre les élites économiques et celles de la politique et de l'administration. Tout cela dans un cadre qui ne favorise pas le développement du libéralisme politique. L'exclusivité d'un tel dialogue entre entrepreneurs du capitalisme financier et

hauts fonctionnaires apparaît plus efficace que le procédé et la médiation parlementaire peu transparents et difficilement contrôlables du parlementarisme. En outre, le recours aux élections devenait gênant parce qu'il tendait à légitimer des représentants qui ne s'occupaient guère des préoccupations modernisatrices des grandes sociétés industrielles privées et publiques mais qui défendaient souvent les intérêts des petits entrepreneurs de la première vague d'industrialisation, qui se sentaient menacés par l'essor des nouvelles industries lourdes. À part cela, l'« État-gendarme » de style bonapartiste ou bismarckien représentait également un rempart efficace contre des revendications populaires et socialistes. L'État autoritaire mise ainsi avant tout sur l'efficacité économique et l'économie efficace et exclue toute autre possibilité. Napoléon III déclarait en 1853 : « A ceux qui regrettent qu'une part plus large n'ait pas été faite à la liberté, je répondrai : la liberté n'a, jamais aidé à fonder d'édifice durable ; elle le couronne quand le temps l'a consolidé ».²⁰

Quand on revient sur l'exemple des sociétés d'Extrême-Orient, on pourrait argumenter que le despotisme qui gouverne ces sociétés n'est que l'aspect politique d'une manière de production asiatique qui est imposée par les conditions naturelles. Pour répondre aux besoins des populations, les cultures vivrières doivent introduire et maintenir un système d'irrigation surveillé minutieusement, une nécessaire discipline de la main-d'œuvre paysanne que seul un appareil bureaucratique centralisé peut satisfaire. Par conséquent, le pouvoir politique

²⁰ A. Dansette, Du 2 décembre au 4 septembre, 1972, p. 53.

domine et conduit les paysans à confier leur destin et la gestion de leur vie quotidienne à une bureaucratie impériale dont l'efficacité réside dans sa toute puissance. Cette place centrale qui détient le pouvoir central détermine aussi le rôle très important joué par l'État dans le développement contemporain des pays industriels d'Extrême Orient.²¹

En raison de l'efficacité des régimes autoritaires, on pourrait être d'avis que la nécessité d'un pouvoir fort est justifiée avant tout en situation de sous-développement. Cette situation suggère une gestion, au moindre coût, du peu de ressources disponibles ainsi que la mise en œuvre d'une politiques économique cohérente et planifiée à long terme. Un régime autoritaire semble plus capable d'effectuer des choix en faveur des investissements productifs que de remplir des revendications coûteuses. La prévisibilité de l'action publique est considérée par les investisseurs comme plus importante que la représentation et la responsabilité. Dans un tel contexte, où la démocratie apparaît comme un luxe rare, le premier devoir des populations est d'être patientes.

Dans ce contexte, on peut identifier un second registre, de nature idéologique, qui est plus récent et provient des pays orientaux. Il se concentre sur la critique du modèle démocratique accusé d'être trop occidental-centré. Un des meilleurs exemples concerne l'explication du succès économique des dragons et autres tigres d'Extrême Orient par les promoteurs d'une idéologie « asiatiste » apparus

²¹ P. Marchesin, *Démocratie et Développement*, Revue Tiers Monde, 2004, p. 493.

pour la première fois au début des années 1990 à Singapour et en Malaisie. Le développement fulminant des pays de la région est expliqué par la domination des « valeurs asiatiques » (par exemple vertu morale, sens de l'épargne, goût de l'éducation, ardeur au travail) qui mettent en avant la nécessité de pouvoirs forts dans des sociétés où la communauté prime sur l'individu. On souligne les valeurs de discipline, de respect des hiérarchies et d'omnipotence de l'État face à une démocratie occidentale soumise à la critique. On lui reproche son laxisme moral ainsi que la place excessive des intérêts particuliers et le rôle réservé aux conflits qui la conduisent à négliger ce qui est l'objectif final de la politique : le bien-être de la majorité.²²

Accaparant les revenus de ces ressources pour les placer au cœur d'un ordre politique consolidant leur pouvoir, les dirigeants négligent souvent la consolidation de l'État et de la démocratie, se mettant ainsi à la merci de termes d'échanges aléatoires, de distorsions économiques, et de frustrations populaires. De leur côté les intermédiaires commerciaux ont souvent misé sur les dictatures pour assurer la « stabilité » nécessaire à la protection de leurs investissements. Commentant la situation au Nigeria à la suite de la pendaison d'activistes des zones pétrolières par le régime de Sani Abacha, un représentant d'une compagnie étrangère affirmait qu'une dictature peut fournir la stabilité dont une compagnie pétrolière a besoin pour ses investissements. Cette « stabilité » cependant, est de

²² J.-L. Domenach, *L'Asie en danger*, 1998, p. 144.

plus en plus remise en cause du fait des pressions internationales et domestiques de démocratisation, ainsi que d'une situation économique en dégradation.

On peut mettre l'accent sur les illusions de l'exportation de la démocratie et insister sur le fait que la perception du concept de démocratie n'était pas la même en Afrique et en Occident. Dans ce contexte, il y a une série de contradictions très évidentes sur le plan des principes et des systèmes de valeurs. D'un côté, on peut se référer à l'inégalité, à la sacralisation, au groupe, à la légitimité fondée sur la tradition ; de l'autre côté, à l'égalité, à la laïcité, à l'individu, à la légitimité fondée sur la souveraineté du peuple. Au total, l'installation de la démocratie est jugée contre-productive, voire néfaste pour le développement dans la mesure où il ne convient pas d'introduire des concepts allogènes dans des sociétés qui ne sont pas prêtes à les accepter. Bref, selon cette approche, le développement ne peut être mené à bien s'il contredit le système de valeurs des sociétés traditionnelles.²³

c) Interaction Démocratie et croissance économique

Si démocratie et développement peuvent être séparés, ils peuvent également aller ensemble. Ce fait est illustré avant tout par les exemples des pays les plus riches du monde qui bénéficient aussi de régimes démocratiques solides. Le cas des

²³ P. Marchesin, *Démocratie et Développement*, Revue Tiers Monde, 2004, p. 495.

pays membres de l'Union européenne apparaît révélateur d'un caractère inséparable de l'économie et de la démocratie.

De fait, tout nouveau pays candidat doit accomplir certaines conditions de renforcement des institutions démocratiques et d'évolution vers l'économie de marché à travers l'adoption de l'acquis communautaire.²⁴ Outre cette première série d'exemples de pays qui montrent une certaine corrélation démocratie-développement, on peut citer les cas, entre 1950 et 1980, de l'Inde, du Sri Lanka ou du Costa Rica, et, dans les années 1990, de certains pays africains tels que le Mali, le Ghana ou la Tanzanie.²⁵ On doit aussi considérer que dans une région *a priori* hostile à la thèse de la corrélation démocratie-développement, l'Extrême Orient, le Japon de l'après-guerre avait énormément progressé en économie avec un gouvernement démocratique : cela vaut aussi, mais de manière récente et moins forte pour les Philippines. De l'autre côté, certains régimes réticents ou hostiles à la démocratie ne sont pas particulièrement performants dans l'économie. On peut citer le cas de certains pays arabes dans les années 1980-2003²⁶, par exemple l'Algérie secouée par une guerre civile ou l'Iraq de Saddam Hussein impliqué en trois guerres néfastes et aujourd'hui convulsée par des tensions religieuses et ethniques.

²⁴ J.-L. Quermonne, *Le système politique de l'Union européenne*, 2002, p. 134.

²⁵ G. Étienne, *Le développement à contre-courant*, 2003, p. 62.

²⁶ G. Étienne, *Le développement à contre-courant*, 2003, p. 61.

Si on prend les pays où la démocratie s'est implantée et consolidée historiquement, c'est-à-dire en Europe de l'Ouest et du Nord, en Amérique du Nord, en Australie, et en Nouvelle-Zélande, on se rend compte de l'essence des liens qui associent la démocratie politique à l'économie de marché. Même si l'on ne peut pas prouver l'existence d'une causalité réciproque, on peut noter qu'en raison de la concomitance dans les phases de leur développement, on doit reconnaître de véritables convergences entre leurs logiques respectives de fonctionnement. Il est convenable de mettre en évidence les homologues de structure entre démocratie pluraliste et économie de marché avant de réfléchir à un rapport de soutien réciproque.

La libre concurrence, étroitement liée à la liberté d'initiative ne peut s'épanouir que dans un espace consacré à l'individualisme. Or, c'est la liberté garantie par une constitution d'un État démocratique qui assure l'essor de la capacité d'entreprendre et qui ouvre la voie au citoyen qui exprime librement sa volonté individuelle dans le cadre du suffrage universel. Le marché où se rencontrent une offre et une demande de biens, est certainement centrale dans le fonctionnement de l'économie libérale.

Il semble que dans des sociétés où la diversification sociale implique de nombreux conflits d'intérêts, la croissance économique, qui produit des surplus, soit bien capable de satisfaire les revendications des uns sans demander un excès de

sacrifices aux autres. En s'occupant de l'insécurité économique, l'État démocratique apparaît ainsi comme un efficace amortisseur des tensions causées par les logiques pures de l'économie libérale. Dans ce sens, il apparaît plus efficace qu'un État autoritaire, car la prise de décision remonte plutôt vers un compromis en raison de multiples canaux divers qui existent en démocratie. Il semble aussi que les démocraties protègent mieux les droits de propriété que les autres régimes, ainsi que les contrats qui sont essentiels pour attirer les investissements et favoriser la croissance. Enfin, la culture de dialogue et de négociation permet de rechercher des solutions qui mettent en considération les divers intérêts qu'il faut prendre en considération.²⁷

Ces considérations concernent avant tout les démocraties les plus riches. En ce qui concerne les pays en développement, il semble qu'il y ait le passage à la démocratie à partir d'un certain stade de développement. La démocratie ne peut s'épanouir qu'après certains seuils de sécularisation, de développement économique et social.²⁸ Si la démocratie n'apparaît pas nécessairement comme une condition du démarrage du développement, elle se révèle être indispensable pour sa continuité. Lorsqu'un certain processus de développement a été obtenu, par quelque moyen que ce soit, ce processus engendre l'apparition d'une classe moyenne et de populations beaucoup plus instruites, ce qui crée un nouvel environnement dans lequel le problème de la participation devient un facteur très

²⁷ P. Marchesin, *Démocratie et Développement*, Revue Tiers Monde, 2004, p. 500.

²⁸ G. Lavau et O. Duahamel, *La démocratie*, in : M. Grawitz et J. Leca, *Traité de science politique*, 1985, p. 41.

important. On passe alors d'une démocratie comme procédure qui renvoie à des élections à peu près correctes, au multipartisme et à la liberté de la presse, à une démocratie ancrée qui fait appel à l'implantation de l'esprit démocratique, à savoir, le respect de règles de vie intériorisées, exprimant une confiance raisonnable en la capacité de la démocratie à garantir pluralisme et équité.²⁹

La thèse du passage à la démocratie à partir d'un certain stade de développement a pu être démontrée avant tout par le cas de sociétés qui se sont industrialisées tardivement, dont le Brésil fournit un exemple marquant. Dans ces sociétés, la phase autoritaire a connu un passage qui menait à un processus de « démocratisation planifiée et octroyée ».³⁰ Faisant une fuite en avant vers la société industrielle, les dirigeants autoritaires n'ont fait qu'élargir la gamme des attentes des populations. D'abord matérielles, celles-ci se sont transformées en attentes politiques débouchant sur une demande démocratique. Mais il faut aussi noter l'intervention des compagnies multinationales qui offrent des investissements plus larges. L'entrée en jeu des multinationales met en danger le maintien des régimes autoritaires: Premièrement parce que les multinationales, dont les centres de décision se trouvent dans des sociétés démocratiques, ont de plus en plus de difficultés à justifier leur connivence avec des dictatures. En second lieu, une démocratie consacrée principalement à la consommation semble plus apte et

²⁹ Z. Laidi, *Mondialisation et démocratie*, 2001, p. 606.

³⁰ G. Hermet, *Sociologie de la construction démocratique*, 1986, p. 135.

durable à garantir un niveau de continuité politique supérieur à celui qui est imposé par les dirigeants autoritaires. On peut, à cet égard, souligner que, lorsqu'ils sont conjugués, démocratie et développement ont tendance à être très durables.³¹

L'évolution vers la démocratie peut également représenter une solution intéressante afin de sortir d'une crise. Cette hypothèse a été évoquée au sujet de la crise financière de 1997 en Asie orientale. L'exemple est d'autant plus intéressant que la région a symbolisé la dissociation démocratie-développement dans un passé récent. Alors que l'une des causes fondamentales de la crise avait été l'octroi de prêts à des conditions avantageuses par les dirigeants de certaines banques contrôlées par les États à des parents et amis, ce qui contredisait les « valeurs asiatiques » -, plusieurs responsables en Asie du Sud-Est ont estimé que l'issue de la crise était l'introduction d'une « bonne gouvernance ». L'inspiration démocratique peut très bien apparaître comme une solution pour des régimes confrontés à des sociétés devenues plus complexes, plus individualisées et plus ouvertes sur l'influence étrangère sous les effets du développement et de la mondialisation.³²

La démocratie est en effet devenue depuis le début des années 1990 l'idéologie dominante. Une idéologie par rapport à laquelle chaque régime est jugé, une

³¹ Russet, in B. Boutros-Ghali et al., *L'interaction démocratique et développement*, 2002, p. 48.

³² P. Marchesin, *Démocratie et Développement*, Revue Tiers Monde, 2004, p. 502.

idéologie que l'on ne peut que difficilement contester publiquement. Tout le monde fait référence à la démocratie, une précaution liminaire consiste à mesurer les écarts plus ou moins grands avec le modèle, voire à détecter les faux-semblants. Le problème se déplace alors vers l'opposition entre « démocratie réelle » et « démocratie apparente », avec toute une gamme de situations intermédiaires. En Europe post-communiste par exemple, où on constate l'absence d'une société civile et une faible intériorisation des valeurs démocratiques. Dans le monde arabe ont été identifiées des « démocraties sans démocrates » et en Afrique on parle même de « démocratures » mises sur place. Si le monde n'a jamais compté autant de démocraties, le Programme des Nations Unies pour le développement note cependant que, sur les 140 pays qui organisent des élections pluralistes, seulement 80 peuvent être qualifiés de véritablement démocratiques.³³ En outre là, où il y a des élections plus ou moins démocratiques, ce sont souvent les « intégristes » qui l'emportent sur les forces modérées (par exemple en Algérie ou en partie en Palestine).

En effet, l'intégrisme religieux s'est largement substitué aux nationalismes, aux socialismes dans le tiers monde et il attaque aujourd'hui les démocraties comme projets de sociétés. Avant tout l'Afrique est moins concernée par ces conflits « inter-civilisations » même si les conflits internes au Soudan, entre l'Érythrée et l'Éthiopie, voire au Nigeria ou en Côte-d'Ivoire peuvent être considérés en partie

³³ P. Marchesin, *Démocratie et Développement*, Revue Tiers Monde, 2004, p. 498.

comme des conflits entre chrétiens et musulmans. Il existe, en revanche, des réseaux islamistes implantés en Afrique sahélienne et dans la corne de l'Afrique (Soudan, Somalie). Ainsi, en Côte-d'Ivoire, comme dans beaucoup de sociétés africaines, les mouvements pentecôtistes témoignant de la confusion entre la morale, le religieux et le politique, affrontent une montée en puissance des instrumentalisation du religieux par les Imams. L'Islam noir tend à se radicaliser et à s'insérer dans des réseaux fondamentalistes internationaux (Maurétanie décembre de 2007 : annulation du rallye Dakar). Il s'appuie sur le terreau du manque de développement économique, de la pauvreté, de l'exclusion et des frustrations. Au cours des processus de crises politiques et économiques, les référents ethniques ou religieux deviennent dominants dès lors qu'ils apparaissent comme les principaux référents de la rhétorique politique et que la complexité des situations est réduite à des identités ou à des combats entre les forces du bien et du mal.³⁴

3. Aspects économiques des conflits

a) Le rôle des ressources naturelles au cours de l'histoire

³⁴ P. Hugon, Les conflits armés en Afrique : apports, mythes, et limites de l'analyse économique, Revue Tiers Monde, 2003, p. 844.

Les ressources naturelles sont depuis longtemps l'une des explications des conflits armés et elles jouent un rôle essentiel dans la formation et la conduite des guerres. Entre la sécurité des riches et la peur des pauvres, l'accès aux ressources naturelles et la transformation de la nature en produits commercialisables constituent des processus profondément politiques, qui impliquent souvent des conflits de droits de propriété, de travail, ou de répartition des coûts et bénéfices.

On peut constater que les ressources naturelles ont été employées dans le passé, et le seront dans l'avenir, comme moyens et cibles de guerres, et en tant que buts stratégiques qui motivent les combats. La pensée occidentale stratégique vis-à-vis des ressources naturelles a été dominée par un triangle qui relie le commerce, la guerre et la puissance qu'ont exercée les pays occidentaux à travers la navigation maritime et dont la cible principale étaient les ressources précieuses d'outre-mer. Pendant la période mercantiliste du 15^{ème} siècle, le commerce et la guerre sont devenus intimement liés. Les puissances navales ont cherché à accumuler « les richesses du monde », principalement sous forme de métaux précieux qui semblaient déterminer une grande partie de l'équilibre des forces. Comme la puissance navale elle-même reposait en partie sur l'accès au bois de construction maritime, son approvisionnement était devenu une préoccupation essentielle des principales puissances européennes navales du 17^{ème} siècle, influençant la formation d'alliances, le commerce et les constructions d'empires. C'est surtout l'Angleterre qui a poursuivi une politique de libre circulation maritime « à tout prix ».

La révolution industrielle et l'importance croissante des matériaux importés pendant le 19^{ème} siècle ont motivé les puissances occidentales à intensifier leur contrôle des matières premières. Cela, avec beaucoup d'autres facteurs comme leurs idéologies politiques et la soif de prestige, a déclenché cette grande bousculade impérialiste sur les parties encore vacantes du reste du monde. L'importance croissante du pétrole à partir de la Première Guerre mondiale a mis en évidence une certaine vulnérabilité parmi les importateurs qui fut encore augmentée pendant la Deuxième Guerre mondiale et la guerre froide.

Bien que les politiques des États importateurs après la Seconde Guerre mondiale aient plutôt chercher à stabiliser les régimes dans le tiers monde, y compris des dictatures meurtrières, les États occidentaux ont également mené des interventions militaires directes ou ont effectué du soutien financier aux belligérants. Le processus de décolonisation et la compétition de la guerre froide ont augmenté les enjeux commerciaux et stratégiques de contrôle des ressources, et ont multiplié les occasions et justifications d'interventions. En outre, la perpétuation d'un climat d'insécurité autour de ressources tant convoitées a permis d'assurer un revenu considérable aux marchands d'armes notamment en Moyen-Orient.

On peut constater que la fin de la guerre froide a peu changé ce scénario. Au contraire, face à la croissance rapide de la consommation de masse, il est évident que la croissance de la population et de la demande de matières premières de plus

en plus rares, et dont la propriété est de plus en plus contestée, engendre une augmentation des « guerres de ressources » notamment dans le golfe Persique, la région Caspienne, et la mer de Chine, même si les forces du marché et le progrès technologique peuvent atténuer certains de ces problèmes. Cela aggrave la situation et la promptitude des grandes puissances comme les Etats-Unis à utiliser la force militaire pour garantir leur accès aux ressources, ainsi que l'instabilité politique de beaucoup de pays exportateurs.³⁵

b) L'enchevêtrement de ressources naturelles et conflits

La part des matières premières et tout ce qui y affère est significative pour la conflictualité au tiers monde. Un pays avec peu de ressources naturelles est une incitation faible à la guerre puisqu'il y a une faible espérance de gain. Or c'est également le cas si ces ressources existent en quantité abondante pour assurer la sécurité de l'État, parce que la probabilité de victoire de la rébellion est alors affaiblie.³⁶ En l'absence d'une économie développée et d'institutions étatiques fortes, de riches ressources sont susceptibles d'avoir des conséquences néfastes sur l'économie, la gouvernance, et les relations entre dirigeants et populations, ces derniers attendant beaucoup de cette « manne venue du ciel ». Bien que ce « don de Dieu » ne se transforme pas nécessairement en « malédiction des ressources

³⁵ P. Le Billon, *Matières Premières, Violences et Conflits armés*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 299-300.

³⁶ P. Hugon, *Les conflits armés en Afrique : apports, mythes, et limites de l'analyse économique*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 834.

». Si cette « malédiction » ne vient pas des ressources mais plutôt des dirigeants, la disponibilité de ces revenus et la dépendance qu'elle entraîne tend à structurer les choix de ces derniers et à former des coalitions puissantes entre élites domestiques et intérêts commerciaux étrangers qui affaiblissent grandement la responsabilité politique envers les populations locales. Parmi les conflits les plus récents, le séparatisme armé en Indonésie ou au Nigeria, les tentatives d'annexion du Koweït ou de provinces de la République démocratique du Congo, les guerres civiles en Angola ou aux Philippines, et les coups d'État en Iran ou au Venezuela incorporent tous des dimensions associées aux ressources. Le terrorisme islamique est dans une certaine mesure, un contrecoup aux intérêts pétroliers occidentaux dans le golfe Persique et à la présence sur place de troupes américaines.³⁷

Les économies des pays pauvres demeurent largement dominées par des logiques de rentes. L'enrichissement résulte davantage de la captation de richesses que de leur création. Par exemple, les facteurs premiers des guerres africaines sont les richesses naturelles qui permettent le financement des conflits tout en étant un des principaux enjeux. On peut ainsi différencier les guerres liées aux rentes pétrolières (Angola, Congo, Tchad), au diamant (Angola, Libéria, Guinée, Sierra Leone), aux métaux précieux, aux narcodollars, aux enjeux fonciers (moyenne vallée du Sénégal, Burundi, Côte-d'Ivoire, Rwanda) ou au contrôle de l'eau

³⁷ P. Le Billon, *Matières Premières, Violences et Conflits armés*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 297-298.

(moyenne vallée du Sénégal, fleuve Niger, riverains du Nil). La victoire n'est pas souhaitable pour se partager les rentes, car la guerre permet de légitimer des actions qui seraient considérées comme des crimes en période de paix. Certains chefs d'État sont devenus des entrepreneurs de la guerre. Les avantages économiques attendus de la guerre civile sont le pillage, la protection moyennant rémunération (Liberia, Somalie), les profits liés au commerce des armes, des aliments ou des narcodollars, l'exploitation de la main d'oeuvre (captation d'esclaves), le contrôle des terres ou le vol de l'aide. Le pétrole est ainsi le premier enjeu de la guerre pour un continent qui représente 8% des réserves pétrolières, qui est un enjeu majeur de diversification des approvisionnements et de contrôle des réserves de la part des compagnies pétrolières. Ces conflits de captations de rentes ne sont pas réductibles aux seuls rebelles prédateurs. Ils peuvent aussi tenir aux gaspillages de la part de gouvernements soit légitimes ou non ou d'oligopoles privés internationaux.³⁸

Les spécificités des ressources présentent en effet un certain nombre d'enjeux et d'opportunités en ce qui concerne les pratiques de conflits armés qu'elles entraînent. Par conséquent, certaines ressources impliquent des enjeux de contrôle territoriaux qui ne se trouvent pas aussi systématiquement dans la plupart des autres secteurs économiques. Leur proximité géographique ou politique vis-à-vis du pouvoir central, ou bien de populations ethniques

³⁸ P. Hugon, Les conflits armés en Afrique : apports, mythes, et limites de l'analyse économique, Revue Tiers Monde, 2003, p. 839.

marginalisées, ou encore de frontières disputées ou très perméables peut jouer un rôle important dans la pratique d'un conflit. Le contrôle de puits de pétrole en mer requiert par exemple un coup d'Etat, comme c'était le cas à Brazzaville, alors que celui de mines d'or en zone frontalière peut être maintenu pendant de longues années par un petit mouvement insurrectionnel comme celui de Laurent Kabila dans l'est de l'ancien Zaïre. Une fois exportables et échangeables sur le marché international, les ressources déclenchent des combats de contrôle de filières, de voies d'acheminement, et de vente. Comme elles fournissent des rentes qui résultent des modes de propriété et de fixation des prix, certaines ressources jouent souvent un rôle essentiel dans les relations entre économie et politique, par le biais notamment de relations de cooptation et de patronage. Les rentes du cacao et la caisse de stabilisation des prix ont ainsi participé comme instruments importants dans les dynamiques de pouvoirs régionaux en Côte - d'Ivoire.³⁹

Les ressources naturelles fournissent souvent les moyens de financer des rebellions motivées par d'autres intérêts que les ressources elles-mêmes. C'était le cas en Angola où la rébellion de l'UNITA de Savimbi contre les Marxistes du MPLA était largement financée par l'exploitation et la traite des diamants, richesse de la région. En outre, une dépendance profonde vis-à-vis des ressources peut correspondre à une inégalité. C'est-à-dire, l'extraction de ces ressources peut

³⁹ P. Le Billon, *Matières Premières, Violences et Conflits armés*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 297-298.

provoquer des griefs à cause d'un sentiment d'injustice promptée par la répartition des richesses. Cela peut conduire à une migration forcée. Dans ce contexte, on peut par exemple citer l'Afrique du Sud, qui est devenue depuis longtemps un pôle d'attraction pour les peuples des pays voisins en raison de ses possibilités de travail surtout dans le secteur minier. Finalement, les gouvernements qui, pour leur survie, comptent plus sur les ressources naturelles que sur les taxes, n'ont pas besoin de créer des institutions fortes. Cela peut conduire à des structures étatiques faibles, coupées de l'activité économique nationale.⁴⁰ C'est le cas dans beaucoup de pays d'Afrique où il y a des gisements de ressources minérales et des matières premières (par exemple Congo, Angola, Mozambique).

Nombre de pays dont le développement dans un contexte de paix s'est appuyé sur l'exploitation de ressources démontrent que de tels enjeux et opportunités ne prennent pas systématiquement la forme de conflits ou guerres. À cet égard, la trajectoire historique, la culture politique, le contexte régional, et la place d'un pays ou d'une ressource dans l'économie mondiale jouent un rôle important. Il semble, toutefois, que le contexte de dépendance vis-à-vis des ressources naturelles est associé avec un risque plus élevé de conflit armé.

Les ressources naturelles constituent souvent une clef de voûte due à la fréquente pauvreté de l'économie locale. L'accès aux revenus qui proviennent des ressources naturelles représente non seulement le moyen d'acheter des armes et

⁴⁰ M. Humphreys, Aspect économiques des guerres civiles, Revue Tiers Monde, 2003, p. 275.

de financer une armée, mais peut aussi amener au contrôle d'un État ou d'un territoire. Dans cette perspective, une rébellion réussie constitue du banditisme à grande échelle mais reflète aussi la situation précaire de l'État, les conditions géologiques ou écologiques, et les possibilités de profits qui peuvent leur être associées. Après l'échec de sa tentative de renversement du gouvernement à Monrovia en raison de l'interposition de troupes régionales sous l'égide de la CEDEAO, Charles Taylor a néanmoins réussi à établir un contrôle relatif de secteurs tels que le bois de construction, le caoutchouc et le fer, notamment en utilisant les infrastructures du port de Buchanan et la complicité de la Côte-d'Ivoire. S'établissant comme seigneur de guerre selon un modèle qui était similaire au gouvernement auquel il s'attaquait, Taylor a étendu son régime prédateur à la Sierra Leone voisine, où son soutien du front uni révolutionnaire (RUF) lui fournit un accès au secteur dont une partie transitait illégalement depuis longtemps déjà par le Liberia.⁴¹

Au Sierra Leone, le RUF n'a pas seulement recruté des prolétaires urbains mais également des jeunes ruraux qui se heurtaient au contrôle de la terre par les aînés. En Côte d'Ivoire, la loi foncière de 1998 supprimant le droit à la terre pour ceux qui la cultivent a mis le feu aux poudres. Il y a eu conflit entre les jeunes urbains revendiquant des droits ancestraux et les migrants bénéficiant de terres louées dans le cadre d'accords de tutorat. Ces conflits se situent dans un contexte de

⁴¹ P. Le Billon, *Matières Premières, Violences et Conflits armés*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 304-305.

raréfaction de la terre et de crise économique. Par conséquent, « le temps de l'espace fini » commence dans de nombreuses régions d'Afrique.⁴²

Il apparaît que des violences économiquement motivées sont plus probables de la part de groupes rebelles quand des revenus considérables peuvent être tirés de ressources naturelles exploitables avec une technologie minimale et en l'absence de gros investissements ou de contrôle de l'appareil d'État et de sa légitimité internationale. La situation géographique et géopolitique des ressources y est aussi importante. La proximité de frontières internationales de pays soutenant les forces rebelles ou ayant des intérêts dans leur économie, une topographie escarpée, une couverture végétale dense, des infrastructures de transports difficile à contrôler (aéroports de brousse, pistes nombreuses) sont tous des facteurs qui facilitent l'accès de groupes rebelles aux revenus issus des ressources.

L'accessibilité forte et facile par des forces rebelles est la cause pour laquelle les diamants alluviaux ont acquis la réputation d'être « le meilleur ami de la guérilla ». Leur exploitation artisanale rend plus facile l'exploitation illégale par des réseaux de « creuseurs », commerçants, troupes armées, et des autorités civiles et militaires complices. Exploitation minières, vol et extorsion sont communs dans des zones de diamants alluvionnaires répartis sur des centaines de kilomètres

⁴² P. Hugon, Géopolitique de l'Afrique, 2007, p. 132.

carrés et dont la sécurité militaire est difficile à maintenir. Comme les diamants sont petits, légers, anonymes, faciles à dissimuler, précieux, et commercialisables internationalement, les diamants se prêtent également bien à la contrebande et aux trafics. Ils représentent donc aussi une monnaie de choix pour le trafic d'armes, le blanchiment d'argent et le financement d'activités clandestines, y compris celles de groupes terroristes comme AL-QAEDA.⁴³ La facilité de transport et de contrebande des diamants mais aussi la complicité d'entreprises internationales, de groupes criminels et des marchés internationaux facilitent d'autant l'émergence de seigneurs de guerre et la prolongation des conflits armés.

Pour d'autres ressources plus difficiles à exploiter ou à transporter, l'accès aux revenus se fait essentiellement soit par le contrôle de l'État, soit par le biais de sabotages d'infrastructures, de chantages ou d'enlèvements. C'est le cas, par exemple, de l'exploitation pétrolière à terre ou des métaux non précieux. En l'absence d'autres sources financières, le contrôle de zones pétrolières en mer ne semble pas laisser d'autre choix aux groupes rebelles qu'un putsch dans la capitale qui débouche souvent sur une reconnaissance internationale, notamment de la part des compagnies internationales pétrolières. Le conflit en République du Congo en 1997 s'est ainsi essentiellement concentré sur le contrôle de la capitale, épargnant les installations pétrolières de Pointe-Noire. Le prolongement d'un tel conflit est souvent le résultat de dynamiques de pillages, ainsi que d'un soutien externe à la

⁴³ D. Farah, Al Qaeda cash tied to diamond trade, Washington Post, 2 November 2001.

partie rebelle. De nombreux groupes armés ont en effet bénéficié souvent de la part d'acteurs commerciaux ou politiques cherchant à appuyer l'un des camps dans la perspective d'une victoire éventuelle, ou à soutenir tous les camps afin de profiter du conflit en cours ou de se couvrir quelle que soit l'issue du conflit.⁴⁴

Un peuple économiquement ou politiquement opprimé par le gouvernement peut faciliter le soutien à un mouvement de guérilla, mais aussi des mouvements locaux, notamment sécessionnistes. Si, comme c'est souvent le cas, les ressources naturelles sont concentrées au sein d'une région particulière d'un pays, la conviction qu'un État sécessionniste pourrait être viable ou même prospère peut se répandre au sein des groupes insatisfaits.⁴⁵ On peut citer la guerre de Biafra, une région au Sud de Nigéria, où il y a de larges gisements de pétrole, qui a déclaré son indépendance en début des années 70 mais perdu la guerre contre le gouvernement central de Nigéria.

Même si les groupes locaux d'opposition peuvent trouver difficile, voire impossible de contrôler ces ressources ou d'en tirer des revenus par la force, la perspective de futurs revenus constitue une source grande de motivation. Mais aussi leur simple existence et la mythologie économique qui les entoure, les exactions associées à leur exploitation, ainsi que la répartition des coûts et

⁴⁴ P. Le Billon, *Matières Premières, Violences et Conflits armés*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 306.

⁴⁵ M. Humphreys, *Aspect économiques des guerres civiles*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 275.

bénéfices peuvent se révéler des motifs puissants dans la justification et la mobilisation d'une opposition armée.

Beaucoup de tentatives de sécession ont une base historique indépendante des ressources, mais l'existence de ressources naturelles peuvent renforcer un tel mouvement. C'était le cas, par exemple, du phosphate au Sahara occidental, dont l'exploitation a permis la montée en force d'un mouvement nationaliste qui veut à la longue créer une nation-État indépendante, un pays économiquement viable ou même prospère. Leur richesse minérale récemment découverte a servi à mobiliser la résistance armée. Les mouvements armés sécessionnistes peuvent également émerger autour de la redistribution des impacts économiques, sociaux et environnementaux liée au développement commercial des ressources. Le mouvement sécessionniste à Aceh, en Indonésie, est historiquement enraciné au sultanat indépendant, qui a régné jusqu'à ce que les Néerlandais l'aient militairement défait à la fin du 19^{ème} siècle. Pourtant la formation du mouvement de libération d'Aceh a coïncidé au début des années 1970 avec la déclaration d'exploitation des réserves principales de gaz, et la déclaration d'indépendance en 1976 dénonçait le détournement de 15 milliards de dollars de revenu annuel au profit exclusif des « Javanais néo-colonialistes ». L'expropriation des terres et l'exploitation des forêts par des entreprises dominées par les Javanais ont encore aggravé le conflit.⁴⁶

⁴⁶ P. Le Billon, *Matières Premières, Violences et Conflits armés*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 307-308.

c) Activités économiques des groupes rebelles

Pendant un conflit, il existe une considérable variation dans la manière avec laquelle agissent les rebelles en tant qu'acteurs économiques. Il dépend souvent de la capacité des groupes à contrôler les secteurs économiques lucratifs, pour que ces groupes puissent lancer et entretenir une campagne de guerre. En agissant comme fournisseurs de services et comme organisateurs de l'activité économique, les groupes rebelles sont capables de se substituer aux États en agissant comme eux, ce qui souligne le manque de pertinence des gouvernements qui ne parviennent plus partout à se créer des appuis parmi les populations civiles. L'EPLF aurait fourni, dit-on, des services médicaux, vétérinaires et judiciaires en Erytrée, et les rebelles maoïstes, des services bancaires et des tribunaux au Népal. L'ampleur avec laquelle les groupes rebelles fournissent des services varie considérablement. Alors qu'à certains endroits les groupes imitent les États en tant que fournisseurs de services, dans d'autres ils les excèdent même dans leurs actes de prédation. Cette variation a probablement des effets en ce qui concerne les formes de violence, la durabilité de la guerre et les possibilités d'atteindre une paix plus ou moins précaire.⁴⁷ Une telle variation de leur comportement a des effets sur le bien-être économique des populations comme sur le cours du conflit.

⁴⁷ M. Humphreys, Aspect économiques des guerres civiles, *Revue Tiers Monde*, 2003, p. 284.

On estime que le pouvoir des rebelles s'est largement porté sur les richesses qui proviennent du contrôle des ressources naturelles de valeur comme les drogues, le pétrole, le bois et les diamants de la guerre. Mais les groupes rebelles dépendent aussi largement des produits agricoles - comme les noix de cajou, les mandarines, les noisettes ou les bananes - pour financer leurs campagnes. Ce genre de biens agricoles nécessite une production continue, souvent sur de vastes étendues de territoire, c'est-à-dire qu'il faut que les rebelles interagissent avec les économies locales et sur les réponses des politiques qui visent à stopper le financement des rebelles.⁴⁸

Une seconde source de financement est l'argent provenant de l'étranger. Le lien entre migration et conflit peut provenir de nombreuses raisons : Il se peut qu'il existe une large diaspora en raison de chocs que le pays aurait connus dans son passé tels que des conflits de moindre importance ou des sécheresses qui peuvent produire ou être le signe de ressentiments tenaces. De forts taux d'émigration peuvent également être le résultat de peu de possibilités d'emploi, et de taux élevés d'insatisfaction. D'une autre manière, des taux élevés d'immigration pourraient modifier les caractéristiques de la population restée sur place - créant probablement une masse faible d'« entrepreneurs » et plutôt élevée de personnes frustrées, déprimés, livrées à leur triste sort. Tous ces effets pourraient aboutir à la corrélation entre la taille des populations émigrantes et le conflit, sans fournir

⁴⁸ M. Humphreys, Aspect économiques des guerres civiles, Revue Tiers Monde, 2003, p. 282.

pour autant une quelconque preuve sure que les émigrants financent habituellement les conflits.

Une autre source de financement de l'activité des rebelles est l'appui financier fourni par de tierces parties. En particulier, pendant la période de la guerre froide il existait de nombreux cas bien documentés de financement de groupes rebelles par les forces de la guerre froide (tel que le soutien financier des Etats-Unis à l'UNITA ou de l'URSS au MPLA), par les principales puissances locales (telle que l'Afrique du Sud finançant le RENAMO) ou par des Sympathisants religieux.

49

Une dernière source de financement est celle des transferts volontaires, notamment les « cotisations » et les transferts non volontaires, notamment les pillages, dont sont victimes les populations civiles. De tels transferts peuvent influencer la viabilité d'une organisation rebelle, et peuvent conditionner ses besoins en argent liquide provenant d'autres sources externes. La forme que prennent ces transferts a des implications sur les relations entre les groupes rebelles et les populations civiles, avec des conséquences à la fois militaires et humanitaires. Dans les cas où il existe un appui local pour les actions des groupes rebelles, comme pour le cas des rebelles tchéchènes, des personnes qui ont un emploi régulier peuvent servir la guérilla « de temps en temps ».⁵⁰

⁴⁹ M. Humphreys, Aspect économiques des guerres civiles, Revue Tiers Monde, 2003, p. 283.

⁵⁰ M. Humphreys, Aspect économiques des guerres civiles, Revue Tiers Monde, 2003, p. 284.

d) Actions de la communauté internationale et de tierces parties

Les ONG au développement sont souvent accusées d'aggraver la situation des régions en guerre par donner de l'aide humanitaire. Par les rôles et les activités qu'elles mènent au cours des conflits et les guerres, elles deviennent des agents de l'économie de la guerre. Afin d'apporter des secours aux zones hantées par la guerre, elles doivent fréquemment soit payer un droit de passage aux barrages routiers des belligérants, soit rechercher des solutions encore plus coûteuses. En Sierra Leone par exemple, nombreuses sont ces agences d'aide qui préfèrent payer les rebelles. Ailleurs, elles-mêmes engagent des groupes armés pour assurer leur protection et fournissent les biens susceptibles pour lesquels les groupes se battent. De plus, en entretenant des camps de réfugiés, les organisations humanitaires peuvent fournir les ressources matérielles qui passent ensuite aux mains des combattants ou elles peuvent leur offrir la sécurité nécessaire pour se rassembler et se reposer.⁵¹

Le problème peut même devenir néfaste. Il semble que dans la mesure où l'aide humanitaire a pour objectif de donner les moyens de survivre, elle contribue à la perpétuation du conflit. Dans beaucoup de cas, l'augmentation de l'activité humanitaire s'est accompagnée d'une augmentation de la durée des guerres. Néanmoins, la relation de causalité vaut probablement dans les deux sens. Et on

⁵¹ J.-C. Rufin, L'économie de guérilla et les trafics, Problèmes économiques, 1995, 19-23.

ne peut pas pour autant en déduire, comme les parties en guerre le suggèrent, que la famine ou le massacre de l'une des parties soit un prix acceptable ou nécessaire à payer pour obtenir la paix. Outre cette problématique, d'autres arguments économiques lient l'aide internationale à une prolongation des conflits : quand elle est principalement centrée sur l'importation et la distribution d'alimentation, cette aide peut créer des enclaves économiques qui entravent la création de relations économiques favorables à la résolution des conflits.⁵²

Les sanctions constituent une arme économique qui peut être utilisée par l'ONU ou par les grands pouvoirs pour atteindre un changement de politique et pour tarir le financement des groupes rebelles. Or, jusqu'à présent, la plupart des tentatives de coercition effectuées par le biais de sanctions ont débouchés sur un échec.⁵³ Si les groupes fonctionnent grâce à la vente de marchandises illégales, par exemple la drogue, afin d'acheter illégalement des marchandises, par exemple des armes, la mise en place de sanctions risque fort d'être démesurée. Même dans le cas où les marchandises ne sont pas interdites, la possibilité d'être passées clandestinement par des États voisins peut sérieusement réduire l'impact des sanctions. Les tentatives de limiter les exportations de diamants de Sierra Leone ont été sérieusement contrecarrées par la possibilité qu'avaient les trafiquants de passer par les pays voisins comme le Libéria, la Gambie ou la Côte-d'Ivoire.⁵⁴

⁵² M. Humphreys, Aspect économiques des guerres civiles, *Revue Tiers Monde*, 2003, p. 285-286.

⁵³ Voir A. Mack et A. Khan, The efficacy of UN sanctions, *Security Dialogue*, 2000, 31 (2).

⁵⁴ V. Davies et A. Fofana, diamonds, crime and civil war in Sierra Leone, Banque mondiale, working Paper, Center for United Nations Studies at Yale, 2002, p. 12-15.

Même lorsque les sanctions ont un impact attendu, ce ne sont pas uniquement les cibles visées qui en subissent les conséquences: elles provoquent souvent la mort d'un grand nombre de personnes parmi la population civile. Elles ont aussi des effets en ce qui concerne la distribution, en gênant les producteurs de biens d'exportation et en profitant aux producteurs de marchandises de substitution aux importations. Comme elles protègent les monopoles nationaux et en limitent les circuits de distribution, les sanctions peuvent même accroître les occasions de corruption. C'était sans doute le cas en Haïti.⁵⁵ Et si la logique qui semble justifier les sanctions est qu'elles agissent en infligeant aux civils une souffrance qui les poussera à faire pression sur leurs dirigeants, alors elles semblent particulièrement inadaptées aux contextes de guerre, dans lesquels la notion de responsabilité est spécialement contestée par les belligérants.⁵⁶

La présence de ressources naturelles peut pousser de tierces parties - États et entreprises - à s'engager dans des conflits civils ou à les alimenter. On peut songer au Soudan où la Russie et la Chine soutiennent le régime islamiste à Khartoum en livrant des armes et du savoir-faire. Ce conflit perdure notamment en raison des intérêts pétroliers des deux puissances. Or, l'aide militaire qui est très souvent camouflée sous l'aide au développement est systématiquement employée, et avec un certain succès, pour modifier la politique des gouvernements étrangers, et elle a souvent servi à soutenir l'une ou l'autre des parties belligérantes lors des guerres

⁵⁵ E. Gibbons, *Sanctions in Haiti*, Center for Strategic and International Studies, 1999.

⁵⁶ M. Humphreys, *Aspect économiques des guerres civiles*, *Revue Tiers Monde*, 2003, p. 286-287.

civiles. Mais il est douteux qu'elle ait permis d'instaurer la paix. L'une des raisons est que cette aide, en fournissant les moyens d'une plus grande violence, peut exacerber les tensions plutôt que réduire le déséquilibre des forces en présence ; dans certains cas, en réalité, elle peut provoquer une augmentation de l'aide apportée à l'autre partie par des donateurs rivaux. Une autre raison est que l'aide militaire satisfait des désirs économiques et sécuritaires du pays donateur plutôt que les besoins des groupes soutenus des pays bénéficiaires. Il est évident que ces motivations ont rarement été humanitaires.⁵⁷

On peut ainsi mentionner les enjeux stratégiques des firmes multinationales pétrolières ou minières qui cherchent à maintenir des positions de rente face aux concurrents en versant des financements aux pouvoirs en place ou aux rebelles capables de prendre le pouvoir. Elles cherchent dans leur calcul à diversifier les risques et affectent une certaine probabilité subjective au maintien en place du gouvernement et des rebelles. Cette probabilité dépend en partie du financement de la firme au gouvernement et aux rebelles. On suppose que le gain sera maximum si le gouvernement reste en place et si la firme finance uniquement le gouvernement. Il sera en revanche nul si la firme n'a pas financé les rebelles et que ceux-ci gagnent. La solution de gain intermédiaire est que la firme finance à la fois le gouvernement et les rebelles et qu'elle maintienne sa position dans les deux cas. Bien entendu, tout dépend de la valeur retenue pour les probabilités

⁵⁷ M. Humphreys, Aspect économiques des guerres civiles, Revue Tiers Monde, 2003, p. 287-288.

subjectives et pour la rente dont elle dispose dans les diverses configurations. Ce « modèle de deux fers au feu » peut illustrer le soutien de Dos Santos et de Savimbi par Elf en Angola ou de Sassou Nguesso et de Lissouba au Congo.⁵⁸

e) Déroulement des conflits armés

L'importance du contrôle des ressources a souvent un impact direct sur les zones de déploiement des groupes armés et l'intensité des combats. Comme leur stratégie de guérilla est basée sur une mobilité élevée, les groupes rebelles cherchent à établir des bases stables soit dans des zones de forte insécurité notamment dans les régions de production soit sur les itinéraires de transport. Les troupes gouvernementales essayent généralement d'empêcher ceci par des contre-mesures parfois à l'encontre notamment des populations civiles qui sont déplacées vers des zones gouvernementales ou elles sont mises sous surveillance. Fréquemment, les troupes de gouvernement participent au pillage. L'effet global des ressources naturelles dans de tels contextes est cependant ambigu. Les ressources peuvent prolonger et intensifier des confrontations dans les zones économiques d'importance. Cela s'est déroulé en Sierra Leone dans les meilleurs secteurs d'extraction de diamants et au Cambodge dans les zones de stockage de bois.⁵⁹

⁵⁸ P. Hugon, Les conflits armés en Afrique : apports, mythes, et limites de l'analyse économique, *Revue Tiers Monde*, 2003, p. 840.

⁵⁹ P. Le Billon, *Matières Premières, Violences et Conflits armés*, *Revue Tiers Monde*, 2003, p. 309.

Tandis que le contrôle d'une zone de production demande souvent un affrontement militaire, l'exploitation et la commercialisation des ressources peuvent requérir un arrêt des hostilités, voire une certaine complicité entre les belligérants. Le transport de bois au Cambodge et leur importation par la Thaïlande ou le Vietnam demandaient ainsi une collaboration des différentes factions qui contrôlaient les forêts, les routes, et les relations diplomatiques. Le gouvernement cambodgien a permis ainsi aux compagnies thaïlandaises d'exploiter du bois en territoire Khmer rouge à condition de payer non seulement des taxes, mais aussi de généreuses commissions qui nourrissaient la corruption des dirigeants. Les Khmers rouges percevaient des taxes de ces compagnies ce qui était crucial pour la viabilité financière du mouvement. De même les soldats gouvernementaux rackettaient les compagnies travaillant en zones rebelles. Tant que le gouvernement et les rebelles tiraient bénéfice de cette situation, aucun des deux camps ne souhaitait changer le *statu quo*. En général, on peut constater que quand les profits prennent priorité sur les objectifs politiques, la victoire n'est pas forcément un but vu que la guerre fournit à la fois moyens et impunité à ceux qui en tirent du profit. Une telle situation tend ainsi souvent à prolonger les conflits de « faible intensité » qui n'épargnent pas les civils - comme l'ont démontré les violences perpétrées à rencontre des populations civiles par l'UNITA ou les troupes du gouvernement d'Angola dont tous les deux bénéficiaient de larges revenus issus de l'exploitation des mines diamantaires.

A part ces effets financiers et militaires, les ressources naturelles peuvent également prolonger les conflits en fournissant du soutien politique et logistique, au travers notamment d'une politique qui suit avant tout les intérêts commerciaux d'un pays, d'une compagnie ou de la caisse personnelle d'un dirigeant. Les diamants de l'UNITA ont non seulement permis au mouvement rebelle d'acheter des armes, mais aussi contribuer à un appui de certains dirigeants régionaux. De l'autre côté, grâce en partie à son contrôle du pétrole, le gouvernement angolais a rapidement acquis la faveur des principales puissances occidentales quand il était évident que l'UNITA avait non seulement perdu les élections en 1991, mais aussi les moyens de gagner le conflit militairement. De façon plus générale, de tels revenus marginalisent les intervenants multilatéraux et les donateurs qui pourraient autrement influencer un règlement négocié et pacifique de la guerre au travers d'incitations économiques. Même si beaucoup d'autres facteurs sont entrés en jeu, le contraste entre le succès d'avoir atteint la paix au Mozambique, un pays largement démuné de ressources, et des échecs répétés des tentatives en Angola est évident.⁶⁰

L'économie d'un pays aide souvent à expliquer la durée de la guerre. On peut constater que les guerres durent plus longtemps dans les pays les plus pauvres que dans les plus riches, bien que les raisons n'en soient pas évidentes. Il y a, en particulier, des implications des sources de financement d'un conflit. Deux approches essaient d'établir un lien entre le financement et la durée. D'abord, il

⁶⁰ P. Le Billon, *Matières Premières, Violences et Conflits armés*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 310.

faut souligner que l'aide ou les fonds provenant des ressources naturelles prolongent les guerres en permettant aux belligérants de poursuivre le combat. Néanmoins, la probabilité d'une victoire militaire ne dépend pas seulement de la quantité de biens à disposition, mais aussi de la force relative des groupes belligérants. Si les groupes rebelles ont le dessus, réduire leurs ressources peut diminuer les chances d'une victoire décisive. Du coup, les plus grands moyens financiers octroyés à un groupe donné rendent la fin du conflit plus difficile si ce groupe était plus faible à l'origine.⁶¹

Selon une seconde approche on peut soutenir que les groupes qui tirent profit de la situation de conflit préfèrent combattre plutôt que gagner. Cependant, pour montrer que les bénéfices tirés d'une situation de guerre expliquent sa durée, il faut prouver que des personnes bénéficient à titre individuel du conflit et qu'ils en bénéficient plus qu'ils n'en bénéficieraient en temps de paix. Pour ce faire, on ne doit pas seulement considérer les gains matériels mais aussi les avantages psychologiques ou politiques : puisque – en admettant que la guerre provoque des dommages – chaque gain matériel apporté par le conflit à l'une ou l'autre des parties pourrait être obtenu plus efficacement pendant des temps de paix, alors il existe toujours un mécanisme alternatif d'instauration de la paix qui pourrait, en principe, laisser chacun dans une meilleure situation. La logique de cet argument

⁶¹ M. Humphreys, Aspect économiques des guerres civiles, Revue Tiers Monde, 2003, p. 288.

est qu'il y a des facteurs qui empêchent les parties belligérantes de faire aussi bien sinon mieux en temps de paix.

Il semble alors qu'on pourrait mettre en place un processus de paix qui laisse les groupes rebelles dans une situation aussi favorable que s'ils étaient en train de combattre. Un obstacle est que les groupes ne sont pas capables de garantir qu'ils respecteront l'accord de paix ou le cessez-le-feu après l'avoir conclu. Les forces respectives des protagonistes peuvent être très différentes en temps de paix et en temps de guerre. Si ceux qui sont puissants en temps de paix communiquent à ceux qui tirent profit des conflits qu'ils respecteront les accords de paix, alors les combattants ont intérêt à compter sur les profits de la situation de guerre. Or, ce problème peut partiellement être surmonté en chargeant de tierces parties de superviser l'application des accords ou en garantissant aux protagonistes des fonctions au sein des institutions d'État. Le problème peut, cependant, s'avérer plus ardu, si la compensation nécessite la poursuite en temps de paix d'activités illégales que les protagonistes menaient en temps de guerre. Ceci, semble-t-il, est ce qui conduit à la relation particulière qui existe entre les activités économiques illégales, le trafic de drogue en particulier, et la prolongation des conflits: les pays qui exportent des marchandises de contrebande connaissent bien des guerres en moyenne plus longues. Dans ces circonstances, à moins que les États ne veuillent ignorer le commerce illégal effectué par des protagonistes du conflit, la paix est

difficile à instaurer. Faute de formes alternatives de compensation, la paix dans de tels conflits relève plus de la victoire que de la négociation.⁶²

f) Coûts globaux et bénéfices de la guerre

Les effets des conflits sur le PIB et la croissance peuvent être étudiés grâce à des méthodes quantitatives employant des modèles courants, conçus pour l'étude empirique de la croissance économique. Dans ce contexte, quatre variables sont généralement prises en considération : le capital physique, la force de travail, le « capital humain » et la « productivité totale des facteurs ».⁶³ Cette dernière variable comprend des éléments différents tels que le niveau technologique, l'efficacité des mécanismes du marché ou les caractéristiques du climat d'un pays. Ces critères évoluent au fil du temps, chacune ayant un taux d'accumulation et un taux de destruction qui lui est propre. Au total, ces quantités et leurs taux de changement déterminent à la fois le niveau de richesse et le taux de croissance d'une économie. Les manières par lesquelles un conflit influence une économie peuvent être décrites en terme d'impact sur chacune de ces variables.⁶⁴

Les conflits violents sont à l'origine de la destruction ou le déplacement du capital physique y compris les ponts, les bâtiments et les infrastructures de communication et du secteur de l'énergie. Cela abaisse les niveaux de vie et

⁶² M. Humphreys, Aspect économiques des guerres civiles, Revue Tiers Monde, 2003, p. 289.

⁶³ N. Mankiw, D. Romer et D. Weil, A contribution to the empirics of economic growth, Quarterly Journal of Economics, 1992, p. 407.

⁶⁴ M. Humphreys, Aspect économiques des guerres civiles, Revue Tiers Monde, 2003, p. 278.

engendre des pertes des stocks de capitaux physiques. Les conflits produisent aussi une chute des investissements privés : plutôt que de faire rentrer des capitaux à investir, la guerre déclenche leur fuite. Une augmentation des taux d'intérêts, due à des niveaux croissants d'incertitude et à l'effet d'éviction causé par l'endettement public, risque aussi de réduire les niveaux d'investissement. L'ampleur de ces effets dépend de la gravité de la guerre, de sa durée et de la proportion du pays touché.⁶⁵

En outre, les niveaux de population changent au cours des guerres. Ils baissent surtout, évidemment, en raison des morts au combat, mais il est évident qu'adviennent plus de décès par le biais des famines, des maladies et de la destruction des institutions de santé à la suite des conflits. On a enregistré qu'entre 1960 et 1995 environ 18,5 millions de personnes sont mortes en raison de conflits internes, presque la moitié de ces décès sont survenus en Afrique, et plus de 80 % se sont produits en général dans des pays à faible revenu.⁶⁶

Une conséquence des conflits est la modification des savoir-faire et des compétences de la force de travail. Comme dans le cas du capital physique, les ressources humaines fuient le pays au cours des conflits. La fuite des cerveaux se déroule parce que les travailleurs instruits possèdent plus de moyen pour quitter le pays ou parce que ils sont spécifiquement persécutés à cause d'une idéologie

⁶⁵ M. Humphreys, Aspect économiques des guerres civiles, Revue Tiers Monde, 2003, p. 279.

⁶⁶ F. Stewart, V. FitzGerald and Associates, War and Underdevelopment, vol. 1: the Economic and Social Consequences of Conflict, 2001, p. 71

– comme au Cambodge sous les Khmers Rouges.⁶⁷ Pendant les guerres, les écoles ferment ou sont détruites, les étudiants et souvent les enseignants rejoignent la rebellion et les armées ou s'exilent, réduisant par là l'investissement en capital humain. Des pertes peuvent être liées aux problèmes sanitaires engendrés par la propagation des maladies, avec des effets à long terme.⁶⁸

La conviction selon laquelle la guerre déclenche des innovations technologiques fournissant des bénéfices à l'économie persiste depuis longtemps. Il y a en effet de nombreux exemples d'innovations qui surviennent au cours de guerres, ou font partie de programmes de défense, qui apportent des améliorations au travail des métaux jusqu'au développement d'Internet.⁶⁹ Cependant, alors que ces changements technologiques étaient liés à des innovations réalisées principalement par les pays de l'Ouest sur le plan économique, les guerres contemporaines se livrent avant tout dans des pays pauvres, loin des centres de développement de la technologie.

Les conflits interrompent également la production et le commerce par le biais de la distorsion des échanges. Les guerres bloquent la liberté de mouvement. Les populations deviennent moins productives lorsqu'elles sont déplacées ou incapables de se rendre sur leur lieu de travail à cause des mines terrestres et d'autres menaces. Les perspectives de pillage ont des effets graves sur la

⁶⁷ Keen, *The political economy of war*, in: F. Stewart, V. FitzGerald and Associates, *War and Underdevelopment*, vol. 1: the Economic and Social Consequences of Conflict, 2001, p. 161.

⁶⁸ M. Humphreys, *Aspect économiques des guerres civiles*, *Revue Tiers Monde*, 2003, p. 280.

⁶⁹ J. Mokyr, *The Lever of Riches*, 1992, p. 183-186.

production économique. Les réponses au pillage, telles que la limitation des déplacements, la fermeture des marchés ou l'imposition de couvre-feux, frappent la production et les échanges. Pour accorder des faveurs à leurs partenaires économiques, les gouvernements ou les groupes rebelles créent souvent des monopoles. Ils contrôlent l'utilisation des voies d'échange pour soutenir ces monopoles ou, lors des guerres sécessionnistes, pour essayer d'atteindre l'autarcie.⁷⁰

En fin de compte, les conflits conduisent à une destruction ou à une dévalorisation du capital physique (infrastructures, équipements), du capital humain et du capital social reposant sur la confiance, les règles ou les réseaux de relations. Les comparaisons internationales montrent que les guerres (de sept ans en moyenne) font chuter le revenu par tête de 15 %, amputent de 2 points le taux de croissance et conduisent à une fuite des capitaux frappant en moyenne 20 % des actifs contre 9 % en période de paix. Les conflits ont ainsi des effets catastrophiques vis-à-vis de la croissance au niveau macroéconomique, microéconomique et sectoriel.⁷¹

III. CONCLUSION

Pour Sauvy, l'évolution ci-dessus décrite était déjà éloquente en 1951 et il ne dramatisait pas en disant: « Le cycle millénaire de la vie et de la mort est ouvert, mais c'est un cycle de misère. N'entendez-vous pas sur la Côte d'Azur, les cris qui nous parviennent de

⁷⁰ M. Humphreys, Aspect économiques des guerres civiles, Revue Tiers Monde, 2003, p. 280-281.

⁷¹ P. Hugon, Géopolitique de l'Afrique, 2007, p. 140.

l'autre bout de la Méditerranée, d'Égypte ou de Tunisie ? Pensez-vous qu'il ne s'agit que de révolutions de palais ou de grondements de quelques ambitieux, en quête de place ?

Non, non, la pression augmente constamment dans la chaudière humaine. »

Quant à une analyse de cette évolution, on observe au tiers monde de nombreux réseaux de pouvoirs et d'interactions qui se chevauchent et s'entrecroisent et des interrelations entre les quatre principales sources de pouvoir : politiques, idéologiques, économiques et militaires. Les facteurs explicatifs des guerres sont évidemment multiples mais les facteurs économiques, surtout l'existence de ressources naturelles – convoitées à la fois par les acteurs sur place et de tierces parties – prédominent, car la guerre est et était toujours étroitement lié au profit économique. La preuve de cette thèse peut être fournie par l'analyse étymologique du mot « guerre » dans plusieurs langues. Le mot français « guerre » (« guerra » en italien, espagnol et portugais) vient du francique « werra », se laissant traduire par « le chaos profitable » ; le mot anglais « war » veut dire « prendre du matériel ». En arabe « el harb » est « la proie » et en hébreu le mot « milkhama » signifie « gagner ou prendre du pain ». Et enfin, en latin « bellum » est le « bien ».

On peut considérer que les guerres dans le tiers monde sont des facteurs essentiels de sous-développement et de décomposition des États. Pour réduire les guerres, le « chaos profitable », l'Europe de l'âge des Lumières a « pensé » et imposé « l'État » et de cette manière monopolisé le pouvoir et la guerre. Or, on peut

observer dans les conflits dans le tiers monde un retour à l'état de nature hobbesien, un modèle moyenâgeux avec pluralité des acteurs, renforcement des référents identitaires, concurrence des allégeances possibles et rôle des mercenaires. On peut parler de la fin du modèle westphalien d'un État ayant le monopole de la violence légitime et acteur international. Avant tout au tiers monde, les États n'ont plus le contrôle des territoires et du respect des lois et des règles par le monopole de la violence légitime. Beaucoup de sociétés y sont caractérisées par des proto-États ou des ébauches d'États-nations et par des citoyennetés embryonnaires. L'État peu institutionnalisé, extraverti et affaibli par l'endettement et par l'ajustement, s'appuie sur une société civile faiblement organisée.

On trouve ainsi certaines similitudes avec les guerres pré-westphaliennes caractérisées par l'absence de statut des civils et par le caractère mercenaire des armées. Si une autorité intervient pour faire respecter le contrat et sanctionner celui qui ne le respecte pas, il y aura un coût réduisant les dividendes de la paix, mais les solutions de paix seront préférables aux solutions de guerre. Or, les conflits armés dans le tiers monde peuvent être vus comme des défaillances de contrat, de serment ou de réputation permettant des jeux coopératifs. Plusieurs explications peuvent être données de la rupture du contrat social. L'État ou l'autorité n'est ni crédible ni neutre vis-à-vis de A ou de B ; il est souvent opportuniste. Les équilibres de pouvoirs, nécessaires pour que l'autorité soit

bienveillante sont limités. Dans un jeu à plusieurs des stratégies de tricherie sont possibles. Il y a retrait des médiateurs institutionnels extérieurs et absence de médiateurs internes nécessaires pour assurer la confiance. En l'absence d'éducation civique, les joueurs ne peuvent intérioriser des normes morales ou des conventions relevant de la connaissance commune. Dans le tiers monde, la construction nationale demeure en cours et la citoyenneté reste embryonnaire. L'État postcolonial se caractérise par sa faiblesse, menant au quasi effondrement d'institutions ; lui-même est faiblement connecté à une société civile peu affirmée. La faillite du modèle étatique, postcolonial, auquel s'est ajoutée la dévalorisation de l'État par l'idéologie libérale, ont conduit à des fractionnements territoriaux et à une montée en puissance de factions s'appuyant sur des identités claniques, communautaires, éthiques ou religieuses.

On peut prendre pour hypothèse que le repli identitaire, le déploiement d'un imaginaire ethnique ou religieux, les comportements de haine sont des pertes de confiance à la fois dans les autres et dans l'avenir, qui apparaît comme un horizon bouché. Les situations de détresse conduisent à la recherche d'un bouc émissaire et à la dialectique du persécuteur / persécuté. L'ennemi devient l'étranger qui est soit envié soit détesté du fait de sa puissance, soit entre en concurrence pour le contrôle de la terre, l'emploi dans les grandes et petites activités. La création, acte de projection dans le futur, cède la place à la destruction. La sympathie ou l'empathie se transforment en haine de l'autre et de soi. Le futur devient

l'actualisation des ancêtres, la réinterprétation d'une histoire mythique justifiant le retour à la terre ancestrale, aux valeurs authentiques. Ces systèmes de représentation se développent d'autant plus que les agents sont en situation de crise économique et de forte vulnérabilité, liés à des facteurs tels la baisse des cours des matières premières, l'aggravation des conflits pour l'accès à la terre ou aux emplois.⁷²

Or, les conflits dans le tiers monde qui ont des formes à la fois moyenâgeuses et postmodernes s'insèrent notamment dans une économie mondiale officielle et criminelle. Le rôle de médiateur, de tiers garant du respect du contrat social doit être assuré face à des États défaillants par des organisations internationales ou régionales, voire des puissances étrangères. Certes, la diplomatie qui demande temps, habileté et parole crédible ne supprime pas les causes profondes des conflits, mais elle peut les prévenir et atténuer leurs conséquences. Elle contribue à civiliser les relations internationales. Le droit humanitaire des conflits armés et les nombreuses conventions internationales sont relativement démunis face aux nouveaux guerres, conflits et guérillas multiformes. L'action humanitaire essaye de pallier à cette défaillance par le droit d'ingérence.⁷³ Mais ces actions ne peuvent être légitimées que si parallèlement la mondialisation libérale et le désordre économique mondial sont régulés et que si les circuits mafieux internationaux, les

⁷² P. Hugon, Les conflits armés en Afrique : apports, mythes, et limites de l'analyse économique, *Revue Tiers Monde*, 2003, p. 847.

⁷³ P. Hugon, *Géopolitique de l'Afrique*, 2007, p. 144.

off-shores financiers, les trafics d'armes et les liens entre corrupteurs et corrompus font l'objet de contrôles de la part des grandes puissances. Sans tout cela, le tiers monde risque de devenir l'arrière-cour de ces pouvoirs, de s'insérer durablement dans une économie mondiale mafieuse et de connaître des liens croissants entre les circuits extrémistes et les « États-voyous ». Mais qui est-ce qui oserait sauver le tiers monde d'un tel triste sort ?

Bibliographie :

- P. Le Billon, *Matières Premières, Violences et Conflits armés*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 297
Cartier-Bresson, *Comprendre et limiter les violences: une présentation*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 249.
V. Davies et A. Fofana, *diamonds, crime and civil war in Sierra Leone*, Banque mondiale, working Paper, Center for United Nations Studies at Yale, 2002.
J.-L. Domenach, *L'Asie en danger*, 1998.
D. Farah, *Al Qaeda cash tied to diamond trade*, Washington Post, 2 November 2001.
P. Hugon, *Les conflits armés en Afrique : apports, mythes, et limites de l'analyse économique*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 829.
JP. Hugon, *Géopolitique de l'Afrique*, 2007.
G. Étienne, *Le développement à contre-courant*, 2003.
D. Gaxie, *La démocratie représentative*, 1993.
E. Gibbons, *Sanctions in Haiti*, Center for Strategic and International Studies, 1999.
G. Hermet, *Culture et développement*, 2000.
G. Hermet, *Sociologie de la construction démocratique*, 1986.
M. Humphreys, *Aspect économiques des guerres civiles*, Revue Tiers Monde, 2003, p. 269.
Keen, *The political economy of war*, in: F. Stewart, V. FitzGerald and Associates, *War and Underdevelopment*, vol. 1: the Economic and Social Consequences of Conflict, 2001, p. 161.
Z. Laidi, *Mondialisation et démocratie*, 2001.
G. Lavau et O. Duahamel, *La démocratie*, in : M. Grawitz et J. Leca, *Traité de science politique*, 1985, p. 41.
A. Mack et A. Khan, *The efficacy of UN sanctions*, Security Dialogue, 2000, 31.
N. Mankiw, D. Romer et D. Weil, *A contribution to the empirics of economic growth*, Quarterly Journal of Economics, 1992, p. 407.
P. Marchesin, *Démocratie et Développement*, Revue Tiers Monde, 2004, p. 487.
J. Mokyr, *The Lever of Riches*, 1992.
J.-C. Rufin, *L'économie de guérilla et les trafics*, Problèmes économiques, 1995.
Russet, in B. Boutros-Ghali et al., *L'interaction démocratique et développement*, 2002, p. 48.
F. Stewart, V. FitzGerald and Associates, *War and Underdevelopment*, vol. 1: the Economic and Social Consequences of Conflict, 2001, p. 71.
J.-L. Quermonne, *Le système politique de l'Union européenne*, 2002.

Mohay Gergely

A 2008-as népszavazás a pártstratégiák tükrében

Mielőtt belefognánk az egyes pártok népszavazási stratégiájának elemzésébe, röviden fel kell elevenítenünk azt a politikai eseménysorozatot, amely egyenesen elvezetett a népszavazásig is, mert csak a korábbi történésekből fakadó összefüggések konnotációjában érthető meg mind a népszavazás, mint eszköz igénybevétele, mind az egyes pártok viselkedése a népszavazás kapcsán.

2006-ban a Magyar Szocialista Párt nyerte meg az országgyűlési választásokat. Az ezt megelőző választási kampányban olyan ígéretversenybe hajszolta egymást kölcsönösen a két nagy párt, hogy az ebben a kampányban megfogalmazott választási ígérek megvalósíthatósága az ország gazdasági helyzete ismeretének tükrében az elfogulatlan elemző szemében egyértelműen irrelevánsnak mutatkozott. A választáson való győzelem azonban mindennél fontosabbnak bizonyult mind a két fél számára. Az e fölött érzett kezdeti eufória után azonban rá kellett döbbsennie mind a szocialista pártnak, mind a kormánynak, hogy a költségetvetési egyensúly és az államháztartási hiány rendbetétele és tartós egyensúlyban maradása érdekében olyan intézkedéseket muszáj hozni, amelyek nyilvánvalóan nem lesznek népszerűek. Illetve ezzel már a választások előtt is tisztában volt a kormányzó párt, de ezzel nem sietett a választási kampányban előhozakodni. Az első megszorító intézkedések 2006 szeptemberében éreztették először hatásukat. A kormánypártok népszerűségi indexe ekkor, pontosabban már korábban is elkezdett meredeken lefelé csúszni. A kormánypártok számára kedvezőtlen helyzetre csak ráerősített a kiszivárgott ösödi beszéd, amely korábban nem látott indulatokat váltott ki az emberekből, és indított el egy több hónapon keresztül tartó tiltakozássorozatot. Mindez az eleve is meglévő – a megszorításokból fakadó – feszültséget csak tovább fokozta, és innentől kezdve magyar politika gyakorlatilag nem tudott kiegyensúlyozott mederben folyni.

A kormánnyal, és természetesen személyesen Gyurcsány Ferenc miniszterelnökkel szembeni ellenérzés kedvező volt az ellenzéki pártoknak, azon belül is különösen a Fidesznek, amely már korábban is szembesítette a kormánypártokat választási ígéreteik és kormányzati cselekvéseik között fennálló kontraszttal.

Rendkívül leegyszerűsítve tehát ez az a kiinduló állapot, és politikai szituáció, engedjük meg: hadállás, amelyet nem hagyhatunk figyelmen kívül, mikor az egyes pártok stratégiáját elemezzük. Valóban egy olyan állóháborúról van szó, ahol a frontok megmerevedtek és a felek egyre mélyebbre ásták be magukat lövészárkaikba, ahonnan igyekeztek kitörni valahogyan, ez azonban nem sikerült.

A következőkben tehát azt nézzük meg, hogy az egyes pártok szemszögéből nézve hogyan fest mindez, hogyan gondolkodnak a lövészárkokban, és miként kerül elő a népszavazás nevű fegyver, mint egy rendkívül hatékonyan ígérkező eszköz az ellenfél közömbösítésére.

A Fidesz népszavazási stratégiája

Kossuth téri tüntetéssorozat, ultimátumadás, fenyegető és lemondásra felszólító nyilatkozatok és parlamentből való kivonulás után Orbán Viktor 2006. október 23-án, az Astoriánál tartott Fidesz megemlékezésen bejelentette, hogy a párt népszavazást kezdeményez néhány témában. Pár nap múlva a nyilvánosság elé tárták a konkrét kérdéseket:

A Fidesz kérdései

„Egyetért-e ön azzal,

1. hogy az államilag támogatott felsőfokú tanulmányokat folytató hallgatóknak ne kelljen képzési hozzájárulást fizetniük?
2. hogy az egészségügyi közszolgáltató intézmények maradjanak állami, önkormányzati tulajdonban?
3. hogy a háziorvosi, fogászati és a járóbeteg-ellátásért továbbra se kelljen vizitdíjat fizetni?
4. hogy gyógyszereket továbbra is csak gyógyszerárban lehessen árusítani?
5. hogy a nyugdíjasok továbbra is a 2006. október 23-án hatályos törvényi rendelkezések szerint vállalhassanak munkát?
6. hogy a 2002. június 15-i állapot szerint hatályos, termőföldről szóló 94. évi törvény szerint családi gazdálkodót első helyen illesse meg az elővásárlási jog termőföld vagy tanya vásárlása esetén?
7. hogy az országgyűlés - a fegyelmi és a kártérítési felelősség mellett - törvényben szabályozza a miniszterelnök és a kormány tagjai speciális, objektív felelősségét is a költségvetési hiány túllépéséért? „

Mi is állhat e nagyszabású népszavazási kezdeményezés mögött?

Az okokat kutatva több minden szóba jöhet. A Fidesznek azért volt erre szüksége, mert korábban egyre többször vádolták azzal, hogy nem alkotmányos eszközöket használ a kormányoldal bírálataira, és az utcára viszi a politikát. A népszavazással egy olyan – az alkotmányban szereplő – intézményt talált a Fidesz, amellyel nem csak retorikailag, hanem tényleges *szankcionatív erővel bíró jogi lépéssel* is felléphetett a kormány ellen.

Ezen kívül a Fidesznek és Orbán Viktornak *feladatot kellett adnia a szavazótáborának*, le kellett kötnie annak energiáit. Korábban ugyanis mindig volt valami „feladat” vagy „küldetés”, amellyel Orbán Viktornak sikerült lekötnie a rendszeres időközönként összegyűlő százezres jobboldali tömeg tenniakarását, forrongó és elégedetlenkedő hangulatából fakadó energiáit és cselekvésvágyát. (Nemzeti Petíció, Nemzeti Konzultáció, Polgári Körök Mozgalma, sorozatos tüntetések). A Fidesz ezekkel a akciókkal mindig fenn tudta tartani, illetve meg tudta hosszabbítani az úgymond rendkívüli, ideiglenes állapotot tükröző hangulatot, amely azt az érzetet tartotta fenn a Fideszhez húzóokban, hogy a jelenlegi baloldali kormányzás, bármennyi ideje tart is, csak ideiglenes. Erre az érzetre csak ráerősített az öszödi beszéd miatt kirobbant hangulat és az a tény, hogy elérhető közelségbe került a kormány távozása. Ennek a helyzetnek és tudatnak a fenntartása nagyon fontos volt a Fidesz számára.

A Fidesz stratégiája tehát a kampányhangulat, az állandóan egy *választásra készülődés* hangulatának fenntartása, amelyben a kormányra nehezedő nyomás sokkal fokozottabb, mint az „unalmas” hétköznapiakban. Eszerint állandóan sokkolni kell a kormányt, és olyan helyzetekbe kell hozni, amelyből csak rosszul tud kijönni, ezzel is rá kell játszani a kormány eleve is meglévő, az öszödi beszédből fakadó legitimitásdeficitjére, megakadályozni, hogy kimagyarázódjon, elfelejtődjön, elkenődjön, jóvátevédjön mindaz, ami 2006 őszén történt, és egyébként sem szabad hagyni, hogy az ország „csak úgy lenyelje a dolgokat”. A Fidesz ezért felvállalta az önérzetében, egzisztenciális biztonságában, emberi méltóságában, szociális attitűdjében, test-lelki egészségében, tanuláshoz való jogában mélyen megsértett magyar (kis) ember érdekeinek képviseletét, amely ezzel együtt természetesen magában rejtette a politikai profitálás lehetőségét is.

A Fidesznek természetesen egy ilyen helyzetben az volt az érdeke, hogy felerősítse a reformok és megszorítások miatt amúgy is pattanásig feszült hangulatot az országban, artikulálja az elégedetlenkedők hangját, és gondoskodjon arról, hogy ezek a hangok egy népszavazás folytán olyan erőssé váljanak, hogy úgymond a kormány süket füleit is elérjék. Ez

a retorika természetesen burkoltan arra is irányult, hogy a kisemberek érdekeinek védelmezőjeként fellépő *Fidesz* a bázisát veszítő szocialista párt helyett és ellenében a *szociális értékek képviselőjeként tüntesse fel magát*, bővítve ezzel szavazótáborát és egyben kihúzva a talajt a szocialisták lába alól, akit folyamatosan azzal vádolt, hogy nem szocialista, hanem neoliberais érdekeket szolgál.

Mindezen túl a *Fidesz*nek, de főleg személyesen *Orbán Viktor*nak vissza kellett szerezni *politikai szalonképességét*, és ki kellett törni abból a szűk mozgástérből, amelybe részben magát zárta be többek között a felemás kimenetelű 72 órás ultimátummal, részben a kormányoldal szorította a szélsőjobb erővel való viszonytal, diktatori hajlamokkal, megfáradtsággal, hataloméhséggel vádolva őt.

Arról sem szabad elfeledkezni, amikor a *Fidesz* stratégiájáról beszélünk, hogy mindeközben *beindult* - hathatós értelmiségi támogatással és alátámasztással - egy igen kétes hitelességű és kétes eredményekkel járó, de alapvetően az embereket elérő, és olykor sikeresen elérő *kampány a reformok mellett* és a megszorítások szükségességéről a kormány részéről. Kezdett úgy tűnni - legalábbis az értelmiség egy része előtt, hogy itt arról van szó, hogy létezik egy alternatívánélküli, múltba ragadt, paternalista etatista *Fidesz*, amely meglovagolja a Kádár-rendszer negatív örökségét. És ezzel szemben létezik egy nyugatos, haladó, nemzeti progressziót képviselő baloldal, amely alkalmazkodik a kor követelményeihez, leszámol saját múltjával, jóváteszi korábbi hibáit, amely azonban nem csak az ő hibája, hanem az egész politikai elité természetesen, és nem utolsó sorban évtizedes bajokat orvosló reformokat vezet be. Félő volt, hogy hosszú távon sikerül kiszélesíteni azt a kört, amely elfogadja ezt a verziót. *A Fidesz*nek nem szabadott hagyni, hogy ez a megvonás, ez a jobboldal számára egyértelműen negatív párhuzam tartósan az emberek fejében maradjon. Ezen a ponton fedezhetünk fel reaktív elemeket a *Fidesz* stratégiájában.

Feltételezhető, hogy előbb vagy utóbb a népszavazás akkor is megtörtént volna, ha az öszi beszéd nem kerül nyilvánosságra. Ebben az esetben azonban sokkal nehezebb lett volna erőt meríteni abból a kormányellenes feszültségekből fakadó energiákból, amely így komoly táptalajt jelentett a *Fidesz*nek.

A *Fidesz* stratégiájában tehát a magyarok alapvetően materiális, biztonságszerető és a hirtelen változtatások ellen ható attitűdjére apellált, megspékelve mindezt a kormány ellen fokozatosan és folyamatosan gyűlő feszültséggel, és ezzel nem kis sikert ért el. Persze hiba lenne pusztán önző pártpolitikai szempontokat feltételezni bármelyik politikusról is, mert nem csak a stratégia és a haszonmaximalizálás dominált mindenben, hanem olyan értékkülönbségből fakadó meggyőződés, érzelem-, és gondolkodásbeli differenciák is, amelyek a magyar politikai életben korábban is jelen voltak.

Van még egy dolog, ami stratégiai szempontból fontos lehet, ez pedig az a kérdés, hogy *miként apadt le az eredetileg hét kérdésből álló népszavazási kezdeményezés háromra*. A megmaradt három kérdés a következő:

"Egyetért-e Ön azzal, hogy az államilag támogatott felsőfokú tanulmányokat folytató hallgatóknak ne kelljen képzési hozzájárulást fizetniük?"

"Egyetért-e Ön azzal, hogy a háziorvosi ellátásért, fogászati ellátásért és a járóbeteg-szakellátásért a jelen kérdésben megtartott népszavazást követő év január 1-jétől ne kelljen vizitdíjat fizetni?"

"Egyetért-e Ön azzal, hogy a fekvőbeteg-gyógyintézeti ellátásért a jelen kérdésben megtartott népszavazást követő év január 1-jétől ne kelljen kórházi napidíjat fizetni?")

A Fidesz ugyanis tisztában volt azzal, mindegyik kérdésben egységesen az igeneknek kell győzni, mert ha nem, az hatalmas presztízsveszteséget jelentene számára. Márpedig erre volt esély, ugyanis voltak olyan kérdések, amelyben a társadalom elutasítása nem volt egyértelmű, illetve közöny volt tapasztalható. Ilyen volt a gyógyszerek árusításának benzinkútnál való engedélyezése ellen feltett kérdés. Ha erre a kérdésre azt mondják az emberek, hogy ezzel nincs problémájuk, akkor az MSZP és az SZDSZ hivatkozhatott volna arra, hogy korántsincs szó a kormánnyal szembeni egységes elutasításról. Megállapítható tehát, hogy a Fidesz is némiképp tévesen lőtte be az emberek ellenérzéseinek tárgyát a kormánnyal kapcsolatban. Az ilyen kérdéseket azonban sikerült szinte észrevétlenül levenniük a napirendről, többek között az Alkotmánybíróság és az OVB visszautasítása miatt is. Az persze továbbra is felvethető, hogy a Fidesz vezetése komolyan gondolta e, hogy mind a hét kérdésben kiírják a népszavazást, vagy a hét kérdés eredendően csak tematizációs célokat szolgált, és kezdettől fogva tudták, hogy nem lesz ennyi kérdés. Valószínűbb az utóbbi verzió, hiszen a Fidesz is pontosan tudta azt, amit minden valamirevaló sajtóorgánium is hangoztatott, hogy Magyarországon a népszavazás intézménye kevésbé bejártatott, és 1989 óta nem volt arra példa, hogy a szavazásra jogosultak 50%-a az urnákhoz járuljon. Ezen kívül Fidesznek sem voltak egyértelműen jó emlékei a népszavazásról (2004. december. 5-i népszavazásból okulva). Feltételezhetően a legnagyobb ellenzéki párt is tisztában volt azzal, hogy az, hogy ilyen előzmények után egy csapásra hét kérdésben sikeresek legyenek, nem reális célkitűzés. De ennek ellenére azért indítottak mégis hét kérdéssel, mert kalkuláltak a felteendő kérdések alkotmányos kontrollintézményeken keresztüli lemorzsolódásával.

A stratégiát összességében tekintve elmondhatjuk, hogy a népszavazással a Fidesz mindent egy lapra tett fel. Siker esetén hatalmas profitra számíthatott a párt, ám kudarc esetén annál nagyobb veszteségre. Ennek köszönhető, hogy noha sokszor tűnt úgy, hogy nem lesz népszavazás, a Fidesz mégsem adta föl szándékát, hanem keresztülvitte azt.

A Fidesz kommunikációs és kampánystratégiája a népszavazással kapcsolatban

A Fidesz részéről a népszavazás kezdeményezésének hivatalos indoka lényegében mindig ugyanaz volt. *A kormány mást ígért a kampányban, mint amit megvalósított, szöges ellentétét kezdte el annak, amit ígért, ezért teljes egészében elvesztette legitimitását, és támogatottságát az emberek körében. A kormány egy olyan országot kormányoz, amelynek többsége nem ért egyet annak politikájával.* Noha nyilvánvalóan szép számmal akadtak a valóságban, akik nem fértek volna bele a Fidesz által felvázolt eme képletbe, el kell ismernünk, hogy a párt viszonylag pontosan érzékelt az a közhangulatot, amelyre alapozva kommunikált. A megszorítások ellen valóban fennálló ellenérzések célpontja egyértelműen a kormány, azon belül is Gyurcsány Ferenc volt.

A Fidesz kampánya arra alapozott, hogy az általa kezdeményezett kérdések olyan témákról szólnak, amelyekben a többség egyetért, és egyébként is olyannyira erős kormányellenes hangulat áll fenn, hogy nem kell túlzottan offenzíven kampányolni, csak épp annyira, hogy mozgósítsák a saját szavazóbázisunkat, és persze minél többet azok közül, akik nem tartoznak közvetlenül támogatói körükbe.

A Fidesz noha merészen, de összességében találóan kezdett beszélni az „új többségről”, amely annak folytán jött létre, hogy *az illegitim kormány illegitim intézkedései ellenében pártszimpátiától függetlenül kialakulni látszik egy új többség*, és ez az, amely többség véleményének csak úgy lehet érvényt szerezni, hogy egy érvényes és eredményes népszavazás erre rászorítja a kormányt.

A Fidesz ezzel több legyet is ütött egy csapásra, mert egyrészt magához édesgethette a megszorítások és a reformok miatt az MSZP-től elidegenedett szavazókat, és magához húzhatta

a rengeteg bizonytalan egy részét is. Másrészt a kormány szimbólikus intézkedéseire mondott nagy NEM-mel, pontosabban kommunikációs okok miatt IGEN-nel teljesen hitelteleníthette a kormány egész addigi tevékenységét, és bebizonyíthatta, hogy a kormány illegitimitásáról szóló nyilatkozatok nem csupán üres pártfrázisok és nem csak kommunikáció, amely mögött önös pártérdekek állnak, hanem valóság, amelynek jogi érvényt is tudnak szerezni, nagy pontot adva ezzel a kormánynak.

A legnagyobb ellenzéki párt ugyanis meglehetősen radikális retorikát folytatott az öszödi beszéddel kapcsolatban kialakult helyzetben, de ez a radikális retorika egyrészt – eredmény hiányában - kimerült, elfáradt, másrészt egy idő után komikussá is válhatott. A Fidesz belátta, hogy váltania kell, különben visszaüthet a keménysége, és az, hogy miközben mindenki régen a reformokról beszél, a Fidesz még mindig a” Gyurcsány takarodj!” jegyében kommunikál. Ami pedig még kedvezőtlenebb volt rá nézve, hogy nem rendelkezett megfelelő alternatívával arra vonatkozóan, ő miként nyúlna hozzá a nagy ellátórendszerek és struktúrák átalakításához – legalábbis egyre inkább ezzel vádolta őt a baloldal. Erre a válasz csak nagyon késve, és akkor is csak felemás eredménnyel jött el, de az ilyen jellegű kellemetlen témákról is sikerrel tudta elterelni a figyelmet a legnagyobb ellenzéki párt egy népszavazási kezdeményezéssel.

A kampány üzenete kettős természetű volt. Egyfelől azt sugallta, hogy „három igennel sokat spórolhatsz”, azaz jelen volt egy, az emberek pénztárcáját szimbólikusan célba vevő materiális elem, és emellett az a burkolt üzenet is, hogy „eltöröljük őket”, szigorúan nyelvtani értelemben a díjakat, de mindenki értette a kormányt eltörölni szándékozó áthallást.

A kampánynak az is integráns eleme volt, hogy azt *mindenképp a Fideszhez kössék*. Ugyanaz a betűtípus, design és stílus volt jellemző a párt plakátjaira és más médiumokon keresztül hirdetéseire, amely a 2006-os választásokkor is. A Fidesz nem próbálkozott azzal - mint Tarlós István kampányban -, hogy teljesen függetlenítsék színösszeállításban a Fidesztől a plakátokat és a semlegességet állítsák előtérbe. Ez magában rejthette azt a veszélyt, hogy nem fog sikerülni elhíttetni az emberekkel, hogy a népszavazás nem hasonlíthat az országgyűlési választásokhoz, és ami még fontosabb, nem pártpolitikai érdekeket szolgál.

A kampány egy másik fontos vonulata a Fidesz harcos demokrata pártként való beállítása. A kommunikáció azt sugallta, hogy ő az egyetlen párt, amely fontosnak tartja, hogy az emberek elmondhassák a véleményüket fontos kérdésekben, és az MSZP-vel ellentétben nem az a párt, amelyik „reformdiktatúráját” a nép megkérdezése nélkül ráerőlteti a népre.

Egyetérthetünk azzal a felismeréssel, hogy a népszavazáshoz közeledve egyre inkább csökkent a népszavazás tétje a Fidesz retorikájában. Ez feltehetően abból a félelemből fakadt, hogy talán még sem sikerül érvényes és eredményes népszavazást produkálni.

A népszavazás, mint eszköz a Fidesz tágabb stratégiája szempontjából

A Fidesz *hosszú távú célja természetesen a kormányra kerülés, és lehetőleg kompromisszumok nélkül, egyedül*. Ennek érdekében általánosságban is arra játszik, hogy fenntartsa néppárti szerepét, és bázisát minél jobban kiszélesítse. Mivel ez azzal jár együtt, hogy heterogenizálódik a párt támogatóinak köre, ezért minél több közös pontot kell találni az értelmiségi egyetemi tanár, a kisvállalkozó, a munkás és a diák között. A népszavazás megszervezése és sikeres lebonyolítása kiváló alkalom volt ilyen közös pontok megtalálására a heterogén szavazótáborban, és alkalmas volt arra is, hogy a közös siker érzete által nagyban hozzájáruljon az egyre szélesebb, és már-már összetarthatatlanul széles néppárt

szavazóbázisának hatékony integrációjához, egybetartásához, és egyben tartósan a párthoz való láncoláshoz a siker révén. A népszavazás, mint eszköz tehát a Fidesz szempontjából a lehető legracionálisabb haszonmaximalizáló kezdeményezés volt, amely ugyanakkor hihetetlen politikai rizikót is rejtett magában. A kérdés az, hogy a Fidesz megfelelően tudja-e kezelni a népszavazás előre nem látott utórezgéseit, és felismeri-e a megnövekedett támogatottsággal járó megnövekedett felelősségét is.

Összességében azonban elmondhatjuk, hogy a Fidesz esetében a népszavazás, mint politikai eszköz igénybevétele racionális volt, és nagyban szolgálta a párt, és személyesen Orbán Viktor haszonmaximalizáló törekvéseit, amely profitot a Fidesznek sikerült is learatnia.

Az MSZP népszavazási stratégiája

A Magyar Szocialista Pártot rosszabbkor nem is érthette volna a Fidesz népszavazási kezdeményezésének híre. Az öszödi beszéd negatív hatásainak a kellős közepén, a Kossuth téri tüntetés második hónapjában, TV-ostromok és gumilövedékek közepette a népszavazás gondolata csak hab volt a tortán. Az MSZP mindenesetre eleinte nem volt abban a helyzetben, hogy bármit is kezdjen a kezdeményezés tényével. Két napig nem reagáltak rá, majd Gyurcsány Ferenc egy olyan nyilatkozatot tett, amelyben a népszavazást a *"jajaj, csak ne változzon semmi és a nézzünk szembe a kihívásokkal és találjunk rá választ"* politikák szembeállításaként értelmezte. Ezen felül kijelentette, hogy *„ha a köztársasági elnök kiírja a népszavazást, a kormány el fogja mondani, miért kell nemmel szavazni a kérdésekre, és bízik abban, hogy Magyarország nem ért egyet a változatlan politikájával.”*

Az MSZP stratégiája eleinte a kivárás, és annak megakadályozása volt, hogy a népszavazásnak tematizációs ereje legyen. Ezzel párhuzamosan természetesen abban reménykedtek, hogy a hét kérdés nem fog átmenni az alkotmányossági szűrőn. Ez a remény nem is volt teljesen alaptalan, ha azt nézzük, hogy a hét kérdés hogyan apadt le háromra. Érzékelték, hogy a Fidesz által felvetett kérdések egy része súrolja azokat a tárgyköröket, amelyekről nem lehet népszavazást tartani. Ebben az elemzésben nem feladatunk megállapítani, hogy az MSZP állt-e a népszavazási kérdések elleni beadványok mögött, az mindenesetre tény, hogy a pártot nem érintették kedvezőtlenül az időhúzó beadványok. Ahogy az Országos Választási Bizottság kezdeti állásfoglalásai sem, amelyek egyáltalán nem támogatták a népszavazás kiírását. Ezek az elemek tehát olyan – az MSZP számára kedvező – externális hatások voltak, amelyek lassították a népszavazás veszélyét, és előrevetítették esetleges sikertelenségét. Ez azonban nem következett be, a számos buktatókat sikerrel vette a Fidesz. Az MSZP-nek tehát lassan, de biztosan el kellett kezdeni gondolkodni azon, hogy mit kezdjen a népszavazással.

Eleinte az MSZP arra számított, hogy mint eddig a legutóbbi referendum esetén, most is a pártzimpátia fog dominálni elsősorban a szavazói magatartásban és a feltett kérdések tartalma másodlagos lesz. Az első, kimondott-kimondatlan stratégia a népszavazás tényének egyértelművé válása után az eredménytelenség elérése, amelyet „megúszós” kampánynak is nevezhetünk. E koncepció szerint az MSZP megpróbálja ignorálni a népszavazást, és érdektelenné tenni az embereket, hogy megismétlődhessen a 2004-es szituáció.

Egy idő után azonban egyértelművé vált, hogy ez a stratégia nem tartható hosszú távon, így az MSZP hivatalosan is taktikát váltott, és óvatos, de határozott NEM kampányba kezdett. Az MSZP úgy tekintett a népszavazási kampányra, mint egy – a reformok kommunikációjának lendületet adó lehetőségre. Ezt az óvatos kampányt némileg megtörte Gyurcsány Ferenc tisztasági csomagja, amelyet szintén népszavazásra bocsátott. Ez egy kísérlet volt arra, hogy átpozícionálják a népszavazást, és közömbösítsék a Fidesz kezdeményezéseit. Ez a kezdeményezés azonban csak kezdeményezés maradt, nem sikerült valósággá tenni. Az MSZP azonban arról sem feledkezhetett el, hogy nem teheti a népszavazást a legfontosabb kérdéssé,

mert azzal elismerte volna, hogy az ellenzék tematizálja a közvéleményt, ezen kívül tisztában volt azzal is, hogy nem teheti fel a népszavazásra politikai túlélését.

A népszavazással kapcsolatban az MSZP legnagyobb dilemmája az volt, hogy gyakorlatilag a saját szavazóbázisa ellen kellett kampányolnia. Hiszen a vizitdíj, a kórházi napidíj erősen érintette azt a nyugdíjas generációt, amely az MSZP törzsbázisát jelentette.

Létezett egy belső, látens törésvonal is, amely azonban csak tompítva érkezett a külvilágba, ez pedig a párton belüli törésvonal, amely az elnökség és az alsóbb szintű pártvezetés között jelentkezett elsősorban, és azon belül is a miniszterelnök személye ellen irányult. Az MSZP-nek ezt a szempontot is figyelembe kellett vennie stratégiájának megalkotásakor.

Az MSZP kommunikációs és kampánystratégiája a népszavazással kapcsolatban

Az MSZP igyekezett nem a népszavazás konnotációjában kommunikálni az emberekkel, hanem ettől függetlenül próbálta meggyőzni az állampolgárokat a reformok szükségességéről, különböző érvekkel és formákkal. Ezzel párhuzamosan minduntalan hitelteleníteni próbálta a Fideszt oly módon, hogy a közvélemény szemében azonosította a pártot - jogalappal vagy a nélkül -, a szélsőjobbal. Erre jó alkalmat nyújtott a Magyar Gárda megjelenése, amely jó 3-4 hónapig uralta a sajtót, háttérbe szorítva a megszoritásokat és a népszavazást.

Az MSZP kampány – mint azt már fentebb is említettük, először az alacsony részvételre, és ezáltal az érvénytelenségre játszott, majd mikor észlelték, hogy ez a verzió nélkülözi a realitásokat, késve elkezdtek a NEM mellett kampányolni az úgynevezett „józan ész” kampánnyal, amely kampány elemei és érvrendszere egy bizonyos iskolázottsági szint alatt érthetetlen volt az emberek számára, és éppen ezért sikertelen is. A következő „kampányelem” a népszavazás tétjének bagatellizálása volt, mondván, hogy *”március kilencedike után március tizedike jön”*. Emellett Gyurcsány Ferenc – érzékelve a népszavazás tétjét, igyekezett olyan új és szimbolikusnak tűnő javaslatokat tenni, amelyek túlmutatnak a népszavazáson, és egyúttal meg is haladták azt; ez volt az *„új tulajdonosi program”*, amely noha egy ideig sikeresen uralta a napirendet, a népszavazás után – legalábbis a sajtóban – a feledés homályába került. Az MSZP tehát tematizációs oldalról közelítette meg a kérdést, és igyekezett azt elültetni támogatói között, hogy a népszavazás eltörölhet ugyan néhány fontos és szimbolikus részjogszabályt, ezeknek azonban nem lesz olyan nagy jelentősége, amely a kormányt és a reformrendületet megrengethetné, hiszen sokkal nagyobb jelentőségű ügyek és programok vannak tervbe véve. Természetesen igyekeztek kihúzni a talajt a kérdések alól azzal, hogy belefoglalták az egészségügyi törvénytervezetbe a vizitdíj biztosítók általi átvállalásának lehetőségét. Mindezek mellett rendszeresen populistának titulálták a Fideszt, akinek nincs koncepciója a problémák orvoslására, hanem csak tagadásra tudja építeni politikáját.

A kormányzat önkritikával is próbálkozott, abban jelölve meg saját hibáját, hogy nem kommunikálta megfelelően a reformokat, hanem azt az „emberek feje fölött” vezette be, mellőzöttségérzetet keltve a szavazókban.

A népszavazás, mint eszköz az MSZP tágabb stratégiája szempontjából

Az MSZP hosszabb távú célja, hogy úgy vezessen be országos és nagyléptékű reformokat, és váljon ez által progresszív, giddensi, blairista, nyugatos, modern szociáldemokrata párttá, aki megérti a korszellemet, hogy egyben meg is tartja azt a törzsbázisát, amelynek alapattitűdje a minden változással és reformmal szembeni bizalmatlanság és félelem. Nos, ez olyan paradoxon, amelyet gyakorlatilag lehetetlen feloldani, és az MSZP-nek sok minden miatt nem is sikerült.

Az MSZP tágabb stratégiája szempontjából a népszavazás, mint eszköz abban a konnotációban jelenhetne meg pozitívumként, ha az megerősítő jellegű lenne. Erre azonban a jelenlegi intézkedések mellett nem sok esély volt, ezért az *MSZP azzal tudott volna a lehető legracionálisabb lenni, és a legtöbb hasznot realizálni, ha minimalizálja a kárt*, ami konkrétan ezzel a népszavazással járt. Elméletileg a népszavazás intézményét az MSZP felhasználhatná eszközként a saját céljai érdekében úgy, hogy olyan demagóg, vagy a közvélemény és az ellenzék által sem kifogásolható témákat hoz elő népszavazási kérdés gyanánt, amely ellen senkinek nem lehet kifogása, ergo mindenképp nyernének vele, így sikeresen tematizálhatnák a maguk javára a közvéleményt. Gyurcsány Ferenc próbálkozott is ilyen kezdeményezésekkel, ám ezek a kezdeményezések nem lettek hosszú életűek, mert elmosták őket a kormányzással kapcsolatban fölvetődő fontosabb és komolyabb, nagyobb figyelmet vagy nagyobb botrányt kavarázó események, valamint a koalíciós feszültségek, így ez a kérdés(sor) lekerült a napirendről.

Az MSZP stratégiája - főleg a kampánystratégia - eleinte racionálisnak mondható, de mivel ez a racionalitás hibás és téves előfeltevéseken alapult a közhangulattal kapcsolatban, így elhibázott lett. Összességében az MSZP népszavazási koncepciója nem szolgálta a párt haszonmaximalizáló törekvéseit, a haszonmaximalizálás - mint már fentebb is megjegyeztük - az MSZP esetében a kár minimalizálása lett volna, de ezt sem sikerült megvalósítani, így az eredmény az MSZP totális veresége lett.

Az SZDSZ stratégiája és kommunikációja a népszavazással kapcsolatban

Az SZDSZ stratégiája kormánypártként egészen a kampányig hasonló volt, mint az MSZP-é, a kampányban azonban már a nagyobbik kormánypártétól eltérő stratégiát követtek. A Fidesz szociális populizmusát vették célba, és ezt azonosították a Kádár rendszer szocializmusával, amelyről – teljesen tévesen – azt feltételezték, hogy ellenérzéseket vált ki az emberekből. Az SZDSZ némi cinizmussal a Fidesz kampány analógiájára („*Szociális népszavazás*”), azt nyelvi és képi szinten is kiforgatva hozta létre szlogenjét („*Népszavazás a szocializmusról*”). Tehát tulajdonképpen egy Kádár- rendszerrel szembeni antikommunizmusra apelláltak a kampányukban, és ennek az ellenérzésnek a középpontjába igyekeztek állítani a Fideszt, amely kampánystratégia sikertelensége – ismerve a magyar társadalmat – annyira egyértelmű, hogy szinte már azt kell feltételeznünk, hogy ezzel ők is pontosan tisztában voltak. Az SZDSZ célja nem is az volt, hogy az egész magyar társadalmat szólítsák meg, hanem csak az, hogy azt az általuk feltételezett 10-15% liberálisan gondolkodó állampolgárt - akik potenciális SZDSZ szavazók lehetnének – mozgósítsák minél hatékonyabban.

Az SZDSZ a népszavazást arra használta föl, hogy kitörjön az 5 %-os pártként való szűk mozgástérből, és némiképp megkülönböztesse magát az MSZP-től is. Kezdetől fogva a radikális NEM mellett kampányoltak, és ezt tehették is, mert számukra nem okozott meghasonlást korábbi önmagukhoz képest az a politika, amit képviseltek, tekintve korábban is mindig és következetesen a kisebb állam és a reformok mellett szálltak síkra. Arra számítottak, hogy a népszavazás megmutatja, hogy igenis szép számmal léteznek Magyarországon olyan szavazók, akik megértik, hogy szükség van reformokra, és ezek nem mások, mint a liberálisan gondolkodók, vagyis az SZDSZ potenciális szavazó(jelöltje)i. Ebbe a képbe pontosan beleillik Kóka János nyilatkozata a népszavazás estéjén, amely arról szólt, hogy mindenki, aki nemmel szavazott, liberális. Ugyanis még az MSZP-számára a legnagyobb kihívás az volt, hogy a saját hagyományos szavazóbázisa ellenében kellett kampányolnia, addig ez a paradoxon az SZDSZ esetében nem állt fenn, sőt, az MSZP válsága kedvezett is nekik. Az SZDSZ kálváriája tehát nem elsősorban a népszavazással kezdődött, hanem az elnökválasztás körüli botrányokkal.

A népszavazás, mint eszköz az SZDSZ tágabb stratégiája szempontjából

Ha a realitásokat nézzük, az SZDSZ célja, hogy visszaszerezze azt a 10-15%-nyi liberális gondolkodású magyar embert, aki potenciális SZDSZ szavazó lehetne. Ahhoz azonban, hogy ez megvalósuljon, az a stratégia, hogy vissza kell szerezni azt a fajta hitelességét és lendületét a pártnak, ami 1990-1994 között volt jellemző, amikor is az SZDSZ a második lett az országgyűlési választásokon. A magyar liberális pártnak valóban (neo)liberális programja van, ilyen elveket képvisel, ez tagadhatatlan. Persze több fajta liberalizmus létezik, és lehet azon vitatkozni, hogy az SZDSZ mennyiben liberális párt, de az tény, hogy amit ma általában liberalizmusnak szoktak nevezni, annak az SZDSZ politikája, megnyilatkozásai teljes mértékben megfelelnek. Az SZDSZ régóta törekszik arra, hogy visszaszerezze jórészt az 1994-től kezdődő, MSZP-vel való együttműködés miatt elvesztett bázisát. Azt gondolták, hogy Gyurcsány Ferenc mellett számukra is tágabb mozgástér nyílik, és az ő liberalizmusuk végre teret nyerhet. Így felvilágosíthatják az országot a liberális reformok szükségességéről, és ezzel visszaszerzik a hitelességüket az értelmiség és a liberálisan gondolkodó tízezrek előtt. Ez a koncepció azonban az öszödi beszéd óta lassan, de biztosan bedőlni látszott, ezért az SZDSZ a népszavazást használta föl arra, hogy direkt szembe menve és konfrontálódva a népszavazási kérdések általuk populistának tartott voltával, mozgósítsa azon „keveseket”, akik nem értenek egyet például a tandíj eltörlésével. Ezzel párhuzamosan azt is felmérhette, hogy nagyságrendileg mennyi liberálissal számolhatott ténylegesen, persze erre némileg rá is erőltetett, mikor azt állította, hogy mindenki liberális, aki nemmel szavaz. Az SZDSZ tehát arra játszott, hogy az MSZP „szégyenkező nem”-ével szemben Ő, az SZDSZ legyen az a párt, amely párt által a NEM szavazat is egy legitim és elfogadható döntés lesz, amit büszkén és emelt fővel lehet vállalni, persze hangsúlyozottan liberálisként.

Nos, azonban a NEM szavazat kevesebb lett, mint gondolták, és Horn Gábor emlékezetes kiszólása is annak a felismerése volt, hogy a liberálisok korábbi koncepciója, taktikázása és stratégiája, valamint elképzelései a magyar társadalom egyes liberálisan gondolkodó csoportjainak mozgósíthatóságától tévesek, nem állnak reális talajon, és a kormány hitelességi deficitje olyan magas, és olyan mértékben az SZDSZ is negatív megítélést kap ebben a szerepben, hogy ebből már csak az MSZP-vel való szakítás az egyetlen járható kiút. Az SZDSZ ugyanis hitte, hogy ugyan hiteltelen a kormány, de ami kevés hitelesség van benne, az az SZDSZ-től származik, és ezt a tényt legalább néhány százezer ember felismeri, és értékelni fogja az országban az SZDSZ javára egy nagy NEM szavazattal. Azonban kiderült, hogy erről korántsincs szó. Noha nem elhanyagolható a több százezer NEM szavazat sem, amely részben visszaigazolja az SZDSZ kampányát is, arra rá kellett ébrednie a liberális pártnak is, hogy az emberek nem szofisztikálnak, és egy ponton túl nem hat rájuk semmiféle párt által kigondolt taktikai lépés, kommunikáció vagy ráhatás, csak az hat az emberekre, ami a húsukba és a jóérzésükbe vág, és a Fidesz ezt a két területet tudta nagyon jól tematizálni és a maga számára hasznot húzni belőlük.

Észre kell venni azonban, hogy általánosságban a népszavazás nagyon is alkalmas eszköz lehet arra, hogy egy kis párt felhívja magára a figyelmet, és legalább egy vagy több kérdés erejéig maga mögé állítsa a közvélemény nagy részét. Hogy mennyire sikeres egy kis párt szempontjából a népszavazás, az nagyban függ a népszavazás kiírásának körülményeitől, a kiírt kérdésektől, és ami a legfontosabb, a kommunikációtól.

Az SZDSZ a jelenlegi politikai felállásban valószínűleg esze ágában sem lett volna népszavazást kezdeményezni, de mivel az ellenzék volt szíves ezt megtenni, ezért az SZDSZ

sem tehetett mást, minthogy megpróbálta a népszavazásból a maga számára a legtöbbet kihozni, ez azonban nem sikerült, vagy nem úgy sikerült, ahogy azt az SZDSZ elképzelte.

Összességében elmondhatjuk, hogy noha az SZDSZ stratégiája a maga szempontjából akár még racionálisnak is lenne nevezhető, a kampány azonban kicsit eltúlzott volt, túl erős elemeket tartalmazott, és a szándékolt üzenet sem érkezett meg a célközönséghez a kívánt mértékben, mert egy hibás előfeltevésre alapozódott a kampány a társadalmi közhangulattal kapcsolatban. Így tehát a stratégia, ha papíron racionális is volt, a pártnak nem hozott közvetlen, rövidtávon mérhető politikai hasznot, sőt, inkább kárt okozott, így végső soron nem szolgálta a haszonmaximalizáló törekvéseket.

Az MDF stratégiája és kommunikációja a népszavazással kapcsolatban

Az MDF egyszerűen nem tudta exponálni magát a népszavazás által előidézett politikai helyzetben. Meglehetősen nehéz egy koherens stratégiát felfedezni a ritkásan előforduló nyilatkozatok, parlamenti felszólalások között az MDF részéről. Ez alapján azonban megállapítható, hogy nem helyeselték a népszavazás megtartását, de nem is utasították, mert nem utasíthaták el egyértelműen. Rendszeresen azt hangoztatták, hogy a népszavazás intézménye lejáratódik egy, a politikai pártok által kezdeményezett népszavazással, amely így elveszíti civil jellegét. Álláspontjuk az volt, hogy a legideálisabb és leghelyesebb lenne meg sem tartani a népszavazást. Egy ilyen álláspont azonban teljesen irrelevánsnak hatott egy olyan felfokozott politikai közegben, mint amilyen a népszavazás előtt fönnállt. Az MDF-nek gyakorlatilag nem volt kampánya, csak a parlamentben foglalt állást, és az eredmény ennek fényében az MDF számára sem volt feltétlenül pozitív. Ez abból is látszik, ahogy Dávid Ibolya a népszavazás estéjén egyedül nyilatkozott a parlament folyosóján.

A népszavazás, mint eszköz, az MDF tágabb stratégiája szempontjából

Az MDF hosszú távú célja egyértelműen a harmadik erő funkciójának betöltése egy nyugodt, zöld és konzervatív értékeket reprezentáló párt keretében, amely legfőképpen abban különbözik a jobb-bal skála pártjaitól, hogy hozzájuk képest feddhetetlenebb, hitelesebb és felelősségteljesebben gondolkodó és cselekvő erőként van jelen a politikai palettán. A párt ehhez igazítja tágabb stratégiáját is, amelynek fő eleme a távolságtartás mindkét oldal pártjaitól, azoknak minden öncélú és az országra nézve veszélyes és közömbös csatározásaitól, amelynek legújabb megnyilvánulást a népszavazásban látták.

A népszavazás eszközként való felvetésekor az MDF-re ugyanaz vonatkozik, mint az SZDSZ-re. Elméletileg tudott volna profitálni a népszavazásból, ha egyértelműen állást foglal – akár kisebb, akár nagyobb, de mindenképp sajátos élel – az IGEN vagy NEM szavazat mellett. Az MDF azonban ismét az egyenlő távolság elvét követte, arra számítva, hogy a népszavazáson alacsony részvétel lesz diagnosztizálható. Azt remélte, hogy tulajdonképpen a feltehetően a kétes politikai játszmákat mélyen megvető szavazópolgár részéről a népszavazással szemben megnyilvánuló érdektelenség vagy távolmaradás, mint állásfoglalás és az MDF népszavazás-ellenessége egy ponton majd találkozni fog, és végső soron a két oldal csatározásának szimbólumaként felfogott népszavazásból kiábrándult tömegek felsorakoznak az MDF mögé, amely a válságból – kizárólag a Parlament falain belül – bölcse megtalálja a kiutat. E mögött az általunk vélt koncepció mögött ismét az a fajta idealizmus vagy meg nem alkuvás húzódhat meg, amely egyébként jellemző az egész MDF-re is ezidőtájt. A kisebbik ellenzéki párt az által akarta megtartani a hitelességét, hogy egy pontnál úgymond nem ment mélyebbre, nem vett részt a bulvársajtóban – elvből, és ugyanezen logika alapján nem vett részt az általa populistának és demagógnak értékelt, Fideszes pártérdekeket szolgáló népszavazáson sem. Azonban nem védte meg a szigorú mértékben népszerűtlen MSZP-t, ehelyett tüntetőleg

távol maradt a kampánytól, és közben árgus szemekkel figyelte, hogy ki cselekszik hasonlóképpen, az így gondolkodók száma azonban csekély volt. Az MDF ugyanis vészesen beszűkítette a saját lehetőségeit, határait és korlátait, és ez által a megszólítható rétegek és társadalmi szegmensek számát is. Többek között ez volt az oka annak, hogy egyáltalán nem tudott semmilyen módon profitálni egy olyan népszavazásból, amely egyértelműen arról szólt, hogy a kormánnyal és Gyurcsány Ferencsel szemben felgyült feszültségeket, ha úgy tetszik, alkotmányos formában vezessük le.

Mindezek alapján megállapíthatjuk, hogy az MDF stratégiája egy bizonyos logika alapján racionálisnak is mondható, ám ha a realitásokat és a népszavazás valós mozgatórugóit nézzük, akkor azt kell, hogy mondjuk, hogy az MDF ezeket nem megfelelően mérte fel. Az MDF karakteréből fakadóan eredendően sem barátja a népszavazás pártpolitikai célú felhasználásának, de ez a népszavazás azért volt különösen kellemetlen számára, mert az a két „hagyományos” oldal harca volt, így az MDF sem kis pártként, sem harmadik erőként nem tudta magát exponálni ebben a történetben. Az MDF haszonmaximalizáló törekvéseit a népszavazás tehát a legkisebb mértékben sem szolgálta, ahogy a párt abban elfoglalt szerepe és stratégiája sem.

Összegzés

Összességében megállapítható, hogy a népszavazás kapcsán a pártok eltérő stratégiát képviseltek. A Fidesz alapvetően offenzív stratégiát választott, és olyan kérdéseket vitt a szavazóközönség elé, amelyek biztos sikert ígértek és politikai profitot vetítettek előre a Fidesz számára. Az MSZP ezzel szemben a defenzívebb koncepció mellett döntött annak érdekében, hogy minimálisra redukálja, illetve bagatellizálja a népszavazás folytán számára várható kudarcot. Ezen kívül igyekezett mennél jobban felhasználni a népszavazási kampányt a reformok (és megszorítások) kommunikálására és a Fidesz támadására. Az SZDSZ ezzel szemben szintén offenzíven kampányolt, de a NEM mellett, és igyekezett a NEM szavazatokat liberális szavazatként beállítani. Végül az MDF-ről az mondható el, hogy noha a maga szempontjai és elvei alapján következetesen állt a népszavazáshoz, ezzel a stratégiával nem volt képes magát exponálni, és bármiféle szavazatokra váltható politikai hasznot realizálni a referendumból.

Forrás:

www.index.hu
www.fidesz.hu
www.mszp.hu
www.szdsz.hu
www.mdf.hu

Molnár András¹

Richard Posner a bírói gondolkodásmódról

Bevezetés

Richard Posner neve nem ismeretlen a magyar jogászközösség előtt. Elsősorban arról ismert, hogy ő az egyik legkiemelkedőbb művelője a jog gazdasági elméletének, amely ma az egyik legbefolyásosabb jogelméleti irányzat az Egyesült Államokban. Tevékenysége ugyanakkor nem merül ki a jogelméletben – pedig elméleti munkássága már önmagában is kiemelkedő: közel 40 könyv szerzője, ezek közül talán a *The Problems of Jurisprudence* című monográfia a legismertebb, de olyan témákban is alkotott, mint a jog és erkölcs kapcsolata (*The Problematics of Moral and Legal Theory*, 1999) vagy az antitröszt törvényhozás (*Antitrust Law*, 2001). Posner 1981 óta a bíróként dolgozik az Egyesült Államok Hetedik Kerületi Fellebbviteli Bíróságán, ahol 1993-tól 2000-ig bírósági elnökként is szolgált. Mindemellett egyetemi tanár a Chicagói Egyetem jogi karán.

How Judges Think című, idén megjelent könyvében – mint a cím is mutatja – Posner a bírói gondolkodást veszi górcső alá. A 377 oldal terjedelmű érdemi részt egy bevezető és egy végkövetkeztetés foglalja keretbe, ezek között a munka három részre, azon belül tizenkét fejezetre oszlik – az első részt négy, a másodikat öt, a harmadikat három fejezet alkotja. A mű köszönetnyilvánításokkal és részletes címmutatóval zárul.

Posner kiinduló álláspontja lényegében már a bevezető első bekezdésében (ami egyúttal részben a könyv fülszövege is) bennfoglaltatik: „Ivan Karamazov azt mondta, hogy ha Isten nincs, az emberek bármit megtehetnek, a hagyománykövető jogi gondolkodók pedig hajlamosak azt vallani, hogy ha legalizmus (jogi formalizmus, ortodox jogi érvelés, 'nem emberek, hanem a törvények uralma', 'joguralom', ahogy a legszárnyalóbb Jog Napjászónoklatokon méltatják, és így tovább) nincs, a bírók bármit megtehetnek – tehát vigyázzunk! A legalizmus létezik, tehát *bármit* azért nem tehetnek meg. De uralma olyan mértékben összezsugorodott és megfakult, hogy mára jórészt csak a rutinügyekre terjed ki, így hát a bírók sok mindent *valóban* megtehetnek. E könyv elsődleges témáját az szolgáltatja, hogy pontosan mit is engedhetnek meg maguknak, és miképpen élnek e szabadságukkal.”² A vizsgálódás különös apropójának tartja a szerző, hogy a Supreme Court-ban a mérsékelt konzervatív Sandra Day O'Connor helyére a szélsőségesen konzervatív Samuel Alito lépett.

Az értekezés egészén végigfut a Posner által legalizmusnak (*legalism*) nevezett törvénypozitivizmus és a jogi pragmatizmus szembeállítása, amely utóbbi felfogást Posner is vallja, és amely nem a filozófiai pragmatizmussal egy töről fakad. Lényegében, ha a bíró semmi mást nem csinálna, csak a kész szabályokat (legyenek azok az alkotmányozó szerv, a törvényhozó, a közigazgatás szervei vagy éppen kereskedelmi szabályok³) alkalmazná az általa vagy az esküdtszék által elfogulatlanul megállapított tényekre, nem sok érdekességgel szolgálna tevékenységének elemzése. Ez a felfogás nyugodtan idejétműltnak tekinthető.⁴ Posner az amerikai antitröszt szabályozást hozza fel példaként, amely sokkal inkább a bírói döntések, mint a törvényhozás eredménye. Mi több, felteszi a kérdést is: mennyiben kényszeríti a bírókat maga az amerikai politikai kultúra arra, hogy alkossák is, ne csak alkalmazzák a jogot?

Posner rámutat, hogy bár sok bírói döntésben kimutathatók politikai preferenciák – és ez a megállapítás semmiképp sem szorítkozik kizárólag a Supreme Court-ra (melyet egyenesen

„politikai bíróságnak” nevez az alkotmányjogi ügyek vonatkozásában⁵) –, ez a megállapítás az esetek túlnyomó többségéről nem mondható el. Ami miatt mégis számos döntésben felfedezhető a döntéshozó politikai meggyőződése, az nem más, mint a jogszabályok hiányossága, vagyis képtelensége arra, hogy az „egy helyes megoldás” bizonyosságával lefedjék a szerteágazó életbeli tényállásokat – ilyenkor a bírók jogon túli segédeszközökhöz nyúlnak az ügy eldöntése érdekében.⁶ Ez a döntéshozatali szabadság – Posner kifejezésével élve – „nem szándékolt szabadság” (*involuntary freedom*)⁷: a legalizmus korlátainak szükségszerű következménye. A „politikai” kifejezésnek Posner több értelmezési lehetőségét adja: 1. hűség egy politikai párthoz, 2. hűség egy politikai párt által felkarolt ügyszöveghez, 3. ragaszkodás egy tágabb értelemben vett ideológiához, 4. technikai kérdések praktikus megoldása, 5. vagy akár a többi bíró adott döntés hozatalára való meggyőződése is.

A politikai tényezők mellett számos személyes tényező is fontos szerepet játszik a bírói döntésben. Ezek közül a legfontosabbak: a személyi háttér (különösen adott nemű, bőrszínű társadalmi csoporthoz való tartozás), és a korábbi munkahelyen szerzett szakmai tapasztalat, attitűd⁸ (így például egy egykori védő nagyobb szimpátiát érezhet a büntetőügyek terheltjei vagy meghatározott csoporthoz tartozó felek iránt;⁹ a néhai ügyész pedig éppen hogy a vádhatósággal és a rendőrséggel „érez együtt”).

További tényezőként jelennek meg stratégiai (a gyorsabb döntésre jutás reményében a bíró hajlandósága akár a meggyőződésével ellentétes ítélet elfogadására is) és intézményi körülmények (a bírói munka intézményi feltételei) is.

Lényegében a fent felsorolt tényezők alapján elemzi Posner a bírói tevékenységet. Az eredmény, amelyhez eljut, megerősíti a jogi realisták által már a 20. század elejétől hangsúlyozott tételt, miszerint az írott jog csak egy a bírói döntést befolyásoló számtalan tényező közül – és talán nem is a legfontosabb. Ami szerintem különösen érdekes Posnernél, az az, hogy ezt nem tartja egy alapvetően káros jelenségnek. Mi több, a pragmatikus elveket valló Posner kifejezetten a jogalkotás kiegészítőit látja a bírói karban, amely így nagymértékben segít az absztrakt jogszabályokat az „élethez igazítani”.

Nézzük most meg egy kicsit közelebbről a *How Judges Think* tartalmát! A továbbiakban a könyv felosztását követve mutatom be az egyes fejezetekben szereplő főbb gondolatokat.

I. Az alapmodell (*The Basic Model*)

1. Kilenc elmélet a bírói magatartásról (*Nine Theories of Judicial Behavior*)

Az első fejezetben a következő kilenc felfogás kerül bemutatásra: az attitűdelmélet (*attitudinal theory*), a stratégiai elmélet (*strategic theory*), a szociológiai elmélet (*sociological theory*), a pszichológiai elmélet (*psychological theory*), a gazdasági elmélet (*economic theory*), a szervezeti elmélet (*organizational theory*), a pragmatikus elmélet (*pragmatic theory*), a fenomenológiai elmélet (*phenomenological theory*) és a legalista elmélet (*legalist theory*).

Az attitűdelmélet lényege, hogy a bírói döntések (értve ez esetben a szövetségi bírók és a Supreme Court bírói döntéseit) legjobban úgy magyarázhatók, ha a bírókat kinevező elnök pártállása alapján elemezzük őket. Posner több szempont alapján is kielemezi a kérdést, táblázatokban is kimutatva a bírói döntések politikai megoszlását. Az egyik szempont maga az elnök politikai hovatartozása. Ezt szem előtt tartva republikánus elnök esetén egyértelműen többségben vannak a konzervatív irányultságú szavazatok. Demokrata elnök esetén bonyolultabb a helyzet: a liberális irányultságú voksok nagyobb arányban jelennek meg, mint amikor a kijelölt elnök republikánus, de még mindig kisebb mennyiségben, mint a konzervatív jellegű döntések. A képet tovább árnyalja, ha a Szenátust is bevonjuk a vizsgálódás körébe,

beiktatva ezzel azt a lehetőséget is, hogy az elnök és a Szenátus politikai hovatartozása különböző („*divided government*” – „megosztott kormányzat”¹⁰). Ha a kijelölő elnök republikánus, a Szenátus pártállásától függetlenül hasonló arány mutatkozik a konzervatív és liberális szavazatok között. Ellenben demokrata elnök esetén látványosan megnő a liberális szavazatok aránya, ezzel együtt a konzervatívoké pedig csökken (jóllehet, mint már említettem, ez utóbbiak így sem esnek a liberális szavazatok alá).

A Supreme Court bírúinak elemzésénél élesebben megmutatkoznak a politikai elhajlások. A könyv 3. táblázata veti össze a főbírók és az őket jelölő elnök ideológiáját. A kép egyértelmű: a kilenc főbíróból négyet republikánus elnök jelölt – mind a négy konzervatív. A demokrata elnök által jelölt két bíró liberális; a maradék három közül, akiket mérsékelt republikánus elnök jelölt, egy konzervatív, kettő pedig liberális. A negyedik táblázat ismét bevonja a Szenátust is. Eszerint az öt konzervatív főbíróból három jelölését republikánus, kettőét demokrata többségű Szenátus erősítette meg, míg a négy liberális főbíróból kettőt republikánus elnök jelölt, kettőt pedig demokrata, de mind a négy jelölését demokrata Szenátus erősítette meg.

Különbőféle tényezők befolyásolják a politikai elem erősségét a bírói döntésben. Ilyennek nevezi Posner azt, hogy milyen heves indulatokat gerjeszt (a rövid, de találó amerikai kifejezéssel élve: mennyire „forró”) az adott kérdés. Minél inkább így van ez (jelenleg az abortusz egyike a „legforróbb” ilyen kérdéseknek), annál inkább magyarázható egy döntés politikai okokkal. Ugyancsak a bírói döntések átpolitizáltságát erősíti az a tény, hogy igen intenzív kongresszusi viták alakulnak ki a bírók kinevezésével kapcsolatban. Ide sorolja Posner azt a jelenséget is, hogy egy-egy bíró úgy időzíti visszavonulását, hogy a lehető legnagyobb eséllyel kerüljön az őt jelölővel azonos pártállású elnök által jelölt bíró a helyére. Mindez kiegészítendő az „ideológiai sodródás” („*ideology drift*”) jelenségével: ez nem egyéb, mint a bíró „elpártolása” az őt jelölő elnök ideológiájától, az új, előre nem látott kérdések felmerülésével (így pl. míg a bíró konzervatív módon döntött gazdasági kérdésekben, addig a nemzetbiztonsági vagy éppen az abortusszal kapcsolatos kérdésekben a liberális oldalon foglal állást).

Természetesen az attitűdelmélet nem ad mindenre kiterjedő magyarázatot a bírói magatartást illetően. A táblázatokban nem elhanyagolható a jelölő elnökével ellentétes irányultságú döntések aránya, de érdemes felidézni az egyébként meggyőződéses republikánus Oliver Wendell Holmes híres különvéleményét is a Lochner-ügyben. A bírók, ha egyszer kinevezték őket, „jó bírókként” szeretnének dolgozni, és döntéshozatalkor nem azt nézik, miképp döntött volna – szerintük – az őket jelölő elnök. Vagyis nem ártják bele magukat a közvetlen pártpolitikába, az nem hatja át a bíróságok és a Supreme Court tevékenységét. A politikai döntések annak tudhatók be, hogy sok eset „nehéz eset”, nem dönthetők el „egyetlen helyes módon”. Az attitűdelmélet viszont – Posner kritikája szerint – figyelmen kívül hagyja ezt a fontos distinkciót.

A stratégiai elmélet központi gondolata az, hogy a bírók sokszor másképp szavaznának, ha nem kéne tekintettel lenniük a kollégák, a jogalkotó vagy a nagyközönség várható reakcióira. A bírók eszerint olyan szavazási stratégiát követnek, amely révén végül az általuk preferált eredmény jelenik meg a bíróság döntésében (akár az adott ügyben, akár egy későbbiben – ez utóbbira jellemző példa, hogy a számukra kisebb jelentőségű ügyekben kerülnek a különvéleményeket, mert ha sokszor fogalmaznának meg ilyet, fennállna annak a veszélye, hogy a kollégák az ő számára fontos ügyben „válnának vissza”). A jogalkotó véleményének szem előtt tartására példa az a tendencia, hogy a Supreme Court főbírái hajlamosak szabadabban értelmezni a jogszabálysövegeket, ha már nincs hatalmon az a politikai oldal, amely a jogszabály megalkotásakor kongresszusi többséggel rendelkezett.

A Posner által szociológiaiainak nevezett elmélet a kis csoportokon belüli viszonyok elemzésével próbálja magyarázni a bírók viselkedését. Legfőbb tétele az, hogy a bírói tanácsok összetétele befolyásolja a végső döntést. Ez olykor azzal a furcsa hatással jár, hogy adott

többségű tanács másképp dönt, mintha a tagok kizárólag a szóban forgó többségi csoportból származnának (pl. egy nemi diszkriminációs ügyben másképp dönt egy csak férfiakból álló tanács, mint egy olyan, amelyben nők is vannak). Erre magyarázatként szolgálhat, hogy a kisebbségi véleményt képviselő tag azzal fenyeget, hogy különvéleményében élesen rámutat a döntés megalapozatlanságára, vagy pedig egyszerűen olyan megfontolásokkal gazdagítja a többi tanácstagot, ami megváltoztatja eredeti elképzeléseiket. Posner ugyanakkor a legvalószínűbbnek a tanácstagok adott eredmény elérésében való változó érdekelttségét tartja, melyre jól rimel a „különvélemények elkerülésének” („*dissent aversion*”¹¹) nevezett jelenség. Képzeli el, hogy a tanács egyik tagja vehemens módon igyekszik kivívni egy, a szívéhez közel álló döntést. A többiek ugyan másképp szavaznának, de nem érzik az ügyet annyira közel magukhoz, hogy fölösleges konfliktusokat vállaljanak érte. Lehet, hogy kollégájuk lelkesedését a helyes meggyőződés jelének tartják, de az is megeshet, hogy egyszerűen csak „jótett helyébe jót várnak”. Ha a többségi vélemény kialakul, a maradéknak mégannyira sem lesz hajlandósága „elkalandozni” a fővonalától egy különvéleményben.

A bírák ugyanis nem szeretnek különvéleményeket írni, és nem szeretik, ha különvéleményeket írnak. Több oka van ennek: egyrészt nem szeretik a kritikát – mivel ilyenkor sokkal alaposabban kell megfogalmazni az indoklást (tekintettel a különvéleményben megfogalmazott „kényes pontokra”). Másrészt – és ezzel összefüggésben – a különvélemények árthatnak a legkülönbözőbb személyi háttérrel, élet- és szakmai tapasztalattal érkező bírák együttműködésének, ami pedig esszenciális az eredményes munkavégzéshez.

A fenti okok kiemelt jelentőséggel bírnak az esküdtszéki döntéseknél. Mivel itt egyhangú döntés szükséges, itt is könnyen előfordulhat, hogy egy erőszakos „szószóló” – akár a vele egyként szembenálló többség ellenében is – a maga javára fordítja a döntést.

A pszichológiai elméletekről Posner nem sokat mond. Általánosságukként leszögezi, hogy a bírói magatartásról alkotott téziseikben kiemelt helyet kapnak a bírónak a bizonytalanság elkerülésére irányuló erőfeszítései.¹²

A gazdasági elmélet – szemben az irracionális elemeket (pl. intuíció, előítélet) szem előtt tartó pszichológiai elmélettel – a bírói döntés racionális elemeit helyezi középpontba, ennek megfelelően a bírót is alapvetően racionális, haszonmaximalizálásra törekvő lényként jellemzi. A „haszon” számos formában jelenhet meg: bevétel, hatalom, megbecsülés, önbizalom, szakmai kihívások. Ezek alakításával a bíró munkáltatója is befolyásolhatja alkalmazottját, illetve azokat, akik pályáznak a bírói állásra.

A gazdasági elméletnek két kritikus pontja van:

– A pszichológiai-irracionális tényezők (megismerési korlátok, érzelmi behatások) elhanyagolása a racionálisak mellett. Ezzel a felvetéssel maga Posner száll szembe: szerinte a megismerés korlátai felírhatók az információhoz jutás költségeiként, az érzelmi döntések pedig olykor racionálisabbak, mint a hagyományosan racionálisak.

– A bíró hivatásbeli magatartását befolyásoló tényezők megfelelő azonosítása, tekintettel arra, hogy a bírói munkaviszony nagyban eltér az általános munkaviszonyoktól: pl. a bírót a szokásosnál jóval nehezebb eltávolítani a posztjukról, a fizetésük csak súlyos vétség esetén vonható meg – a bevett „motivációk” tehát ez esetben hiányoznak. Ezt a hiányosságot a bírói döntések kritikái részben pótolhatják, de mivel erre nézve nincsenek objektív kritériumok, a bírák könnyen megtehetik, hogy nem vesznek tudomást ezekről, politikai szólamnak kikiáltva, vagy éppen a bírói szakma iránti irigységnek, illetve az arról való tudatlanságnak betudva őket.

A szervezeti elmélet szerint a bíró és az őt alkalmazó kormányzat viszonya a megbízó és a megbízott viszonyához hasonlít, és a megbízó arra törekszik, hogy a két fél közötti érdekellentétet minimálisra csökkentse. Az elmélet egy gyengéje lehet az a kérdés, hogy a megbízott hogyan lehet független a megbízótól, miközben a bírói ethosz egy alapeleme a

függetlenség; válaszként Posner utal rá, hogy más megbízás jellegű jogviszonyokban is (pl. az orvos-beteg viszony) kellően szabad kezét kaphat, az összehasonlítás így nem alaptalan.

A pragmatikus szemlélet tulajdonképpen a következményorientált gondolkodást jelenti. Ezzel a legalizmus ellentétévé válik – legalábbis ebben a fejezetben Posner megelégszik ennek a megállapításával; a helyzet valójában bonyolultabb.

A fenomenológiai elmélet azt vizsgálja, milyen érzés bírónak lenni – vagyis a megélt tapasztalatok hogyan jelennek meg a tudatos elmében.

Utolsóként tárgyalja Posner a legalista felfogást, amely, minden régi és új kritika ellenére, még mindig a bírói döntés „hivatalos” elméleteként tartja magát. Alaptétele, hogy a bírói döntés a jog által eleve elrendelt mederben alakul ki, és a jog lényegében „egyetlen helyes megoldást” enged. A jogrendszert mint olyat egy elkülönülő, objektív, szilárd valaminek tekintti, amihez a döntések hozzáérhetők. Posner ezzel szemben – Roscoe Pound nyomán – kiemeli, hogy a jog szabályokból és elvekből, ezek alkalmazási technikáiból, valamint társadalmi-erkölcsi normákból egyaránt áll, és ez esetenként még kiegészíthető a diszkréció gyakorlásával is.

A precedenskövetés tanát mint a legalizmus egyik formáját is kritizálja Posner. A kritika alapja egyrészt az, hogy az időben visszafele követett, egymásra épülő precedensek sora egyszer véget kell, hogy érjen valahol, és itt nem áll rendelkezésre precedens – jó eséllyel csak egy politikai döntést vagy egy homályos, a legalista módszerrel alkalmazhatatlan jogszabályt találunk, amit a bíró töltött ki alkalmazható tartalommal. Másfelől pedig, ha a bíró precedensre akar hivatkozni, azok beláthatatlan bőséggel veszik őt körbe. A választás közülük megint csak politikai alapon történik. Természetesen a precedensek rendelkeznek bizonyos kényszerítő erővel – különösen amikor az alsóbíróságok igazodnak a fellebbviteli bíróságok gyakorlatához a döntés megsemmisítésének elkerülése érdekében. Ez azonban nem abszolút.

A legalisták tehát túl szűken húzzák meg a jog határait, mindemellett elvárják a bíróktól, hogy igazodjanak hozzá. Tisztában vannak vele, hogy a politika befolyásolja a bírók döntéseit, de ezt helytelenítik. Ezzel szemben az attitűdelmélet művelői – túlnyomórészt politikatudósok – számítanak erre, mi több, kívánják is, hogy ezzel is saját tudományuk hatékonyságát igazolják.

Mindazonáltal a legalista hozzáállás továbbra is él a bírói gyakorlatban – még a Supreme Court-éban is. Az elmúlt évtizedben számottevő emelkedés mutatható ki a Supreme Court egyhangú döntéseinek arányában: míg az 1985-1995 közé eső időszakban ezek átlagos aránya 27,5 % volt, addig a rákövetkező tíz évben ez a szám 36 %-ra emelkedett. Egy lehetséges magyarázata ennek a legalista hozzáállás erősödése a Supreme Court-on belül. Egy másik magyarázat szerint ez annak a trendnek a kísérőjelensége, miszerint a főbírók túlnyomó többségét egykori fellebbviteli bírók közül jelölik. Ennek a legalizmusnak egyik – ámbátor nem tipikus – megnyilvánulása a *Whitman v. American Trucking Associations* ügy. Az eset hátteréül egy kongresszusi felhatalmazás szolgált, melynek alapján az amerikai Környezetvédelmi Hivatal jogosulttá vált olyan légszennyezési standardeket megállapítani, amelyek betartása által megfelelően biztosítható a közegészség védelme. A Supreme Court – a jogszabály szövegét követve – úgy döntött a szóban forgó ügyben, hogy a Hivatal nem jogosult mérlegelni a standardek betartásához szükséges költségeket – csakis azt, hogy szükségesek-e a közegészség megfelelő szintű védelméhez.

2. A bíró mint a munkaerő-piac résztvevője (*The Judge as Labor-Market Participant*)

Ebben a fejezetben Posner részletesen bemutatja mind a bírót alkalmazó hatóságok, mind az alkalmazást kereső bírók szempontjait a munkaviszonnyal kapcsolatban.

A bírókat kinevező hatóságokat két szempont vezérli a bírók kiválasztásánál. Az első az, hogy a hagyományos értelemben vett „jó bírók” kerüljenek a posztra, akik elfogulatlanul érvényre juttatják a Szövetségi Alkotmányt és a jogszabályokat. Az ilyen bírók gazdasági és társadalmi hasznot jelentenek, és ezt a társadalom domináns csoportjai is így látják. A kielezett politikai versengésben ez maguknak a politikusoknak is hasznos, mert a pártatlan bírászkodás biztosítja a politikai berendezkedés stabilitását, és az egyik oldal vívmányait kevésbé tudja lerontani a győztes ellenoldal.

A fentiek jócskán elveszik az élet annak a közfelfogásban is sokszor helyet kapó elképzelésnek, hogy a bírók az őket kinevező politikai oldal akaratának kiszolgálói. Mindazonáltal ez sem alaptalan: a bírókinevezés második szempontja Posner szerint éppen az, hogy bizonyos széles mérlegelést megengedő ügyekben szem előtt tartsák az adminisztráció politikai céljait. Ez a cél – mondja Posner – csak felemás módon tud érvényesülni: ha egy bíró elfoglalja a székét, onnan csak nagyon nehezen mozdítható ki, ebből következően nagyon kevés garancia van arra, hogy valóban az elvárt irányba döntsének. A bíró nem az őt kinevező oldal politikai céljait fogja követni, hanem a sajátjait – ha vannak ilyenek, és ha szándékában áll szem előtt tartani őket.

A bírókiválasztás során tehát egy nagyon kényes egyensúlyt kell megőrizni: egyfelől olyan bírókra van szükség, akik megfelelnek a bírói ethosznak, döntéseik során az emberek számíthatassanak elfogulatlanságukra, ugyanakkor bizonyos „kritikus esetekben” a politikai vezetés is számíthatson asszisztenciájukra céljaik elérésében – anélkül, hogy a bírók ezáltal alkalmatlanná váljanak hivatalukra.

Láthattuk tehát, mik a piac „vevői” oldalának elvárásai. Nézzük most meg, mit is kívánnak ezzel szemben az „eladói” oldalon – vagyis milyen elvárásokkal, milyen motivációkkal válik valaki bíróvá!

A bírói munka motivációja elsősorban nem a pénz. Jóllehet az Egyesült Államokban a bírók is tisztességesen keresnek az ottani viszonyok között, ha egy jogász elsődleges motivációja az lenne, hogy minél több pénzt keressen, akkor nem bírónak állna, mert két másik jogászi szakma – az egyetemi oktató és a gyakorló ügyvéd – sokkal magasabb bevételi forrást jelent.¹³

Mi lehet hát vonzó a bírói szakmában? Talán nem szép így kimondani, de a lehetséges válaszok között szerepel a hatalom birtoklása más emberek fölött.

Ennél fontosabb azonban a megbecsülés, és az ezzel járó létbiztonság. Fentebb említésre került, hogy a szövetségi bírókat nagyon nehéz elmozdítani a helyükről, és a bérük sem vonható meg, illetve csökkenthető. A kevésbé kockázatkedvelő jogászok számára sokkal vonzóbb lehet egy ilyen állás, mint az állandó helytállási kényszer a gyakorló ügyvédi élet viharában, az ügyfelekkel és a szembenálló felekkel való állandó és kimerítő konfliktusok.

A nagyobb létbiztonság mellett nem elhanyagolható a relatíve sok szabadidő sem – ez megint csak kedvezőbb, ha összevetjük az amerikai ügyvédek folyamatos leterheltségével. Mindazonáltal a jelek szerint a bírók nem igazán élnek ezzel a lehetőséggel. Ez jól megmutatkozik abban, hogy a teljes fizetés melletti nyugdíjjogosultságot elérő bírók (ez a jog 65. életévüket betöltő, legalább 15 éves bírói szolgálatot a hátuk mögött tudó szövetségi bírókat illeti meg), ahelyett, hogy visszavonulnának, „senior bíróként” részmunkaidőben, teljeskörű juttatás mellett dolgoznak tovább.

A „jó bíró” szerepének betöltése ugyancsak fontos motiváló erő. Hogy ki a jó bíró, az elsősorban a szakmai közösség, és kevésbé jelentős mértékben az egyetemi szféra reakcióiból derül ki (mint már említésre került, a bírók megtehetik, hogy az egyetemi jogászok hozzá nem értésére vagy elfogultságára hivatkozva ne vegyenek tudomást az őket ért kritikákról). A jó bíró ethosza akadályozza meg azt is, hogy a bírók kizárólag egy delegált politikai hatalmat gyakorló réteggént tevékenykedjenek.

A jogrendszer alakításának lehetősége különösen a fellebbviteli bíróságok számára lehet vonzó, ugyanúgy, mint ahogy egy jó író is számottevő befolyást gyakorolhat az irodalom alakulására. A kreativitás szükségességét Posner ugyancsak a két szakma közös vonásaként látta. Ugyanakkor két kritikus eltérés is fennáll közöttük. Az egyik az, hogy az író egy független szerződő fél, nem nevezhető a kiadó alkalmazottjának. A bíró ezzel szemben az állam alkalmazottja, még akkor is, ha a bírói függetlenség intézményi garanciái nagyban enyhítik az ebből fakadó kiszolgáltatottságot. A másik fontos különbség az, hogy a politikai vélemény, politikai állásfoglalást az író esetében nem tekintik a szakmai szabályok megsértésének, a bíró esetében viszont igen.

3. A bíró mint alkalmi jogalkotó (*The Judge as Occasional Legislator*)

A fejezet első bekezdésében Posner John Roberts hasonlatát hozza fel és veszi kritika alá, melyet Roberts mint a Supreme Court elnökjelöltje mondott el a szenátusi meghallgatáson. E hasonlat szerint a bíró munkája a baseballjáték bírójához hasonló: mindkét személy számára adottak a szabályok, amik megfelelően alkalmazandók a felmerült tényállásokra – vagyis Roberts a klasszikus legalista álláspontot fejt ki. Kritikájában Posner már adottnak veszi a feltételezést, hogy a bírák alkotják és módosítják is azt a jogot, amit melleleg alkalmaznak az egyes esetekben – az pedig nyilvánvaló, hogy ez nincs így: abszurd lenne belegondolni, mi lenne akkor, ha a játékbíró, belátásától vezérelve, úgy alakítaná a szabályokat, hogy azok mondjuk az ütő- vagy dobójátékosoknak kedvezzenek.

Az analógia – Posner szerint – tartalmaz egy kevésbé szembeszökő hibát is. A különböző baseball-bírók sokáig különbözőképpen állapították meg az ütőjátékos körüli ún. *strike zone*-t. Ez egy, a *home plate* (a *home plate* az ütőjátékos elé, a földre rajzolt kis ötszög; ebbe az irányba dobja a dobó a labdát)¹⁴ fölötti képzeletbeli tér, aminek teteje az ütőjátékos vállai és öve között van félmagasságban, alja pedig a játékos térdeinél.¹⁵ A Major League Baseball 2002-ben megfigyelőkamerákkal felvételeket készítettett minden dobásról, így kiküszöbölhető volt a játékbíró tévedése. Ilyen megoldás azonban nem segíthet a bírói diszkréció problémáin. A bírói döntés nem elemezhető ki olyan egyértelmű és objektív módszerekkel, mint amilyen egy sportjáték lekamerázása.

A baseball-bíró és a törvényszéki bíró összehasonlításához már csak érdekes (és tanulságos) adalék, hogy tevékenységében Roberts sem szorítkozott az előbbi szerepére.

A törvényszöveg sokszor nem ad útbaigazítást egy eset eldöntését illetően, és ez különösen jellemző az Egyesült Államok jogalkotására. A bírónak viszont döntést *kell* hoznia – ez a dolga –, mi több ezt a döntést határidőre kell meghoznia. A korábbiakban szó esett a politikai tényezőről a döntéshozásban, és a „politikai” kifejezés több lehetséges értelméről. A jelen fejezetben egy újabb figyelmet érdemlő megfontolás gazdagítja az olvasó látóterét: a döntésre jutást elősegítő „politikai” szempontok sok esetben nem pártpolitikaiak, és ilyenkor a bíró gyakran nincs is tudatában annak, hogy döntése politikai szempontok által vezérelt.

A bírók – jelen esetben a szövetségi fellebbviteli bírók – magas fokú létbiztonsága nem mellőzendő szempont az alkalmi jogalkotói szerep vizsgálatánál sem. A nehezebb elmozdíthatóság (nincs ciklikus újraválasztás) és a hatékony politikai retorziók hiánya olyan körülmények, amelyek könnyebbé teszik a jogalkotó tevékenységet.

A bírák jogalkotói szabadsága – különösen jogilag meghatározatlan területeken – közelíti a törvényhozóét, de az előbbi csak negatív szabadság: míg a törvényhozó azt is megmondhatja a többi hatalmi ág szerveinek, mit tegyenek, a bírók csak azt mondhatják meg, mit *ne* tegyenek.

Az esetek megoldásakor két nézőpont, hozzáállás ütközik egymással: a legalista és a jogalkotói. Ennek mikéntje eltér a különböző bírónál. Vannak, akiknél a legalista hozzáállás merül fel elsőként, vagyis először a szűkebb értelemben vett joganyagot veszik elő, és ennek alapján próbálnak döntésre jutni; ha pedig ez nem sikerül egyéb, „jogon kívüli”

megfontolásokhoz nyúlnak segítségképpen. Másoknál ez a sorrend megfordul: először a döntés várható eredményét mérik fel, és csak utána vizsgálják meg, milyen jogi akadályokba ütközhet egy ilyen irányba mutató döntés. A gazdasági jogelmélet szóhasználatával: az adott kívánatos eredmény által elért nyereséget összevetik a hagyományos legalista értékek sérülésében megmutatkozó ráfordításokkal. A legtöbb bírónál viszont nem válik el ilyen élesen a két hozzáállás, hanem egyszerre jelennek meg a döntés folyamatában: a jogelvek, intézményi kényszerek éppoly hatással bírhatnak, mint a politikai preferencia vagy az élettapasztalat.

A bírói törvényhozás kiterjedtsége az ún. „ésszerűségi zóna” („*zone of reasonableness*”)¹⁶ terjedelmével jellemezhető. Ez az a mérlegelési terület, amelyen belül a bíró anélkül dönthetne, hogy méltatlanná válna hivatásához. Az ésszerűségi zóna terjedelme bírói karról bírói karra, bíróról bíróra változik, és intézményi faktorok (pl. a bírói hierarchiában elfoglalt hely – minél magasabb, jó eséllyel annál szélesebb) ugyanúgy befolyással vannak rá, mint személyiek (pl. személyes tapasztalatok). Meghatározó a szerepe az érintett jogterületnek is: az ésszerűségi zóna szűkebb, ha az adott kérdésben fennáll egy ideológiai konszenzus, és szélesebb, ha ez nincs meg.

Az amerikai bírók tehát jogalkotói funkciókat is ellátnak – és igaz ez a „jó bírókra” is. A fejezet utolsó részében Posner megvizsgálja, milyen is a „jó bíró”. Mindenekelőtt leszögezi azt a triviálisnak tűnő követelményt, hogy a bírónak élveznie kell a munkáját, és pedig annak minden pontját, ideértve a beadványok elolvasását, a szóbeli előadások meghallgatását, a szabályok és standardek megformálását, a bíraskodás politikai és intézményi korlátai között való eligazodást, stb. A bírói protokoll egyik meghatározó elemének tekinti Posner az arisztotelészi „kiigazító igazságosság” („*corrective justice*”)¹⁷ fogalmát. Ez a fogalom többértelmű: egyrészt lehet a „joguralom” szinonimája, másrészt viszont használható abban az értelemben is, hogy a bíró az eljárásban elvonatkoztat a felek személyes, egyedi tulajdonságaitól, és úgy szemléli őket, mint egy-egy társadalmi csoport képviselőit.

A szenátusi meghallgatások egyik célja, hogy kiszűrjék azokat, akik nem felelnek meg a fenti kritériumoknak. Egy másik cél, hogy – tekintettel arra, hogy az ideológiai harcok a tárgyalótermeket sem kerülik el – a jelöltek közül kiszűrjék az ideológiai szélsőségeket.

A bírók jogalkotói tevékenységét tehát végsősoron két tényező vezérli: az egyik a saját felfogásuk a bíraskodásról mint hivatásról, a másik pedig a rokonszenv vagy ellenérzés azon társadalmi osztály iránt, amelynek a peres fél is tagja.

4. A jogalkotó bíró elméje (*The Mind of the Legislating Judge*).

E fejezet megállapításai sokban rímelnak a bírói döntés pszichológiai elméletének alapvető tanaira, különösen a megézés vagy intuíció jelentős szerepe tekintetében.

A fentiekben alapvetően két csoportra lettek felosztva a bírói döntésre befolyással bíró tényezők: ezek pedig a politikai vagy ideológiai (politikai preferenciák) és személyes tényezők (személyi-szakmai háttér). Posner viszont továbbmegy: ezek számbavétele mellett is hiányolja még a pszichológiai tényezők kiemelését. Az ideológiai meggyőződések is kialakulnak valahogy, és itt jönnek képbe pszichológiai tényezőként az érzelmek. Arról van itt szó, hogy az érzelmek nagy szerepet játszanak abban, hogy – és ez alól a bíró sem kivétel – az ember miképpen dolgozza fel az általa megélt tapasztalatokat, hogyan formálódnak ezek meggyőződéssé, világnézeté. Különböző emberek különbözőképpen dolgozzák fel az eseményeket, különböző világnézetek alakulnak ki – és ez a különböző ítélkezési gyakorlatokban is lecsapódik.

Posner az intuíciók közé sorolja azokat az alapvető metafizikai előfeltevéseket, amelyek különböző ideológiákat eredményeznek, és racionális érveléssel nem lehet áthidalni a közöttük fennálló különbségeket. Ilyen pl. a determinizmus kontra indeterminizmus, az egyenlőtlenség

mint természetes állapot kontra az egyenlőség mint természetes állapot. Ilyen és ehhez hasonló alapvető előfeltevések befolyásolják a valóság feldolgozásának folyamatát, és vezetnek különböző világnézetek kialakulásához.

Az intuíciók kialakulására hatással van többek között a nevelés, a baráti környezet, a műveltség, és nem utolsósorban maga a személyiség. A személyiség vizsgálatát Posner két szerző, Theodor Adorno és Gordon Allport nyomán két típusra bontva végzi el. Ez a két típus a tekintélyelvű („*authoritarian*”) és nem tekintélyelvű („*non-authoritarian*”) ¹⁸ személyiségek. Adorno és Allport a tekintélyelvű személyiségek alatt kifejezett azokat az embereket értette, akik gyerekkori fejlődésük, tapasztalataik folytán ragaszkodnak bizonyos irracionális előítéletekhez, illetve erősen ódzkodnak a jog szabad értelmezésétől. Mára ezek a nézetek módosultak, és a tekintélyelvű-nem tekintélyelvű kategóriapárost Posner is némiképp más értelemben használja: a tekintélyelvű személyiség nála olyan pszichológiai tulajdonság, aminek hatására egy ember kifejezetten hevesen reagál a társadalom alapvető értékeit (pl. család, házasság) fenyegető veszélyekre, emellett irtózik a zűrzavartól, hierarchiakövető és nem szereti a homályos fogalmakat. A leírás elég pontosan lefedi a konzervatív ideológiát. Posner a vietnami háború alatti zavargásokkal példálózik: ha az ekkor élt bíró tekintélyelvű személyiséggel rendelkezik, feltehetően felháborítanak őt a zavargások, és a republikánus táborhoz húzna (ami persze nem egyenértékű azzal, hogy mindenben a republikánus politikát támogatná: Posner többször utal rá, hogy az ideológia és a pártpolitika nem ugyanaz. Ld. pl. fentebb az „*ideological drift*” jelenségét). Ha ellenben elveti a tekintélytiszteletet, akkor valószínűleg liberális bíró, és ekképpen fog dönteni.

Természetesen „vegytiszta” tekintélyelvű személyiség – a Posner által használt értelemben – nincs, inkább csak olyan jegyek összességéként tekinthetünk a fogalomra, amelyekből több-kevesebb csaknem minden bíróban megtalálható, és nem is kizárólag a konzervatívokban.

A konzervatív és tekintélyelvű olykor összeütközik a bíróban: adódhat olyan helyzet, hogy a törvényszöveg követése egyéb erkölcsi preferenciáival ütközik. Mindazonáltal a bíró ilyenkor is hajlamos a szűken vett törvényszöveg mellett dönteni, mivel ezáltal is kimutatja az emberek előtt egy másik preferenciáját: a jogrendhez való hűséget.

A törvényszöveg követése a „visszafele tekintés” technikája: logikai következtetések levonása már álló premisszákból. Ehhez képest a következményeken orientálódás az „előrefele tekintés”: a várható következmények összevetése, és ezek közül a lehető legkívánatosabbnak megfelelő döntés. A „visszafele tekintés” sem zárja ki viszont a bírói jogalkotást: minél régebbi forráshoz nyúl a bíró, annál szélesebb értelmezési spektrum nyílik meg előtte. Ráadásul ez a folyamat sokszor nem is tudatosul a bíróban: egy régi alkotmánykiegészítés értelmezésénél meggyőződéssel hihetik, hogy a megszületett döntés az egyedüli helyes megoldás rendelkezésre álló szöveg alapján.

Ha az elfogulatlan elemzés nem szolgál meggyőző megoldással egy sürgős ügyben, az érzelm szerepe gyakran előtérbe kerül, és az értelem szerepe az utólagos igazolásra szorítkozik. Itt megint csak olyan beidegződésekről van szó, amelyeknek az ellenkezőjéről nem győzhető meg a bíró – legfőljobb belátja, hogy az ellenvélemény is ésszerű. Újfént kiemelendő, hogy nem az egyes személyek iránti vonzalom az, ami elfogadható a „bírói játszmában” („*judicial game*”) ¹⁹, hanem a félre mint adott csoport tagjára való tekintés. Ez utóbbi még befér a személyekre tekintet nélküli döntések körébe.

Mindemellett az érzelmi válasz nem jelent önmagában rossz döntést is. A döntést határidőre kell meghozni, és a nehezen eldönthető ügyekben sincs idő habozni. Az érzelmi alapú döntés is lehet ésszerű – ennek egy mindennapi életből vett példája, hogy az autóvezető is reflexből elrántja a kormányt, ha egy kisgyerek szalad ki az útra, és nem kezd el tanakodni. Ugyanakkor nem minden érzelm váltja ki ugyanazt a hatást: vannak, amelyek erősítik a bíró

bizonyosságérzetét (pl. düh, undor, boldogság), és vannak, amelyek elbizonytalanítják (pl. remény, félelem).

Az intuíció egy bizonyos értelemben megfeleltethető az ítélőképesség fogalmának: a bíró képessége arra, hogy visszanyúljon a tudatalattijában felhalmozott tapasztalathoz és műveltséghez, és ennek segítségével gyorsan dűlőre jusson egy ügyben. Az intuíciót erősíti a szakmai tapasztalat gyarapodása is: minél régebb óta van a szakmában a bíró, annál könnyebben jut dűlőre a rutinügyekben, míg az újonnan érkezett bírónak ezekhez is kiterjedtebb analízist kell végeznie.

Az ítéletek indoklása nem csupán az utólagos racionalizáló szerepét tölti be. Egyfajta döntésellenőrző funkcióval is bír: az indoklás megfogalmazásával le lehet mérni, hogy a megszületett döntés – amelynek valódi mozgatórugói jórészt rejtve maradnak – mennyire következik logikusan az alapul vett premisszákból, és mennyire fogadtatható el a nagyközönséggel (illetőleg a fellebbviteli fórummal). A viszonylag tömören fogalmazott indoklások emellett további (át)értelmezésre is lehetőséget adnak.

Az intuíció mellett szerepet kaphat egy másik hasonló jelenség: az ún. „*common sense*”, avagy „köztudomás”. Ez egy-egy társadalom tagjainak mintegy „közös háttérismerete”, ami természetesen társadalmanként változik, de amit az adott társadalom tagjainak számottevő többsége adottnak vesz, és ugyanúgy része a tudatalattijuknak, mint az előbb kifejtett intuíció. Voltaképpen a *common sense* alapján hozott döntés is politikai, mégis objektívnek tekinthető, mert a többség nem vitatja.

A negyedik fejezetben tehát bepillantást nyerhetünk a „jogalkotó bíró elméjébe”, és láthatjuk, mennyire emberi tényezők befolyásolják a bírói döntéshozatalt. Az első részben kifejtett ismeretekből látható, hogy Posner sok mindenben a jogi realistákéhoz hasonló nézeteket vall.

II. A kidolgozott modell (*The Model Elaborated*)

5. A bírói környezet: az ítélkezésre ható külső kényszerek (*Judicial Environment: External Constraints on Judging*)

A második rész központi témáját az szolgáltatja, milyen tényezők befolyásolják a bírók magatartását, mekkora mozgásterük van az ítélethozatal során. Ezek részletes kifejtése, mint majd látni fogjuk, nemcsak ahhoz a végkövetkeztetéshez vezet el az olvasót, hogy a bírók környezete nagyban lehetővé teszi a pragmatikus ítélkezést, de ahhoz is, hogy az amerikai jogi-politikai berendezkedés egyenesen szükségessé teszi azt.

Az ötödik fejezet elején Posner feleleveníti a bírói szolgálati viszony és a megbízási szerződés párhuzamát: a kormányzat a megbízó, aki a lehető legjobb munkát várja el a lehető legalacsonyabb költségen, vagyis el akarja érni, hogy a megbízott és az ő érdekei egybeessenek. A polgári jogi megbízásnál ez a teljesítményértékelés segítségével történik. A megbízottnak így érdeke, hogy a legjobban teljesítsen, mert ha nem, akkor a megbízó sem alkalmazza őt.

Ugyanez a kormányzat és a bíró viszonyában nem érvényesülhet tisztán: a bíró munkáját nem lehet olyan precíz módon értékelni, mint más dolgozókét (akik többnyire egy kézzelfogható eredményt kötelesek produkálni). De ha lehetne is, a fizetés teljesítményhez való igazítása a bírói függetlenséget sértené. Nehezíti a mérést az is, hogy a „megbízottak” maguk sem tudják pontosan, mit vár el a „megbízó”. Még az is kérdések, konkrétan ki/mi a megbízó?

A teljesítményértékelés problémái más szakmáknál is előjönnek. Az orvoslást és a bíraskodást párhuzamba állítva Posner azt mutatta ki, hogy az orvosoknál (a belső etikett, a hippokratészi eskü és a kártérítési felelősség mellett) igen erős szűrőszerepet tölt be a felsőoktatás is, és a súlyos egyetemi követelmények biztosítják, hogy csak a legcéltudatosabbak

és legkiválóbbak maradjanak a szakmánál. A jogászképzésben ez a szűrőszerep nem olyan erős (bár az utóbbi időkben erősödött), itt viszont – a szövetségi bírák vonatkozásában – fontosak a kinevezés előtti meghallgatások is.

Különböző típusú bírák felé különböző típusú elvárások irányulnak. Posner a következő bírótípusok felé irányuló külső kényszereket veszi sorra: választottbírók (akiket Posner találóan „*private judge*”-nak, „magánbírónak” nevez),²⁰ karrierbírók (vagyis a kontinentális Európa fiatal kortól kezdve élethivatásszerűen dolgozó bírái), választott bírók („*elected judges*”, vagyis az Egyesült Államok tagállami bírói, akik választások útján kerülnek hivatalba; a szójáték csak az egyszerűbb szóhasználat folyománya); szövetségi elsőfokú bírók; szövetségi fellebbviteli bírók és a Supreme Court bírái.

A választottbíró, mint az közismert, a (többnyire hivatásszerűen gazdasági tevékenységgel foglalkozó) vitás felek jelölik ki megegyezéssel. A további megbízatásokhoz érdeke, hogy ne látsszék elfogultnak egyik fél, illetve egy embercsoport irányába sem. Ennek elkerülésére egyfajta kompromisszumos taktikát alkalmaznak: mindegyik félnek „juttatnak egy keveset”, így egyikük sem érezheti, hogy elfogult volt vele szemben. Ez a kockázatkerülő feleknek is kedvezhet (főleg az alpereseknek), mert így csökken a követelés mértéke, de a felperesnek is jó eséllyel „jut valami”. Növeli a választottbíró hitelét, ha nem téved a tényekben sem. Az esküdtszékkal szembeni nagy előnye, hogy ugyanolyan hivatásos kereskedő, mint az őt megbízó felek, a tévedés esélye tehát csekélyebb, mint a megvezethető és a szakmához nem értő esküdtszék esetén. A választottbírói döntés megsemmisítésének lehetősége, habár igen szűkös, mégis az alapos munkavégzésre serkentheti a választottbíró, hiszen a megsemmisített döntések sora bizonytalanságérzetet és bizalmatlanságot ébreszt a leendő megbízókban.

A karrierbírószaki rendszerek részben egy bürokratikus rendszerre, részben pedig egy nagy cégre hasonlítanak. Az egyetemről kikerült frissdiplomások számára a bírói szakma egy életpálya-lehetőség (az Egyesült Államokban a szövetségi bírók 40-50 éves korukban töltik be hivatalukat). Az alkalmazottak – így a bírók is – „munkát” adnak a munkáltatónak a bérért cserébe, nem pedig kész eredményt (ahogy azt az önálló vállalkozók teszik). A dolgozók ellenőrzése nehézkes, és a munkáltató sosem lehet biztos benne, mennyire veszik komolyan a munkát, így legfőképpen arra szorítkozhat, hogy a jelentkezési feltételek már elriasztják az alkalmatlanokat. A bürokratikus rendszerekben ez az ellenőrzés még nehezebb, és itt a munkakerülés mellett veszélyforrást jelent az is, ha a hivatal deklarált és követett ideológiáját az alkalmazottak megpróbálják a saját ízlésük szerint átformálni.

A bírónak jelentkezők kiszűrésének egy lehetséges (habár nem tökéletes) módja a bírói tevékenység „input oldalán” az egyetemi bizonyítvány ellenőrzése. Itt ugyanakkor éppen az a veszély áll fenn, hogy akik kiválóan megfeleltek a legalista típusú próbatételeken (vagyis alaposan magukévá tették az egyetemen beléjük nevelt törvénypozitívista hozzáállást), azoknak a legjobb eséllyel megvan a képességük arra, hogy felismerjék korlátait és elvessek azt. Az „output oldal” valamilyen szintű ellenőrzését segíti elő a mérhető ügghátralék, a sikeres fellebbezések aránya, a bíró viselkedése, a felek és képviselőik panaszai. Ezek értékelését az eggyel magasabb szintű bíróságok elnökei végzik, és ezek befolyással lehetnek a bíró előléptetésére. A bürokratikus rendszerek az előléptetést bizonyos előre lefektetett szabályoknak való megfeleléshez is kötik – ugyanezt érvényes a karrierbírószakiakra is. Posner ezzel összefüggésben kapcsolatot lát a kontinentális jogrendszerek részletes kódexei és a karrierbírószaki között: az aprólékos szabályoknak való megfelelés könnyebben megállapítható, és így biztosabb alapokon nyugszik a teljesítményértékelés is. A bírók szakosodása szintén elősegítheti a magasabb szinten levő bírók általi könnyebb értékelést.

Általánosságban elmondható, Posner fejtegetései alapján, hogy a karrierbírószaki bírái sokkal inkább legalisták, mint amerikai kollégáik, a szakmai előrelépés pedig a ranglétrán fentebb levőnek való megfeleléstől függ. A karrierbírószaki teljesítménye tehát, jóllehet nem mutat nagyfokú kreativitást és változatosságot, egy elfogadható szakmai színvonalon tud

maradni. Ennek egyik következménye, hogy a jogászprofesszorok álláspontjára nemcsak mint a jogról alkotott véleményre, hanem mint a jog forrásaira is tekintenek, miközben a bírói jogalkotó szerep háttérbe szorul.²¹

A választott bírók létét meghatározza mandátumuk ciklikus jellege. A választóknak való megfelelés kényszere az ítékezésben is megjelenik, ennek típusesete a nagy port felkavaró, kegyetlen bűncselekmények elkövetőinek halálra ítéltése, de ide sorolhatók azok az esetek is, amelyekben a bíró a saját állama lakosának kedvez egy „külsőssel” szemben. Ha egy perbeli képviselőt ellátó ügyvéd támogatja a bírójelölt választói kampányát, amaz megint csak hajlamos lesz pártfogója javára ítélni; ha pedig két szembenálló fél nyújt támogatást, akkor – a választottbíróhoz hasonlóan – kompromisszumosan ítélt.

A politikától való függetlenség hiányát a választott bírók esetében Posner nem találja egy *ipso facto* rossz dolognak. A döntés sokkal kiszámíthatóbb, a döntéshozatal módja pedig egyszerűbb, mint egy független bírónál. Amíg a helyzet nem fajul odáig, hogy népszerűtlen, de ártatlan embereket ítéljenek el, a bírói politika és a demokratikus értékek ilyen összehangolásának van létjogosultsága egy olyan országban, amely a világ vezető demokráciájaként tetszeleg a többi ország előtt. Az elszámoltathatóság lehetősége is nagyobb ebben az esetben, hiszen a közvéleménnyel szembeforduló bírót nemcsak hogy nem választják meg, de rossz bírónak is fogják tartani.

Az ügyvédi támogatások torzító hatásai mellett Posner a bíróválasztás lehetőségének leszűkítését tartja a választott bírói rendszer egyik súlyos hátrányának. Ilyenkor ugyanis a jelölteknek nemcsak alkalmasnak kell lenniük a bírászkodásra, de jó politikai érzékre is szükségük van – mindkét követelménynek meg kell felelniük ahhoz, hogy elnyerjék a posztot és meg is tarthassák. Ilyen ember azonban kevés van. A bírászkodás „befelé forduló” szakma, a politika „kifele forduló”, és a kettő nem mindig fér össze; némi bizonyíték arra enged következtetni, hogy a nem választott bírók alkalmasabbak a szakmára, mint a választottak – jóllehet ezeket a versenyteljesítményfokozásra készíti. Természetesen a választott bírók egzisztenciája sem olyan szilárd, mint a nem választottaké.

A szövetségi elsőfokú bírókhoz fordulva mindenekelőtt azt lehet kiemelni, hogy az előléptetési lehetőségek száma egészen csekély, ami nagymértékű motivációhiányhoz vezethet, illetve megnehezíti a megfelelő teljesítmény biztosítását. A kiemelkedő teljesítménynek nincs külön jutalma, és igen csekély a munka melletti egyéb pénzkereseti lehetőség (jellemzően az oktatásból vagy könyvírásból származik mellékjövedelem – erre Posner maga is kiváló példa).

Az alkalmatlanok kiszűrésének fő intézménye a jelölést követő meghallgatás. Tekintve, hogy itt is van versengés a jelöltek között, a megfelelés kényszere itt is érvényesül. A meghallgatást végzőknek segítséget jelent a jelöltek idősebb kora is: ilyenkorra az ember kevésbé hajlamos a változásra, élettapasztalata, gyakorlata folyamán beidegződött szokásai, reakciói jó támpontot jelentenek a bírói munkára való alkalmasság megállapításához.

A kézzelfogható szankciók, jutalmak hiánya ellenére a bírónak érdekében áll jól végezni a munkát, egyrészt az önmagukkal szembeni elvárások, másrészt a kollégák közötti megbecsülés foka miatt (még akkor is, ha ez a megbecsülés a saját körzetre korlátozódik). Arra is törekszenek, hogy enyhítsék az ügyhátralékukat és kerüljék ítéleteik eredményes megfellebbezését, mert ez befolyással lehet az előléptetés sovány esélyeire.

A fellebbezési bírók nagyfokú cselekvési szabadsággal rendelkeznek, különösen, ha az európai karrierbírókkal vetjük össze őket. Ez az intuícóra való hagyatkozásban éppúgy megmutatkozik, mint az ügyvédek gyötrése fölött érzett gyermeki örömben (ez még csak nem is befolyásolja sem a fellebbezési arányt, sem az ügyhátralékot).

Az elsőfokú bírókhoz képest a fellebbezési bírók környezete négy fő szempontból eltérő. 1. Az ügyhátralék és a fellebbezések veszélye enyhébb. 2. A tanácsban való munka következtében szükségessé vált az együttműködés. 3. A fellebbezési bírók nagyobb befolyással

vannak a jogrendszerre. 4. Az akadémiai kritikák hatása nagyobb a fellebbviteli szinten (de még így is igen csekély).

A következőkben Posner a bírói teljesítmény értékelésének lehetőségeiről értekezik. Már nemcsak az kérdés, hogy lehetséges-e számszerűsíthető mércét létrehozni, de az is, mennyire szükséges. Túl azon, hogy jó eséllyel kijátszható lenne, egyébként is befolyással volna a bírók magatartására, mert egymáshoz kezdenék el viszonyítani a teljesítményüket.

A Supreme Court különleges helyet foglal el az Egyesült Államok bíróságai között. Egyfelől a bírói hierarchia csúcsa, a végső jogorvoslati fórum. Másfelől viszont alkotmánybíróság is: dönt a jogszabályok alkotmányosságáról.

A kényszerítő tényezők súlya ismét megváltozik. A fellebbezés esélye nulla. A precedensek némileg kötik – igaz, ezeket felülírhatják. Ennél nagyobb annak a veszélye, hogy a Kongresszus törvény- vagy alkotmánymódosítás útján gyakorlatilag hatástalanítja a Supreme Court döntését. Kényszerként jelenhetnek meg a kongresszusi költségvetési bizottságok zaklatásai is. Végül adott az a lehetőség is, hogy olyan jelöltet állítsanak egy-egy megüresedett helyre, aki szembenáll a Supreme Court addigi (a törvényhozásnak nem tetsző) irányvonalával. Mindezek alapján kijelenthető, hogy a Supreme Court egy politikai bíróság. Látható ugyanakkor, hogy vele szemben is fennállnak korlátok.

6. A környezet megváltoztatása: az alkalmazás és a bér kérdései (*Altering the Environment: Tenure and Salary Issues*)

Bevezetésképpen Posner a szövetségi bírók élethosszig tartó és időszakos kinevezését veti össze (az előbbi van életben az Egyesült Államokban). Úgy látja, hogy a biztos munkahely miatt „ellustul” bírók kiszűrhetők lennének a határozott idejű alkalmazással. Ez utóbbi hátránya ugyanakkor az ún. „utolsó időszak” („*last period*”) problémája: a munkaviszony vége felé a dolgozó már nem koncentrálna annyira a munkájára, részben azért, mert nemsokára úgymint megszűnik, részben pedig azért, mert új munkáltatók felé „kacsingat”. A bírók gyakoribb váltakozása még jobban veszélyeztetné a jogbiztonságot is.

A Supreme Courtnál újabb szempont merül fel a határozott idejű megbízatás kapcsán: tekintettel arra, hogy ténylegesen egy politikai bíróságról van szó, az élethosszig való kinevezés antidemokratikus.

Érdekes összefüggésre (pontosabban annak hiányára) mutat Posner az öregedés és a szellemi kapacitás között. Azokkal szemben, akik az öregkori leépülésre hivatkozva kívánatosabbnak tartják a határozott idejű megbízatást, úgy érvel, hogy bizonyos kisszámú szakmákban az öregedés nem jár a szellemi képességek elsorvadásával. Ilyenek pl. a történelemtudomány, a teológia, az irodalomkritika – és ilyen a jog is. A szövetségi bírók többnyire nem mutatják a szellemi hanyatlás jeleit az öregedéssel.

Az Egyesült Államokban a bírói fizetés látványosan csekély más jogász szakmákhoz képest. Csak azok a bírók maradnak meg hosszú távon, akik tényleg élvezik a bírói tevékenység minden pillanatát. Ezzel szemben jó eséllyel hamar távoznak, akik már rendelkeznek megfelelő kiegészítő jövedelemmel, vagy egyszerűen csak nem szeretik úgy ezt a munkát. A bírói fizetések eme látványos elmaradása abból a szempontból jelenthet problémát, hogy a közsférában nem működnek azok a korrekciós mechanizmusok, amelyek a magánszektorban. Itt ha egy munkára nincs kereslet, a munkáltató megnöveli a béreket, elfogad kevésbé képzett munkásokat is, stb. Valahogy igazodik a körülményekhez. A közsférában ilyen rugalmasság nincs.

Tekintettel arra, hogy a bírói fizetés jogszabályban rögzített mértékű és állandó, az infláció veszélyt jelent rá. Ez egy bizonytalansági tényező a bírói szakmában, mert a jogalkotó csak több évtizedenként módosítja az értéktelenebbé váló összeget – igaz, olyankor számottevő mértékben.

A fent jelzett problémák ellenére a pályaelhagyás nem gyakori jelenség a bírók körében. Ennek az lehet az oka, hogy az 50 éves kor körül kinevezett bírók számára, ha mondjuk 60 éves korukra bele is fáradnak a szakmába, késő lesz már új hivatást keresni, miközben már csak öt év kell ahhoz, hogy csorbítatlan fizetés mellett visszavonulhassanak.

Aki pedig szeret bíró lenni, az élvezheti a hatalmat, a jog alakításának lehetőségét, a megbecsülést és azt, hogy ha akar, akkor még a nyugdíjkorhatár betöltését követően is éveket dolgozhat tovább.

A bírói munka több szabadidővel jár, mint a gyakorló ügyvédeké: azok a bírók, akik megfeszítve dolgoznak, elsősorban pusztán a munka öröméért teszik ezt. Így a szabadidő-orientált jogászok számára is vonzó lehet a bírói pálya.

A bírói fizetés túlzott emelése és túl alacsony szinten tartása egyaránt káros lehet. Az előbbi részben azért, mert így a bírói tisztségek újabb szétosztható pozíciókat jelentenek a politikai köröknek, emellett pedig újabb okot jelentene a szabadidő-orientált jogászoknak, hogy bírónak menjenek. A túl alacsony fizetés viszont azt vonhatja maga után, hogy az alulfizetett bíró – akár tudat alatt is – „bosszúból” gyengébb minőségű munkát végez.

7. A bírói módszer: a bíraskodásra ható belső kényszerek (*Judicial Method: Internal Constraints on Judging*)

Két jogkoncepció elkülönítésével kezdi Posner ezt a fejezetet. Az első a törvénykövetés ortodox tana, amit ő legalizmusnak nevez. A fejezet túlnyomó részét a legalizmushoz kötődő fejtegetések teszik ki; a fejezet végén lesz majd szó a másik koncepcióról, a pragmatizmusról. A legalizmus lényege, mint a korábbiakban többször láthattuk, a jogilag kötelező szövegek értelmezése és ezeknek a valóság tényeire való alkalmazása, az ún. szillogisztikus logika. A jog e felfogás szerint egy önálló jelenség, amely élesen elkülönül a politikától. A felfogás képviselőiként Posner Dworkint és különösen Scaliát nevezi meg.

A jogilag kötelező szövegek alapvetően kétféleképpen lehetnek: szabályok és standardek. A szabály jelenti a normák szigorúbb, kötöttebb, precízebben megfogalmazott válfaját, a standard ezzel szemben lazább megfogalmazású, szélesebben értelmezhető. A jogbiztonság iránti vonzódás miatt a legalisták jobban kedvelik a szabályokat. Végsősorán Posner is ezt a formát tartja megfelelőbbnek, néhány ponton azonban a standardek előnyeit is kihangsúlyozza. Ezek az előnyök éppen az új tények iránti fogékonyságot jelentik: a szabályok lefektetnek néhány releváns tény, a bizonyítás csak ezek körül forog. A homályosabb standardek ellenben nem alkalmaznak ilyen megkötéseket, és bármilyen, az ügy szempontjából fontos tényező felmutatható a bizonyítási eljárásban. A standardek követése, úgy mond, „könnyebb” is, mert jobban közelíthetők az emberek helyes magatartást illető megérzéseihez, nem állítanak merev, rendíthetetlen válaszfalat a „még jó” és a „már nem jó” közé. Ám minden fogyatékoság ellenére is gyakran célszerűbb a szabályok alkalmazása, különösen tiltó-korlátozó rendelkezések esetén. Könnyen belátható, hogy például a perindítási határidő vagy a sebességkorlátozás tekintetében nem hagyhatók homályban az állampolgárok. Ugyanakkor nem kívánatos egyik irányba való elhajlás sem.

A legalisták másik érvelési eszköze a precedensjogi analógia. Posner ennek elemzésére Lloyd Weinreb megfigyeléseit használja fel. Weinreb szerint az analógia a precedensjogi érvelés alapja. Ugyanakkor nem dedukció – ezzel Weinreb éppen a klasszikus legalisták lába alól húzza ki a talajt. Megállapítása egy másféle legalizmushoz vezet, amely nem egyenértékű a deduktív logikával, hanem olyan technikák sorát jelenti, amelyek segítségével a politikához való fordulás nélkül is döntésre lehet jutni, és a jog független marad a politikától, a társadalomtudományoktól és a következményeken orientálódástól.

A fentiek illusztrációjaként az *Adams v. New Jersey Steamboat Co.* eset szolgál. Apropóját az szolgáltatta, hogy egy gőzhajó utasát meglopták, amiért is kártérítést követelt a

hajót üzemeltető társaságtól. A bíróság előtt felmerült a kérdés, meddig terjed a felelősség. Az egyik lehetőség a teljeskörű kártérítés volt, mint a fogadótulajdonosok esetében. A másik a korlátozott felelősség, ami a vasúttársaságokat is terhelte. A bíróság az előbbi opció mellett döntött.

A döntés többféleképpen jellemezhető. Mondhatjuk, hogy a vasúttársaságra vonatkozó szabály kivétel a teljeskörű kártérítést előíró főszabály alól. Mondhatjuk, hogy mindhárom esetre egy standard vonatkozott: a szállást adó személy a lehető legnagyobb biztonságot köteles nyújtani ügyfelének (és a vasúttársaságnál a nehezebb kivitelezhetőség miatt ez a kötelezettség szűkebb körű). Azt is mondhatjuk, hogy kétféle szabály van: az egyik a gőzhajókra és fogadókra, a másik pedig a vasúti hálókocsokra érvényes. De akár azt is, hogy a precedensek elemzése nem más, mint szabályozási elvek keresése egy új kérdéshez. Akárhogy is van, a lényeg az, hogy az „analógia” kifejezés téves, mert a bíróság tulajdonképpen nem a hasonlóságot, hanem a különbségeket keresi, amelyek alapján az egyik döntési lehetőség elkülöníthető a másiktól. Ez az ún. „*distinguishing*” eljárás, ami sokkal inkább felfedezés: új szempontok feltárása a jogban, mint igazolás. Az „analógia” Weinreb szerint egy nem legalista, de objektív eljárás. Weinreb egyszerre ismeri el a politika jelenlétét (a lehetőségek közötti választást az is befolyásolja, hogy mit tartanak releváns tényezőnek az egyes esetekben), és zárja ki azt (a bírók „feladata nem az, hogy maguknak eldöntsék, mi a jog, hanem hogy kutassák, feltárják és alkalmazzák úgy, amint van”)²²

Természetesen az analógiákat is lehet következtetlenül alkalmazni. A *Buck v. Jewell-LaSalleRealty Co.* ügyben (1931) a Supreme Court úgy ítélte, hogy egy rádióon leadott jogvédett zenemű továbbítása elektromágneses hullámok útján egy hotel szobáiba egyenértékű azzal, mintha (ugyancsak jogvédett mű lejátszására) felbéreltek volna egy zenekart, így a „nyilvános előadás” kategóriájába esik, és jogdíjat kell utána fizetni. Később, 1968-ban, a *Fortnightly Corp. v. United Artists Television, Inc.* ügyben azt mondta ki a Supreme Court, hogy ha háztetőre szerelt antennával fognak kábeltévés adást (az adás ismét csak hullámok útján jut el az antennához, onnan pedig vezeték közvetíti a tévékészülékig), az csak az adás felerősítésének minősül, és nem kell jogdíjat fizetni utána.

Az analógia következtetlen alkalmazására példa két másik jogeset: az *Olmstead v. United States* (1928) és a *Katz v. United States* (1967) is. Mindkettő a telefonos lehallgatás megengedhetősége körül forgott. A Negyedik Alkotmánykiegészítés kimondja, hogy az emberek védve vannak az „indokolatlan motozástól” („*unreasonable searches*”). A első esetben a Supreme Court nem tartotta a „motozás” fogalma alá esőnek a lehallgatást, mert semmiféle fizikai érintkezés nem történik, a második esetben viszont már igen, itt a magánszféra („*privacy*”) megsértésén volt a hangsúly.²³

A hagyományos jogi érvelés utolsó példája az alkotmány- és jogszabályértelmezés. Ennek két módja a szigorú és a laza értelmezés. Ezek képviselőit a textualisták és az originalisták az egyik oldalon, a szándékkutató irányzat és az „élő Alkotmány” hívei pedig a másik oldalon.

A szigorú értelmezés követői tulajdonképpen a legalisták. A laza értelmezés követői a pragmatikusok, akik egyúttal az e fejezetben kifejtett második jogkonceptiót is képviselik. A pragmatikus az, aki a következmények alapján értelmez egy jogszabályt, szem előtt tartja a törvényhozó szándékát és igyekszik érvényre juttatni azt, korrigálva a szöveg fogyatékoságait, melyek a törvényhozó korlátozott ismereteinek szükségszerű folyamánnyai.

A szándékkutatással kapcsolatban merül fel az a legalista kritika, hogy a törvényhozó esetén nem beszélhetünk egységes szándékról, hiszen sok ember együttműködéséről van szó. Posner ezt hibás megközelítésnek tartja, és annak tagadásaként értékeli, hogy az embereknek lehet közös szándékuk. Kritikáját a következő hasonlattal érzékelteti: ha a tengerparton, a homokban kiolvasnánk egy felszólítást, de rájövünk, hogy csak a természet véletlenje folytán alakult ki, ostobaság volna követni (vagyis „szó szerint értelmezni”), hiszen nincs mögötte valódi akarat.

A pragmatizmus magában hordozhatja annak veszélyét, hogy a bíró túlságosan eltávolodik a jogszabály értelmétől, vagy nem észleli a káros következményeket. Ugyanakkor segítségére is lehet a törvényhozónak, mert jobban érvényre juttathatja akaratát, mint a szűklátókörűen szöveghez tapadó legalisták. Olykor a szó szerinti értelmezés is visszaüthet: képzeljük el azt a szituációt, hogy egy patikustól kérünk valamit, amitől jobban tudunk aludni, mire ő a kezünkbe nyom egy kötő kalapácsot.²⁴ A bírói törvényhozás talán nem demokratikus, de a törvényhozás akadályozása sem az – a legalizmus pedig olykor ehhez vezet.

Nehéz megtalálni a szigorú és a laza értelmezés megfelelő elosztását. Önmagában egyik sem jelent minden körülmények között helyes utat. Az biztos, hogy egy szöveghez tapadó értelmezést követve az Egyesült Államok jogrendszere más képet mutatna, mint napjainkban.²⁵

8. A bírák nem jogászprofesszorok (*Judges Are Not Law Professors*)

E helyütt taglalja Posner az egyetemi jogászprofesszorok és a bírók viszonyát. Az egyetemi jogi szféra kiváló értékelője és korlátozója lehetne a példátlanul független szövetségi bíróságoknak. A bírók adnak a hírnevükre, igyekeznek „jó bírók” lenni, elismerik a professzorok tudását és – függetlenségükénél fogva – sokféle döntésbefolyásoló impulzusra fogékonyak.

A valóságban azonban a professzorok alig vannak hatással a bírói magatartásra. Fontos kiemelni, hogy itt csak a bírói magatartásra való hatásról van szó, ettől függetlenül a tudományos munkák sokszor visszaköszönek a bírói ítéletekben – a könyv témája viszont a bírói viselkedés.

Két okra vezethető vissza ez a csekély befolyás. Az első, hogy bár számít a bírának, bizonyos emberek (pl. a saját kollégáik) mit gondolnak róluk, a professzorok pont nem tartoznak ebbe a körbe. A másik pedig az, hogy a professzorokat is elsősorban a Supreme Court bírónak magatartása érdekli – de őket, mint a bírósági csúcyszerv tagjait, a legkevésbé foglalkoztatja az, mit gondolnak róluk tudományos berkekben.

Ez a „bírói közöny” részben egy félreértésnek is betudható. A bírák és a jogtudósok munkakörülményei, kiválasztási mechanizmusai, motivációi, társadalmi szerepe sokban különbözik egymástól, a bírók pedig gyakran érzik úgy, néha nem is alaptalanul, hogy a jogtudósoknak nincs valódi rálátásuk a bírói tevékenységre. Az alábbiakban a két szakma lényegesebb eltéréseinek ismertetése következik.

A bíró sokféle jogterülethez tartozó ügyek tömegéről határoz nap mint nap. Mindegyikről van némi ismerete, de egyikbe sem szükséges mélyen beleásnia magát (hacsak nincsenek tudományos ambíciói is). Munkája határidőhöz van kötve. Határozatainak indoklásában – amely szellemi tevékenységének túlnyomó részét jelenti – nem köteles eredeti gondolatokat produkálnia. Megjelentetett publikációkat ugyan ki kell állítania időközönként (ezek főleg közzétett ítéletek), de jogi gyakornokai (*law clerk*jei) sokszor segítséget nyújtanak ezek előállításában. Az elé tárt érvek és bizonyítékok alapján egy irányba kell eldöntenie a felmerült kérdést.

Egy jogászprofesszornak ezzel szemben nem kell sok jogterületet ismernie, elég, ha a saját területén mélyreható ismeretekkel rendelkezik. Egzakt határidő nem köti (persze attól még a jogtudósi közösség nyomása, a *publish or perish* gyakorlata elegendő kényszert jelent a rendszeres alkotói tevékenységre). Tudományos munkásságában eredeti gondolatokkal, észrevételekkel kell gazdagítani a jogtudósi közösséget. Publikációs tevékenysége nincs számbeli minimumhoz kötve, de – azon túl, hogy a *publish or perish* miatt nemigen hanyagolhatja el azt – amit alkot, annak ő is kell legyen a tényleges szerzője. Elemzéseiben, bár értelemszerűen tesz megoldási javaslatot egy-egy problémára, nagy hangsúly van a lehetséges alternatívák objektív, kimerítő elemzésén és kritikáján (különösen a jogtudomány területén igaz

ez, ahol a tudományos tevékenység jelentős részét teszi ki más szerzők álláspontjának értékelése, kritikája).

Régen az elmélet és a gyakorlat közelebb állt egymáshoz az amerikai jogi életben. A professzorok (akik akkoriban bizonyos idejű gyakorlat után kerültek a katedrára) együtt munkálkodtak a bírókkal a nehezebb ügyek megoldásán, és komolyan vették a bírók megállapításait a jog kérdéseivel kapcsolatban. A bírók voltak a jogász szakma legkiválóbbjai. A 20. században két tényező hatására ez az állapot megváltozott. Az egyik a társadalomtudományok kritikája volt, miszerint ez a modell konkrét társadalmi célokat a jog elé, és nem méri ezekhez a jogelveket. A másik a kritikai jogi irányzat megjelenése volt, amely szerint a hagyományos modell arra szolgál, hogy az uralkodó csoportok szempontjai ivódjanak be a jogászokba és ezeknek megfelelő döntéseket hozzanak. E két tényező hatására megcsappant az érdeklődés a régi szellemű jogtudósok irányába. A jogtudomány elkerülhetetlenül átszövődött más tudományágakból származó ismeretekkel. Az új típusú professzorok színre lépésével azonban keletkezett egy új a gyakorlatban: miután a precedensrendszerben a jogot nem tételezik, hanem levezetik, a szabályanyag nem áll össze egységes kódexszé. A bírók nem végzik el ezt a feladatot, ők a döntést hozzák meg, viszont a professzorok sem, mert szellemileg nem jelent nagy kihívást – pedig szükség volna rá.

A későbbiekben Posner bírálata alá veszi különböző szerzők – jogászprofesszorok – egyes téves megállapításait a bírók tevékenységével kapcsolatban. Kritikusan idézi Michael Dorf alkotmányjogászt, aki a Supreme Court bíraira átlagos, szakmabeli bíróként tekintett, ahelyett, hogy – a valóságnak jobban megfelelő módon – jogalkotóként tekintett volna rájuk. Ennek kapcsán sürgeti több politikatudós alkalmazását is a jogi karokon. Kritika alá vonja Duncan Kennedy okfejtését is, aki a sztrájkoló munkások ellen szóló törvény és a szociális érzékenység között vergődő bíró helyzetét vázolta fel. Posner erre azzal felel, hogy a bíró feladata a jog érvényre juttatása. Aki nem talál örömet a jog érvényre juttatásában, abból vagy nem lesz bíró, vagy nem lesz boldog bíró. Ha mégis úgy hajlít egy jogszabályt, hogy elkerüljön egy nemkívánatos következményt, akkor úgy is érzi, hogy az adott szabály valójában nem ennek a következménynek a kikényszerítésére irányul. Adrian Vermeule követelésére, miszerint a bírónak végletes következetességgel kell igazodniuk a jogszabályok szövegéhez, azzal felel, hogy még Antonin Scalia, a Supreme Court híresen textualista bírója is elfogadja, hogy nem szükséges abszurdításokba menően követni mindazt, amit a jog előír. Érzékeltetésképpen Posner a gyermekpornográfia tartalmazó képek tárolását tiltó és büntető szabályokra hivatkozik: ha szó szerint értelmeznék őket, akkor azokat a nyomozókat is el kéne ítélni, akik a nyomozás céljából tartanak maguknál ilyesmit.

Általánosan nézve: a jogtudósoknak nem mindig sikerül „megütniük a megfelelő hangot”, ha a bírók magatartását befolyásolni kívánják. Így például az ember nem sok eredményt ér el, ha úgy kezeli őket, mint akik olyan ostobák, hogy nem tudják kezelni a jogi formulákat, és ezért minden esetben a betű szerinti értelmezésre kell szorítkozniuk. Aki valóban befolyásolni kívánja a bírók viselkedését, annak a saját érdekükön keresztül kell megközelítenie őket, vagy azokat az intézményeket kell célba vennie, amelyek a bírói tevékenységet is meghatározzák.

Az egyetemi professzoroknak kevés fogalmuk van a bírói döntés megszületésének módjáról is, ami a jogi oktatás kárára megy, mivel a döntések elemzésénél túlságosan előtérbe helyezik a formális alapokat, a legalista felfogást, az egyéb tényezők pedig háttérben maradnak.²⁶

Az ügyvédeknek is tanácsos tudni, hogyan érdemes a bíró akaratát hajlítani. A bírónak kevés ideje van az egyes ügyekre, nem sokat tud a körülményekről. Az ügyvéd jól teszi, ha ebben partnerként működik közre, és információt szolgáltat. Nem jó, ha azt feltételezi, hogy a bíró is ugyanannyit tud, mint ő maga. Szintén nagy hiba lehet azt hangsúlyozni, hogy a bírót köti egy-egy precedens, és nem dönthet másképp. Ezzel szemben célszerűbb a jogszabály

céljára helyezni a hangsúlyt, és arra, hogy az előmozdítani kívánt döntés miképpen játszhat szerepet ennek megvalósításában. Emellett ki kell mutatni azt is, hogy ez a döntés nem sérti a már fennálló jogot. Jó lenne, ha a jogi oktatás is szem előtt tartaná ezeket a gyakorlati szempontokat.

A bírósági vélemények keletkezésénél nem hagyható figyelmen kívül a jogi gyakornokok szerepe. Manapság igen elterjedt, hogy ezeket a véleményeket a gyakornokok fogalmazzák meg. Ez azt a következményt is maga után vonja, hogy ezekből a véleményekből jobban tükröződik a legalista szemlélet – tekintve, hogy olyanok írták, akik nemrég kapták kézhez a diplomáikat, és erősen él bennük ez a beléjük nevelt szellem.

A fejezet zárásaként, az elmélet és a gyakorlat eltávolodásának intő példajaként, Posner beszámol egy friss jogesetről és a hozzá kapcsolódó jogtudósi felhajtásról.

Az ügy a *Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc.*, és 2006-ban hozott benne végső döntést a Supreme Court. Lényege a következő.

Az Egyesült Államokban a homoszexualitás sokáig tiltott volt a katonaságnál. Enyhítésként 1993-ban a Clinton-kormányzat bevezette a „nem kérdezzük, ne meséld el” („*don't ask, don't tell*”)²⁷ elvet: a homoszexualitás ténye önmagában nem kizáró ok, ha azonban ilyen megnyilvánulást tesznek, kizárhatók a seregből.

A jogi egyetemek többsége már az 1970-es évektől hevesen ellenezte ezt a megkülönböztetést. Hozzáállásukon a „*don't ask, don't tell*” gyakorlata mit sem változtatott. Tiltakozásuk jeléül minden, a homoszexuálisokat diszkrimináló munkáltatótól megtagadták a segítséget, hogy részt vehessenek a rendszeresen megtartott egyetemi állásbörzéken. Nem kitiltásról volt szó, hanem az együttműködés megtagadásáról, és ez nem a hadsereg képviselői ellen irányult, hanem minden, a homoszexuálisokat diszkrimináló munkáltató ellen.

A Kongresszus nem hagyta válasz nélkül ezt a lépést: törvénybe iktatta a Salamon Kiegészítés (*Salomon Amendment*)²⁸ néven ismert törvényt, amelynek értelmében meg kell tagadni az állami támogatásokat minden olyan felsőoktatási intézménytől, amelynek bármely részlege elzárja a hadsereg előtt a hallgatók közt való toborzás lehetőségét, ha az egyébként más munkáltatónak megengedett.

A jogi karok és professzoraik egy csoportja erre reagálva létrehozta az Egyetemi és Intézményi Jogok Fórumát (*Forum for Academic and Institutional Rights, FAIR*), és alkotmányos alapon megtámadták a jogszabályt. Szerintük alkotmányellenes olyan feltételekhez kötni az állami pénzjuttatásokat, amelyeknek úgy lehet megfelelni, hogy elnémítják a homoszexuálisokkal szembeni diszkrimináció miatti ellenérzést. Emellett a Harvard professzorai benyújtottak egy *amicus curiae* levelet is. Eszerint az együttműködés megtagadása nem sérti a Salamon Kiegészítést. A FAIR vesztett elsőfokon, győzött másodfokon, végül újra vesztett a Supreme Court előtt. Ez utóbbi döntésének szembeszökő különlegessége, hogy 8 bíró szavazott egyhangúlag, a kilencedik pedig tartózkodott.

A Supreme Court nem fogadta el a FAIR és az *amicus curiae* levél érvelését. Szerinte a FAIR javára való döntéssel a Kongresszus által hozott jogszabály teljesen értelmét vesztené és nem tudná betölteni a célt, amiért létrehozták. Az Alkotmánynak is megfelel, hiszen nem tiltja el az egyetemeket attól, hogy véleményt nyilvánítsanak, és nem is kötelezi őket egy adott vélemény bensővé tételére. A megfogalmazott levelek és kérelmek nem alkalmasak a bíróság meggyőzésére, gyenge a meggyőzőerejük és hiányzik belőlük a konstruktív tartalom. Annál inkább problémás az is, hogy a Harvard professzorainak *amicus curiae* levelét egy jogi cég készítette. Az eset komoly tanulságokkal szolgál az elmélet és a gyakorlat éles elkülönültségére.

9. Elkerülhetetlen-e a pragmatikus bíraskodás? (*Is Pragmatic Adjudication Inescapable?*)

Kissé meglepő a kérdésfeltevés, hisz tulajdonképpen erről szól az egész könyv: a pragmatizmus és legalizmus mint gyakorlati jogkonceptiók összevetéséről és azokról a körülményekről, amelyek a pragmatikus ítélkezés irányába tolják a bírót.

A pragmatizmus mint filozófiai irányzat három ember: Charles Sanders Peirce, William James és John Dewey szüleménye, de Arisztoteléstől kezdve Hume-on át Hegelig és Nietzscheig megfigyelhetők az előzményei. Lényege, hogy elveti a deduktív gondolkodást, a világ a priori posztulátumokkal való magyarázatát, helyette az állítások valóságtartalmát tapasztalat útján tartja igazolhatónak. Az irányzat Dewey halálával elhalványult, és csak később, a 20. század végére vált valódi, öntudatos, más felfogásokkal érdemben vitatkozó irányzattá.

A jogi pragmatizmus, a filozófiaihoz hasonlóan, elvetette a „visszafele tekintést” a jogalkalmazásban, és az „előre tekintést”, a következmények figyelembevételét hirdette. Ahogy egyik legkiválóbb képviselője, az ifjabb Oliver Wendell Holmes is vallotta: „A jog lényege soha nem a logika volt, hanem a tapasztalat.”²⁹ A jogi pragmatizmus sosem merült annyira feledésbe, mint a filozófiai, mindig jelentős befolyást gyakorolt az amerikai jogi életre.

Annak ellenére, hogy a filozófiai és a jogi pragmatizmus egyidőben jelent meg, nem állítható, hogy egymásból is fakadnak. A jogi pragmatizmus kiváltó okai ugyanis nem filozófiai belátások, hanem gyakorlati problémák voltak: az amerikai jogszabályok mindig is szükségzavúak voltak, kiegészítésre szorultak. A 19. századra bizonytalanná vált, mi is a common law forrása, ha már nem a leghatározottabb természetjog, és nem is a bírák által adaptált ősi szokás?

A válasz a politika volt. Természetesen a fogalom a lehető legtágabban értendő, és semmiképp sem szorítható a szűken vett pártpolitikai korlátok közé. Egy politikailag-erkölcsileg homogén társadalomban ez kevésbé vitatható, és a bíróságok átpolitizált volta föl sem tűnik. Ha a bíró hivatali tevékenysége során elítélően nyilatkozik a kannibalizmusról vagy a gyerekgyilkosságról, még ma sem érezzük úgy, hogy „ez csak egy a sok politikai vélemény közül.” A heterogénebb társadalmakban komplikáltabb a helyzet. Az ún. proceduralista irányzat szerint az egymással vitatkozó nézetek számára semleges terepet jelent a bírósági tárgyalóterem, a vita eldöntésére pedig a bíró semleges elveket hív segítségül.

A jogi pragmatizmus nem egyenértékű a rövidlátó, ad hoc jellegű ítélkezéssel, mint azt kritikusai állítják. A dolgát értő pragmatikus bíró nem a felek rövid távú érdekeit, az őket személyesen érintő következményeket (az ügyek „méltányossági” részét) tartja szem előtt, hanem az átfogó, hosszú távú érdekekre fókuszál. Ha több érdek konkurál, akkor jó eséllyel annak a javára dönt a bíró, amelyik kevesebb ráfordítással vagy nagyobb haszonnal jár. Természetesen nem mindig található meg a legjobb megoldás, de gyakran közelíthető. A gazdasági szemléletű megközelítés a jog számos területén általánosan elismert módszernek számít.

Fentebb esett már szó arról, hogy nincsen tisztán legalista vagy tisztán pragmatikus hozzáállás. A pragmatikusok a legalista szemléletet is felveszik az eszköztárukba, ha épp arra van szükség. Ennek egy példája az, amikor aprólékosan betartják azokat az eljárási rendelkezéseket, amelyek megakadályozzák az érdemi döntés meghozatalát (pl. hatásköri szabályok, határidők). Ennek célja, hogy késleltessék a bírói döntést, teret hagyva ezáltal a „társadalmi kísérletezésnek.” Egy másik hasonló fogásuk, hogy egy újabb jogelv, jogszabály esetén csak kevés bizonyíték alapján döntenek. Így a későbbi jogeseteknél szabadabb terük marad a körülmények aprólékosabb mérlegelésére, a látszólag hasonló esetek elválasztására.

Természetesen a pragmatizmus azzal jár, hogy kevésbé kiszámíthatóvá válnak a bírói döntések. Minden bíró különbözik, így nemcsak hogy eltérő következményeket tartanak kívánatosnak, de egyező körülményekből eltérő következményeket is jósolnak. Igazából ez nem is lehet másképp, hiszen a megfelelő mennyiségű bizonyíték hiányában, a határidők szorításában a bírók kénytelenek személyi-politikai hátterük igénybevételével ésszerű döntést hozni.

A pragmatizmust kritizálják erkölcsi relativizmusa miatt is, minthogy nem állít fel abszolút mércéket, nem tart szem előtt objektív értékeket. Ha megvizsgáljuk a manapság dúló vitát a szabadságjogok korlátozásának megengedhetősége körül a nemzetbiztonság javára, valóban azt látjuk, hogy a pragmatizmus alapján ez utóbbiak bármeddig korlátozhatók. Szilárd védelmet csak akkor élvezhetnek, ha egy alkotmánykiegészítésbe foglalják abszolút sérthetlenségüket. Egy ilyen rendelkezés viszont éppen azt gátolja meg, hogy az állam egy olyan fenyegetésre reagáljon, ami az Alkotmány megfogalmazásakor még ismeretlen volt, és senki nem látta előre. Ráadásul a legalizmus eszköztára legalább olyan hatékony eszközöket szolgáltat a szabadságjogok korlátozására, mint a pragmatizmus. Az Alkotmány és kiegészítései hemzsegek az ellentmondásoktól, és bármikor elővehető egy olyan szövegrész, amely a szabadságjogok ellen szólhat (pl. a második cikkely, amely az elnökre ruhazza többek között a jogszabályok érvényre juttatásának kötelezettségét).

Az erkölcsi relativizmus különösen amiatt aggasztja a kritikusokat, mert a bírák emberek sorsa, nem egyszer élete-halála fölött döntenek, és nincs megfelelő garancia arra nézve, hogy valóban helyesen döntenek. Erre egyrészt az felelhető, hogy a pragmatikus bírók – tudatában felelőségüknek –, amennyire kitelik tőlük, igyekeznek helyesen dönteni. Másrészt viszont a kritikusok sem tudnak megfelelő biztosítékot nyújtani.

Aggodalomra adhat okot, hogy a jog képlékenységének ismeretében a jogászok és joghallgatók kevesebb figyelmet fordítanak a tételes joganyagra. Ez természetesen nem így van. Ha az ember túl akar lépni a jogon, ismernie is kell azt – ez minden joggal foglalkozó személyre áll. Igaz, Posner nem mond konkrét javaslatot ennek az intellektuális hanyagságnak az elkerülésére.

Fontos kritika annak lehetősége, hogy a mérlegelési szabadságtól és hatalomtól mámoros bírók önkényesen és felelőtlenül döntenek. Ez nem igaz. A mérlegelési szabadság és felelőség tudata megfontoltabbá teszi a bírót. Sokkal felelőtlenebb az, aki álszent módon, a törvényszöveg mögé bújva juttatja érvényre a saját elképzeléseit, lerázva magáról minden felelőséget a következmények tekintetében. A felelőtlen és önkényesség ellen szól még, hogy a bíró is képes az elfogulatlan mérlegelésre, semmivel sem kevésbé, mint az „igazi” törvényhozók, valamint, minden függetlenség ellenére, a kötelesség elhanyagolása igenis szankciókkal jár, a szélsőségeket pedig az előzetes meghallgatásokon kiszűrjük.

De még ha nem is állnának meg a fent felsorolt érvek, az Egyesült Államokban jelenleg nincs alternatívája a pragmatikus bíráskodásnak. Számos tényező támasztja alá ezt a megállapítást: az Alkotmány bírói érvényesíthetősége, a jogszabályok elégtelen szövegezése, a jogalkotás nehézkessége, a „fékek és egyensúlyok” rendszere, a jogrend összetettsége (szövetségi és tagállami szintű jogalkotás), a bírák sokszínűsége és a politikához való kötődésük (vannak jó páran, akik politikai kapcsolatoknak köszönhetik hivatalukat). Ide sorolható a jogi szakmák közötti átjárhatóság és a „külsős” tudományok hatása – mindkettő új nézőpontokkal gazdagítja a bírói kart.

A bírói réteg heterogenitása korlátozza a csoportpolarizációt, és jobban hozzákapcsolja a jogot a tartós közvéleményhez. Hátrányként jelenik meg azonban a fokozottabb jogbizonytalanság.

Egy sor deklaráltan vagy immanensen pragmatikus bíró bíráskodásról alkotott véleményének bemutatása után – melyek minden tekintetben alátámasztják Posner nézeteit – Posner annak elemzésére tér rá, milyen lehetőségei vannak a pragmatikus bíráskodásnak az Egyesült Államokon kívül, közelebbről a kontinentális Európa országaiban. Több okból arra a megállapításra jut, hogy itt kevésbé férne meg ez a fajta jogszemlélet. Az európai országok bírósági szervezetei bürokratikusak. A bírók jogszemléletének jellemzésére a legalizmus a legmegfelelőbb. A kormányzat centralizált, a parlamentáris törvényhozás hatékonyabb, a jogszabályok egyértelműbbek és kevesebb az ellentmondás bennük. A bírók jogági

szakosodása elősegíti az egységesebb döntéshozatalt és a jogági elvek saját területükön való érvényesülését.

Az eddigi fejtegetésekből tehát az derül ki, hogy minden kritika ellenére az Egyesült Államok jelenlegi berendezkedésének a pragmatikus bíráskodási forma felel meg leginkább. A jogalkotás menete és terjedelme igényli a bírók segítő közreműködését, a bírói réteg sokszínűsége pedig változatos szempontokat visz az ítélkezésbe, és segít a döntések „életközelségben” tartásához. Ezt erősíti a bírók idősebb korban való alkalmazása is, mivel az addig felhalmozott szakmai és személyes tapasztalatok érettebb döntések meghozatalát teszi lehetővé – szemben az európai karrierbírókkal, akik fiatalabban kezdik meg a pályát és hajlamosabbak az analitikai gondolkodásra. A változatosság azonban a jobbizonytalanságot is növeli, és az amerikai bírói karnak meg kell találni azt a szintet, amelynél még nem annyira heterogén, hogy a kiszámíthatatlanság elviselhetetlen mértékűvé váljon, de nem is annyira homogén, hogy sok hasznos szempont kívül reked a látókörén.

III. A Supreme Court bírái (*Justices*)

10. A Supreme Court egy politikai bíróság (*The Supreme Court Is a Political Court*)

Az eddigi fejezetekben Posner a szövetségi bírókat általánosságban érintő kérdéseket tárgyalta, a Supreme Court csak ebben a vonatkozásban – mint az Egyesült Államok szövetségi bírósági rendszerének csúcsszerve – került szóba. Az utolsó részt viszont teljes egészében ennek az egyedülálló testületnek szenteli.

Ennek első – a könyvnek tizedik – fejezete határozott címmel indít. A Supreme Court speciális, a többi bírósággal össze nem vethető minősége az említés szintjén már korábban is fölmerült. Ebben a fejezetben kerül sor a miértek elemzésére.

A Supreme Court nem egyszerűen egy újabb bíróság, ahova a vesztes vagy magukat vesztesnek érző felek jogorvoslatért folyamodnak, és amely kijavítja az első- és másodfok esetleges tévedéseit. Nemcsak döntéseinek az egész országra kiterjedő hordereje, de a beérkező beadványok mennyisége is lehetetlenné teszi ezt a funkciót. Ez a mennyiség a 20. század közepétől a 21. század elejéig látványosan megsokszorozódott, a Supreme Court taglétszáma azonban nem követte ezt a tendenciát, mi több, az érdemben elbírált ügyek száma is csökken valamelyest, arányuk pedig jelentős mértékben eltörpült az elutasítottakéhoz képest. E tény gyökeresen más mederbe tereli tevékenységét. Mivel nincs rá kapacitása, hogy minden, átfogó jelentőség nélküli, csak a feleknek fontos ügyön átrágha magát, szelektálnia kell. És azokat az ügyeket válogatja ki, amelyek első ránézésre átfogó jelentőségű jogkérdésekkel is kecsegtetnek, és remélhető, hogy eldöntésük jövőbeli ügyek százaiban nyújt majd eligazítást.³⁰

A Supreme Court elé került és elbírált ügyek megcsappant aránya erősíti azt a nézetet, hogy csak alkotmányossági eseteket dönt el. Ez azonban így nem igaz. Számottevő ugyan az ilyen ügyek aránya, de az 50 %-ot nem éri el. Mi több, az 1960-70-es évekhez képest kevesebb is a számuk. Tény ugyanakkor, hogy ezek kapják a legnagyobb visszhangot a közvéleményben, és osztják meg mind a közvéleményt, mint magukat a bírákat. Legalábbis a vélemények ezt igazolják. Az alkotmányossági ügyek aránya 2004-ben 38 % volt, a csatolt véleményeké (párhuzamos és különvéleményeké egyaránt) ehhez képest 44 %.

Mindenesetre tény, hogy az Alkotmány értelmezése egyrészt nagyobb mozgásteret és hatalmat a Supreme Court bíráinak, másrészt az elfogulatlan-analitikus elemzés nem is mindig nyújt nekik kellő segítséget. Az Alkotmányt évszázadokkal korábban írták egészen más társadalmi körülményekre. A törvényhozás útján való módosítása nemcsak hogy nehézkes, de nem is tehető meg cizellált szöveg beillesztése, hiszen az lemerevítene. Másrészt az

alkotmányos rendelkezések olyan alapvető kérdéseket érintenek, amelyeknél az elfogulatlan elemzés nem vezet kétséget kizáró eredményre.

A Supreme Court-ot nem tarja kordában egy fölötte álló fellebbviteli fórum. A hagyományos bírakat kötő kényszerek itt jóval kisebb határfokban működnek. A jogalkotó viszont, ha akarja, megteheti, hogy törvényhozás útján elgáncsolja a Supreme Court döntését. A közvélemény hatása viszont – a döntések jelentősége és a bírák figyelem középpontjába való helyeződése okán – erősebb a többi bíróhoz képest.

A Supreme Court természetesen felülírhatja saját döntéseit. Ez történt a *Roper v. Simmons* ügyben is 2005-ben, amikor úgy határozott, hogy a 18 éven aluli személyek kivégzése alkotmányellenes, szembefordulva egy korábbi határozattal, amit 1989-ben hozott (*Stanford v. Kentucky*). A döntő érv az volt, hogy az Alkotmány rendelkezéseit nem a megalkotás, hanem az alkalmazás korának mércéihez kell mérni.

De azt is megteheti a Supreme Court, hogy köti magát a saját precedenseihez, azt a látszatot keltve ezzel az emberekben, hogy elfogulatlan és szabálytisztelő. Ilyenkor jobb meggyőződése ellenére is úgy dönt, ahogyan nem tenné, ha ő volna a törvényhozó. És van olyan eset is, amikor kifejezetten az motiválja, hogy miképpen döntene, ha kongresszusi törvényhozó volna. A *Brown v. Board of Education* ügy ennek tipikus példája: az alkotmányszöveg minden további nélkül megengedte a „*separate but equal*” doktrínájának érvényesülését, vagyis a feketék intézményes elkülönítését deklarált jogegyenlőségük mellett. A Supreme Court úgy látta, a jogegyenlőség nem tud megfelelően érvényesülni emiatt a szegregáció miatt, ezért, túllépve a szöveg szerinti értelmezés kereteit, az elkülönítés felszámolása mellett tört lándzsát.

Nem elhanyagolható a jogi gyakornokok szerepe sem. Számuk és munkájuk minősége az utóbbi években egyaránt emelkedett, és ma már egy főbíró „anélkül, hogy megemelné a tollát vagy hozzáérne a számítógép billentyűzetéhez, pusztán azáltal, hogy füttyent egyet a gyakornokainak, biztos lehet abban, hogy olyan szakmai magabiztossággal védheti meg a neki tetsző álláspontot, hogy sakkban tartsa kritikusat.”³¹

Tevékenységük elkerülhetetlen politikai karakteréhez alapvetően kétféle módon viszonyulnak a Supreme Court bírái. Az első típusú hozzáállás az ezzel való tudatos azonosulás, és úgy hozni a döntéseket, mint a törvényhozó (ez az ún. „bírói aktivizmus”). A másik az, amikor a bíró igen magas feltételeket teljesülése esetén hajlandó beleszólni egy másik hatalmi ág munkájába („bírói önkorlátozás”). A bírói aktivizmusnak megkülönböztethetjük a hagyományos értelmét, vagyis a más hatalmi ágak rovására történő bírói „túlterjeszkedést”, és egy másik értelmét, mely szerint a bíró a legalista döntéssel visszaadja a ráruházott hatalom nagy részét a törvényhozónak. Ám még ez az utóbbi sem jelenti feltétlenül a bírói hatalom korlátozását a többi hatalmi ággal szemben: gondoljunk csak arra, milyen drasztikus hatással bírna pl. a fegyverviselési vagy szólásszabadsági rendelkezések szó szerinti, következetes betartatásának (sokkal nehezebbé válna a bűnözés visszaszorítása vagy az államtitkok megőrzése).

A bírói önkorlátozás nem annyira legalista, mint inkább pragmatikus. E felfogás szem előtt tartásával érvényesülhet az az elv, hogy teret kell adni a „társadalmi kísérletezésnek.” Vagyis a bíró ilyenkor is politikusi szerepben van, de sokkal visszafogottabb.

A bírói önkorlátozás is kétféleképpen értelmezhető. Az egyik lehetőséget James Thayer adja, aki szerint csakis akkor lehet alkotmányellenesség címén megsemmisíteni egy törvényt, ha semmilyen alkotmányos értelmezés nem adható neki. Holmes ezzel szemben akkor is megengedhetőnek tartja a megsemmisítést, ha a törvény abszurd következményekhez vezetne. Példaként Posner a *Griswold v. Connecticut* ügyet említi (1965). Connecticut államban élt egy törvény, amely a fogamzásgátlás minden formáját tiltotta az óvszeren kívül. A thayeri álláspontot követve arra juthatnánk, hogy a törvény ésszerű kételyek között nem alkotmányellenes. Holmes nyomán viszont, a törvény abszurd és felemás következményeire

tekintettel, megállapítható lenne az alkotmányellenesség. (A Supreme Court megsemmisítette a törvényt.)

A Supreme Court sokszor agresszíven keresztülhúzza a jogalkotó számításait. Ha bírái beismernék maguknak tevékenységük alapvetően szubjektív, politikai természetét, ez talán nem így volna. Ez azonban nem várható. Ha meg is történe, egy nyugtalanító pszichológiai szakadék keletkezne a bírói munka hivatalos elfogása és aközött, amit a bíró valóban tesz. Ez megkérdőjelezi a bíró döntésének helyességét, márpedig a bírónak szüksége van arra, hogy érezze, helyesen döntött, és nem pusztán személyes preferenciák vezették.

Posner élesen kritizálja Henry Hart elképzeléseit a Supreme Court tevékenységéről. Hart egyfajta ideális, hiperracionális szervként ábrázolja a Supreme Court-ot, amely mindig társadalmilag előremutató, progresszív döntéseket hoz. Posner szerint ez a felfogás megint csak a bírói tevékenységről való tudatlanságból fakad. Nem igaz, hogy a főbírók idejének számottevő részét a bírói vélemények írása teszi ki. Régebben is sokszor volt rá példa, ma pedig kifejezetten elterjedt, hogy ezeket a jogi gyakornokok írják. Az is tévedés, hogy alaposan átolvassák az általuk elbírált ügyek teljes dokumentációját. Ezt nem teszik meg, legtöbbször csak az alacsonyabb fokú bírósági véleményekre támaszkodnak az ügy megismerésében. Nem volt tekintettel Hart a főbírók emberi korlátaira sem, és egyes vélemények közepszerűségét azzal magyarázta, hogy a munkateher miatt kevés idő jutott alaposabb kidolgozásukra. Ezt a vélekedését cáfolja a tény, hogy a 20. század közepéhez képest a 2000-es évek elejére csökkent az elbírált ügyek száma, és ez a csökkenés nem hozta magával az indoklások, vélemények hosszának növekedését. Hibás a gondolat azért is, mert helytelenül képzelel el a Supreme Court-on belüli vitafolyamatokat. Azt feltételezi, hogy a bírák egymás között nyugodt, érett, praktikus vitákat folytatnak, így az alapos döntéshez csak idő kell. Am ez valójában csak bizonyos közös kiinduló premisszák megléte esetén elképzelhető. Ezzel szemben a különböző bírók gyakran teljesen különböző premisszákból indulnak ki. Pl. egyikük a bűncselekmény áldozatával azonosul, a másik a vádlottal, akit esetleg ártatlanul vittek be. Egyikük a szexuális zaklatás rejtett formáitól tart, és azoknak is elejét akarja venni, a másik azokat félti, akiket ártatlanul vádolnak meg szexuális zaklatással. És így tovább. Ezeket a különbségeket a hosszabb vitaidő nem oldja meg. Ráadásul döntéshozatalkor is csak kevés interakció folyik közöttük.

A „Supreme Court mint progresszív bíróság” elképzelés tehát nem állja meg a helyét Posner kritikájában, és ez annak tudható be, hogy a bírók tevékenységét illetően teljesen téves előfeltételeken alapult. Abban viszont igaza volt Hartnak, hogy a Supreme Court intézményi környezete nagymértékben befolyásolja annak jogalkotói termékeit, működését.

A Supreme Court bírái, stabilabb életkörülményeik folytán, megengedhetik maguknak, hogy ne merüljenek el az indulatos pártpolitikai partizánharcok forgatagában. Természetesen ez nem azt jelenti, hogy mindenestül kivonják magukat a politikából – a pártpolitika indulatos kitöréseiben azonban felül tudnak emelkedni, és ezáltal egy megfontoltabb, távolságtartóbb képet nyújtanak magukról.

Ezt a kedvező képet azonban ellensúlyozza, hogy a főbírók a társadalom jóval szűkebb rétegeit képviselik. Általában vagyonos társadalmi osztályokból jutnak el idáig emberek. Sok olyan információval nem rendelkeznek, amelyek megszerzése választott „kollégáik” rutinfeladatai közé tartozik. Kisebb és kevésbé specializált személyzet áll rendelkezésükre, és mint jogászok, bizonyos szakmai előítéletek torzíthatják ítéleteiket. A nagy változások megvalósításához sem áll rendelkezésükre megfelelő eszköztár. A *Brown*-döntéstől még nem szűnt meg maga a szegregációs gyakorlat. A büntetőügyek vádlottai számára biztosított eljárási jogok hatására talán kevesebb ártatlant ítélték el, de akiket elítéltek, azoknak súlyosabb büntetés jutott, mert a törvényhozó ellensúlyozásképpen megszigorította a büntetés kiszabási feltételeket. Ezek és hasonló példák jelzik a Supreme Court mint jogalkotó testület korlátozottságát – annak fenntartásával, hogy, mint a fentiekből kitűnhet, messze túlzó és egyoldalú lenne azt állítani, hogy a három hatalmi ág közül a bírói hatalom a leggyengébb.

A Supreme Court-ról alkotott másik elmélet az „erkölcs élharcosa” elmélet, prominens hirdetője Alexander Bickel. Posner szerint ez a felfogás nem több, mint rokona a Supreme Court-ot politikai szervnek tekintő felfogásnak, hirdetői azonban nem így látják, így Posner alaposabban görcső alá veszi ezt a szemléletet is.

Bickel kiinduló tétele az, hogy a jogszabályokat általánosságban, mindenkire kiterjedő hatállyal kell alkalmazni, nem személyekre szabottan, így elkerülhető, hogy a bírók önkényesen „válogassanak” a felek között, és alaptalanul döntsenek a nekik tetsző fél javára. A jogalkotó tevékenység során a Supreme Court-nak párbeszédet kéne folytatnia a többi jogalkotó szervvel, és csak korlátozott mértékben kéne hatályon kívül helyeznie jogszabályokat.

A *Griswold v. Connecticut* ügyben Bicker azt a megoldást látta optimálisnak, hogy a Supreme Court azért helyezze hatályon kívül a fogamzásgátlást tiltó rendelkezést, mert a gyakorlatban úgysem érvényesítik. Az állam megtehetné, hogy új jogszabályt alkot hasonló tartalommal, de mivel az több bonyodalommal járna, mint úgy hagyni az egészet, ahogy van, ezért várhatóan nem fogja megalkotni. Így Bickel célja – az abszurd jogszabály eltörlése – az állam és a bíróság közti konfrontáció nélkül teljesülhet.

A Supreme Court e szerint az elmélet szerint egy, a „rendesnél” sokkal felvilágosultabb jogalkotó, amely meghatározza a kormányzat erkölcsi céljait. Ha ezekkel a célokkal az emberek nem értenek egyet, a bíróság nem erőlteti tovább, hanem előbb meggyőzi őket annak helyességéről.

Anthony Kennedy főbíró egy bírósági véleménye hasonló felfogást tükröz: „[Meg kell értened], hogy lehetőség van az ország jövőjének alakítására. [Az Alkotmány szerkesztői] azt akarják, hogy alakítsd az ország sorsát.”³² Kennedy véleménye már természetjogi beütést sejtet, főleg annak ismeretében, hogy az „erkölcsi élharcosság” jegyében idegen szerzőktől is idéz.

Az egyszerre politikai és pragmatikus döntések egy példája a *Zelman v. Simmons-Harris* ügy. Ennek apropója az volt, hogy a kormányzat – a magániskolák közötti verseny fokozása, ezáltal az oktatás minőségét javító beruházások inspirálása céljából – utalványokat állított ki szülők részére, akik ebből magániskolába járathatták a gyerekeiket. Az ügy politikai oldala az volt, hogy akkoriban (a döntés 2002-es) a magániskolák túlnyomó többsége katolikus volt, és sokan a vallás burkolt állami támogatásaként értékelték az utalványrendszert – az állam és egyház szétválasztása pedig egy klasszikus törésvonalat jelent a demokraták és a republikánusok között. A bíróság döntését Posner jó pragmatikus döntésként értékelte: fenntartotta az állami rendelkezés alkotmányosságát, mondván, nem célszerű csírájában elfojtani egy olyan intézkedést, aminek a kimenetele még nem átható előre megfelelő bizonyossággal. Azóta nem bizonyítható kétséget kizáróan arra, hogy a döntés a vallási terjeszkedést segíti, ahogy arra sem, hogy az utalványrendszer rohamosan terjed.

Az előzővel ellentétben a *Community Schools v. Seattle School District* ügy (2007) egyáltalán nem pragmatikus szemléletben dönt el. A konzervatív többség érvénytelenít egy felzárkóztató programot, mondván, hogy a *Brown*-ügy mindenféle megkülönböztetést tilt, így a pozitívat is. Posner itt azt kritizálja, hogy a Supreme Court nem várta ki az intézkedés hatását, és elvágta egy „társadalmi kísérlet” lehetőségét.

A pragmatikus és nem pragmatikus ítéletek közötti szürke zónában helyezhető el a *Kelo v. City of New London* ügy (2005). Az eset apropója: New London város önkormányzata „köz célú felhasználás” céljával kisajátított egy 90 acre nagyságú területet, amelyen 15 telek is volt. A Supreme Court nem semmisítette meg az önkormányzat kisajátítási döntését. Posner kiemeli, hogy bár a bíróság gyakorlatilag egy pragmatikus döntést hozott, azt hagyományos jogász érveléssel támasztotta alá (ahogyan a kisebbségben maradt bírók is, különösen Sandra O’Connor, ilyen jellegű érveket fogalmaztak meg különvéleményeikben). A felperesek érdekét a pusztán kisajátításon kívül az is sértette, hogy az önkormányzat kártalanítási kötelezettsége az ingatlanok piaci áráig terjed, a tulajdonosok viszont többet kértek volna értük, ha eladják, így

elvesztik a haszonkülönbözetet. Ezzel szemben állt, hogy a teljes terület, amelyen elszórva voltak a felperesek házai és telkei, kihasználatlan volt, hasznosítása a közösségnek is jót tehet. A fejlesztőcég irodaházat vagy parkolóházat tervezett a területre, ezt viszont a felperesek házai zavaró módon „átlyuggatták” volna. Érvként hozható fel az is, hogy ha az állam területszerzési lehetőségei megnehezülnének, az akár magasabb adókkal is járhat. Végül haszonként könyveli el Posner azt is, hogy az ítélet újra a demokratikus küzdőterre vetette a tulajdonjog kérdését, és a közcélú felhasználás széles értelmezésének ellenző politikai harcba szállnak igényeik érvényesítéséért.

Zárásként két, a vallás és az állam kérdésében hozott döntés elemzése következik. Az első a *McCreary County v. ACLU*, a második a *Van Orden v. Perry* (mindkettő 2005-ös döntés). Elemzésük Stephen Breyer főbíró perdöntő állásfoglalásai miatt adekvát (mindkét perben 5:4 arányú többséggel született döntés, Breyer azonban egyik esetben „a vallás ellen”, a másik esetben pedig „a vallás mellett” állt ki), akit sokan a Supreme Court legpragmatikusabb tagjának tartanak. A *McCreary County*-ügyben a Supreme Court úgy határozott, hogy egy kerületi bíróság épületében nem szabad megjeleníteni a Tízparancsolatot. Ezzel szemben a *Van Orden*-ügyben azt mondta ki, hogy egy emlékmű, amelyre a Tízparancsolatot vésték, nem sérti a szekuláris állam elvét (a kérdéses emlékmű több másik mellett kapott helyet a texasi állami parlament épülete előtt).

A két ügy elkülönítését a texasi emlékmű története és a várható következmények alapozták meg. Az emlékművet egy Sasok Testvéri Rendje (*Fraternal Order of Eagles*) nevű szekuláris szervezet állíttatta, hogy ezzel ismerje el a Tízparancsolat szerepét a polgári erkölcs formálásában. 40 évig senki nem emelt panaszt az emlékmű léte miatt, és alapvetően nem is vallási céllal állították, hanem a texasiak történelmi ideáljainak ábrázolása végett. Másfelől pedig, ha egy vallási jelképet még egy ilyen ártalmatlan emlékműről is el akarnak távolítani, akkor nem lesz, aki megálljt parancsoljon egy doktriner és abszurd tisztogatásnak, amihez csak a kommunista Szovjetunió és az inkvizíciós Spanyolország vallás- és eretneküldözései, vagy a 8. századi Bizánc képégető mozgalma fogható. A tízparancsolatnak kettős természete van, egyszerre vallási és világi jellegű. Nemcsak egy vallás legalapvetőbb parancsait tartalmazza, de egy részét (pl. Ne ölj!, Ne lopj!) minden jóérzésű, nem vallásos ember is magáévá teszi. A Karácsonyhoz hasonlítható, amit hívő és nem hívő emberek egyaránt megünnepelnek. Ezt a distinkciót hagyták figyelmen kívül azok, akik a *Van Orden*-ügyben különvéleményt fogalmaztak meg.

11. Átfogó alkotmányossági elméletek (*Comprehensive Constitutional Theories*)

A jogrendszer bizonytalanságai miatt más jogterületeken is, de az alkotmányjog területén különösen nagy igény mutatkozik egy olyan elméletre, amely segítséget nyújt a vitás ügyek eldöntésében. Breyer főbíró elmélete egy ilyen célú vállalkozás, mely egyben a fejezetnek is központi témája. Breyer Benjamin Constant nyomán megkülönbözteti az ún. aktív szabadságot, avagy az ősök szabadságát, és a modernek szabadságát. Az ősök szabadsága (amit egyébként Constant kárhoztatott) a közvetlen demokráciát jelenti, és a közösség mint egész akaratát helyezi előtérbe, ami az egyéni szabadságjogok figyelmen kívül hagyását vonja maga után. A modernek szabadsága negatív szabadság, az államtól való védettséget jelenti. Breyer az ősök szabadsága mellett foglal állást, de azt az athéni demokráciával azonosítja. Az Egyesült Államokat is ehhez hasonlóan képzelel el, de tesz annyi „engedményt”, hogy képviseleti demokrácia formájában. Álláspontja szerint a Supreme Court-nak is – jóllehet egy oligarchikus jellegű testület – az a feladata, hogy e felé a demokrácia felé vezesse az országot. Természetesen főbíróként nem hirdethet egy olyan berendezkedést, amely az Alkotmány helyébe hivatott lépni, ezért az Alkotmányban magában kívánja felfedezni saját tanait.

Nincs könnyű dolga. Az Egyesült Államok Alkotmányának berendezkedése nem sokban emlékeztet az athéni demokráciára. A fontosabb szervek közül csak a Képviselőház tagjai kerülnek közvetlen választás útján hivatalukba. A Bill of Rights ugyan biztosítja az esküdtzéki eljáráshoz való jogot büntető- és egyes polgári ügyekben, de az esküdteket a szakszabíró tájékoztatja a jogról, feladatuk a ténymegállapítás. Maga a Bill of Rights, mint az egyik legkorábbi alapjog-katalógus, inkább a modernnek szabadságára emlékeztet. Mindazonáltal példákkal is illusztrálja, hogyan képzeli el a közvetlen demokráciát a gyakorlatban. Ezekből szemezget Posner és kritikusan reagál rájuk.

A szólásszabadság kapcsán elkülöníti a politikai és a kereskedelmi kifejezést, és azt mondja, hogy a politikai kifejezés nagyobb szabadságot kell élvezzen, mert az a demokrácia központi eleme. Posner erre azt válaszolja, hogy az összemérést nem lehet ilyen egyszerűen megoldani. Mindig a konkrét kárt és hasznot kell összemérni. Egy politikai beszéd is lehet károsabb, mint egy kereskedelmi, pl. ha valaki öngyilkos merényletre buzdít.

Breyer korlátozni kívánja a politikai kampányra fordítható összeg maximumát is, mondván, hogy korlátozás nélkül a politikai jelölteket csak a leggazdagabbak támogatnák, a hétköznapi emberek pedig kiábrándulnának a politikából, mert azt látják, hogy az csak a gazdagok érdekeiért van. Posner ezt sem tartja megalapozottnak. Gazdag emberből kevés van, a kampány éppen hogy a kisemberek megszólításáért van. Ha meg néhány jelölt a gazdagokat akarja megnyerni, mások a kevésbé vagyonos rétegeket keresik meg támogatás végett.

Breyer elméletével az a probléma, hogy túlságosan absztrakt mércékkel próbál dolgozni. Az olyan fogalmak, mint „a választási eljárásban való közbizalomra való hatás”, a „hatás a közösség azon lehetőségére, hogy a választási eljáráson keresztül kommunikáljon” („*impact upon the public's confidence in, and ability to communicate through, the electoral process*”), a kérdéses törvény „választással és szólással kapcsolatos hasznainak fontossága” („*importance of electoral and speech-related benefits*”),³³ „demokrácia”, „aktív szabadság”, nem alkalmasak a következetes érvelésre, mert bármilyen törekvést megalapozhatunk vele.

Breyer kritizálta a Supreme Court egy döntését, amellyel leszűkítette az államközi kereskedelem fogalmának határait. Arra hivatkozott, hogy a tágabb értelmezést lehetővé tévő jogszabály megalkotásában részt vett a nép is. Mondta ezt annak ellenére, hogy össznézeti szinten korlátozottabb az emberek politikában való részvétele.

Breyer arra buzdítja a többi főbíró, hogy mérlegeljék döntéseik aktív szabadságra való hatását, és az Alkotmány föderalizmust értelmező rendelkezései alkalmazásánál vegyék számításba azok helyi demokratikus kormányzásra való hatását is. Posner válasza erre ismét csak az, hogy Breyer túl absztrakt fogalmakkal dolgozik.

Egy alkalommal Breyer párhuzamos véleményben csatlakozott egy döntéshez, amely hatályon kívül helyezett egy olyan jogszabályt, ami megtiltotta, hogy (a konkrét esetben) egy mobiltelefonos beszélgetést lehallgassanak és rádióadáson keresztül közzétegyenek. Három konjunktív feltétel teljesülése vette rá Breyert, hogy csatlakozzon: a rádióállomás csak akaratlan továbbítója volt a befogott és közzétett beszélgetésnek; a beszélgetés témája nem magán-, hanem közügy volt (tulajdon megkárosítására irányuló fenyegetés); a téma inkább üzleti, mint belső magánéleti jellegű volt. Breyer ezzel a véleménnyel illusztrálta a fejlődő technológia kihívásaira adható egyik lehetséges választ.

Posner nem ítélte egyértelműen hasznosnak ezt az álláspontot. Szerinte egy ilyen döntés csak arra jó, hogy az emberek tartózkodjanak a mobiltelefon használatától (amit könnyebb lehallgatni, mint a régi, vonalas készülékeket). Ez végsősoron a szólásszabadság károsodását eredményezi.

Egy pozitív diszkriminációs ügy kapcsán Breyer csatlakozott O'Connor főbíró véleményéhez, aki lényegében azt vallotta, hogy a pozitív diszkrimináció szükséges a jogilag egyenlő, de az életben még mindig sok mindenben elmaradt feketék felzárkóztatásához.

Posner szerint, ha a demokrácia szemszögéből közelítjük meg a kérdést, egy ellentmondásba ütközünk. Az athéni demokráciával jól megfér a kirekesztés: tudjuk, hogy csak a felnőtt, athéni, férfi polgárok szavazhattak. Breyer O'Connor véleményéből a szolidaritás, testvériség, aktív szabadság eszményeit olvasta ki. De az előbbi kettő nem demokratikus eszmény (pl. a náci Németország is a szolidaritás magas fokát érte el).

A kritikán túl Posner kiemeli, hogy Breyer is hathatós érvekkel támasztotta alá a szándékkutatás szükségességét. Ehhez persze szükség van egy egységes szándék tételezésére is, és a bírónak segítségére lehet az „ésszerű törvényhozó” („*reasonable legislator*”).³⁴ Ezzel kiküszöbölhető annak problémája, hogy a demokratikus törvényhozás eredménye mindig kompromisszum, számos egymással ütköző akarat kivonata, összeolvadása.³⁵

A szándékkutatás emellett a jogalkotónak is hasznosabb, hiszen a bírók ilyenkor az értelmezéssel segítik a jogszabályok érvényesülését, és nem kell a jogalkotónak újra és újra kiigazítania őket. Ez Posner szerint bizonyos értelemben demokratikus is.

Ezután Posner felidézi Breyer három megnyilatkozását, amelyek erősen kontrarsztba hozhatók az utóbbinak az ösök szabadsága iránt érzett elkötelezettség. Az első kettő megnyilatkozás két csatlakozás a Supreme Court döntéséhez. Az első eset a *Lawrence v. Texas* (ebben a Supreme Court hatályon kívül helyezett egy, a homoszexuális aktust büntető törvényt), a második a már ismertetett *Roper*-ügy. A harmadik egy különvélemény, méghozzá a korábban szintén tárgyalt *Zelman*-ügyben. Ami a három esetet összeköti, az az, hogy Breyer egy jogszabály megsemmisítése mellett tette le a voksát, amivel meggátolta (volna) egy-egy társadalmi kísérlet kibontakozását (amikor a *Lawrence*-ügy felülírta a korábbi, ellentétes tartalmú precedenst, a *Bowers v. Hardwick* ítéletet, a kérdéses jogszabályt már gyakorlatilag nem alkalmazták). Posner ezt antidemokratikusnak tartja, és már itt is utal Breyer külföldi ítéletekből történő idézésre való hajlandóságára, ami szerinte ugyancsak nem éppen demokratikus.

Breyer ódzkodik a merev, egzakt szabályoktól, mert szerinte az élet „túl komplex az abszolút szabályokhoz.”³⁶ Posner viszont azzal felel erre, hogy a komplexitás éppen hogy igényli a szabályok meglétét. A jog számára inkább saját alkotás, mint egy rajta kívül álló valami. A különböző felfogások (a közvetlen demokrácia fogalma, a modern pragmatizmus, a Hart-féle „ésszerű jogalkotó”-fogalom, stb.) eszközként szolgálnak ennek felfedezésére. Végsősoron Breyer egy pragmatikus, aki erős vonzalmat érez a liberális oldal felé. Az általa megfogalmazott átfogó elmélet pedig egy álarc, amellyel az általuk kedvelt elméleti területen veszi fel a harcot a konzervatívokkal.

Persze a konzervatívok is álarcot hordanak – annak ellenére, hogy az általuk többnyire preferált textualizmus és originalizmus nem lényegüket tekintve politikaiak, hanem motivációik alapján válnak azzá, amennyiben a szemléletet elsajátító bíró politikai preferenciáival egyezik a várható ítélet. McConnell bíró egy sokatmondó nyilatkozata hasonlóról árulkodik: felsorol néhány olyan rendelkezést, amelyek ellentétesek az ő elveivel (pl. a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés egyenlő védelemről szóló klauzulájának egyes alkalmazásai), és megemlíti, hogy ezeket – minden ellenérzése ellenére – olyan széles közvélemény támogatja, amely önmagában elegendő legitimitációjuk megalapozásához. Egy ilyen „népi legitimitáció” elismerése az originalista bírót is a politikai bírászkodás felé ösztönzi, és mintegy feljogosítja a „közvélemény” követésére.

Ezen a ponton jutunk el a *Brown*-ügy elemzéséhez. McConnell ugyanis nem említi az egyenlő védelem klauzula alkalmazásai között az iskolai szegregáció tilalmát. Annak kapcsán, hogy a *Brown*-ítélet éppen hogy ellentétes volt a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítéssel, és erről elég széles konszenzus is élt, azt mondta, ez a konszenzus rossz volt. De bizonyítékként csak egy kongresszusi vitán elhangzott kijelentést hozott fel, amely arra utalt, hogy a kiegészítés megengedné fehér gyerekek fekete iskolákba járatását, és viszont.

Legalista szemmel a *Brown*-ügyben igen egyszerű döntés született volna – a szegregáció javára. A döntés rendkívül népszerűtlen volt a fehér többség számára, de McConnell ezt azzal magyarázta, hogy akkor „nem hétköznapi idők jártak.”³⁷ Annak ellenére, hogy az originalizmus (többek között) éppen a demokráciának a bírói túlkapasztól való védelmével legitimálja magát, most McConnell éppen a demokrácia követelményét, a széles közvélemény tiszteletben tartását hagyja figyelmen kívül.

Mindebből látható, hogy az originalizmus sem annyira markánsan a bírói önkorlátozás elmélete, mint azt hirdeti magáról. Ezt a következők is alátámasztják. Az elfogatható szintű jogbiztonság elérésének két alapvető eszköze a jogszabályszeveg és a precedens. A precedens kevésbé megbízható, mert az egy jogszabályszeveg bírói kivonatolása – vagy éppen szabályalkotás a semmiből. Mégis ez a common law rendszer alapja. A precedensek lehetővé teszik a pragmatikus célzatú válogatást (Scalia is ezt teszi). A pragmatikusok ehhez képest jobban tiszteletben tartják a precedenseket, mint az eredeti szöveget.

Végül Posner, a főbírók politikai és bírói filozófiájának egybevetésével megállapítja, hogy a hasonló politikai nézeteket valló bírák az eltérő bírói filozófia ellenére hasonlóképpen döntenek.

12. A bírói kozmopolitizmus (*Judicial Cosmopolitanism*)

Itt a Supreme Court bírának azon alkalmi hajlandóságáról esik szó, hogy döntéseik indoklásához külföldi bíróságok érvelését, ítéleteit használják fel. E jelenség egyes oldalaira kíván Posner rávilágítani.

A bírói kozmopolitizmusnak vannak kézenfekvő példái, pl. az idegen jogot kikötő szerződéssel kapcsolatos viták elbírálása, vagy a nemzetközi jog rendelkezéseinek érvényesítése. Itt Posner azt a jelenséget taglalja, amikor a bírók precedensjelleggel hivatkoznak külföldi döntésekre.

Az első probléma ezzel a fajta kozmopolitizmussal rögtön az, mekkora kötelező erővel bírhat egy idegen döntés. Ennek kapcsán kétféle kötelező erőt különít el Posner. Az első a feltétlen kötelező erő („*controlling authority*”).³⁸ Ilyen erővel köti pl. az azonos országból való felsőbbbíróság az alacsonyabbat. A külföldi döntések természetesen a kötelező erő lazább válfajával bírnak. Ezt Posner nem nevezi néven, de magyarul talán a meggyőző erőnek lenne megfeleltethető. Ugyanis pontosan erről van szó: a bíróság hajlamos lehet idézni egy olyan döntést, amelyet ugyan külföldön hoztak, de egy hasonló szellemű, kultúrájú országban. Mi több, minél több ilyen országban hoznak hasonló döntéseket, annál meggyőzőbb lehetnek azok a bíró számára is.

De még az utóbbi értelemben vett kötelező erő is ébreszthet kétségeket. A bíróságok már pusztán az Egyesült Államokon belül is arra törekcsenek, hogy leszűkítsék az átvizsgálható joganyag körét. Így pl. nem néznek, csak olyan precedenseket, amelyeket jogesetgyűjteményekben is közzétesznek, vagy pl. a Supreme Court nem nézi az elsőfokú vagy a fellebbviteli bíróságok határozatait. Ha a bíróságok tendenciózsan „megnyílnának” a világ felé, azzal beláthatatlan mennyiségű joganyag szabadulna a bírók látóterébe. Ráadásul így bármilyen tetszőleges célra lehet majd igazolást találni.

Nem mellékes probléma az sem, hogy az idegen döntésre hivatkozó bírák nem ismerik a döntés mozgatórugóit, a döntés és a döntéshozó társadalmi-intézményi körülményeit, ez pedig könnyen hibás értelmezéshez vezethet.

Kritizálható maga a hozzáállás is, hogy az amerikai bírók ráerőltetik az emberekre kozmopolita nézeteiket.

Az Egyesült Államok és a többi (főleg európai) ország közötti intézményi különbségek körébe tartozik, hogy az Egyesült Államokban szokatlanul nehézkes az alkotmánymódosítás. Európában „csak” a parlamenti többséget kell meggyőzni. Ez lehetővé teszi az alkotmánybírói

döntések hatástalanítását, az alkotmánybírói kontroll elerőtlenedését, ami viszont az alkotmánybírók „felelőtlené válását”, a közvélemény részükről történő figyelmen kívül hagyását vonja maga után, hiszen nincs „tétje” a döntésnek, a jogalkotó ügyis eltörli, ha jónak látja.³⁹

A bírói kozmopolitizmus legnagyobb problémáját viszont az jelenti, hogy nincs demokratikus legitimitációja. Közvetetten még a bíróságoknak is van demokratikus legitimitációjuk, hiszen, ha éppen nem is a választópolgárok (szövetségi bíróról van szó), akkor választott képviselők jelölik őket. A külföldi bíróságok esetében viszont ez sem áll fenn. Természetesen nem önmagában a külföldi ítéletekből való tanulással, az új megközelítések megismerésével van a gond – hanem azzal, ha egy idegen hatóságot ismernek el gyakorlatilag hatóságként a saját ország területén.

A fejezet végén két jogász bemutatása következik. Egyikük a kozmopolitizmus követője és védelmezője, másikuk pedig egy idegen ország (volt) legfelsőbb bírósági bírója.

David Beatty kanadai jogászprofesszor. Alkotmánybíráskodásról szóló nézeteinek lényege, hogy a bírónak, ha alkotmányos ügyet dönt el, nem szabad sem a jogszabályra, sem a precedensre, sem semmi másra (ideértve saját indulatait és igazságérzetét is) odafigyelnie, csak az ügy tényeire. Ha sikerül „tiszteletesen és elfogulatlanul” szemlélnie a tényeket, akkor a helyes és objektív megoldásra magától rájön. Egy jogszabály úgy felel meg az alkotmányossági tesztnek, ha arányos választ ad egy társadalmi szükségletre.

Felmerül a kérdés, hogy az így hozott ítéletnek mi ad normatív erőt, hiszen a tényekből, a „van”-ból nem lehet következtetni a „legyen”-re. Beatty maga nem felel a kérdésre, csak feltételezhető, hogy az arányosság követelménye szolgálhat normatív iránymutatásért.

Posner kritikája szerint Beatty tanai – épületes pragmatizmusán túl – intő példát is jelentenek arra, hogy nem lehet csupán a tényekre tekintettel lenni. A pragmatizmusnak részét jelentik a jogi normák, jogelvek, standardek, amelyek segítenek eligazodni a bírónak, milyen következményeket akar, és azokaz milyen döntéssel érheti el.

Aharon Barak volt izraeli legfelsőbb bírósági bíró elsősorban felülmúlhatatlan bírói aktivizmusával vívott ki magának hírnevet a jogi szakfolyóiratokban. Alkotmányjogi ítéleteiben absztrakt fogalmakkal érvel. Az egyik ilyen fogalom a „demokrácia”, ami nála speciális tartalommal bír: egy sor emberi jog, amelyeket a bíróság akár a választott képviselőkkel szemben is érvényesít. A jogalkotó feladata, hogy betöltse a jog és a társadalom közötti szakadékot. A bírónak értelmezéssel kell ebben közreműködni, és megtalálni a jogszabályok „objektív célját”, ami persze nem már, mint a demokrácia alapértékeinek megvalósítása. A „hatalommegosztás” az ő olvasatában lényegében az, hogy a többi hatalmi ágának nincs ráhatása a bíróságok működésére.

Barak nézetei és gyakorlata jó példával szolgálnak arra, mennyire csínján kell bánni a bírói kozmopolitizmussal, vonja le a tanulságot Posner. Bár mindkét ország demokrácia, a bírók viselkedésének eltérései arra engednek következtetni, hogy az ítéletek egészen más körülmények között születnek, és meggondolatlanság lenne alapos elemzés nélkül áttemelni őket egy másik ország gyakorlatába.

Zárszó

A könyv terjedelméből és a felvetett témák, megközelítések sokszínűségéből egyaránt érezhető, mennyire értő módon találja Posner a bírói tevékenység kérdéseit. A széleskörű elméleti felkészültség és elmélyült szakmai tapasztalat kettős eredménye a *How Judges Think*.

A mű központi témája a pragmatikus bírói gondolkodás volt. Posner bemutatta az amerikai bíróságokat érő legkülönfélébb hatásokat. Véggkövetkeztetése – mely tulajdonképpen áthatja a teljes művet – az, hogy a pragmatizmus a jelenkori (egyesült államokbeli) viszonyok

között szükséges és nem megkerülhető bírói filozófia. Az ezt alátámasztó tényezők spektruma a bírótól mint embertől és társadalmi szerep betöltőjétől az Egyesült Államok alkotmányos berendezkedéséig, annak sajátos problémáig terjed. Természetesen tomboló bírói önkényről nem lehet beszélni, de tény, hogy az Egyesült Államok szövetségi bírái elég széles mozgástérrel rendelkeznek.

A mű nem minden mondanivaló nélküli az európai jogászoknak sem. Bár az európai országok államberendezkedése, jogszemlélete eltér az Egyesült Államokétól, a bírók ott is, itt is „emberből vannak.” Magatartásuk elemzéséhez Posner könyve hasznos vizsgálati szempontokat nyújt.

Felhasznált irodalom

Atiyah – Summers 1987 = Patrick Selim Atiyah – Robert S. Summers: Form and Substance in Anglo-American Law, Clarendon Press, 1987

Clayton 1964 = James E. Clayton: The Making of Justice – The Supreme Court in Action, E. P. Dutton & Co., Inc., 1964

Ficsor 2007 = Ficsor Krisztina: A „helyes válasz” problémája és a jog argumentatív karaktere, in: Studia Iurisprudentiae Doctorandorum Miskolciensium, Tomus 8, Bíbor Kiadó, 2007, 53-63. o.

Frank 1949 = Jerome Frank: Courts on Trial – Myth and Reality in American Justice, Princeton University Press, 1949

Pokol 2003 = Pokol Béla: A bírói hatalom, Századvég Kiadó, 2003

Pokol 2005 = Pokol Béla: Jogelmélet – Társadalomtudományi trilógia II., Századvég Kiadó, 2005

Posner 2008 = Richard Allen Posner: How Judges Think, Harvard University Press, 2008

Simon 1998 = Dan Simon: A Psychological Model of Judicial Decision Making, in: Rutgers Law Journal, Vol. 30:1, 1998, 1-142. o.

Jegyzetek

¹ A szerző a Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Karának elsőéves doktorandusz-hallgatója.

² Posner 2008, 1. o.

³ Vö. Posner 2008, 5. o.

⁴ Vö. pl. Ficsor 2007, 62-63. o., Pokol 2003, 57. o.

⁵ Posner 2008, 8. o.

⁶ Ez a probléma elsősorban a common law rendszerű országokat érinti, ahol a törvényhozás sokkal szűkszavúbb volt, mint az európai kontinens országáiban. Egy szemléltető példa erre a New York Állam Fellebbviteli Bírósága által 1899-ben hozott ítélet *Riggs v. Palmer* ügyben. A probléma ugyanakkor nem kerüli el mindenestül a kontinentális jogrendszereket sem – elég csak a polgári jog generálklauzuláira gondolni.

⁷ Posner 2008, 9. o.

⁸ Mint később látni fogjuk, Posner élesen megkülönbözteti az amerikai bírókat az európai kontinentális „*carrier judiciary*”-tól. Az előbbieket a 40-50. évük körül állnak bírónak, az után, hogy akár évtizedeket töltöttek egyéb jogászai szakmákban. Az európai bírói modellben – mint az elnevezés is mutatja – a bírói szakma teljes értékű életpályát jelenthet már akár rögtön a jogi diploma kézhezvételét követően is.

⁹ Ebből a szempontból érdemesnek tartom felidézni P. S. Atiyah és R. S. Summers megállapítását, miszerint az amerikai gyakorló ügyvédek gyakran azonosulnak a különböző csoportokhoz tartozó vitázó felek valamelyikével (pl. munkáltató-munkavállaló, biztosított-biztosítási cég, környezetvédelmi csoportok-nagyvállalatok), és az „ellenoldalon” állókat ily módon nem képviselik. Vö. Atiyah – Summers 1987, 372-373. o.

¹⁰ Posner 2008, 20. o.

¹¹ Posner 2008, 32. o.

¹² Dan Simon hosszú tanulmánya kiváló képviselője a bírói magatartás pszichológiai elméleteinek (Simon 1998). Simon Posneréhez hasonló megállapításokat tesz. Legfontosabb gondolata az, hogy a bírók alapvetően koherencia felállítására törekednek a kusza és ellentmondó tények között (ennek jellemzésére alkotta meg a „*coherence bias*” kifejezést [kb. „koherencia felé hajló előítélet”, vö. Simon 1998, 20. o.]), és ha több lehetséges megoldás is kínálkozik egy ügyben, azt választják, amelynek a tényei koherensebbek, az ennek ellentmondó tényeket pedig végül kizárják a megfontolásból.

¹³ Az amerikai és angol bírók keresetének összehasonlításához ld.: Atiyah – Summers 1987, különösen 339-347. o. A szerzőpáros megállapítja, hogy Nagy-Britanniában a bírók fizetése magasabb, mint az Egyesült Államokban, míg az egyetemi professzoroknál fordított a helyzet.

¹⁴ http://hu.wikipedia.org/wiki/Baseball#.C3.811tal.C3.A1nos_adatok (2008. VI. 8-i állapot)

¹⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/Strike_zone (2008. VI. 8-i állapot)

¹⁶ Posner 2008, 86. o.

¹⁷ Posner 2008, 88. o.

¹⁸ Posner 2008, 98. o.

¹⁹ Posner 2008, 106. o.

²⁰ Posner 2008, 127. o.

²¹ Azért a jogtudósi vélemények bíróságok általi szem előtt tartása Európában sem egységes, így pl. Franciaországban tiltott hivatkozási alapot jelentenek, és a magyar gyakorlat sem alapoz rájuk. Vö. Pokol 2005, 215-216. o.

²² Weinrebet idézi: Posner 2008, 187-188. o.

²³ Érdemes odafigyelni az évszámokra: a Katz-ügy 1967-ben, a „Warren Court” idején folyt, ennek tükrében, úgy gondolom, kevésbé meglepő, hogy egy alkotmányos alapjog javára szóló, azt kiterjesztően értelmező döntés született.

²⁴ Posner 2008, 200. o.

²⁵ A híres *Brown v. Board of Education* ügyben hozott ítélet – melyet Posner is elemez – az egyik legkirívóbb példa erre. Ilyen tartalmú ítélet nem született volna, ha a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítést szó szerint értelmezi a Supreme Court.

²⁶ Már Jerome Frank is élesen kritizálta az amerikai jogi oktatás módszerét, az ún. Langdell-módszert. Eszerint a hallgatók jogeseteket tanulmányoznak, de mindig csak az egyetem falai között. A könyvbúvár Langdell elsősorban tudományként tekintett a jogra. Frank azt szorgalmazta, hogy a hallgatók járjanak tárgyalásokra, akár gyakorló jogászok alkalmazásában is, és „testközelből” lássák a bíróságokon lezajló valódi folyamatokat. Vö. Frank 1949, 225-246. o.

²⁷ Posner 2008, 222. o.

²⁸ Posner 2008, 223. o.

²⁹ Idézi: Posner 2008, 232. o.

³⁰ A Supreme Court ezen funkcióját már Frankfurter főbíró is hangsúlyozta. Vö. Clayton 1964, 77. o.

³¹ Posner 2008, 286. o.

³² Idézi: Posner 2008, 257., ill. 311. o.

³³ Posner 2008, 332. o.

³⁴ Posner 2008, 337. o.

³⁵ Csak emlékeztetésképpen: Posner a hetedik fejezetben (A bírói módszer: a bíraskodásra ható belső kényszerek) már értekezik a testületi jogalkotás és a szándék problémájáról, és az arra adható legalista ellenvetésekről. Vö. Posner 2008, 194-195. o.

³⁶ Posner 2008, 341. o.

³⁷ Idézi: Posner 2008, 345. o.

³⁸ Posner 2008, 349. o.

³⁹ Azért innen Európából nézve kicsit más a helyzet. Már a módosításhoz szükséges minősített többség előállítása sem egyszerű feladat, de egyébként sem jellemző az alkotmányok következtlen módosíthatása. És az európai alkotmánybíróságok sincsenek úgy kiszolgáltatta a jogalkotónak, mint ahogy azt Posner látja.

Nótári Tamás

Servius Sulpicius Rufus képe Cicerónál és Quintilianusnál

Servius Sulpicius Rufus patríciusi nemzetségből származott ugyan, ám családja nem játszott fontos szerepet a római közéletben.¹ Nagyapja nem jutott jelentős posztra a *cursus honorum*ban, apja pedig lovagrendi volt.² Ifjúként Ciceróhoz hasonló tanulmányokat folytatott, Rhodoson tanult retorikát, majd pedig onnan visszatérve az ékesszólás felől a *iurisprudentia* felé fordult.³ A *quaestori* tisztelet Ostiában látta el, feltehetően 75-ben,⁴ majd 65-ben *praetor* lett és a *quaestio peculatus* elnöke.⁵ Mindkét tisztséget Murenával azonos esztendőben töltötte be.⁶ *Praetorsága* után nem fogadott el *provinciát*, hanem Rómában maradt és továbbra is *iuris consultusként* tevékenykedett.⁷

Amint tudjuk, 63-ban a választásokon vereséget szenvedett. Mely okokra lehet ezt visszavezetni? Servius Sulpicius nem rendelkezett a megfelelő társadalmi háttérrel és kapcsolatrendszerrel; Cicero jegyzi meg a szónoki tevékenység kapcsán, hogy e képesség segítségével gyakorta nem nemesi származású férfiak is elnyerték a *consuli* méltóságot, mivel igen jelentős befolyásra, felettébb erős baráti kapcsolatokra és nagy támogatottságra tettek szert.⁸ A *homines non nobiles* kitételrel Cicero saját pályafutására is utal, amely noha nem volt példátlan, ám felettébb ritkának mondható, hiszen a köztársaság utolsó három századának hatszáz *consula* között csak tizenöt *homo novus* volt található.

A *gratia*, a római közélet sine qua nonja volt, amivel a politikusnak feltétlenül rendelkeznie kellett hívei és a nép körében,⁹ valamint nélkülözhetetlen volt egy-egy tisztség megszerzésénél is.¹⁰ Noha a *gratia* elnyerésének eszközeit ma olykor a korrupció körébe

¹ Cic. *Mur.* 16. *Pater enim fuit equestri loco, avus nulla inlustri laude celebratus.* Servius Sulpicius Rufus és Cicero viszonyához bővebben lásd Nótári T.: *Jog, vallás és retorika. Studia Murenia.* Szeged 2006. 17. skk.

² Cic. *Mur.* 16. *Itaque non ex sermone hominum recenti, sed ex annalium vetustate eruenda memoria est nobilitatis tuae.*

³ Cic. *Brut.* 151. *Nam et in isdem exercitationibus ineunte aetate fuimus et postea una Rhodum ille etiam profectus est, quo melior esset et doctior, et inde ut rediit, videtur mihi in secunda arte primus esse maluisse quam in prima secundus.*

⁴ Cic. *Mur.* 18. *Habuit hic lege Titia provinciam tacitam et quietam, tu illam cui, cum quaestores sortiuntur, etiam adclamari solet, Ostiensem, non tam gratiosam et inlustrem, quam negitiosam et molestam.*

⁵ Cic. *Mur.* 35. *At enim in praeturae petitione prior renuntiatus est Servius.; 42. Quid tua sors? Tristis, atrox, quaestio peculatus ex altera parte lacrimarum et squaloris, ex altera plena accusatorum atque iudicum.*

⁶ Cic. *Mur.* 18. *Quaesturam una petiit et sum ego factus prior.*

⁷ Cic. *Mur.* 42. *Tu interea Romae scilicet amicis praesto fuisti.*

⁸ Cic. *Mur.* 24. *Non mirum, si ob hanc facultatem homines saepe etiam non nobiles consulatum consecuti sunt, praesertim cum haec eadem res plurimas gratias, firmissimas amicitias, maxima studia pariat.*

⁹ Cic. *inv.* 2, 161. *Gratia, in qua amicitiarum et officiorum alterius memoria et remunerandi voluntas continetur.; off.* 1, 48. *Etenim si in eos, quos speramus nobis profuturos, non dubitamus officia conferre, quales in eos esse debemus, qui iam profuerunt? Vö. Bürge, A.: Die Juristenkomik in Ciceros Rede Pro Murena.* Zürich 1974. 101.

¹⁰ Cic. *Planc.* 9. *Non enim comitiis iudicat semper populus, sed movetur plerumque gratia, cedit precibus, facit eos, a quibus est maxime ambitus, denique, etiamsi iudicat, non dilectu aliquo aut sapientia ducitur ad iudicandum, sed impetu non numquam et quadam etiam temeritate.*

sorolnánk¹¹, Cicero is világos különbséget tett a *gratia* és a csalás/vesztegetés között.¹² Ezen erős társadalmi összefonódás nélkül a római jog számos intézménye – így például a *mandatum*, a *negotiorum gestio*, a *commodatum* – működésképtelenné vált volna¹³, s ha a *gratia* és az *amicitia* nem kötötte volna össze a vezető római köröket, úgy a birodalom kormányzásához jóval nagyobb közigazgatási apparátusra lett volna szükség.¹⁴ Cicero említi, hogy a *iurisprudentiában* ezek közül (*gratia*, *amicitia*, *studium*) semmi sem lelhető fel.¹⁵ Mennyiben tekinthető e kijelentés Cicero saját véleményének, s mennyiben e konkrét politikai helyzet szülte szükségszerűségnek? Cicero a *De officiis*ben a következő gondolatokat fogalmazza meg: „*Quae autem opera, non largitione beneficia dantur, haec tum in universam rem publicam tum in singulos cives conferuntur. Nam in iure cavere, consilio iuvare atque hoc scientiae genere prodesse quam plurimis vehementer et ad opes augendas pertinet et gratiam. Itaque cum multa praeclara maiorum, tum quod optime constituti iuris civilis summo semper in honore fuit cognitio atque interpretatio, quam quidem ante hanc confusionem temporum in possessione sua principes retinerunt, nunc ut honores, ut omnes dignitatis gradus, sic huius scientiae splendor deletus est, idque eo indignius, quod eo tempore hoc contingit, cum is esset, qui omnes superiores, quibus honore par esset, scientia facile vicisset. Haec igitur opera grata multis et ad beneficiis obstringendos homines accomodata.*”¹⁶ A *beneficentia* és a *liberalitas* (miként a *Pro Murenában* említett *gratia*, *amicitia* és *studium*)¹⁷ nem pusztán etikai kategória, hanem a közéleti érvényesülés eszköze is.¹⁸ Erre hajdan megfelelő eszköz volt a *iurisprudentia* művelése, ezt az állam első emberei tartották birtokukban, ám a zavaros jelenkorban veszített fényéből. A kor nagy jogtudósa alatt Servius Sulpicius Rufus értendő, vele kezdődik el a lovagrend beáramlása a *iurisprudentia* területére. Azon kijelentést tehát, miszerint a *iurisprudentia* nem nyújt megfelelő háttérrel a közszerepléshez, csupán az adott politikai helyzet diktálta, nem pedig Cicero saját meggyőződése. Hasonlóképpen azon megállapítás is, hogy a jogtudománytól semmiképpen sem vezet biztos út a *consulatus*hoz,¹⁹ csak részben helytálló. A *res publica* 63-ban már valóban nem azon időket élte, amikor a jogtudósok gyakorta jutottak volna el a *cursus honorum* csúcsára, ugyanakkor 95-ig tizennyolc jogászról tudunk, akik *consuli* hivatalt viseltek (Appius Claudius Caecus és Cornelius Scipio Nasica kétszer is), az így kapott húsz *consulatus* 201–95 közé esett.²⁰ 95 után a legközelebbi év, amelyikben a *consuli* tisztelet jogtudós töltötte be, az 51-es volt, maga a jogtudós pedig Servius Sulpicius Rufus.²¹ Sulpicius 63-as kudarcának azonban volt egy személyes oka is, ugyanis nem lévén kellően határozott személyiség, látta ellenfelei kezdeti sikereit, túl korán feladta a harcot, és ahelyett, hogy saját győzelmén munkálkodott volna, a leendő győztesek elleni vádon munkálkodott.²²

¹¹ Bürge 1974. 103.

¹² Cic. *Att.* 1, 16, 12. *Nunc est expectatio comitorum, in quae omnibus invitis trudit noster Magnus Auli filium, atque in eo neque auctoritate neque gratia pugnat sed quibus Philippus omnia castella expugnari posse dicebat in quae modo asellus onustus auro posset ascendere.*

¹³ Schulz, F.: *Prinzipien des römischen Rechts*. München–Leipzig 1934. 106.

¹⁴ Bürge 1974. 103.

¹⁵ Cic. *Mur.* 24. *Quorum in vestro artificio, Sulpici, nihil est.*

¹⁶ Cic. *off.* 2, 65.

¹⁷ Cic. *Mur.* 24. *Praesertim cum haec eadem res plurimas gratias, firmissimas amicitias, maxima studia pariat.*

¹⁸ Kunkel, W.: *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*. Graz–Wien–Köln 1967. 38.

¹⁹ Cic. *Mur.* 23. *Quod quidem ius civile didicisti, non dicam operam perdidisti, sed illud dicam, nullam esse in ista disciplina munitam ad consulatum viam.*

²⁰ Kunkel 1967. 41. (Őt jogász a *ensori* tisztelet is magáénak mondhatta, ezek közül négy 194 és 92 között töltötte be a hivatalt.)

²¹ Ezen évszámok abban az esetben helytállóak, ha a 63-as év *consulát*, Cicerót nem tekintjük hagyományos értelemben vett jogtudósnak.

²² Cic. *Mur.* 43. *Petere consulatum nescire te, Servi, persaepe tibi dixisti, et in eis rebus ipsis quas te magno et forti animo et agere et dicere videbam tibi solitus sum dicere magis te fortem accusatorem mihi videri quam*

Ezen taktika – tekintve Murena népszerűségét, amit *praetorsága* idején alapozott meg, és a Catilinától való általános félelmet – mintegy predestinálta Sulpiciust arra, hogy vereséget szenvedjen.

Amikor végül 51-ben elérte – épp a 63-ban vele egy oldalon küzdő Catóval szemben győzelmet aratva²³ – a *consulatust*, nem tudott kellő eréllyel és határozottsággal fellépni azon meglehetősen viharos korban.²⁴ 43-ban halt meg a fellángoló polgárháború békeközvetítőjeként.²⁵ Cicero Servius Sulpiciust mind annak életében,²⁶ mind pedig annak halála után²⁷ nagy elismeréssel illette – személyes kiválóságát a *Pro Murenában* sem vonta kétségbe,²⁸ barátja számára nyilvános temetést és a *rostra* előtt szobrának felállítását is követelte, a végtisztesség mindkét aktusa Cicero kívánsága szerint zajlott le.²⁹

Cicero nem méltatlanul dicsérte Servius Sulpicius jogtudósi tevékenységét, hiszen munkássága igen szerteágazó volt, száznál is több könyvből álló *responsumgyűjteményt* hagyott hátra,³⁰ amit tanítványai, Aufidius Namusa³¹ és Alfenus Varus³² tettek közzé, valamint három új műfaj megalkotása is fűződik nevéhez.³³ Nála jelentkezett leghatározottabban a görög filozófia hatása a köztársasági kor jogászai közül.³⁴ Iskolateremtő

sapientem candidatum. ... Nescio quo pacto semper hoc fit – neque in uno aut altero animadversum est sed iam in pluribus – simul atque candidatus accusationem meditari visus est, ut honorem desperasse videatur.

²³ Plut. *Cato min.* 49, 2; Dio Cass. 40, 53.

²⁴ Cic. *ad fam.* 8, 10, 3. *Nosti Marcellum, quam tardus et parum efficax sit, itemque Servius quam cunctator.*

²⁵ Münzer, F.: *Licinius Murena*. Paulys Realencyclopädie der classischen Alterthumswissenschaft I–XXIV und I A–X A, Suppl. I–XV. Neue Bearbeitung von G. Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus und K. Ziegler. Stuttgart–München 1893–1978. I. 25. 1926. 853.

²⁶ Cic. *Brut.* 150–157; Cic. *off.* 2, 65. *Quod eo tempore contigit, cum is esset, qui omnes superiores, quibus honore par esset, scientia facile vicisset.*

²⁷ Cic. *Phil.* 9, 10. *Reddite igitur, patres conscripti, ei vitam, cui ademistis. Vita enim mortuorum in memoria est posita vivorum. Perficite, ut is, quem vos inscii ad mortem misistis, immortalitatem habeat a vobis. Cui si statuam in rostris decreto vestro statueritis, nulla eius legationem posteritatis obscurabit oblivio. Nam reliqua S. Sulpici vita multis erit praeclarisque monumentis ad omnem memoriam commendata. Semper illius gravitatem, constantiam, fidem, praestantem in re publica tuenda curam atque prudentiam omnium mortalium fama celebrabit. Neque vero silebitur admirabilis quaedam et incredibilis ac paene divina eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda scientia. Omnes ex omni aetate, qui in hac civitate intelligentiam iuris habuerunt, si unum in locum conferantur, cum S. Sulpicio non sint comparandi. Nec enim ille magis iuris consultus quam iustitiae fuit. Ennek történeti háttéréhez bővebben lásd Maróti 1990. 283. skk.*

²⁸ Cic. *Mur.* 23. *Aliis ego te virtutibus, continentiae, gravitatis, iustitiae, fidei, ceteris omnibus, consulatu et omni honore semper dignissimum iudicavi.*

²⁹ Pomp. D. 1, 2, 2, 43. *Servius autem Sulpicius cum in causis orandis primum locum aut pro certo post Marcum Tullium optineret, traditur ad consulendum Quintum Mucium de re amici sui pervenisse cumque eum sibi respondisse de iure Servius parum intellexisset iterum Quintum interrogasse et a Quinto Mucio responsum esse tamen percepisse, et ita obiurgatum esse a Quinto Mucio: namque eum dixisse turpe esse patricio et nobili et causas ornati ius in quo versaretur ignorare. Ea vel contumelia Servius tactus operam dedit iuri civili et plurimum eos, de quibus locuti sumus, audiit, institutus a Balbo Lucilio, instructus autem maxime a Gallo Aquilio, qui fuit Cercinae: itaque libri complures eius extant Cercinae confecti. Hic cum in legatione perisset, statuam ei populus Romanus pro rostris posuit, et hodieque exstat pro rostris Augusti.*

³⁰ Pomp. D. 1, 2, 2, 43. *Huius volumina complura exstant: reliquit autem prope centum et octoginta libros.*

³¹ Pomp. D. 1, 2, 2, 44. *Ab hoc plurimi profecerunt, fere tamen hi libros conscripserunt: Alfenus Varus Gaius, Aulus Ofilius, Titus Caesius, Aufidius Tucca, Aufidius Namusa, Flavius Priscus, Gaius Ateius, Pacuvius Labeo Antistius...*

³² Schulz, F.: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar 1961. 254.

³³ Pólay E.: *Publius Mucius et Brutus...fundaverunt ius civile*. Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta Iuridica et Politica 1962. 41. skk.

³⁴ Paul. D. 26, 1, 1 pr. = *Inst.* 1, 13, 1. *Est autem tutela, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*; Ulp. D. 15, 1, 9, 2–3. *Peculium autem deductu quod domino debetur computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur. Huic definitioni Servius adiecit et si quid his debeatur qui sunt in eius potestate, quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit.*; Ulp. D. 34, 2, 27, 3. *Cui aurum vel argentum factum legatum est, si fractum aut collisum sit, non continetur: Servius enim existimat aurum vel argentum factum id videri, quo*

voltát jellemzi, hogy tíz tanítványáról tudunk.³⁵ Cicero maga is méltatja azt a módszert, amellyel Servius elődeit felülmúlva új utakat járt a *iurisprudentiában*,³⁶ és kiemeli, hogy filozófiai műveltsége révén képes volt egy összefüggő, Cicero által a korábbi jogtudományból gyakorta hiányolt rendszer megalkotására, teljességgel szakított a múlt pontifikális tradícióival, a *ius civile* mellett tudományos igénnyel művelte a *ius praetoriumot* is, és széles körben felhasználta a dialektika módszerét.³⁷

Érdeemes egy pillantást vetni arra, hogy Quintilianus hogyan értékeli Servius Sulpiciust, s ezáltal teljesebbé tenni a cicerói értékítéletet. Quintilianus tizenhárom alkalommal tesz említést az *Institutio oratoriában* Servius Sulpiciusról. Két helyen Cicero *Pro Murenája* kapcsán nevezi meg,³⁸ további két alkalommal pedig a kilencedik *Philippicában* Cicero által megfogalmazottakat veszi alapul.³⁹ E négy utalás kizárólag Cicero kapcsán említi Servius Sulpiciust, s nem tartalmaz semmilyen adatot annak sem szónoki, sem jogtudósi munkásságával kapcsolatban. Az ötödik hely szintén a *Corpus Ciceronianumból* merít, s itt Servius Sulpicius *facundiáját* említi, pusztán a *facundia* erénye azonban még senkit nem emel az ékesszólás legjobbjai közé, Cicero ezen, a *Brutusban* megfogalmazott véleményével Quintilianus is egyetért.⁴⁰ Három helyen utal Quintilianus Servius Sulpicius egyik beszédére, a *Pro Aufidiára* – sem az első szöveghely, amely a *Pro Aufidia* egy mondatát idézi, sem a második nem tartalmaz jelen vizsgálódásunk szempontjából érdemi információt, a harmadikból azonban megtudjuk, hogy Aufidiával szemben Messalla lépett fel vádlóként.⁴¹ Quintilianus még további öt alkalommal tesz említést Serviusról, miszerint Servius tehát méltán tett szert jelentős hírnévre három beszédével.⁴² Figyelmet érdemel, hogy Quintilianus a szónokok kronológiájában Caelius Rufus és Licinius Calvus után, és Cassius Severus elé

commode uti possumus, argentum autem fractum aut collisum non incidere in eam definitionem, sed infecto contineri.; Gai. D. 50, 16, 30 pr. *Silva caedua est, ut quidam putant, quae in hoc habetur, ut caederetur. Servius eam esse, quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur.*

³⁵ Pomp. D. 1, 2, 2, 44. *De iurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter composuit, nam ante eum Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit.*

³⁶ Cic. Brut. 152. *Etiarne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existimo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno, quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partis, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. Hic enim adtulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur.*

³⁷ Pólay 1962. 45.

³⁸ Quint. inst. 4, 1, 75. *Sed in ipsis etiam probationibus multa funguntur prooemii vice, ut facit Cicero pro Cluentio, dicturus contra censores, pro Murena, cum se Servio excusat.*; 11, 1, 69. *Duae simul huiusmodi personae Ciceroni pro Murena dicenti obstiterunt, M. Catonis Serviique Sulpicii. Quam decenter tamen Sulpicio, cum omnes concessisset virtutes, scientiam petendi consulatus ademit?*

³⁹ Quint. inst. 3, 8, 5. *Non illa similis iudicialium quaestio de statua Servii Sulpicii, an his demum ponenda sit, qui in legatione ferro sunt interempti?; 7, 3, 18. Aut, cum finitionem praecedit probatio, ut in Philippicis Cicero Servium Sulpicium occisum ab Antonio colligit et in clausula demum ita finit: Is enim profecto mortem attulit, qui causa mortis fuit.*

⁴⁰ Quint. inst. 12, 3, 9. *Verum et M. Cato cum in dicendo praestantissimus tum iuris idem fuit peritissimus, et Scaevolae Servioque Sulpicio concessa est etiam facundiae virtus.*

⁴¹ Quint. inst. 4, 2, 106. *Qua tamen non Servius modo Sulpicius utitur pro Aufidia: Somnone te languidum an gravi lethargo putem oppressum?; 6, 1, 20. Nam et cautiores ad custodiam suae religionis iudices facit et gratiam responsuris aufert, cum ea praedicta sunt ab accusatore, iam, si pro reo petentur, non sint nova: ut Servius Sulpicius contra Aufidiam, ne signatorum, ne ipsius discrimen obiciatur sibi, praemonet.; 10, 1, 22. Illud vero utilissimum, nosse eas causas, quarum orationes in manus sumpserimus, et quotiens continget, utrinque habitas legere actiones:... et Servii Sulpicii atque Messalae, quorum alter pro Aufidia, contra dixit alter.*

⁴² Quint. inst. 10, 1, 116. *Et Servius Sulpicius insignem non immerito famam tribus orationibus meruit.*

helyezi el Servius Sulpiciust.⁴³ A majdnem kortárs szónokok erényeit sorolván Quintilianus az *acument* mondja Servius fő jellemvonásának. Nem érdektelen, hogy itt is közvetlenül az Augustus-kori Cassius Severus előtt áll a felsorolásban.⁴⁴ A fordítás Quintilianus szerint igen hasznos gyakorlat a szónok számára, s ez természetesen nem csupán prózai, hanem költői művek fordítására is áll. Állítólag ez volt azon egyetlen *exercitatio*, amellyel Sulpicius is élt.⁴⁵ Quintilianus itt arról beszél, hogy a legtöbb szónok magával viszi a bíróságra a biztonság okáért előre elkészített jegyzeteit, ám vannak olyanok is, akik rögtönöznek, s a *commentarius*okat csak később állítják össze, így például Servius Sulpicius, akinek három beszéde maradt fenn.⁴⁶ A kakofóniát elkerülendő Sulpiciusnak szokása volt elhagyni az „s” hangot, ha a következő szó mássalhangzóval kezdődött, e gyakorlatával Messala egyetértett, Luranius pedig támadta emiatt. Luraniust sajnos nem tudjuk azonosítani – miként a szöveghely romlott voltát sem zárhatjuk ki –, Messalláról azonban tudjuk, hogy igen határozott véleménye volt nyelvészeti kérdésekben, nem hiába nevezi az idősebb Seneca a latin nyelv felette gondos őrének.⁴⁷

A következőkre kockáztassuk meg azon feltevést, hogy Quintilianus nem minden esetben a jogtudós Servius Sulpiciusról, Cicero kortársáról és barátjáról beszél, hanem olykor annak azonos nevű fiáról, és csoportosítsuk ennek megfelelően a szöveghelyeket. A *Pro Murena* és a kilencedik *Philippica* kapcsán az *Institutio oratoria* minden kétséget kizáróan az idősebb Servius Sulpiciust, a jogtudóst emlegeti. Hasonlóképpen őróla van szó azon alkalommal, amikor Quintilianus Cicero *Brutus*ára támaszkodik, s a méltatás hangvétele meg is felel ennek. Cicero ugyan elismeréssel nyilatkozik barátja szónoki képességeiről, ám megjegyzi, hogy az ékesszólásban csak annyira mélyült el, amennyire egyéb tevékenységei ezt megkívánták, tehát semmiképpen nem pályázott szónoki babérokra, lévén *ex asse iuris consultus*. Ezzel némiképp ellentétes az *insignis fama* említése. Az idősebb Servius Sulpiciusról bajosan lehetne elképzelni, hogy az egyetlen *exercitatio*, amit igénybe vett, a versfordítás lett volna, miként azt is, hogy beszédeit a törvényszéken rögtönözte. Mindez nem fért volna össze aggodalmasan precíz és határozatlan természetével.⁴⁸ Nemkülönben gyanút ébreszt Serviusnak mint szónoknak a szónoki kronológiában történt elhelyezése, ugyanis a két felsorolás egyikében sem mint Cicero kortársa szerepel, hanem Calvus, illetve Brutus után, s őt közvetlenül az Augustus-kori Cassius Severus követi.⁴⁹ Ezek alapján nagy valószínűséggel megállapíthatjuk, hogy Quintilianus két Servius Sulpiciusról, a jogtudós apáról és ennek azonos nevű szónok fiáról tesz említést az *Institutio oratoria*ban.

⁴³ Quint. inst. 12, 10, 11. *Tum deinde efflorescat non multum inter se distantium tempore oratorum ingens proventus. Hic vim Caesaris, indolem Caelii, subtilitatem Calidii, diligentiam Pollionis, dignitatem Messalae, sanctitatem Calvi, gravitatem Bruti, acumen Sulpicii, acerbitatem Cassii reperiemus.*

⁴⁴ Quint. inst. 10, 5, 4. *Sed et illa ex Latinis conversio multum et ipsa contulerit. Ac de carminibus quidem neminem credo dubitare, quo solo genere exercitationis dicitur usus esse Sulpicius.*

⁴⁵ Quint. inst. 10, 7, 30. *Sed feruntur aliorum quoque inventi forte, ut eos dicturus quisque composuerat, et in libros digesti ut causarum quae sunt actae a Ser. Sulpicio, cuius tres orationes extant, sed hi de quibus loquor commentarii ita sunt exacti, ut ab ipso mihi in memoriam posteritatis videantur esse compositi.*

⁴⁶ Quint. inst. 9, 4, 38. *Quae fuit causa et Servio, ut dixi, subtrahendae S litterae, quotiens ultima esset aliaque consonante susciperetur: quod reprehendit Luranius, Messala defendit.*

⁴⁷ Sen. contr. 2, 4, 8. *Latini utique sermonis observator diligentissimus.*

⁴⁸ Cic. ad fam. 8, 10, 3. *Nosti Marcellum, quam tardus et parum efficax sit, itemque Servius quam cunctator.*

⁴⁹ Syme, R.: *A great orator mislaid*. Classical Quarterly 31. 1981. 423. skk.

Nótári Tamás

Tassilo III. von Bayern – Großmacht und Ohnmacht im 8. Jahrhundert

A Lothar Kolmer és Christian Rohr által szerkesztett tanulmánykötet darabjai új megvilágításba helyezik, mintegy perújrafelvételt kezdeményeznek III. Tassiló, Bajorország hercege ügyében.¹ A Nagy Károly által létrehozott egységes birodalom megteremtése számos áldozatot követelt, ezek egyike volt III. Tassiló, a Bajorországban két évszázadon át uralkodó Agilolfing-dinasztia utolsó hercege, akit trónjától a frank uralkodó nem valamiféle véres katonai vereség következményeként fosztott meg, hanem egy 788-ban megrendezett – mai szóhasználatnál élve: koncepció – perben. A pert megelőzően Károly jól kiszámított diplomáciai lépésekkel mind kül-, mind pedig belpolitikailag elszigetelte Tassilót, s végül – *iurisdictio*ja alá vonandó – 787-ben vazallusává tette. Fő vádként a Károlyhoz hű bajorok az *infidelitast*, vagyis a hűbérúr iránti hűtlenséget, valamint a *harislizt*, azaz a királyi sereg engedély nélküli elhagyását hozták fel Tassiló ellen – igaz, az utóbbi cselekményre állítólag negyed századdal a per előtt került sor. Az utolsó bajor herceg trónfosztása és az önálló Bajor Hercegség megszűnése történetének nehezen rekonstruálható volta a forrásanyag jellegéből adódik: a korabeli eseményekről csak frank elbeszélő forrásokból értesülhetünk, s e textusok a történéseket a 788-as trónfosztás tükrében, s azt legitimáló szemszögből adják elő.² Az események láncolatának rekonstrukcióját alapvetően két forrás, az *Annales regni Francorum* és az *Annales qui dicuntur Einhardi* alapján ismerhetjük meg, az egyéb forrásokat inkább e két textus kiegészítéséhez, pontosításához, esetlegesen a velük való ütköztetéshez hívhatjuk segítségül. Sem az *Annales regni Francorum*, sem az *Annales qui dicuntur Einhardi* nem az adott történés esztendejében, hanem valamivel később keletkezett.

A Tassiló által a frank uralkodóknak, Pippinnek és Károlynak tett esküket a következőképpen összegezhethetjük: 757-ben nagy valószínűséggel, 781-ben pedig bizonyosan hűségesküt tett, majd 787-ben vazallusként vetette magát alá Károlynak. A 757-es hűségesküt a források szerzői a 787-es vazallusi esküből következtették vissza, s annak alapján értelmezték, vagyis pontosabban értelmezték tudatosan félre. Tekintsük át, hogy miben állhatott a hűségeskü(k)

¹ Tassilo III. von Bayern. Großmacht und Ohnmacht im 8. Jahrhundert. Herausgegeben von Lothar Kolmer – Christian Rohr. Regensburg, Pustet, 2005. 256 pp. Az e kötetben olvasható tanulmányok: Kolmer, L.: Tassilo überschreiben (9–21); Erkens, F.-R.: Summus princeps und dux quem rex ordinavit: Tassilo III. im Spannungsfeld von fürstlichem Selbstverständnis und königlichem Auftrag (21–38); Becher, M.: Zwischen Macht und Recht: Der Sturz Tassilos III. von Bayern 788 (39–56); Pohl, W.: Bayern und seine Nachbarn im 8. Jahrhundert (57–66); Freund, S.: Von Tassilo zu Karl dem Großen: Die Salzburger (Erz-)Bischöfe und die Reichspolitik. (67–88); Rohr, Chr.: Hagiographie als Spiegel der Machtverhältnisse? Ardeo von Freising und die Gesta Hrodberti (89–102); Rob-Santer, C.: Die Darstellung des Feindes in der karolingischen Geschichtsschreibung. Historie zwischen Tradition und Innovation (103–120); Lošek, F.: Sieben Fragen zu sieben ausgewählten lateinischen Denkmälern des Salzburger Frühmittelalters: Gemeinsamkeiten und Unterschiede (121–136); Dienstbier, P.: Bildung in der späten Agilolfingerzeit (137–154); Prochno, R.: Der Tassilokelch. Anmerkungen zur Forschungsgeschichte (155–174); Diesenberger, M.: Spuren des Wandels. Bayerische Schriftkultur zwischen Agilolfinger- und Karolingerzeit (175–190); Lohmer, Chr.: Mythos Agilolfinger. Das Nachleben der Bayernherzöge in Mittelalter und Neuzeit (191–210); Dopsch, H.: Zur Gründung der Abtei Mattsee. Die erste Klosterstiftung Herzogs Tassilos.? (211–236); Knorr, B.: Zum Erkenntniswert der mittelalterlichen Epigraphik. Ein Regensburger Domherr und Stiftpropst in Mattsee (237–252).

² E tárgykör közelmúltban megjelent magyar nyelvű irodalmából lásd Nótári T.: A salzburgi historiográfia kezdetei. Szegedi Középkortörténeti Könyvtár 23. Szeged 2007; Források Salzburg kora középkori történetéből. Szeged 2005; III. Tassiló trónfosztása – adalék egy koraközépkori koncepció perhez. Jogtudományi Közöny 2005. 503. skk.; Tassilo III's dethronement – contributions to an early-middle-age show trial. Publications Universitatis Miskolciensis. Sectio Iuridica et Politica 2005. 65. skk.; Személyállapot és társadalomszerkezet a kora középkori Bajorországban. Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Budapestinensis 42. 2005. 163. skk.; III. Leó pere és az Salzburgi Érsekség megalapítása. Collega 2005/4. 55. skk.

esszenciája. A hűségeskü lényegét kétségkívül a *fidelitas* képezte, ám e fogalom meglehetősen nehezen rekonstruálható. Érthetjük alatta két személy olyan viszonyát, amely alapján ezek kötelesek tanáccsal és tettel segítségére lenni, egymás javát előmozdítani és kárát megakadályozni. Semmiképpen nem határozhatunk meg azonban egy statikus definíciót, tekintve, hogy a (hűség)eskü az érintettek személyétől és helyzetétől függött. A VIII. században többfajta hűségesküvel találkozhatni a forrásokban: 786 vagy 792 után – a datálás vitatott – az alattvalói eskük újra szokásba jöttek, ekkortájt ugyanis egy összeesküvés résztvevői azzal próbálták kimenteni magukat, hogy nem ígértek Károlynak hűséget; ez szolgáltatta az okot, hogy minden tizenkét év feletti alattvalót eskü tételére kötelezte. Az eskü szövegét nem ismerjük, a 789-ből származó *Legationis Edictum*ban ránk maradt, a királynak és fiainak teendő *sacramentum fidelitatis*ban az eskütevő életének hátralevő részére ígéri meg hűségét (*fidelis sum et ero*) – ám e hűség bővebb tartalma nincsen kifejtve. Egy 802-ben keletkezett *capitulare* tartalmaz ugyan egyfajta felsorolást, amely a *sacramentum fidelitatis* tevők számára kötelező erővel bírt, ám az alattvalói eskü és a (vazallusi) hűségeskü közötti kapcsolat nem határozható meg pontosabban.

Az eskük szövegét nem ismerjük, tartalmukra legkönnyebben megszegésük eseteiből következtethetünk: ezek közé tartozott az adófizetés megtagadása és a *contumacia*, a frank hatalom alóli megszabadulás kísérlete (*dictione abstrahere*) akár lázongás, akár harci cselekmények révén, ugyanakkor az önhatalmú katonai akciók tilalmának megszegése is a *promissiones*, a *sacramenta* és a *fidelitas* semmibe vételének minősült, tekintve, hogy a frank király engedélye nélkül senki ellen sem volt szabad támadást indítani. Ezek alapján nagy valószínűséggel megállapíthatjuk, hogy a hűségesküt tevő általában a frank főhatalmat volt köteles elismerni, s ennek keretében mindentől tartózkodnia kellett, ami ennek megsértését vonhatta maga után, azonban nem állapítható meg, hogy főszabályszerűen ezenkívül hadsereg kiállításának kötelessége hárult volna rá, illetve a belpolitika autonómiáját szintén nem érintette. A frank uralom elleni lázadás, vagyis a hűségeskü megszegése különféle szankciókat, végül pedig az adott államnak (királyságnak, hercegségnek) a Frank Birodalomba történő annexióját vonta maga után; tehát a *fidelitas* eskükénti kikényszerítése többek között az államközi kapcsolatok fontos eszközének bizonyult, azonban alkalmazásának ez csupán egyik tere, nem kevésbé volt jelentős országon belül az alattvalók hűségének biztosítására, valamint a vazallusi viszonyok létrehozására – mindezek közös momentumuma a *semper fidelis esse* ígérete. A Taszilóval szembeni koncepció perre 788-ban, Ingelheimban került sor: a frankok és az uralmuk alatt álló *nationes* találkozásánál – az *Annales regni Francorum* szerint a többi vazallushoz hasonlóan, az *Annales Mettenses priores* szerint a többi bajor *principesszel* együtt – Taszilónak is meg kellett jelennie. Miután Tasziló elment Ingelheimbe, Károly elvitette Bajorországból a hercegnét, Liutpirget, a hercegi gyermekeket és a kincseket, valamint hogy a herceg megaláztatása teljes legyen, fegyvertelenül kellett a király elé járulnia. A frank *optimates* jelenlétében megtartott tárgyaláson a Károlyhoz „hűséges” bajorok súlyos vádakkal illették Taszilót, miszerint az még akkor sem volt hajlandó hűségesküjét betartani, miután túszokat – s ezek között saját fiát is – Károly rendelkezésére bocsátott; mindezen tetteit felesége, Liutpirg sugallatára tette, hasonlóképpen a hercegné – apja trónfosztását megbosszulandó – bujtotta fel férjét, hogy lépjen szövetségre az avarokkal. (Az avarokkal kötött szövetség kiváltképp nagy súllyal esett latba, lévén hogy ezek a keresztény világ, s ezzel a korabeli *ius gentium* határain kívül helyezkedtek el, következésképpen aki velük szövetkezett, az egész keresztény világgal fordult szembe.) Tasziló a vádak egy részét nem tagadhatta, hiszen önálló külpolitikája részét képezte, hogy más népekkel kapcsolatot vegyen fel, s ezeket saját belátása szerint alakította, ami természetesen a frank uralkodó szemében hűtlenségnek tűnt. Mindezen vádpontok azonban nem lettek volna elegendőek ahhoz, hogy Taszilót halálra ítéljék, illetve őt és utódait megfosszák a hercegségtől, valamint hogy a hercegséget a frank király kezére játsszák: a herceg korábbi állítólagos bűneit kellett előhozni, többek között a 757-es aquitániai hadjáratban

elkövetett *harislizt*, vagyis a királyi had önkényes elhagyását. A vád jogi háttére ugyan – amint utóbb az elemzés kimutatja majd – pusztán a sereg engedély nélküli elhagyásával nem volt megalapozott, tekintettel arra, hogy a *harisliz* csak a IX. századtól számított halállal büntetendő cselekménynek. A bűnösség kimondása után Károlyt „kegyessége” és „rokoni érzései” arra indították, hogy ne engedje a halálos ítéletet végrehajtani; Taszilónak azt kellett kérnie, hogy hátralevő életét kolostorban tölthesse, ahol bűneit megbánhatja, s így legalább lelke üdvéről gondoskodhatik – a herceg tonzúrázására 788. július 6-án került sor, majd Jumièges-be száműzték. Hasonlóképpen fiait, Theodót és Theodbertet, valamint feleségét, Liutpirget és leányait, Cotaniát és Hrodrudot is – egymástól szigorúan elkülönítve, feltehetően más-más – kolostorba zárták, amivel még azt is meggátolták, hogy az Agilolfing-dinasztia házasságok révén fennmaradhasson.

Az *Annales*ek elbeszélése túlon túl harmonikusnak és lekerekítettnek tűnik ahhoz, hogy teljességgel megfelelhessen a valóságnak: Tasziló védekezése mindenestül hiányzik – hiszen hivatkozhatott volna a 763-as események kapcsán betegségére –, beismerő vallomása is irreálisan bűnbánó benyomást kelt. Mind Tasziló gyermekei kolostorba zárásának, mind Bajorország a Karolingok birodalmába történt anektálásának jogi megalapozottsága igen kétséges, hiszen Tasziló tonzúrázását követően de iure fiának kellett volna az Agilolfingek öröklési jogát biztosító *Lex Baiuvariorum* rendelkezése szerint átvennie a hercegséget. Ugyanakkor ezen eset némiképp jellemzi a középkori jogérzék működését, mivel nem a sérthetetlennek vélt jogot változtatták meg, illetve interpretálták a tényállásnak megfelelően, hanem olyan, a törvénynek megfelelő tényállást konstruáltak, ami a kívánt politikai eredményre vezetett – nem vitatták el Tasziló gyermekeinek és feleségének igényét a Bajor Hercegségre, viszont személyi státuszukat változtatták meg oly módon, hogy de iure már nem illette meg őket igényük érvényesítése. (Természetesen Nagy Károlynak lehetősége nyílt volna Tasziló mellett a család többi tagját is halálra ítéltetni, ám e drasztikus, a kortársakban és a bajor alattvalókban is várhatóan visszatetszést keltő megoldástól nyilvánvalóan visszariadt, s ezért megelégedett a *Klostertoddal*.)

Az Agilolfing-dinasztia félreállítása kétségkívül nem volt jogilag megalapozott, érdemes azonban megvizsgálni, hogy Tasziló elítélése mennyiben tekinthető jogszerűnek, illetve az ellene felhozott vádak hogyan csoportosíthatók és minősíthetők. Megoszlanak a vélemények arra vonatkozóan, hogy az ítélet alapját elsődlegesen a 763-as *harisliz* jelentette-e, illetve a *harisliz crimen maiestatis*nak minősült-e, vagy pedig a *harisliz* az egyéb, a herceg ellen felhozott vádpontokhoz hasonlóan az *infidelitas* kategóriájába tartozik-e, amelyek együtt szolgáltak indokul az ítélethez. A kora középkorban a *crimen maiestatis* fogalma az antikvitás örökségének mintegy utolsó összefoglalójánál, Isidorus Hispalensisnél fordul elő, majd hosszabb időre kivész a használatból, s csak az *Annales regni Francorum* él e megnevezéssel Nagy Károly császárrá koronázását követően a pápa elleni összeesküvők kapcsán, ám ezen utóbbi előfordulás összefüggést mutat az antik hagyományt – kiváltképp Itáliában – feléleszteni igyekvő Karoling-renaisszánszal. A szintén a császárrá koronázás után keletkezett *Annales qui dicuntur Einhardi* Taszilót *maiestatis reus*nak nevezi – ám épp e döntő fontosságúnak tekinthető fordulat hiányzik a korábban lejegyzett *Annales regni Francorum* vonatkozó részéből, s nagy valószínűséggel későbbi betoldás eredménye. A *Capitulare Italicum* 801-es bejegyzése is *crimen maiestatis*ként határozta meg a *harislizt*, vagyis a hadsereg elhagyását az uralkodó engedélye nélkül, e *capitulare* azonban azt szolgálta, hogy a római és a langobard jog hiányait pótolja, s így egy sajátos *mixtum compositumot*, a római *crimen maiestatis* és a germán *harisliz* elemeit ötvöző, fő- és jószágvesztéssel járó tényállást hozott létre.

Az *Annales regni Francorum* elbeszélését olvasva a per lefolyásáról feltűnővé válik a narratíva hézagmentessége: a jelenlevők viselkedése túlságosan megkomponáltnak tűnik, a vádak mintegy maguktól tolnak elő, a vádemelők személye homályban marad, a király passzivitásba vonul, egyetlen aktív ténykedése a vádlott számára nyújtandó kegyelem kieszközlésében

nyilvánul meg, a herceg pedig önként, saját kezdeményezésére, nem pedig királyi parancsra vonul kolostorba. Joggal merül fel a gyanú: a szerző nem a valós eseményeket kívánta dokumentálni, hanem Nagy Károly uralkodói nimbuszát növelve ideális keresztény uralkodóvá akarta stilizálni a Bajorországot hatalma alá hajtó királyt. A hivatalos frank propagandát közvetítő *Annales regni Francorum*mal szemben realisabb leírást olvashatunk az *Annales Laureshamenses*ben, hiszen itt a frankok elleni szervezkedés és a felesége gonosz tanácsára megkötött avar szövetség indítják arra a herceg addigi bizalmasait, hogy uruk ellen valljanak, ami végül a frankok által meghozott, s csak Nagy Károly intervenciójának köszönhetően enyhített halálos ítélethez vezet. Az események itt már realisabbnak, életszerűbbnek tűnnek, a passzív frank uralkodóról kibontakozó kép azonban változatlanul kedvező – ez feltehetően a Nagy Károlyhoz közel álló szerző, Richbod trieri püspök személyes rokonszenvének tudható be. A Murbachi Évkönyvek (*Annales Nazariani*) az *Annales regni Francorum*tól teljességgel eltérő, azzal szöges ellentétben álló verziót adnak elő – anélkül hogy következetesen karoling-ellenes forrásnak nevezhetnénk e művet. Ezek szerint Nagy Károly Bajorországból frank területre hurcoltatja Tasziló családját, a herceget lefegyverezteteti, majd elítéltként *tonsuratio*ja után kolostorba zárátja. A király itt nem vonul háttérbe, illetve nem bújik meg a herceget vádoló bajorok vagy frankok mögött, hanem maga tárgyalja a herceg ügyét, és hozza meg az ítéletet, ami a kolostorba zárást jelenti – tehát nem halálos ítéletet, amit csak a nagylelkű kegy enyhít elzárásra.

A Lechfelden tett vazallusi *commendatio*val – amelynek segítségével Tasziló illegitimé tette a Bajorország elleni frank katonai akciót – súlyos megaláztatás árán ugyan, de a herceg megtarthatta hercegségét, ám ezzel keresztülhúzta Nagy Károly tervét, amely Bajorország teljes intergrálására irányult. Az ingelheimi perben vádként előhozott *infidelitas* önmagában nem állta volna meg a helyét, ezért Nagy Károly egy további vádpontot kényszerült kreálni: ez lett az árulással egyenértékű *harisliz*. Ugyanakkor – amint láttuk – sem az *Annales regni Francorum*ban nem található korábbi utalást erre a tényállásra (sem Tasziló kapcsán, sem egyéb kontextusban), a hivatalos verziótól független források pedig egyáltalán nem említik e kifejezést, illetve cselekményt még a 788-as események kapcsán sem. A *harisliz*, a királyi sereg 763-as elhagyása tehát nem más, mint fikció, s ezt, valamint a – ténylegesen csak 787-ben létrejött – hűbéri alávetettséget előfeltételező *infidelitast* legitimálandó torzította el a frank propaganda a korábbi évtizedek eseményeit, amelyeknek emlékezete, főként pedig jogi besorolása már egyébként is megfakult az egyre fogyatkozó kortársak körében. Más nézőpontból szemlélve az eseményeket azonban feltételezhetjük, hogy az *infidelitas* vádja elegendő lett volna Tasziló elítéléséhez – a koncepciók perek természetrajza ezt sugallja. A *harisliz* kiemelésével a frank propaganda valószínűleg külön hangsúlyt akart adni az immáron a királynak alávetett nemesség függő helyzetének és ebből eredő hadviselési kötelezettségének. Vizsgálódásunk végére talán nem maradt homályban, hogy Taszilót valóban *fraudator fidei*nek tekinthetjük-e, vagy pedig csak a frank források tendenciózus beállításának tudható-e be e negatív jellemzés – világosan megmutatkozott azonban, hogy milyen folyamatok vezettek e végeredményhez és e kép kialakulásához. A frank uralkodó nagyhatalmi politikájának nem volt feltétlenül szüksége katonai összeütközésre ahhoz, hogy miután ellenfeleivel és ellenségeivel leszámolt, a hajdani Meroving-uralom alatt álló területen önállóságát immáron egyedülként megőrző Bajorországot is beolvassza birodalmába, elegendőnek mutatkozott ravasz diplomáciai eszközökkel elszigetelni a hercegséget, s a maga számára megnyerni a bajorok egy, a majdani perben őt támogató csoportját. A perben nem csupán hajdani vétkei, nevezetesen a 763-ban elkövetett *harislizt*, vagyis a királyi sereg önkényes elhagyását vetették Tasziló szemére, hiszen ez de iure nem lett volna elegendő a halálos ítélet kimondásához, hanem súlyos hűtlenséggel – számos, 757-ben és 781-ben tett hűségesküjének, illetve 787-es vazallusi esküjének megszegésével –, s az *infidelitas* legsúlyosabb megnyilvánulásának számító, az avarokkal kötött szövetséggel is vádolták. A halálos ítélet végrehajtása ugyanakkor nem hozta

volna meg Károly számára a kívánt eredményt, hiszen Tasziló kivégzésével nem annektálhatta volna eo ipso Bajorországot; Tasziló – s vele együtt családtagjainak – kolostorba zárása viszont lehetővé tette a frank uralkodónak, hogy szabadon rendelkezék az immáron uratlanná vált hercegséggel. Az *Évkönyvek* elbeszélései a tényeket, helyesebben a következményeket illetően számos ponton megfelelnek a valóságnak, az oksági viszonyokat azonban nem egyszer meghamisítják, illetve elkendőzik.

A jogi helyzet tisztázatlanságát és Károly Bajorország feletti uralmának nem teljes legitimitását mutatja a 794-es Frankfurti Zsinaton Taszilótól kivett nyilatkozat, amelyben maga és utódai Bajorországra vonatkozó minden igényéről lemond – a továbbiakban a források nem tesznek említést Taszilóról, az egyetlen tény, amit róla megtudunk, hogy az egykori bajor herceg egy általunk nem ismert esztendő decemberének 11. napján egyszerű szerzetesként távozott az élők sorából.

Pákozdi Zita
Kifogás az eljárás elhúzódása miatt – egy új jogintézmény
és annak eredményei a polgári eljárásban

I. Bevezetés

A XXI. században a polgári eljárás egyik sarkalatos kérdése a perek ésszerű időn belüli befejezése. Ez az igény mind a jogalkotó, mind a jogalkalmazó részéről megfogalmazódott már, de természetesen a jogkereső számára a legfontosabb, hogy peres ügye rövid és költségkímélő legyen, ugyanakkor az is, hogy a jogérvényesítés „zökkenőmentes” legyen, azaz „nyíljék szélesre a bírósági út kapuja”.¹ Többek közt ezeket a célokat igyekezett megvalósítani a jogalkotó a polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (továbbiakban: Pp.) '92-es, '95-ös és '99-es módosításával, melyek révén bevezette a bíróságokra nézve kötelező ésszerű időn belüli befejezés követelményét, az ennek megsértése miatt igénybe vehető kartérizés szabályait, és több határidőt is szabott az eljárás menetében a bíróságok részére.

Ugyanakkor a hazai jogalkotás során nem csak a belföldi viszonyokat kell figyelembe vennünk, hanem a Rómában, 1950. november 4-én kelt, és az 1993. évi XXXI. törvénnyel kihirdetett, az Emberi jogok és alapvető szabadságok védelméről szóló egyezménybe foglalt nemzetközi kötelezettségeinket is (továbbiakban: Római Egyezmény). A Római Egyezmény 6. cikke fogalmazza meg a tisztesség eljáráshoz fűződő jogot, miszerint: „Mindenkinek joga van arra, hogy ügyét a törvény által létrehozott független és pártatlan bíróság tisztességesen, nyilvánosan és ésszerű időn belül tárgyalja, és hozzon határozatot polgári jogaival és kötelezettségeivel kapcsolatos jogvitájában [...]”

A Római Egyezmény keretében működő strassbourgi szervekhez benyújtott magyar panaszok jelentős részét a polgári perek elhúzódása miatt teszik az érintettek.² A jogalkotó ezért szükségesnek látta egy jogintézmény bevezetését, mely lehetővé teszi Magyarországnak az említett 6. cikkel kapcsolatos kötelezettségének hatékony teljesítését, és amely természetesen a felek számára is megfelelő eszközt teremt a perek tisztességes lefolyásához és ésszerű időn belül történő befejezéséhez fűződő joguk érvényesülése tekintetében.

Az új jogintézmény *az eljárás elhúzódása miatti kifogás*, melyet a 2006. évi XIX. törvény iktatott be a Pp.-be.³ Az újfajta kifogást az osztrák perjog hasonló jogintézményének mintájára alakította ki a magyar jogalkotó.

Tanulmányunkban ezzel a kifogással kívánunk foglalkozni, melynek során ismertetnénk a hatályos magyar szabályozást és a mintájának tekinthető osztrák rendelkezéseket. Rávilágítanánk a magyar sajátosságokra a két ország szabályozásának összehasonlításával, és bemutatnánk a kapcsolódó bírói gyakorlatot a rendelkezésre álló magyar jogesetek segítségével. Legvégül – ahogy a cím is jelzi – az újfajta kifogás hatékonyságát, eredményességét értékeljük.

¹ Könyvesné Orosz Ibolya: Az időtényező a polgári eljárásjogban, különös tekintettel a kifogás jogintézményére. In: Az igazságszolgáltatás kihívásai a XXI. Században. Tanulmánykötet Gáspárdy László professzor emlékére. HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft. Budapest, 2007. 211. o. (továbbiakban: Könyvesné)

² A bírósági eljárás elhúzódása miatti kifogás jogintézményének bevezetéséhez kapcsolódó egyes törvények módosításáról szóló 2006. évi XIX. törvény miniszteri indokolása

³ Az új jogintézmény nem csak a Pp.-be, hanem egyidejűleg a büntetőeljárásról szóló 1998. évi XIX. törvénybe is beépítésre került, ahol a 262/A. és 262/B. §-okban került szabályozásra.

II. Az osztrák „minta”

A polgári perek elhúzódása nem csak magyar jelenség. Amikor a magyar jogalkotó részéről felvetődött egy új szabályozás bevezetése, amely a perek ésszerű időn belüli befejezését segítené, a szomszédos Ausztria polgári eljárásjogában már 1990-től élő jogintézményt vette alapul. A „minta” azért is bizonyult megfelelőnek, mert a Strassbourgi Emberi Jogok Európai Bírósága (továbbiakban: EJEB) egyik 2001-es döntésében az eljárás elhúzódása miatti kérelmet elutasította arra hivatkozással, hogy a kérelmező nem merítette ki az összes hazai (osztrák) jog által biztosított jogorvoslati lehetőséget, mivel a fellebbezéseken túl nem vette igénybe a „*Gerichtsorganisationsgesetz*”⁴ (továbbiakban: GOG) 91. §-ában található „*Fristsetzungsantrag*” elnevezés alatt szabályozott jogintézményt.⁵

Ausztriában tehát a jogalkotó szövetségi szinten a GOG-ban szabályozta a szóban forgó kifogást. Ez a törvény – ahogy elnevezéséből is kitűnik – az osztrák bíróságok szervezeti felépítésének és belső ügyrendjeinek rendelkezéseit tartalmazza. A 91. § 1990. január elsejével lépett hatályba.

A 91. § (1) bekezdése szerint, ha egy bíróság egy eljárási cselekmény lefolytatását elmulasztja – például tárgyalás megtartása, határidő betartása, írásbeli döntés meghozatala –, akkor a fél az ennél a bíróságnál előterjesztett kérelmével kérheti a felettes bíróságtól egy pontos határidő megállapítását, mely az eljárás megtételére kötelezi a mulasztó bíróságot. Az ügyben eljáró bíróság a törvénytörvény szerint *rögtön* köteles felterjeszteni a kérelmet saját álláspontjával együtt.

A 91. § (3) bekezdése alapján a felettes bíróság három hivatásos bíróból álló tanácsban dönt, és amennyiben fennáll a mulasztás, „gyorsításra” hívja fel az alsóbb bíróságot, amennyiben az eljáró bíróság nem mulasztott, a kérelmet elutasítja. Ez a döntés pedig „*megtámadhatatlan*”, vagyis ellene nincs helye semmilyen jogorvoslatnak.

A (2) bekezdés azt a lehetőséget rögzíti, hogy az ügyben eljáró bíróság a kérelemben megnevezett eljárási cselekményt négy hetes időtartam alatt elvégezheti, vagyis intézkedhet a sérelmes helyzet megszüntetése érdekében. Az eljárási cselekmény megtételéről a kérelmezőt értesítik. Ilyenkor a kérelmet úgy tekintik, mintha azt a kérelmező visszavonta volna. Azonban ebben az esetben is fennáll a lehetősége a kérelmezőnek, hogy az értesítés kézhezvételétől számított 14 napon belül bejelentse: a kérelmét fenntartja. Ez azt jelenti, hogy a kérelmet fel kell terjeszteni a felsőbb bírósághoz, aki azt érdemben bírálja el a 91. §-ban irányadó szabályok szerint.

III. Az eljárás elhúzódása miatti kifogás magyar szabályai

Amikor a magyar jogalkotó részéről felvetődött az új típusú kifogás intézményének bevezetése, megfogalmazódott a kérdés: hol és milyen keretek közt szabályozza azt? Megoldásként szóba jött a bíróságok szervezetéről szóló 1997. LXVI. törvény (továbbiakban Bsz.), ahol nem csak az eljárás céljai, hanem a részletes szabályai is kifejtésre kerültek volna,

⁴ Gesetz vom 27. November 1896, womit Vorschriften über die Besetzung, innere Einrichtung und Geschäftsordnung der Gerichte erlassen werden. Forrás: <http://www.ris2.bka.gv.at/Dokument.wxe?QueryID=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR12012887&WxeFunctionToken=d9a47fcc-a119-4d07-bb2c-c0815e708cb6> (letöltve: 2008. 02. 25.)

⁵ Case Of Holzinger v. Austria (No. 1) Applicatoin no. 23459/94, 30. January 2001. Forrás: www.coe.int (letöltve: 2008. 02. 25.)

míg az eljárásjogi törvényeink csak a kifogást igénybe vevőket sorolták volna fel.⁶ Ezzel szemben a másik megoldás valósult meg, vagyis a részletes eljárási szabályok is az eljárási törvényekben kerültek rögzítésre. Emellett természetesen a Bsz.-ben és a bírósági ügyvitel szabályairól szóló 14/2002. (VIII. 1.) IM rendeletben (továbbiakban: Bűsz.) is találunk rendelkezéseket, azok azonban csak a bíróságok részére adnak iránymutatást.

A Pp. 114/A. és 114/B. §-aiban olvashatjuk az eljárás elhúzódása miatt emelhető kifogás (továbbiakban: kifogás) rendelkezéseit, melyeknek célja az ésszerű idő érvényesítése a polgári peres eljárás során, konkrétan pedig az, hogy amennyiben az eljáró bíróság 114/A. § (2) bekezdésben rögzített valamilyen mulasztása fennáll, akkor a kifogás benyújtására jogosultak kérhetik a mulasztás tényének megállapítását, valamint a mulasztás „elhárítását”. A kifogás szabályai 2006. április elsejétől alkalmazandóak azzal a kitételrel, hogy azokat a folyamatban lévő ügyekre is alkalmazni kell. A folyamatban lévő ügyekben a kifogás előterjesztésekor külön vizsgálni kell, hogy a sérelmezett mulasztás a 2006. évi XIX. törvény hatályba lépését követően történt-e. Amennyiben nem, a kifogás érdemben nem bírálható el, mert a szükséges törvényi előfeltétel hiányzik.⁷

1. A kifogás személyi és tárgyi köre

A 114/A. § (1) bekezdése szerint a kifogást a fél, a beavatkozó, és az ügyben eljáró ügyész nyújthatja be írásban. Ezt a *személyi kört* a jogalkotó egyértelműen *taxációval* határozza meg, amelyet erősít a jogintézmény hatályba lépése óta keletkezett bírói gyakorlat is.⁸

A *tárgyi kör* meghatározását – vagyis, hogy mikor terjeszthető elő a kifogás – a már említett (2) bekezdés tartalmazza:

- a) ha a törvény a bíróság számára határidőt szabott eljárási cselekmény elvégzésére, eljárás lefolytatására, vagy határozat hozatalára, azonban az eredménytelenül telt el,
- b) ha a bíróság az eljárásban részt vevő személy, ügyész, illetve megkeresett szerv számára eljárási cselekmény elvégzésére határidőt tűzött, mely eredménytelenül telt el, és a bíróság nem alkalmazta a mulasztóval szemben megtehető szankciókat,
- c) ha a bíróság elmulasztotta a perek ésszerű időn belül történő befejezésére irányuló kötelezettségét azáltal, hogy az ügyben a bíróság utolsó érdemi intézkedése óta eltelt az az ésszerű időtartam, amely elegendő volt arra, hogy a bíróság az eljárási cselekményt elvégezze, vagy annak elvégzéséről rendelkezzen, azonban a bíróság ezt nem tette meg.

Az a), b) és c) pontok tehát azokat az eljáró bíróság részéről megvalósítható mulasztásokat tartalmazzák, amelyek a kifogás előterjesztését megalapozhatják.

Az első esetben az 1999. évi CX. törvény (VIII. Novella) által megszabott határidők megsértése miatt lehet helye kifogásnak, melyeket a jogalkotó kifejezetten a perek ésszerű időn belül való befejezésének hatékonyabb érvényesülése érdekében vezetett be.⁹ Fontos megjegyezni azonban, hogy a Pp.-t érintő későbbi módosítások is tartalmaznak eljárást gyorsító törvényi határidőket a bíróság számára, mint például a felülvizsgálati kérelem

⁶ Kiss Daisy: Felelőtlen felelősök. A bírósági eljárások elhúzódás miatti kifogás új jogintézménye a polgári perekben. Fundamentum, 2004/1. 149. o. (továbbiakban: Kiss Daisy: Felelőtlen felelősök)

⁷ Ítéletáblai Határozatok 2006. 119. (továbbiakban: ÍH)

⁸ Lásd: Jász-Nagykun-Szolnok Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának III/2006. (IV. 7.) számú Ajánlása (továbbiakban: Jász-Nagykun-Szolnok Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának Ajánlása), a Veszprém Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának 2006. június 12-én megtartott együttes szakági ülésén kialakított véleménye (továbbiakban: Veszprém Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának Véleménye) – forrás: BDT: 2006/9. szám, Pécsi Ítéletábla Polgári Kollégiumának 2/2006. (VI. 2.) véleménye a bírósági eljárás elhúzódása miatti kifogásról – forrás: Complex Döntvénytár, Complex Jogtár Plusz

⁹ Pp. 118. § (1) bek., Pp. 124. § (1) bek., Pp. 125. § (1) -(3) bek., Pp. 187. § (2) - (3) bek., Pp. 202. § (3) - (4) bek., Pp. 219. § (2) bek., Pp. 238. § (1) bek., Pp. 243. § (1) bek., Pp. 254. § (4) bek.

felterjesztése [227. § (4) bekezdés], a fizetési meghagyás kibocsátása (317. §), a közigazgatási perekben a tárgyalás kitűzésére vonatkozó szabályok (332/B.§).

A b) pontbeli mulasztást merítheti ki az az eset, amikor a bíróság felfüggesztette az előtte folyó eljárást, és felhívta az érintett felet, hogy indítsa meg azt az eljárást, mely miatt a felfüggesztés történt, azonban a felhívásnak a fél nem tesz eleget. De itt említhetjük azt a körülményt is, amikor a bíróság felhívja alperest ellenkérelmének előterjesztésére, az alperes azonban azt nem teljesíti, a tanú, a szakértő nem jelenik meg a tárgyaláson, és a bíróság azt nem is szankcionálja. Lényeges megemlíteni azonban, hogy ezekben az esetekben mindig kettős mulasztásról van szó, vagyis a perbeli személy mulasztása mellett a bíróság is mulaszt, mert a mulasztóval szemben nem alkalmazza a mulasztás lehetséges jogkövetkezményeit. Az előbbi példákat tekintve tehát a bíróság nem szab ki pénzbírságot a peres felekre, vagy nem alkalmaz kényszerítő intézkedéseket a tanúval, a szakértővel szemben.

A c) pont esetében nem lehet egyértelmű példákat felhozni, ahogy az előző esetekben, hiszen az ésszerű időre vonatkozóan lehetetlen konkrét időtartamot megadni. Általánosságban azt mondhatjuk, hogy azok az esetek tartoznak ide, melyek az a) és b) pont nevesített esetköreibe nem vonhatók be. Az ésszerűség kritériumát tekintve pedig a Pp. 2. § (2) bekezdését hívhatjuk segítségül, vagyis mindig a konkrét ügy körülményeinek ismeretében dönthető el, hogy a bíróság mulasztott-e az ésszerű idő követelményével szemben.

A (3) bekezdés egy kizáró okot is tartalmaz, ami így a tárgyi kört konkretizálja. Eszerint nincs helye kifogás benyújtásának bizonyítási cselekmény elrendelése, valamint olyan határozat ellen, mellyel szemben külön fellebbezésnek van helye. Amennyiben tehát a fél álláspontja szerint az elrendelt bizonyítás felesleges, az továbbra is az érdemi határozat elleni fellebbezésben vitatható.¹⁰

A személyi és tárgyi kör szabályait összegezve elmondhatjuk, hogy a személyi kör és a kifogás kizártságára vonatkozó rendelkezések tekinthetők olyan törvényi előfeltételeknek, melyek a kifogás érdemi elbírálására való alkalmasságot jelentik. Vagyis a kifogás előterjesztésekor először mindig vizsgálnia kell a bíróságnak, hogy azt az arra jogosult nyújtotta-e be, illetve, hogy nem állnak-e fenn a (3) bekezdésben szabályozott kizáró okok.

2. Hatásköri szabályok

A kifogás elbírálására a Pp. 114/B. § (3) bekezdése alapján mindig az egy szinttel magasabb bírói fórum rendelkezik hatáskörrel, tehát a helyi bíróság mulasztásával szemben a megyei bíróság, a megyei bíróság mulasztásával szemben az ítéletábla, az ítéletábla mulasztásával szemben pedig a Legfelsőbb Bíróság jár el három hivatásos bíróból álló tanácsban. Amennyiben a Legfelsőbb Bíróság mulasztásáról van szó, akkor a kifogást a Legfelsőbb Bíróság másik tanácsa bírálja el.¹¹ A hatáskörrel rendelkező bíróság a kifogást az iratok felterjesztésétől számított *tizenöt napon belül* bírálja el tárgyaláson kívül.

A Pp. 114/B. § (1) bekezdésében foglaltak alapján az ügyben eljáró bíróság is intézkedhet az ügyben, vagyis hatáskörrel rendelkezik a kifogás tekintetében. A kifogást az eljáró bíróság ugyanis annak beérkezésétől számított *nyolc napon belül megvizsgálja*, és amennyiben azt alaposnak tarja, *harminc napon belül intézkedik* az ügyben a sérelmes helyzet megszüntetése érdekében.

A hatáskör tekintetében felvetődik a kérdés, hogy a kifogás elbírálásának törvényi előfeltételeit az ügyben eljáró bíróság, vagy a felettes, a kifogás érdemi elbírálására jogosult bíróság vizsgálja, vizsgálhatja? A joggyakorlat kétféle álláspontot vázolt fel a kérdéssel kapcsolatban. Az egyik szerint a Pp. ezt az esetkört nem szabályozza konkrétan, így ebből

¹⁰ Kommentár a polgári peres eljárásról szóló 1952. évi III. törvényhez – CompLex Jogtár

¹¹ A szabályozás megalkotása során először azt a koncepciót alakították ki, hogy a helyi és megyei bíróságok mulasztásával szemben az ítéletábla, az ítéletábla esetében pedig a Legfelsőbb Bíróság járna el. – Kiss Daisy: Felelőtlen felelősök. 150. o.

az következhet, hogy a törvényi feltételek vizsgálata is a felsőbb bírói szerv hatáskörébe tartozik. A 114/B. § (6) bekezdése viszont utaló szabályt tartalmaz, miszerint a kifogás elintézésére a *végzés elleni fellebbezésre* vonatkozó rendelkezéseket kell megfelelően alkalmazni. A Pp. 259. §-ában foglalt utaló szabályra tekintettel pedig a végzés elleni fellebbezés szabályaira – ha a 257. és 258. §-ok másként nem rendelkeznek – az ítélet elleni fellebbezés szabályait kell alkalmazni. Így a Pp. 237. §-a értelmében az elsőfokú bíróság a fellebbezést megvizsgálja, és ha a törvényi előfeltételek nem állnak fenn, azt hivatalból elutasítja. Ebből kifolyólag az ügyben eljáró bíróság a kifogást megvizsgálja, és amennyiben a törvényi előfeltételei nem állnak fenn (nem jogosult nyújtotta be, kizárt esetben nyújtották be), akkor a kifogást érdemi vizsgálat nélkül elutasítja. Ebben az esetben természetesen a Pp. 233. § (1) bekezdése értelmében az elutasító végzés ellen fellebbezésnek van helye.

Ezt a második megoldást tartja követendőnek több bíróság is¹², a magunk részéről is ezt az álláspontot látjuk célszerűbbnek. A Legfelsőbb Bíróság Civilisztikai Kollégiuma a 2007. január 29-31. napján megtartott országos tanácskozásán készült emlékeztetőjében ezzel kapcsolatban azt mondta ki, hogy a törvényi előfeltételek hiánya esetén a kifogást az ügyben eljáró bíróság is *elutasíthatja*, ekkor az elutasító végzés ellen fellebbezésnek van helye. Abban az esetben, ha az eljáró bíróság mégis felterjeszti a kérelmet az elbírálásra jogosult bírósághoz, akkor az elutasító végzés ellen fellebbezésnek nincs helye.¹³ Legfelsőbb Bíróságunk tehát ezt a kérdést nyitva hagyja, és az ügyben eljáró bíróságra bizza a döntést.

Amennyiben az ügyben eljáró bíróság a kifogást nem tartja alaposnak, a Pp. 114/B. § (2) bekezdésében foglalt eljárási rend szerint megküldi a beadványt az ellenfélnek azzal, hogy a kézhezvételtől számított *nyolc napon belül* arra észrevételeket tehet. A bíróság a határidő elteltétől számított újabb *nyolc napon belül* terjeszti fel az iratokat a kifogás elbírálására hatáskörrel rendelkező bírósághoz.

3. Az érdemi elbírálás során megtehető intézkedések

Amennyiben a kifogást elbíráló bíróság a kifogást alaposnak tartja, a Pp. 114/B. § (4) bekezdése alapján a mulasztó bíróságot határidő túzásával az ügy továbbviteléhez szükséges intézkedések megtételére a 114/A. § (2) bekezdés b) pontjában foglalt esetben az adott ügyben leghatékonyabb intézkedés foganatosítására hívja fel. Fontos rendelkezés, hogy – az a) pontban foglalt esetet kivéve – a felhívás nem utasíthatja az alsóbb bíróságot eljárási cselekmény lefolytatására, a miniszteri indokolás szerint ugyanis ez a bírói függetlenség alapelvébe ütközne.¹⁴ Ilyen tiltott utasításnak tekinthetjük például a tárgyalási határnap konkrét meghatározását, a bizonyítás sorrendjére vonatkozó utasítást, olyan intézkedés megtételét, amely bírói mérlegelés körébe tartozik (kényszerítő intézkedések alkalmazása). Ennek a körnek a kialakításában természetesen a bírói gyakorlatnak is nagy szerepe lesz.

Előfordulhat, hogy az adott ügyben több különböző intézkedés is célszerű lehet, tehát több intézkedés is előrébb viheti az eljárást. Erre az esetre a Jász-Nagykun-Szolnok Megyei Bíróság ajánlása azt a követhető megoldást adja, hogy a lehetséges intézkedések közül az ügyet elbíráló bíróság választ.¹⁵ Véleményünk szerint ebben az esetben a célszerűséget és a hatékonyságot is mindenképpen figyelembe kell venni.

¹² Jász-Nagykun-Szolnok Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának Ajánlása, BDT. 2006/9. 64. o.; Veszprém Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának Véleménye, BDT. 2006/9. 67. o.

¹³ A Legfelsőbb Bíróság Civilisztikai Kollégiumának Emlékeztetője a 2007. január 29-31. napján megtartott tanácskozáson megvitatott kérdésekről – forrás: CompLex Döntvénytár, CompLex Jogtár Plusz (továbbiakban: A Legfelsőbb Bíróság Civilisztikai Kollégiumának Emlékeztetője)

¹⁴ 2006. évi XIX. törvény miniszteri indokolása

¹⁵ Jász-Nagykun-Szolnok Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának Ajánlása, BDT. 2006/9. 63. o.

A kifogást elbíráló bíróság a kifogást indokolt határozattal elutasítja, amennyiben az alaptalan. A határozat ellen további jogorvoslatnak nincs helye.

A 114/A. § (4) bekezdése szerint a kifogást annak benyújtója mindaddig visszavonhatja, amíg a bíróság arról érdemben nem dönt. Garanciális szabály, hogy a visszavont kifogást *újból előterjeszteni nem lehet*, továbbá a 114/B. § (5) bekezdése értelmében a bíróság pénzbírással sújthatja azt a személyt, aki ugyanabban a perben ismételt alaptalan kifogást nyújt be. Ezek a rendelkezések is a perek ésszerű időn belül történő befejezését szolgálják, valamint a célszerű és jóhiszemű pervittel is összhangban állnak.

4. Egyéb kérdések a kifogás elintézése során

Habár eljárási törvényünk nem tartalmaz a kifogás előterjesztésének határidejére nézve rendelkezést, maga a szabályozás célja határolja be, hogy az meddig nyújtható be. A cél ugyanis nem a mulasztás megállapítása – hiszen azzal még nem jut előbbre az eljárás –, hanem az, hogy a feltételezett bírói mulasztás vagy késedelem megszüntetésre kerüljön. Ebből kifolyólag a kifogás benyújtásának és elbírálásának akkor van létjogosultsága és értelme, ha a vélelmezett mulasztás még fennáll az előterjesztéskor.¹⁶ A 114/A. § (2) bekezdésének a) pontja esetén a kifogás benyújtására nyitva álló határidő a bírói késedelem fennálltaig tart, a b) pont esetében addig, amíg a bíróság nem teszi meg a szükséges intézkedést, a c) pontban írtaknál pedig mindaddig, amíg a bíróság mulasztása fennáll az ésszerű idő konkrét körülményeit vizsgálva.¹⁷

A Pécsi Ítéltábla Polgári Kollégiuma és a Veszprém Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiuma vizsgálta ezzel kapcsolatban azt az esetkört is, amikor a jogosult kifogását megtette, ugyanakkor az ügyben eljáró bíróság már intézkedett a mulasztás vonatkozásában. A Pécsi Ítéltábla úgy látja, hogy ilyenkor a bíróság felhívhatja az előterjesztőt kifogásának visszavonására, arra a kérdésre azonban, hogy ha az előterjesztő nem vonja azt vissza, melyik bíróság dönt a kifogás elbírálásában, már nem ad választ.¹⁸ A Veszprém Megyei Bíróság azon a véleményen van, hogy ilyenkor a bíróság akkor jár el helyesen, ha a kifogást felterjeszti az elbíráló bírósághoz, mert a megalapozottság felől a felsőbb bíróság hivatott dönten.¹⁹

A Veszprém Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának Véleménye az iratok felterjesztésével és a kifogás esetleges illetékével kapcsolatos további kérdésekkel is foglalkozik. A bíróság véleménye szerint csak a *döntéshez szükséges résziratok felterjesztése* szükséges a Bűsz. 49. § (5) bekezdése értelmében. Azt pedig, hogy a kifogás illetékköteles beadvány-e az *illetékekről szóló 1990. évi XCIII. törvény* 38. § (1) bekezdése alapján dönthető el, hiszen az illetéket az eljárást kezdeményező félnek kell megfizetni az eljárás megindításakor. A vélemény szerint „a kifogással megindított eljárás azonban illetékjogi szempontból nem minősül olyan önálló eljárásnak, amely illetékfizetési kötelezettséggel járna”²⁰.

A hatályos magyar szabályozás bemutatása végén a kifogással kapcsolatos határidőkről ejtenénk néhány szót. Első látásra a törvény rövid határidőket szab a kifogás elbírálására, mely így rugalmas eljárást biztosít a bíróságok számára. Azonban ha megvizsgáljuk az

¹⁶ A Legfelsőbb Bíróság Civilisztikai Kollégiumának Emlékeztetője – forrás: CompLex Döntvénytár, CompLex Jogtár Plusz

¹⁷ Pécsi Ítéltábla Polgári Kollégiumának 2/2006. (VI. 2) véleménye a bírósági eljárás elhúzódása miatti kifogásról – forrás: CompLex Döntvénytár, CompLex Jogtár Plusz

¹⁸ Pécsi Ítéltábla Polgári Kollégiumának 2/2006. (VI. 2) véleménye a bírósági eljárás elhúzódása miatti kifogásról – forrás: CompLex Döntvénytár, CompLex Jogtár Plusz

¹⁹ Veszprém Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának Véleménye, BDT. 200/9. 67. o.

²⁰ Veszprém Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának Véleménye, BDT. 200/9. 66. o.

elintézési határidőket, és figyelembe vesszük a kézbesítési időket, akkor akár harminc-, illetve hatvannapos időtartamok is előfordulhatnak az eljárás során.²¹ Valóban érdekes az a helyzet, hogy amikor a bíróság alaposnak tartja az előterjesztett kifogást, és az eljárás során maga hozza meg a szükséges intézkedéseket, miért szükséges erre harminc napos határidőt biztosítani. Továbbá véleményünk szerint az iratok felterjesztésére nyitva álló nyolc napos határidő is soknak tűnik. Érdeemes lenne ezeket a határidőket újragondolni, és lerövidíteni, különösen, hogy a kifogás bevezetésével az eljárás gyorsítása volt a cél.

IV. Az osztrák és magyar rendelkezések összevetése

Mivel a magyar kifogás az osztrák „*Fristsetzungsantarg*” alapján lett kialakítva, több helyen is *azonos rendelkezéseket* olvashatunk a két törvényben.

Így mindkét országban a felsőbb bíróság jogosult elbírálni a kifogást, úgy, hogy az alsóbb bíróságnak számadási kötelezettsége áll fenn az ügygel kapcsolatban. Azonos az a kitétel is, hogy amennyiben nem állapítható meg az ügyben eljáró bíróság részéről mulasztás, akkor a kifogás elbírálására hatáskörrel rendelkező felsőbb bíróság elutasítja a kifogást. Továbbá egyik országban sincs helye további jogorvoslatnak az elutasító határozat ellen.

Ahogy azonban a két ország szabályainak ismertetéséből is láthatjuk, a magyar jogalkotás részletesebben dolgozta ki a kifogás intézményének rendelkezéseit, eljárási szabályait. Ez a szakasz- és bekezdés számokon is látható. Ebből kifolyólag *több különbséget* is találhatunk, melyek így sajátos magyar elemeknek tekinthetők a kifogás terén.

A leglényegesebb különbségnek azt látjuk, hogy a magyar szabályozás soraiból hiányzik a kérelem fenntartására vonatkozó rendelkezés. Ezt azért hiányoljuk, mert ha az eljáró bíróság harminc napon belül intézkedik a sérelmes helyzet megszüntetése érdekében, annak révén még nem biztos, hogy a sérelem ténylegesen orvoslásra is került. Lehet, hogy az eljáró bíróság által fogantatosított intézkedés nem a legmegfelelőbb volt az adott ügyben, vagy egyáltalán nem volt megfelelő. Ezért szabályozta az osztrák jogalkotó ezt az esetkört a kérelem fenntartásának lehetőségeként, biztosítva ezzel az előterjesztőnek, hogy az eljáró bíróság intézkedése ellenére kérelmét érdemben elbírálja a felsőbb bíróság. Magyar viszonylatban – ahogy az előző részben ismertettük – a Pécsi Ítéletábla és a Veszprém Megyei Bíróság foglalkozott ezzel a kérdéskörrel, és a Veszprém Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiuma a kérelem fenntartásához hasonló megoldást adott, de álláspontunk szerint ezzel a rendelkezéssel mindenképpen ki lehetne egészíteni a magyar szabályozást, hiszen egy kollégiumi vélemény nem kötelező erejű a bíróságokra nézve.

További fontos különbség, hogy a magyar jogszabály szélesebb körben jelölte ki a kifogás előterjesztésére jogosultak körét, hiszen az osztrák szabályozással ellentétben – ahol csak a fél, vagy képviselője terjeszthet elő kifogást – a fél, beavatkozó és az ügyben eljáró ügyész is kifogást emelhet az esetleges bírói mulasztások ellen.

Lényegesebb különbségek mutatkoznak az ügyben eljáró bíróság mulasztása meghatározásának esetei és a határidők terén. Az osztrák GOG nem szabályozza részletesen – ahogy a magyar Pp. 114/A. § (2) bekezdése – azokat az eseteket, melyek a bíróság mulasztását kimeríthetik, hanem csak általánosságban mondja ki a mulasztást, és néhány példát említ meg a 91. § (1) bekezdésében. Ebből következik az, hogy a 91. § (3) bekezdésében is – amikor az osztrák jogalkotó a mulasztás fennállása esetén alkalmazható jogkövetkezményt szabályozza – általánosságban fogalmaz: a felsőbb bíróság az ügyben eljáró bíróságot csupán az eljárás gyorsítására hívja fel. Természetesen lehetséges, hogy a

²¹ A polgári perrendtartás magyarázata (szerk.: Németh János – Kiss Daisy) Complex Kiadó, Budapest. 2007. 682. o.

konkrét esetekben a konkrét intézkedéseket is részletezi, és a jogalkotó minél szélesebb körben akarta biztosítani a feleknek a kifogás előterjesztésének lehetőségét.

Az eljárási határidők tekintetében szintén szűkszavú a GOG. Csupán három helyen említi határidőt:

1. a kérelem felterjesztését a beérkezést követően *rögtön, azon nyomban* meg kell tenni – a magyar jogszabály e tekintetben is pontosabban fogalmaz: az ügyben eljáró bíróságnak erre nyolc napja van;
2. az ügyben eljáró bíróságnak pedig *négy hét* áll rendelkezésére, hogy a kérelemben foglaltaknak eleget tegyen, ha a kifogást alaposnak tartja – a magyar bíróság ezt *harminc napon belül* teheti meg;
3. a fél *tizenégy napon belül* jelezheti, hogy az ügyben eljáró bíróság megtett intézkedése ellenére kérelmét fenntartja – magyar eljárásjog ezt az esetkört nem szabályozza.

A kettes pontban írt határidők azonosak, azonban a Pp. 114/B. § (1) bekezdése szerint a bíróságnak minden esetben nyolc napja van arra, hogy a benyújtott kifogást megvizsgálja. Ezt a nyolcnapos határidőt a GOG nem szabályozza. Ahogy azt sem, hogy a felsőbb bíróságnak hány napon belül kell döntést hoznia, szemben a Pp. 114/B. § (3) bekezdésével, amely tizenöt napot biztosít a kifogás elbírálására.

A GOG nem ismeri azt a magyar szabályozást sem, hogy a kifogást a bíróság az ellenérdekű félnek megküldheti észrevételek megtétele céljából, melyre az ellenérdekű félnek nyolc napja van. Valószínűnek tartjuk, hogy az osztrák jogalkotó nem akarta ezzel lassítani a kifogás elbírálását.

Lényeges különbség még, hogy a Pp. 114/A. § (3) bekezdésében két esetet külön kimond, amikor nincs helye a kifogás előterjesztésének, mely esetköröket a GOG szintén nem szabályoz. Itt a bírói gyakorlatot tartjuk kiemelhetőnek, mely alakíthatja esetlegesen azokat az eseteket, melyeknél kifogás nem terjeszthető elő.

Végezetül a Pp. külön szabályozza a kifogás alaptalan előterjesztőjével szemben a *pénzbírság* kiszabásának lehetőségét, melyről a GOG szintén hallgat. Ugyanakkor a bírói gyakorlat itt is nagy jelentőséghez jut, hiszen három, majdnem azonos jogeset kapcsán az osztrák legfelsőbb bíróság a visszaélésszerű kérelmek terén alakított ki egységes álláspontot. A perbeli jogesetekben a felperesek terjesztettek elő perújítási kérelmeket a welsi tartományi bíróságon, egyidejűleg azonban kizárási indítványokat is benyújtottak az egész tartományban működő bíróságok bírái ellen elfogultság címén. A kizárási indítványok elbírálására jogosult linzi bíróság megállapította, hogy a kérelmezők már többször terjesztettek elő hasonló kizárási indítványokat ugyanazon okok miatt ugyanazon bírakkal szemben, amely egy korábbi bírói döntés szerint – melyet a bírói gyakorlat töretlenül követ – a kizárási indítványok visszaélésszerű igénybevételének minősül. Erre tekintettel a linzi bíróság közölte a felperesekkel, hogy a kizárási indítványaikat el fogja utasítani. Felperesek erre tekintettel terjesztettek elő kifogást, melyben kérték a felsőbb bíróságot, hogy megfelelő idő tűzésével hívják fel az elsőfokú bíróságot a kizárási indítványok kérdésében való döntésre. A másodfokú bíróság azonban a kifogásokat elutasította azoknak visszaélésszerű igénybevétele miatt.²²

²² OGH 8Fs502/93, 28. 07. 1993.

Forrás:http://www.ris2.bka.gv.at/Dokument.wxe?QueryID=Justiz&Dokumentnummer=JIT_19930728_OGH0002_0080FS00502_9300000_000&WxeFunctionToken=181da9d4-18fe-4f62-8038-2e9f1936388a

OGH8Fs503/93,28.07.1993.

Forrás:http://www.ris2.bka.gv.at/Dokument.wxe?QueryID=Justiz&Dokumentnummer=JIT_19930728_OGH0002_0080FS00503_9300000_000&WxeFunctionToken=44d3d6b6-162b-4906-a1a2-d25dd11f3af8

OGH 8Fs504/93, 28. 07. 1993.

Összegzésként elmondhatjuk, hogy a magyar kifogás szabályai sokkal részletesebbek. Ugyanakkor a 114/A. § (2) bekezdésének a), b) és c) pontjai révén látszólag behatároltabbak is azok az esetkörök, melyeknél benyújtható kifogás, de az ésszerű időtartamot szabályozó c) pont széleskörű lehetőséget teremt az eljárás elhúzódásával szembeni orvoslásra. A határidők tekintetében még szűkszavúbb az osztrák jogszabály. Álláspontunk szerint a magyar jogalkotó azzal, hogy pontos határidőket szabott több helyen is, jobban szolgálta a jogbiztonságot, ugyanakkor, ahogy már említettük, egyes határidők rövidebbek is lehetnének.

V. Az eljárás elhúzódása miatt benyújtható kifogás a gyakorlatban

Ausztriában az eljárás elhúzódása miatt benyújtható kifogásnak már majdnem két évtizedes múltja van, s habár a magyar eljárásjog csak két éve „ismeri” a kifogást, mindkét jogrendszerben több jogeset is rendelkezésre áll, melyekből következtetéseket lehet levonni a jogintézmény eredményessége, céljai tekintetében, illetve arra vonatkozóan, hogy valóban a jogalkotó által elért kívánt szerepet tölti-e be a kifogás a perek elhúzódásának megakadályozása terén. A jelen fejezetben a magyar bírói gyakorlatot ismertetjük, és rávilágítunk arra néhány kapcsolódó osztrák jogeset segítségével, hogy a két országban hasonló problémák fordulnak elő, majd a befejezésben értékeljük a levonható következtetéseket.

A leggyakoribb „hiba”, hogy az ügyben eljáró bíróság nem követett el semmilyen mulasztást, vagy a kifogás előterjesztésekor már nem áll fenn mulasztás az ügyben eljáró bíróság részéről.

Egy osztrák esetben a kérelmező azt kifogásolta, hogy a fellebbezését a bíróság elmulasztotta felterjeszteni, így arra kérte a hatáskörrel rendelkező bíróságot, hogy megfelelő idő tűzésével kötelezze az eljáró bíróságot a fellebbezés felterjesztésére. Az osztrák legfelsőbb bíróság (der oberste Gerichtshof, továbbiakban: OGH) a rendelkezésre álló iratok alapján megállapította, mivel az eljáró bíróság a fellebbezést felterjesztette, így mulasztás nem történt, erre tekintettel a kifogást elutasította.²³

Egy '93-as esetben is hasonló volt a helyzet, amikor a kérelmező azt állította, hogy fellebbezéseit a bíróság még nem bírálta el. A kifogás elintézése során azonban azt állapította meg a bíróság, hogy a szóban forgó fellebbezések már mind elintézésre kerültek. Ezért a kifogást el kell utasítani, hiszen az nem arra szolgál, hogy a mulasztást megállapítsa, hanem, hogy azt kiküszöbölje. Amennyiben a bíróság csak a mulasztást állapítaná meg, az ellentétes lenne a perek gyorsításának igényével, mely a jogalkotónak a GOG 91. § megalkotásával a célja volt.²⁴

A magyar peres eljárásokban is találkozhatunk azzal a problémával, hogy a kifogás jogintézményének nem a mulasztás megállapítása a célja, hanem a sérelem orvoslása, azaz a mulasztás, késedelem megszüntetése, az eljárás elhúzódás-mentes folytatása. Ebből

Forrás:http://www.ris2.bka.gv.at/Dokument.wxe?QueryID=Justiz&Dokumentnummer=JJT_19930728_OGH0002_0080FS00504_9300000_000&WxeFunctionToken=6f752325-a683-408e-976a-80d93c11d056
(letöltve: 2008. 02. 25.)

²³OGH4Fs501/92,08.04.1992.

Forrás:http://www.ris2.bka.gv.at/Dokument.wxe?QueryID=Justiz&Dokumentnummer=JJT_19920408_OGH0002_0040FS00501_9200000_000&WxeFunctionToken=a44b1d6d-2d2a-43ce-b11a-83ecc09c0b8f
(letöltve: 2008. 02. 25.)

²⁴OGH1Fs501/93,21.12.1993. Forrás:http://www.ris2.bka.gv.at/Dokument.wxe?QueryID=Justiz&Dokumentnummer=JJT_19931221_OGH0002_0010FS00501_9300000_000&WxeFunctionToken=3b36e337-30f7-435a-b3dc-a602d8258517
(letöltve: 2008. 02. 25.)

kifolyólag az érintett bíróságok az ilyen esetekben előterjesztett kifogásokat, mint alaptalanokat elutasították.²⁵

A második leggyakoribb esetnek azt tekinthetjük, amikor a kifogás előterjesztésére jogosult a bíróságok számára előírt törvényi határidő megsértésére hivatkoztak. Egy ilyen esetben az osztrák kérelmező azt kérte, hogy az OGH kötelezze az ügyben eljáró bíróságot, hogy három nap alatt bírálja el a végrehajtási eljárásban előterjesztett fellebbezéseit. Hivatkozott arra, hogy a végrehajtási eljárás során soron kívül, úgynevezett sürgősséggel kell eljárni, és ezt a bíróság megsértette, így mulasztott. Az iratok alapján megállapítható volt, hogy az ügy, illetve a fellebbezések igen bonyolultak voltak, ilyen esetekben pedig nem volt tartható a három napos határidő az OGH álláspontja szerint. Minél bonyolultabb egy ügy, annál hosszabb az az ésszerű időtartam, ami alatt meg lehet hozni a döntést. Az OGH hozzátette még a kifogást elutasító határozatának indokolásához, hogy a pereket nem csak gyorsan kell eldönteni, hanem helyesen is.²⁶

Magyar viszonylatban azt az esetet említhetjük meg, amikor a bíróság 2006. március 27. napján tartott tárgyalást, és a következő tárgyalást 2006. október 30. napjára tűzte ki. A kifogás benyújtója kérte annak megállapítását, hogy az elsőfokú bíróság mulasztást követett el, mert megsértette a Pp. 142. § (2) bekezdésének rendelkezését, a folytatólagos tárgyalás négy hónapon belüli kitűzésére vonatkozó szabályt, és kérte a bíróság felhívását arra, hogy a folytatólagos tárgyalást megfelelő időn belül tűzze ki. A Fővárosi Ítéltábla 1.Pkf. 26.116/2006/2. számú döntésével azt állapította meg, hogy nem minősül kifogást megalapozó mulasztásnak, ha a bíróság a tárgyalás kitűzésével az eljárási cselekményt elvégezte, de annak időpontja meghatározásánál nem érvényesült a négy hónapos időközre vonatkozó szabály. A konkrét ügyben egyébként a bíróság arról adott számot, hogy ez volt a legközelebbi tárgyalási határnap a rendelkezésre álló napok és a nyári ítélkezési szünet figyelembe vételével.²⁷

Az osztrák bírói gyakorlatban előfordultak olyan esetek is, hogy a kifogás elutasítása után a meghozott határozat ellen fellebbezést terjesztettek elő. Az OGH a GOG 91. § (3) bekezdésére hivatkozva a fellebbezést mindkét esetben elutasította, hiszen az idézett jogszabályhely egyértelműen kimondja, hogy a kifogást elbíráló határozat megtámadhatatlan.²⁸

Magyarországon előfordult már, hogy a kifogást benyújtó a perek ésszerű időn belüli befejezésének igényét látta megsértettnek a 114/A. § (2) bekezdés c) pontja szerint a konkrét ügy kapcsán. A felperes 2000. február 11-én nyújtott be keresetet, 2006. május 15-én folytatólagos tárgyalásra került sor, melyen szabályszerű idézésre a tanú nem jelent meg. A bíróság a tanút ismételten megidézte, és pénzbírsággal sújtotta. Ezen túlmenően a feleket további bizonyítási indítványaik megtételére hívta fel. Alperes 2006. augusztus 22-én terjesztett elő kifogást a Pp. 114/A. § (2) bekezdésének c) pontjára hivatkozva, miszerint a perben eltelt az utolsó érdemi bírói intézkedés óta az az ésszerű időtartam, mely elegendő

²⁵ BH 2007. 161., ÍH. 2006. 164.

²⁶ **OGH 3Fs2/00, 24.11.2000.**

Forrás: http://www.ris2.bka.gv.at/Dokument.wxe?QueryID=Justiz&Dokumentnummer=JIT_20001124_OGH0002_0030FS00002_0000000_000&WxeFunctionToken=447b1e60-03b6-42f4-a6b2-52af31be9282 (letöltve: 2008. 02. 25.)

²⁷ ÍH 2006. 163.

²⁸ **OGH 6Ob13/03k, 20.02.2003**

Forrás: http://www.ris2.bka.gv.at/Dokument.wxe?QueryID=Justiz&Dokumentnummer=JIT_20030220_OGH0002_0060OB00013_03K0000_000&WxeFunctionToken=74d80c9e-3462-45b5-ae6340fb48872152... (letöltve: 2008. 02. 25.)

OGH10B129/00B, 25.05.2000. Forrás: http://www.ris2.bka.gv.at/Dokument.wxe?QueryID=Justiz&Dokumentnummer=JIT_20000525_OGH0002_0010OB00129_00B0000_000&WxeFunctionToken=1b5e34eb-9fee-433d-94d3-e037a97e80d1 (letöltve: 2008. 02. 25.)

lett volna arra, hogy az eljárási cselekményt elvégezze, vagy arról rendelkezzen. Az alperes véleménye szerint ugyanis hat és fél év alatt már közbenső ítéletet kellett volna hozni. A Fővárosi Ítéltábla 14. Gkf. 44.537/2006/2. számú határozatával a kifogást elutasította, mint alaptalant, elsődlegesen azért, mert a Pp. nem állapít meg konkrét határidőt egy esetleges közbenső ítélet meghozatalára. Indokolásában kitért arra a körülményre is, hogy az ügyben az ésszerűség kritériumát 2006. április elsejétől lehet vizsgálni. 2006. április elsejétől 2006. augusztusáig – amikor alperes benyújtotta kifogását – az eljáró bíróság az idézett törvényhely c) pont szerinti mulasztást azért sem követte el, mert a meg nem jelent tanút pénzbírsággal sújtotta, illetve a tárgyalás kitűzését követően a feleket további bizonyítási indítványaik megtételére is felhívta, vagyis volt olyan korábbi bírói intézkedés, ami az elsőfokú eljárást előbbre vitte, így az ésszerű idő követelményének megsértése nem állapítható meg.²⁹

A Pp. 114/A. § (2) bekezdésének c) pontjában szabályozott ésszerű idő – ahogy már említettük – minden olyan esetben felhívható, amikor a bíróság mulasztást követ el, de a sérelem nem illik az a) és b) pontok tárgyi hatálya alá. Olyan esetben viszont, amikor az ésszerű időtartamon belüli eljárási cselekmény elvégzése megtörtént, de ennek ellenére mégis késik az ügy érdemi elbírálása, a kifogás nem lehet alapos. A konkrét esetben a felperes nyújtott be kifogást arra hivatkozva, hogy az elsőfokú bíróság az eljárást végzésével felfüggesztette, mely az eljárás elhúzódása miatt számára sérelmes. A Fővárosi Ítéltábla 9. Pkf. 25.896/2006/2. számú határozatában arra mutatott rá, hogy a Pp. 155. § (1) és (2) bekezdéseiben szabályozott, a tárgyalás felfüggesztéséhez kapcsolódó jogkövetkezmények alapján a tárgyalás felfüggesztését követően nincs olyan intézkedés, amelyet a bíróságnak meg kellene tennie. Ennek hiányában pedig a bíróság mulasztása sem állapítható meg.³⁰ Az ügyben egyébként a felperes a tárgyalást felfüggesztő végzés ellen fellebbezéssel élhetett volna, melynek segítségével véleményünk szerint hatékonyabban léphetett volna fel.

VI. Befejezés

A tanulmányban ismertetett jogszabályok és jogesetek révén a feltett kérdéseinkre, miszerint az új típusú kifogás valóban segíti-e a peres eljárások gyors(abb) befejezését, lényegében nem tudunk konkrét választ adni, hiszen a fent kifejtettek szerint még nem állnak rendelkezésre olyan publikált esetek, melyek a benyújtott kifogásoknak helyt adtak volna.

Egyelőre csak annyit tudunk elsősorban levonni a bírói gyakorlatból, hogy jelenleg az arra jogosultak még nemigen vannak tisztában a jogintézmény rendeltetésével. Erre abból lehet következtetni, hogy mindeddig csak elutasító határozatok születtek a kifogás elbírálásával kapcsolatban, melyeket a bíróságok leginkább arra alapoztak, hogy az új jogintézmény nem a mulasztás megállapítására irányul, hanem a sérelem, késedelem orvoslására.

Természetesen nem szabad figyelmen kívül hagyni azt a körülményt, hogy a Pp. a kifogást „csak” két évvel ezelőtt vezette be, mely időtartam még kevésnek bizonyul arra, hogy a jogosultak teljes mértékben kiismerjék magukat az új szabályok ismeretlen sűrűjében és a most alakuló bírói gyakorlatban.

Mindenesetre a perek ésszerű időn belüli befejezésének igénye volt az az elsődleges indok, mely miatt a magyar jogalkotó megalkotta a Pp. idézett szakaszait, s ezzel úgymond erősebben biztosította be magát az EJEB előtt, hiszen új eszközt teremtett a per egyes résztvevői számára, mellyel jobban érvényesíthetik az ésszerű időn belül történő

²⁹ BDT. 2006. 2. szám 31.

³⁰ ÍH. 2006. 118.

befejezéshez fűződő igényüket. Ugyanakkor – ahogy láttuk – ezt eddig még eredménytelenül tették a jogosultak.

Az Országos Igazságszolgáltatási Tanács adatai szerint a 2006. évben beérkezett kifogások száma a folyamatban lévő perekhez viszonyítva elenyésző volt.³¹ Ugyanakkor számolni kell azzal, hogy a jogkeresők zöme egyre inkább ki fogja használni a kifogás adta lehetőségeket, nem csak az eljárás gyorsítása miatt, hanem azért is, hogy „utóbb terhükre ne értékeljék, hogy nem tettek meg mindent az eljárás gyors és hatékony befejezése érdekében”.³² Ebből a szempontból az is bekövetkezhet, hogy a kifogás igénybevétele nemhogy a perek rövid befejezését szolgálná, hanem azok elhúzásához is vezethet. Ezen a véleményen van Kiss Daisy, aki szerint a kifogás nem oldja meg a perek ésszerű időn belüli befejezését, az a bírói hivatástudattal, a bírósági vezető határozott intézkedéseivel és a jelenleg hatályban lévő szabályok következetes betartásával is elérhető.³³ Véleményünk szerint a kifogás konkrét esetekben pont a bírói hivatástudat hiányának pótlására szolgálhat, és amennyiben a jogosultak a jogszabályok alapján veszik azt igénybe, akkor a kifogás is segítheti az eljárás ésszerű időn belüli befejezését. Természetesen – ahogy Kiss Daisy is írja – értékesebb lenne, ha a magyar igazságszolgáltatás szereplői nem csak az EJEB ítéletei miatt nyújtanák be kifogásaikat, és ítélnének gyorsan, hatékonyan és helyesen.

Az egyensúlyt nekünk magunknak kell megtalálni.

FELHASZNÁLT JOGSZABÁLYOK

1. A bírósági eljárás elhúzódása miatti kifogás jogintézményének bevezetéséhez kapcsolódó egyes törvények módosításáról szóló 2006. évi XIX. törvény miniszteri indokolása
2. Gesetz vom 27. November 1896, womit Vorschriften über die Besetzung, innere Einrichtung und Geschäftsordnung der Gerichte erlassen werden. Forrás: <http://www.ris2.bka.gv.at/Dokument.wxe?QueryID=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR12012887&WxeFunctionToken=d9a47fcc-a119-4d07-bb2c-c0815e708cb6> (letöltve: 2008. 02. 25.)
3. A polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény
4. A büntetőeljárásról szóló 1998. évi XIX. törvény

FELHASZNÁLT IRODALOM

1. A polgári perrendtartás magyarázata (szerk.: Németh János – Kiss Daisy) Complex Kiadó, Budapest. 2007.

³¹ Könyvesné: 216. o.

³² Könyvesné: 216. o.

³³ Kiss Daisy: Felelőtlen felelősök. 152. o.

2. Kiss Daisy: Felelőtlen felelősök. A bírósági eljárások elhúzódás miatti kifogás új jogintézménye a polgári perekben. Fundamentum, 2004/1.

3. Kommentár a polgári peres eljárásról szóló 1952. évi III. törvényhez – CompLex Jogtár

4. Könyvesné Orosz Ibolya: Az időtényező a polgári eljárásjogban, különös tekintettel a kifogás jogintézményére. In: Az igazságszolgáltatás kihívásai a XXI. Században. Tanulmánykötet Gáspárdy László professzor emlékére. HVG-ORAC Lap-és Könyvkiadó Kft. Budapest, 2007.

ESETI DÖNTÉSEK, BÍRÓSÁGI ÁLLÁSFOGLALÁSOK

1. A Legfelsőbb Bíróság Civilisztikai Kollégiumának Emlékeztetője a 2007. január 29-31. napján megtartott tanácskozáson megvitatott kérdésekről – forrás: CompLex Döntvénytár, CompLex Jogtár Plusz

2. Jász-Nagykun-Szolnok Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának Ajánlása, BDT. 2006/9.

3. Pécsi Ítéletábla Polgári Kollégiumának 2/2006. (VI. 2) véleménye a bírósági eljárás elhúzódása miatti kifogásról – forrás: Complex Döntvénytár, Complex Jogtár Plusz

4. Veszprém Megyei Bíróság Polgári-Gazdasági-Közigazgatási Kollégiumának Véleménye, BDT. 200/9.

5. Case Of Holzinger v. Austria (No. 1) Applicatoin no. 23459/94, 30. January 2001. Forrás: www.coe.int (letöltve: 2008. 02. 25.)

6. BH 2007. 161.

7. ÍH 2006. 118.

8. ÍH 2006. 119.

9. ÍH 2006. 163.

10. ÍH 2006. 164.

11. BDT 2006/2. 31.

12. OGH 4Fs 501/92

13. OGH 1Fs 501/93

14. OGH 8Fs 502/93

15. OGH 3Fs 2/00

16. OGH 1OB 129/00

17. OGH 6OB 13/03

Pintér Beatrix

HANS KELSEN JOGTUDOMÁNYA

1. A tiszta jogtudomány eszméje és hivatása

Hans Kelsen véleményét két tézis összekapcsolásával lehet meghatározni. Bizonyos körülmények fennállása esetén beszélhetünk tiszta tudományról. Álláspontja szerint tiszta jogtan csak a megtisztított jogtudomány szempontjából, míg tiszta jogtudomány csak a jogtan megtisztítása által létezhet.

A megismerés objektivitása és tárgyszerűsége oly módon biztosítható, ha kizárnak minden transzcendens vonatkozást és eltekintenek minden metajurisztikus összefüggéstől, különösen az erkölcsi, politikai, gazdasági összefüggésektől. Meg kell tisztítani minden belső és külső értékeléstől. Ebben az összefüggésben a megtisztítás egy sajátos küldetés is egyben.

A tiszta jogtan a totális ideológiakritika feladatát is ellátja.

A Tiszta jogtan 1934-es kiadásának előszava szerint a jogtudományi megismerés megtisztítását társadalmi-politikai tények teszik szükségessé. Az I. világháborút követően megrendültek a társadalmi élet alapjai. Az egyensúlyi állapotra irányuló cél hiányában az azt megvalósító erő is hiányzik.

Kelsen számára a modern társadalom központnélküli, a kultúra pluralisztikus. A módszertisztaság kívánalmát juttatja érvényre. A tiszta leírásra szorító tudomány feladatát a jog szerkezetének objektív-tárgyszerű megismerése.

A Tiszta jogtan előszava elvi állásfoglalásokat tartalmaz. A metafizika és politikamentesség melletti elkötelezettség a tudományos hitből fakad. A legnagyobb problémát a külső értelemhatár megvonása, a jogtudomány politikához való viszonyának tisztázatlansága okozta.

A tiszta jogtanban hiányzik az eszme és eszmény fogalma közötti különbségtétel. Kelsen a lehető legradikálisabban értelmezte a jogtudomány leíró jellegét, ezáltal lehetséges a jog objektív megismerése. Az így kialakult jogtudomány a jog megismerésére szolgál, nem a jog alakítására.

Kelsen szerint a jogtudomány társadalomtudomány. A jogtudomány és társadalomtudomány vonatkozásában a cselekvés társadalmi cselekvés.

Kelsen a szubjektív értelem fogalmát az akarás, mint célértelem, az objektív értelem fogalmát a nyelv, mint jelentésértelem nézőpontjából határozza meg. E két mozzanat kölcsönösen a másik által realizálódik. Kelsen a jogot az objektív síkon értelmezi.

A norma elképzelésének és akadésának mozzanata értelemmentesen a természeti valóság része, pszichológiai megismerés tárgyát képezi. Ugyanez a mozzanat értelemmel bíró történészként a természeti és társadalmi valóság része, amely önmagának ad értelmet és értelmezi önmagát, így a szociológiai megismerés tárgyát képezi. A szociológia ugyanakkor a jog realizálódását kutatja. A jogi normát a társadalmi cselekvés specifikus formája hozza létre.

A tiszta jogtan azonosítja a jogot és a jogtudományt. Félreértésen nyugszik ez a kijelentés. Ha azonosak lennének, akkor a tárgy határozná meg a módszert, ami alapjaiban ingatná meg Kelsen elméletét.

A jogtudomány funkciója a tárgyának külső megfigyelése és értékmentes leírása. A jogközösség szerveinek funkciója a jog létrehozása.

A jogtudomány megalapozásáért vívott harcban Kelsen tudománykritikai választóvonal meghúzásával döntötte el a harcot a tiszta jogtan javára. A jogtudomány és politika között

Kelsen külső értelemhatárt húz az erkölcs és jog illetve a természetjog és pozitív jog megkülönböztetésével.

Az erkölcs és jog azonosítása következtében a jogot az igazságossággal állítják párhuzamba, és a logoszból, isteni akaratból, az észből, a természetből vagy történelemből abszolút rend megvalósításának eszközévé válik.

Kelsen az ideológia fogalmát az objektív és szubjektív értelem, a norma és érték megkülönböztetésének nézőpontjából határozza meg. Az ideológia fogalom általános jelentése ez, amely a tiszta leírás funkciójára történő utalást tartalmaz. A tiszta jogtan jogot pozitív értelemben tekinti ideológiának.

Kelsen álláspontja szerint dogmatikai jogtudománynak is léteznie kell, ha a jogot mint ideológiát fogjuk fel. A jognak tudományként az a feladata, hogy felfogja és megértse a pozitív jogot. Elutasítja azt, hogy bármiféle politikai érdeket szolgáljon. Kelsen a tiszta jogtan kiépítésével és kritikával kívánja önmagát tisztává, vagyis politika és ideológiamentessé tenni.

A totális ideológiakritika tudományos tevékenység. Kelsen az álláspontját megalapozó érveket nem fejtette ki, a paradoxont látszólagosnak tekintette és a részletes indokolásra nem fordított gondot.

A jogtudomány egy társadalmi erőt helyettesít, amely ellensúlyozza az ideológiai-politikai jogtudomány iránti igényeket.

Kelsen tiszta jogtana a jog fogalmát a természettudomány deszubjektivizált és funkcionizált törvényfogalmával értelmezi.

2. „Pozitivista” volt-e a kelseni jogpozitívizmus?

A tanulmány logikusan felépített gondolatsorra épül. A pozitívizmus értelmezésével indítja az ismertetőt August Comte klasszikus pozitívizmusától a Bécsi Kör logikai pozitívizmusáig.

August Comte a XVIII. század első felében alkotó filozófus volt, aki munkáival történeti vizsgálódással átitatott korképet kívánt adni a jelen feladatairól és a jövő várható eseményeiről. Tevékenysége társadalomelméleti jelleget öltött.

Látásmódja pozitivista, vagyis az emberi szellem történetének meghatározott iránya van. A képzelőerő elsődlegességét követően az folyamatosan háttérbe szorult, majd a megfigyelések kerültek előtérbe. Comte ezt a folyamatot a tudomány pozitívvá válásának nevezte.

A tudomány történetében hat egymással hierarchikus kapcsolatban álló tudomány alakult ki: a matematika, a csillagászat, a fizika, a kémia, a biológia és a szociológia.

A törvény a megfigyelt jelenségek közötti állandó kapcsolat. Az állandó kapcsolatok létezésére utaló kérdésekre válasz Comte szerint csak a képzelőerő segítségével adható, amivel viszont visszakerülhetünk a gondolkodás korábbi stádiumába.

A természettörvényeket áthatja a változatlanság tanítása. Comte a feladatot abban látja, hogy ezt a tanítást a társadalmi törvényekre is kiterjesszék. Csak a változatlanság biztosíthatja a jövő előrejelzését. Nem elég az adottra figyelni, a múltat is vizsgálat alá kell vonni.

Az 1929-ben alakult Bécsi Kör pozitívizmusa logikai jellegű. A filozófiai fogalmak közül kiiktatnák azokat, amelyek a tudomány segítségével nem vizsgálható. Moritz Schlick az értelmes és értelmetlen állítások közötti különbségtétel módszerét.

A tudománynak csak az értelmes állításokkal kell foglalkozni, melyek megfigyelési állítások, amik tényeket közölnek.

Tapasztalat útján nem dönthetjük el, hogy az állítások igazak vagy hamisak. A normatív állítások azt írják le, hogyan kellene viselkedni. A törvényállítások konkrét adatok

behelyettesítésével nyerik el értelmüket. Az általános kifejezések sem vonatkoztathatók a tapasztalatra.

Kelsen a saját jogfelfogását jogelméletként határozta meg. A jogelmélet szót 1788-ban először August Wilhelm Meyer használta, amivel az elmélet és gyakorlat elválasztását hangsúlyozta. Ekkor azt tekintették pozitivistának, aki az ember által alkotott jog, vagyis a pozitív jog érvényességének megalapozására nem hívta segítségül a természetjogot.

A jogpozitivizmus egy megalapozó tétel, mivel jog csak az lehet, amely az alkotmány által meghatározott eljárásban létrejön.

Kelsen szerint a természetjogot érvényét adó alapnorma elvetendő, mert nem fogható fel abszolút igazságként, mert ez a pozitívizmussal összeegyeztethetetlen. Az alapnorma transzcendentális, minden pozitív jogi norma lehetőségét hordozza. Kelsen elméletében tehát létezik egy metafizikai minimum, ami megkülönbözteti a Bécsi Kör radikális metafizika-ellenességétől.

Az alapnorma egy hipotézis, de ezt nem az igazolás érdekében fogalmazta meg Kelsen. Ez az alapnorma nem létezik a világban, mégis kiindulópontként tekint rá. A tapasztalatot meg kellett előznie egy rendező elvnek.

A Tiszta jogtan azokat az alapelveket állapítja meg, amelyek segítségével bármely jogrend megérthető. Célja tárgyának megismerése, ugyanakkor a természettudományoktól való elhatárolását hangsúlyozza. A jogszociológia a jogot léttényként vizsgálja nem normaként. Más normatudományoktól való elhatárolását tekintve a különbség a tárgy különbözőségéből fakad.

Ez a tanulmány kiválóan foglalja össze a címben megfogalmazott kérdést, logikus egészként vázolja fel a kelseni gondolat alapproblémáit. Érthető és olvasmányos a Kelsent nem ismerő olvasó számára is.

3. A tiszta jogtan és a teológia: Hans Kelsen analógiái

A kutatások a jog független, belső megalapozásának magától értetődőségét kérdőjelezték meg. Három fejleményt lehet említeni a kutatásokkal kapcsolatban. Az első a posztmodern állapot, a második az iszlám erőteljes megjelenése. Az iszlám elutasítja a szekuláris jogrendet a vallási jogra hivatkozással. Az iszlám vonatkozásában fontos megemlíteni azt a körülményt, mely szerint az iszlám vallás különbözik a kereszténységtől és a zsidóságtól is.

A harmadik vonatkozás a Böckenförde-tétel, vagyis a szekularizált, szabadelvű állam olyan normatív, jog előtti előfeltevésekre épül, amelyeket maga nem tud garantálni.

A politikai berendezkedés a társadalom kohézióján alapul, ami nem jogi természetű. Kialakulása etikai, morális, vallási alapokon nyugszik. Ilyen alapon Böckenförde transzcendentális tana a jog előtti konszenzus szükségességét mondja ki, amivel ismételtén előtérbe kerül a természetjog.

Kelsen álláspontja a XX. század elején sem volt magától értetődő. Ide tartozott a kelseni problematikával foglalkozó Carl Schmitt vagy mindkettőjük gondolatát elutasító Erik Peterson.

Először Kelsen teológiáról alkotott véleményét kell megvizsgálni. Az alapproblémát a vallási és szociális kérdés hasonlósága szolgáltatja. Kelsen számos példát hoz fel.

A kereszténység egyetlen transzcendens istent tételez ugyanúgy, mint a jogelmélet egyetlen államot. Az isteni normatív tekintély kívánja az alávetettséget, mint az állam. A természetet Isten úgy irányítja, mint az uralkodó az államot. Isten is olyan mindenható, mint az állam. Az akarat és hatalom Isten lényege, mint az államnak. Isten is aláveti magát a világnak, mint az állam a megalkotott jogrendnek. A csoda a teremtett természet rendjén kívül található

jelenségek a teológiában, mint az államelméletben a jogon kívüli államfogalmak. A pápai tanítóhivatali tévedhetetlenség ugyanolyan, mint az állam jogalkotói megkérdőjelezhetetlensége. Teljes analógia rajzolható ki Isten és ember, állam és individuum között.

A tanulmány logikusan halad előre a kritikában, mint Kelsen célját vizsgálja az analógia alkalmazásával, mi a szerepük az érvelésben.

Kelsen számára az analógia azért fontos, hogy a szubsztanciafogalom kritikáján keresztül először a teológiától szakadjon el. A kelseni transzcendens szubsztancia a társadalmi sajátosságokra vagy az egyéni emberi lelki tulajdonságokra vezethető vissza. Kelsen a vallásra, mint társadalmi ideológiára tekint, amely a modern gondolkodás megjelenése előtti világszemléletet fejez ki.

A tanulmány további része Kelsen analógiáinak kritikájával foglalkozik, mélyreható elemzését adva a gondolatok hibás eszmeiségének.

Kelsen analógiái több ponton is fogyatékosak a szerző szerint. Az első oka az elmélet gyengeségének, hogy sokféle teológia létezik, ahol a párhuzamok csak korlátozott módon léteznek, még a Kelsen által bírált teológiafogalom sem az egyetlen a keresztény egyházon belül, inkább egy leegyszerűsített teizmusról van szó. Bibliikus környezetben pedig már nem magától értetődő a párhuzamos a teológia felépítése az államfogalommal. A személyes istenfogalom és a megszemélyesített állam két különböző kört jelent.

Felvethető ellenérvként az is, hogy a funkció alapú gondolkodás ideálja már nem olyan evidens, mint a XX. század elején volt.

Kelsen a transzcendens istenfogalmat tételezi fel, pszichológiai értelemben pedig a fraudi apapótlék fogalmával írja le. A világot csak közvetve irányítja Isten, akit a szerző egy mágneshez hasonlít, mely a világot magához vonzza.

Kelsen szerint „A nemzeti isten az átistenített nép perszifikációja”.

A kereszténység istenfogalma transzcendens és immanens is egyszerre. Ez a leírás azonban a zsidó és iszlám vallásra nem vonatkozik, ahol az istenfogalom csak transzcendens.

Isten normatív tekintélye csak látszólag egyértelmű, szövetségről van szó. A szabad akaratot a keresztény teológia alapvetőnek tartja. A természet irányítása nem az isteni önkény egyik megnyilvánulási formája. Aquinói Tamás szerint „a kegyelem a természetet tökéletesíti, nem pedig megsemmisíti”.

A patrisztikus korban az akarat és a hatalom Istené volt, nem tudható, hogy ezek Isten lényegét alkotják-e, mert azt nem ismeri senki.

Kérdéses az is, hogy Istennek alá kellett vetnie magát az általa teremtett világnak, vagy önkéntesen történt.

A csodára vonatkozóan Carl Schmitt is felismeri, hogy a csoda az adott jogrendbe való beavatkozás, a jogrend felfüggesztése vagyis a szükségállapot. A kelseni állam tévedhetetlensége a Isten tévedhetetlenségének felelne meg. A pápai tévedhetetlenség dogmája 1870-ben jelenik meg. Ezt a tant azonban az orthodox egyház elutasítja, mert álláspontjuk szerint az egyetemes egyházi zsinat tévedhetetlen.

A királyság fogalma nincs megalapozva a Bibliában. „A modern államelmélet minden szabatos fogalma szekularizált vallási fogalom” állítja Carl Schmitt.

4. A kelseni normativizmus szemléleti alapjai

A kanti és neokantiánus filozófiai alapokról tiszta helyzetet teremt a jogelmélet számára. A jogtudomány legnagyobb problémája a módszertani tudatosság hiánya.

Kelsen két szintet különböztet meg, a tudatos politikai szolgálat esetében a jogtudós egy bizonyos politikai irányzat érdekében fejt ki tevékenységét, illetve a jog alakításába igyekeznek beleszólást nyerni.

A jogtan tisztasága Kelsennél utal a filozófiai-módszertani alapokra, a transzcendentális módszert kívánta érvényesíteni, amit Kant dolgozott ki A tiszta ész kritikája művében. Kelsen azon a nézeten volt, hogy Kant kidolgozta a pozitivistá jog és politikaelmélet alapját, kiaknázza a kanti nézetekben rejlő lehetőségeket.

Kelsen szerint léteznek olyan tárgyak, amelyek hozzáférhetők a racionális megismerés számára, ezek tudományos keretek között tárgyalhatók, illetve vannak olyanok, amelyek nem, ezek az akarat értelemmel nem igazolható választásának körébe esnek. Az alkalmatlan tárgyak az erkölcsi fogalmak voltak.

Kelsen tagadta, hogy bármilyen tudományos igényű materiális értéktan felépíthető lenne. Az értékválasztások nem racionalizálható akarat elhatározásokon alapulnak. A megismerés és akarat funkcióinak absztrakt elválasztásán alapul. A tudományos ítéletek a valóságra vonatkoznak. Megengedhetetlen, hogy egy tudós értékekre vonatkozó előfeltevésekkel éljen vizsgálatait során. Az értékítéletek félelmekben és vágyakban gyökereznek. Az értékek mindig előfeltételezettek. Kelsen az értékrelativizmus egyik legszélsőségesebb álláspontján áll. A természetjoggal az a legnagyobb baj, hogy a valóság és a valósághoz való viszony között húzódo határt nem tartja tiszteletben. A természetjogász értékmeggyőződésekre alapozza a jogelméletet.

A természeti események között kauzális kapcsolatok állnak fenn. A jogi tételek nem kauzális összefüggéseket állítanak fel az események között, mely idea a kanti Sein és Sollen szembeállításának egyfajta értelmezése. Kelsen először a tényállás és jelentés kettősségével jellemezte. Egy konkrét jelentés, ami az eseményekhez kapcsolható.

A sollen-területeken feltételek és következmények vonatkozásában a kapcsolat a norma. A tényállások a kauzalitás illetve a beszámítás útján kapcsolhatók össze. A jogi norma azt írja elő, hogy meghatározott tényállásokhoz meghatározott jelentést kapcsolunk.

Kelsen számára a szankció volt a normák meghatározó eleme.

Tények azok, amelyekhez a normák által meghatározott jelentések kapcsolódnak. A jogi jelleget öltő jelenségek összetevője térben és időben lejátszódó aktus, a jogi jelenségeket ehhez kapcsolhatjuk. A jogszociológia előtt a normativitás jelensége rejtve marad.

A jog alapfogalmai jellemzőinek megragadásához a Tiszta jogtanra van szükség. Az érvényesség szoros konceptuális kapcsolatban van a normákkal. A norma akkor képes a tényállásokhoz jelentést, következményeket kapcsolni, ha érvényes. A norma tartalmának nem lehet köze az érvényességhez. A jogi norma érvényességi feltételei mindig egy másik normában található.

A normák egymás érvényességének a feltételét jelentik, hierarchiába rendezhetők. A norma, amely érvényességgel ruházza fel a másikat, magasabb rendűnek tekinthető.

Az alapszabály hipotetikus. A normatív jelentés a tényállás egy értelmezési módja. A külső kényszer bizonyos körülmények között meghatározott személyek gyakorolnak.

Kelsen a normák között hierarchiát állít fel, a normativista elemzésben rendezett egészet alkotnak. Egy közös alapszabályra visszavezethetően szerveződik rendszerré.

Kelsen különbséget tesz materiális-statisztikus és formális-dinamikus alapszabály között.

Kelsen élete végén már nem hitt abban, hogy az individuális norma érvényességéhez minden alkalommal akaratú aktusra van szükség, amely kifejezetten az adott szabályra vonatkozik. Ezt Kelsen akaratelméleti fordulatának nevezik.

A Tiszta jogtan szerint egy norma akkor érvényes, ha beilleszkedik a jog lépcsőzetes felépítésébe. A jogrend érvényességéhez annak hatékonysága is szükséges, hogy ténylegesen érvényesüljön. Nem beszélhetünk érvényes jogrendről, ha az emberek egyáltalán nem engedelmeskednek és képviselői nem tudnak érvényt szerezni előírásaiknak.

Kelsen harcot vívott a természetjogi eredetű dualizmusok ellen, amelyek megőrzik a természetjogi gondolkodás formáit, amikor a természetjogi gondolkodás már vereséget szenvedett. Az alanyi és tárgyi jog dualizmusát elutasította.

5. Hans Kelsen „normalogikája”

Kiinduló kérdésként a tanulmány felteszi, van-e normalogika. Törekvések irányulnak normalogika kidolgozására, de egy kidolgozott rendszer még nem áll rendelkezésre.

A következő kérdés, hogy egyáltalán lehetséges-e normalogika. Kelsen álláspontja szerint a logikához igazságérték kell illetve a logika mondatokra alkalmazható. Ugyanakkor Kelsen a logikát kizárólag állításokra tartja alkalmazhatónak, mivel normát csak akarat tud létrehozni.

Kelsen kirekeszti a logikát rendszeréből, amiért az irracionálizmussal vádolják.

A következő kérdés, amit a tanulmány megfogalmaz, hogy normalogika-e az, amit Kelsen elmélete megfogalmaz. Kelsen fogalmi kapcsolatot létesített a jog és logika között.

Felvetődik a kérdés, hogy a logika vonatkoztatható-e a jogra. A Tiszta jogtanban Kelsen megengedte a normatív szillogizmust, kiegészítve azzal, hogy minden jogalkalmazás akarati mozzanatot is rejt magában. Kelsen más művében kérdéses ugyan, hogy normákra vagy normaproponciókra következtethetünk-e.

Kelsen szerint a normák között ellentmondás akkor létezhet, ha a normák között logikai viszony létezik. Kelsen a beszédaktus-elméletet nem hasznosítja, ami lehetővé tette volna, hogy a normát ne az akarati aktus jelentéseként, hanem normatív aktusként fogja fel.

A General Theory of Law and State szerint két norma, ha egymásnak logikailag ellentmond, logikailag kizárja egymást, nem lehet érvényes. Az esetlegesen felmerülő kollíziót politikai konfliktusként kezeli, amelyet jogpolitikai úton lehet megoldani.

Hartney Kelsen-kritikája szerint ellentmondásos a normák mibenlétének vizsgálata. A Tiszta jogtan a normát értelmezési sémaként fogja fel. A norma egy aktus jelentés, amivel egy magatartást megtiltanak vagy engedélyeznek.

A normák funkcióinak és típusainak vizsgálata során a Tiszta jogtan szerint egy funkciója volt minden jogi normának, mégpedig az, hogy a szankciót alkalmazhassák, másodlagosan jelenik az emberek kötelezése a helyes cselekvésre. A norma egyúttal felhatalmazás a megfelelő alacsonyabb szintű norma alkotására.

Kelsen parancsoló, megengedő, és felhatalmazó normákat különböztet meg. Ugyanakkor terminológiai és fogalmi zavar is érzékelhető. A jogalkalmazóhoz és polgárhoz címzett szabály nemes egyszerűséggel elsődleges és másodlagos normaként különíti el. Különbséget tesz a jog fogalmi típusai között is.

Kelsen a jogi normákat gondolati aktusok helyett akarati aktusok jelentésének tekinti. Konfliktusos normák fennállhatnak illetve még meghökkentőbb gyakorlati következményekkel jár a normából való következtetés tagadása.

A Tiszta jogtan egy tudományos igényű jogtudomány. Kelsen szerint nem létezik jog önmagában, saját természettel és tulajdonságokkal rendelkezik. A jog lényege a tapasztalat és az akarat.

Kelsen a morális megfontolásoktól kívánta megtisztítani a jogot. A Sollen nem lehet morális értelmű.

6. Nóvumok Kelsen posztumusz normaelméletében

Már a Tiszta jogtanban kísérlet történt annak kifejtésére, hogy a Sein és Sollen kölcsönösen vonatkoznak egymásra, miszerint a Sein megfelel a Sollennek.

A valóságban létező magatartásokból először a magatartás szubsztrátumát kell absztrahálni és szublimálni, és ezt a modálindifferens és értéksemleges szubsztrátumot helyezhetjük a Sein vagy Sollen összefüggésébe.

Olykor Kelsen is elismeri, hogy a gondolati és akarati aktus között egyfajta kapcsolat áll fenn, mégis a kettő különbségét hangsúlyozza. Az akarat tartalma nem egy gondolati aktus tartalma.

Az általános és individuális norma megkülönböztetés nem tekinthető megalapozottnak, mert az általánosság a norma fogalmi eleme. Az individuális norma érvényessége, tartalma nem következtethető logikailag az általános normából. A bírói ítélet első látásra mégsem ilyennek tűnik.

Az általános jogi norma érvényesség, tartalma nem implikálja az akaratot. Kelsen szerint egy bírói ítélet érvényes létrejöttéhez akarati aktusra van szükség.

Az általános jogi norma érvényessége feltételezésével kezdődik, de ez még nem teljes érvényesség. Ez az általános norma individualizálása. Az általános jogi norma érvényességéhez a író által alkotott individuális norma is szükséges.

Az általános jogi norma érvényességének feltétele az elismerés, továbbá az individuális jogi normának az általános jogi normán kell alapulnia. Konkrét esetben az érvényesség attól függ, hogy a jogalany elismeri vagy nem ismeri el az általános jogi norma érvényességét.

Kelsen a jogi norma érvényességének objektív jellegét abban látja, hogy ha a konkrét címzett nem ismeri el, de a társadalomnak vannak olyan tagjai, akik elismerik, akkor az általános jogi norma konkrét esetben is érvényes, noha a címzett nem ismerte el.

Kelsen szerint a szubjektum három funkciót lát el: az általános jogi normát megismeri, elismeri, valamint individuális jogi normát alkot. Az általános jogi norma érvényét úgy nyeri, ha ezek a folyamatok lejátszódnak a jogalanyok tudatában. A legfontosabb kérdés az, hogy a jogalkalmazók ismerik, elismerik az általános jogi normát és ennek megfelelő individuális normát alkotnak-e.

Kelsen úgy vélekedik, hogy a bíró az általános jogi normát nem ismeri el, eltérő individuális jogi normát alkot, akkor erre a konkrét esetre a jogi norma nem érvényes. Paradox helyzetet eredményez, ha a bíró az általános jogi normától eltérő individuális jogi normájával nem sért jogot, csak az adott, konkrét esetben az általános jogi norma nem lesz érvényes. Az individuális jogi norma tartalma az általános jogi norma tartalmának alárendelhető.

Az individuális jogi normát az általános jogi norma megalapozhatja, de az individuális jogi norma az általánosból logikailag nem következtethető ki. A jogi norma érvényessége a jogalkotásban a formális eljárás korrektsége és tartalma alapján kérdőjelezhető meg.

Kelsen érdeklődésének középpontjában a bírói döntés áll. A bírói döntések jelentősége akkor kerül előtérbe, ha joghézag kitöltéséről van szó.

A jogrendszer logikailag zárt, hézag és rendezetlenség nem fordulhat elő, mert amit a jog kifejezetten nem szabályoz, az szabad. Ebben az értelemben a jogrend zártságáról beszélhetünk.

Kelsen a joghézag kitöltésének módjaként az analógiát elemezve a bírói döntés fontosságát hangsúlyozza. Analógiánál az általános jogi norma hiányzik, a bírói döntés mint individuális norma akarati aktus, amely a bíró akaratát feltételezi. A jogerő elve a bíró kötelessége, hogy döntését érvényes általános normával alapozza meg. Kelsen hangsúlyozza a bírói döntés és a jogerőre emelkedett individuális norma fontosságát. Nincs szükség fikcióra.

A szankció feltételül szolgáló tényállás megállapítása bírói aktus, konstitutív. A bírói aktussal megállapított tényállás nem azonos az objektíve végbemenő cselekvéssel. A jogi normatartalma meghatározza a jogi norma társadalmi érvényesülését, ami csorbíthatja a jogi norma érvényességét. Kelsen a jogi normák állandó értelmezése mellett foglal állást.

Sem az individuális jogi norma nem vezethető le az általános jogi norma érvényességéből, sem a jogi normák között felmerülő konfliktusok.

7. A jogértelmezés formái Hans Kelsen életművében

Wróblewsky, Százy-Schwarz és Marmor szerint az értelmezés a már fennálló jogszabály értelmének kiderítése és a jelentés meghatározása. Latissimo sensu az értelmezés társadalomtudományokban használatos felfogás elnevezése, a nyelvi kijelentés vagy aktus megértése. A stricto sensu értelmezésről akkor beszélhetünk, ha a nyelvi kifejezés jelentésével összefüggésben kétség merül fel.

A tanulmány Kelsen nézeteinek bemutatását végzi el négy kérdéskörhöz kapcsolódva: ki végzi a jogértelmezést, mi a jogértelmezés tárgya, mi a célja és milyen módszerrel végzik témakörökbe csoportosítva.

Főszabály szerint bárki végezhet jogértelmezést. A tudományos és jogi világlátás közötti különbség abban rejlik, hogy a kauzalitásnak nincs végpontja, míg a beszámítási láncolatnak van.

A normatív értelmezés kötelező, mindkét megfigyelő megteheti, hogy más értelmezési keretet válasszon. A tiszta jogtan jogtudósi és autentikus értelmezői csoportok között tesz különbséget, noha az autentikus értelmezés során érvényes és érvénytelen egyedi jogi normák születnek.

Az autentikus kifejezésnek Kelsen új értelmezést kölcsönzött. Az lesz az autentikus értelmező, akinek az értelmezését a jogrendszer érvényességgel ruházza fel. A nem autentikus értelmezők csak értelmüket hívhatják segítségül, az autentikus jogértelmezők egy akarati aktus segítségével állapítják meg a normák jelentését.

A normatív értelmezés tárgya a norma- vagy Sollen-tétel, aminek specifikus létezése az érvényesség. A norma kötelező, akkor az egyénnek a norma által meghatározott módon kell viselkednie. A normarend az általános és egyedi normák rendszere, amelyek egymáshoz kapcsolódnak. Minden norma legalább két ember létezését feltételezi, a normaértelmezőt és a normacímzettet.

A norma jelentése lehet objektív, amikor létezik egy másik norma, amely objektív jelentéssel ruházza fel a normát, illetve szubjektív, ha a jelentés megegyezik a normát alkotó szubjektív akaratával.

A jogértelmezés célja a jogi norma jelentésének feltárása, ítéletalkotás. A norma egy jelentés, továbbá a normának is van jelentése. A jogtudósok ítéletei igazak, a jogtételeken keresztül a jogrendet rekonstruálja anélkül, hogy értékelné. Az ellentmondásokat feloldják és feltételezik, hogy joghézag nem létezik. Az összes alkalmazott jogi norma értelmezett.

A normaértelmezésnek vannak szabályai. Kelsen következetlen, amikor megállapítja, hogy a normaszöveg meghatározatlan, és figyelmezteti a jogalkotót, hogy határozatlan fogalmakat használjon.

Kelsen különbséget tesz a szándékos és szándékolatlan határozatlanság között. A szándékos határozatlanság esetében egy mérlegelési jogkör kialakításáról van szó. A szándékolatlan határozatlanság esetén a jogalkotói akarat szubjektív szándéka és a norma objektív jelentése egymástól eltér.

A jogalkalmazás az absztrakt norma egyedi esetre történő konkretizálása, mely folyamatot Kelsen dedukciónak vagy szubszumpciónak nevez. Az egyedi norma megalkotása

során az általánostól az egyediig jutunk el. A jogi hierarchia alulról felfelé épül ki, az egyeditől az általánosig vezet.

Kelsen az összes autentikus értelmezési aktust beilleszti a joglépcsőbe, miközben a jogi norma fogalmi ismérvei közül kiveszi az általánosságot. Kelsen a normát jelentésként vizsgálja. A norma egyszerre jelentés és entitás.

Kelsen és Schmitt között a vita tárgya az alkotmány primátusának igazolása körül is folyt. Kelsen felveti azt a gondolatot, hogy az alkotmány azért áll a jogrendszer csúcsán, mert módosítása a többi törvényhez képest nehezebb.

Az értelmezés latissimo sensu értelme szerint a Tiszta jogtan maga egy olyan értelmezéselmélet, mely bemutatja milyen jogi jelentés tulajdonítható a világnak az értelmezési sémák rendezett halmazaként felfogott jogon keresztül. Kelsen törekvése, hogy megalkossa a jogtudomány elméletét.

8. A tiszta jogtan jogalkalmazás-elmélete és a normativista megközelítés tanulságai

Ha a formális mozzanat felülmúlja a materiális jelentőségét, akkor hagyományos értelemben jogalkotásról beszélünk. Magasabb szinten álló norma bizonyos feltételekhez kötött felhatalmazást ad, mely keretek között a jogi aktus végrehajtója szabadon mozog.

Kelsen komolyan foglalkozik azzal is, hogy milyen mértékben köti a jogalkalmazót a norma tartalmának meghatározására irányuló magasabb szintű jogszabályi rendelkezés.

A fő problémát az okozza, hogy a magasabb fokú norma határozatlan, mely határozatlanság oka a jogalkotói szándék, a nyelvi megfogalmazás illetve a normakollízió, mikor a két érvényességre törekvő norma között ellentmondás feszül.

Kelsen szerint azt kell vizsgálni, hogyan járt el a jogalkalmazó, ha a jogi szövegben ellentmondást talál. A végrehajtandó norma csak keretet alkot, melyen belül a végrehajtásra több lehetőség áll rendelkezésre.

Kelsen arra a feltételezésre alapoz, hogy a jogszabályok rendelkeznek a bíró irányában kötelező erővel, noha szabadon mozoghat a jogszabály által nem szabályozott területeken.

A normakollízióval kapcsolatos értelmezési problémát is vizsgálja Kelsen. Ha több ellentétes norma vonatkozik a tényállásra, akkor együttesen alkotják az értelmezési keretet, melynek kitöltése a jogalkalmazó belátására van bízva. Kelsen álláspontja szerint a jogalkalmazó kötve van a jogszabály világosan meghatározható értelméhez. Az általános objektív értelem jelenti azt a keretet, melynek meghatározására az igazi jogértelmezés irányul.

A jogalkalmazási elmélet vonatkozásában a tanulmány azt vizsgálja, hogy helyesen értelmezi a common law területen uralkodó esetjogi gondolkodást. A common law területen nem található meg az a hierarchizáltság, mint a kontinentális jogban.

A common law az anyagi jog területén nyílt, vagyis nincsenek olyan jogszabályok, amelyek alkalmazása kötelező lenne. A ratio decidendi szabályként működik, a bírói döntés ratiója az indokolás teljes szövegéből olvasható ki.

Angliában csak történelmi alkotmány létezik. A bíró alkotta jog tekintetében nem elvont szabályok felé terelődik a figyelem, hanem a jogalkalmazó intézmények tevékenységére koncentrálnak.

A jogalkotás és a jogalkalmazás egymáshoz és az igazsághoz fűződő viszonyában ragadható meg a különbség. Az angolszász területeken nem a törvényhozás uralkodik a jog felett, hanem jelentős részét a bírói jogalkalmazás alakította ki. Angliában nem létezett olyan joganyag, melyre hivatkozhattak volna, így a bírák maguk alakították ki a common law-t, miközben gyakran fordultak a bibliai erkölcsi elvekhez. Az angolszász jogrenddel ellentétben a római-germán jogcsalád vonatkozásában a jogszabályok zárt, racionális rendszert alkotnak.

A jogi normának nincs objektív értelme, mely mindenkor meghatározná, mekkora cselekvési szabadsága van a jogalkalmazónak a jogi norma által biztosított keretek között.

Kelsen szerint a jogszabálynak van egy általános értelme, mely mégsem vonatkoztatható minden tényállásra. A bíró ekkor törvényalkotóként jár el, és döntést hoz, mely logikailag nem következik a norma általános értelméből. Ha konzekvens módon vizsgáljuk az érvelést, akkor a felfigyelhetünk arra, hogy a bírák ebben az esetben egymásnak ellentmondó döntéseikkel anarchiába taszítanák a jogrendet.

Ez a helyzet áll elő a normaellenes norma kibontása során is, hogy mikor és milyen körülmények fennállása esetén állapítható meg egy norma abszolút semmissége.

Ha a jogot a jogi normával azonosítjuk, akkor nem tudhatjuk, mi a jogi norma létezéséhez szükséges minimum, melynek elérése relatív semmisséghez vezethet.

Kelsen önkéntelen módon saját jogi kultúrája jogalkalmazási gyakorlatának modelljét tágította általános érvényűvé. A jogot kizárólag a norma fogalmára szűkítette le.

9. A jogászi és a kelseni tiszta tudományának eszmetörténeti kontextusai

Kelsen szembesült a jog- és államelmélet XIX. századi német történetének legfontosabb eredményeivel. Kelsen a német kultúrkör jogszemléletének kritikai összefoglalására és megújítására vállalkozott, mely célt nagyban befolyásolta a kor szellemisége.

A XX. század elején új szelek kezdtek fújni a bécsi művészeti életben, a bécsi művészet radikális reformjára törekedtek. Ekkor alkotott Schönberg, Webern, Klimt, Schiele, Musil és Kafka.

A történelem elé kívántak vágni, a jövőbe tekintettek és olyan tanítványokat neveltek, mint Merkl és Verdross.

A korabeli Bécsben ebben az időben csak a vörös Bécsként emlegették, forradalmi tűzfészekként tartották számon, ahol a meghatározó szerephez jutottak a baloldali, szociáldemokrata erők, akik megpróbálták kapcsolatot teremteni a bécsi polgársággal.

1927-ben az értelmiség méltatta Bécs szociális és kulturális eredményeit. Manifesztumot írtak alá Kelsen mellett Adler, Freud, Musil és Webern.

Kelsen felfogása szerint a tudós ne vegyen részt a pártpolitikában, mégis a társadalomreformerek több tevékenységében is részt vesz.

Kelsen alkotmánybírói pályafutását ketté törte az a vita, amely a családjog modernizálását kitzúzó baloldali program része volt, amely nevezetesen a házasság felbonthatóságának kérdésében bontakozott ki.

A kanti hagyományokhoz kapcsolódó kelseni képen is változások következnek be. Kelsen szerint az emberi cselekvés és annak jogi megítélése a jogi norma viszonyának elemzésére konstruál. Az emberi cselekvések külső vagy természetes tényállásokként jelennek meg. A jog tényleges tárgya az aktusok jogi jelentése, amelyet a jogi norma révén nyernek el. A tapasztalati világ ily módon megkettőződik és a természetes aktust kíséri annak jogi megítélése.

Kelsen a jogi norma szerkezetét a természettörvény mintájára írja le. A természet világában kauzális viszonyról beszélhetünk, a jog világában a jogtétel, a két jogi tényállás viszonyára vonatkozik.

Kelsen igazolni próbálja azt, hogy a jognak nincs szüksége az igazságosság visszaigazolására, tényleges érvényességének nem feltétele. A legelső szint a „tényleges történés realitása”, ami fölött helyezkedik el a jog, mint a realitás absztrakciója, mely fölött az igazságosság vagy természetjog rendje áll. Kelsen a jogászi ész kritikájaként mutatja be.

Miként Kant a megismerést, mint a tiszta ész funkcióját ismerteti, úgy írja le Kelsen is a tiszta jogtan módszertisztasági igényét. Hangsúlyozza, hogy a jog által megtisztított fogalom független mindenféle morális elvárástól és igazságosságesszmétől. A tudós a szociológiai vonatkozásokat kizárja a jogtudomány tárgyköréből. Kelsen elsősorban a természetjogot marasztalja el, amely a feudális nemességet védelmezőpolitikai ideológia.

A tanulmányok betekintést és elmélyülést biztosítanak Kelsen gondolatainak filozófiai síkjába, átfogva az elmélet kibontását és annak kritikáját. A kiváló tudományos munkákból az olvasó megismerheti a kelseni ideákat a filozófia szemszögéből.

Hans Kelsen személye megkerülhetetlen a XX. századi jogelméleti gondolkodók sorában. A tanulmánykötet aktuális, bemutatja a Tiszta jogtan megalkotójának Kanthoz fűződő gondolati viszonyát, miközben a módszertisztaság követelményét hangsúlyozva korunk jogelméletére is rányomja bélyegét.

Pokol Béla

Hart és vitapartnerei a jogról, az erkölcsről és az autoritásról

Az angol Herbert Lionel Adolphus Hart különösen a brit jogelméleti szerzők között váltott ki nagy hatást, és innen elterjedve a világ más országainak egyetemi centrumaiban tevékenykedő jogelméleti szerzők között is ismertek, követettek és vitatottak lettek meglátásai. Az angoltól eltérően, ahol az egyetemi jogászok izolálva vannak a joggyakorlattól, és így erre való hatásuk minimális, az Egyesült Államok joggyakorlattal intenzív kapcsolatban levő óriási egyetemi jogászságán belül azonban csak egy irányzatnak lehet tekinteni a Hart nézeteivel intenzívebben foglalkozó jogelméleti szerzőket, és főleg az egyetemi jogászság egészére tett hatásukban ez az elméleti irányzat a rivális irányzatot jelentő gazdasági jogelmélet vagy más irányzatokhoz képest csak szerényebb helyt foglal el. (Pl. Richard Posner, a gazdasági jogelmélet egyik fő alakjának beütésére 30 ezer idézetet dob ki a az amerikai jogtudományi irodalmat az interneten elérhetővé tevő Heinonline idézettségi mutatója, míg az ezen irányzathoz tartozó Gerald Postema csak 300 idézettel rendelkezik harminc éves munkássága eredményeként, de az ismertebb Joseph Raz neve mellett is csak 1900 idézet jelenik meg). A kis létszámú, magyar jogelméleti közösségben azonban Hart és vitapartnerei nézetei nagy súllyal vannak jelen, így ez a felértékelés szükségessé teszi, hogy érdemben foglalkozzon vele az is, aki inkább más irányzatokban találja meg a jog mélyebb elméleti megközelítésének fogódzóit.

Hart jogelméleti nézeteit az angol analitikai filozófia és ezen belül különösen ennek az a verziója határozta meg, mely nem egyszerűen az eszmék beleszűzöttségét emeli ki a társadalmi történetekben és intézményekben - így a tudásszociológia egyik indító irányzatának tekinthető, mint pl. az analitikai iskolához tartozó Peter Winch híres könyve az 1950-es évek végéről - hanem e történetek egyéni cselekvésekre és ezek nyelvi aktusokra visszavezetésének irányzata, melyet elsősorban John L. Austin neve fémjelez (lásd Austin 1990). Ez a megközelítés ugyanis abból indul ki, hogy a társadalmi jelenségek az emberek sokaságának egyéni motivációira és tudati döntéseire alapulnak, és e jellegükénél fogva kiszámíthatatlanok, így a társadalmi folyamatok empirikus, kauzális tudományos elemzésre alkalmatlanok. Ennek alapján Austin - és nyomában a jogban Hart - az egyéni cselekvés vizsgálatát inkább az ezt irányító nyelvi-szemantikai sík elemzésével cseréli fel. Ennek következménye, hogy az elsősorban filozófus és nem jogász Hart a jogtörténeti és a jogra vonatkozó szociológiai információk iránt teljes közönyösséggel viseltetik, és ezentúl az alapvetően nemjogász beállítottsága a jog belső empirikus részletei iránt is zárttá teszi elemzéseit és információgyűjtését.

Ebből adódott a már korán beindult kritika az analitikai jogelmélettel szemben, hogy az „kasztrálja” a jogelméletet, és a jogot eltünteti belőle. Így német Karl-Ludwig Kunz 1971-es tanulmánya már a címében hirdette ezt: „Die Analytische Rechtstheorie: Eine 'Rechts'-theorie ohne Recht”, de ezt továbbfejtvé William Twining a jogtörténeti, szociológiai és más társadalomtudományos ismeretek lemetszését is felrója (lásd Twinnng 1974, illetve ennek részleges akceptálása mellett ennek kritikájához MacCormick 1985:1-13).). Ezt az értékelést a legutóbbi időkben már - némileg meghökkentő módon - alátámasztja az évtizedekig a harti iskola egyik alaptagjának számító Frederick Schauer is: „He suggests, first, that though Hart benefited the subject by making it more philosophical, one unfortunate consequence of that shift is the impoverishment of the empirical side of jurisprudence (...) In consequence, Schauer

thinks later legal theoretists have thrown themselves into abstract philosophy and neglected empirical research and the ordinary facts of legal life” (idézi az ezzel részben vitatkozó Dworkin; lásd Dworkin 2007:95). De Dworkin maga is kritikusabb lett az utóbbi években az analitikai jogelmélettel szemben, noha ő miközben Hart disztinkcióból indult ki a '60-as évek közepén, és ennek korrekcióival építette ki elméletét, az amerikai alkotmánybíráskodást részletesen kutatva - és így közvetlenül érintkezve a jog belsejével - sok szempontból korábban is „jogászi” jogelmélet felé ment el. Nos, Dworkin egy 2002-es recenziójában az analitikai jogelmélet kis közösségének „beltenyészetét” veti fel, amely e körökön túl semmilyen hatást nem tevő elméleteket produkál, és e kis kör tagjai ugyanarról az alapról jelentéktelen kis különbségeket kidolgozva vívják egymás között elméleti harcaikat, és ezekből maguknak egy egész elméleti világot építenek fel, konferenciákat szervezve, ezekről köteteket publikálva, ám a tökéletes beltenyészetben tevékenykedve, a külső jogelméleti körök számára észrevétlenül maradva: „The positivist jurisprudence (like Coleman and Raz) are devoted to analytic versions of legal positivism and make little attempt to connect their philosophy of law either to political philosophy generally or to substantive legal practice scholarship or theory. They teach courses limited to 'legal philosophy' or analytical jurisprudence in which they distinguished and compare different contemporary versions of positivisms, they attend conferences dedicated to those subjects, and they comment on each other's orthodoxies and heresies in most minute detail in their own dedicated journals” (Dworkin szövegét idézi Waldron 2004b:3-4). Az ítélet kemény, de ez nem veheti el kedvünket, és fegyelmesen tovább kell haladni az elemzésben.

Visszatérve most Harthoz, e beállítottságnak aztán az lett a következménye, hogy teljes mértékben hiányoznak az ő és követői elemzéseiből a jogtörténeti és szociológiai elemzések által feltárt aspektusok és az ezekre vonatkozó információk a jog egyes jelenségeinek tárgyalásánál, illetve ugyanígy a jog belső jogdogmatikai elemzése helyett is csak jogi lingvisztikai megfigyelések merülnek fel. Az így támadt ürbe aztán a harti iskola tagjainál egyre inkább a morálfilozófiai elemzések nyomultak be, és jó néhány követőjének elemzését már inkább tiszta morálfilozófiai természetűnek lehet tekinteni, és csak egészen minimális mértékben van köze a jogelmülethez. De mint látni fogjuk, már maga Hart is elindult ebbe az irányba azzal, hogy a Peter Winch-től átvett disztinkciót a jog külső és belső személetéről az eredeti ismertelméleti aspektus helyett morálfilozófiai aspektusba helyezte át: „There are striking differences between Hart's and Winch's notion on the internal point of view. Winch's internal viewpoint should be interpreted as a 'participant's point of view whereas Hart's should be conceived as a 'practical point of view” (Rodriguez-Blanco 2007:453). Az átértelmezés után aztán a legtöbb követőnél a belső nézőpont azonosult a jog tiszta morális nézőpontjával. (A jog „normativitása” pl. e kör tagjainak szóhasználatában tulajdonképpen a jog moralitását takarja.)

H. L. A. Hart jogfelfogásának vitatása különösen két fontos tézise körül összpontosult, melyek a jog és az erkölcs viszonyára, illetve a jog autoritására vonatkoztak, és bár az utóbbinak több aspektusa is van, de a vitatás közbeni hangsúlyeltolásban jórészt ez is a jog morállal átitatottságaként jelenik meg. Nézzük meg először Hart e témákra vonatkozó elemzéseit, majd vitapartnereinek továbbviteleit és kritikáit.

1) Hart a jog és az erkölcs elválasztásáról

Hart legtöbb vitapartnere a jog erősebb át-moralizálása felé igyekszik tolni a jog koncepcióját, és ebből az álláspontból nézve Hart jog és erkölcs közötti viszonyára vonatkozó felfogását az a fő kritika vált bevetté vele szembe, hogy ő elválasztja ezeket. Ahhoz azonban, hogy pontosabb képet kapjunk az ő elválasztási álláspontjáról és a vitapartnerei át-moralizáltabb jogfelfogásáról,

érdeemes egy-egy disztinkciót beiktatni mind az erkölcs, mind jog vonatkozásában. Az erkölcsnél a különbségtétel abban áll, hogy társadalomban elterjedt erkölcsi nézeteket értjük-e erkölcs alatt (empirikus erkölcs, konvencionális erkölcs, illetve az 1900-as évek eleji hazai szóhasználatban „pozitív morál”), vagy a morálfilozófiai gondolkodók köreiben és értelmiségi holdudvaraikban kidolgozott-megvitatott erkölcsi mércéket („kritikai erkölcs”). A másik különbségtétel a jogra vonatkozik, és itt a törvényhozási, illetve a bírói döntési folyamatok elkülönítését kell behozni az elemzésbe. E két disztinkcióval messzebb juthatunk mind Hart, mind vitapartnerei megértésében, és a vita külső megfigyelő elemzői is megalapozottabban foglalhatnak el pozíciót e vita értékelésében.

(Konvencionális erkölcs, kritikai erkölcs) Az empirikus erkölcs és a kritikai erkölcs elkülönítése Hart különböző időben született elemzéseiben eltérő módon jelenik meg. Az 1961-es főművében többfajta disztinkciót tesz az erkölcsöt elemezve, és ezek között felbukkan ez is. Egyik disztinkciója az általánosan elterjedt erkölcs és a pusztán néhányak által követett egyéni erkölcs között található: „Először azt a társadalmi jelenséget vesszük szemügyre, amit egy adott társadalomban gyakran „az erkölcsnek” vagy egy tényleges társadalmi csoport „elfogadott” illetve „konvencionális” erkölcsének neveznek (...) amiket meg kell különböztetnünk azoktól az erkölcsi elvektől és eszményektől, amelynek egyes egyének életét irányítják, melyeket ugyanakkor sok olyan ember nem követ, akikkel az adott egyének együtt élnek” (Hart 1995:196-197). Az általános erkölcs és szűkebb egyéni ill. csoport erkölcsök disztinkciójánál fontos kritikailag kiemelni, hogy Hart legtöbbször csak egyetlen általánosan társadalmi erkölcsöt tart a szem előtt, és pluralitást csak a időbeli változással lát ebben: „A legalapvetőbb erkölcsi szabályokba megállapított kötelezettségek társadalomról társadalomra változhatnak, sőt ugyanabban a társadalomban mások lehetnek a különböző időpontokban” (i.m. 199.p.).

Egy másik disztinkciója hozza be az általunk kiemelt empirikus erkölcs és kritikai erkölcs elkülönítését, de ezt tulajdonképpen egy rétegzett erkölcsbe ágyazza be. Létezik az általánosan elfogadott erkölcs – mondja -, amit mindenkinek követni kell, és ezért nem jár tisztelet, hanem csak megsértéséért szankció; ezen túl léteznek az eszmények szintjén levő erkölcsi kötelezettségek, melyek teljesítése a morális hősnek kijáró tekintélyt ad annak a néhánynak, aki ezt teszi (pl. feláldozza a életét egy eszméért); és végül itt jön be a társadalom elfogadott erkölcsének bírálata, a kritikai erkölcs, mint az erkölcs egy további területe: „Az erkölcs más területei (...) eltérő irányban mutatnak túl az egyes társadalmi csoportokban elfogadott kötelezettségek és eszmények határain, és azok felé az elvek és eszmények felé vezetnek melyek magának a társadalomnak az erkölcsi bírálata során játszanak szerepet” (i.m. 212.p.). Itt már behozza Hart az erkölcsök pluralitásának lehetőségét is, és a demokratikus állam leváltható kormányzatánál ezek a plurális erkölcsi rendszerek is küzdenek a törvényhozás meghatározásáért: „Abból a tényből, hogy az elfogadott erkölcsnek és más társadalmi intézménynek a szabadság és egyenlőség nevében való bírálatát erkölcsi bírálatnak tartjuk, természetesen nem következik, hogy e bírálat más értékek nevében történő elutasítása ne lehetne ugyancsak erkölcsi jellegű (...) A különböző erkölcsi értékek súlyának, illetve a rájuk helyezett hangsúlyoknak az ilyen különbsége olykor egymással összeegyeztethetetlennek bizonyulnak. Gyökeresen eltérő elképzelésekhez vezetnek az eszményi társadalomról alkotott elképzelést illetően, és egymással szembenálló politikai pártok számára adhatnak erkölcsi alapot” (i.m. 213.p.). Csak érintőlegesen kell jelezni, hogy ezzel a leírással szemben a modern tömegdemokráciákban egy olyan kép realistább lehet, mely nemcsak a kritikai erkölcs - és intellektuális hordozó-csoportjainak - szintjén, hanem a *társadalom nagy csoportjainak síkján is erkölcsi pluralizmust tesz fel*, és a politikai táborok küzdelmeiben nem egyszerűen különböző kritikai erkölcsök csapnak össze, hanem a nagy társadalmi csoportok eltérő erkölcsi értékhangsúlyai is. E tematizálás-változtatás révén pedig nem a morálfilozófiai szerzők művei

és vitáik (és médiaterjesztésük felett diszponáló körök érdekei!) lesznek döntőek egy erkölcsi álláspont létének feltárására, hanem az empirikus erkölcsszociológiai felmérések.

A főmű után néhány évvel, 1963-ban megjelent kis kötetben (a magyar fordításban 1999-ben), mely közvetlenül a jog és erkölcs kapcsolatának vitás kérdéseire tér vissza, még tisztábban megjelenik az elterjedt pozitív erkölcs és a kritikai erkölcs disztinkciója: „...szeretném megkülönböztetni - a múlt század haszonelvű gondolkodóinak kedvenc szóhasználatát feltámasztva - a „pozitív erkölcsöt”, vagyis egy adott társadalmi csoport ténylegesen elfogadott és követett erkölcsét, illetve a tényleges társadalmi intézmények, köztük a pozitív erkölcs bírálatára szolgáló általános erkölcsi elveket. Az ilyen általános elvekre a „kritikai erkölcs” elnevezést alkalmazhatjuk „(Hart 1999:31). Végül e kérdésnél felmerül még a Hart által írt, vitapartnereivel foglalkozó tanulmány, melyet 1992-ben a főmű új kiadásában utószóként vettek fel, és amely már az évtizedek alatt felgyűlt kritikák fényében érinti a jog és erkölcs viszonyának kérdését. A kulcsmondat ennél így szól: „E könyvemben amellel érveltem, hogy bár a jog és az erkölcs között számos különböző esetleges kapcsolat létezik, tartalmuk között még sincs semmilyen szükségszerű fogalmi összefüggés; így erkölcsileg teljesen elfogadhatatlan rendelkezések is lehetnek érvényes jogszabályok vagy jogi elvek” (Hart 1995:308-309).

A főmű előbb idézett disztinkciói fényében ez utóbbi mondattal problémák merülnek fel. Az első az, hogy nem differenciál a szerint, hogy a kritizált törvény a ténylegesen elterjedt erkölcsi vélemények, vagy a valamelyik kritikai erkölcsi vélemény szerint elfogadhatatlan. E differencia kieseése nem tűnik véletlennek, mivel ebben az látszik, hogy a Hart kritikusaianak hangsúlyai a kritikai erkölcsnek „az” erkölccsel azonosítására arra vitték el az évtizedek alatt öntudatlanul Hartot is ebben az utószóban, hogy az ő szemüvegükön át védekezzen. Vagyis a kulturális-szellemi szektorokban uralmi pozícióba került társadalmi csoport és morálfilozófusainak *domináns kritikai erkölccse által elfogadhatatlanság* merül itt fel, és az, hogy lehetséges olyan helyzet, melyben a kritikai erkölcsnek a domináns média által terjesztett verziója éppen szemben áll az elterjedt erkölcsi véleményekkel, fel sem merül itt Hartnál. Míg a 60-as évek eleji anyagaiból ez még kibontható volt. Az, hogy Hart besétált a kritikusi utcájába, és implicite jóváhagyta a jog és az erkölcs elválasztásának ezek által felnagyított tézisé, mutatja az is, hogy itt az „egyes” törvények erkölcsi igazolásáról szól, miközben az 1961-es főműve idézeteiből inkább az bukkan fel, hogy a politikai demokráciákban a milliók választása *igazolja törvényhozást a ciklusa alatt minden egyes törvény vonatkozásában*, és a korábbi törvényhozási többség későbbi eltávolításában a kormányrúd mellől benne lehet az a törvények erkölcsi tartalmával való elégedetlenség is: „A demokráciát igazoló szempontok közül az egyik legjelentősebb éppen az, hogy lehetővé teszi az ilyen lehetőségek kipróbálását és felülvizsgálható választást közöttük” (főmű. i.m. 213.p.).

A demokráciákban választásokon periodikusan leváltható törvényhozási többségen nyugvó jogalkotási szerkezet érintésénél még egy fontos problémát kel kiemelni Hart fogalmi tagolásánál, mely különösen követőinél és elméletének eltérő variánsait létrehozó kritikusaianál vált később döntővé: „...bár a jog és az erkölcs között számos különböző esetleges kapcsolat létezik, tartalmuk között még sincs semmilyen szükségszerű fogalmi összefüggés; így erkölcsileg teljesen elfogadhatatlan rendelkezések is lehetnek érvényes jogszabályok vagy jogi elvek” (Hart 1995:308-309). A „szükségszerű” és az „esetleges” disztinkció az erkölcs és a jog kapcsolatában Hart elméletének vitájában a legnagyobb jelentőséget kapta később, és mivel sok vitapartnere számra az „esetleges” kapcsolat nem elég – sőt: az semmi! -, ezért jött létre a jog és erkölcs harti elválasztásának utólag felerősített tézise. Pedig a valóság társadalmi szférájában – vagy filozofikusabban: létszintjén – a törvényszerűségek csak valószínűség jelleggel

(„statisztikailag szignifikánsan”) irányítják az események milliárdjait, de azért ezek az esetek túlnyomó többségénél magyarázó erővel bírnak, és empirikusan be is bizonyosodik egy-egy ebből levont következtetés helyessége. A természeti okozatiság törvényszerűségeinek *szükségszerű* jellegével szemben a társadalmi kapcsolatokról, összefonódásokról keletkező törvényszerűségek csak *strukturálisan* rögzítik az események általuk való meghatározottságát, és bár ez több az esetlegességnél a szükségszerű jelleget nélkülözik. (A tudományt a természettudománnyal azonosító analitikai filozófia ebből vonja le a társadalomtudományok lehetetlenségét, vagy enyhébb fogalmazásban egészen minimális igényekre visszaszorítását, lásd Winch 1989:88-94, illetve Rodriguez-Blanco:2007:455) A természeti valósággal szemben a társadalmi valóságban tehát a „szükségszerű” és az „esetleges” jelzők félrevezetőek, és itt az esetlegességen túl a *strukturális összekapcsoltság* a megfelelő fogalom. És mint láttuk, ezt a strukturális összekapcsoltságot nagyon is jelezte Hart a demokráciákban a periodikusan megválasztott és eltávolított törvényhozási többség elemzésbe behozásával, ám szerencsétlen disztinkciója később lehetővé tette, hogy ezt figyelmen kívül hagyják követői-kritikusai, és a rossz disztinkció vált kritikájuk tárgyává.

Összegezve tehát, a Hart által a jog és erkölcs kapcsolatára alkalmazott „szükségszerű” illetve „esetleges” jelzőt egy megfelelőbbel, a *strukturális* jelzővel kell cserélni, mivel a társadalom milliói által választott és periodikusan következő parlamenti választásokon leváltható törvényhozási többség törvényei *strukturálisan összekötöttek* a többségi szavazók erkölcsi hangsúlyaival. A kisebbségben maradt társadalmi csoportok némelyike számára ezek a többségi erkölcsi hangsúlyok elfogadhatatlanok lehetnek, és ha a szellemi-média szférában ezek a társadalmi csoportok dominánsak, akkor ezt mint ’erkölcsi fertőt’ tudják a közvélemény elé tárni, ám az elemző nem tekintheti az ilyen törvényeket - ezek szemüvegén keresztül - ab ovo elfogadhatatlan erkölcsi minőségűnek, hanem azt kell kutatni, hogy mely társadalmi csoport erkölcsi hangsúlyaiból elfogadhatatlanok ezek.

(Törvényhozási folyamatok, bírói döntési folyamatok) Nézzük most a másik disztinkciót, amely a jogon belül választja el egyrészt a törvényhozási folyamatok erkölcsi áthatását, másrészt a bírói döntési folyamatok esetében ugyanezt. Szemben az előbbi disztinkcióval ez csak egészen töredékesen jelenik meg Hartnál. A bírói döntés kötöttségének illetve szabadságának elméleteit jelentő formalizmust, illetve szabályszekepticizmust elemző fejtegetései nyújtanak itt közelebbi támpontokat, és e mellett az 1992-es utószóban a joghézagok esetén a bírói döntésre vonatkozó elemzések használhatók fel Hart álláspontjának megértésére. A formalizmust - a bírói döntés teljes pontosságú szabályokkal való lefedésének igényét – Hart a nyelv nyitott szövedéke miatt illúzióknak tekinti, és bár bizonyos támpontokhoz kötöttség lehetséges, és ezek kötelezők is a bírának, ám az összes lehetséges esetre, melyek a jövőben az adott szabályok esetében felmerülnek, nem lehet előre megadni e támpontokat (Hart 1995:151). Másik oldalról a szabályszekepticizmust, amely semmilyen kötelező erőt nem ismer el a bíró számára az előre lefektetett törvényi szabályokból, szintén túlzásnak találja Hart: „Néhány bírói döntésben lehet ilyen, de teljesen nyilvánvaló, hogy a bírák a legtöbb döntésénél, ahogy a sakkozó a lépéseknél, vagy őszintén törekszenek azon szabályok betartására, amelyeket tudatosan a döntést irányító mintáknak tekintenek, vagy ha ösztönösen is járnak el, a döntéseiket azokkal a szabályokkal igazolják, amelyeket már ezt megelőzően készek voltak követni, és amelyek jelentőségét az adott ügy szempontjából elismerik” (i.m. 165.). Itt tehát egy mérsékelt formalizmus jelenik meg Hart álláspontjaként, nem érintve a nyitottságnál az esetleges erkölcsi támpontokkal kitöltésre. Fontos itt még, hogy a szabályszekepticizmus álláspontjaként jelzi azt, mely szerint a jog a bírói döntési folyamatot jelenti, és a törvényhozásban létrejött törvény még csak a jog puszta forrása, amely akkor válik joggá, ha a

bíró elkezd az egyedi esetekre alkalmazni ezeket. Vagyis *a jog a szabályszeptikusok felfogásában a bírói folyamatot fogja át, és az ettől elkülönített törvényhozási folyamat, illetve ennek terméke, a létrejött törvény még csak egy jogi „előszobát” jelent*: „Az ilyen elmélet egyik jellegzetes állítása ugyanis az, hogy a törvénynek, amíg a bíróságok nem alkalmazzák azokat, nem részei, hanem csak a forrásai a jognak” (i.,161.) Kritikája alapján nyilvánvaló, hogy Hart a jogba beemeltnek tekinti a törvényhozást is, de a későbbiekben nem foglalkozik annak kifejtésével, hogy miben tér el a törvényhozási folyamat jogalkotása - ahol legalábbis a kritikai erkölcs egymással küzdő verzióit megjeleníteni engedi! - és a bírói döntésben a nyitva hagyott részekben (joghézagokban) történő jogalkotás az esetleges erkölcsi támpontok beemelésében. Ezt pótolja aztán az 1992-es utószóban, ahol Dworkinnal vitatkozva a joghézagban a bíró szabadságát emeli ki, és elveti Dworkinnak azt a követelését, hogy a bíró ilyenkor előzetesen lefektetett (morális) elvek konstellációja alapján legyen köteles dönteni: „Dworkin másik bíráló megjegyzésében nem azért ítéli el a bírói mérlegelési szabadságról vallott felfogásomat, mert az helytelenül írja le a valóságot, hanem azért, mert az a jogalkotás egy olyan formáját helyesli, ami nem demokratikus és nem igazságos” (i.m. 317.p.). Így már látható, hogy Hart egyrészt a bírói döntés mérsékelt formalizmusát elfogadva az előzetes normatív támpontok általi behatároltságot mondja ki a bírónál, illetve a szabadon maradt részekben sem a morálfilozófiai elvrendszerekhez kötést támogatja, hanem a bíró szabad döntését, és ez a bíró (származásától függő) konvencionális erkölcsi meghatározást juttatja érvényre. Hartnak a morálfilozófiai kritikai erkölcs és a konvencionális erkölcs közötti választásban az utóbbi mellé állása a következő idézetben még tisztábban kiugrik: „A jogelméletnek el kell kerülnie, hogy elkötelezze magát az erkölcsi ítéletekben megnyilvánuló vitatható filozófiai elméletek mellett (...) a bíró kötelessége ugyanaz marad. Nevezetesen, hogy a *legjobb erkölcsi meggyőződése szerint* alkosson ítéletet minden olyan erkölcsi kérdésben, amit esetleg el kell döntenie” (i.m. 291.p. – kiemelés tőlem PB).

(Belső és külső szemlélet) Ki kell térni még Hart egy további disztinkciójának, a szabályok belső és külső szemléletének a problémájára, mert a jog és erkölcs kapcsolatának megítélésébe később ez is alaposan belejátszott, és sok tévutat hozott létre a későbbiekben: „Hiszen valaki tekinthet úgy is a szabályokra mint egy olyan külső megfigyelő, aki maga nem azonosul velük, és úgy is, mint annak a csoportnak a tagja, amely magatartása irányítóiként elfogadja és alkalmazza az adott szabályokat. E nézőpontokat nevezhetjük „külső” és „belső” nézőpontnak (Hart 1995:109). Ez a megkülönböztetés a kontinentális Európa jog- és morálfilozófiai gondolkodásában az 1800-as évek végétől egyrészt a Sein és a Sollen, a lét és legyen szféráinak kettéválasztásával kapta meg a fogalmi disztinkcióját, másrészt az utóbbi évtizedekben a megfigyelések vonatkozásában a kognitív és a normatív disztinkcióval. (Ez utóbbit különösen Niklas Luhmann használja sűrűn az elemzések különtartására.) A Sein (a Lét) a valóság természeti (fizikai és biológiai) létszféráinak területe, illetve az evolúcióval felettük kibomlott társadalmi létszféráé is, ám ez utóbbinál - az értelemmel rendelkező emberek tömegeinek tudatos választásai és cél-, norma-, és értékirányítotttsága révén - Sollen (Legyen) jellegű képződmények is létrejönnek, így a társadalmi létben a Sein kauzális folyamatainak és Sollen kelléseinek, normativitásainak a létszférái elkülönítendőek. Ezen ontológiai disztinkció mellett a megfigyelés vonatkozásában egy részben hasonló kettébontást is kell tenni, mert a társadalmi lét egyes jelenségeinek megfigyelése lehetséges pusztán leíró vagy ezzel szemben értékelő-kellés szempontú is. (A természeti jelenségek kellés-szempontú elemzése értelmetlen lenne, itt legfeljebb az erre vonatkozó emberi gyakorlat - pl. környezetszennyező - elemzése lehet értékelő-kritikai jellegű.) A megfigyelés tehát lehet kognitív, pusztán leíró, és lehet normatív, értékelő-kritikai, vagyis e disztinkció a kognitív/normatív disztinkciót jelenti. Hartnál a belső/külső főként e második (ismertelméleti) vonatkozás merül fel, de ez sokszor átcsúszik a

Sein/Sollen ontológiai disztinkciójába, főként a követőinél-kritikusainál. A követőinél emellett a belső/külső disztinkció még el is tolódik két irányba, melyek Hartnál magánál még csak jelzésszerűen jelentek meg. Az egyik eltolódás abban áll, hogy a belső/külső disztinkció azt is magával hozza, hogy az ember csak másokat tud kívülről leírni-megítélni, maga csak belső nézőpontot tud elfoglalni, míg Hartnál az említett idézet után ennek relativizálása is megtörténik, és a külső is észlelheti a belső pusztá megfigyelő, vagy ezzel szemben azonosuló hozzáállásának különbségét egy szabályhoz. Lehet kognitív, vagy normatív a hozzáállásuk-mondhatnánk más terminológiával. Ám Hart a *külső megfigyelő* és a *belső tag* kettébontásához kötöttséggel maga is hozzájárult ahhoz, hogy e nézőpontok különböző emberek vonatkozásában válassza el a megfigyelés e disztinkcióját. Míg ezzel szemben a kognitív/normatív disztinkció ugyanezt semlegesebben teszi: bárki elemezheti magát, saját csoportjainak normáit is kognitívan vagy válthat át normatív nézőpontra, és másokét is ugyanígy mindkettőben, csak tudatosan figyelnie kell az egyes nézőpontok követelményeire.

Elmélettechnikai probléma mellett azonban nagyobb gondot okoz Hart disztinkciója azáltal, hogy követői a belső nézőpont nem leíró jellegét nem egyszerűen a normatívval azonosították, hanem *ezt leszűkítették a morálisra*. Vagyis a belső normatív azonosulás szinonimmá vált a morális azonosulással. Ám ha szétnézünk a normatív jelenségek birodalmában, akkor egy sor nem morális jellegű szabályt és célkitűzést is találhatunk, melyek így csak eltorzítva, átmoralizáltan jelenhetnek meg az elemzésben. Ez utóbbiban maga Hart egyáltalán nem „bűnös”, nem található még csak jelzés sem arra, hogy ő ez sugallta volna. (Noha a belső nézőpont normatívval azonosítása - mint láttuk Rodriguez-Blanco idézetében - már nála megtörtént.) Itt inkább követői-kritikusai többségének az a beállítódása a ludas, mely harti jogelméletet átfogóan moralizálni igyekszik. (A fenti továbbvitelekre majd a kritikusok elemzésnél visszatérünk.)

Összességében tehát *nem* lehet azt mondani, hogy Hart a jog és az erkölcs elkülönültségét mondja ki, és inkább az adja vissza adekvátan az álláspontját, hogy ez az elkülönítés jogfelfogásában csak a bírói döntési folyamatoknál - itt is csak részlegesen - állja meg a helyét. Az a már idézett, saját provokatív kijelentése 1992-es utószavában, hogy „bár a jog és az erkölcs között számos különböző esetleges kapcsolat létezik, tartalmuk között még sincs semmilyen szükségszerű fogalmi összefüggés”, nem támasztható alá könyve részletesebb elemzésével. A *törvényhozásnál strukturális kapcsolat létezik a társadalom nagy csoportjainak erkölcsével* a parlamenti választások sokmillió állampolgári döntésével egy ciklusra meghatározó törvényhozóvá választás révén. Ez a „strukturális” kapcsolat persze nem úgy „szükségszerű” mint a természeti törvények minden esetben érvényesülő ereje, ám eléggé meghatározó ahhoz, hogy többnek tartjuk pusztá esetleges kapcsolatnál. Már itt jelezni kell, hogy legtöbb kritikusa nem is ezt hozza fel kritikájaként, hanem inkább azt, hogy a bírói döntési folyamatból kizárja a törvényi rendelkezések folyamatos morális szempontú felülvizsgálatát, illetve e rendelkezések morális szempontok szerinti szabadabb átformálását, és ez alatt a kritikusok a morálfilozófusok kritikai morálértekezéseit veszik alapul.

2) Hart a jog autoritásáról

Hart az autoritás fogalmát Bentham jogelméletének elemzése közben különítette el (Hart 2004:287-309) annak kapcsán, hogy Bentham a joghoz az alattvalók szokásos engedelmisségét kapcsolta - a nem követés esetére a szankcióval fenyegetettség felmutatása mellett - és itt Hart

egy eltakart mozzanatot tárt fel. Azt ugyanis, hogy az állami előírást az érintettek tömege nem egyszerűen a szokásos engedelmesség miatt és nem is a nem követés esetére jelzett szankciótól félelmében alkalmazza cselekvésében, hanem mert belső meggyőződéséből eredően követésre méltónak tekinti a jog előírásait. Még hozzá nem is az adott előírás tartalma miatti követésre méltóság van itt, hanem általánosabban az állami szuverén előírásainak mint elismerésre méltónak tartása, mely révén tartalom-független ez a helyesnek elfogadás. Ez az, amit Bentham elemzése letakart, és Hart ezt a jog egyik fontos sajátosságának tekint: „Egy személynek vagy személyeknek nem csupán kényszerhatalmuk, hanem autoritásuk van mások felett. Mivel az autoritással rendelkezés abban áll, hogy valakinek mások cselekvésére vonatkozó szándéknyilvánítását peremtórius, tartalomfüggetlen cselekvési indokként fogadják el” (Hart 2004:300).

A jogot alkotó állami szuverén igazoltsága áll tehát a jog elfogadása mögött, és ezt emelte ki az autoritás fogalmával Hart, ám itt érdemesnek tűnik kiemelni *az igazolás kognitív és normatív (erkölcsi) irányának különbséget*. Az államhatalom igazolása ugyanis a német és kontinentális európai államelméleti és szociológiai gondolkodásban már az 1900-as évek elejétől felbukkant, és az olasz Gaetano Maosca „igazolási formulái” majd nyomában Max Weber legitimáció elmélete, később Robert Michels karizmatikus legitimációs tézise, végül mindezek összehasonlító elemzése Habermas legitimációra vonatkozó elméletében az 1970-es években egy széles elméleti vonalat hozott létre. Itt a hatalom *igazolási formuláit azok a világmagyarázati keretek* jelentik, melyek a megadott világképen belül elhelyezik a hatalmat, és körbeírják a hatalomgyakorlók feladatát, és amelyek az állami döntések elfogadását megkövetelik és igazolják az állampolgárok tömegei felé. Ha pl. a hatalom az Istentől származik, mint ahogy elterjedt tudás volt a kereszténység világképében a középkorban, akkor annak földi helytartója, a pápa felkenése viszi át a hatalmat a keresztény földi uralkodókra, és hatalmuk, mint az isteni hatalom földi képviselői igazolt; ha a világban a különböző társadalmakban az osztályharcok szabják meg az eseményeket, és a történelem menete az egymás utáni termelési módokban a feudalizmus, a kapitalizmus, majd ennek sírásójaként szükségszerűen létrehozza a kommunizmust - ahogy a szovjet rendszer hetven éve alatt a domináns ideológia sulykolta -, akkor az ezt értő és felismerő kommunista élcsapat predesztinált a történelem menetének beteljesítésére és a társadalom kommunizmusba vezetésére, és hatalmuk így igazolt (lásd e legitimációs tematikák összefoglaló bemutatására: Pokol 2006:91-102). Az analitikai filozófiában otthonos Hart-tól nyilvánvalóan idegen az erre vonatkozó irodalom, és nem is ebbe az irányba megy el, hanem *a kognitív világképek igazolási ereje helyett, mint evidenciát tekinti azt, hogy ezek csak erkölcsi jellegű érvek és igazolások lehetnek*. Vagyis ahogy Peter Winch küls/belső szemlélet disztinkcióját a normativitás felé vitte el, ugyanúgy itt is spontán módon erkölcsi elvekkal alátámasztottsággal azonosítja a hatalom igazolását: „A törvényhozói autoritás esetében, ahogy a más személyek fölötti gyakorlati autoritás minden más formájánál is, a törvények tartalomfüggetlen, peremtórius cselekvési indokként való elfogadása mellett szóló indokoknak erkölcsi indokoknak kell lenniük. (...) A törvényhozás erkölcsi legitimitása természetesen több forrásból eredhet: származhat például abból a tényből, hogy a törvényhozás összetétele, például egy parlamentáris demokráciában, megfelel a kormányzás erkölcsileg elfogadható elveinek; vagy származhat abból a tényből is, hogy legyen egyénként bármilyen a törvényhozás összetétele, és legyenek egyébként bármilyen hiányosságai is, ez biztosítja az elfogadható társadalmi élethez szükséges rendet és együttműködést, és hogy nélküle nagyobb gonoszságok történének, mint bármit, amit maga a kormányzat elkövet” (i.m. 305.p.) Nos tehát ebből nyilvánvaló, hogy Hart az államhatalom erkölcsi igazolását tekinti magától értetődőnek, és a kognitív szintű elismerésre méltóságot igazoló érvek léte fel sem merül előtte. És már itt jelezni kell, hogy ezzel aztán utat nyitott

kritikusainak ahhoz a későbbi törekvéseihez, hogy a jog átmoralizását az autoritás kategória „intenzifikálása” révén hajtsák végre.

3) A hartiánusok és a bírói/jogászi érvelés kritikai morál hordozóihoz kötésének törekvései

A követők/kritikusok többsége Hart elméletét a jog átmoralizálása felé tolta el, és egyrészt eltekintve a konvencionális morál lététől a morált a kritikai morállal azonosította, másrészt a törvényhozást kitolva a jog elemzésből a jogot a bírói folyamatokkal tette egyenlővé. De kisebb számmal azért akadtak olyanok is, akik mind a két disztinkciót megtartották, és így hangsúlyaik közelebb maradtak az eredeti harti hangsúlyokhoz, illetve jog átmoralizálásában nem mentek rajta túl. E mellett még azt lehet látni, hogy míg néhány jó néhány követője megtartotta Hart jogtörténetről, jogszociológiáról, és tételesjogi elemzésektől „kasztrált” elemzési stílusát – amellett, hogy ezt az űrt bővebben kitöltötték morálfilozófiai elemzésekkel és információgyűjtéssel -, addig néhány követőnél egyrészt már némileg tágabb merítést lehet látni szociológiai ismertekből, másrészt tételesjogi elemzések is megjelennek elvéve náluk.

A kritikai morálfilozófia és jog bírói döntése középpontba emelése már Hart első jelentősebb kritikusanál, Ronald Dworkinnál megjelent, aki az 1980-as évekre kiteljesedett jogkonceptiójában az egyes jogszabályok értelmét az egyes bírói eseti döntések számára - legalábbis az angol-amerikai jogrendszereket illetően - egy egységes morálfilozófiai szempontrendszerbe integrálva és azon keresztül tartja feltárandónak. Így nála az államhatalmi döntésekkel létrejövő jogi réteg mellett egy (kritikai) morálfilozófiai konceptuális réteg adja jog teljességét. Dworkinhoz képest tisztábban létrejön a jog és a morál összekötése Gerald Postemánál, aki már a jogász szerep elkülönültségének felszámolását is megtervezi azért, hogy a morális szempontok közvetlenül hatni tudjanak a jog működésében. A másik irányban - egyrészt a konvencionális morál megtartását a kritikai morál mellett, másrészt a törvényhozásra figyelés megtartását a bírói döntési folyamatok mellett - kiemelendő a magát „mérsékelt” vagy „inkluzív” pozitivistának nevező Jules Coleman és Wil Waluchov, de ebbe a sorba tartozik Neil MacCormick és főként Tom Campbell, mely utóbbi a harcos törvényhozás-pártiságával és a kritikai morálfilozófia elveire támaszkodó bírói aktivizmus kritikájával a Hart-követők/kritikusok poláris ellentétének tekinthető.

3.1. Jules Coleman/Wil Waluchov és az inkluzív pozitívizmus

Hart követői közül Jules Coleman a kevesek egyike, aki kitartva Hart eredeti eszméjénél szemben áll a bírói döntéseknek a kritikai morál hordozóihoz kötöttségével, és e törekvései folyamán dolgozta ki az inkluzív pozitívizmus eszméjét a '90-es években, melyet más akcentusokkal Will Waluchov is továbbfejlesztett. Coleman számára alapvető fontosságú annak megkülönböztetése, ami az erkölcsnek a társadalomban empirikusan elterjedt konvencionális formája és a szűkebb entellektüel közösségek és morálfilozófus vitakörökben létező kritikai erkölcs között van. Mint láttuk, Hart a jog törvényhozási folyamatok vonatkozásában utalt a pozitív morálhoz kötöttségre a demokrácia keretei között, Coleman ezzel szemben átfogóbban, a bírói folyamatok során is figyel a konvencionális gyakorlatokhoz kötöttségre. Mint 1982-es, később magyarra is lefordított anyagában írja, tisztán el kell

választani, hogy „az elválaszthatósági tézis a jog és a kritikai morál viszonyára, vagy a jog és a konvencionális moralitás viszonyára vonatkozik-e. Az én felfogásomban az elválaszthatósági tézis a jog és kritikai moralitás közötti konstitutív viszony tagadása” (Coleman 2004:51). A harti, konvencionális morál és törvényhozás közötti összefonás után ez a továbbfejtés már jobban érthetővé teszi Hart kritikáinak törekvéseit is: amikor a jog és a morál „szétválasztása” ellen fellépnek és e helyett összefonása mellett érvelnek, akkor ténylegesen csak a *konvencionális morál* helyett a kritikai morálhoz kötöttségért szállnak síkra. Ez utóbbit pedig nem a nép milliós tömegei hordozzák, hanem morálfilozófus körök és az ezeket terjesztő médiaértelmiségi elitek.

Coleman azonban továbbmegy a kritikai morál/konvencionális morál közötti különbség felhasználásában, és a döntéseket a bírák esetében sem az erkölcsi elvek kritikai morálfilozófiai értekezéseihez köti, hanem ezen elvek konvencionális gyakorlatához. Ezt az érvelését Dworkinnak azzal az álláspontjával szemben írja, mely szerint a bírák a pozitívan rögzített jogszabályok normatív támpontjainak hézagjainak felmerülése esetén morális elvekhez nyúlnak ennek kitöltésére, és ezt Dworkin a kritikai morálfilozófiai értekezések elveinek bírák általi kötelezőként elfogadásának tekinti: „Az, ami Dworkin felfogása szerint az elismerési szabály normatív elméletének bizonyítéka - tehát az, hogy általánosan és széleskörűen hivatkoznak erkölcsi elvekre az elismerési szabály körüli viták megoldásakor - szerintem azt bizonyítja, hogy a bírák között létezik egy társadalmi gyakorlat, mely szerint az ilyen vitákat egy bizonyos módon kell megoldani, egy olyan gyakorlat, amely részben a bírói magatartásra vonatkozó társadalmi szabályt specifikálja. A szubsztantív erkölcsi érvekre hivatkozás ekkor is tökéletesen összeegyeztethető a jog konvencionalista felfogásával” (Coleman 2004:70-71). Említeni kell még, hogy Coleman a kevesek egyike abban is a harti iskolában, hogy az absztrakt jogelméleti téziseken túl a tételesjogi kérdések szintjén is igyekszik megjeleníteni, illetve hasznosítani általánosabb téziseit, és pl. a kártérítési jogban a gazdasági jogszemlélettel szemben az igazságosság más alapjáról kiindulva (kiegyenlítő igazságosság) fejtett ki egy saját kártérítési jogi koncepciót.

Jó irányba korrigálja az inklúzív pozitívizmus Wil Waluchov által továbbfejtett irányzata Hart belső/külső nézőpontból elemzésre vonatkozó nézeteit azzal, hogy a belső nézőpont normatív kötöttségtől való semlegességének lehetőségét és pusztán kognitív-megfigyelő státusát rögzíti. Mint láttuk Hartnál a belső nézőpont automatikusan elkötelezettséget vont maga után, és a követői nagy részénél ez az elkötelezettség a morális elkötelezettséggel került azonosításra, mely még inkább kizárta a semleges-elfogulatlan megfigyelés lehetőségét. Ezzel szemben Wil Waluchov így ír: „One can use a moral principle in explaining the structural features, basic concepts and pattern of inference inherent in a practice without in any way endorsing the practice or the principle it embodies. One can posit a principle as making sense of these features, viz., showing why they are as they are, rendering them intelligible, without endorsing anything at all, aside from the claim that the practice makes sense” (Waluchow 2002:132). Ezzel a korrekcióval az egész belső/külső disztinkció átalakul a megfelelőbb normatív/kognitív disztinkcióvá, és ami még fontos, hogy ezzel a normákat elemző jogelmélet szükségszerű normatív státusa eltűnik, és elfogulatlan elemző lehet.

A társadalmi jelenségek és a normák pusztán tényként megfigyelési lehetősége aztán Waluchow számára fontossá teszi a metodológiai pozitívizmus elkülönítését a szubsztantív pozitívizmustól. Aki ismeri a kontinentális európai jogelméleti/jogszociológiai körökben szokásos ismertelméleti ténypozitívizmus és a törvénypozitívizmus (vagy decizionizmus) megkülönböztetését, annak feltűnik, hogy az angol-amerikai analitikai jogelmélet szerzőinél a kettő összemosódik. Pl. Coleman Dworkinnak vitatkozva így ír: „Amint a pozitívizmussal azzal

a felfogással jellemezzük, hogy a jog kemény tényekből áll, plauzibilissé válik az a mód, ahogy Dworkin bizonyos alapvető tételeket tulajdonít a pozitívizmusnak (...) Először is a jog a pozitivista számára inkább szabályokból mint elvekből áll, mivel egy szabály legalitása a formális jellegétől - megalkotásának módjától és jellegétől - függ, miközben egy erkölcsi elv legalitása a tartalmán múlik. A szabályok legalitása ezért lényegileg vitathatatlan; az elvek jogi normativitása lényegileg vitatható” (Coleman 2004:55-56). E leírásból nyilvánvaló hogy a jog ’kemény tényekből’ állásának állítása mögött az áll, hogy a döntéssel létrehozott jog szövegszerű rögzítettsége „tényszerűen” elénk állítja a jog tartalmát. A gond ezzel azonban az, hogy ezzel a törvényhozási döntés tényszerűségében (annak tényszerű külsődlegességében) eltünteti az így létrehozott norma Kellés, azaz normatív jellegét. Csak a jogszociológia (vagy az erkölcsszociológia) szemléletmódja az, amely a normákat a tényszerűség oldaláról veszi szemügyre. Nos, Waluchow ezt az összemosódást igyekszik megszüntetni, amikor a megfigyelés ténypozitívizmusát elkülöníti a törvénypozitívizmustól (vagy az ő megfogalmazásában a szubsztantív pozitívizmustól) mint metodológiai pozitívizmust: „Methodological positivists maintain that legal theory is a purely descriptive non-normative enterprise that sets out, in a manner of ordinary scienc, to tell us what one particular corner of the world we inhabit is like” (Perry 1996:361).

De más irányba is korrigálás látható Waluchownál Hart elemzéseire képest, amikor a jog mint emberi-társadalmi jelenség esetén a szükségszerűség fogalmát teszi problémássá. Perry így írja le Waluchownak ezt az elemzését: „Law does not necessarily have a moral component as Dworkin claims, not it is necessarily source-based as Raz would have us believe; legal criteria for validity are only contingently moral in character (...) What notion of necessity and possibility are in play here? (...) The idea of a natural essence, which is problematic at the best of times, seems especially ill-suited as a characterization of a humanly-created institution - more accurately, a highly diverse set of independently-created institutions - such as law” (Perry 1996:369-370). Ez a korrekció alapvető a pozitívizmus egész megítélésénél, mert mint láttuk a szükségszerű/ esetleges disztinkció rossz kettébontása eltüntette a szemszögből azt, hogy a kettő között ott lehet a strukturális összekapcsoltság a jog és az erkölcs között, és a demokráciákban a periodikusan választásokon létrehozott és eltávolítható törvényhozási többség jogalkotásával épp ez a fajta összekapcsoltság valósul meg.

3.2. MacCormick/Tom Campbell a konvencionális erkölcsről és a demokratikus törvényhozásról

A kritikai morál mellett a konvencionális morálra figyelemmel és ennek az elemzésben megtartásával MacCormick is az egyik kivételt jelent Hart követői között. Az ő elemzésében ez az egyéni morális döntések autonómiájának és ezzel szemben a joghoz igazodó döntés heteronómiájának szembeállításával indul. Az egyéni morális döntésnél, ha felmerül az életben egy szituációval kapcsolatban, akkor csak a belső motívumok és az ezeket alátámasztó érvek számíthatnak, és a morál ezzel azonosítása a filozófiában főként a kanti etikában történt meg, a vallási szocializációk közül pedig a protestáns szellemiség emelte ezt a középpontba. Maga Hart a konvencionális erkölchöz jobban tapadva ennek túlzott kiemelésétől eredetileg még óvott is az 1950-es évek közepén R. M. Hare morálfilozófiai téziseit bírálva, „he saw as excessively ’protestant’ in the moral autonomism of R. M. Hare’s theses about moral reasoning” (MacCormick 1994:5); később azonban az elterjedt közkerkölcsökkel szembeni kritika alapjaként maga is kiemelte a kritikai erkölcs szerepét - jelzi Hart szellemi útját e téren MacCormick. Ezzel a pusztán meggyőződéshez kötött és kizárólag értelmi meggyőzéssel

befolyásolható autonóm morállal állítja szemben MacCormick a pozitív morált, amely már a tömegesen elterjedt meggyőződések területe, és amely már alá van támasztva szankcióval, még ha ez nem is jogi és intézményes jellegű. Itt a csoportsszolidaritás a döntő és a pusztán utánzás a csoporton belül, így reflexivitása kismértékű. Ám a jog és e között nincs éles határvonal, így a konvencionális morált és a jogot nem lehet bevonni az elválasztási tézisbe, csak az autonóm morált: „So it must be said that the conceptual distinction drawn here is one between law and morality only in one sense of the latter term, that is, only between law and autonomous morality” (im.7.p.). És MacCormick nemcsak a jog és közmorál összefüggését hangsúlyozza, hanem azt is, hogy a növekvő morális individualitás miatt a közösségi döntések szükségessége megkívánja a kényszerre alapozott jogot, és ennek kivonását az egyéni morálra támaszkodó félretolási lehetőség alól: ”To pick this up, let me now state again that one vital point of legal institutions is exactly that they exist (inter alia) to settle authoritatively for practical purposes what cannot be settled morally (...) The Parliament and the judges have generally and cumulatively pronounced on the issues raised, and the law is for the time being settled in quite clearly formulated terms on points, that are unsettlable morally (im 6.p.). Ebben a felfogásban a kritikai morál, a közmorál és a jog egyformán megtalálja a helyét, és nem válik fölötte uralkodóvá a kritikai morál. (Csak kitekintésként kell ehhez az elemzéshez hozzátenni a teljesség kedvéért, hogy MacCormick a legutóbbi időkben eltolódni látszik ettől a felfogástól a természetjog felé, de ennek indokai majd külön elemzést igényelnek, lásd MacCormick 2007:161).

Tom Campbell jóval harciasabb MacCormicknál, és hangsúlyait főként azzal lépi túl, hogy a pozitív jog mögött kiemeli ennek demokrácia-alapját. Ő a Dworkinnal induló bíróközpontúságot és ezeknek a törvényekkel szembeni, átfogó morálfilozófiai elvekre támaszkodó ítélkezését támadja elsősorban, így pozitívizmusát a „demokratikus pozitívizmus” megkülönböztető jelzővel igyekszik lehatárolni, és mivel e pozitívizmus mögött egy érték-megalapozottságot emel ki, etikai pozitívizmusnak és „prescriptive” pozitívizmusnak is nevezi ezt. Noha láttuk, hogy Hart főművében kiemelte a demokráciát, mint az egymással küzdő erkölcsi értékrendszerek egyikének törvényhozási többségé válását, ám ennek nem vonta le a következményét, és a „forrásalapú” pozitívizmust mint pusztán leíró jogelméletet tekintette. Ezt aztán alaposan kihasználták a törvényhozási döntésre alapozott joggal szemben viszolygással élő tanítványai, akik így az érték-megalapozottságot külön tartották bevihetőnek a jogba, és ezzel igyekeztek megalapozni az ’értékeket nélkülöző’ pozitívizmus jogának könnyű átformálását a bírák által. Campbell kiemelésével nyilvánvalóvá válik, hogy ez a bírák általi átformálás a morálfilozófusok Herkulesére támaszkodva nem egyszerűen egy értékalapot nélkülöző jog átformálása, hanem az *ebbe rejtett értékalapnak egy másik értékrendszerrel kicserélése*. E csere alapja pedig a gyakorlatban a törvényi előírásokkal szembeni alkotmányos alapjogokra támaszkodás, ezért Campbell fő küzdelme az alapjogi aktivizmus ellen irányul: „There are important reasons of democratic principle which cast doubt on the propriety of giving courts a veto over human rights interpretation. Courts have not the capacity, and should not have the authority, to overturn the duly enacted legislation of the Parliament when this is within its federal powers” (Campbell 1994:195). Campbell nem tudja elfogadni azokat az érveket, melyek a „bátor bírókat” tekintik a morál letéteményeseinek a parlamenti többséggel szemben, és jellemzően ezek mindig a náci Németországot illetve dél-afrikai fajüldöző rezsimekhez hozzák fel, hogy milyen is az, ha a bírák helyett a törvényhozási többség a jog letéteményese: „Brave judges, armed with sound conceptions of natural law are, it is argued, in a better position to withstand evil governments and have a better track in so doing. Nazi Germany and apartheid South Africa are the favorite illustration of this alleged phenomenon” (Campbell 2003:31). A demokrácia értékkelkötelezettségére alapozott pozitívizmusában Campbell persze kevésbé Hartnak a törvényhozás pozitív morállal összekötését emeli ki, mint inkább a valamikor Harttal

vitatkozó Lon Fuller vonalát, aki a zsinórmértékszerű egyenlőséget, a kiszámíthatóságot, a demokratikus kontrollt stb. emelte ki stabil értéknek a pozitív jogban. A demokratikus pozitívizmus törvényhozásának értéktelítettsége alapján Campbell bírálja a mérsékelt vagy inkluzív pozitívizmus engedékenységet is az alapjogi aktivizmus bíróközpontúságának elismerése miatt. Ugyanis ez lehetónek tekinti a pozitív joggal szemben az alapjogokra támaszkodó bírák felsóbbségét, csak azt tartja szükségesnek, hogy ezt az alapjogi bírói felsóbbséget az elismerési szabály beemelje. Vagyis, ha a bírói karban elterjedt az a meggyóződés, hogy az alapjogokra támaszkodva felülbírálható a törvényhozási jog, akkor ez elismerési szabállyá válva a pozitívizmus részévé teszi ezt a jelenséget is, és többé nincs baj vele. Campbell ezzel szemben a demokrácia értékeire tekintettel ezt nem fogadja el, és a nemválasztott bírákat semmilyen legitimációval nem látja ellátottnak erre a hierarchikus felsóbbségre: „'Soft' or 'inclusive' legal positivism, which allows for moral criteria in a rule of recognition, is more likely to countenance the invalidation of apparently good law on the grounds of its immorality (...) Thus, if hard legal positivism is the theory in question, it is clear that the positivist approach to the defence of lawful orders is likely to be more sympathetic, not because of any deduction from the concept of law involved, but because of the moral and political reasons that lie behind the adoption of that concept” (Campbell 2005:23).

3.3. Jeremy Waldron a törvényhozás szerepéról

Waldron az egyetlen a Hart-követók között, aki több tanulmányban is közvetlenül a törvényhozással foglalkozott, így ő kivétel az irányzattal szemben megfogalmazott vád alól, miszerint ennek tagjai a bíróságok felé tolták el a jog elemzését (lásd e vád felidézését: Dworkin 2007:98; Waldron törvényhozással foglalkozó főbb tanulmányai: 1999, a magyar nyelvre is lefordított 1996-os anyaga (2004); és a 2004b, 2004c). A magyar nyelvű anyaga arra is jó, hogy az irányzat viszolygását is láthassuk, ahogy felsorolja a törvényhozással szembeni fenntartásokat: „a törvényhozásban lefolytatott vita kaotikus és ripacskodó (...) A törvényjavaslatok nem maguk vívják ki autoritásukat a bennük rejló értelem erejénél fogva, hanem mások ruházzák fel őket autoritással egy olyan eljárás segítségével, amelyben semmi több sem szól mellettük, mint támogatójuk számbeli túlsúlya (...) Az önkényesség vádja (...) az önkényes eljárást állítja szembe egy észérveken alapuló eljárással egy olyan kontextusban, ahol az ésszerűségre van szükség, mivel a politikai célkitüzések, az erkölcs és az igazságosság fontos szempontjai forognak kockán” (Waldron 2004:372-373). Egy másik cikkében az ilyen felfogások jogelméletben betöltött domináns szerepe miatt Waldron idézi a a critek doyenjének, Mangabeira Ungernek az állítását, miszerint „a juriszprudencia kis piszkos titkainak egyike” („dirty little secret of contemporary jurisprudence”) az antidemokratikus beállítottságuk” (lásd Waldron 2004b:1-2). Waldron ezt az állítást helyesli általánosságban, azonban az analitikai jogelmélet esetében ezt a tartózkodást a demokratikus törvényhozás jogban játszott szerepével szemben azzal védi ki, hogy az analitikai filozófia - így az analitikai jogfilozófia is - csak a mindenhol létezőre korlátozhatja magát, és ez nem teszi lehetővé, hogy csak a jogok némelyike esetében létező demokratikus jogalkotást - mint a politikai demokráciák partikuláris sajátosságát - is kutassa: „Democracy as such has little or nothing to teach us about the concept of law under severe disciplinary limitations of general jurisprudence” (Waldron 2004:3). Mindenesetre egy „bágyadt utálatot” azért elismer Waldron is az analitikai jogelmélet demokrácia felé irányuló beállítottságát illetően: „In analytic legal philosophy the discomfort takes a milder form something between languid disdain and disciplined indifference” (i.m. 2.p.).

Waldron foglalkozik anyagában a demokrácia megjavítás kísérletével a deliberatív demokrácia alakjában, amely a szavazásközpontú demokráciával szemben a racionális viták útján a közös

álláspontok kialakítását teszi a középpontba, és ez ideális esetben magát a szavazást is feleslegessé teszi, hisz a szavazás maga annak beismerése hogy nem tudtak racionálisan közös álláspontot kialakítani. Ám ezt ő illúzióknak tartja: „... ki kell tartani annak belátása mellett, hogy valóságos körülmények között az emberek még a deliberációt követően is jóhiszeműen vallanak eltérő nézeteket a közös jóról, a követendő célkitűzések, az igazságosság és a helyesség olyan kérdéseiről, amelyekről elvárásuk szerint a törvényhozóknak véleményt kell cserélniük (Waldron 2004:375-377). Ehhez persze hozzá lehet tenni, hogy Waldron túlságosan jóhiszeműen mutatja be a deliberatív demokrácia követőinek célkitűzéseit a demokratikus döntések racionális viták alapjára helyezésénél, mert épp az általa is idézett Philipp Pettit pl. olyan terveket vázolt e kereten belül, amely a milliós tömegek által választott törvényhozás mellett az adott ország kiemelkedő értelmiségi alakjaiból álló Deliberatív Tanácsot állítana fel, és ennek vétőjogot adna a törvényhozással szemben (lásd Pettit 2003-as jogfilozófiai világkonferenciára benyújtott tanulmányának ismertetését Pokol 2003). Mindenesetre magának Waldronnak a megoldását a törvényhozás tiszteletreméltóságának megalapozásánál kritika nélkül el lehet fogadni: „...a többségi döntés éppen azért érdemli ki a tiszteletünket, mert ez az egyetlen döntési procedúra, mely nem kísérli meg különböző filozófiai fortélyokkal eltüntetni a pluralitást és a véleménykülönbség tényét (...) A jogrendszer hozzá tud járulni az ilyen problémák megoldásához azzal, hogy a lehetséges alternatívák egyikéhez szankciót kapcsol. (...) Mielőtt a jog megtehetné ezt, a társadalomnak el kell döntenie, melyik alternatívát választja ki, mint amely érdemes rá, hogy ilyen módon szankciókkal támogassák. Maga ez a döntés nem szerény vívmány, s a törvényhozás azért parancsol tiszteletet, mert megtestesíti ezt a vívmányt” (Waldron 2004:300 ill. 390.p.) Még annyit kell ehhez hozzátenni, hogy Waldron az utóbbi években radikalizálódott a törvényhozás bírák általi alapjogi felülbírálásával kapcsolatban, és már azt követeli, hogy magát a „judicial review”-t, a törvények bírák általi alkotmányellenessé nyilvánításának lehetőségét is meg kellene szüntetni. (Lásd ennek jelzését Schauer 2007:8; az amerikai irodalomban újabban terjedő, enyhébb „deparmentalista” követelések csak arra terjednek ki, hogy a bíróságok alkotmányértelmezésének szupremáciáját kell megszüntetni, és a törvényhozás, illetve végrehajtási szféra alkotmányértelmezése ugyanolyan rangú legyen mint a Supreme Courté).

Összegezve tehát azt lehet mondani, hogy Tom Campbell „spontán” demokrácia szeretetével szemben Waldronnál a szeptikusok érveinek körbejárása után bukkan fel a többségi demokrácia és a törvényhozás fontossága, így reflexívebbnek lehet elemzéseit tekinteni.

Most nézzük meg Hart követőinek másik oldalát, ahol a jog bírói folyamatokra szűkítése történik meg, és a jog morállal összefonása válik középpontúvá. Ennek az oldalnak egyik képviselője Gerald J. Postema, amerikai jogfilozófus, és legyen itt elég most csak az ő nézeteinek elemzése

3.4. Gerald Postema és a jogi érvelés átmoralizálása

A jogon belüli egyedi bírói döntések és jogász érvelések intenzívebb odakötését a morálfilozófusok által definiált szempontokhoz jól lehet látni Gerald J. Postema, amerikai jogfilozófusnál. Az 1970-es évek elején végzett Postema első nagyobb idézettséget kapott tanulmányát a jogász szerepek kritikájáról írta 1980-ban, majd a jogot szigorúan az államhatalmi döntésekhez kötő Jeremy Bentham jogelméletéről írt kritikai monográfiát 1986-ban, és ennek nyomán fokozatosan egy átfogó jogfelfogás elemeit igyekezett kibontani néhány

tanulmányában a '90-s évektől (lásd Postema 1980, az átfogó jogelméleti koncepcióvá bővítő törekvéseire magyar nyelvre fordított tanulmányát 2004).

A jogászi szerep kritikájának lényege az átfogó morális személyiség leszűkülése a professzionális etikai kódexre, és ez által pl. egy védőügyvéd büntetőügyben vagy egy válási perben olyan magatartást is kifejt, amit magánéletében nem tenne, mert morálisan nem látná elfogadhatónak. Postema nem vitatja itt, hogy ez az elkülönülés a professzionális jogász szerepének elterjedt és bevett koncepciója, ám az ezzel szakítást és a teljes morális személyiség szempontjainak perbe bevitelét igyekszik tanulmányában megindokolni: „Because this is not possible under the present conception of the lawyer's role, as exemplified by the Code of Professional Responsibility, that conception must be abandoned, to be replaced by a conception that better allows the lawyer to bring his full moral sensibilities to play in his professional role” (Postema 1980:64). Jelzi, hogy erre egyik válasz volt annak sürgetése, hogy deprofesszionálizálják a jogászi munkát, és a bárki által elvégezhető jogi képviselőt megoldaná az elkülönülés lebontását, és ezzel a szűk „morális szemüveg” helyett a teljes morális személyiség megjelenését a jogi érvelésben. Ezt azonban Postema egyrészt túl nagy árnak tartja a probléma megoldására, mivel egy komplex jogi világban a professzionális jogászi tudás nélkül nem lehet magas színvonalon ellátni ezt a feladatot, másrészt szükségtelennek is, mert megítélése szerint a professzionális jogászi szerepet megtartva is be lehet vinni a teljesebb morális személyiséget ebbe a tevékenységbe: „It is not difficult to show that there is nothing inherently irrational or morally objectionable in this exclusionary character of professional morality” (i.m.71.p.). A megoldást aztán Sartre egzisztencialista műveiből veszi, melyben a szerepek szerinti cselekvés a korlátozott személyiség cselekvéseként jelenik meg, melyből ki lehet, és ki is kell lépni a szabad cselekvés érdekében: „In Sartre's view it is therefore essential that one be capable of walking away from one's role” (i.m. 74.p.) És ugyanezt a szereptől eltávolodási lehetőséget erősíti meg Postema számára Goffman szerep-távoltítás fogalma is.

Ezek alapján két szerepfelfogást különböztet meg, a rögzített és a reflexív (recourse) szerepfelfogást, és úgy látja, hogy az elterjedt jogászi szerepfelfogás a rögzített, miközben a reflexív is rendelkezésre áll. Ez utóbbi lényege lenne, hogy a jogász kinyúl a szerepe mellé rögzített szempontokon túlra, és az egész morális személyiségét igyekszik bevinni a mérlegelésbe: „A second, more plausible alternative is to recognize the unavoidable discontinuities in the moral landscape and to bridge them with a unified conception of moral personality (...) Such a conception must improve upon the current one by allowing a broader scope for engaged moral judgement in day-today professional activities while encouraging a keener sense of personal responsibility for the consequences of these activities” (i.m. 82.). Példának hozza Postema a válóperes ügyvéd szűkebb morális szempontját, amikor a férj harcol a perben gyermekei feletti gyámi jogokért, és ennek elérésére az ügyvéd beveti azt a máskülönben igaz tény, hogy a feleség megcsalta a férjet a házasság alatt, ám ez megalázza morálisan a feleséget a per folyamán a nyilvános bizonyítással, és ezért a kitágított ügyvédi morális szerep szerint ezt nem lenne szabad felhasználni (im. 87.).

Postema átfogóbb jogelméleti felfogását kitűnően mutatja a magyarra fordított, eredetileg 1996-os tanulmánya, melyben a jog autonómiáját és a jogi érvelés illetve döntés formális jogi előírásokra szűkítését elveti, és a szélesebb morális és más gyakorlati szempontok integrálásával látja megvalósulónak a jog működését. Érdekes azonban egy hangsúlyváltást kiemelni az előbbi anyaghoz képest. Mint láttuk, ott a kiszélesített jogászi szerep az elterjedt jogászi szereppel és jog-működéssel szemben csak mint ideális tervezet merült fel, ezzel szemben itt ez a szélesebb jogászi érvelés és jogi működés mint realitás kap bemutatást. Pontosabban itt Postema egy kettéosztást hajt végre, és azt írja, hogy a bíróságok az esetek

többségében egyáltalán nem szűkítik döntési mérlegelésüket a formális jogi előírásokra, és egy sor azon túli szempontot is bevonnak ezeknél. Az állampolgárok tömegei azonban nem tudják ezt, és ezért kötelezőnek vélik a pozitív jogi előírásokat. A feladat tehát pusztán az - mondja Postema -, hogy feltárjuk előttük a tényleges bírói döntések pozitív jogon túllépését, és akkor az állampolgárok is elvetik majd a pozitív jogra leszűkülő jog képét: „Másodszor, jó okkal gondolhatjuk, hogy az általános érvelés nem támasztja majd alá ezt a leszűkítést. Valójában úgy tűnik, hogy még ha a preemptív (*kötelező - PB*) tézis meg is vetette a lábát az állampolgárok gondolkodásában, a jog erejére vonatkozó felfogásuk nem éli túl, ha nyilvánosan a tudomásukra hozzuk, hogy a bíróságokat kivontuk a preemptív tézis terjedelme alól. (...) figyeljünk fel arra, hogy a joggyakorlatban a gyakorlati érvelés nagyon is interdependens. E{z az} interdependencia nemcsak az hivatalos személyek között nyert teret, hanem „horizontálisan” is, az állampolgárok között, és vertikálisan a bíróságok és az állampolgárok között. (...) Az állampolgároknak bele kell gondolniuk, hogy jobban teszik-e (vagyis magatartásukkal jobban megfelelnek-e a jognak) ha preemptív erőt tulajdonítanak a kinyilvánított jogi normáknak, ahelyett, hogy azokat a „jogon kívüli” megfontolásokat vennék számba, amelynek a bíróságok várhatóan jelentőséget tulajdonítanak majd, hogy ezeket is mérlegeljék, amikor a bíróságok deliberalizációit (*megfontolásait - PB*) anticipálják” (Postema 2004:128-129).

Míg az 1980-as anyagban a bevett gyakorlattal szemben vázolta Postema az elkülönült professzionális jogász érvelés visszaintegrálásának szükségességét az egységes gyakorlati morális szférára, itt ezt már létezőnek mutatja be, és már csak ennek „tartalmas” jogelméletét (ti. az elkülönült, formális jog elmélete helyett) látja létrehozandónak: „Egy jogelméletnek számot kell adnia arról, hogy a jogi normák hogyan működnek azoknak a gyakorlati érvelésében, akiket irányítanak. Tekintettel a bíróságon belüli és a bíróságon kívüli gyakorlati érvelés komplex interdependenciájára, ha a forrásalapú normák fontos szerepet játszanak mind a hivatalos személyek, mind az állampolgárok gyakorlati érvelésében, akkor a nem forrásalapú megfontolásoknak is szerepet kell játszaniuk. A jog egy tartalmasabb elméletére van szükségünk, hogy megmagyarázzuk, hogyan kell, mindennek működnie. (...) nincs okunk feltételezni, hogy az autonómiatézis túléli az elmélet „kiteljesítését”” (im.139.).

Postema tehát egy páfördulást hajtott végre a jog realitását illető bemutatásánál a nélkül, hogy ezt megkísérelte volna alátámasztani empirikusan, de nagyon kétséges, hogy ez realitásként tényleg kimutatható lenne. Mark Tushnet, az egyik legismertebb amerikai krit írta, hogy a jog minden osztályfelfogultsága ellenére el kell ismerni, hogy az esetek túlnyomó többségében többé-kevésbé előre megadható a joganyag alapján, milyen döntést hoznak az esetre a bírák (Tushnet 1991:1516).

Amit pedig a jog és morál elválásának két disztinkciójánál jeleztünk, és melyek Hart elemzéseiből még kivehetők voltak e téma elemzésénél, itt Postemánál már diffúz módon összeolvadnak a jog autonómiáját elutasító érvében: „Durván szólva a jog autonómiája abban áll, hogy azoknak a normáknak a létezését, tartalmát és gyakorlati erejét, amelyeket a jogi érvelés kiindulópontként használ, olyan kritériumok határozzák meg, amelyek semmilyen lényegi utalást nem tesznek a politikai moralitást illető megfontolásokra, így pedig a jogi érvelés úgy járhat el, hogy egyáltalán nem kell beleártania magát a politikai moralitást érintő érvekbe” (i.m.106.) Mint láttuk, Hart nagyon is utalt arra, hogy a demokratikus törvényhozási választásokon a társadalom nagy csoportjainak morális értékhangsúlyai küzdenek, és a pártok törvényhozási többségével nagyon is bekerül a jogalkotásba a morál. Az „autonómia” és az „elválasztási” tézis állandó kritikai emlegetése azonban a Hart elméletével foglalkozók körében egyszerűen közhelyé tette a téves tézist, hogy Hart teljesen elválasztja a jogot és a morált, és hogy ez nem elfogadható. Itt Postemánál ez már csak így jelenik meg.

4) A Hart-követő Joseph Raz autoritás tematikája

Míg az előbbi kérdés, a jog és a morál viszonya a szűkebb Hart-követői táboron túl is vitákat gerjesztett, az autoritás megmaradt az analitikai jogelmélet szűkebb vitatémájának. Nézzük meg ehhez először Joseph Raz elemzéseit, akihez kapcsolódóan az amerikai Michael Moore fejtett ki egy koncepciót.

Az autoritás, legitimáció, reputáció, presztízs, befolyás a szociológiaelmélet és a politikatudomány régi témáit jelentik, de a jogelmélet témáiként ezek nem szerepeltek, és a Hart-követő Joseph Raz volt az első aki a '70-es években ezt beemelte ide. Hartnak a '80-években írt anyaga ehhez - a Bentham-elemzése kapcsán - feltehetőleg Raz inspirációi alapján keletkezett, mert az 1961-es műben ebben még semmi nyoma nem volt. Hogy milyen szellemi inspirációk alapján jutott Raz maga e témához nem kivehető irodalmi forrásaiból. Az bizonyos, hogy teljesen idegen számára mindenféle szociológiai, szociológiaelméleti, vagy a legitimációra vonatkozó politikatudományi anyag, és ezt nemcsak az idézetek hiánya mutatja, hanem gondolatmenetei is. E hiány dacára, ha más kiindulópontokból is, de találhatóak hasonlóságok ezekkel néha elemzéseiben. Három anyagát érdemes itt együtt szemügyre venni, kettőt a '80-as évek első felében írt anyagai jelentenek, melyek közül az egyiket magyarra is lefordítottak (Raz 1981; 2004), a harmadikat egy újabb anyaga, melyben új oldalakat emelt ki az autoritást illetően, és érthetőbbé teszi néhány elemzésével a korábbi anyagának mondatait is (Raz 2006).

Általános szinten az autoritást Raz kétfelé osztja, és a vélekedést irányító, ehhez indokokat adó episztemikus autoritást elkülöníti, valamint a cselekvéshez indokokat nyújtó gyakorlati autoritást. Ezek közös funkciójának az indokok mérlegelése alóli tehermentesítést tekinti, saját fogalmával „az autoritás szolgálatteljesítő felfogásának” nevezi ezt. Az autoritás „közvetít az emberek és a rájuk vonatkozó helyes indokok között, mégpedig oly módon, hogy az autoritás ítéli meg és nyilvánítja ki, hogy mit kell tenniük a címzetteknek a helyes indokok alapján (...) Az autoritás közvetítő szerepe nem valósulhat meg, ha a címzettek nem az ő előírásaihoz igazítják a cselekedeteiket azon indokok helyett, amelyeken az előírásoknak alapulniuk kellene (...) Az autoritás elfogadását igazolni kell és ennek normál módja az igazolási tézisben felállított feltételeknek való megfelelés. Ez hozza játékba a függő indokokat, mert az autoritás legitimitásigénye akkor igazolt, ha jobb eséllyel tesz eleget ezeknek az indokoknak, mint az előírás címzettjei” (Raz 2004:316). Érthetőbbé teszi e mondatokat némileg az irányzat másik nagyágyújának, Will Waluchownak összefoglalása Raz autoritás koncepciójáról: „In Raz's view, it is the normal role of an authority to provide this service, viz., such second-order reasons reflecting the proper balance of first order reasons” (Waluchow 2002:146). Ha az ember emlékszik Arnold Gehlennek a normák funkciójára írt tézisére, és ezt tartja szem előtt, akkor jobban feltárul az, hogy mire is gondolhatott itt Raz. Gehlen a környezete kihívására helyesen reagálni kénytelen ember döntési terhét tartotta szem előtt, amikor az egyszer bevált cselekvési minta normává rögzítődésével a döntési teher alóli mentesülését emelte ki a normakövető későbbi emberek számára. A megszületett gyerek száz és száz norma szocializációjával - anélkül, hogy átlátná - száz és száz bajt kerül el később, mert a normákban keservesen megkínlódott tapasztalatok lapulnak, és ezek rutinszerű követésével a fáradságos döntési terhet takarít meg a normakövető. Vagyis a normát mint követelményt, Kellést tanítják meg, és kéri számon az ennek megfelelő cselekvést - kemény szankciót kiszabva az eltérés esetén – de mint

egy helyesnek bizonyult és rögzítődött reakciómodot is felfoghatjuk. (A norma egy „dermedt gondolat” - variáltak Gehlen téziséét tovább).

Raz a szabálynak ezt az oldalát emelte ki normaalkotó autoritásának magyarázatánál, és új 2006-os anyagában már szó szerint is kiemeli az autoritás döntési munka alóli tehermentesítő jellegét: "There are of reducing the burdens of decision and inquiry, and some of them involve shifting the burden onto others. (...) Submitting to authority is one way of reducing the burdens" (Raz 2006:1027). Persze még mindig marad annyi különbség Gehlen norma döntési tehermentesítő funkciója és Raz autoritás-funkciója között, hogy Gehlen a norma tapasztalathordozó jellegét emeli ki, míg Raz inkább a saját tapasztalatok tömegével és ez alapján a cselekvési indokok tömegével ellátott embert állítja a középpontba, és csak a saját indokok közötti helyes szelektálás és háttérbetolás nehéz döntési munkája alóli tehermentesítést emeli ki: „A függő indokokat felváltják az autoritatív előírások” (Raz 2004:316).

Az autoritás és esetleges erkölcsi alapok összekapcsoltságát az autoritás legitimitása címszó alatt veti fel, de ez bizonytalan marad Raz elemzésében. Explicit módon az 1986-os, magyar nyelvre is lefordított munkájában összeköti ugyan ezt, de az egész ekkori tanulmányában ez következmény nélkül maradt, és a 2006-os, revíziót bejelentő tanulmányában már fel sem bukkan ez. „Ha hiányoznak azok az erkölcsi jellemvonások, amelyek birtoklása a legitim autoritás feltétele, úgy a jogrendszernek nincs legitim autoritása” (Raz 2004:317). E kiemelés ellenére semmi közelebbit nem mond arról, hogy mik lennének ezek az erkölcsi feltételek, vagy mint más helyen fogalmaz „az autoritáshoz szükséges morális sajátosságokkal való rendelkezés”. Az autoritás "service conception"-jának (döntések számára helyes indokok nyújtásának) inkább az felel meg mint legitimitást biztosító, ha az indok-helyettesítő előírások helyeseknek bizonyulnának, és valóban a 2006-os anyag már ezt hozza fel: „That authority can be legitimate if conformity with it improves one's conformity with reason. It provides the key to the justification of authority: authority helps our rational capacity whose function is to secure conformity with reason. It allows our rational capacity to achieve its purpose more successfully (...) Authorities are legitimate only if their directives enable their subjects to better conform to reason" (Raz 2006:1017-18). Vagyis az autoritást itt már nem erkölcsi alapja legitimálja, hanem sikeres döntési indok-előírása, vagy másképpen kifejezve nem erkölcsi, hanem episztemikus alátámasztottsága. Raznak ezt a bizonytalanságát ki is emelte már korábban Michael Moore, aki átfogó jogi moralizmusának megfelelően erőteljesen morális irányba igyekezett értelmezni Raz autoritáskonceptióját, és e közben bukkant erre a problémára: „The service conception of legitimate authority softens the line between theoretical and practical authority. If one grants that there is such a thing as knowledge about what, all things considered, one ought to do, then another person is a practical authority for us usually when he is also theoretical authority. (...) It is this greater knowledge of the reasons that antecedently bind us that often gives someone legitimate authority over that we should do (Moore 1988:831).

De van egy másik dimenzió is, melyben változások találhatók Raz autoritás koncepciójában. Az 1980-as éve elején a mások számára kötelezettségeket előíró jogi rendelkezések autoritásához az érintettek eseti konszenzusát tekintette előfeltételnek, és a jognak való általános engedelmisségi kötelezettséget tagadta. Bár az igazságosságnak megfelelő állami intézmények támogatásának kötelezettségét fel kell tenni - mondja -, de ebből még nem következik az, hogy általános támogatási kötelezettségből fakadna az ilyen állam minden jogi rendelkezésével szemben, érvelt ekkor Raz: „One ought to support just institutions, and in a just state one ought to support the state. It does not follow, however, that one ought to obey the

law of a just state, for many acts of obedience do no at all support the existence or the justice of state and its organs, and many acts of disobedience do nothing to undermine them” (Raz 1981:104). Egyedül a politikailag motivált engedelmesség egy állam jogával szemben nem fogadható el, mert ez már magát az állami intézményt ássa alá - teszi még hozzá. A cikk konklúziójában még tisztábban fogalmazza meg a polgárok jognak való általános engedelmisségének szükségtelenségét: „They should comply with law whenever there are good independent reasons for doing so (...) It is morally permissible for a person to adopt an attitude of conscientious watchfulness, complying with the law only where reasons not dependent on an obligation to obey indicates this what ought to be done” (im. 130-131).

A jogi rendelkezéseknek ez az eseti vitathatósága és csak egyetértés esetén való követettség kötelezettség felülvizsgálat alá került Raz új, 2006-os anyagában, és mint a realitással szembefutó megoldást vetette el: „The flaw in consent accounts is that the fly in the face of reality. The claim that what is not mine is mine, in spite of the patent fact that it is binding on me regardless of my will, and often against my will” (Raz 2006:1040). Nem az esetenkénti egyetértés az egyes jogi rendelkezésekkel, hanem azok megfelelősége a társadalmi problémák megoldásában - vagyis a szolgálati funkciójuk teljesítménye - igazolja az autoritást, mely hierarchikusan az állampolgárok felett állva adja ki előírásait: „The normal understanding is that authority involves a hierarchical relationship, that it involves an imposition on the subject. The service conception explains how and when such power can be justified, at least in the sense being good, desirable, to have bulk of those subject to a political authority identify with the regime for which it acts” (im. 1044). Az autoritás ezzel láthatóan átfogóbb szintre került, és nem az esetenkénti jogi rendelkezések autoritásának vitatása áll már a középpontban.

A „service conception” kétértelmősége mellett épp ezt kifogásolta Michael Moore autoritás-értelmezése, és a kormány legitim autoritásának „piecemeal” (esetenkénti) jellegét emelte ki nem is csak az állampolgárok tekintetében, amit Raz hangsúlyozott az említett korábbi anyagaiban, hanem a bírák esetében is. Raz ugyanis a bíráknál - hivatalba lépésüknél esküjükkel vállalva azt alávetést - általános engedelmisségi kötelezettséget állapít meg, ám Moore itt is tagadja ezt az általános engedelmisségi kötelezettséget. Ő ugyanis a morális szempontok és érvek objektivitását szegezi szembe Razzal és Harttal, vagyis ezeknek nem pusztán konvenciótól függését (vagyis tényleges elterjedtségüket egy társadalomban vagy legalább egy társadalmi csoportban), hanem objektív létüket vallja, és a bírák ezekre támaszkodva felülbíráhatják esetenként a jogi rendelkezések legitimitását (= objektív morális szempontokkal egyezését): „I have elsewhere defended the view that morality gives objective reasons for action without necessarily subjectively motivating any segment of humanity” (Moore 1988:842). Érdemes kiemelni, hogy itt a már említett kritikai morál/konvencionális morál jelenik meg új ruhában, mint objektív morális szempontok (ti. morálfilozófiai érvelések és monográfiák hordozta érvelési anyag) és szubjektív morális szempontok (ténylegesen elterjedt morális szempontok) kettőse, de ebben a beállításban még inkább leértékelődik a szubjektív/konvencionális morál. Raznak van olyan megjegyzése, mely Moore ’objektív’ morálja felé mutat, de expliciten megfontolva Raz végül elveti ezt, kiváltva ezzel Moore dorgálását: „Even if Raz wished to limit his enterprise to a kind of analytic sociology of one kind of moral convention, by his own lights it is doubtful that he can so limit it” (im. 843.p.). Az objektív morál érveinek fényében aztán Moore elveti a bírák általános jognak engedelmisségi kötelezettségét, és az állampolgárokon túl itt is csak a jog „piecemeal” (esetenkénti, egyes rendelkezésekre kiterjedő) legitim autoritását (kötelezőerejét) mondja ki, amennyiben az objektív morális szempontok fényében a bírák ezt ezekkel egyezően, így legitimnek találják: „Are judges always obligated in a just regime to grant the law its claim to possess legitimate authority and thus to treat it as preempting the

consideration of other-than-law reasons? Are judges ever obligated to do this, even in the most just regimes? My own answer to these questions is „no” (im.839.p.).

Az autoritás elemzése ezzel válik a jog kritikai morállal összeolvasztásává Michael Moore-nál, és ahogy Postemánál ez az irány a jogász szerep elkülönültségének feloldásában állt, és az átfogó (kritikai) morál érveire szabad visszanyúlásának deklarálásával, itt Moore-nál bírakat szem előtt tartva hasonló megoldás figyelhető meg: „Hart is content to let jurisprudence be (in part) the study of the obligation one has in a legal role such as that of a judge. Hart’s jurisprudence does not study those role-playing considerations enter into a rational agent’s overall calculation of what he ought to do. Here Raz differs fundamentally from Hart, for Raz’s jurisprudence is firmly embedded in a larger moral theory aimed at telling us what, all things considered, we (including those of us who are judges) ought to do” (im. 840.p.). Ha talán részben igaz is, amit az ’81-es idők tekintetében Moore állít, és Raz szélesen beágyazta akkor a bírakat a morális szempontok közé - mely állítás azért túlzottnak tűnik Raz anyagait olvasva -, de a 2006-os új anyagában ez mindenképpen eltűnni látszik.

Irodalom

- Austin, John L. (1990): A tetten ért szavak. Akadémia Kiadó. Budapest.
- Campbel, Tom (1994): Democracy, Human Rights, and Positive Law. Sydney Law Review. (Vol. 16) 195-212.p.
- Campbel, Tom (2003): Blaming Legal Positivism: A Reply to David Dyzenhaus. Australian Journal of Legal Philosophy. 31-38.p.
- Campbel, Tom (2005): Prescriptive Conceptualism: Comments on Liam Murphy, 'Concepts of Law'. Australian Journal of Legal Philosophy. 20-28.p.
- Coleman, Jules (1991): Rules and Social Facts. Harvard Journal of Law and Public Policy. (Vol. 14.) 703-725. p.
- Coleman, Jules (2004): Negatív és pozitív pozitivizmus. In: Bódig/Gyórfi/Szabó (szerk.): A Hart utáni jogelmélet alapproblémái. 49-74.p. Miskolc. Bíbor Kiadó.
- Dworkin, Ronald (2007): Hart and the Concepts of Law. Replying to Frederick Schauer, (Re)Taking Hart. Harvard Law Review Forum (Vol. 119.) 95-104.p.
- Hart, H. L. A. (1995): A jog fogalma. (Ford. Takács Péter) Osiris, Budapest.
- Hart, H. L. A. (1999): Jog, szabadság, erkölcs. (Ford. Krokovay Zsolt) Osiris, Budapest.
- Hart, H.L.A. (2004): Parancsok és autoritatív jogi indokok. In: Bódig/Gyórfi/Szabó (szerk.): A Hart utáni jogelmélet alapproblémái. 287-310. p. Miskolc. Bíbor Kiadó.
- MacCormick, Neil (1985): Analytical Jurisprudence and the Possibility of Legal Knowledge. Saskatchewan Law Review (Vol. 49) 1-13.p.
- MacCormick, Neil (1994): The Concept of law and 'The Concept of Law'. Oxford Journal of Legal Studies. (Vol. 14.) 1-23.p.
- MacCormick, Neil (2007): On Public Law and the Law of Nature and Nations. Edingburgh Law Review (Vol. 11) 149-161.p.
- Moore, Michael (1988): Authority, Law and Razian Reasons. In: Southern California Law Review. (Vol. 62). 830-896.p.
- Perry, Stephen R. (1996): The Varieties of Legal Positivism. Canadian Journal of Law and

- Jurisprudence (Vol. IX) No. 2. July 1996.
- Pokol Béla (2003): Feljegyzések a XXI. Jogfilozófiai Világkongresszusról. Jogelméleti Szemle 2003/3.
- Pokol Béla (2006): Politikaelmélet. Társadalomtudományi trilógia III. Századvég Kiadó. Budapest.
- Postema, Gerald J. (1980): Moral Responsibility in Professional Ethics. In: New York University Law Review (Vol. 55). 63-89.p.
- Postema, Gerald J. (2004): A jog autonómiája és a nyilvános gyakorlati ész.
In: (Bódig/Gyórfi/Szabó (szerk.): A Hart utáni jogelmélet alapproblémái. Miskolc Bíbor Kiadó. 105-142.p.
- Raz, Joseph (1981): Authority and Consent. Virginia Law Review. (Vol. 67.) 103-131.p.
- Raz, Joseph (2003): About Morality and the Nature of Law. American Journal of Jurisprudence. Vol. 48. 1-15.p.
- Raz, Joseph (2004): Az autoritás, jog és moralitás. In: Bódig/Gyórfi/Szabó (szerk.): A Hart utáni jogelmélet alapproblémái. Miskolc Bíbor Kiadó. 311-342.p.
- Raz, Joseph (2006): The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception. Minnesota Law Review (Vol. 90) . 1003-1044.p.
- Rodriguez-Blanco, Veronica (2007): Peter Winch and H.L.A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View. Canadian Journal of Law and Jurisprudence (Vol. XX.) July 2007 453-473.p.
- Scshauer, Fredercik (2007): The Supreme Court - 2005 Term. Harvard Law Review. (Vol 120.) 4-64.p.
- Tushnet, Mark (1991): Critical Legal Studies: A Political History. The Yale Law Journal. 1991. 1515-1544. p.
- Twinning, William (1974): Some Jobs for Jurisprudence. British Journal of Law and Society. 1974. 149-175.p.
- Waldron, Jeremy (1999): The Dignity of Legislation. Cambridge University Press.
- Waldron, Jeremy (2004): Törvényhozás, autoritás és szavazás. In: Bódig/Gyórfi/Szabó (szerk.): A Hart utáni jogelmélet alapproblémái. Miskolc Bíbor Kiadó. 371-406.p.
- Waldron, Jeremy (2004b): Can There Be a Democratic Jurisprudence? (Draft Of March 2004 for Analytical Legal Philosophy Conference, NYU School of Law.
- Waldron, Jeremy (2004c): Legislating with Integrity. Fordham Law Review. (Vol. 72) 373-394.p.
- Waluchov, Wil (2002): In Pursuit of Pragmatic Legal Theory. Critical Notice: The Practice of Principle by Jules Coleman. Canadian Journal of Law and Jurisprudence. (Vol. XV.) January 2002. 125-150.p.
- Winch, Peter (1988): A társadalomtudományok eszméje és viszonya a filozófiához. Akadémia Kiadó. Budapest.

Schweighardt Zsanett
Kerezsi Klára: Kontroll vagy támogatás: az alternatív szankció
dilemmája c. könyvéről

A szerző kilenc fejezetből álló, rendkívül gazdag szakirodalmi forrásra és számos kutatási eredményre támaszkodó művében az új büntetőpolitikai irányzatok közösségi büntetésekre gyakorolt hatását veszi számba. A büntetés a társadalmi kontrollnak csak az egyik fajtája, amely a társadalom egyéb kontrollmechanizmusaira épül. A kriminálpolitika határa túlterjeszkedik a büntetőjogon, és szorosan összefügg a társadalompolitika más területein zajló változásokkal. Ezek a változások, a társadalom uralkodó kulturális értékei és normái, valamint a tudományok fejlettségi szintje is befolyással vannak arra, hogy a bűnözéskontroll területén milyen eszközrendszer alkalmaznak. Napjainkban, amikor a társadalmi szolidaritás csökkenését tapasztalhatjuk, kérdésként merül fel, hogy fenntartható-e a társadalmi rend a fegyelmezés, kontroll és kirekesztés eszközeivel. A bűnözéskontroll változása jól nyomon követhető az alternatív szankciók terén.

Az elmúlt két évtizedben a büntető igazságszolgáltatás és a szociálpolitika területén új jelenségek tapasztalhatók, amelyek jelentős befolyással bírnak a bűnözéskontroll eszközeire.

1. A világban szociálpolitikai paradigmaváltás tapasztalható. A jóléti állam szociálpolitikája helyett a posztmodern, neoliberais szociálpolitika vált uralkodóvá, amely a létbiztonság helyett az egyenlőtlenségek nyíltan felvállalja.
2. Az 1980-as évektől uralkodóvá vált a „megérdemelt büntetés” elvére épülő büntetésmodell, amely a tetтарыos büntetésre épít.
3. Napjainkra felértékelődtek az emberi jogok.
4. A XX. század utolsó harmadában felerősödött az áldozat szerepe a büntetőeljárásban. A modern liberális morál ugyanis a sértett körül szerveződik.
5. Jelentős mértékűvé vált a társadalmi kockázattermelés. Rizikótársadalomban élünk, ahol a szolidaritás a félelemben való osztozás negatív érzésén alapul.
6. A XX. század második felében tapasztalható társadalmi változásokra adott reakciókészletből a jogi befolyásolás eszközei kerültek előtérbe. Teret nyert a menedzsmentszemlélet, a költség-haszonelemzés, azaz piaci elvek hatják át a büntető igazságszolgáltatási szervek működését is.
7. A „negyedik hatalmi ágként” aposztrofált média, azaz a tömegkommunikáció jelentősen befolyásolja az emberek bűnözésről alkotott véleményét, amely gyakran a szenzációból való téves általánosításon alapul.
8. A XX. század utolsó harmadában gyengült a kriminológia és a büntetőpolitika szakmai kapcsolata, amelyet az emberrel foglalkozó tudományok eredményei befolyásolnak. Ezek a tudományok lassabban fejlődnek, mint az informatikai tudományok. A XX-XXI. század fordulóján azonban erősödik például az agy kutatás, így a kriminálbiológiai irányzatok is hangsúlyosabbá váltak.

Vizsgálandó, hogy a kriminológia eredményei milyen mértékben használhatók a büntetőpolitika számára. A szerző művében bemutatja, hogy a közösségi szankciók elmúlt évtizedben tapasztalt változása milyen összefüggést mutat a büntetőpolitikák alakulásával, a tudományok által elért eredményekkel. Bizonyítani kívánja, hogy az alternatív szankciók bármilyen értékeket valló büntetőpolitikába beilleszthetők. Szerepük nem csupán az, hogy költségkímélő megoldást nyújtsanak a börtönnéesség csökkentése érdekében, hanem ennél

sokkal fontosabb, hogy lehetőséget adnak a büntető igazságszolgáltatási kontrollformák közösségi „szétterítésére”. Megítélésem szerint a könyvet elolvasva igazolni látjuk ezt az állítást.

I. Kriminológia és büntetőpolitika

A kriminológia és a büntetőpolitika viszonyában három téma fonódik össze:

- felelősség,
- kezelés (nevelés),
- szabadság.

A XX-XXI. század fordulóján a kriminálpolitikát az alábbi jelenségek jellemezték:

- a rehabilitáció visszaszorulása, menedzserszemlélet kibontakozása;
- a populizmus térhódítása (erkölcsi megbélyegzés és megszegyenítés);
- a régi büntetéstani fogalmak újrafelfedezése.

A büntetőpolitikát és jogi környezetét három oldalról jövő elvárások alakítják: a tudomány, a közvélemény, valamint a büntető igazságszolgáltatás intézményrendszere felől érkező, a hatékony, működőképes jogi szabályozás szükséglete iránti igény. A cél az egyensúly megtalálása ezek között.

A szerző tényként rögzíti, hogy a kriminológia nem képes meghatározni a kriminálpolitika céljait, de a kriminálpolitika által meghatározott keretben a kutatások révén meg tudja határozni azokat az eszközöket, amelyekkel a célok elérhetők. Nem létezik politikailag neutrális kriminológia. A kettő kapcsolata különböző modellekkel írható le:

- *együttműködő (szolgáltató) modell*: a politika a kriminálpolitika kialakításánál alkalmazza a szaktudomány eredményeit; érvényesül a kutatás szabadsága, a politika választ a szakma által ajánlott büntető- és kriminálpolitikai ajánlásokból; a politikai felelősség érvényesül.

- *behódoló modell*: a politika a büntetőpolitikai célok meghatározását a szakmára hagyja, ezáltal összemosódik a szakmai és a politikai felelősség (pl. a jóléti államban a treatment (kezelés-) elmélet).

- *kiábrándult (elutasító) modell*: a kriminálpolitika elhatárolódik a szakmai javaslatoktól, önállósul a büntetőpolitika és annak eszközrendszere meghatározásában (pl. a mai neokonzervatív kriminálpolitika).

Annak, hogy napjainkban az elutasító modell érvényesül, okai a következőkben jelölhetők meg: az 1970-es évek utáni két évtizedben a kriminológia nem tudott új válaszokat adni a felgyorsult társadalmi fejlődés során tapasztalható új bűnözési jelenségekre. Ebből kifolyólag a politika önjáró lett bűnözéskontroll eszközeinek meghatározásában. Nils Christie norvég kriminológus szavaival élve a politika számára elég, ha a kriminológus csak technikus, és nem költő.

Kerezsi Klára találó megfogalmazása szerint napjainkban a kriminológia alkalmazott tudományból „alkalmazkodó” tudománnyá válik.

A büntető igazságszolgáltatás komplex társadalmi intézmény, amely egy sor, egymással nem feltétlenül harmóniában lévő célt szolgál. Napjaink bűnözéskezelési rendszerének feszültsége fogalmazódik meg például a helyreállító büntető igazságszolgáltatási modellek és a közösségi bűnözéskezelési eszközök, valamint a klasszikus büntetőjogi megközelítés bűnözés kontrollálására szolgáló eszközei között.

II. Új kriminálpolitikai racionalitás: a bűnözési félelem

A '80-'90-es években a bűnözéstől való félelem elszakadt a tényleges bűnözési és viktimizációs adatoktól. Paradigmaváltásként értékelhető, hogy a szabályozás alapjává vált a lakosság bűnözési félelme. Ez azzal a kedvező hatással bír, hogy a büntető igazságszolgáltatásban felerősödik a sértett szerepe. A biztonság iránti igény olyannyira megnőtt, hogy az állampolgárok ezt akár saját szabadságjogaik korlátozása árán is megkövetelik (pl. területfelügyeleti eszközök). A szerző kiemeli, hogy a negyedik hatalmi ágként emlegetett média képes lehetne a rend és a szabályok erősítésére, de sajnálatos módon a bűnözés szórakoztatóipari szempontok szerinti tálalása, hátterének és oksági láncolatának elfedése zajlik manapság.

A fent írt folyamatokat a szerző az Amerikai Egyesült Államok példáján keresztül szemlélteti, ahol az 1980-as évek óta kialakult az ún. underclass, azaz a „lét alatti osztály”. Először azokat jelölte a fogalom, akiket a posztindusztriális társadalom kirekesztett a munkaerőpiacról, majd később alkalmazni kezdték mindazon szegények vonatkozásában, akik kiszorultak a középosztályi társadalomból. Az underclass tagjaival szemben elfogadottá vált a kirekesztés. A '90-es években az underclass kibővült a bevándorlókkal és a jóléti ellátásból élők tömegével. A rossz helyzetű társadalmi csoportokat az USA már nem akarja reintegrálni. Új underclassok is megjelennek. Ilyen az információs lét alatti osztály (information underclass), akik kiszorultak az információs társadalom vívmányaiból vagy a politikai lét alatti osztály (political underclass), akik a hatalommal nem rendelkeznek. Az Egyesült Államokban is a bűnelkövetők démonizálása zajlik. Kialakult a bűnelkövető-ragadozó (predator) kép – főleg fiatalok -, aki félelmet kelt, rombolja a szociális kapcsolatokat. Velük szemben teljes kirekesztés érvényesül, megtagadják tőlük a társadalmi tagságot, ezáltal nő a társadalmi izoláció.

Megismerhetjük a bűncselekményekkel szembeni *zéró tolerancia* kialakulását is. 1982-ben jelent meg az USA-ban J. Q. Wilson és George Kelling máig hatással bíró, „*Broken Windows*”, azaz „Betört ablakok” című cikke, amelyben kifejtették abbéli meggyőződésüket, hogy egyetlen szabálysértés se maradjon reakció nélkül, mivel az könnyen továbbgyűrűzhet súlyosabb bűncselekmények felé. Ahol a kisebb súlyú jogellenes cselekmények, a rendzavarások megtorlatlanul maradnak, tévesen az a nézet alakulhat ki, hogy ott súlyosabb bűncselekmények is elkövethetők. A bűnelkövetéstől el lehet rettenteni, ha a hátrányok meghaladják a bűnelkövetés előnyeit. Plasztikusan úgy szemléltetik mindezt, hogy a tolatkodó koldus hatását tekintve az első betört ablak. A zéró tolerancia kifejeződésekképp szorosabb felügyeletet gyakorolnak egyes társadalmi csoportokkal, főleg a rossz helyzetű városi fiatalokkal kapcsolatban.

III. Az amerikai bűnözéskontroll

Az ún. amerikai modell az ismertté vált bűnelkövetőkkel szembeni szigor, a szabadságvesztés alkalmazásának kiterjesztését és a zéró toleranciát jelenti. A szerző megismerteti velünk a bűnözéskontroll kiemelt kormányzati feladatává válását a '60-as évektől kezdve a *Katzenbach Bizottság*, valamint a *Kerner Bizottság* tevékenységén keresztül.

Robert Martinson: Nothing works (Semmi sem működik) című cikkének ismertetése révén megérthetjük, hogy az USA-ban a rehabilitációs elv összeomlásával miért került ismét előtérbe a megérdemelt büntetés, a tetтарыos megtorlás elve, amely az 1970-es évek második felétől világszerte maga után vonta a szigorúbb büntetések iránti igényt.

1993-ban elsőként Washington államban megjelentek az ún. *3. rovás törvények* („Three stripes and you’re out”). Ez azt jelenti, hogy aki a harmadik erőszakos bűncselekményt követte el, azt szabadságvesztésre kell ítélni, és ki kell zárni a feltételes szabadságra bocsátás lehetőségéből is. Washington Állam rendelkezése szövetségi szinten is törvény lett, sőt kiterjesztették alkalmazási körét a harmadik, droggal kapcsolatos, illetve vagyoni elleni bűncselekményre is. Néhány esetben az első, illetve a második súlyos bűncselekmény elkövetését is életfogytig tartó szabadságvesztéssel büntetik. Mindez a bírói mérlegelési jog megszűnését és a diszproporcionalitást, azaz a büntetés tetterányosságának mellőzését eredményezte. Az Amerikai Kriminológiai Társaság reakcióként a szabadságelvonással nem járó szankciókat kezdte el propagálni, valamint a hatékonyabb megelőzés szükségességét.

IV. Falak nélküli börtön: a szabadságelvonással nem járó szankciók az USA-ban

Hangot kapott az USA-ban a büntetési tartalmak valódiságának követelése („*truth in sentencing*”), amelynek célja a határozatlan tartamú büntetések méltánytalanságát enyhíteni. Az 1990-es évek közepén az alternatív szankciók és a végrehajtásokat biztosító pártfogó szolgálat felé fordultak a bűnözéskontroll alakítói.

A közösségi büntetések három csoportja alakult ki: 1. a pártfogó felügyelet, 2. az intenzív pártfogó felügyelet és 3. egyéb szankciók: ún. közbülső szankciók általában intenzív pártfogó felügyelettel összhangban. Ilyen pl. a hatvan napos rövid tartamú elzárás (short-sharp-shock), a csizmatábor (boot camp). Elrendelhető helyreállító igazságszolgáltatási programokban (pl. mediáción) való kötelező részvétel is.

A mai USA-beli, zéró toleranciára épülő bűnözéskontroll mellett nem beszélhetünk közösségi szankciókról, hanem e programok csak „végrehajtási helyként” kezelik a közösséget, a „falak nélküli börtön” gyakorlatát valósítják meg. 1996-ban megjelent a piaci alapon működő pártfogás gondolata, ami a közösségi büntetések teljes halálát jelentené.

Azonban biztató jelenség, hogy új rehabilitációs megközelítés jelei is megjelentek:

- 1.) drug-court: kezelés a kisebb súlyú, droggal kapcsolatos cselekmények elkövetőinél;
- 2.) börtönprivatizáció: a magánbörtön fenntartója szerződéses kötelezettséget vállal arra, hogy teljesítménymutatókat dolgoz ki az elítéltek rehabilitációjával kapcsolatosan.
- 3.) helyreállító igazságszolgáltatás: célja az elkövető és a sértett közötti konfliktus rehabilitációja és rendezése.

V. Pártfogás és menedzsmenzemlélet: közösségi büntetések az Egyesült Királyságban

A menedzsmenzemlélet hatásait tekintve minimum olyan fontos, mint az ipari forradalom volt. A menedzsmenzemlélet megjelent a közszolgáltatások terén is. Az angol pártfogó szolgálat az 1970-es évektől az 1990-es évekre az egyedi elkövetőt esetileg segítő szervezetből a szabadságkorlátozásokat végrehajtó, a közösség védelme érdekében a büntető kontrollt gyakorló szervezet lett. Erősödött a pártfogó felügyelet büntetési jellege. 1991-ben a Büntető Igazságszolgáltatási Törvény (CJA) az alábbi prioritásokat jelölte meg: megérdemelt büntetés elve, hosszú tartamú büntetés a súlyos bűncselekményeknél, illetve közösségi szankciók a kisebb súlyú bűncselekményeknél. Ebből kitűnik, hogy a közösségi büntetések önálló jogon alkalmazható szankciókká váltak. A célok sorrendben a következők:

- 1) a közösség védelme,
- 2) a bűnözés csökkentése,

3) rehabilitáció.

A pártfogó szolgálat a Home Office irányítása alá került. A szervezeti átalakítás az „Új koreográfia” címet viselő stratégiai anyag alapján készült. Az új koreográfiához új táncpartnert is találtak, mégpedig a sértett személyében. 2005-től közösségi szankció néven önálló büntetési nemként szabályozzák a korábban önálló néven szabályozott alternatív szankciókat.

Az Egyesült Királyságban 1992 óta az új büntetőpolitika a bűnözéskontroll „amerikanizálódását” tükrözi. A zéró tolerancia felé való elmozdulást tükrözi a fiataloknál alkalmazott „*No more excuses*”, azaz „Nincs több kifogás!” szlogen is, amely a 10. életévtől az antiszociális magatartás tilalmát fejezi ki. Az ún. „*2. rovás szabálya*” pedig kötelezően életfogytig tartó szabadságvesztést ír elő azzal a 18. életévét betöltött elkövetővel szemben, aki másodszor követ el súlyos bűncselekményt az Egyesült Királyság területén.

Nőtt tehát a közösségi szankciók büntető jellege, és végrehajtásuk piaci alapokra helyeződött.

VI: Az „ígéret földje”: Európa

Napjainkban a biztonság slágertéma lett Európában. A büntetőpolitika a közbiztonság és a megfelelő biztonságérzet kialakításának eszközévé vált. Gyengült a társadalmi szolidaritás eszméje, az egyéni felelősség került előtérbe. Az állami beavatkozás egyszerre szélesedik és csökken. Ennek alapján az állam egyre több társadalmi szituációt és egyéni magatartást kíván a jog erejével szabályozni. Ezzel párhuzamosan azonban sok állami funkciót privatizálnak.

Az Amszterdami Szerződés szerint az Unió a szabadság, biztonság és igazságosság területe. Ebből adódóan az Európai Unió büntetőpolitikájának célja az emberi jogok és alapvető szabadságok érvényre juttatása, valamint a magas szintű biztonság garantálása. A büntetőpolitika megfogalmazása eltér az EU és a tagállamok szintjén. A szellemi tartalom azonban ugyanaz: a jogállamot sértő cselekmények üldözése csak jogállami eszközökkel lehetséges.

A bűnözéskontroll európai értékeket tükröz, amelyek a felvilágosodás értékei, nevezetesen: empíriát, racionalitást és emberi jogokat. Az Európa Tanács is megfogalmazta ajánlásaiban a modern és emberséges büntetőpolitika kívánalmát: a szabadságvesztés alkalmazásának csökkentését, több közösségi szankciót, a dekriminalizációt, az elterelést, mediációt és az áldozatok kártalanítását. A szankciók végrehajtásában jelentős szerephez juthat a közösség.

A bűnözéskezelés új rendszere van kialakulóban: a kettős nyomtávú (bifurkációs) büntetőpolitika. Eltérő célok és eszközök fogalmazódnak meg a különböző társadalmi veszélyességű bűncselekményekre. A kisebb súlyú bűncselekmények esetén diverziós megoldásokat alkalmaznak, illetve a büntető igazságszolgáltatás rendszerén belül a szabadságvesztés kiváltására alternatív szankciókat.

A szerző elemzi az európai biztonság problémáit. Európában a '80-as évek közepe óta stagnál a bűnözés. A bűnözés helyzetének egzakt, tényszerű bemutatása azonban szinte lehetetlen a magas látencia miatt. A viktimizációs veszélyeztetettség húsz éve a legalacsonyabb, ennek ellenére a közvélemény 2/3-a mégis úgy gondolja, hogy nő a bűnözés. Lassan, de biztosan csökken az EU-országok polgárainak biztonságérzete.

Az erőszakos bűnözés Nyugat-Európában ma is növekszik. Ennek okaként jelöli meg a szerző a migrációt, a családon belüli erőszakot, valamint a drogfogyasztás növekedését. Ezzel szemben Kelet-Európában a '90-es évek elején nőtt, azóta viszont stagnál az erőszakos bűnözés, mivel talán erősödik a kiegyensúlyozottság. A következő évtizedben az európai kriminálpolitikát a migráció, a drogprobléma és a terrorizmus sikeres vagy sikertelen kezelése fogja meghatározni. A bűnözéskontroll önálló európai, azaz „első világbeli” megközelítése van kialakulóban. Ha ez a három kulcsprobléma sikeresen kezelhető, akkor az alternatív szankciók végrehajtását Európában a helyreállító igazságszolgáltatás eszközeinek széleskörű alkalmazása fogja jellemezni. Ha azonban ez a három probléma nem kezelhető, akkor nagy valószínűséggel nőni fog a szabadságvesztés, valamint a kontrollra építő alternatív szankciók alkalmazása, illetve erősödni fog a zéró tolerancia. Bízni kell azonban az európai demokrácia tradicionális értékeiben.

VII. Alternatív szankciók: rehabilitáció, megérdemelt büntetés, bűnözéscsökkentés?

A szankcióalkalmazás célja mindenképp a hatáskiváltás. Azt azonban el kell dönteni, hogy milyen hatást és mitől várunk, illetve hogyan mérjük azt. Bibó István nyomán a szerző is azt hangsúlyozza, hogy a büntetési rendszer megtorló jellege csak ott és annyiban csökkenthető, ahol és amennyire a társadalom megtorlásra való készsége csökkent. A posztmodern társadalomra az értékek és kultúrák pluralitása és ütközése jellemző. Nem téveszthetjük szem elől, hogy a kriminális szankciók reintegráló, de stigmatizáló, megszégyenítő és kirekesztő módon is alkalmazhatók.

Kerezsi Klára szerint a közösségi büntetések mai változásai a kontroll társadalmi kiterjesztéseként értelmezhetők. A *közösség* fogalmának immanens összetevője a *helyi jelleg és a közösségi érzés*. Az egyén és a társadalom viszonyában folyamatosan hat két erő: a közösség centripetális és az egyéni autonómia centrifugális ereje. Ez megjelenik a szabálykövetés és az autonómia, a jogok és kötelezettségek között tapasztalható feszültségben is. Ha a bűnözést közösségi problémaként értelmezzük, okaként a közösség informális kontrollmechanizmusainak működési hiányosságait jelölhetjük meg. Felmerül tehát a kérdés, hogy a bűnözés csökkentése érdekében elegendő lenne-e a közösség megerősítése.

Az igazságszolgáltatás feladatainak ellátásában egyre nagyobb mértékben támaszkodik a közösségre. A közösségi szankciók tartalmát az adott közösség állapota, kulturális sajátosságai befolyásolják. Míg a retorika szintjén a globális befogadás, addig helyi szinten a lokális kirekesztés érvényesül. Cél azonban a társadalmi reintegráció megvalósítása. A pártfogó szolgálat lehet az a szervezet, amely segít kapcsolatot teremteni az igazságszolgáltatási rendszer hagyományos és modern eszközei között, azaz a büntető igazságszolgáltatás fegyelmező kontrollját a pártfogó szolgálat képes szétteríteni.

Alternatív szankciók és közösségi büntetések: új köntösben régi tartalom?

Több, mint száz éve jelentek meg az alternatív szankciók a rövid tartamú szabadságvesztés kiváltására először a fiataloknál. Az alternativitás három aspektusból is értelmezhető:

- 1) megelőzni az ügy bíróság elé vitelét;
- 2) a szabadságelvonás konkrét kiváltása;
- 3) a szabadságvesztés káros hatásainak kiküszöbölése.

Az alternatív szankció kifejezés a büntetőpolitikában e szankciók börtönnéesség-csökkentő hatására utal. A közösségi szankció kifejezés pedig azt takarja, hogy a büntetőpolitika alakítója a szankció végrehajtása során a közösségi funkciókra épít. Az elmúlt száz év egyenlegét megvonva azt állapíthatjuk meg, hogy a büntetésvégrehajtási-intézetbeli rehabilitáció nem teljesült, újra hisz a világ a börtönbüntetés hasznában. Azonban a büntető igazságszolgáltatás margóján mégiscsak megjelent a helyreállító igazságszolgáltatás eszközrendszere, amely révén a reszocializáció új értelmet nyerhet.

Az alternatív szankciók helye a büntetőjog szankciórendszerében:

Napjaink jellemzője a civiljogi megoldások beszivárgása a büntetőjog és a büntető eljárásjog területére. Az Európa Tanács megfogalmazása szerint a közösségi (alternatív) szankciók a közösségben végrehajtott szankciók, amelyek különböző szintű szabadságkorlátozó elemeket tartalmaznak, az arra feljogosított szervezet hajtja őket végre, kombinált felügyeletet valósítanak meg, és a reintegrációhoz szükséges támogatást is nyújtanak az elkövetőnek. Minden alternatív szankció mögött ott van a szabadság elvesztésének valódi lehetősége, ha az elkövető nem teljesíti a feltételeket.

Az ENSZ a szabadságelvonással nem járó szankciók négy csoportját különbözteti meg:

- 1.) szabadság alatt felügyelet (pl. pártfogó felügyelet)
- 2.) figyelmeztetés, megrovás (pl. felfüggesztett szabadságvesztés)
- 3.) pénzbüntetés
- 4.) közérdekű munka.

Magyarországon a szabadságvesztés és a pénzbüntetés között helyezhetők el a közösségi büntetések. Egységes jellemzőik az alábbiak:

- a szabadságvesztés alternatívái, végrehajtásuk nem intézményes, hanem a közösségben történik;
- szabadságkorlátozó és –támogató elemei is vannak;
- végrehajtásuk alatt aktív a kapcsolattartás a pártfogó felügyelői szolgálattal vagy a hagyományostól eltérő szereplőkkel (pl. a mediációnál).

Azt tapasztalhatjuk azonban, hogy a közösségi szankciók marginálisak a hazai büntetésiskizabásban. Ebből adódóan a börtönnéesség sem csökken.

Alternatív szankciók a büntetőeljárás szakaszaiban

Az eljárás bemeneti szakaszánál érvényesülhet a mediáció, helyreállítás és jóvátétel. Az eljárás egygel „feljebb” eső szakaszában alkalmazható a pénzbírság, illetve a közérdekű munka. A szabadságvesztés kiváltására alkalmazható a segítő központ látogatásának elrendelése, házi őrizet (plusz elektronikus felügyelet), intenzív pártfogó felügyelet, illetve a csizmatábor. Az elmúlt évtizedek fő változása tehát a szankcióalkalmazási hatalom reallokációja, a büntető igazságszolgáltatás szereplői közötti egyensúlyváltozás.

Diverzió

Az eljárás bemeneti szakaszában alkalmazott megoldás, amely a sztrikt legalitás elvét rugalmassá teszi, az ügyész szerepét növeli. Minden európai országban lehetőség van az eljárás megszüntetésére, illetve egyéb formájú befejezésre rendőrségi vagy ügyészségi szakban. Ez nagymértékben tehermentesíti a bíróságokat. Előnye, hogy véd a formális büntetőeljárás

stigmatizáló hatásaitól is. Veszélye azonban, hogy a kontroll kiszélesedik. A bemeneti oldali diverziós megoldások kettős célt szolgálnak:

- a tárgyalás előtti szabadságelvonás kiváltását (óvadék, házi őrizet, elektronikus felügyelet);
- az eljárás konstruktív befejezését (mediáció, jóvátétel, pártfogó felügyelet, drogelterelés).

A diverzió során alkalmazott eszközök a klasszikus alternatív szankcióktól annyiban térnek el, hogy nem a bíróság alkalmazza őket büntetőjogi szankcióként. Csak a büntetés kiszabása előtt lehetséges a diverzió. Hazánkban ennek megnyilvánulási formája a vádemelés elhalasztása ügyészi szakban.

Az ítélő bíró büntetésalkalmazási hatáskörének szétosztása a büntetőeljárás kimeneti szakaszában is megfigyelhető. A büntetés-végrehajtási bíró vagy a büntetés-végrehajtási szabadító bizottság dönt például a bv. utolsó szakaszában a fészabad elhelyezésről vagy az elektronikus felügyelet melletti szabadításról. Így az ítélő bíró által alkalmazott szabadságvesztés helyett szabadságelvonással nem járó szankció kerül alkalmazásra.

Az angolszász rendszerekben a diverzió tipikus megnyilvánulási formái a családi csoportkonferencia, a figyelmeztetési rendszer, valamint a gyermekmeghallgatási rendszer.

Az 1980-as években elterjedtek a sértett szempontjait érvényesítő diverziós formák: a sértett-áldozat egyezség, a helyreállítás és a jóvátétel. Ezeket általában a pártfogó felügyelet magatartási szabályaként alkalmazzák a felfüggesztett szabadságvesztés vagy a vádemelés elhalasztása mellett.

Közösségi szankciók a bíróság határozatában

A bíróság által alkalmazott közösségi szankciók alapvetően felügyeleti vagy munkavégzési típusúak. A felügyeletihez sorolható a pártfogó felügyelet próbára bocsátás vagy felfüggesztett szabadságvesztés mellett. Munkavégzési típusú a közérdekű munka, amelyet először az USA-ban alkalmaztak a közlekedési bűncselekményeknél. Kombinált szankciók is léteznek (pártfogó felügyelet + közérdekű munka). Léteznek továbbá a magatartási szabályok, amelyek alkalmazása a bírók, illetve a vádemelés elhalasztása esetén az ügyész kreativitását fejezhetik ki. A magatartási szabályok kötelező eleme a pártfogóval való kapcsolattartás, a lakcím és a munkahely változásának bejelentése, illetve a törvénytisztelő életmód. Különleges (speciális) magatartási szabályként mediáció, jóvátétel, szociális és oktatási programokon való részvétel beépítésével megjeleníthető a szankcióban rejlő rehabilitációs vagy reintegrációs szándék.

Magyarországon főleg a vagyon, a közrend és a személy elleni bűncselekményeknél alkalmazzák őket. A speciális magatartási szabályok a fiataloknál főleg a képzettségi hiányosságokat hivatottak pótolni, a felnőttkorúaknál pedig a kontrollt erősítik.

Európában a tradicionális és a helyreállító igazságszolgáltatás egymás felé közelít. A hagyományos igazságszolgáltatás is elmozdult a rehabilitációs ideától a reparatív szempontok felé (ld. a sértettek igényeinek figyelembe vétele). A helyreállító igazságszolgáltatás is megelégszik a reparációval a sértett és az elkövető érdekeit is szolgálva. A helyreállító igazságszolgáltatás keretében a közösségi szankciók végrehajtásának azt kell üzennie, hogy a végrehajtás célja a befogadás, de ennek érdekében az elkövetőnek is lépéseket kell tennie, főleg a bűncselekmény következményeinek helyreállítása révén.

A szerző kifejti optimizmusát, miszerint most még adott a lehetőség Európában a sértettel és a sértett közösséggel való szolidaritás kriminálpolitikai abszorbeálására.

VIII. A helyreállító igazságszolgáltatás: az új konszenzus megteremtésének lehetséges eszköze?

A helyreállító igazságszolgáltatás a bűnözéskezelés új megközelítési iránya. A '80-as években a rehabilitáció eszméjét legyőzte a kontroll. A megtorlási, illetve a rehabilitációs büntető igazságszolgáltatási paradigma *mellett* új paradigmaként jelent meg a helyreállító igazságszolgáltatás. A bűncselekményt személyközi viszonyok problémájaként kezeli. Célja a kapcsolatok restaurálása, a felelősség- és kötelezettségvállalás is, valamint a kár jóvátétele, nemcsak a bűnösség kimondása.

Nils Christie norvég kriminológus szerint a formális büntető igazságszolgáltatás elveszi a sértettől és az elkövetőtől a konfliktusukat. Infantilizálja az elkövetőt, hiszen nem neki kell megoldani a konfliktusát, hanem mások oldják meg helyette.

Howard Zehr szerint a helyreállító modell célja a megsértett egyensúly helyreállítása a sértett, az elkövető és a szélesebb közösség között. az utazás-metáforával szemlélteti a helyreállító igazságszolgáltatást: utazás az „idegenségből” a „valahová tartozás” felé. A büntetésben a lelkiismereti-pszichológiai elemet hangsúlyozza: bízunk abban, hogy fel lehet kelteni a tettesben a bűnbocsánat elnyerésének őszinte szándékát.

A helyreállító igazságszolgáltatás a jövőre tekintő (megelőzési) problémamegoldó megközelítés. Katalizátor a tradicionális büntető igazságszolgáltatási rendszerek reformfolyamataiban, nem kívánja azt felváltani. Várható, hogy az enyhe súlyú bűncselekményeknél fel fogja váltani a büntető igazságszolgáltatás hagyományos eszközeit.

Az ENSZ álláspontja szerint a helyreállító igazságszolgáltatás egészében nem lesz alkalmas helyettesíteni a büntető igazságszolgáltatás működését.

A helyreállító igazságszolgáltatás egyelőre inkább csak a tudományos világ „játékszere”, mint a bűnözéskezelés valódi „nagyágyúja”. Az állam csökkentett szerepét tükrözi a bűncselekménnyel felmerült konfliktus kezelésében, a „konszenzuális igazságszolgáltatás” kiforrásának lehetőségét tükrözi. A formális büntető igazságszolgáltatási rendszer megújítására, szemléletalakítására szolgál, nem a formális megoldások helyettesítésére.

IX. Összegzés és következtetések

Az alternatív szankciók bármilyen értéket valló büntetőpolitikába beilleszthetők. A jóléti állam megroppanásával megszűnt a kohézió és a létbiztonság. Az egyenlőtlenségek korlátlan elfogadása oda vezetett, hogy a közfelelősség helyét átvette az egyéni felelősség. A büntetőpolitikában a „megérdemelt büntetés” elvére épülő büntetésmodell terjedt el. Az emberi jogok felértékelődése azt hozta magával, hogy a büntető felelősségre vonás során az elkövető rendelkezési joga érvényesül. Ezt azonban befolyásolja az áldozat szerepének megerősödése a büntető igazságszolgáltatásban. A büntetőpolitika az elkövető és a sértett jogait zéró összegű játszmaként fogja fel. Ez azt jelenti, hogy a sértetti jogok teljesebb érvényesülése az elkövetői jogok korlátozásával jár.

A közösségben végrehajtandó szankciókkal a közösség és a sértett visszkapja a megbüntetés folyamatában való részvétel jogát. Kérdés azonban, hogy akar-e a közösség szerepet vállalni a büntetőszankciók végrehajtásában. Európában a tradicionális és a helyreállító igazságszolgáltatás egymás felé közelít. A tradicionális igazságszolgáltatás a rehabilitációs ideától elmozdult a reparáció és a sértetti szükségletek felé (pl. az alternatív szankciók körében figyelembe veszik az elkövető, a sértett és a közösség szempontjait is). Emellett jelent meg a helyreállító megközelítés. Az igazságszolgáltatási modellek fejlődési fázisai a következők:

- 1) rehabilitációs,
- 2) reparatív,
- 3) resztoratív.

A tradicionális és a helyreállító megközelítésben közös pont a reparáció és a jóvátétel. A zéró tolerancia csak a retorika szintjén érvényesül. Ennek oka a büntetőjogi elvek és tradíciók erőssége, a demokratikus európai értékek, valamint a humanista tradíció. Ezek mind-mind hatnak a büntetőpolitikai gondolkodásra és a döntéshozatalra.

A reintegráció megvalósulásában a pártfogó szolgálat működik közre. Minden alternatív szankció mögött ott húzódik a szabadság elvesztésének reális esélye, azaz a feltételek nem teljesítése esetén szabadságvesztésre átváltoztathatók.

Az alternatív szankciók immanens eleme az egyidejűleg megvalósuló felügyelet és támogatás, azaz a szimultán kontroll és segítség. Ebből adódóan ezek a szankciók megfogalmazhatók közösségben végrehajtott kezelésként, támogatásként, de közösségben végrehajtott büntetésként is. Mindez csupán attól függ, hogy hova helyezzük a hangsúlyokat. A jogalkalmazó aszerint választ, hogy a visszatartás, a megelőzés vagy a valamitől való megfosztás tartalmat tulajdonít az adott szankciónak.

Gondot jelenthet azonban, hogy a problémásabb társadalmi csoportokkal (hajléktalanok, kisebbség tagjai, drogfüggők) szemben általában nem alkalmazzák a közösségi szankciókat. A társadalmi marginalizáltság így sok bűnelkövetőt nemcsak a közösségből, de a közösségi szankciók alkalmazási lehetőségeiből is kizár. Az alternatív szankciók összességében azonban flexibilisek, és bármely büntetőpolitikának megfelelő tartalommal megtölthetők.

A szerző rendkívüli alaposággal járta körbe a témát, amelyet kutatási adatokkal is bőségesen alátámaszt. A szakmabeliek és a laikusok számára egyaránt meggyőző módon érvel az alternatív szankciók hasznossága mellett, és megvilágítja a szankciórendszerbe való beillesztésükkel járó előnyöket. A könyvből kiválóan kitűnik, hogy az alternatív szankciók, amelyekben összekapcsolódik a megtorlás, a reparáció és a rehabilitáció, nem falak nélküli börtönt jelentenek, hanem korlátozott, feltételektől függő szabadságot. Igazán nagyszerű munka, amely méltán képezte alapját 2007-ben a szerző habilitációs előadásának.

Korrupció és állami beszerzések: jog és közgazdaságtani alapok

Szalai Ákos[†]

A jog gazdasági elemzésének témái között, ha nem is központi témaként, de jelen van a korrupció kérdése. Az irodalom általában két kérdést jár körül: (i) milyen társadalmi költségekkel jár a korrupció, és (ii) milyen eszközökkel lehet eredményesen küzdeni ellen. Ugyanakkor, miközben a közbeszédben – nem csak Magyarországon – a korrupció szinte leggyakrabban az állami beszerzésekhez, közbeszerzésekhez kapcsolódik, addig a korrupció law and economics, illetve általában közgazdaságtani irodalma elsősorban a korrupció más megjelenéseire koncentrál.¹

A mostani tanulmány fő feladata, hogy a law and economics irodalom egyéb, nem közvetlenül a korrupcióhoz kapcsolódó eredményei alapján modellt építsünk fel az állami beszerzéseknél megjelenő korrupció magyarázatára. Három kérdést próbálunk megválaszolni. Először, érdemes áttekinteni, hogy mennyiben segíthet ez a tudományterület a korrupció definiálásában. Mindez már csak azért is érdekes, mert a korrupció meghatározása akár a filozófiában, akár a köznyelvben, akár a jogban meglehetősen bizonytalan. Másodszor, röviden megvizsgáljuk, hogy milyen esetekben hatékony küzdeni a korrupció ellen. Nyilvánvaló, hogy mivel maga a korrupció elleni küzdelem is forrásokat követel, így a programba csak akkor érdemes belefogni, ha a korrupció-ellenes harc (majdnem biztos) költségeit meghaladja azok várható haszna. Harmadikként áttekintjük, hogy milyen eszközök állnak a korrupcióellenes harcban rendelkezésre, melyiknek milyen előnyeit és hátrányait tudjuk kimutatni a jog gazdasági elemzése (pontosabban a jog kikényszerítés [law enforcement] gazdasági elemzése) segítségével.

1. A korrupció fogalma

A korrupció ugyan egyike a közéletben leggyakrabban használt társadalomtudományi fogalomnak, pontos definícióval azonban nem rendelkezünk. A különböző nemzetközi jogi dokumentumok sem egységesen értelmezik (lásd OECD [2008]). A jog gazdasági elemzése, ha pontos definíció megadására maga nem is képes, de jónéhány kérdést megvilágít, pontosít.

[†] Budapesti Corvinus Egyetem, adjunktus, akos.szalai@uni-corvinus.hu

¹ Az utóbbi idők két legfontosabb law and economics kézikönyvében egyaránt található korrupcióról szóló szócikket (Rose-Ackerman [1998] és Bowles [2000]), de mind a kettő elsősorban a rendőrségi, az adóhatósági korrupciót állítja a középpontba. Rose-Ackerman [1998] ugyan vizsgálja az állammal kötött szerződések esetét is, de – a járadékvadászat közgazdasági elemzését követve – elsősorban azok piacszerkezeti és bevételi hatásai koncentrálnak (jónéhány ki nem mondott – és vélhetően túlzottan erős – feltétel mellett).

Az utóbbi évek egyik legfontosabb korrupcióval foglalkozó law and economics cikke Polinsky – Shavell [2001]. Modelljük elsősorban azt vizsgálja, hogy miképpen befolyásolja a törvényt végrehajtó szervek (mindenekelőtt a rendőrség, az adóhatóság, a vámhivatalnokok) megvesztegethetősége a törvények végrehajtását. Miképpen kell módosítani az adó, vagy a büntetőjogi-szabálysértés, illetve rendőrségi törvényeken annak érdekében, hogy a rendszer a korrupció megjelenése esetén is optimális közeli állapotba kerüljön?

A fontosabb cikkek közül Becker – Stigler [1989] ingyenes állami szolgáltatásokért kért kenőpénzek esetét, hozzájuk hasonlóan Bowles – Garoupa [1997] a rendőrségi korrupciót, Hindricks et al. [1999] az adóelkerülést vizsgálja.

Shleifer – Vishny [1993] fő kérdése az, hogy miképpen befolyásolja a korrupció lehetősége azt, hogy a különböző engedélyek kiállításáért felelős bürokrácia milyen áron és mennyi engedélyt hajlandó kiállítani, hogyan korlátozza ezzel a gazdaság aktivitást, illetve hogy a különböző állami bevételeket behajtó bürokrácia mennyivel fogja csökkenteni az állami bevételeket.

Acemoglu – Verdier [1998, 2000] szintén elsősorban az ellenőrzéssel (elsősorban környezetvédelmi ellenőrzéssel) kapcsolatos példákat elemez a korábbiaknál lényegesen összetettebb általános egyensúlyi modellben. Ennek a modellnek fontos újdonsága, hogy egy a korrupció megelőző döntést is elemezni lehet általa: miképpen döntenek a (tehetséges) emberek, mennyire befolyásolja a munkahelyválasztásukat az, hogy a közzsférában elérhető-e (milyen büntetéssel, lebukási eséllyel érhető el) a korrupcióból valamiféle előny.

A továbbiakban korrupciónak azt fogjuk tekinteni, amely valamiféle büntetőjogi szankciót von maga után. A korrupciót annak alapján próbáljuk definiálni, hogy melyek legyenek azok a lépések, amelyek esetében szerencsés, ha büntetést vonnak maguk után. Előre kell bocsátani, hogy bűncselekménynek nem csak a büntetőjogi kódexben szereplő tevékenységet értünk – bűncselekménynek a jog gazdasági elemzése azokat a lépéseket tekinti, amelyek elkövetőjétől nem egyszerűen a károk megtérítését várunk, hanem azt meghaladó büntetést is kirovunk rá (függetlenül attól, hogy az büntetőjogi, szabálysértési, munkajogi vagy egyéb lépés).

A korrupció fogalma a társadalomtudományban, a jogban, a köznyelvben

A meglevő, meglehetősen homályos korrupció-fogalom ugyan alkalmas arra, hogy egyes országok kormányzati tevékenységét ennek alapján értékeljük, de az ezekben az értékelésekben használatos fogalmak nem alkalmasak arra, hogy jogi szabályozás alapjául szolgáljanak. (A melléklet tartalmazza annak a 22 szervezetnek a definícióját, pontos kérdéseit, amelyek adatait a Világbank World Governance Indicators programja alkalmasnak talál arra, hogy egy-egy ország korrupciós állapotáról megbízható véleményt alkothassunk általuk.²)

Ha a korrupció definícióját próbáljuk meghatározni, akkor három fontosabb és egymásnak gyakran ellentmondó értelmezést találhatunk. Az egyik a korrupció tranzakciós jellegére helyezi a hangsúlyt, és gyakorlatilag a vesztegetéssel azonosítja azt. A második a hatalommal való visszaéléshez köti. A harmadik a más nyelvekben ismert alaknak megfelelően általában a rossz döntéssel, romlottsággal azonosítja azt.

Az első *vesztegetésre koncentráló* megközelítés a korrupciót egy illegális tranzakcióként fogja fel a korrumpáló és a korrumpált között. A tranzakció során a korrumpáló valamiféle előnyhöz jut, cserébe a korrumpált valamiféle ellenszolgáltatásban, jutalomban részesül. A korrumpáló előnye leggyakrabban valamelyik harmadik, a vesztegetésben részt nem vevő fél költségére, hátrányára történik – de ez nem feltétlenül része a definíciónak. A korrupció gazdasági elemzésének irodalma is a leggyakrabban ezt a felfogást veszi át: a korrupció szinonimájaként a vesztegetést [bribery] használja. Ugyanakkor ez a felfogás nem fedi le pontosan a közvélemény által korrupciónak tekintett esetek körét. Egyrészt léteznek olyan tevékenységek, amelyek nem férnek bele (például, ha valakinek a döntéseit egyéni üzleti, vagy egyéb érdekei motiválják, azokat nem ellenszolgáltatás fejében, vagy reményében hozza meg), másokat viszont annak ellenére magában foglal, hogy a közvélemény szemében nem feltétlenül jelentenek korrupciót (például a kis értékű ajándékok esete).

A korrupció *hatalommal való visszaélésre* koncentráló definíciója már magában tudja foglalni az ellenszolgáltatás nélküli eseteket is. Ez a Világbank, vagy a Transparency International definíciójának is az alapja: hatalommal való visszaélés egyéni haszonszerzés céljából. Hasonlóan OECD [2008] a különböző jogi korrupció-definíciók közös magvát abban találja meg, hogy mindegyik a hatalommal való visszaélésből indul ki. A már említett World Governance Indicators program, amikor a korrupciós jelenségeket kutató vizsgálatokat

² Szintén a melléklet tartalmazza Magyarország és a többi európai ország, illetve az angolszász országok összevont korrupciós indexét. Az index a különböző intézetek véleményének összegzéseként fogható fel. (A számítás pontos módja szintén a mellékletben.) A vizsgálat jól jelzi, hogy a korrupció egyike azon mutatóknak, ahol roppant élesek a fejlett országok közötti különbségek is. Például, ha hazánkat csak a velünk együtt az EU-hoz csatlakozott nyolc közép-európai országgal vetjük össze, akkor a WGI szerint demokráciát, a politikai stabilitás, vagy a szabályozók minőségét vizsgálva vagy nincs szignifikáns különbség az egyes országok között, vagy csak egy-egy ország tér el jelentősen, ezzel szemben a korrupció lényegesen nagyobb különbségeket mutat. A korrupciós indexet vizsgálva a hét országból négy is jól megkülönböztethető tőlünk. Szlovéniában és Észtországban egyértelműen jobb, Lengyelországban és Litvániában egyértelműen rosszabb a helyzet 2006-ban.

kérdéseket keresi, akkor korrupciónak azt tekinti, ha „valaki közösségi erőforrásokat használ egyéni haszonszerzése érdekében”.³

A korrupció ennél is tágabb, legrégebb, jelentése értelmében korruptnak (romlottak) kell tekinteni minden olyan döntést, ami *nem jó*. Ez a definíció nem törődik a motivációval: a rossz döntést okozhatja korrupciós csere (vesztegetés), egyéni üzleti érdek, de egyszerűen tudatlanság, lustaság vagy az is, hogy a döntéshozót nem is érdekli, mi lenne a jó döntés.⁴ A korrupció jogi értelmezése – általános felfogás szerint – ugyan nem épülhet ugyan erre a meghatározásra, mivel a *jó döntést* általában meghatározhatatlannak tartjuk, mégis megjelenik a korrupcióhoz kapcsolódó közgazdasági irodalomban – két formában is. Az egyik a járadékvadászat a másik a morális kockázat irodalmából táplálkozik.

A közgazdasági irodalom sokszor azonosítja a korrupciót a járadékvadászattal – úgy tekintik, mint amely a járadékvadász tevékenység⁵ kormányzati, kínálati oldalát írja le. (Andvig et al. [2000]). Látszik, hogy a közgazdasági elmélet itt a kompetitív, torzítatlan piacot azonosítja a jó állapottal.

A másik elmélet a jó döntést nem valamiféle objektív, erkölcsi, hatékonysági céllal azonosítja, hanem a döntéshozó, a hivatalnok intézményének, megbízójának az érdekével.⁶ (A közgazdasági elemzés már a legelső cikkekben is az ügynök-probléma egyik megjelenéseként írta le a korrupciót – lásd Becker – Stigler [1989], vagy magyarul Szántó Z [1997].) Ez a meghatározás – ha nem is korrupcióként – a jogban sem ismeretlen: olyan eseteket ír le, amikor valaki nem teljesíti a munka- vagy egyéb viszonyából fakadó elvárásokat. A morális kockázatra épülő definíció felhívja a figyelmet arra, hogy a korrupció modell nem szűkíthető le a közszektorra. A korrupció-fogalom ugyan szinte mindig a közszektorra koncentrál, a tranzakciós elmélet is a magán és a közszektor, a kormányzat közötti illegális tranzakciókat keres⁷, de az a jelenség, hogy a döntéshozó, alkalmazott nem a megbízója, főnöke érdekeit tartja szem előtt, hogy adott esetben egy-egy döntésért cserébe a beszállítótól juttatásokat is kap, a magánvállalatok esetében is meglehetősen elterjedt.⁸ A morális kockázatként felfogott állami korrupció specialitása elsősorban az, hogy itt nem csak az ügynök, hanem a megbízó is korrupt lehet. A korrupciós irodalomban elkülönül a politikai és a bürokratikus korrupció fogalma. Maga a hivatalnok megbízója, munkaadója, vagyis a politikus is hozhat rossz döntéseket.⁹ Innen könnyű belátni, hogy miért jelenik meg az irodalomban a hatékony

³ Ide sorolható a társadalomtudományban legnagyobb tekintélyt kivívott korrupció definíciók közül Heidenheimer et al. [1989] és Rose-Ackerman [1975, 1978] meghatározása is.

⁴ A korrupció ezen tradicionális felfogása Platonig, Arisztotelészig nyúlik vissza. Magyarul lásd Gulyás [2004].

Nyilvánvaló, hogy a korrupció ezen felfogása mind a mai napig jelen van, mind a köznyelvben, mind a politikai életben. Ezzel találkozunk minden olyan esetben, amikor egyszerűen annak alapján azonosítanak korrupcióként egy-egy döntést, hogy annak a negatív következményei súlyosabbak, mint a hasznai.

⁵ A járadékvadászat egyik legelfogadottabb meghatározása: a piactorzítás útján megszerzett, és ezután államilag garantált járadékért (gazdasági profitért) folytatott nem termelési célú, közvetlenül nem-termelő [directly unproductive] tevékenység.

⁶ Az ügynök probléma alapja: amennyiben a két szereplő (a megbízó és az ügynök) érdekei nem esnek egybe, akkor a konkrét döntést meghozó ügynök szempontjai fontosabbá válnak; a döntés nem a megbízó, hanem az ügynök hasznát fogják maximálni.

⁷ A legismertebb ebből a szempontból Rose-Ackerman [1978], amely a korrupció definíciójába is belefoglalja, hogy a magán és a közszféra érintkezési felületén alakul ki.

⁸ Érdemes felhívni a figyelmet arra is, hogy hazánk a magánkorrupció terén is meglehetősen elmarasztaló értékelést kap. A Világbank *Doing Business* vizsgálata (World Bank [2007]), amely egy-egy ország üzleti intézményrendszerét tekinti át, Magyarországot – az adószint mellett – a befektető-védelem kérdésben értékeli a legrosszabbnak. Itt pontosan ilyen vállalati korrupciós esetek bukkannak fel. Konkrét példájuk szerint Magyarországon – nemzetközi összehasonlításban – meglehetősen nehéz dolga van egy vállalat kisebbségi tulajdonosának akkor, ha meg akarja akadályozni, hogy a vállalat vezetése a saját érdekeltségébe tartozó beszállítóktól vásároljon áron felül gépeket.

⁹ A politikai korrupció is felfogható morális kockázatként: ha a politikust a politikai közösség, a választók ügynökének tekintjük, akkor itt is ügynökprobléma merül fel (magyarul lásd Mike [2007]).

korruptió fogalma: ha korrupt hivatalnok egy korrupt megbízó érdekeit nem követi, akkor könnyen lehet, hogy – igaz nem szándékosan – a közérdeknek megfelelő döntéseket hoz.¹⁰

A jog gazdasági elemzése

A korrupciót tehát megpróbáljuk úgy meghatározni, hogy melyek azok a cselekvési formák, amelyeket büntetéssel kell súlytani. Ez a büntetőjog gazdasági elemzésének irodalmában két kérdéssé bomlik: (i) melyek azok a kárt okozó cselekmények, amelyekkel szemben a kártérítési jog nem nyújt elégséges ösztönzők, illetve (ii) mely tevékenységeket nem érdemes (nem hatékony) üldözni.

Az első kérdéssel, vagyis a bűncselekmények definiálásával a jog gazdasági elemzése meglehetősen keveset foglalkozik. Büntetőjogi vizsgálódásainak tárgya inkább az, hogy amennyiben a kormányzat valamit bűncselekménynek tekint, akkor azt milyen eszközökkel lehet szankcionálni, üldözni – érdemes-e üldözni.¹¹ Ugyanakkor mégis találhatunk két olyan elemet, amely köré a bűncselekmények körének meghatározása is építhető. Az egyik a tulajdoni és a kártérítési védelem közötti különbségtétel, a másik a büntető kártérítés jogintézménye.

Tulajdoni és kártérítési védelem. Calabresi – Malamed [1984] klasszikus írása szerint egy jogosítványt a jog kétféle módon védhet: rendelhet tulajdoni vagy kártérítési védelmet. Az első esetben a jogosítvány megsértése, a dolog tulajdonosának bármilyen korlátozása csak azok számára megengedhető, akik a jogosítvány tulajdonosától erre engedélyt kaptak. A tulajdoni szabály azt jelenti, hogy a jog megsértője (aki erre a tulajdonos engedélyével – például ellenszolgáltatás fejében – nem rendelkezik) nem egyszerűen a kár megtérítésére kötelezett, hanem a kárt meghaladó szankcióra, vagyis büntetésre is számíthat. A kártérítési elvből ez a szankció hiányzik: végső soron mindenki számára megengedhető a jog megsértése, feltéve, hogy utólag megtéríti a kárt. A büntetőjog megjelenésének alapja tehát az, hogy bizonyos esetekben a jogokat tulajdoni (és nem kártérítési) szabály szerint részesítjük védelemben.

Calabresi – Malamed modelljére épülő hagyományos elmélet¹² a két szabály közötti választást attól teszi függővé, hogy milyen az alku költsége. Amennyiben a jog az eredeti tulajdonosának kevesebbet ér, mint a másik félnek, akkor elméletileg (hacsak az állam ezt nem tiltja¹³) létrejöhet kölcsönösen előnyös csere. Hacsak a tranzakcióval járó alku-, szerződéskötési, információs költségek nem akadályozzák azt. A kártérítési elv erre a problémára nyújt megoldást: nincs szükség alkura – a tevékenység folytatható, viszont a károkozónak számolnia kell a kárral. Vagyis csak akkor vág bele, ha a haszna nagyobb, mint a várható kártérítés, a várható kár. Ugyanakkor a kártérítési szabály esetén másféle veszélyek merülnek fel: az előző megállapítás csak akkor igaz, ha a kártérítés és a kár egyenlő, vagyis, ha a kártérítési eljárás során éppen a kárnak megfelelő kártérítési összeget állapítanak meg.

¹⁰ Filozófiai alapon azonban támadható ez a „hatékony korrupciós” érv. Többek között Sunstein – Vermeule [2002] érvel amellett, hogy a törvények végrehajtóinak, illetve a bíróságoknak nem lehet feladatuk felülbírálni a törvényeket, a feletteseik döntését. Érvelésének lényege: a törvény, a szabály megváltoztatására éppen úgy vehetjük rá a törvényalkotót, a felettést, ha szembesítjük az általa alkotott szabály káros következményeivel.

¹¹ Általában ezek a vizsgálatok csak arra vállalkoznak, hogy felhívják a döntéshozók figyelmét egy-egy tiltás gazdasági hatásaira. Erre példaként lásd magyarul Cooter – Ulen [2004] elemzését a kábítószer- vagy a fegyverkereskedelemtől, vagy Heyne et al. [2004] érvelését az alkoholtilalom hatásairól.

¹² Összefoglalásul lásd Krauss [2000].

¹³ Calabresi – Malamed [1984] bemutatja a forgalomképtelenség indokait is. Erről lásd még Cooter – Ulen [2004], illetve Cserne [2006], Menyhárd et al. [2006].

Mi történik, ha a kártérítést megítélő bíróság nem tudja pontosan megbecsülni a jog valós értékét? A bűncselekmények körét tehát megpróbálhatjuk úgy meghatározni, hogy ezek az esetek azok, amikor a sértett kárának pontosan becslése a nagyobb veszély és nem a tranzakciós költségek magas szintje, a cserék elmaradása. Ha a kárt nem tudjuk pontosan megbecsülni, akkor arra sincs garancia, hogy a kártérítési szabály mellett csak értékteremtő tranzakciók mennek majd végbe – lehet, hogy a tevékenység haszna a megítélt kártérítésnél ugyan nagyobb, de a valós kárt nem fedezi.¹⁴

Posner [1997] érvelésében a bűncselekmények egyik legfontosabb jellemzője a szándékosság. (Hasonló értelmezésért lásd Cooter – Ulen [2005] vagy Shavell [2004]) Mindez könnyen érthető az előző elemzés fényében – a véletlen károkozás, a baleset tipikus esetben magas tranzakciós költséget feltételez: a károkozó és a károsult általában nem ismerik egymást, így az előzetes alku gyakorlatilag lehetetlen. Ezzel szemben a szándékosság esetén – éppen, mert a károkozó tudatosan készül valakit megkárosítani – az alku, a tranzakció költsége lényegesen alacsonyabb lenne. Sőt, valószínűsíthető, hogy a károkozó éppen azért nem keresi az alku lehetőségét, mert tudja, hogy a jog az eredeti tulajdonosnak milyen sokat (az ő hasznánál többet) ér, nem járulna hozzá a lépéséhez.

Büntető kártérítés. A kártérítési jog gazdasági elemzésének alapja (a büntetőjog gazdasági értelmezéséhez hasonlóan) az, hogy a várható kártérítés, szankció milyen visszatartó erővel bír. Kártérítés esetén a cél az, hogy a társadalmi költség minimális legyen – társadalmi költség a várható kárnak (vagyis a kárnagyságnak a bekövetkezés valószínűségével súlyozott összege) és a kár elkerülése érdekében tett óvintézkedések költségének összege. Könnyű belátni, hogy amennyiben a károkozót terhelő kártérítés pontosan becsli a kár nagyságát, akkor a teljes társadalmi költséget ő viseli, így az egyéni érdeke is az lesz, hogy az összes társadalmi költséget minimalizálja. De ez az összefüggés csak abban az esetben igaz, ez az ösztönző csak akkor optimális, ha minden károkozó, mindig kártérítést fizet. Hogyan módosul ez az összefüggés akkor, ha a károkozó nem biztos, hogy bíróság elé kerül, ha nem találjuk meg, ha tudatosan elrejtőzik, ha nem sikerül bizonyítani, hogy ő okozta a kárt? Nyilvánvaló, hogy ez esetben nem hoz optimális döntést: mivel nem viseli a teljes társadalmi költséget így túlzottan gondatlan lesz.¹⁵ A büntetésnek akkor van jelentősége, ha a kártérítés esélye, károkozás esetén nem 100%. Egyszerűen belátható, hogy amennyiben a kártérítés elmaradásának magasabb az esélye, akkor a kártérítésnek magasabb arányban kell meghaladnia a valós kárt.¹⁶

A jog gazdasági elemzésének több alapmunkája (pl. Posner [1997], Shavell [2004]) is próbálja a büntetőjogi esetek körét annak alapján elhatárolni a kártérítési esetektől, hogy itt olyan ügyekről van szó, amelyeknél a szankció elkerülésének esélye nagy – a lebukás esélye

¹⁴ A tulajdoni és a kártérítési szabály ilyen értelmezéséért lásd például Craswell [1993].

¹⁵ Tegyük hozzá: amennyiben a kártérítési szabály, a legtöbb ország jogrendszeréhez hasonlóan a gondatlansági, vétkességi szabály [negligence rule] – vagyis a károkozó csak akkor köteles kártérítést fizetni, ha a védekezési szintje túl alacsony, akkor a kártérítés és a kárnagyság egyenlősége kevésbé fontos, hiszen a károkozó magatartását elsősorban az elvárt gondosság határozza meg. Ugyanakkor a kártól jelentősen elmaradó kártérítés ebben az esetben is vezethet túlzottan gondatlan döntésekhez. (Lásd Cooter – Ulen [2004], Szalai [2007].)

¹⁶ A társadalmi költség: $TC = x + p(x)L$, ahol x az óvatosság mértéke (pénzben kifejezve), $p(x)$ a kár bekövetkezésének esélye (ami nagyobb gondosság esetén alacsonyabb, vagyis $\frac{dp(x)}{dx} < 1$) és L a kár nagysága (szintén pénzben kifejezve). Az egyéni költség – biztos kártérítéssel $PC = x + p(x)D$, ahol D a kártérítés nagysága (szintén pénzben kifejezve). Nyilvánvaló, hogy amennyiben $L = D$, akkor $SC = PC$, és az ösztönzés tökéletes.

Az egyéni költség azonban függ a kártérítés elkerülésének ($e < 1$) esélyétől: $PC = x + p(x)eD$. Nyilvánvaló, hogy az egyéni és a társadalmi költség csak akkor lehet egyenlő egymással ($SC = PC$), ha $\frac{L}{e} = D$.

viszont kicsi. Az esetek büntetőjogi minősítését különösen indokolja az, ha az elrejtés, elrejtőzés a kártérítés kikerülése érdekében tudatosan tesznek lépéseket (beruházásokat).

Állami beszerzés esete

A büntetőjog mindkét fenti meghatározása tehát abból indul ki, hogy mekkora kárt okoznak ezek a bűncselekmények. Mindkét esetben arra hivatkozunk, hogy ezt a kárt a gyakorlatban nem tudjuk érvényesíteni – vagy, mert nem tudjuk mérni, vagy, mert sokan elkerülhetik a szankciót. Mindenképpen azzal kell tehát kezdeni, hogy meghatározzuk: milyen költséget okoz a korrupció állami beszerzések esetén!

Alapmodell. A helyzet megértéséhez induljunk ki egy egyszerű modellből. Kiindulópontunk az, hogy egy adott beruházásról már döntés született.¹⁷ A bürokrácia a legalacsonyabb ár kiválasztása érdekében versenytárgyalást ír ki. Ebben meghatározza az elvégzendő feladat minőségi elvárásait, illetve a pályázaton való részvétel feltételeit. A program elvégzésére különböző cégek jelentkezhetnek, mindegyikük különböző költséggel tudná teljesíteni a feladatot, és mindegyikük különböző árat kér. Ugyanakkor, a különböző versenysztratégiák, várakozások miatt nincs garancia arra, hogy a legalacsonyabb költségű pályázó ajánlja a legkisebb árat is. A kormányzat a kiadásait (vagyis az árat) adókból fedezi, mely adók, a jóléti közgazdaságtan szokásos feltételezése szerint, holtteher-veszteséget okoznak. A korrupció célja, hogy a bürokrata ne a legolcsóbb pályázatot válassza ki.¹⁸

Amennyiben a korrupció sikeres, akkor háromféle költség merül fel:

1. a korrupció érdekében erőforrásokat használnak fel, vonnak el az értéktermeléstől – ennek két eleme
 - a. a vesztegető oldalán a vesztegetés biztonságos lebonyolítása érdekében felhasznált erőforrások tömege – fontos jelezni, hogy ez nem maga az átadott összeg, mert az nem vész el, csak a korrumpálótól a korrumpálthoz kerül; ezek a költségek a valóban elvesző erőforrások: az előkészítésre fordított erőfeszítés, idő, stb. értéke (illetve, mint majd látjuk, ide tartozik a tranzakció elfedése érdekében hozott óvintézkedések költsége is); és
 - b. a döntéshozó oldalán jelentkező torzítási költség – ez annak a munkának, erőfeszítésnek a költsége, amely azért szükséges, hogy a pályázaton ne a korrupció nélküli esetben győztes pályázó nyerjen;
2. a korrupció miatt emelkedik a pályázat nyertes ára, és a magasabb ár miatti holtteher-veszteség;
3. a korrupció miatt választott pályázat végrehajtásának erőforrásigénye (c_1) eltér a legolcsóbb pályázat erőforrásigényétől – a különbség: $c_1 - c_0$; de elképzelhető, hogy a kiválasztott pályázat költsége alacsonyabb, vagyis a korrupció e tekintetben költségmentes jár.

¹⁷ A járadékvadászat említett elmélete éppen erre a döntésre helyezi a hangsúlyt: a korrupció fő célja a piac korlátozása. Ezzel a szemben a mi modellünkben a lobbizás célja nem az elérhető állami engedélyek számának korlátozása (mint például Krueger [2004], Tollison [1982], Tullock [1967, 1980] modelljeiben), és maguk a korrupciónak kitett bürokraták sem korlátozzák azok számát a nagyobb bevétel reményében (ez Shleifer – Vichny [1993] magyarázatának alapja is). Természetesen ezzel a modell nem állítja, hogy a korrupció, a legális, vagy illegális lobbizás ezt a döntést nem befolyásolja – egyszerűen figyelmünket nem erre koncentráljuk, hanem a közbeszerzési folyamatban megjelenő korrupcióra.

¹⁸ Ezt az egyszerűség miatt tesszük fel. Ugyanis a legolcsóbb árat kínáló pályázó is próbálkozhat korrupcióval. Ebben az esetben az itt bemutatott kárszámítás ugyanúgy használható – csak, mivel a korrumpáló és a legolcsóbb pályázó egy és ugyanaz, így az eltérésüket mérő mutatók értéke nulla lesz, a korrupció költsége egyedül a korrupció érdekében felhasznált erőforrásokra szűkül.

A korrupció társadalmi költsége tehát ezen három elem összege.¹⁹ Kártérítési megoldás esetén ezt az összeget kellene megfizettetni a korrupcióban résztvevőkkel.²⁰ Belátható, hogy mennyiben a korrupciós esetekben ez a kártérítési igény bizonyosan felmerülne, akkor az hatékony megoldáshoz vezetne, hiszen a két fél csak akkor vállalkozna korrupcióra, ha az egyéni hasznuk, meghaladja a társadalmi költséget.²¹

Árajánlat és költség különbségének okai és következményei. Mielőtt rátérnénk a büntetőjogi szankciók racionalitásának igazolására érdemes végiggondolni, hogy mi okozhatja azt, hogy a legolcsóbb árat nem feltétlenül a legkisebb költségű pályázó kínálja. Másrészt, választ kell találni arra is, hogy miképpen teheti meg a bürokrácia, hogy annak ellenére sem a legolcsóbb pályázót választja ki, hogy az árkülönbség nyilvános információ.

A válaszhoz segítségül hívhatjuk az állami beszerzés kiterjesztett értelmezését is. Ne egyszerűsítsük le a beszerzést, és így a korrupciót a nyertes kiválasztására! A folyamat az ötlet megfogalmazásától (a mi szűkebb értelmezésünkben: a beszerzés, a beruházás elhatározásától) a megfelelő minőségű átadásig tart. Érdemes ezt három szakaszra bontani (lásd például OECD [2007]): 1. a kiírás, 2. maga a pályázat elbírálása, 3. a program végrehajtása. Mind a három szakaszban történhetnek olyan mulasztások, vagy tudatos döntések, amelyek lehetővé tehetik a magasabb ár kiválasztását, illetve amelyek az árak és a költségek ilyen, a sorrendet is megfordító, szétválasztásához vezetnek.

A legjobb pályázat kiválasztása három dimenzió megfontolását követeli: az árét, a minőségét és a kockázatét. A modellünkben a költség az optimális kiírás (vagyis az optimális minőség és az optimális kockázatmegosztás) esetén felmerülő költség.²² Ha a kiírás nem ezt tartalmazza, vagy az ár és a kockázatmegosztás tekintetében nyitott elemeket tartalmaz, akkor az lehetőséget ad arra, hogy a pályázatot magasabb árral nyerve meg. Amennyiben nem csak az ár a nyitott kérdés, akkor a különböző pályázatok eltérő tartalmára hivatkozva a bürokráciának lehetősége van olyan pályázatot is győztesnek nyilvánítani, amelyben az ár magasabb. Azonban a legolcsóbb ajánlatot akkor is el lehet vetni, ha ilyen mérlegelésre nincs lehetőség, ha a pályázatban már előre rögzítik a minőséget és a beszállítót terhelő kockázatot. Ilyenkor az ajánlatok csak az árban térnek el egymástól, tehát a korrupció fő terepe az értékelésről a kiírás szakaszára tolódik:

¹⁹ Az egyes pályázók költsége c_i , az általuk kért ár P_i , ahol $P_i \geq c_i$. A továbbiakban a legkisebb árat kínáló pályázó árát P_0 , költségét c_0 jelöli.

A korrupció társadalmi költsége: $SC_{kor} = (c_1 - c_0) + HTV(P_1 - P_0) + c^{br} + c^{corr}$, ahol c^{br} a vesztegetés biztonságos lebonyolítása érdekében felhasznált erőforrások tömege; c^{corr} a döntéshozó oldalán jelentkező torzítási költség, P_1 a kiválasztott pályázat ára (ahol $P_1 > P_0$); $HTV(P_1 - P_0)$ pedig az árkülönbözöt miatti holttehervesztés. (Mivel az adóbevétel tipikus esetben sok termék között oszlik meg, egy-egy termék adószintjét a többletköltség nem emeli jelentősen, így a holttehervesztés is elenyésző lesz – vagyis nyugodtan tekinthetjük az egyszerűség kedvéért a továbbiakban nullának.)

²⁰ A modell, mivel nem a kártérítési, hanem a büntetőjogi megoldást akarja majd vizsgálni, így nem foglalkozik azzal, hogy ez a kártérítés miképpen oszljon meg a két fél, korrumpáló és korrumpált között. A kártérítési jog gazdasági elemzése alapján az egyetemleges felelősség tűnik megfelelő megoldásnak – vagyis bármelyik féltől lehessen kérni a teljes kárt. Ugyanakkor a további bírósági költségek, tranzakciós költségek elkerülése érdekében, szerencsés, ha a kártérítést fizető féltől megtagadjuk annak a lehetőségét, hogy a partnerétől utólag kompenzációt kérjen. (Lásd a joint and several liability közgazdasági elemzését – például Landes – Posner [1980, 1987], Kronhauser – Revesz [2000].)

²¹ A külső szereplő egyéni haszna – sikeres korrupciós tranzakció esetén: $B_1 = P_1 - c_1 - c^{br} - Br$, ahol Br a vesztegetés nagysága.

(Természetesen, $B_1 > 0$.) A tisztviselő haszna: $B_{off} = Br - c^{corr}$, ahol ismét feltétel, hogy $Br > c^{corr}$. A kettejük együttes haszna tehát $B_1 + B_{off} = P_1 - c_1 - c^{br} - c^{corr}$.

²² Optimális minőségen értjük azt a minőséget, amely minden olyan elemet tartalmaz, amelynek társadalmi (határ)haszna éppen egyenlő annak társadalmi (határ)költségével. Az optimális kockázatmegosztás pedig azt követeli, hogy minden egyes kockázati elemet az viseljen, aki annak viselésére olcsóbban képes. (Utóbbiról lásd Posner – Rosenfield [1977] vagy Cooter – Ulen [2005].)

- (i) a legalacsonyabb árat kínáló szervezet részvételét meg lehet akadályozni (ne feledjük, a bürokrácia feladata a pályázaton résztvevők kiválasztása, minőségi előírások, garanciák megfogalmazása, az általa nem megfelelőnek ítélt pályázók kizárása);
- (ii) indokolatlanul magasra lehet növelni a minőségi előírásokat, vagy indokolatlanul sok kockázatot lehet a pályázókra terhelni.

Az első megoldás önmagáért beszél, hosszabb elemzést nem igényel. A második lényege, hogy a pályázatban megfogalmazott többletterhek viselésére nem feltétlenül ugyanolyan költséggel képesek az egyes pályázók. Elképzelhető, hogy az, aki az optimális minőség-kockázat kombinációt a legalacsonyabb áron kínálta volna, ezt a nagyobb elvárást már nem a legolcsóbb áron kívánja elvállalni.

Miért nem biztos, hogy a legkisebb erőforrás-igényű pályázó kéri a legalacsonyabb árat? Itt is két esetet érdemes megfontolni: az egyik a nem megfelelő minőségi előírások, a másik a nem megfelelő kockázatmegosztás problémája.

A minőségi problémák megvilágítása érdekében vegyük figyelembe azt, hogy egy szerződés minőségi jellemzőit három csoportra oszthatjuk. Az elsőbe tartoznak azok az elemek, amelyek már a kiírásban is szerepelnek, és nem-teljesítésüket meg lehet akadályozni – a bíróság kötelezheti a pályázót arra, hogy azokat többletigények nélkül is teljesítse. A pályázat elbírálásakor végső soron olyan árakat vet össze a bíráló, amely ezekre a minőségi elemekre, ezekre a költségekre reagálnak. A második körbe azon minőségi elemek tartozna, amelyeket a kiírás ugyan nem tartalmaz, de a végrehajtás során felbukkannak – szerződésmódosítást, és általában a kezdeti ár növekedését vonva maga után. Például, ha kiderül, hogy valamilyen minőségi kérdést előre nem szabályoztak, vagy nem megfelelő módon (túl alacsony szinten) határoztak meg, akkor tipikus esetben az árat emelik cserébe a magasabb minőségért. Itt már látható, hogy nincs garancia arra, hogy az a pályázó, aki a nem megfelelően kiírt pályázaton a legalacsonyabb árat adta, egyben az is, aki ezen magasabb igényeket is a legkisebb költséggel elégíti ki. A harmadik pedig azon minőségi jellemzők köre, amelyekkel a pályázat kiírója közvetlenül sem a kiírásakor, sem a végrehajtás során nem szembesül. (Például ide tartoznak azok a minőségi hiányosságok, amelyek miatt egy beruházás viszonylag gyorsan felújításra szorul.) Nyilvánvaló, hogy az optimális minőség fogalma mind a három elemet magában foglalja – a feladat ellátásnak költsége pedig a három minőségi elvárás mindegyikét kielégítő megoldás költsége. Ezzel szemben az ár csak az első elemre reagál. Minél nagyobb a második két költségelem súlya, annál nagyobb az esélye annak, hogy az árak összehasonlítása nem jelzi a teljes költség alakulását is.

A második költségtípushoz hasonló, vagyis szerződésmódosításhoz vezető, probléma a kockázatmegosztás terén is előállhat – ez az ún. győzelem átka szituáció alapja (magyarul lásd Cullis – Jones [2003]). Mi történik, ha kiderül, hogy a győztes ajánlat nem megvalósítható, a nyertes a végrehajtásra nem képes? Tipikus „tankönyvi” oka ennek az, hogy a nyertes pályázó bizonyos várható folyamatokat túlzottan optimistán ítélt meg, bizonyos kockázatokkal nem számolt – majd amikor azokkal a valóságban szembesül (vagyis, amikor egyes körülmények rosszabbul alakultak, mint azt várta), szerződésmódosítást kér.

Mindkét szerződésmódosítási igény esetén könnyen belátható, hogy azok elfogadásában a pályázató is érdekelt lehet – korrupció nélkül is. Különösen nagyobb lélegzetű, hosszabb távú programok esetén ugyanis jelentős többletköltséget jelentene, ha új partnert kellene keresnie, magas az ún. kvázi járadék.²³ Ezt a helyzeti előnyt felismerve a szerződő fél akár tudatosan is

²³ A kvázi-járadék az az összeg, amit a kiíró azzal veszít, ha egy már működő kapcsolatot fel kell bontani, és a legjobb elérhető alternatívával kell helyettesíteni. A közgazdaságtan egyik törvényszerűsége, hogy ez a kvázi-járadék, vagyis a fenyegető veszteség nagyobb, mint az a

megteheti, hogy eleve nem teljesíthető, később módosítandó, de nyertes pályázatot ad be. Látszik, hogy ez a korrupció két formájának nyit teret. Az egyik a kezdeti pályázatkor, amikor a korrumpáló eléri, hogy a pályázat kiírójának, a bírálónak, illetve a szerződéskötőnek a figyelmét „kerüljék el” bizonyos minőségi követelmények, kockázatok. Így megteremti a lehetőséget arra, hogy a későbbi módosítást kérjen. A másik az, amikor később, a szerződés módosításáról döntő felet környékezi meg.

Korrupció büntetése? A kár elemzését azzal fejeztük be, hogy láttuk: ha minden korrupciós tranzakció után mindig meg kéne fizetni a társadalmi kárt, akkor csak a társadalmilag hatékony korrupciós esetek jönnének szóba. (Ezek azok, amikor korrupció hiányában a döntés – a nem megfelelő előkészítés miatt, vagy egyszerűen az árak és az erőforrásigények előbb elemzett elválása miatt – társadalmi veszteséggel járna.)

Csak hogy a korrupció is tipikusan olyan társadalmi interakció, amelyre igaz, amit fenn a tulajdoni szabály alkalmazása melletti érvként mondtunk: a kár megbecslése meglehetősen bonyolult, hiszen az nem közvetlenül megfigyelhető tényezőktől függ. Nem az ártól függ a költség, hanem az erőforrásigénytől. Hasonlóképpen igazak a büntető kártérítés kapcsán mondottak is: számolni kell a büntetés elkerülésével is – vélhetően mind a korrumpáló, mind a korrumpált erősen érdekelt a vesztegetés eltitkolásában.

Első ránézésre, a bűncselekmények közgazdasági definiálási kísérlete tehát nem visz sokkal közelebb a definícióhoz: mind a három fenti meghatározás (a tranzakciós megközelítés, a hatalommal való visszaélés, és a megbízó érdekeit nem szolgáló döntések) eleget tesz ezeknek a feltételeknek. Ugyanakkor a tudatos elrejtőzés, vagy megfordítva: a felderítés esélye már eltérő. Úgy tűnik, ha a tranzakciós alapú megközelítést alkalmazzuk, akkor a szankció elől lényegesen könnyebb kitérni, mintha egyszerűen csak az egyéni előnyszerzést keressük. Utóbbi esetben ugyanis nem kell bizonyítani a vesztegetést, csak azt, hogy a döntéshozó valamilyen előnyhöz jutott. A morális kockázat alapú definíció esetén a szankció elkerülésének esélye még kisebb. Ez a definíció ugyan összemosza a lusta, rossz döntést hozó bürokratát a kifejezetten megvesztegetett döntéshozóval, de érdemes utalni arra, hogy a kisebb munkaterhelés, a kényelmesebb élet is ugyanúgy egyéni haszonszerzésnek minősül, mint az anyagi haszon – e tekintetben tehát ugyanúgy megköveteli az egyéni hasznot ez a definíció is, de a bizonyítási költséget lényegesen csökkenti.

Eddig tehát úgy tűnik, hogy a tulajdoni elv alapján mindhárom definíció alkalmas arra, hogy bűncselekményként szankcionáljuk. A büntető kártérítés elve alapján a vesztegetés igényli a legmagasabb büntetést és a rossz döntés a legalacsonyabbat – ha tetszik a vesztegetés az, ami erősebben büntetőjogi kategória eben az értelemben.

2. Mikor szükséges a korrupcióelleni harc?

Az előző fejezetet azzal zártuk, hogy mivel a felderítés a vesztegetés esetén a legnehezebb, mivel itt a legnagyobb a szankció elkerülésének esélye, így ezt kell a leginkább szankcionálni, ezt kell elsősorban büntetőjogilag kezelni. Ugyanakkor a kérdést könnyen megfordíthatjuk – ezt teszi ez a fejezet: ha valamit drága felderíteni, bizonyítani, akkor nem egyszerűbb, ha a felderítésre, kikényszerítésre szánható erőforrásokat nem pazaroljuk rá?

Az optimális jogkikényszerítés [optimal law enforcement] irodalma egyértelművé teszi: az, hogy valamit bűncselekménynek nyilvánítunk, még nem elégséges indok arra, hogy mindig

haszon (járadék), amit kezdetben azzal ért el a pályázató, hogy az első és nem a második legjobb ajánlatot fogadta el. Még akkor is nagyobb ez a veszteség, ha a korábbi második legjobb ajánlattevő hajlandó az eredeti feltételekkel azonnal átvenni a munkát. (Milgrom – Roberts [2005]).

minden körülmények között üldözzük is. Az érv alapja az, hogy a felderítés (illetve esetleg a büntetés is) költségekkel jár, és azok esetleg meghaladják meg azt a kár, amit ennek híján a bekövetkező bűncselekmények okoznának. Ebben az irodalom egységes. Vita akörül robban ki, hogy miképpen számoljuk a bűncselekmény által okozott kárt: a károsult kára mellett figyelembe veendő-e az elkövető haszna is.²⁴ Cooter – Ulen [2005], Shavell [2004], vagyis azok a szerzők, akik a bűnelkövető preferenciáit ugyanolyan legitim preferenciáknak tartják, mint az áldozataikét gyakorlatilag nem tesznek jelentős különbséget a kártérítési esetek és a büntetőjog között: mind a két jogág esetében az a cél, hogy csak akkor történjen meg egy tett, ha a bűnelkövető (károkozó) haszna meghaladja a károkat, társadalmi költségeket.

Ugyanakkor vannak, akik a bűnelkövetők hasznának mérlegelését elutasítják. (Például Becker – Stigler [1989], Lewin – Trumbull [1990].) Ha emellett az álláspont mellett keresünk érveket, akkor a legkézenfekvőbb indoklást a tulajdoni elvből vezethetjük le. Eszerint, ugye, a büntetőjog megjelenésének (a kártérítési jogról való leválásának) indoka az volt, hogy a károsult kárát nem tudjuk megbecsülni – ezért inkább tiltjuk, hogy bárki kárt okozzon, kivéve, ha erre a másiktól engedélyt kap, például megvásárolva a jogot. Ha viszont tiltjuk, az indok az, hogy nem ismerjük a károk nagyságát, akkor a nem ismert károkat ne akarjuk összemérni hasznokkal.

Az állami beszerzésekhez kapcsolódó korrupció esetén is nyilvánvaló a különbség a két álláspont között: igazolhatja-e a korrupciót az, hogy a nyertes pályázó többet nyer (profitja nagyobb), mint amennyi kárt az többlet-erőforrásfelhasználással, a korrupció miatt elpazarolt forrásokkal, illetve az adó többletterhével okoz. A továbbiakban végig úgy érvelünk majd, hogy a károkozó, bűnelkövető haszna kihagyjuk a számításokból.

Hasznos korrupció. Függetlenül attól, hogy figyelembe vesszük-e a nyertes pályázó hasznát lehetségesek olyan esetek, amikor a korrupció nem jár költséggel. Láttuk, hogy a társadalmi költség három elem, vagyis a teljesítés érdekében feleslegesen elpazarolt erőforrások, a korrupció – a döntés megváltoztatása – érdekében felhasznált erőforrások, és a magasabb árat fedező adó többletterhének összege. Ezek közül az első azonban lehet, hogy negatív, elképzelhető, hogy a végső nyertes végül kevesebb forrás felhasználásával látja el a feladatát.²⁵ Láttuk, hogy a nem megfelelően kiírt közbeszerzések (rossz minőség- és vagy kockázat-meghatározás) esetén jelentős esélye lehet annak, hogy a korrupció nélkül kiválasztott nyertes valójában lényegesen nagyobb költséget okoz, mint egy drágább árajánlattal jelentkező pályázó, akinek az egyetlen esélye a győzelemre a korrupció.

Maga a korrupció, a korrupcióra fordított összeg fontos jelzőszerepet is játszhat. Hasonló probléma jelenik meg az érdekcsoportok közötti verseny (Becker [1985]) illetve a bírósági döntések hatékonysága mellet érvelő irodalomban (Posner [1997]). Azok, akik hatékony

²⁴ A bűnözők hasznát is mérlegelő irodalomban megjelenik a túlzott elrettentés fogalma. Eszerint – hasonlóan a kártérítési jog gazdasági elemzéshez – egy (potenciálisan) kárt okozó tevékenységnek van nullától magasabb optimális szintje: az a szint, ahol a károkozó határhaszna éppen egyenlő a károsult, károsultak határvesztésével. Ha a szankciók súlyossága miatt a tevékenység ez alá a szint alá süllyed, akkor túlzott elrettentésről beszélünk: olyanokat is visszatartunk a bűnös cselekedettől, akiket pedig nem lenne érdemes. Ezzel szemben, ha valaki a bűnelkövető hasznát nem mérlegeli, hanem csak a kárt veszi figyelembe, akkor értelemszerűen nullára kell csökkenteni a potenciálisan kárt okozó tevékenységet – túlzottan elrettenteni fogalmi képtelenség.

Az érv megértéséhez használjuk a környezetszennyezés példáját. A kérdés úgy fogalmazódik meg, hogy ha egy káros anyag levegőbe, vagy vízbe kerülő mennyiségét szabályozza a kormányzat, akkor ezt a limitet mindenkivel szemben érvényesíteni kell-e (és ezért elrettentő nagyságú szankcióval kell súlytani a határt túllépő vállalatokat), vagy elég a valós társadalmi kárra reflektáló büntetést kiróni. Utóbbi esetben azok, akiknek a termékei iránt magasabb a kereslet, vállalni fogják annak kielégítését, még annak árán is, hogy emiatt több szennyezést bocsátanak ki, és büntetést fizetnek. (Természetesen a büntetés ez esetben sem kell, hogy pontosan egyenlő legyen az adott mennyiség által okozott kárral, akár lényegesen meg is haladhatja azt: láttuk a büntető kártérítés tárgyalása kapcsán, hogy a felelősségre vonás elkerülésének esélye miatt ez a többletszankció szükséges lehet.)

²⁵ A társadalmi költség: $SC_{korr} = (c_1 - c_0) + HTV(P_1 - P_0) + c^{korr}$. Ha a holtteher-vesztéstől eltekintünk, akkor a korrupció csak akkor káros, ha $c_0 < c_1 + c^{korr}$.

döntést támogatják, általában hajlandóak többet áldozni, mint azok, akik a maguk számára ugyan előnyös, de kevésbé hatékony döntést támogatják. A két modell arra hívja fel a figyelmet, hogy amennyiben a döntéshozó nagyobb valószínűséggel dönt annak javára, aki az ő meggyőzésére több erőforrást fordított, akkor ez a verseny a hatékony döntések kiválasztását segíti elő.

Természetesen a modell nem alkalmazható minden megszorítás nélkül a közbeszerzések esetére. A modell akkor lenne tökéletesen alkalmazható, ha igaz lenne, hogy a korrupció lényege az, hogy a hasonló ajánlatot tevő szereplők közül a korrupt tisztviselő a magasabb korrupciós juttatást ajánlónak adná a megbízást. Tudhatjuk, hogy a korrupcióra fordított maximális összeg az adott versengő fél által kért ár és a költségének a különbsége – ha az ár tehát adott, akkor az tud nagyobb összeget korrupcióra fordítani, akinek a költsége alacsonyabb, vagyis aki olcsóbban termel.²⁶ Ebben az esetben a versengő csoportok egy fix nagyságú torta megszerzéséért versengenek egymással – ez a helyzet lobbiknál, ahol az egyes érdekcsoportok, illetve a bíróságokon, ahol az ellenérdekű felek csak egymás kárára szerezhetnek előnyöket. Ezzel szemben a közbeszerzésnél a korrupciós versenyben részt nem vevő felek kárára is előnyhöz lehet jutni – például, ha a korrupció következtében emelkedik az ár, akkor ezt a megbízót, vagy az adófizetőt terheli és nem a pályázat vesztesét.²⁷

Elégtelen elrettentés – fölösleges kiadás. Ha a célt úgy is fogalmazzuk meg, hogy a korrupciót nullára (és nem a nyertes korrupt pályázók hasznát is figyelembe vevő „optimális” szintre) akarjuk csökkenteni, akkor is szembe kell nézni azzal, hogy az optimális elrettentés nem lehet „végtelen”, a hatékony végeredmény nem az, hogy nullára csökken a korrupció. A különbség a kétféle – a most definiálandó és a bűnelkövetők hasznára (is) hivatkozó – optimum között az, hogy a korrupció elmaradása miatt erőforrás-megtakarítást mivel állítjuk szembe. Most csak az elrettentés költségével, mindenekelőtt a felderítés költségével.

Két egyszerű modell segítségével vizsgáljuk meg az állami beszerzésekkel megjelenő korrupció jellegzetességeit. Mindkettő, a büntetőjog gazdasági elemzésének klasszikus modelljét (Becker [1968]) követve abból az egyszerű feltevésből indul ki, hogy egy tiltott cselekvést annál nagyobb valószínűséggel követnek el (i) minél nagyobb az abból elérhető nyereség, (ii) minél kisebb a lebukás esélye és (iii) minél kisebb a lebukás esetén várható büntetés. Mind a külső (korrumpáló) fél, mind a szervezetben belüli döntéshozó (a korrumpált fél), akkor vállalkozik a tiltott tranzakcióra, ha az abból származó haszna meghaladja a büntetés ex ante becsült költségét.

Az első modell a klasszikus egyszereplős bűnelkövető modellje. A döntéshozó a fenti három információ birtokában dönt arról, hogy meglépjen-e egy korrupciónak minősülő lépést. (Ez a fenti korrupciódefiníció értelmében, lehet bármi, amit ő előnyösnek tart: egyszerűen lazább munkavégzés, saját haszon növelése a saját érdekkörébe tartozó vállalatok kedvezményezése, stb. – a lényeg, hogy a modellben nem szerepel külső partner.)

Induljunk ki abból, hogy a döntéshozó hivatalnok kockázatkerülő. Ez azt jelenti, hogy amennyiben a korrupcióból elérhető nyereség, és annak büntetése pontosan olyan arányban áll egymással, mint amilyen arányban a szankció és a szankció elkerülésének esélye, akkor a hivatalnok inkább elkerüli a kockázatos korrupt lépést. Például, ha fele akkora a lebukás, mint a szankció megúszásának az esélye, és ezzel a szemben a büntetés éppen kétszerese a

²⁶ Hasonló korrupciós modellt dolgoz ki Coase [1979]. A rádiókban, miközben az műsorszolgáltatók meghatározott összeget fizettek egy-egy zeneszám lejátszásáért, a szerkesztők annak alapján döntöttek egyik vagy másik szám mellett, hogy annak szerzőitől milyen személyes extrajuttatást kaptak. Amennyiben feltételezhetjük, hogy az extrajuttatás nagysága szigorúan monoton növekvő függvénye annak, hogy az adott zeneszám lejátszása milyen hasznot hoz a szerző számára, akkor a korrupció hatékony allokációhoz vezet.

²⁷ A fentiekben csak azt állítottuk, hogy az áremelés társadalmi költséggel nem jár (alig jár). Ugyanakkor az nyilvánvaló, hogy a jövedelmet, a jólétet újraosztja a korrumpáló cégek javára és az adófizetők kárára.

korrupció révén elérhető haszonnak, akkor a kockázatkerülő döntéshozó nem él a lehetőséggel.²⁸ Induljunk ki abból, hogy a korrupcióellenes politika egyetlen tényezőt, a felderítés valószínűségét tudja változtatni! Ha a többi a döntésre ható tényező, például a kezdeti vagyoni állapot, a korrupciótól remélt haszon, a lebonyolításához szükséges erőfeszítések nagysága, illetve a szankció adott, akkor minden embernél meghatározható a kockázatnak az a kritikus szintje, amely mellett éppen megváltoztatja a döntését. Ha a lebukás esélye ennél kisebb, akkor a nyereség reményében belevág a korrupcióba, ha ennél nagyobb akkor a szankciótól való félelem lesz az erősebb és inkább távol tartja magát tőle.²⁹ Mint fent is jeleztük az érvelés lényege, hogy a felderítés erőforrásokat követel. Az optimális elrettentés irodalmának³⁰ klasszikus feltételezései szerint:

- (i) az erőfeszítések és az eredményesség (vagyis a felderítés valószínűsége) között ugyanolyan a viszony, mint a klasszikus mikroökonómiai modellekben a költség és az output között – nagyobb kiadás nagyobb felderítési valószínűséget produkál, de a határköltség nő, vagyis a felderítés egy százaléknyi javítása egyre nagyobb többletköltséget igényel és
- (ii) a felderítés valószínűségével csökken a bűnelkövetők száma, és *velük körülbelül azonos arányban csökken a társadalomnak okozott kár is.*³¹

Ebből kiindulva belátható, hogy létezik a felderítési valószínűségnek egyetlen olyan optimális szintje, ahol az utolsó egységre eső felderítési költség (határköltség) éppen egyenlő az ennek révén megóvott társadalmi értékkel. Ennél tovább emelni a felderítési valószínűséget pazarlás, mert az antikorrupciós program költsége meghaladja a megóvott érték nagyságát. (A modell egyszerű bemutatása magyar nyelven Szántó [1997].)

A mi estünkben ilyen erős állítást nem tehetünk. Csak annyi bizonyos, hogy a különböző korrupciós lépések költségeket szülnek, illetve, hogy az újabb és újabb lépések következtében a lebukás valószínűsége nő, a korrupció kockázatát felvállaló hivatalnokok száma pedig csökken. Nincs garancia arra, hogy lenne egyetlen optimális felderítési szint, ami fölött mérne lenne érdemes emelni a felderítési költséget. Az azonban egyértelmű, hogy ebben az elemzésben is találhatunk olyan lépéseket, olyan kiadásokat generáló programokat, amelyek

²⁸ A kockázatkerülő döntéshozó számára a korrupció hasznossága: $(1-q(e))U(w+B-c^{corr})+q(e)U(w-F_{off}-c^{corr})$, ahol w a kezdeti vagyoni szintje, B a korrupció révén elérhető többlet (ez ebben a modellben nem a korrumpálótól érkező ellenszolgáltatás), F_{off} a rá váró büntetés lebukás esetén, q pedig a lebukás esélye. Utóbbi a növekvő függvénye a korrupcióellenes politikára fordított erőforrásoknak, e -nek, vagyis $\frac{\partial q}{\partial e} > 0$ és $\frac{\partial^2 q}{\partial e^2} > 0$.

²⁹ A korrupciót akkor vállalja fel a döntéshozó, ha $(1-q(e))U(w+B-c^{corr})+q(e)U(w-F_{off}-c^{corr}) > U(w)$. Ha az egyenlőtlenség megfordul, a jobb oldal lesz nagyobb, akkor a korrupció nem lesz kifizetődő. A keresett jelzett kritikus valószínűségi érték az, ahol a két oldal éppen egyenlő.

³⁰ Az optimális jogkikényszerítés elméletét lásd például Polinsky – Shavell [2007], Garoupa [1997], magyarul Cooter – Ulen [2004].

³¹ Shavell [2004] és Polinsky – Shavell [2007] modelljében minden károkozó ugyanakkora kárt okoz a társadalomnak. Legegyszerűbb – kockázatsemleges döntéshozóra felírt – modelljünkben a felderítés politikája arra hat, hogy mekkora az a minimális hozam, ami mellett érdemes büntetni (a haszon szintje g , aminek a teljes sokaságon belüli eloszlása $z(g)$, a felderítési politika által befolyásolt azon minimális haszon nagyság, amely fölött megéri a bűncselekmény \hat{g}). Az egy bűnelkövető által okozott kár h – ez mindenkinél egyenlő. A bűnelkövetéssel járó társadalmi költség – feltételezve, hogy a bűnelkövető hasznosságát (Shavell [2004] és Polinsky – Shavell [2007]

megközelítésével ellentétben) továbbra sem vesszük figyelembe: $\int_{\hat{g}}^{\infty} hz(g)dg + e$. Ebből a felderítésre fordított erőforrások nagyságát úgy

állapítják meg, hogy a felderítési költség (e) szerinti elsőrendű deriváltját veszik: $h\left(\frac{dZ(\hat{g})}{de}\right) = 1$, ahol a baloldal a felderítésre fordított költség határházna (a bűnelkövetők számának a nagyobb erőfeszítés miatti csökkenése szorozva az egy fő által okozott kárral), a jobb oldal pedig annak a határköltsége.

növelik ugyan a lebukás esélyét, de amelyek a költségüktől elmaradó megtakarítást hoznak csak.

A második modellben megjelenik egy külső korrumpáló fél is. Az egyszerűség kedvéért itt szorítkozunk csak a kockázat-semleges döntéshozó és korrumpáló esetre. Itt egyrészt mindkét fél esetén külön-külön becsülni kell a korrupció várható hasznát és kockázatát, illetve érdemes megfontolni még egy tényezőt: a hivatalnoknak a korrupciós ajánlatok jelentése esetén járó jutalmat. A hivatalnok akkor fogja felvállalni a korrupciós lépést, ha az abból várható haszna meghaladja ezt a biztos jutalmat. Értelemszerűen ezen jutalom emelésével szintén csökkenteni lehet a korrupció esélyét – az előző modellben is szereplő tényezők, vagyis a felderítés valószínűségének emelése és a szankció növelése mellett.³² Csakhogy ezek mindegyike egyértelműen kormányzati kiadásokat is generál.³³

Az állami beszerzések esetén fontos, hogy nem a korrupció nagyságáról, vagy a korrump tranzakciók, hivatalnokok számáról, hanem a korrupció esélyéről beszélünk – az egyes politikák ezt az esélyt csökkentik. A mechanizmus ugyanis egy kicsit eltér a más korrupciós formáktól. A hivatalnok ugyanis a bukás kockázatát, a bukás esetén várható szankciót (a kivitelezéshez – például a kiírás, a döntés manipulálásához – szükséges költséget) és a kísérlet jelentésével járó jutalmat mérlegelve azt határozza csak meg, hogy mi az a legkisebb korrupciós ajánlat, amit már elfogad. Az ő oldalán a korrupcióellenes politika annyit érhet el, hogy ez a küszöbérték nőjön. A korrumpáló a pályázaton elérhető nyereség, a lebukás esélye, a szankció nagysága (és a korrupció lebonyolításának – a korrupciós jutáson felüli – költsége) alapján azt a maximális összeget határozza meg, amit a korrupcióra, a döntés befolyásolására szánna. A korrupcióellenes politika ezt a maximális ajánlatot tudja csökkenteni. Ugyanakkor az, hogy adott pályázat esetén a korrupciós ajánlat minimuma nő, maximuma pedig csökken nem jelenti azt, hogy a korrupció elmarad. Adott pályázat esetén a sok korrupciós lehetőség közül, antikorrupciós program nélkül is, csak egyetlen egy valósul meg. A korrupcióellenes politika csak azt szűri meg, hogy mely pályázóknak van esélyük a korrupcióra – azok, akiknek a nyeresége nagyobb, akiknek a lebukási esélye kisebb, akik valamiért kisebb szankciókra számíthatnak.³⁴ Amíg a maximum és a minimum összeg közötti különbséget – az adott pályázat esetén – az összes lehetséges pályázó esetében el nem tüntetjük, addig a korrupcióellenes politika nem csökkenti a korrupciós esetek számát. A

³² A külső fél csak akkor tesz ajánlatot korrupciós tranzakcióra, ha $(1-q)(P_1 - c_1 - c^{br} - Br) + q(P_1 - c_1 - c^{br} - F_1) > 0$, ahol q a lebukás valószínűsége (ami a korrupcióellenes harcra fordított kiadások növekvő függvénye), míg F_1 a külső félre lebukás esetén kirótt büntetés. (A modell az egyszerűség kedvéért azt feltételezi, hogy a vesztegetésként átadott összeget a lebukás esetén visszakapja a vesztegető. Értelmezhető mindez persze úgy is, hogy az F_1 a vesztegetésre fordított összeg, és a büntetés együttes összege.)

Ezt az ajánlatot a döntéshozó csak akkor fogadja el, ha $(1-q)(Br - c^{corr}) + q(-c^{corr} - F_{off}) > r$ ahol F_{off} a döntéshozót fenyegető büntetés lebukás esetén, míg r annak a jutalomnak a nagysága, amelyet akkor kap, ha jelenti a korrupciós kísérletet, lebuktatja azt.

Az előző két egyenletből azt kapjuk, hogy a korrupcióra csak akkor van reális lehetőség, ha $P_1 - c_1 - c^{br} - qF_1 > r + c^{corr} + qF_{off}$, ekkor alakulhat ki egy olyan vesztegetési összeg, amely a külső félnek is megéri (mert $Br(1-q)$ kisebb, mind az egyenlőtlenség bal oldala) és a döntéshozó is elfogadja (mert $Br(1-q)$ nagyobb mint a jobb oldal). Látszik, hogy amennyiben akár F_1 -t, akár F_{off} -t, akár q -t, akár r -et megfelelően megemeljük, akkor nem marad kölcsönösen előnyös vesztegetési összeg.

³³ A lebuktatás esélyének növelése és a jutalom esetén a következtetés nyilvánvaló. Azt egyelőre csak megelőlegezzük, hogy a büntetés nagysága optimális esetben csak úgy emelhető, ha azzal közvetlen közösségi, vagyis nem csak a károkozót, bűnelkövetőt terhelő kiadás is jár. Ennek bizonyítása a következő fejezetre marad.

³⁴ Az ár különös szerepet játszik. Elvileg mindig lehetőség van arra, hogy a büntetés a lebukás esélye, vagy a jutalom emelésére a felek, pontosabban a pályázók, egyszerűen az ár emelésével reagáljanak, folyamatosan új lehetőséget teremtve a korrupcióra. (Polinsky – Shavell [2001] modelljében ez azért nem lehetséges, mert a szabálysértésből elérhető nyereséget a piac, pontosabban az állam által követelt büntetés, adó korlátozza. Pályázatok esetén az árat emelni lehet, annak korlátját csak a versenytársak ajánlatai jelentik.) Az ár emelése azonban vélhetően vagy a lebukás esélyét is növeli. Elképzelhető, hogy erősebb ellenőrzésre számíthat valaki, aki magasabb árat ér el, de a döntéshozó torzítási költségét is növelheti, mert nehezebb elérni, megindokolni, hogy miért egy magasabb ár ajánlat győzött.

lehetőségek kiiktatásának a haszna természetesen lényegesen kisebb, mintha valóban bekövetkező tranzakciót akadályozunk meg.³⁵

Negatív hatású korrupcióellenes programok. Az előző modellek abból indultak ki, hogy a különböző korrupcióellenes kiadások csökkentik a korrupció nagyságát – növelik a lebukás esélyét, a jutalmat, a büntetés nagyságát. Ugyanakkor az irodalomban ismertek olyan hatások is, amikor éppen a korrupciós kiadások növelése vezet a korrupció növekedéséhez (lásd például Steves – Rousso [2003], Anderson – Grey [2006]). A hatás magyarázata lehet az, hogy a nagy korrupcióellenes programok, azon keresztül, hogy felhívják a figyelmet a korrupció elterjedtségére, „bátrabbá” tehetik az érintetteket. Ezek a programok információt adnak arról, hogy a korrupció mennyire elterjedt, vagyis hogy a valós lebukási esély alacsony. Ha emiatt néhányan lefelé korrigálják a lebukás kockázatával kapcsolatos várakozásaikat, akkor esetükben éppen a program által adott információ miatt jelenik meg a korrupció.³⁶

3. A korrupcióellenes harc technikái

Ha a korrupciót a vesztegetéssel azonosítjuk, akkor a probléma elsősorban abból származik, hogy olyan tranzakciót akarunk megtiltani, amely az abban résztvevőknek kölcsönösen előnyös. Éppen ezért maga a tiltás gyakorlatilag hatástalan – normális esetben egyik fél sem érdekelt abban, hogy a titkos tranzakciót nyilvánosságra hozza. A legtöbb esetben a korrupcióellenes politikák vagy az ellenőrzés fokozásával, vagy a szankciók emelésével próbálkoznak.³⁷

Most a jog közgazdasági elemzésének három olyan elemét foglaljuk csak össze, amelyekre korrupcióellenes politikákat alapozni lehet. Ezek (i) a jogszabályok optimális kikényszerítésének elmélete [optimal law enforcement]; (ii) a morális kockázat, ügynökprobléma kezelésének irodalma; és (iii) a részletes törvények, illetve nagyobb diszkrecionális döntéshozói jogkört hagyó ún. standardok (rule vs. standard) kérdése (ezzel összefüggésben a jog kiszámíthatatlansága).³⁸

Optimal law enforcement. Láttuk a fentiekben, hogy a büntetés közgazdaságtana általában az elrettentés célját tartja szem előtt, abból indul ki, hogy a bűnelkövető a szankció miatti várható kellemetlenséget (vagyis kockázatkerülő elkövető esetén a lebukás kockázatának és a szankció nagyságának a szorzatát) veti össze a tetteből elérhető haszonnal. Az optimális elrettentés irodalma két kérdésre koncentrálna: milyen módon érdemes választania a politikának a különböző eszközök között? Ha igaz az, hogy nagy lebukási kockázat kis büntetéssel párosulva ugyanolyan hatásos, mint ha növeljük a büntetést, de csökken a lebukás esélye,

³⁵ Polinsky – Shavell [2001] modelljében azok a tranzakciók, amelyeknél a korrupcióellenes program hatására a minimum eléri a maximumot (vagy meghaladja azt) a társadalom számára mindig nyereséget jelent – elmarad a korábbi korrupció. Ebben a modellben azonban nincs garancia arra, hogy az adott lehetőséggel tényleg élnek is. (Polinsky – Shavell azt feltételezik, hogy ezek a tranzakciók mindig, vagy legalábbis közel azonos eséllyel mennek végbe; illetve ami még fontosabb: ha egy tranzakciós lehetőség kiesik, az nem emeli a többi bekövetkezési esélyét.)

³⁶ A hatás másik magyarázat az, hogy a korrupciós indexek elsősorban várakozásokat becsülnek. A korrupció nagyobb nyilvánossága miatt a megkérdoztetek véleménye megváltozhat: elterjedtebbnek gondolhatják azt. Vagyis a mutatók emelkedése nem jelenti feltétlenül a korrupció tényleges terjedését is, csak azt, hogy az emberek szerint jobban áthatja a társadalmat, mint korábban gondolták.

³⁷ A közgazdasági modellekben az előbbi indirekt módja az, ha a költséget viselő harmadik felet, tipikusan a vesztes pályázókat akarjuk bevonni a felderítésbe, például a panasztételi, megtámadási jogon keresztül. Utóbbi körébe sorolandó ugyanakkor a preferenciák megváltoztatása – a morális költség emelése – is.

³⁸ Ades – Di Tella [2004] megfogalmazása szerint háromféle korrupcióellenes politikai javaslat létezik: (i) a jogi, amely a büntetések emelésében látja a megoldást, (ii) a menedzsment-jellegű, amely a hivatalnokok fizetésének emelését szorgalmazza és (iii) a közgazdasági, amely a hivatalok közötti verseny fokozását javasolja. Jelen tanulmány az első kettővel foglalkozik. A harmadikról, igaz más korrupciós formák esetére lásd Shleifer – Vishny [1993].

akkor melyik úton érdemes járni? Mikor érdemes pénzbüntetést, és mikor egyéb természetbeni büntetéseket (például szabadságvesztést) alkalmazni?

A büntetés és a felderítés közötti választás esetén az irodalom egyértelműen a büntetés növelését tekinti hatékonyabbnak (Becker [1968], Stigler [1970], Polinsky – Shavell [1984, 2000, 2007], Garoupa [1997]). A fő érv az, hogy mindaddig, amíg a pénzbüntetésről van szó, addig a szankció emelése a társadalomnak többletkiadással nem jár³⁹, ezzel szemben – mint láttuk – a bűnüldözés, a felderítés komoly kiadásokat követelhet. Ebből következően az irodalom állítása egyértelmű: maximálisra kell növelni a pénzbeni szankciót és ezzel csökkenteni lehet az ellenőrzési kiadásokat.

A javaslattal szembeni két legfontosabb ellenérv a kockázatkerülő (vagy éppen kockázatkereső) magatartásra hivatkozó elemzés és a határelrettetés hiánya – azonban amíg pénzbüntetésről van szó, addig mind a kettő cáfolható. A kockázatsemlegesség feloldása azt jelenti, hogy a büntetési tételnek és a lebukás esélyének ugyanolyan arányú növelése nem azonos hatást fejt ki. Ha egy kockázatkerülő bűnelkövetővel van dolgunk őt erősebben visszatartja a nagyobb büntetés, ezzel szemben egy kockázatkeresőt a magasabb lebukási esély rettentí inkább el. De bármiképpen reagálnak is a bűnözők a különböző politikákra, mindenképpen van átváltás a két tétel között: a büntetési tétel (kisebb vagy nagyobb) emelésével ki lehet váltani felderítésre fordított kiadásokat. Amíg pénzbüntetésről beszélünk, addig ezt a lehetőséget, a közösségi források megtakarítása érdekében, mindenképpen érdemes kihasználni.⁴⁰

A határelrettetés lényege az, hogy a várható szankcióknak nőniük kell a bűncselekmény által okozott kárral (a társadalmi veszélyességgel). A maximális büntetéssel szembeni kritika itt arra hivatkozik, hogy amennyiben már nagyon alacsony kárértéknél is maximális szankciót alkalmazunk, akkor nem marad hely arra, hogy a nagyobb súlyú cselekményeket többletszankcióval sújtsuk: ha valaki egy kis tettet elkövet, akkor semmi nem tartja majd vissza a súlyosabbtól, hiszen a büntetési tétel nem emelhető. Másképp fogalmazva: azok is, akik csak kis bűnöket akarnak elkövetni azonnal nagyobb bűncselekményekbe fognak. Csakhogy ez az érv elfeledkezik arról, hogy nem egymagában a szankció, hanem a szankció és a lebukás esélye együttesen hat. Ha a bűncselekmények szankciója között nincs is különbség, attól a felderítési politikában még lehet: ha a súlyosabb tettek esetén a lebukás esélye magasabb, ha arra kormányzat több erőforrást ad ezek felderítésére, akkor a hiányolt ösztönző igenis megmarad.⁴¹

Mindemellett ismét emlékeztetni lehet arra, hogy a bünt mérlegelő döntéshozó nem az objektív, hanem a szubjektív lebukási kockázatot mérlegeli. Vagyis nem a lebukás esélyét kell növelni, hanem csak ennek a várt értékét kell magasán tartani, ami inkább kommunikációs, mint ellenőrzési stratégiát követel meg (lásd magyarul Cullis – Jones [2003]). Erre is tekintettel érdemes visszautalni az előző fejezetre: ott azt láttuk, hogy a tökéletes elrettetés, annak költségigénye miatt nem biztos, hogy optimális megoldás. Ugyanakkor, ha az elrettetés „technológiája” – akár a pénzbüntetés emelése, akár a várakozásmenedzsment révén – hatékonyabbá tehető, akkor az elrettetés optimális szintje nő, a hatékonyság miatt megtorlatlanul hagyott bűncselekmények száma csökken.

³⁹ Ismételten fontos látni, hogy a mostani érvelés nem, számol a bűnelkövető hasznaival és káraival.

⁴⁰ Ha a bűnelkövető hasznosságát is számításba vesszük, akkor be lehet látni, hogy a maximális (teljes vagyona kiterjedő) pénzbüntetés nem biztos, hogy hatékony politika. Ugyanis a pénzbírság nagyon magas, a teljes vagyont közelítő, tartományában annak emelése már lehet, hogy olyan költségeket okoz a bűnelkövetőnek, hogy ettől elmarad a társadalomnak az elmaradt bűn (kevésbé súlyos bűn) miatti megtakarítása.

⁴¹ Alapvetően más persze a helyzet, ha ún. általános (és nem eset-specifikus, a bűncselekmények súlyosságára is figyelemmel levő) felderítésről van szó. Ekkor igaz az, hogy a határelrettetés csak a magasabb szankción keresztül érhető el.

A büntetési tételek közötti választás kérdésében is igen egyértelműen állást foglal az irodalom: a pénzbüntetéseket lényeges hatékonyabbnak tekinti, mint a büntetőjogi (természetbeni, börtön, stb.) büntetéseket. Az érv itt is az, hogy a pénzbüntetés bevételt hoz, míg a börtönbüntetés közösségi kiadással jár: vagyis amíg a büntetés nem éri el a (költségmentesen működtethető, sőt a közösség számára bevételt jelentő) pénzbüntetés maximumát, addig nem érdemes más szankciókhoz nyúlni.⁴² A büntetések technikai hatékonysága mellett (amit az irodalomban részletesen tárgyal), érdemes felhívni a figyelmet egy játékelméleti problémára is: a kormányzat nem tud hitelesen elköteleződni a büntetés mellett. Maga a bűnelkövető is tisztában lesz azzal, hogy amennyiben a szankció a kormányzatra is komoly költségeket ró (például a börtönök fenntartása, stb. miatt), akkor még abban az esetben is megúszhatja a szankciót, ha esetleg lebukik.

Morális kockázat kezelése. A jogkikényszerítés irodalmához hasonlóan a morális kockázat kezelésének irodalma (magyarul: Miller [2002], Milgrom – Roberts [2005], Lazear [2007], Vadenberghe [2008]) sem egyértelműen a szigorú ellenőrzés mellett tör lándzsát. Az ügynök probléma leghatékonyabb megoldása nem feltétlenül az ellenőrzés fokozása; nem érdemes azt a célt kitűzni, hogy a megbízó érdekeitől eltérő döntések mindig kerüljenek felszínre. A jogkikényszerítés irodalmához képest azonban itt új elemként jelenik meg a sértett (megbízó) és a károkozó (korrumpált) közötti kapcsolat, ami új típusú szankciókat tesz lehetővé. A legismertebb az elbocsátás, de ide sorolhat a fizetés elhalasztása, pontosabban az előmeneteli rendszer megfelelő kiépítése is.

A kiindulópont a hatékony bérezés elmélete: a saját érdekeit követő alkalmazott tudja, hogy amennyiben rajtakapják, akkor el fogják bocsátani. A szankció súlya attól függ, hogy milyen gyorsan és milyen alternatív álláslehetőséget találhat ilyen esetben. Minél hosszabb ideig marad munkanélküli, minél alacsonyabb a máshol elérhető bér, annál erősebb szankció az elbocsátás. Ez a hatékony bérezés elmélete: a megbízóknak érdemes az ügynök valós teljesítménye (a piaci bér) felett tartani a bérszintet. Ekkor ugyanis egyrészt munkanélküliség alakul ki, vagy máshol csak alacsonyabb (piaci) bérért találnak alternatív munkalehetőséget. Ez a morális kockázat elleni harc egyik jól dokumentált eszköze.

Ha visszatérünk az állami beszerzések esetéhez, akkor nem feledkezhetünk meg arról, hogy a közszféra béremelési lehetőségeit erőteljesen korlátozza az, hogy az ottani szolgáltatások sokkal inkább munkaerő-intenzívek, mint a magánszférában. Emiatt a közszférában a bérek emelkedése nem tarthat lépést a magánszféra béremelési ütemével – előbb utóbb a hatékony bérezés modellje nem lesz alkalmazható, hiszen a bérek elmaradnak majd a magánmunkaadók által ajánlott bérektől. Ennek oka az, hogy egy-egy technológiai újítás általában lényegesen nagyobb termelékenységnövekedést okoz a tőkeintenzívebb magánszférában, mint a közszektorban. Azonban, ha emiatt a növekedés miatt a magánszférában nő a bér, és a közszféra azt követnie próbálja, akkor azt a termelékenységnövekedés miatti megtakarítás nem fedezi.⁴³ Rövidtávon tehát a közszféra nem tud a magánszféránál magasabb fizetést

⁴² Shavell [2004] és Polinsky – Shavell [2007] kockázat-semleges esetre felírt modelljét kiegészíthetjük a kétféle büntetési tétel közötti

választással is. A természetbeni büntetést is a modellbe emelve, a társadalmi költség $\int_0^{\infty} (h + p(e)(cs - f))z(g)dg + e$ lesz, ahol s a nem pénzbüntetés nagysága (például börtönben töltött hónapok száma), c egy egységnyi ilyen szankció költsége. A minimális nyereséget, az előző modellel szemben, most helyettesítettük a várható költséggel, amit a szankciók okoznak – értelemszerűen ennél magasabb

haszon kell ahhoz, hogy valaki bűncselekményre adja a fejét. Itt f a pénzbüntetés nagysága, $d(s)$ nem pénzbüntetés nagysága, $d(s)$ kifejezett költsége a bűncselekményt elkövető értékelése szerint. Ha ezt a költségfüggvényt deriváljuk, akkor nyilvánvaló, hogy a pénzbüntetés emelésékor nincs költség, sőt a bevétel nő. A másik kettőnél jelentős költségelemek is megjelennek – természetesen a határelrettetés pontos ismerete nélkül nem tudjuk a hatékonyságukat értékelni, de az nyilvánvaló, hogy a büntetés emelése a racionális mindaddig, amíg annak a maximumát el nem értük.

⁴³ Ez az ún. Baumol-törvény lényege. Magyarul Cullis – Jones [2003].

ajánlani, viszont arra képes lehet, hogy annál biztosabb karrierlehetőséget kínáljon. Ez az előmeneteli rendszer, az ún. elhalasztott jövedelmek politikája. Ilyenkor a munkaadó (esetünkben a kormányzat) gyakorlatilag átrendezi a jövedelmeket úgy, hogy a munkavállaló rövidtávon ugyan kevesebbet kap, mint amit a magánszférában elérhetne, de később épp a foglalkoztatási biztonsága miatt, „túlfizetetté” válik. A morális kockázat elleni küzdelemben a szerepe az, hogy a lebukás szankcióját ugyancsak növeli – elbocsátás esetén a korrupciós hivatalnok ezt a későbbre halasztott fizetését (is) bukja el. A halasztott fizetést ugyan a magánszférában is ismert gyakorlat (elsősorban a munkavállalók szűrése érdekében), de a közszféra előmeneteli rendszerében sokkal nyilvánvalóbban van jelen.

A bérrendszer megfelelő kialakítása mellett ezt a rendszert támogathatja az alternatív opciók szűkítésének politikája is. A korrupciós tranzakcióban az egyik ellenszolgáltatás a későbbi foglalkoztatási ígérete lehet. Ha ilyen ígérettel a döntéshozó rendelkezik, akkor a hatékony bérezés és az elhalasztott jövedelmek elmélete által várt ösztönző hatás gyengül. Nyilvánvaló, hogy a morális kockázat kezelésével kapcsolatos politika erejét fokozza tehát az ilyen foglalkoztatás tiltása – például, ha a volt közalkalmazottak, köztisztviselők számára tilos lenne az elbocsátásuk után meghatározott ideig a velük korábban kapcsolatba került cégeknél elhelyezkedni.

A megoldás két problémájára természetesen fel kell hívni a figyelmet. Egyrészt, ez a megoldás csak akkor hatásos, ha a munkavállaló biztosítva tudja magát: tudja, hogy csak akkor bocsátják el, ha valóban elkövet valamit és az felszínre kerül. Amennyiben más események (például egy általános leépítési hullám) miatt is fenyegetve érzi későbbi pozícióját, akkor már nem lesz, vagy legalábbis nem olyan mértékben, érdekelt abban, hogy a megbízó érdekeit a saját rövidtávú érdekei, vagyis a korrupció lehetőségek kihasználása elé helyezze. Másrészt, a megoldás – hasonlóan a természetbeni szankciókhoz – nem költségmentes a közösség, illetve a megbízó számára sem. Ugyanis, amennyiben a hivatalnoknak nincs könnyen elérhető helyettesítője, akkor a munkaadó csak jelentős többletköltségekkel tudja pótolni. Vagyis ebben az esetben ismételtelen lehet a nem tökéletes elrettentés az optimális megoldás.

Rule vs. standard. A tételes, szigorú szabályok és a standardok között az a különbség, hogy a tételes szabályok kevés (gyakorlatilag nulla) diszkrecionális jogkört hagynak a szabályozottak, esetünkben a hivatalnokok kezében. Szankcióra pedig akkor számíthatnak, ha ezeket a kemény, egyértelmű szabályokat megsértik. Ezzel szemben a standardok csak alapelveket írnak le és a döntéshozóktól ezeknek az alapelveknek megfelelő döntéseket várnak. Menyhárd et al. [2006] mutatja be, hogy a standardok néha hatásosabban akadályozzák meg a tiltott tranzakciókat. Tételes szabályok esetén (például, ha a törvény kimondja, hogy a hivatalnok nem fogadhat el meghatározott értéknél nagyobb szolgáltatást a pályázótól) a felek tudják, hogy amit tesznek korrupciónak minősül, ezért lebukás esetén szankciókra számíthatnak. Emiatt vélhetően kevesebben bonyolódnak majd a tiltott tranzakciókba. Viszont, tudjuk, hogy a tiltott tranzakciókat el is lehet rejteni: minden tranzakció esetében majdnem teljes mértékben biztosítani lehet azt, hogy az ne derüljön ki, a felderítés, a bizonyítás esélye elenyésző legyen. A kérdés az, hogy felvállalják-e ezt a költséget a felek. Mivel kemény szabályok esetén a felderített esetek szankciója biztos, így azok, akik ilyen tranzakcióba kezdenek, mind védekezni is fognak – megpróbálják elkerülni a bíróság elé kerülést. Ezzel szemben a standardok esetén, az elítélés esélye kisebb (felderítés/lebukás esetén sem biztos). Többen bonyolódnak majd ilyen cserékbe, viszont azok nagyobb része deríthető fel, hiszen elfedésre kevesebb összeget költenek majd. Hogy a két hatás közül melyik az erősebb: az, hogy standardok esetén többen próbálkoznak, vagy az, hogy ezek közül kevesebb eset marad felderítetlen – előre nem jósolható meg.

A standardok és a szabályok közötti választás a korrupcióellenes politika eszköztrendszerében is megjelenik. Szabályozásnak megfelelő eszköznek tekinthetjük azt, ha a korrupciót a tranzakciós, vesztegetési megközelítés alapján definiáljuk, és a korrupcióellenes politika erőforrásait a vesztegetések feltárására, illetve szankcionálására összpontosítjuk. A másik két korrupciós definíció, illetve az erőforrásokat azok alapján felépülő politikákra átcsoportosító lépések sokkal közelebb áll a standardokon alapuló rendszerhez. Utóbbinak felel meg az, ha a korrupcióellenes programok középpontjába - az illegális tranzakciók felderítése helyett – a közösségi források nem hatékony felhasználása kerülne, vagyis a felderítési forrásokat alapvetően a rossz szerződések felkutatására fordítják, ezeknek a szankcióit emelik. Ebben az esetben a döntéshozó (és a korrumpáló) nem lehet bizonyos abban, hogy a lépése valóban szankciót von-e maga után – a későbbiekben valóban kiderül-e róla, hogy hátrányos a megbízó, tágabban közösség számára. Éppen ezért kevésbé ösztönzött annak elrejtésére – ráadásul arra kevesebb a lehetősége is.⁴⁴

Összefoglalás

A korrupcióval foglalkozó közgazdasági illetve law and economics irodalomban viszonylag szerény figyelmet kap az állami beszerzések kérdése. A tipikus korrupciós témák a törvények végrehajtásához, kikényszerítéséhez kapcsolódnak, amikor az állami hivatalnok feladata a törvények betű szerinti végrehajtása lenne, azonban ettől, egyéni érdekei (a legtöbb modell esetén a másik fél vesztegetése) miatt, eltér.

Az állami beszerzések esete néhány kérdésben különbözik ezektől a korrupciós formáktól. Mindenekelőtt, szemben azokkal, itt nem arról van szó, hogy a korrumpált köztisztviselő árat szabhat az illegális szolgáltatásaiért. Itt a korrumpáltak között verseny indul, és annak végül csak egyetlen győztese lehet. Ez jelentősen megváltoztatja mind a korrupcióból származó költségeket, mind a korrupcióellenes politikák hatásmechanizmusát.

A korrupció társadalmi költségeinek megállapításakor két különlegességet kell figyelembe venni. A korrupció nélkül létrejövő eredmény nem biztos, hogy optimális – a versenyztetés végeredménye akár annak előírásai (áralapú verseny), akár az információs problémák (nem megfelelő ex ante minőség-definíciók és kockázatmegosztások) miatt nem biztos, hogy hatékony. A korrupció költségét lényegesen nehezebb megfigyelni, mint más esetekben. Ez a beszerzésekben megjelenő korrupció, más korrupciós formáknál súlyosabb büntetőjogi szankcionálását teszi szükségessé.

A korrupcióellenes politikák kialakításakor azonban mindig figyelembe kell venni azok költségeit is – a megakadályozott korrupció révén megóvott erőforrások mellett. Az állami beszerzésekhez kapcsolódó korrupció esetén a felderítés – a minőség jelentős szerepe miatt –

⁴⁴ Természetesen mindez nem azt állítja, hogy a korrupció tranzakciós, vesztegetésjellegű definícióját fel kellene adni. Láttuk, hogy annak magas szankcionálása a kis lebukási esély miatt fontos. Sőt, a felderítési források átcsoportosítása esetén, amelyről itt szövegtünk, még fontosabb. Ráadásul tudjuk, hogy vannak olyan esetek, amikor csak az alkalmazható – például, ha a korrupció maga nem ér el eredményt, már az előkészületi szakaszban felderítik.

Hasonlóképpen nem jelenti a szabályok és a standardok közötti hangsúlyeltolódás azt, hogy a közösség számára hátrányos szerződések felkutatásakor azokat a társadalmi költségeket kellene mérlegelni, amelyeket az első részben definiáltunk. Bővségesen elegendő, ha a beszerzések lebonyolítóitól jól számonkérhető szempontokat: az állami kiadások minimalizálását (pontosabban a lehető legjobb ár-minőség-kockázat kombinációt várjuk el).

Természetesen ez a korrupcióellenes politika erős kockázatokat róna a döntéshozókra: pusztán az eljárási szabályoknak megfelelő döntések (illetve az esetleges korrumpált tranzakciók sikeres elrejtése) révén nem „vásárolhatnak” teljes védelmet. Vesztegetés nélkül hozott, általuk hatékonynak tekintett döntéseket is hátrányosnak minősíthetik, szankcionálhatják a későbbiekben. Ez a döntésektől való tartózkodást ösztönzi. Ezekre, elsősorban a bérendszert megfelelő kialakításával, kellő kompenzációt lehet a rendszerbe építeni. (A kockázatkerülő alkalmazottak ösztönzése szintén alapvető témája a fent hivatkozott munka-gazdaságtani, szervezetelméleti irodalomnak. Miller [2002], Milgrom – Roberts [2005], Lazear [2007], Vadenberghé [2008])

lényegesen nehezebb. Láttuk, hogy a minőségi előírások megfelelő manipulálásával elérhető az is, hogy a korrumpáló a legolcsóbb ajánlatot tehesse – miközben jelentős társadalmi károkat okozhat. A felderítés ezen gyenge hatásfoka miatt, különösen fontos szerepet kap a korrupcióellenes politika kialakításakor a büntetőjog (a jogkikényszerítés) büntetőjogi elemzésének egyik súlyponti állítása: amíg lehetséges a felderítés helyett a szankciók emelésére kell hangsúlyt helyezni.

Végezetül láttuk, hogy az állami beszerzésekhez kapcsolódó korrupció elleni küzdelemben fontos szerepet játszhat a szigorú szabályozás enyhítése, és az elveken, a standardokon alapuló szabályozás erősítése.

Irodalom:

Acemoglu, D. and T. Verdier [1998], Property rights, corruption and the allocation of talent: A general equilibrium approach, *The Economic Journal*, 1381 – 1403.

Acemoglu, D. and T. Verdier [2000], The choice between market failures and corruption, *The American Economic Review*, 194 – 211

Ades, A. – R. Di Tella [2004]: A korrupció új közgazdaságtana: egy felmérés és néhány új eredmény. in: Gulyás [2004, szerk] pp. 62-86.

Anderson J.H. – C.W. Grey [2006], *Anticorruption in Transition 3*. Washington: World Bank

Andvig, J.C., O.-H. Fjeldstad, I. Amudsen, T. Sissener, T.Soreide [2000], *Research on Corruption. A Policy Oriented Survey*. Chr. Michelsen Institute and Norwegian Institute for International Affairs

Becker, G. S. [1985], Public Policy, Pressure Groups and Dead Weight Cost. *Journal of Public Economic*

Becker, G.S. – G.J. Stigler [1989]: A törvények végrehajtása, kötelességzegés és a végrehajtó apparátus javadalmazása. in: *Stigler, G.J.: Piac és állami szabályozás*. KJK, Budapest pp. 376-399

Becker, G.S. [1968], Crime and Punishment: an Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76

Bouckaert, B. and G. De Geest [2000, eds.], *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar

Bowles, R. [2000], Corruption. in: Bouckaert, B. and G. De Geest [2000, eds.]

Bowles, R. and Garoupa, N. [1997], Casual police corruption and the economics of crime. *International Review of Law and Economics* 17, pp. 75-87.

Calabresi, G.– A.D. Malamed [1984]: Tulajdoni szabályok, felelősségi szabályok és az elidegeníthetlenség: a székesegyház egyik látképe. in: Harmati A.– Sajó A. [1984, szerk.]: *A jog gazdasági elemzése*. KJK, Budapest

Coase, R. [1979], Payola in Radio and Television Broadcasting. *Journal of Law and Economics*, 22, pp. 269-328

Cooter, R. – Th. Ulen [2005]: *Jog és közgazdaságtan*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest

Craswell, R. [1993], Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines. *The University of Chicago Law Review* 60, pp. 1-65

Cullis, J. – Ph. Jones [2003]: *Közpénzügyek és közösségi döntések*. Aula, Budapest

- Cserne P. [2006]: Szerződési szabadság és paternalizmus: adalékok a szerződési jog közgazdasági elemzéséhez. *Századvég* 41, pp. 47-78.
- Garoupa, N. [1997], The Theory of Optimal Law Enforcement. *Journal of Economic Surveys* 11,
- Gulyás [2004, szerk.]: Politikai korrupció. Aula, Budapest
- Gulyás [2004]: A politikai korrupcióról. in: Gulyás [2004, szerk] pp. 7-43.
- Heidenheimer, A.J., M. Johnston and V. T. LeVine [1989]: *Political Corruption. A Handbook*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Heyne, P. – P.J. Boettke – D.L. Prychitko [2004]: *A közgazdasági gondolkodás alapjai*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Hindriks, J., M. Keen, M. and A. Muthoo [1999], Corruption, extortion and evasion. *Journal of Public Economics* 74 , pp. 395-430.
- Kaufmann, D, A. Kraay, and M. Mastruzzi [2007], Governance Matters VI: Aggregate and Individual Governance Indicators 1996–2006. *World Bank Policy Research Paper 4280*. Washington: World Bank
- Krauss, M.I. [2000], Property Rules vs. Liability Rules. in: Bouckaert, B. and G. De Geest [2000, eds.]
- Kronhauser L.A. and R.L. Revesz [2000], Joint Tortfeasors. in: Bouckaert, B. and G. De Geest [2000, eds.]
- Krueger, A [2004]: A járadékvadász társadalom politikai gazdaságtana. *Századvég* 34,107-128.)
- Landes, W.M. and R.A. Posner [1980], Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis, *Journal of Legal Studies* 9, pp. 517-555.
- Landes, W.M. and R.A. Posner [1987], *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge,MA: Harvard University Press
- Lazear, E.P. [2007]: *A humán erőforrások közgazdaságtana vállalati vezetők részére*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Lewin, J.L. and W.N Trumbull [1990], The Social Value of Crime? *International Review of Law and Economics* 10, pp. 271-84.
- Menyhárd A. – Mike K. – Szalai Á. [2006]: A tiltás hatástalansága. *Századvég* 41, pp. 3-46
- Mike K. [2007]: Egy konszenzus természetrajza. Hogyan léptünk be az EU-ba? *Századvég* 45. pp. 61-98
- Milgrom, P. – J. Roberts [2005]: *Közgazdaságtan, szervezetelmélet és vállalatirányítás*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest
- Miller, G. J. [2002]: *Menedzserdilemmák*. Aula – Széchenyi István Szakkollégium, Budapest
- OECD [2007], *Integrity in Public Procurement Good Practice from A to Z*. Paris: OECD
- OECD [2008], *Corruption - A Glossary of International Criminal Standards*. Paris: OECD
- Polinsky, A.M. and S. Shavell [1984], The Optimal Use of Fines and Imprisonment *Journal of Public Economics* 69,
- Polinsky, A.M. and S. Shavell [2000]. The economic theory of public enforcement of law. *Journal of Economic Literature* 38, pp. 45-76.

- Polinsky, A.M. and S. Shavell [2001], Corruption and Optimal Law Enforcement. *Journal of Public Economics* 81, pp. 1-24
- Polinsky, A.M. and S. Shavell [2007], The Economic Theory of Public Law Enforcement. in: Polinsky, A.M. and S. Shavell (edited) *Handbook of Law and Economics*. North Holland
- Posner, R.A. [1997]: *Economic Analysis of Law* (5th edition). New York: Aspen.
- Posner, R.A. and A.M. Rosenfield [1977], 'Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis', *Journal of Legal Studies* 6, pp. 83-118.
- Rose-Ackerman, R. [1975], The Economics of Corruption. *Journal of Public Economics* 4, pp. 187-203
- Rose-Ackerman, R. [1978], *Corruption. A Study in Political Economy*. London/New York: Academic Press.
- Rose-Ackerman, S. [1998] Corruption. in Newman, P. (edited): *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law. Vol I*. London: Macmillan Reference Ltd. pp. 517-522
- Shavell, S. [2004], *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press
- Shleifer A. and R.W. Vishny [1993], Corruption. *Quarterly Journal of Economics* 108, pp. 599- 617
- Steves F. and A. Rousso [2003], Anti-Corruption Programmes in Post-Communist Transition Countries and Changes in the Business Environment, 1999-2002, *EBRD Working Paper No 85*.
- Stigler, G.J [1970], The Optimum Enforcement of Laws. *Journal of Political Economy* 78(3), pp. 526-36.
- Sunstein, C.R. and A. Vermeule [2002]: Interpretation and Institutions. University of Chicago: John M. Olin Law and Economics Working Paper no. 156.
- Szalai Á. [2007]: A tőkeminimum leszállítása korlátolt felelősségű társaságokban. *Magyar Jog és Közgazdaságtan Társaság Műhelytanulmányai No 4*.
- Szántó Z [1997]: Megbízók, megbízottak és kliensek: Vázlat a korrupció fogalmáról. *Szociológiai Szemle*.
- Tollison, R.D. [1982]: Rent seeking: a survey. *Kyklos* 35, 575-602.
- Tullock, G [1980]: Efficient Rent Seeking. In: Buchanan, Tollison and Tullock: *Toward a Theory of Rent-Seeking Society*. College Station: Texas A&M University Press.
- Tullock, G. [1967]: The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. *Western Economic Journal* 5, 224-32.
- Vadenberghe, A-S. [2000], Labor Contracts. in: Bouckaert, B. and G. De Geest [2000, eds.] (magyarul megjelenik: Munkaszerződések. Kormányzás, Közpénzügyek, Szabályozás, 2008/1)
- World Bank [2007], *Doing Business 2008, Hungary*. Washington: World Bank

Melléklet: Korrupciós indexek

Forrás: World Governance and Anti-corruption Indicators (Kaufman et al. [2007])

A figyelembe vett korrupciós indexek

ADB – African Development Bank Country Policy and Institutional Assessments

Transparency / corruption

AFR – Afrobarometer

How many elected leaders (parliamentarians or local councilors) do you think are involved in corruption?

How many judges and magistrates do you think are involved in corruption?

How many government officials do you think are involved in corruption?

How many border/tax officials do you think are involved in corruption?

ASD – Asian Development Bank Country Policy and Institutional Assessments

Anti-corruption

BPS – Business Environment and Enterprise Performance Survey

How common is for firms to have to pay irregular additional payments to get things done?

Percentage of total annual sales do firms pay in unofficial payments to public officials?

How often do firms make extra payments to influence the content of new legislation?

Extent to which firms' payments to public officials impose costs on other firms?

How problematic is corruption for the growth of your business?

BRI, QLM – Business Environment Risk Intelligence

Political Risk Index: Internal Causes of Political Risk: Mentality, including xenophobia, nationalism, corruption, nepotism, willingness to compromise. Indirect Diversion of Funds (QLM)

CCR, FRH – Freedom House

Transparency / corruption

DRI – Global Insight Global Risk Service

Risk Event Outcome non-price: Losses and Costs of Corruption: A 1-point increase on a scale from "0" to "10" in corruption during any 12-month period.

EIU – Economist Intelligence Unit

Corruption among public officials

GCB – Transparency International Global Corruption Barometer Survey

Frequency of corruption

Frequency of household bribery

GCS – World Economic Forum Global Competitiveness Survey

Public trust in financial honesty of politicians

Extent to which legal contributions to political parties are misused by politicians

Diversion of public funds due to corruption is common

Frequent for firms to make extra payments connected to: public utilities, tax payments, loan applications, awarding of public contracts, influencing laws, policies regulations, decrees, getting favourable judicial decisions

Extent to which firms' illegal payments to influence government policies impose costs on other firms

Extent to which influence of powerful firms with political ties impose costs on other firms

GII – Global Integrity Index

Anti-Corruption Law

Anti-Corruption Agency

GWP – Gallup World Poll (GWP)

Is corruption in government widespread?

IFD – IFAD Rural Sector Performance Assessments

Accountability, transparency and corruption in rural areas

LBO – Latinobarometro

Have you heard of acts of corruption?

MIG – Merchant International Group Gray Area Dynamics

Corruption. There is an immense variety of activities that may be construed as corrupt. Bribery is the most obvious. However, what is and is not a bribe is a matter of presentation and perception in much the same way as “corruption” itself. Some of the

issues that executives should consider include: accounting standards; anti-corruption policy credibility and enforceability; cronyism, nepotism and vested interests; cultural differences; judicial independence; transparency of decision-making.

PIA – World Bank Country Policy and Institutional Assessments

Transparency, accountability and corruption in public sector

PRC – Political Economic Risk Consultancy Corruption in Asia

Corruption index

PRS – Political Risk Services International Country Risk Guide

Corruption. Measures corruption within the political system, which distorts the economic and financial environment, reduces the efficiency of government and business by enabling people to assume positions of power through patronage rather than ability, and introduces an inherently instability in the political system.

WMO – Global Insight Business Risk and Conditions

Corruption : An assessment of the intrusiveness of the country's bureaucracy. The amount of red tape likely to countered is assessed, as is the likelihood of encountering corrupt officials and other groups.

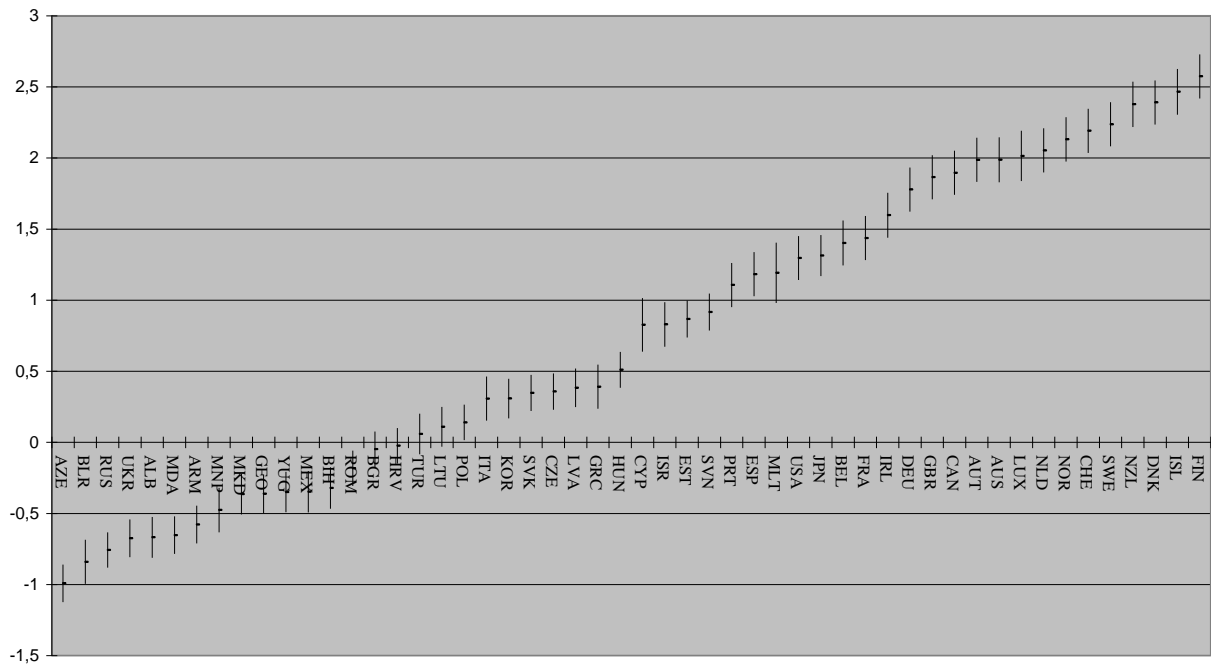
WCY – Institute for Management Development World Competitiveness Yearbook

Bribing and corruption exist in the economy

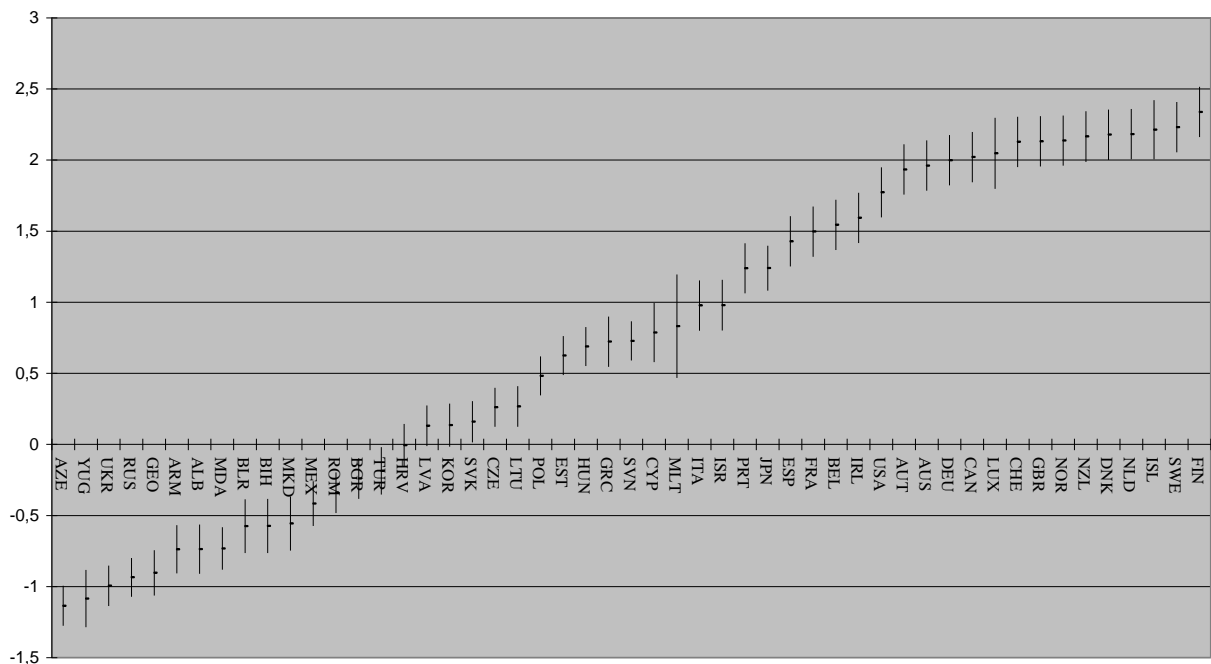
A WGI korrupciós indexe:

A fenti mutatók összesítéséből áll elő. Az összesítés lényege, hogy megvizsgálják, hogy az egyes vizsgálatok között milyen eltérések vannak (statisztikailag: az eredmények mennyire korrelálnak). Ezen összefüggés alapján kapnak kisebb vagy nagyobb súlyt az egyes intézetek, egyes mutatói: akiknek az eredményeit a többi közül sok más értékelés is megerősíti, azok nagyobb súlyt kapnak – de nem marad ki egyetlen értékelés sem. Ezt követően egyszerűen az egyes vizsgálati adatok súlyozott átlaga adja az ország értékét. (A rendszer fontos eleme, hogy nem csak a súlyozott átlagot közli, hanem azt is, hogy milyen az adott országról szóló értékelések szórása, vagyis azt, hogy mennyire eltérőek az egyes értékelések. Mivel az egyes értékelések ilyen vagy olyan okból torzák lehetnek, így a szórás jó szolgálatot tesz: az alkalmazott statisztikai módszerek miatt azt a tartományt jelzi, amelyen belül az adott ország valós értéke kb. 70%-os valószínűséggel elhelyezkedik.)

Összevont korrupciós index, 2006



Összevont korrupciós index, 2000



Az adatok a világ országainak átlagához mérik az adott országot. A világtálag 0, a lehetséges maximumértéke: 2,5, a minimumérték: -2,5.

Az ábra az egyes országok becsült értékei alapján állítja sorrendbe az országokat. A sáv szélessége az egyes becslések szórását jelzi – a jelölt pont a becsült érték. (A szórás körülbelül azt jelzi, hogy 70%-os valószínűséggel milyen tartományon belül van a valós érték.)

Kaufmann et al. [2007] ajánlása szerint két ország között akkor érdemes különbséget tenni, ha ez a szórástartomány nem fedi át egymást.

Módszertan részletes leírása: Kaufmann et al. [2007]
Forrás: Kaufmann et al. [2007]

Tóth J. Zoltán

A halálbüntetés gazdasági jogelméleti megközelítése

A gazdasági jogelmélet („*law and economics*”), illetve más elnevezésekben „a jog gazdasági megközelítése” („*economic approach to law*”), „a jog gazdasági elemzése” („*economic analysis of law*”) egy, a múlt század hatvanas-hetvenes éveiben virágzásnak indult irányzat, mely sajátos szempontból tekint a társadalmat irányító törvényszerűségekre, és ezek között a jogra is. Ez a sajátos szempont abban áll, hogy hívei az embereket racionális, ésszerűen gondolkodó és cselekvő lényeknek tartják, akik saját jólétük, „hasznuk” előmozdítására és növelésére törekszenek. Mivel pedig a különböző társadalmi viszonyok ezekből a racionális egyéni cselekvésekből épülnek fel, így azok empirikus vizsgálatra és a jövődöntések megjósolására (illetve ezek alapján azok befolyásolására) alkalmasak. A társadalmi viszonyok (és benne a jog) gazdasági megközelítésének elmélete azonban nem egy egységes, belső vitáktól és szembenállásoktól mentes iskola, hanem részben különböző felfogások gyűjtőterülete. A legfontosabb megosztottság a gazdasági elemzés tágabb, illetve szűkebb értelemben felfogott jelentései között áll fenn. Tágabb értelemben véve a gazdasági megközelítés azt jelenti, hogy az emberek minden cselekvésük előtt egyfajta költség-haszon elemzést végeznek, azaz e nézet követői minden tevékenységben piaci cserét látnak: eszerint az emberek minden döntésük előtt felméri azokat pozitív és negatív következményeit, pénzbeli és nem pénzbeli előnyeit és hátrányait, és csak ezen racionális mérlegelés után fogják a döntést meghozni. A szűkebb értelmű felfogás pedig azt jelenti, hogy a racionális mérlegelés kizárólag a pénzbeli, vagyoni, anyagi jellegű előnyök és hátrányok számbavételére korlátozódik.

Ezenkívül immáron kifejezetten a *jog* gazdasági elmélete még három másféle módon is felosztható. Az első szerint megkülönböztetjük a kifejezetten piaci tevékenységeket szabályozó joganyag (például trösztellenes törvények, a nemzetközi kereskedelmi jogi szabályok, a vállalkozásokra vonatkozó polgári jogi szabályok stb.) és a nem piaci viselkedést (például bűncselekményeket, környezetszennyezést, a házasságot és a válást stb.) szabályozó joganyag gazdasági elemzését. A második felosztás szerint különbséget tehetünk pozitív és normatív gazdasági jogelmélet között. Az előbbi azt mondja meg, hogy mi az, ami létezik, milyen tényleges hatása van egy adott szabályozásnak a társadalmi haszon mértékére, illetve ez a jövőben feltehetőleg hogyan fog megváltozni; az utóbbi pedig arra keresi a választ, hogy hogyan lehetne a jelenleg létező szabályozáson a hatékonyság szempontjából javítani, a pillanatnyilag létező szabályok milyen irányú megváltoztatásával lehetne a társadalmi haszon mértékét növelni. A jog pozitív gazdasági elemzése tehát leíró (deskriptív), míg a jog normatív gazdasági elemzése előíró (preskriptív) szemléletű; az előbbi azt elemzi, hogy mi van és mi lesz, az utóbbi pedig reformokat javasol, programot ad. Egy magasabb absztrakciós szintre helyezve ezeket azt is mondhatjuk, hogy az előbbi a kanti *Sein*, míg az utóbbi a *Sollen* szférájába tartozik. Végül a harmadik felosztás szerint megkülönböztethetjük egyrészt a jogrendszer által szabályozott tevékenységeknek, másrészt magának a jogrendszernek (jogalkotás, jogalkalmazás, eljárási rendszer, a társadalom joghoz való viszonya stb.) a gazdasági elemzését.

Ami a büntetőjogot illeti, annak elemzése a behaviorizmuson alapul, mely szerint a bűncselekményi tényállások megállapításának (egyreszert magatartások megtiltásának és büntetendővé nyilvánításának), valamint a büntetőjogi szankciók kiszabásának az alapjai nem lehetnek kizárólag szubjektív, pusztán az elkövető tudatában létező szempontok; azokat csak az emberek külső viselkedései, a külvilágban tett megnyilvánulásai határozhatják meg. Ennek folytán a *law and economics* szerzői számára a tett elkövetésének motívuma és célzata jórészt

közömbössé válik, és a szankcionálás lehetőségét, illetve a kiszabandó jogkövetkezmény mértékét a megvalósított magatartás objektív társadalomra való veszélyessége, valamint (különösen) a ténylegesen bekövetkezett sérelem nagysága fogja meghatározni. Itt azonban a büntetőjog gazdasági elmélete kettévál, és a fent elsőként bemutatott felosztás alapján követőik egyik része ezután a bűncselekmények és a büntetések pénzben kifejezhető költségvonzataira koncentrálnak, másik részük pedig a tiszta anyagi hasznokon és károkon kívül számba veszi az egyéb, nem vagyoni jellegű társadalmi előnyöket és hátrányokat is.

Témánk, a halálbüntetés kapcsán is megjelenik mindkét fajta megközelítés, és mindkettőn belül létezik két különböző jellegű, eltérő irányokba mutató érvelés. Míg az érvelések egyik fajtája azt kívánja igazolni, hogy a halálbüntetés anyagilag olcsóbb, illetve az elrettentés (más hasonló bűncselekmények megelőzése) szempontjából hatékonyabb, mint az egyéb igénybe vehető szankciók, addig a másik fajtába tartozó argumentációk ellenkezőleg, azt próbálják bemutatni, hogy a halálbüntetés léte egy adott jogrendszerben dollárban kifejezve drágább, mint a hiánya, valamint hogy az nem hatékonyabb (sőt hogy akár egyenesen károsabb), mint például a fegyházbüntetés.

A pénzügyi kérdésekkel kapcsolatban kialakult egyik fajta érvelés szerint a gyilkosok halálra ítéltése és kivégzése olcsóbb, mint élethossziglani tartásuk (amely a halálbüntetés tipikus és általánosan elfogadott alternatívája), mivel ha egy gyilkost kivégeznek, akkor ezután több költség már nem merül fel az állam számára, míg ha életfogytiglani szabadságvesztésre ítélik, akkor évtizedeken át etetni, őrizni kell őt, fűteni, világítani kell rá stb., tehát az elítélt életben tartása jelentős többletterhet ró a társadalomra, vagyis ebben az esetben a büntetett jóval többbe kerül az államnak, mint ha kivégeznék őt. Továbbá egy bűncselekménnyel a társadalom összvagyonában okozott értékcsökkenés, azaz a deliktummal összefüggésben keletkezett költség nem merül ki a bűncselekményért kiszabott büntetés végrehajtásával kapcsolatos kiadásokban, hanem költségként kell figyelembe venni mindazt a kárt, hátrányt, negatívumot, illetve mindazt az elmaradt előnyt, hasznot, pozitívumot is, amelyet a tettes a bűncselekmény *elkövetésével* okozott. Ha tehát a bűncselekmények megvalósulása a társadalomra (és persze elsősorban az áldozatra) nézve vagyoni hátrányokkal jár, akkor az össztársadalmi költségvonzatot nemcsak azáltal csökkenthetjük, hogy a kivégzés vagy életfogytiglani szabadságvesztés dilemmájában az olcsóbb végrehajtási módozat mellett döntünk, hanem az által is (és legfőképpen az által), hogy a lehető legtöbb bűncselekmény elkövetését *megelőzzük*. Egyszerűbben fogalmazva: minél kevesebb bűncselekményt követnek el, annál kevesebb lesz az a kár, amely a társadalmat a bűnözéssel összefüggésben éri.

A cél tehát az, hogy a potenciális bűnözőket elriasszuk tettük elkövetésétől. Miután pedig a bűnözők is racionális lények, akik mérlegelik cselekedetük várható hasznát, illetve a lehetséges negatív következményeket, ezért az elrettentésnek (és ezáltal a bűnözői aktivitás csökkentésének) a legjobb módszere az, ha ezeket a negatív következményeket a bűnöző számára minél hátrányosabbá tesszük. A jog gazdasági elmélete szerint ugyanis a büntetés nem más, mint a bűn ára. Minél nagyobb a bűn, annál nagyobb kell legyen a büntetés, és minél nagyobb egy adott bűncselekményre a büntetés, annál több embert riaszt el ez az „ár” attól, hogy az adott deliktumot elkövessék. Minél magasabb tehát ez az ár, annál kisebb a nettó haszon, és ezáltal annál kisebb lesz azok száma, akiknek (figyelemmel a tisztességes magatartás révén elérhető jövedelemre is) ez a csökkent mértékű nettó haszon is elégséges. Nyilvánvaló – mondják a halálbüntetés gazdasági jogelméleti hívei –, hogy ez az ár a halálbüntetés esetén a legmagasabb, így a bűncselekménnyel elérhető nettó haszon emberölés esetén a halálbüntetés alkalmazásával lesz a legkisebb. Ennek következtében a halálbüntetés az a szankció, amely a legtöbb racionálisan gondolkodó embert képes visszatartani az emberölés elkövetésétől, ezért a társadalom egésze számára a költségek a halálbüntetés alkalmazása esetén lesznek a legalacsonyabbak.

Ez az érvelés azonban implicite két argumentumot is tartalmaz: hogy a halálbüntetés végrehajtása más büntetésekhez képest anyagilag olcsóbb, illetve hogy az közvetlenül azért is előnyösebb, mert nagyobb elrettentő hatása van. A gazdasági jogelmélet nem minden híve vallja azonban ezeket; nézzük meg a két témát külön-külön! Ami a dollárban kifejezhető költségeket illeti, a helyzet valójában az, hogy – első pillantásra bármily meglepőnek is látszik, de – a halálbüntetés léte egy adott jogrendszerben sokkal több kiadást indukál, mint ha az adott jogrendszer egyáltalán nem ismerné a halálbüntetést mint szankciót. Lehetséges ugyanis (sőt nagyon valószínű), hogy *egyetlen*, ténylegesen kivégzéssel végződő eljárás olcsóbb, mint az életfogytig tartó szabadságvesztés végrehajtása, azonban az *összes*, halálbüntetéssel fenyegetett bűncselekmény esetében lefolytatott eljárás (ahol a halálos ítélet eshetősége miatt fokozottan érvényesülő eljárási garanciák szükségeltetnek, még azokban az esetekben is – és ezek vannak igazán sokan –, amelyekben végül mégsem szabnak ki halálbüntetést) sokkal többbe kerül, mint az olyan büntetőeljárások, ahol az elkövetett bűncselekmény miatt nem szabható ki a legsúlyosabb büntetési nem (hiszen ezekben az esetekben jóval kevesebb eljárási garancia szükséges). Növeli például a halálbüntetéses eljárások költségét az aprólékosabb, hosszadalmasabb bizonyítás; a halálbüntetés első fokon történő kiszabása esetében a biztosra vehető (vagy egyenesen kötelező jelleggel előírt) fellebbezés; a megismételt első fokú büntetőeljárásoknak a szokásosnál jóval nagyobb gyakorisága; a sokkal sűrűben igénybe vett felülvizsgálati és kegyelmi processzus; a kirendelt védő(k) költsége; a kötelező ellenőrző vizsgálatok (több tanú, több szakértő); stb.

Ezenkívül a kivégzésig történő fogva tartás, őrzés is sokkal költségesebb, hiszen különleges biztonsági intézkedésekre van szükség mind a siralomházban, mind a kivégzés idején. Az utólagos felmentések is sokkal gyakoribbak halálbüntetéses ügyekben, mint egyébként (az ítélelhozók kevésbé merik vállalni egy ártatlan ember elítélésének kockázatát, mivel az esetleges tévedés kijavíthatatlan és jóvátehetetlen lenne), ebben az esetben viszont a több éves fogva tartás miatt rendkívül magas összegű kártérítési követelésekkel kell számolni. Az Egyesült Államokban például az utóbbi harminc évben a ténylegesen kivégzettek száma az összes halálraítélt számának csak mintegy 10 %-a,¹ ám a maradék 90 %-ban is ugyanazok a fokozott (és költséges) eljárási garanciák érvényesülnek.²

Kaliforniában például 1993-1997 között egymilliárd dollárt tettek ki a halálbüntetéssel kapcsolatos kiadások, pedig ezen időszakban csak két kivégzés történt. Floridában pedig a végrehajtott halálos ítéletek összességében átlagosan 44 millió dollárba kerültek, sokszorosába annak, mint amennyibe egy életfogytig tartó szabadságvesztés kiszabása és végrehajtása került volna.³ Raymond Paternoster számításai szerint a halálbüntetéssel is végződhető eljárások szintén drágábbak, mint az életfogytiglan. Egy főbenjáró tárgyalás ugyanis háromszor olyan hosszú is lehet, mint az ugyanazon gyilkossági ügyben történő ítélelhozatal a kapitális szankció lehetősége nélkül; a perújrafelvétel és a szövetségi szintre benyújtott rendkívüli jogorvoslatok ügyési költsége (1991-es árakon számolva) átlagosan legalább 160, illetve 170 ezer dollárnyi kiadást jelent; míg a bírói és különösen az ügyvédi költségek ennél is nagyobbak lehetnek. Az időráfordítás és a dologi kiadások pedig mindösszesen körülbelül egymillió dollárba kerülnek, míg az életfogytig tartó szabadságvesztésre ítélték őrzésére alkalmas börtönök építése és

¹ Az utóbbi tizenöt évben (1993-2007 között) ez az arány jelentősen változott: míg ezen időszakban 3 349 (évi átlagban 223) jogerős halálos ítéletet hoztak, addig a kivégzések száma elérte ennek 27 %-át (összesen 911, évente átlagban 61 kivégzés történt ekkor).

² A főbenjáró és a nem főbenjáró bűncselekmények („*capital cases*”, illetve „*noncapital cases*”) költségeinek részletes összehasonlítására és a kétféle eljárás lefolyásának eltérő sajátosságaira nézve részletesen lásd: Nakell, Barry: *The Cost of the Death Penalty*. In: *The Death Penalty in America* (ed. by Prejean, Helen), 1982, 241-246. o.!

³ Lásd ehhez részletesebben: Pap András László: Pénz, politika, jogbiztonság – halálbüntetés az Egyesült Államokban. In: *Belügyi Szemle*, 2001/6. szám, 77-78. o.!

üzemeltetése (beleszámítva az amortizációt is) átlagosan 30 év fogva tartással számolva is csak mintegy 750 000 dollárt tesz ki.⁴

Még ennél is megdöbbentőbb adatokat ismertet Spangenberg és Walsh, akik szerint az életfogytig tartó őrzés mintegy 600 ezer, míg a halálos ítélet meghozatala és végrehajtása 1,4–3,2 millió dollárba kerül.⁵ Ezenkívül a Dallas Morning News 1992. március 8-i tudósítása szerint a texasi főbenjáró tárgyalások lefolytatása közel háromszor annyiba (2,3 millió dollárba) kerül terheltként, mint ha 40 évre a legmagasabb biztonsági fokozatú cellákba zárnák őket, míg a Duke Egyetem felmérése azt mutatja, hogy Észak-Carolinában a '90-es évek elején ugyanez a költség a kapitális eljárásokban 2 160 000 dollárral több volt, mint a nem halálbüntetéses processzusok esetén. Indianában a halálbüntetéses eljárások 38 %-kal, Kansasben pedig 70 %-kal drágábbak, mint a nem főbenjáró ügyek lefolytatása (hozzátéve, hogy Kansasben a legsúlyosabb szankció alkalmazásának 1976-ban történt újbóli lehetővé tétele óta még soha nem került sor ténylegesen kivégzésre); továbbá Floridában (2000-es adatok szerint) évente 51, Kaliforniában pedig (2005-ből származó adatok alapján) ugyancsak évente 114 millió dollárral több plusz költséget indukált a halálbüntetés fenntartása ahhoz képest, mint ha minden, elvileg halállal (is) büntethető elkövetőt életfogytiglani szabadságvesztésre ítélték volna.⁶

A kifejezetten pénzbeli szempontok vizsgálata azonban a halálbüntetés kapcsán felmerülő két fő gazdasági jogelméleti téma közül a kevésbé jelentősnek tekinthető, egész egyszerűen azért, mert egy ember élete nem lehet pénzkérdés. Életről vagy halálról dönteni pusztán anyagi megfontolások alapján nem szabad; ahogy a beteget, rokkantakat, öreget sem pusztítják el csak azért, mert életben tartásuk többbe kerül a társadalomnak, mint ha meghalnának, úgy a bűnözők halállal való büntetésének megengedéséről vagy ennek tilalmáról szóló döntést sem lehet meghozni pusztán költséghatékonysági szempontok szerint. Sokkal fontosabb és izgalmasabb is ennél az elrettentő hatás kérdése: itt ugyanis már arról van szó, vajon a bűnöző vagy a potenciális bűnöző jövőbeni magatartását befolyásolni lehet-e a szankciók helyes megválasztásával, illetve hogy milyen jellegű állami tevékenységre van szükség ahhoz, hogy a társadalom számára egyértelműen negatívumot jelentő bűnözést mérsékeljük vagy megszüntessük. A helyzetet bonyolítja, hogy itt már nem pusztán az egyéni motivációk megváltoztatásáról kell beszélnünk, azaz nem csupán az egyén különböző lehetséges magatartásai közötti választási szituációban merül fel a piaci csere mechanizmusa, hanem a bűnöző és áldozata, illetve az esetlegesen bűnözővé váló személy és potenciális áldozata vonatkozásában is.

Ami az előbbit illeti: a bűnöző egy ideális piacon tevékenykedik, ahol a bűn és a büntetés egy áru-ellenérték viszonyának felel meg. Ahogy egy hagyományos piacon valamely termék iránti kereslet nő a termék árának csökkenésével, és csökken a termék árának növekedésével, ugyanúgy a „bűnözési piacon” is a bűnözés árának csökkenésével nő, növekedésével pedig csökken a bűnözés iránti kereslet, azaz a bűnözés mértéke, az elkövetett bűncselekmények

⁴ A költségek kiszámításához, illetve a halálbüntetéses eljárások és az életfogytig tartó szabadságvesztés-büntetés „árának” összevetéséhez részletesebben lásd: Paternoster, Raymond: Capital Punishment in America. Lexington Books, New York, 1991, 187-216. o.!

⁵ Lásd: Spangenberg, Robert L. – Walsh, Elizabeth R.: Capital Punishment or Life Imprisonment: Some Cost Considerations. In: Loyola of Los Angeles Law Review, Volume 23:45, 1989-1990, 49-50. és 52-58. o.!

⁶ Vö.: Death Penalty Information Center. Criminal Justice Project of the NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc: Fact Sheet, 4. o. In: <http://www.deathpenaltyinfo.org/FactSheet.pdf>! Az érdeklődő továbbá számos egyéb adatot találhat a halálbüntetés pénzbeli kifejezhető költségeiről egyebek mellett a következő tanulmányokban: Dieter, Richard C.: Millions Misspent: What Politicians Don't Say About the High Costs of the Death Penalty. In: <http://www.deathpenaltyinfo.org/article.php?scid=45&did=385>; Tabak, Ronald J. – Lane, J. Mark: The Execution of Injustice: A Cost and Lack-of-Benefit Analysis of the Death Penalty. In: Loyola of Los Angeles Law Review, Volume 23, 1989-1990, 133-138. o.; továbbá Paternoster, valamint Spangenberg és Walsh idézett műveiben.)

száma. Ezt az emberi viszonyulást az „ökonómiai paradigma” fogalmával fejezhetjük ki, melynek lényege az a gyakorlat által is rendszerint igazolt feltevés, hogy az emberek cselekvéseiket bizonyos ösztönzők hatására alakítják, így ezen ösztönzők helyes megválasztásával el lehet érni, hogy az egyén a kívánt módon cselekedjék, avagy tartózkodjon a nem kívánt magatartásoktól. Ezen ösztönzők közé tartozik mindenekelőtt a legális és a nem legális tevékenységek közötti választási lehetőségek köre, az azokból elérhető hasznok nagysága, az illegális magatartási formák következményeitől való félelem,⁷ és ez utóbbiak közül különösen fontos a várható szankció mértéke és realizálódásának esélye. Vagyis egyrészt a bűnözővé válás nem kis mértékben függ attól, hogy mennyire könnyű ilyen tevékenységből viszonylag nagy jövedelemre szert tenni, illetve mekkora a valószínűsége annak, hogy ezt vagy ennek egy részét tisztességes munkával is meg lehessen keresni; ebből pedig következik, hogy növelve a tisztességes boldogulás lehetőségét (és ezáltal a bűnözés relatív költségeit) a bűnelkövetés (vagy legalábbis annak egyes formái) ellen nemcsak rendőrségi-bíróági eszközökkel, hanem a foglalkoztatottsági szint emelésével, illetve a gazdasági folyamatokhoz alkalmazkodó képzésekkel, azaz a társadalmi jólét növelésével is lehet küzdeni. Másrészt azonban vannak olyan deliktumok, ahol ez már nem (mindig) elégséges: ezekben az esetekben kell, hogy közvetlen szerepet kapjanak a büntetések. Mivel azonban a büntetésnek mint a bűn árának két összetevője van, a szankció mértéke és az elítélés valószínűsége, ezért a büntettek csökkentését elvileg két módon is el lehet érni: szigorúbb büntetésekkel, illetve hatékonyabb felderítéssel. Mindkettő abból a megfontolásból indul ki, amit mi az előző bekezdés végén másodikként említettünk: vagyis hogy végső soron a bűnt elkövető és a társadalom (közvetlenül pedig az áldozat) között is egy piaci csere megy végbe, amely azonban nem felel meg az ideális piac érték-ellenérték egyenlősége követelményének, ezért az értékegyensúly helyreállításához állami beavatkozásra van szükség, amely azt azzal valósítja meg, hogy növeli a bűn árának valamely (vagy mindkét) összetevőjét, ezzel próbálva megvédeni a potenciális áldozatokat a bűncselekményektől.

A halálbüntetés esetében az a kérdés, hogy van-e annak elrettentő hatása, vagyis képes-e az állam a halállal való fenyegetés révén megakadályozni (és ha igen, akkor milyen mértékben) azt, hogy súlyos büntettek (tipikusan gyilkosságok) követtessenek el. Tisztán utilitarista, haszonelvű alapon (amelyet a jog gazdasági elemzése magáénak vall) ugyanis a halálbüntetés csak akkor lehet célszerű és hatékony (azaz igazságos),⁸ ha az elkövetők kivégzése több gyilkosságot előz meg, mint amennyi halálesetet maga indukál. A téma közgazdász és jogász teoretikusai ennek kapcsán három különböző elméletet állítottak fel. Az első szerint a halálbüntetés nemcsak hogy nem retenti el a potenciális gyilkosokat, hanem egyenesen hozzájárul az emberölések számának növekedéséhez (ez az ún. „brutalizációs hatás” tétele). A második szerint a halálbüntetés (amennyiben a halálos ítéleteket nemcsak kiszabják, hanem ténylegesen végre is hajtják) mind logikai, mind empirikus alapon egyértelműen bizonyíthatóan alkalmas arra, hogy a potenciális gyilkosságok egy részét megakadályozza (ez az „elrettentő hatás” elképzelése). Végül a harmadik elmélet szerint sem az előbbire, sem az utóbbira nincs valódi bizonyíték, és ez azért van így, mert az életellenes cselekmények megvalósításában olyan motívumok játszanak szerepet, amelyekre sem a halállal, sem a

⁷ A kérdés persze az emberi pszichéből adódóan ennél bonyolultabb, előfordulhat ugyanis például az, hogy a várható jogkövetkezmény súlyának vagy valószínűségének növekedése egyes személyeket még inkább bűnök elkövetésére sarkall. Léteznek ugyanis kockázatkedvelő („*risk-preferrer*”) egyének, akiknek a szemében a növekvő veszély egyenesen kihívást jelent, egyfajta próbát a sorssal szemben; míg a kockázatkerülő vagy jogtisztelő („*risk-avoider*”, „*law-abider*”) személyek azok, akiket a rizikó emelkedő mértéke a bűnözéstől való elállásra ösztönözhet. (Vö.: Ehrlich, Isaac: The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement. In: *Journal of Legal Studies*, 1972, No. 1, 265-267. o.)

⁸ Richard Posner, a gazdasági jogelmélet legnagyobb alakja szerint a „gazdasági racionalitás” az „igazságosság” szó szinonimája – közgazdasági terminusokkal kifejezve.

bármilyen egyéb szankcióval való fenyegetés nem hat ki. (Az igazán jelentős vita az utóbbi két felfogás hívei között van.)

A „brutalizációs hatás” tételének elméleti alapjait már Cesare Beccariánál megtaláljuk, aki szerint „a halálbüntetés azért sem hasznos, mert példát mutat az embereknek a kegyetlenségre”.⁹ Ennek alátámasztására William J. Bowers és Glenn L. Pierce 1980-ban végzett egy kutatást, amelynek során az 1907 és 1963 közötti egyesült államokbeli emberöléseket vizsgálták meg havi bontásban, és azt találták, hogy közvetlenül minden egyes végrehajtott kivégzés után átlagosan két további gyilkosság történt.¹⁰ William C. Bailey 1983-ban egy hasonló vizsgálatot folytatott le az 1915 és 1921 között Chicagóban elkövetett emberölésekre vonatkozóan, és hasonló eredményekre jutott.¹¹ Ezekből az adatokból mindannyian azt a következtetést vonták le, hogy az erőszakos cselekedetek látványának, legyenek azok emberölések, öngyilkosságok vagy kivégzések, hasonló erőszakos cselekedetekre ösztönző hatásuk van.

Ezzel szemben a gazdasági jogelmélet legtöbb híve a halálbüntetés elrettentő hatását vallja. Közülük is kiemelkedik Isaac Ehrlich, illetve Joanna M. Shepherd, akiknek a felmérései a leghevesebb vitákat váltották ki mind a jogászok, mind a szociológusok, mind a közgazdászok körében. Ehrlich a halálbüntetésről folytatott kutatását a hetvenes évek elején végezte el a *National Bureau of Economic Research* felkérésére. Az előzetes munkaanyagot, amelynek 78 oldalán a teljes módszertani leírás és valamennyi megállapított eredmény szerepelt, 1973 novemberére készítette el, ennek kivonatos, de a lényegét tartalmazó változatát pedig 1975 júniusában jelentette meg az *American Economic Review* hasábjain.¹² A nagy felzúdulást keltő és sokat támadott vizsgálat a fent tárgyalt hipotéziseken nyugodott, a logikai következtetések helytállóságának statisztikai ellenőrzésére pedig az ún. regressziós analízis nevű módszerrel került sor. Ehrlich az elemzés elvégzése során figyelembe vette mindenekelőtt az FBI Egységes Bűnügyi Nyilvántartásában (*Uniform Crime Report*) szereplő gyilkosságok (*murders*) és szándékos emberölések (*nonnegligent manslaughters*) számát éves bontásban, illetve az egyes években e büntettekért elfogottakat, elítélteket és kivégzetteket,¹³ mégpedig összemzeti szinten; figyelembe vette továbbá a bűnözés volumenét befolyásolni képes gazdasági és szociológiai tényezőket mint bűnre ösztönző avagy attól eltántorító faktorokat. Így a vizsgálat kiterjedt a munkaerő-piaci részvétel mértékére a 16 évesnél idősebb lakosság körében; a munkanélküliségi rátára; az egy főre jutó állandó jövedelemre; a 14-25 év közötti lakosság arányára; az egy főre eső rendőrségi, valamint az egy főre eső egyéb kormányzati kiadásokra; az összlakosság számának alakulására; továbbá a nem fehérek arányára (ez utóbbi azonban irrelevánsnak bizonyult, mivel korrelált az egyéb mutatókkal).¹⁴ Ennek alapján – az 1933 és 1969 közötti egyesült államokbeli emberölési és kivégzési statisztikákat megvizsgálva – a

⁹ Beccaria, Cesare: Büntetés és büntetés. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1967, 90. o.

¹⁰ Bowers, William J. – Pierce, Glenn L.: Deterrence or brutalization: what is the effect of executions? In: *Crime and Delinquency*, October, 1980, 453-484. o.

¹¹ Bailey, William C.: Disaggregation in deterrence and death-penalty research: the case of murder in Chicago. In: *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 74, No. 3, 1983, 827-859. o.

¹² Ehrlich, Isaac: The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death. In: *American Economic Review*, June 1975, 397-417. o.

¹³ Mindezt egymással összevetve, vagyis az elítélésnél csak azt a feltételes hatást vette számításba, amely nem mutatkozott meg már a letartóztatásban, a kivégzésnél pedig csak azt, amely nem nyilvánult meg az elítélésben. Másképp fogalmazva Ehrlich a letartóztatás önmagában vett (azaz a másik két tényezőtől független) elrettentő hatásába csak azokat az elfogásokat számította be, amelyeket nem követett bírói-esküdtői felelősségre vonás (hiszen azok, amelyeket követett, az elítélés elrettentő hatásához tartoznak, ez utóbbiaknak a letartóztatás visszatartó erejéhez /is/ való számítása tehát azok kétszeres értékelését eredményezné); és ugyanígy, az elítélés önmagában vett (a kivégzéstől független) elrettentő hatásához csak azok az elítélések tartozhatnak, amelyeket nem követte a halálos ítélet végrehajtása (mert amelyeket követően az illető kivégzése is megtörtént, azok már a kivégzés elrettentő hatása vizsgálatának igényét vetik fel).

¹⁴ Vö.: Ehrlich (1975), 406-413. o.!

kivégzések számának folyamatos csökkenéséből és a gyilkosságok számának folyamatos emelkedéséből azt a következtetést vonta le, hogy minden egyes elmaradt kivégzés héttel vagy nyolccal növeli évenként az emberölések számát, és fordítva: minden egyes addicionális végrehajtott halálbüntetés hét vagy nyolc potenciális gyilkost rettent el évente szörnyű bűncselekménye elkövetésétől.¹⁵ Vagyis – feltételezve, hogy a letartóztatások és elítélések aránya változatlan – a kivégzések gyakoriságának növelése Ehrlich szerint bizonyíthatóan csökkenti az életellenes bűnözés mértékét.¹⁶

A halálbüntetés brutalizációs hatásának feltételezését (vagyis hogy a kivégzések növekedésével párhuzamosan nő az emberölések száma is) azzal opponálja Ehrlich, hogy a helytelen felmérésből fakadóan felcserélődik az ok és az okozat: vagyis nem a kivégzések emelik a gyilkossági rátát, hanem a gyilkosságok növekvő száma indukálja a kivégzések gyakoribbá válását.¹⁷ ¹⁸ Leszögezi továbbá, hogy Bowers és Pierce semmilyen alternatív elemzést nem végeztek és semmilyen egyéb hipotézist nem teszteltek, így azt sem kísérelték meg empirikus módon megvizsgálni, hogy a halálbüntetésnek nincs-e elrettentő hatása,¹⁹ illetve hogy ami eredményeket mégis csak bemutatnak, azok megegyeztek az övével.²⁰ Mindazonáltal – ugyancsak magának Ehrlichnek a véleménye alapján – az, hogy a halálbüntetés képes csökkenteni az életellenes bűnözés mértékét, nem jelenti egyúttal azt is, hogy más eszközök ne lehetnének hatásosabbak, sőt: kijelenti egyrészt, hogy „a gyilkosságok és hasonló bűncselekmények aránya a foglalkoztatottság és a kereseti lehetőségek növelésével ugyancsak

¹⁵ I. m. 414. o.

¹⁶ Ehrlich (1975-1976), 225. o.

¹⁷ Ha ugyanis az emberölések száma nő, akkor – minden egyéb tényező, így a felderítési arány azonossága mellett – az elfogott, majd az elítélt, végül pedig a kivégzett személyek abszolút száma is szükségképpen emelkedik. (Vö.: Ehrlich /1975-1976/, 220. és 225. o.!)

¹⁸ Itt érdemes megemlíteni Ehrlichnek (és szerzőtársának, Joel C. Gibbonsnak) Peter Passell és John B. Taylor, valamint Lee S. Friedman írásaira (Passell, Peter – Taylor, John B.: The Deterrent Effect of Capital Punishment: Another View. In: American Economic Review, Vol. 67, No. 3, June, 1977, 445-451. o.; Friedman, Lee S.: The Use of Multiple Regression Analysis to Test for a Deterrent Effect of Capital Punishment: Prospects and Problems. In: Dept. of Econ., University of California at Berkeley, Working Paper No. 38, January 1976, 39-41. o.) adott válaszát, melyben a gazdasági megközelítés védelme érdekében mind logikai, mind empirikus módon igyekszik bizonyítani, hogy a kivégzéseknek szükségképpen van elrettentő hatásuk, illetve hogy a brutalizációs hatás elképzelése tarthatatlan. Ha ugyanis ez utóbbi igaz lenne, vagyis ha a büntetések nagysága és az emberölések száma között egyenes arányosság állna fenn, akkor nem lenne más dolgunk, mint eltörölni minden büntetést, így redukálva nullára az emberöléseket, egyszer s mindenkorra megoldva a bűnözést mint problémát. Ez azonban az ember természetéből fakadóan elhibázott elképzelés, hiszen mindaddig, amíg az emberek racionálisan cselekszenek, mérlegelve a különböző magatartások következtében elérhető előnyöket és várható veszélyeket, addig a bűnözés csökkentése irányában ható tényezőket (így a szankció súlyát) nem lehet figyelmen kívül hagyni mint a büntettek elkövetésétől való visszatartás egyik (ha nem is a legfontosabb) eszközét. Ráadásul Ehrlich és Gibbons szerint a statisztika is egyértelmű bizonyítékot szolgáltat a kivégzések (és persze a letartóztatások és az elítélések) elrettentő hatására, így a helyes módszer megválasztásával (melynek tárgyalását lásd feljebb!) igazolni lehet azt a hipotézist, miszerint az egyénre ható motivációk jogi úton történő megváltoztatása képes befolyásolni nemcsak általában véve a bűnözés, hanem ezen belül az erőszakos, illetve az életellenes bűnözés mértékét is. (Vö.: Ehrlich, Isaac – Gibbons, Joel C.: On the Measurement of the Deterrent Effect of Capital Punishment and the Theory of Deterrence. In: 6 Journal of Legal Studies, 1977, 35-50. o.! Ugyanezt nyilvánítja ki Ehrlich – immár a részletek megismétlése nélkül – Peck kritikájára /Peck, Jon K.: The Deterrent Effect of Capital Punishment: Ehrlich and His Critics. In: 85 Yale Law Journal, 1975-1976, 359-367. o./ adott reagálásában is /Ehrlich, Isaac: Rejoinder. In: 85 Yale Law Journal, 1975-1976, 368-369. o./, valamint kritizálja egy másik írásában Passellt annak alapján, hogy míg ő egy plusz börtönben töltött évnek elrettentő hatást tulajdonít, addig a börtön helyetti halálbüntetésnek már nem, ami képtelenség /vö. Ehrlich (1982), 133. o.!).

¹⁹ Ehrlich (1975-1976), 209-210. és 226. o.

²⁰ I. m. 210-211. o.

csökkenthető lenne”,²¹ másrészt hogy „az elkövetők letartóztatásának és elítélésének nagyobb hatása van a bűncselekmények alakulására, mint ha a büntetések súlyát emeljük”.^{22 23}

Ehrlich módszertanát és megállapításait rengeteg támadás és kritika érte; számos tanulmány foglalkozott a regressziós analízis logaritmusos számításának megbízhatóságával, az alapul fekvő adatok hitelességével, az ökonómiai paradigma létjogosultságával, illetve az elrettentő hatással kapcsolatos egyéb kérdésekkel. A kutatása kiindulópontjául szolgáló ökonómiai paradigmát bíráló kritikákra Ehrlich 1982-es cikkében²⁴ válaszolt, hangsúlyozva, hogy mind az *a priori* logika, mind a tapasztalat azt mutatja, hogy az emberek magatartását igenis különböző hatások befolyásolják, és hogy ezek közül a potenciális gyilkosok emberölésektől való elrettentése szempontjából különösen fontos a büntetések súlya és azoknak az elkövetőkkel szemben történő tényleges alkalmazásának valószínűsége.²⁵ Azt a feltételezést pedig visszautasította, hogy kutatási eredményei publikálásával politikai céljai voltak,²⁶ sőt más helyen épp tudományos ellenfeleit vádolta azzal, hogy filozófiai ellenérzéseik miatt igyekeznek mindenáron hitelteleníteni az egyébként – szerinte – bizonyító erejű eredményeket.²⁷ Véleménye szerint ezek közé a politikai megrendelésre készült cáfolási kísérletek közé tartozik az a tanulmány is, melyet az Egyesült Államok Nemzeti Tudományos Akadémiája (*US National Academy of Sciences*) által 1975-ben létrehozott bizottság²⁸ készített el, amelynek 1978-ban közzétett jelentése²⁹ kétségbe vonta Ehrlichnek a halálbüntetéssel kapcsolatban tett megállapításait.³⁰ A jelentés kritizálta Ehrlich logaritmusos számítási módját, a lineáris elemzést ajánlva helyette; hiányolt egyes Ehrlich által figyelembe nem vett tényezőket; továbbá azt állította, hogy a kivégzések emelkedő száma egyenesen növeli a gyilkosságok számát, nem pedig csökkenti.

Azonban Ehrlichnél is nagyobb hatása volt (illetve van) Joanna M. Shepherdnek, aki az utóbbi néhány évben négy jelentős kutatást is lefolytatott (részben önállóan, részben másokkal közösen) ebben a kérdésben, és ezek mindegyikének eredményeként bizonyítékot vélt találni a halálbüntetés elrettentő hatására. Most ezek közül háromról lesz szó. Az első a Hashem Dezhbakhsh-sal és Paul H. Rubinval közösen végzett felmérés,³¹ mely – bár eredménye

²¹ Ehrlich (1975), 417. o.

²² Ehrlich (1972), 266. o.

²³ Ugyanígy: „az eredmények azt mutatják, hogy a letartóztatás valószínűsége nagyobb hatást gyakorol a gyilkosságok arányára, mint az elítélés feltételes valószínűsége, és hogy a legkisebb hatása a kivégzések feltételes valószínűségének van” (Ehrlich /1975-1976/, 213-214. o.). (Vö. még: Ehrlich, Isaac – Liu, Zhiqiang: Sensitivity Analyses of the Deterrence Hypothesis: Let's Keep the Econ in Econometrics. In: 42 Journal of Law and Economics, 482. és 486. o.; Ehrlich /1982/, 129. o.; illetve Ehrlich, Isaac: Fear of Deterrence. In: 6 Journal of Legal Studies, 1977, 309. o.!)

²⁴ Ehrlich (1982), 124-139. o.

²⁵ Lásd különösen: Ehrlich (1982), 124-129. és 136. o., továbbá Ehrlich – Liu: i. m. 486. o.!

²⁶ Éppen ellenkezőleg: szerinte a tudományos eredményeket határozottan el kell választani a politikától, illetve a társadalompolitikai felhasználás lehetőségétől; a tudóst csak maga a cél (a valóság feltárása) szabad, hogy érdekelje, az viszont már nem rá tartozik, hogy a tudományos megállapításokat tőle független érdekekkel rendelkező személyek vagy csoportok mire használják vagy hogyan interpretálják. (Lásd ehhez például: Ehrlich /1982/, 126. és 137. o.!)

²⁷ Vö.: Ehrlich (1977), 295. o.!

²⁸ „Az elrettentő és megakadályozó hatás kutatására létrehozott Bizottság” (*Panel on Research on Deterrent and Incapacitative Effects*).

²⁹ *Panel on Research on Deterrent and Incapacitative Effects: Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*.

³⁰ A jelentés végkövetkeztetése az volt, hogy „Ehrlich analízise a halálbüntetés elrettentő hatásáról <<nem tartalmaz használható bizonyítékokat>>”. (Az idézet forrása: Amikor az állam öl... Halálbüntetés kontra emberi jogok. Amnesty International Publications, 1989. In: Sebes Ágnes /szerk./: A halálbüntetésről. Medvetánc Füzetek, Magvető Könyvkiadó, Budapest, 1990, 117. o.)

³¹ Dezhbakhsh, Hashem – Rubin, Paul H. – Shepherd, Joanna M.: Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Post-moratorium Panel Data. In: American Law and Economics Review, Vol. 5, No.

hasonló, mint Ehrlich vizsgálataié – több alapponton is eltér az ő módszerétől és kiinduló tételeitől. Az első különbség, hogy míg Ehrlich hitt az aggregált eredmények megbízhatóságában, addig Shepherdék – Ehrlich sok korábbi kritikájához hasonlóan – vallották, hogy a potenciális gyilkosokra esetlegesen ható egyéb (gazdasági, demográfiai, bűnüldözési stb.)³² tényezők tekintetében fennálló regionális különbségek össznemzeti szintű elemzés esetén elmosódnak, így homályba borítják a gyilkossági trendek alakulását befolyásoló valódi okokat.³³ Ugyanígy: mivel a halálos ítéletek kiszabása és azok végrehajtása a tagállamokhoz kötődik, ezért az esetleges elrettentő hatás is csak az adott tagállam emberölési statisztikáinak alakulására hathat ki.³⁴ A második eltérés a regressziós módszer tekintetében valósult meg: Ehrlich ugyanis a logaritmikus, míg Shepherd, Dezhbakhsh és Rubin a lineáris specifikációt preferálta.³⁵ Végül a harmadik alapvető különbség az volt Ehrlich és Shepherdék felmérése között, hogy utóbbiak – Ehrlichkel ellentétben – már figyelembe vették az „egyéb faktorok” körében az adott államban legálisan tartott fegyverek számát is,³⁶ hiszen a fegyverekhez való szabad vagy alig korlátozott hozzáférés befolyásolhatja az emberölések számának változását.³⁷

Ami az adatfelvétel alapját illeti, az emberölések, a letartóztatások, a halálra ítéletek, a kivégzések, valamint a fent bemutatott „egyéb tényezők” alakulását megyei szinten, éves bontásban elemezték;³⁸ 3 054 megye ezen adatait hasonlították össze egymással, lehetővé téve nem pusztán az állam-, hanem a megyespecifikus jellegzetességek figyelembe vételét is, mégpedig egy viszonylag nagy, húszéves időszakra (1977-1996) nézve. A letartóztatás valószínűségét minden egyes esztendő vonatkozásában az adott évben (t) emberölésért letartóztatottak és az ugyanezen évben (t) elkövetett gyilkosságok, a halálra ítélt valószínűségét az adott évben (t) halálra ítélték és az az előtt két évvel ($t-2$) emberölés gyanújával letartóztatottak, illetve az adott évhez képest két évvel később ($t+2$) halálra ítélték és az adott évben (t) gyilkosság miatt letartóztatottak, a kivégzés valószínűségét pedig az adott évben (t) kivégzettek és az az előtt hat évvel ($t-6$) emberölésért halálra ítélték, illetve az adott évhez képest hat évvel később ($t+6$) kivégzettek és az adott évben (t) halálra ítélték arányával mérték.³⁹ Ezt követően több ellenőrző elemzést is lefolytattak, melyekben többek között megváltoztatták a mintavételi időszakot, a regressziós módszert, az elemzési keretül választott

2, 2003, 344-376. o. *Working paper in Internet*: <http://www.cjlf.org/deathpenalty/DezRubShepDeterFinal.pdf> (47 o.).

³² Shepherd és társai a vizsgálat során ezen „egyéb tényezők” közül figyelembe vették az egy főre eső tényleges jövedelmet, a munkanélküliségi rátát, a munkanélküli-segélyek mértékét, a nők-férfiak, fehérek-feketék-egyéb színes bőrűek és a 10-29 év közöttiek összlakosságán belüli arányát, a Republikánus Párt iránti preferencia nagyságát, az évente újonnan börtönbe kerülők számát, a testi sértések és rablások gyakoriságát, továbbá a rendőrségre és az igazságszolgáltatás működtetésére fordított kiadások mértékét (i. m. 13-16. o.).

³³ I. m. 2., 3. és 16. o.

³⁴ I. m. 25. o.

³⁵ I. m. 11. és 16. o.

³⁶ Mindezt a Nemzeti Fegyverszövetség (*National Rifle Association* – NRA) adott tagállami szervezete tagjainak számával mérték, mivel feltételezésük szerint a szervezet tagjainak száma korrelál a fegyvereknek a tagállamban való elterjedtségével.

³⁷ I. m. 16. és 30. o.

³⁸ Mivel a halálra ítélt és a kivégzés állami hatáskör, ezért ezek vonatkozásában értelemszerűen csak állami adatok állnak rendelkezésre.

³⁹ A nulla, két, illetve hat éves eltérést az indokolja, hogy az elemzett időszakban (vagyis 1977 és 1996 között) egy emberölési ügyben a letartóztatásra tipikusan nem sokkal a cselekményt követően, az ítélet meghozatalára átlagosan a letartóztatás után két évvel, míg a kivégzésre átlagosan a halálra ítéltést követő hatodik évben került sor. Az adott évhez képest két irányban is lefolytatott elemzést pedig a potenciális bűnelkövető azon feltételezett magatartása teszi érthetővé, hogy ő a cselekménye várható hatását egyrészt a múlt tapasztalatai, másrészt a jövőre irányuló várakozásai fényében egyszerre, egymástól el nem választva értékeli. (Vö.: i. m. 18-19. o.!)

földrajzi területet (megye helyett tagállami szint) stb., összesen 55 különböző modellt alkotva.⁴⁰ Mindezek alapján arra a következtetésre jutottak, hogy mind a letartóztatások, mind a halálra ítéletek (feltéve, hogy az adott tagállamban folynak kivégzések),⁴¹ mind maguk az *executiók* jelentős elrettentő hatással bírnak.⁴² Az utóbbira nézve azt állapították meg, hogy minden ténylegesen végrehajtott halálbüntetés évente átlagosan tizenhatalccal, de (a statisztikában szokásos 95 %-os valószínűség, azaz 5 %-os hibahatár lehetősége mellett) legalább nyolccal és legfeljebb huszonhatalccal csökkenti a kivégzést végrehajtó tagállamban az emberölések számát;⁴³ ezt a konzekvenciát pedig az egyéb tényezők emberölésekre való hatásával is számolva, az eredményt azokkal korrigálva vonták le.⁴⁴

Egy másik tanulmányában⁴⁵ Shepherd (immár önállóan) azt vizsgálta, hogy a halálra ítéletek és a kivégzések az emberölések mely fajtái tekintetében rendelkeznek visszatartó erővel, illetve hogy a halálson töltött hosszabb vagy rövidebb idő befolyásolja-e a gyilkosságok számának alakulását. Az előbbi kérdés tekintetében a szokásos faktorok elemzésbe történő bevonása mellett⁴⁶ figyelembe vette az 1977 és 1999 közötti halálra ítélet, kivégzési és a halálson levők aktuális létszámára vonatkozó, tagállami szinten összegzett adatokat, mégpedig havi bontásban, feltételezte ugyanis, hogy a potenciális gyilkosok viszonyulása egy emberölés elkövetésének gondolatához nemcsak évente egyszer, hanem ennél sokkal gyakrabban változik (változhat), ennélfogva az évi adatok ezen év közbeni módosulások mérésére nem alkalmasak, és így az éves adatok alapján levont következtetések kevésbé megalapozottak lehetnek.⁴⁷ Shepherd feltételezése szerint egy adott hónapban végrehajtott kivégzés alapvetően ugyanezen hónap emberölési statisztikáját befolyásolja,⁴⁸ tekintet nélkül arra, hogy arra a hónap mely napján került sor, mivel a kivégzések általában olyan sajtónyilvánosságot kapnak, amely már az elítélés vagy a kivégzés előtt is újságcikkek és

⁴⁰ Ezen 55 modell közül 49 szignifikáns, 4 másik pedig nem szignifikáns módon alátámasztotta a kutatás alaperedményeit. (Részletesen lásd: i. m. 26-29. o.!)

⁴¹ Ha azonban pusztán törvényi szinten létezik halálbüntetés, vagyis azt legfeljebb kiszabják, de soha nem hajtják végre, akkor elrettentő hatásról nem beszélhetünk, mivel az nem egy csupán deklarált, hanem egy ténylegesen is érvényesített szankcióhoz kapcsolódik. (Lásd: i. m. 21., 24-25. o.!)

⁴² Vö. például: i. m. 20-21., 23-24., 30. o.!

⁴³ Lásd: i. m. 26. és 30. o.!

⁴⁴ Ami ezen egyéb tényezőket illeti, Shepherdék szerint ezek közül az emberölési trendekre szignifikáns mértékű hatással a következők bírnak. A férfiak által nagyobb arányban lakott területeken több az emberölés; ugyancsak az átlagnál nagyobb volumenű az életellenes bűnözés a feketék által (és kisebb az egyéb színes bőrűek, valamint a tizenéves fiatalok által) sűrűbben lakott megyékben; nő a gyilkosságok aránya a Nemzeti Fegyverszövetség tagjai számának emelkedésével, azaz a fegyverekhez való minél szabadabb hozzáférés lehetővé tételével, a városiasodottság növekedésével, a munkanélküliek számának emelkedésével, a munkanélkülieknek adott juttatások mértékének csökkenésével, az egy főre eső jövedelem növekedésével (mivel ez nagyobb fizetőképes keresletet jelent a drogokra, erősítve az életellenes bűnözés egyik melegágyának számító kábítószer-kereskedelmet), valamint az egyéb erőszakos bűncselekmények (testi sértések és rablások) arányának emelkedésével. Ez utóbbi korreláció két okra vezethető vissza: egyrészt a testi sértések és a rablások elkövetésére részben hasonló okok vezetnek, mint az emberölések egyes fajtáinak megvalósítására (pl. düh, vita, féltékenység, anyagi haszonszerzés), másrészt az eredetileg nem kapitális bűntetteknek induló cselekmények gyakran fajulnak gyilkossággá, így értelemszerűen minél több az „alapcselekmény”, annál több lesz (azonos arányok, illetve valószínűség mellett) az emberölésig eljutó rablás és testi sértés is. (Vö.: i. m. 21-24. o.!)

⁴⁵ Shepherd, Joanna M.: *Murders of Passion, Execution Delays, and the Deterrence of Capital Punishment*. In: *Journal of Legal Studies*, Vol. 33, No. 2, 2004, 283-322. o. *Working paper in Internet*: http://people.clemson.edu/~jshephe/DPpaper_fin.pdf (40 o.).

⁴⁶ Shepherd (*working paper*), 14., 21. o.

⁴⁷ Például egy adott hónapban végrehajtott kivégzés elrettentő erejét (ami megmutatkozik a következő hónap emberölési statisztikájának alakulásában) egy néhány hónap múlva bekövetkező, ellenkező irányba ható esemény (például egy halálsonról való szabadon bocsátás) következtében megugró gyilkossági trend annullálhatja, éves szinten azt a fals eredményt hozva ki, hogy az adott évben a halálos ítéletek kiszabása és végrehajtása számának alakulása nem volt semmilyen hatással az életellenes bűncselekményekre. (Lásd: i. m. 4. o.!)

⁴⁸ I. m. 8. o.

televíziós hírműsorok garmadáijában ölt testet, így az esemény médiában való megjelenése önmagában képes kiváltani az elrettentő hatást.⁴⁹ Az esetleges hibák kiküszöbölésére azonban Shepherd nemcsak az adott hónap halálra ítéleseit és kivégzéseit vette alapul, hanem (egyebek mellett) a vizsgált és az az előtti 11 hónap mozgóátlagát,⁵⁰ sőt ez utóbbi súlyozott formáját⁵¹ is.⁵² Továbbá az adott tagállamban elkövetett emberölések számának hónapról hónapra történő alakulását nemcsak összességükben vizsgálta meg, hanem külön elemezte a családtagok, az ismerősök és az ismeretlenek egymás sérelmére megvalósított emberöléseit („*murders between intimates, acquaintances, and strangers*”), az erős felindulásban és az egyébként valamilyen „szenvedély” hatására elkövetett emberöléseket („*crime-of-passion murders*”), a más bűncselekményekkel összefüggésben, avagy azok folytatásaként véghezvitt gyilkosságokat („*murders committed during other felonies*”), valamint a feketék és a fehérek sérelmére elkövetett életellenes büntetteket is.⁵³

Mindezek alapján megállapította, hogy a halálra ítélesek minden gyilkossági alkategóriában (és ezáltal természetesen az emberölések összessége vonatkozásában is) csökkentették az életellenes bűncselekmények mértékét, illetve hogy a kivégzések (az ismeretlenek közötti relációt kivéve) szintén hasonló hatással jártak (míg az „idegen” gyilkosságoknak ugyan nem volt ilyen, de nem volt azzal ellenkező /brutalizációs/ hatása sem).⁵⁴ ⁵⁵ Mindebből pedig Shepherd részint azt a következtetést vonta le, hogy téves az a korábban a halálbüntetés ellenzői részéről oly gyakran hangoztatott nézet, miszerint a kapitális szankció bizonyos bűncselekményeket (különösen a családtagok közötti és a düh vagy szenvedély által inspirált emberöléseket) eleve nem képes befolyásolni,⁵⁶ ⁵⁷ részint azt, hogy mivel a halálos ítéletek meghozatala és azok tényleges végrehajtása hatására mind a feketék, mind a fehérek sérelmére megvalósított gyilkosságok csökkentek, ezért ha a halálbüntetés alkalmazása diszkriminatív is (vagy az lenne), az elrettentő erő semmiképpen sem az.⁵⁸ Shepherd ezen tanulmánya is – más kutatásokhoz hasonlóan – igyekezett számszerűsíteni az elrettentő hatást; az adatok elemzése alapján arra jutott, hogy egy-egy halálos ítélet kiszabása

⁴⁹ És ha ez a feltételezés mégsem állná meg a helyét (azaz ha egy adott hónapban történő kivégzés hat a következő hónap emberölési statisztikájára is /avagy csak arra hat/), akkor is sokkal pontosabb (két hónapnyi lebontású) képet kapunk, mint ha pusztán az éves hatásokat vizsgálánánk.

⁵⁰ Ennek alapján Shepherd a vizsgált hónapban való elrettentő hatás alapján szolgáló halálra ítélesei valószínűségeit az adott hónapban és az azt megelőző 11 hónapban meghozott halálos ítéletek, illetve az ugyanezen 12 hónapban elkövetett emberölések hányadosa; a kivégzési valószínűségeit pedig az ezen 12 hónapban kivégzettek, illetve halálra ítélték hányadosa alapján állapította meg.

⁵¹ Ennek indoka azon eshetőség, hogy a potenciális bűnöző választási preferenciáira (elkövesse-e vagy sem a gyilkosságot) nagyobb mértékben hathatnak a megfontolás idejéhez közelebb eső történések.

⁵² Lásd: i. m. 11-12. és 15-16. o.!

⁵³ I. m. 8. és 11. o.

⁵⁴ Vö. például: i. m. 1., 22-23., 25. és 28. o.!

⁵⁵ A megerősítő ellenőrzés során ugyan az az eredmény jött ki, hogy a kivégzéseknek az idegenek közötti gyilkosságokra nézve is létezik egy enyhe elrettentő hatása, ám ez az eltérés nem volt szignifikáns. (Vö.: i. m. 25. o.!)

⁵⁶ Lásd: i. m. 2., 23. és 28. o.!

⁵⁷ Shepherd szerint még a fokozott stresszhelyzetben, erős érzelmi állapotban megvalósított cselekményeket is megelőzi egy pillanatnyi mérlegelés, melynek során az illető számba veszi (vagy legalábbis „átfut az agyán”), hogy tettének milyen várható előnyei és hátrányai („hasznai” és „költségei”) lesznek, és ennek alapján fog dönteni arról, hogy az adott magatartást megvalósítja-e vagy sem.

⁵⁸ Vagyis akár színes bőrűeket, akár fehéreket, avagy akár színes bőrű, akár fehér áldozatot meggyilkolt személyeket ítélnék halálra, illetve végeznek ki, annak jótékony hatása mind a potenciális fehér, mind a potenciális színes bőrű áldozatok vonatkozásában jelentkezik. Konkrétan: a fehér áldozatot megölő gyilkos halálra ítélesei és kivégzése nemcsak a fehér, hanem a fekete áldozattal járó gyilkosságok számát is csökkenti. (Vö.: i. m. 24. és 28. o.!)

(feltéve persze, hogy a szóban forgó államban egyébként vannak kivégzések) 4,5, míg egy-egy kivégzés (további) három gyilkosságot akadályozott meg.⁵⁹

Ami a halálsoron töltött idő és az emberölésektől való visszatartó erő kapcsolatát illeti, arról Shepherd előzetes feltételezése az volt, hogy az idő múlásával az elrettentő hatás csökken. Ha ugyanis a gyilkosok a hosszabb ideig tartó halálsoron való tartózkodást preferálják a rövidebbel szemben (amit egyértelműen jelez az ilyen elítéltek döntő többségének azon magatartása, amely a kivégzés minden lehetséges módon való elodázásának megkísérlésében nyilvánul meg),⁶⁰ akkor a halálbüntetés kiszabása és annak végrehajtása között eltelt idő csökkentése, vagyis a kivégzés mihamarabbi bekövetkezése a visszatartó erő növekedésével kell, hogy járjon. Shepherd ezen kutatási hipotézisét a fenti adatok⁶¹ elemzésbe való bevonásával kísérte meg ellenőrizni, és ennek alapján arra az eredményre jutott, hogy egy adott tagállamban az évek múlásával a siralomházi fogság időtartamának folyamatos növekedésével (ami 1999-ben össznemzeti szinten már átlagosan 11 év 11 hónap volt) az emberölések számának folyamatos emelkedése járt együtt.⁶² Vagyis minél hosszabb az az idő, ami a halálos verdikt és a kivégzés között telik el, annál kisebb lesz az elrettentő hatás, és persze fordítva: minél rövidebb ez az időtartam, annál inkább nő a visszatartó erő mértéke.⁶³ „Természetesen” Shepherd mindezt számszerűsítve is megfogalmazta: ezek szerint minden egyes halálra ítélt halálsoron töltött idejének két és háromnegyed évvel való csökkentésével (ami a jelenleg halálsoron töltött átlagos időnek mindössze 23 %-os redukcióját jelenti)⁶⁴ egy-egy (amúgy bekövetkező) gyilkosság akadályozható meg.⁶⁵ Ezt igazolja egyébként szerinte az az ellenőrző vizsgálat is, amelyet az 1996 áprilisában hatályba lépett szövetségi terrorellenes törvény⁶⁶ hatását lemérve folytatott le,⁶⁷ amely törvény csökkentette a nemzetbiztonsági szempontból veszélyes bűnelkövetők jogorvoslati lehetőségeit, és ezáltal jelentősen meggyorsította a halálra ítélt személyek kivégzésének tényleges bekövetkeztét.

A halálsoron töltött idő lerövidítésének témakörében azonban Shepherd külön is felhívja a figyelmet arra, hogy vizsgálatai pusztán a kivégzések meggyorsításának társadalmi hasznáról szólnak, ám ennek vannak társadalmi költségei is.⁶⁸ Ha ugyanis csökkentjük a halálos verdikt kimondása és annak végrehajtása között eltelt időt, ez szükségképpen azzal jár, hogy a jogorvoslati lehetőségek száma is mérséklődik, azaz megnő a veszélye annak, hogy egy ártatlan kivégzésre kerüljön sor. Épp ezért pusztán annak alapján, hogy a gyorsabban bekövetkező kivégzés nagyobb elrettentő hatással bír, nem szabad csökkenteni a fellebbezési, felülvizsgálati és kegyelmi eljárások számát és idejét; azt csak akkor szabad megtenni, ha az egyéb, jövőben lefolytatandó vizsgálatok arra az eredményre jutnak, hogy az nem fog együtt járni a justizmordok reális veszélyének emelkedésével, vagy legalábbis akkor, ha ezen jövőbeli kutatások szerint annak előnyei jelentősen felül fogják múlni a hátrányokat.

A harmadik, Shepherd nevéhez fűződő kutatás ismét Hashem Dezhbakhsh-sal együttműködésben, de – az elsővel ellentétben – már Paul H. Rubin részvétele nélkül zajlott le;

⁵⁹ Shepherd még azt is részletezte, hogy a megakadályozott gyilkosságok az egyes, fent említett emberölési alkategóriák között milyen arányban oszlanak meg. (Lásd ehhez: i. m. 23-24. o.!)

⁶⁰ Vö.: i. m. 2. és 9. o.!

⁶¹ Shepherd az 1977 és 1999 közötti, havi lebontású, tagállami szintű emberölési, halálra ítélet, kivégzési és ezek alapján megállapítható halálsoron töltött átlagos időre vonatkozó statisztikai adatokat vette figyelembe.

⁶² I. m. 26., 27. és 28. o.

⁶³ A hatás teoretikus indoka az lehet, hogy egy távoli és épp ezért meglehetősen bizonytalan kimenetelű szankció kevésbé hat a potenciális bűnöző döntésére, mint egy közeli és ezáltal sokkal kézzelfoghatóbb jogkövetkezmény.

⁶⁴ I. m. 27. o.

⁶⁵ Vö.: i. m. 2., és 27. o.!

⁶⁶ *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996.*

⁶⁷ Lásd: i. m. 27-28. o.!

⁶⁸ Vö.: i. m. 27. o.!

e felmérés eredményeinek publikálására 2004-ben került sor.⁶⁹ Ebben Shepherd és Dezhbakhsh egy időintervallumát tekintve minden korábbinál részletesebb, 1960 és 2000 közötti adatok alapján dolgozó analízist folytatott le, mely felölelte mind az Egyesült Államokban 1972-ben bevezetett moratórium előtti, mind az az alatti, mind az annak 1976-os feloldását követő éveket. A tagállami kiterjedésű elemzés azonban az egyes államok vonatkozásában nem mindig a nemzeti szintű moratóriumhoz igazodott (csak ott, ahol a halálbüntetés alkalmazásának felfüggesztése vagy visszaállítása a *Supreme Court* döntéseivel egybeesett), hanem az adott állam tekintetében irányadó eltörlési, illetve visszaállítási időponthoz.⁷⁰ Ez a mintavételi módszer pedig lehetővé tette Shepherdek számára, hogy (ezen vonatkozásban legalábbis) áthidalják az aggregációs problémát, vagyis a tagállamok emberölési statisztikáinak változásait mindig az adott tagállamban (és nem a nemzeti szintű átlag tekintetében) irányadó jogi helyzethez tudják rendelni. A változások hatását (legyen szó akár a moratórium bevezetéséről, akár annak eltörléséről) háromféle módszerrel mérték. Az első módszer alapján összehasonlították a változás (tehát egyrészt a halálbüntetés megszüntetése, másrészt annak a visszaállítása) előtti és utáni egy év emberölési statisztikáit; a második módszer révén ugyanezt az adott változást megelőző két évben, illetve az azt követő ugyancsak két esztendőben véghezvitt emberölések számának évi átlaga alapján tették meg; a harmadik módszer pedig az adott eseményt megelőző és követő három év emberölési átlagát vette figyelembe.⁷¹ ⁷² A kutatás Shepherdek számára egyértelmű eredményhez vezetett: a moratórium bevezetése után szinte minden államban nőtt az emberölések száma, míg a halálbüntetés törvényi szintű revideálását követően az államok nagy részében a gyilkosságok száma szignifikáns mértékben csökkenni kezdett; ez pedig szerintük nyilvánvalóan azt igazolja, hogy az a tétel, miszerint a halálbüntetés elrettentő hatással rendelkezik, megalapozott.⁷³

⁶⁹ Dezhbakhsh, Hashem – Shepherd, Joanna M.: The Deterrent Effect of Capital Punishment: Evidence from a Judicial Experiment. In: American Law & Economics Association Annual Meetings, Paper 18, February 2004. Working paper: Berkeley Electronic Press: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=alea> (30 o.).

⁷⁰ Ebből következik, hogy az elemzésbe nem vontak be Shepherdek minden államot, csak azokat, amelyekben 1960 és 2000 között sor került (akár önálló, szuverén döntéssel, akár a Legfelsőbb Bíróság határozataihoz kényszerűen igazodva) a kapitális szankció alkalmazásának törvényi megszüntetésére, illetve annak visszaállítására. Ezáltal a halálbüntetés eltörlése hatásának vizsgálatából értelemszerűen kimaradtak azok az államok, amelyekben 1960-ban már nem létezett ez a szankció, az újra bevezetés elemzéséből pedig azok, amelyek az eltörlés után 2000-ig nem állították azt vissza. A mintavétel nagyságát azonban e szűkítések mellett némileg növelte az a tény, hogy volt néhány olyan állam, amely a vizsgált időszakban kétszer is eltörölte, illetve visszaállította a halálbüntetést; ezen államok vonatkozásában a szerzőpáros ezeket az aktusokat önálló eseményekként értékelte. Végül talán a legfontosabb, a kutatás eredményeinek hitelességét a leginkább alátámasztó következmény, hogy Shepherdek a moratórium bevezetésén és megszüntetésén (azaz a halálbüntetés eltörlésén és visszaállításán) mindig azt az időpontot értették, amikor az ominózus eseményre az épp vizsgált államban sor került (tehát például Új-Mexikóban, ahol 1969-ben törölték el és 1979-ben állították vissza a halálbüntetést, az emberölési trendek alakulását e két időponthoz, nem pedig az 1972-es és 1976-os évhez viszonyítva vizsgálták). (Vö.: i. m. 2-3.!)

⁷¹ Tehát azon – tipikusnak tekinthető – amerikai állam vonatkozásában, amelyben 1972-ben vezették be a kivégzési moratóriumot, és azt 1976-ban szüntették meg, a halálbüntetés megszűnésének hatását lemérendő összehasonlították először az 1971-es és az 1973-as évek emberölési számait, majd az 1970-1971 és az 1973-1974 közötti évek évi gyilkossági átlagait, végül az 1969-1971 és az 1973-1975 közötti esztendők éves emberölési átlagait; a kapitális szankció visszaállításának, illetve bevezetésének hatását lemérendő pedig először az 1975-ben és 1977-ben, majd az 1974-1975 és 1977-1978 között, végül az 1973-tól 1975-ig és az 1977-től 1979-ig terjedő időszakban elkövetett éleltenes bűncselekmények éves átlagot adó számait vetették össze egymással. (Lásd: i. m. 10. és 13-14. o.!)

⁷² E módszerek alkalmazása a szerzőpáros szerint már csak azért is meggyőző eredményekre vezet, mert ilyen rövid, alig néhány éves időszakok alatt az emberölésekre hatással bíró egyéb (demográfiai, gazdasági stb.) tényezők csak alig észrevehető mértékben változnak; az emberölési arányok esetleges radikális módosulása tehát ebben az esetben csak a jogi környezet megváltozásának tudható be. (I. m. 2. o.)

⁷³ I. m. 1-2., 14-15., 18., 20-23., 25. és 27. o.

Mindezt a számok nyelvére lefordítva: a kapitális szankció kiiktatását követő évben az emberölések gyakorisága átlagosan 9,3 %-kal volt nagyobb, mint a moratórium bevezetését megelőző esztendőben; az ezt követő két év gyilkossági átlaga 16,3 %-kal múlta felül az az előtti két év emberölési rátáját; míg a moratórium előtti és utáni három-három év emberölési trendjének összehasonlítása már 20,9 %-os emelkedést mutat.⁷⁴ (Ha pedig a tagállami moratóriumok éveinek⁷⁵ emberölési arányait a moratórium előtti évek gyilkossági rátáival hasonlítjuk össze, akkor összességében 22,5 %-os növekedést tapasztalhatunk.)⁷⁶ Az egyre növekvő mértékű eltérés Shepherd és Dezhbakhsh szerint annak tudható be, hogy a halálbüntetés megszüntetésének évét követően a bűnözők egyre fokozódó mértékben hajlottak az emberölésre (aminek mögöttes oka a halálbüntetés egyre távolabbi múltba vesző emléke és egyre halványuló elrettentő hatása lehetett), így az emberölések éves átlaga is egyre nagyobb mértékben emelkedett.⁷⁷ A halálbüntetés visszaállításának évéhez viszonyítva pedig az azt követő esztendőben 8,3 %-kal, az azt követő két év átlagában 8,2 %-kal, az az utáni három esztendő átlagában pedig 4,1 %-kal csökkent a gyilkosságok száma az azt megelőző egy évhez, illetve az az előtti két és három év átlagához képest.⁷⁸

Más oldalról megközelítve a kérdést: a halálbüntetés abolíciója az azt megszüntető (felfüggesztő) tagállamok 91 %-ában a gyilkosságok számának emelkedésével, annak visszaállítása pedig az azt (újra) bevezető államok 70 %-ában az emberölések mértékének mérséklődésével járt együtt.⁷⁹ Ebből az is látható, hogy a halálbüntetés visszaállításának (bevezetésének) nem volt olyan drámai hatása az emberölési trendekre, mint a kapitális szankció eltörlésének, amely ténynek Dezhbakhsh-ék szerint több oka is lehet. Először is a legtöbb tagállam 1972-ben, a *Supreme Court* határozata révén függesztette fel a legsúlyosabb jogkövetkezmény alkalmazását, amely döntés nem egyszerűen megtiltotta a halálos ítéletek kiszabását, hanem egyszersmind több száz halálsoron levő személy halálos ítéletének átváltoztatását is eredményezte, ennél fogva ekkor két hatás is összeadódott, míg a kapitális szankció visszaállítása esetében csak magának a jogi helyzetnek a változása következett be. Másodszor az eltörlés az államok nagyobbik részében egyszerre, hirtelen állt be, míg a visszaállítás folyamatosan, két évtizeden át elhúzódva történt meg, így az abolíció sokk-szerű hatása jelentősebb volt, mint az újbóli bevezetés kevésbé drámai folyamata. Végül pedig (és ez a legvalószínűbb magyarázat) a halálbüntetés megszüntetésének azért volt az emberölésekre nézve nagyobb hatása, mert az szükségszerűen együtt járt a kivégzések tilalmával, míg ezen szankció törvényi visszaállítása (ahogy arra több példa is van) nem eredményezte automatikusan a kivégzések gyakorlatának újbóli felélesztését, az csupán annak a lehetőségét teremtette meg.⁸⁰

Annak érdekében azonban, hogy megállapítható legyen: valóban a moratórium bevezetése, illetve eltörlése volt az, ami kihatott az emberölések alakulására, és nem pusztán arról van szó, hogy a gyilkossági trendek egyszerűen csak követték az összбűnözés mértékének a változásait, Shepherd és Dezhbakhsh elvégezte a fenti tagállami szintű összehasonlítást a vizsgált időszakot (1960-2000) alapul véve a vagyon elleni bűncselekmények alakulása tekintetében is.⁸¹ Ha ugyanis a vagyon elleni bűncselekmények az éppen vizsgált tagállamok

⁷⁴ Vö.: i. m. 10. o.!

⁷⁵ Ez a tagállamok nagy része esetében négy év (1973-1976), kisebb részük esetében viszont ennél több (a New York-i moratórium tartott a legtovább, 30 évig).

⁷⁶ Vö.: i. m. 12. o.!

⁷⁷ I. m. 10. o.

⁷⁸ Vö.: i. m. 10. o.!

⁷⁹ Vö.: i. m. 14. és 15. o.!

⁸⁰ Vö.: i. m. 16. és 18. o.!

⁸¹ Azért csak a vagyon elleni deliktumokat vették figyelembe, és azért hagyták ki az erőszakos cselekményeket, mert ez utóbbiakat gyakran hasonló motívumokból valósítják meg, mint a gyilkosságokat, illetve mert az emberölések egy része épp ezen egyéb erőszakos bűntettek folytatásaként, vagy azokkal szoros összefüggésben

nagy része vonatkozásában együtt mozognak a kivégzési moratórium előtt, alatt és után mért emberölési folyamatokkal, akkor feltételezhetjük, hogy a két bűncselekménytípusra egy közös ok hat, ami (lévén, hogy a vagyon elleni deliktumok halállal nem büntethetők) nem lehet a halálbüntetés jogi helyzetének a változása. Shepherdék azonban azt tapasztalták, hogy ugyan a halálbüntetés tilalmának bevezetését követően (az emberölésekhez hasonlóan) nőtt a lopások, autólopások stb. száma, azonban ezek mértéke (immáron ellentétben a gyilkosságok számával) a halálbüntetés jogi revidálását követően is emelkedett. Ez pedig Shepherd és Dezhbakhsh szerint azt jelenti, hogy a vagyon elleni bűncselekmények változása független az életellenes bűnözés alakulásától, vagyis (ahogy az szerintük várható is volt) nem az össz-bűnözésre kiható általános trendek befolyásolják a gyilkosságok elkövetését (mert akkor azok éppúgy kellene, hogy befolyásolják a lopások elkövetését is), hanem azok (mármint az emberölések) tekintetében a bűnözésre általában ható faktorokon kívüli speciális tényezők bírnak hatással. Ezen speciális tényezők legfontosabbika pedig a halálbüntetés léte, illetve annak tényleges alkalmazása, a kiszabott halálos ítéletek effektív végrehajtása.⁸²

Shepherd kutatási eredményei azonban nem maradtak kritika nélkül; ezek közül különös figyelmet érdemel Fagan, Zimring és Geller közös tanulmánya az „új elrettentés” cáfolatának kísérletéről, valamint Donohue és Wolfers esszéje. Ami először is Faganék elemzését⁸³ illeti, ők abból indulnak ki, hogy amennyiben a halálbüntetésnek (akár annak törvényi lehetővé tételének, akár kiszabásának, akár tényleges végrehajtásának)⁸⁴ elrettentő ereje van, úgy ez elsősorban (vagy éppen kizárólag) azokat a gyilkosságokat érinti, amelyekre az adott állam törvénye lehetővé teszi a kapitális szankciót, míg a többi emberölésre – lévén, hogy azok elkövetése nincs halállal fenyegetve – ez a hatás nem terjed ki.⁸⁵ Ezért már kiindulópontjukban elhibázottnak tartják mindazokat az ökonometriai kutatásokat, amelyek nem különböztetik meg a gyilkosságok ezen két fajtát, és amelyek így eredményeiket olyan emberölésekre is vonatkoztatják, amelyek – Fagan és társai szerint – a halálbüntetés visszatartó hatása szempontjából elvileg sem bírhatnak relevanciával.⁸⁶ Mivel pedig a közgazdászok által lefolytatott, az elrettentési tételt igazolni vélő elemzések – egyetlen kivétellel – ezt a disztinkciót nem veszik figyelembe, ezért eredményeik is megbízhatatlanok, érdemi bizonyítékok szolgáltatására alkalmatlanok lesznek. Az egyetlen ökonometriai felmérés, amely Fagan, Zimring és Geller szerint legalább a kutatási hipotézis felállítása során tekintetbe veendőnek tartotta az emberölések különböző fajtái szerinti differenciálást, az éppen Shepherd egyik (általunk másodikként bemutatott) tanulmánya volt. Azonban Faganék véleménye az, hogy végeredményben ez az analízis sem határozta meg az emberölések különböző, akár a törvények, akár a tudomány által megkülönböztetett nemeit (kivéve az „indulati emberöléseket”), így deklarált célját, az egyes gyilkossági fajtáknak az esetleges elrettentő hatás szempontjából történő differenciált elemzését nem valósíthatta meg.⁸⁷ (Valójában azonban Gellerék e kritikája – mint korábban láttuk – nem helytálló, hiszen Shepherd nemcsak a „szenvedély által inspirált” emberöléseket, hanem a gyilkosságok hat másik, a kriminológiai szakirodalom által fontosnak tartott fajtáját is külön-külön bevonta elemzésébe.)

Fagan és társai kritikája azonban legfőképpen saját, önálló kutatásukon alapul, mely annak feltárására irányul, hogy az utóbbi évtizedekben a kifejezetten halálbüntetéssel fenyegetett gyilkosságok aránya hogyan alakult a kapitális szankcióval nem sújtható

követtetik el, így a két büntetési kategóriába tartozó deliktumok számának esetleges együttmozgása érdemi következtetések levonására nem alkalmas. (I. m. 24. o.)

⁸² Vö.: i. m. 3., 24-26. és 27. o.!

⁸³ Fagan, Jeffrey – Zimring, Franklin E. – Geller, Amanda: Capital Punishment and Capital Murder: Market Share and the Deterrent Effects of the Death Penalty. In: Texas Law Review, Vol. 84, 2005-2006, 1803-1867. o.

⁸⁴ I. m. 1813. és 1834. o.

⁸⁵ I. m. 1806., 1809., 1810., 1822. és 1824. o.

⁸⁶ I. m. 1807-1810. o.

⁸⁷ I. m. 1810. o.

emberölésekhez képest. Feltevésük szerint ugyanis a halálbüntetés – mint már említettük – csak az előbbiekre bír hatással; ha tehát az elrettentő erő létezik, akkor a halálbüntetés bevezetése, eltörlése vagy alkalmazásának radikális módosulása következtében az emberölések előbbi csoportjába tartozó bűntettek elkövetési gyakoriságának nagyobb arányban kell változnia, mint az utóbbi csoportba sorolható szándékos életkioltásoknak, ellenben ha a tendenciák a két gyilkossági kategória vonatkozásában hasonlóknak mutatkoznak, akkor ez azt mutatja, hogy valamilyen általános, a halálos szankción kívüli egyéb tényező (vagy tényezőegyüttes) hat az emberölésekre.⁸⁸ Ennek megállapítása érdekében az FBI Egységes Bűnügyi Nyilvántartása (*Uniform Crime Report*) Kiegészítő Emberölési Nyilvántartásának (*Supplementary Homicide Report*) adatai alapján az 1976 és 2003 közötti összes (szám szerint 494 729), az Egyesült Államok területén elkövetett emberölést besorolták vagy (meghatározott elkövetési körülmények mint tipikus minősítő faktorok⁸⁹ megléte esetén) a halállal sújtható gyilkosságok, vagy (ilyen minősítő körülmények hiánya okán) a halállal nem büntethető emberölések csoportjába, majd ugyanezt megtették a legtöbb kivégzést végrehajtó állam, Texas,⁹⁰ továbbá az ugyancsak legtöbb kivégzést végrehajtó megye, a texasi Harris County⁹¹ vonatkozásában is.^{92 93}

Az adatok elemzése révén arra az eredményre jutottak, hogy össznemzeti szinten az emberölések csaknem 25 (egészen pontosan 24,5) %-a⁹⁴ tartozik a halálbüntetéssel fenyegetett „*capital murder*” kategóriájába, és ez a tagállamok keresztmetszeti összehasonlítását elvégezve nagyjából hasonló mind a halálbüntetést ismerő, mind az azt nem ismerő, továbbá ugyancsak hasonló mind a kivégzésekkel ténylegesen élő, mind az azt a gyakorlatban nem alkalmazó államokban;⁹⁵ sőt ez az arány még Texasban sem tér el szignifikánsan a nemzeti átlagtól.^{96 97} Ugyancsak az elrettentő hatás hiányának téziséét támasztja alá Fagan, Zimring és Geller szerint az, hogy a halállal sújtható bűntetteknek az összes emberöléshez viszonyított aránya az idők során hasonló módon változott a halálbüntetéses, mint a nem halálbüntetéses államokban; valamint az is, hogy egy-egy meghatározott juriszdikció vonatkozásában a halálbüntetés bevezetése, illetve visszaállítása után a halállal sújtható deliktumok aránya nem csökkent nagyobb mértékben annál, mint amilyen mértékben az összes gyilkosságok száma csökkent a bevezetés (visszaállítás) előtti évekhez képest.⁹⁸ Vagyis Faganék igazolva látják azt a nézetet, miszerint az emberölési trendeket nem a halálbüntetés befolyásolja, pontosabban nem befolyásolja nagyobb mértékben, mint más súlyos szankciók. Ez azt is jelenti, hogy Geller és társai nem magát az „elrettentési tételt” tagadják, hanem a kapitális szankció „marginális” (más büntetésekhez képesti „plusz”) elrettentő hatását, azaz állításuk szerint a gyilkosságoktól való visszatartó erő létezik ugyan, de az nem nagyobb a halálbüntetés esetében sem, mint például az életfogytig tartó szabadságvesztés esetén.⁹⁹

A marginális elrettentő hatást megcáfolni kívánó fenti elemzés sikere azonban egyetlen lényeges előfeltevésen nyugszik: jelesül hogy a halálbüntetés elrettentő ereje (ha létezik) tényleg csak az egyébként halállal fenyegetett gyilkosságokra bír hatással, avagy az

⁸⁸ I. m. 1811-1812. o.

⁸⁹ A szerzőhármás által figyelembe vett minősítő körülményekre nézve lásd: i. m. 1814-1819. o.!

⁹⁰ Az 1976-2003 között végrehajtott 1032 halálbüntetés közül 369-re Texasban került sor. (Lásd: i. m. 1827. o.!)

⁹¹ A 369 texasi kivégzés közül 90-et itt hajtottak végre. (Vö.: i. m. 1828. o.!)

⁹² I. m. 1812-1813. és 1821. o.

⁹³ Zimringék preconcepciója ugyanis az volt, hogy ha egyáltalán bárhol az USA-ban létezik a halálbüntetésnek elrettentő hatása, akkor annak leginkább a halálos szankciót a legkövetkezetesebben alkalmazó Texasban, illetve Harris Countyban kell megmutatkoznia.

⁹⁴ I. m. 1821. o.

⁹⁵ I. m. 1822., 1827., 1853. és 1859. o.

⁹⁶ I. m. 1829-1831., 1853-1857. és 1860. o.

⁹⁷ Texasban a „*capital murders*” aránya (a gyilkosságok egészén belül) 21,1 %. (Vö.: i. m. 1822. o.!)

⁹⁸ Vö.: i. m. 1826-1827. és 1845-1860. o.!

⁹⁹ Vö.: i. m. 1832-1833. és 1859-1860. o.!

befolyásolja a többi, „egyszerű” emberölést is. Azt ugyanis maguk Faganék sem tagadják, hogy a halálbüntetés törvényi bevezetése, illetve tényleges alkalmazásának kiszélesítése után általánosan érvényesülő tendenciaként szinte mindenhol csökkent az emberölések száma;¹⁰⁰ ők csak azt állítják, hogy ez a csökkenés nem volt nagyobb mérvű a „*capital murders*” esetében, mint az összes emberölés vonatkozásában. Ha azonban helytállóan bizonyulna az elrettentő hatásban „hívó” szerzők azon véleménye, miszerint a kapitális szankció minden emberölésre hat, akkor Fagan és társai cáfolatának megalapozottsága megkérdőjeleződne. Az elrettentő hatás közgazdász pártolói szerint pedig a helyzet éppen ez: vagyis a potenciális gyilkosok tudatában pusztán az a tény jelenik meg, hogy az adott jogrendszerben van halálbüntetés; hogy ez a gyilkosságok esetében alkalmaztatik; és hogy ezáltal az élet bűncselekmény általi elvétele magával vonja a jövőbeni kivégzés veszélyét. Ezzel szemben a potenciális gyilkosok nagy része (akiknek többsége egyébként is alacsony intellektusú ember) nem „jogászkodik”, nem mérlegeli előzetesen, hogy pontosan milyen elkövetői magatartásokat szabad és melyeket nem szabad megvalósítania ahhoz, hogy az adott emberölési cselekmény jogilag ne minősüljön „főbenjáró” gyilkosságnak (például hogy a bírói gyakorlat szerint hány késszúrástól minősül egy emberölés „különösen kegyetlennek” stb.), hanem csupán a konkrét választási helyzetben az agyában villanásnyi időre felbukkanó gondolatát fogja befolyásolni (egyebek mellett) az a tény, hogy az „emberi élet kioltása” akár halállal is büntethető. Lisa Stolzenberg és Stewart J. D’Alessio például azt írja, hogy „a potenciális elkövető elméjében a kognitív kapcsolat sokkal inkább a végső jogi szankció, a halál [ti. az áldozat halála] és az emberölési tett között, mintsem [az előzőek és] az emberölés bármely önkényesen meghatározott jogi altípusa között létezik”;¹⁰¹ Shepherd szerint pedig „az, hogy egy elkövetőt <<főbenjáró>> gyilkosság miatt fognak-e elítélni, gyakran a védői munka színvonalától, az ügyész vádról határozó döntésétől, illetve az esküdtszéki verdiktől függ, ezért a legtöbb gyilkos eleve nem is tudhatja előre, hogy az ő cselekménye végül is <<főbenjárónak>> fog-e minősülni, vagy nem”.¹⁰²

Faganék cáfolási kísérletéhez képest megalapozottabb kritikáját adta Shepherd (és kisebb részben más elrettentés-párti szerzők) véleményének John J. Donohue és Justin Wolfers. Tanulmányukban mindenekelőtt arra mutattak rá, hogy az USA-ban a halálbüntetés a gyilkosságokhoz viszonyítva olyan ritkán alkalmazott szankciónem, hogy annak változásai csak elenyésző mértékben befolyásolhatják az emberölési trendeket; ez utóbbiak időszakos ingadozásai tehát egyéb faktorok hatására következnek be.¹⁰³ Így például míg 2003-ban 16 503 emberölést követtek el, addig ugyanebben az évben mindössze 144 halálos ítéletet hoztak; és az ugyanezen évben halálsoron levő 3 374 személyből is mindössze 65-öt végeztek ki.¹⁰⁴ Az elrettentő hatás gondolatával szembeni elvi averziót azonban nem pusztán spekulatív, hanem empirikus módon kívánták alátámasztani, mégpedig alapvetően két különböző módszerrel: ezek közül az egyik a halálbüntetést ismerő és az azt nem ismerő országok és amerikai tagállamok emberölési trendjeinek azonos időszakra vonatkozó összehasonlító elemzése, a másik pedig a korábbi, a halálbüntetés visszatartó erejét kimutatni vélő kutatások némileg megváltoztatott módszertanon vagy adatbázison alapuló ismételt lefolytatása volt.

Ami az előbbit illeti: a szerzőpáros először is összevetette a két szomszédos ország, az Egyesült Államok és Kanada gyilkossági statisztikáit, és arra jutott, hogy bár az emberölések egységnyi lakosra vetített aránya eltérő, változásuk iránya, magnitúdója és ideje meghökkentő hasonlóságot mutat, noha sem a jogi helyzet változásai, sem a halálbüntetés tényleges

¹⁰⁰ Vö.: i. m. 1827. és 1859. o.!

¹⁰¹ Stolzenberg, Lisa – D’Alessio, Stewart J.: Capital Punishment, Execution Publicity and Murder in Houston, Texas. In: Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 94, No. 2, 2003-2004, 363. o.

¹⁰² Shepherd: Murders of Passion, Execution Delays, and the Deterrence of Capital Punishment, 9. o.

¹⁰³ I. m. 794. o.

¹⁰⁴ Vö.: i. m. 795. o.!

alkalmazásának módosulásai nem estek a két vizsgált országban egybe.¹⁰⁵ Ugyanerre az eredményre jutottak akkor is, amikor azon amerikai tagállamokat hasonlították össze egymással, amelyekben 1960-2000 között bevezették vagy eltörölték a legszigorúbb büntetési nemet, illetve amelyekben (összesen hat ilyen állam volt) ugyanezen időszak alatt egyáltalán nem létezett a halálbüntetés, és amely utóbbiakban ezáltal sem a Furman-, sem a Gregg-határozatnak¹⁰⁶ nem volt, nem lehetett semmilyen hatása. Mégis: a tagállamok gyilkossági arányainak változása (mind irányuk, mind növekedésük vagy csökkenésük mértéke, mind ezen trendek kezdete és vége) nagy mértékben azonos volt, ami nyilvánvalóan nem történhetett volna meg akkor, ha a kivégzések befolyással bírtak volna az emberölésekre.¹⁰⁷ Végül pedig Donohue-ék elemzése szerint a gyilkossági trendek mozgása adott időszakban (adott években) hasonlóan bizonyult mind azon államok vonatkozásában, amelyekben a vizsgált időszakban változás történt a halálbüntetés jogi státusában vagy végrehajtásának gyakoriságában, mind azokban a jurisdikciókban, ahol ugyanezen időszak alatt az előbbieket egyikében sem következett be lényeges módosulás.¹⁰⁸

A második módszer, vagyis a korábbi kutatások elemzési keretei egyes összetevőinek apró megváltoztatása Wolfers és Donohue szerint szintén arra enged következtetni, hogy az elrettentő hatás nem létezik, vagy legalábbis az statisztikailag nem kimutatható. Például ha Shepherd (és Hashem Dezhbakhsh) 1960 és 2000 közötti adatokon alapuló, általunk harmadikként bemutatott vizsgálatában a fix hatásokat éves helyett évtizedes léptékűvé változtatjuk át (vagyis az „egyéb tényezők” lényegi azonosságát nagyobb időszakra nézve tartjuk igaznak, mint Shepherd), akkor a standard hiba közel háromszor akkora lesz, mint Shepherdek elemzésében, ami már eltüntetné az eredmények statisztikai szignifikanciáját.¹⁰⁹ Ugyanígy nem támasztotta volna alá a szerzőpáros kutatása az elrettentő hatás tételét akkor sem, ha a független változót az egy adott államban végrehajtott kivégzések abszolút száma helyett a kivégzések 100 000 lakosra vetített arányában határozták volna meg.¹¹⁰ Shepherd, Dezhbakhsh és Rubin közös felmérésének eredményei hasonlóan törekenyek: pusztán a republikánus párti szavazatok elemzésbe bevonásának mellőzése (amely a kutatási hipotézis szerint az emberek bűnözéssel szembeni viszonyulását és az állami szankciórendszer jellegének kialakítására való hatását volt hivatott mérni) nem egyszerűen azzal járna, hogy nem lehetne kimutatni az elrettentő hatást, hanem azzal, hogy az így megállapított eredmények egyenesen a halálbüntetés brutalizációs hatását „támasztanák alá”.¹¹¹ Hasonlóképpen: ha kivennénk az analízis köréből akár Texast, akár Kaliforniát, akkor össznemzeti szinten már nem lehetne megállapítani a halálbüntetés visszatartó erejét;¹¹² és általában véve ugyanez a helyzet (nem csak Shepherd elemzéseivel vonatkozásában) az alkalmazott statisztikai módszer, az adatfelvételi időszak, a kutatásba bevont „egyéb tényezők” köre vagy sok más, első pillantásra akár teljesen esetlegesnek és elhanyagolhatónak tűnő elem megváltoztatása esetén, amelyek csaknem bármelyikének módosítása egy rendkívül tág hibahatárhoz vezetne (amely akár több tucatnyi megmentett ártatlan ember életétől szintén több tucatnyi elveszített emberi életig terjedne) –

¹⁰⁵ Lásd: i. m. 798-800. o.!

¹⁰⁶ *Furman v. Georgia* 408 U.S. 238 (1972), illetve *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153 (1976). Előbbi alkotmányellenesnek mondta ki a tagállamok addig alkalmazott gyakorlatát, utóbbi pedig elimerte az 1972-t követően átalakított tagállami halálbüntetési szabályozások alkotmányosságát. A két döntés jelentősége az volt, hogy 1972 után nem lehetett senkit kivégezni, az 1976-os esztendő követően viszont erre újra lehetőség nyílt. (A határozatok elemzését részletesebben lásd: Tóth J. Zoltán: A halálbüntetés II. világháború utáni története az Egyesült Államokban – alapjog-történeti szempontból. Jogtudományi Közlöny, 2008/2. szám, 104-114. o.!)

¹⁰⁷ Vö.: i. m. 800-802. o.!

¹⁰⁸ Lásd: i. m. 802-804. és 806-809. o.!

¹⁰⁹ Vö.: i. m. 805. o.

¹¹⁰ I. m. 1815. o.

¹¹¹ I. m. 825-826. o.

¹¹² I. m. 826. o.

ezen semmitmondó eredmény pedig mind jogpolitikai, mind tudományos szempontból használhatatlan lenne.¹¹³ Ha pedig ez így van (márpedig Donohue-ék szerint így van), akkor az elrettentő hatással kapcsolatos kutatások megállapításai – önkényesen kiválasztott adatokon és metódusokon alapulván – maguk is szükségképpen önkényesek és véletlenszerűek lesznek, ezért tehát nem lehet bizonyossággal állítani, hogy a halálbüntetésnek bármilyen (akár elrettentő, akár brutalizációs) hatása lenne.¹¹⁴

Donohue és Wolfers az ökonometriai kutatások által a kivégzések és az emberölési arányok változásai között megállapított korrelációra több, a halálbüntetés elrettentő hatásán kívüli magyarázatot is elképzelhetőnek tartott. Például szerintük indokolhatja a kettő együttmozgását az a tény, hogy a szigorú büntetőpolitika (amelynek része ugyan a halálbüntetés is, de része például a szabadságvesztések, és ezen belül is különösen az életfogytig tartó fegyházbüntetések növekvő alkalmazása, a börtönkörülmények szigorítása stb.) az, ami az életellenes bűnözés volumenét mérsékli, vagyis az emberölések számának csökkenése valójában nem a halálbüntetésnek, hanem általában véve az azzal együtt járó szigorodó büntetési rendszernek köszönhető. Az is lehetséges továbbá, hogy a létező korreláció az elrettentési tételt magukénak vallók álláspontjával szemben egy fordított okozatosságot takar; azaz hogy nem a halálbüntetések hatnak az emberölésekre, hanem az emberölések a kivégzésekre. Végül előfordulhat, hogy olyan okok is közrejátszanak a csökkenő vagy növekvő emberölési trendek alakításában, amelyeket soha senki sem mért; és nehéz egzakt empirikus választ adni arra, hogy ezek hogyan hatnak akár az emberölésekre, akár azoktól függetlenül pusztán az állami büntetőpolitikára (így akár a halálbüntetések alkalmazásának módosulására), akár egymásra.¹¹⁵ Ezenkívül megpróbáltak választ találni arra a kérdésre is, hogy noha szerintük az újabb ökonometriai kutatások csak meghatározott, nagyon pontosan kiválasztott specifikációk esetén mutatnak szignifikáns mértékű összefüggést a gyilkosságok és a halálbüntetés között, és ezek legkisebb módosítása inszignifikáns eredményekre vezetne, mégis miért nem említik meg a szerzők az általuk publikált tanulmányokban, hogy a legtöbb specifikáció nem adna értékelhető eredményt. Erre ugyancsak több, bár egymással részben összefüggő magyarázattal szolgálnak: ilyen például az „asztalfiók-probléma”, amely szerint a kutatók nem tartják relevánsnak azokat a megállapításokat, amelyek pusztán arról szólnak, hogy adott tények vagy folyamatok között nincs szükségszerű kapcsolat, ezért ezeket inkább elhallgatják, úgy gondolván, hogy azoknak úgy sincs relevanciája; illetve erre ösztönzi őket a folyóiratok szerkesztőinek azon felfogása is, hogy csak egy adott viszony létét egyértelműen bizonyító eredményeket tartalmazó cikkeket közöljenek. Végül ugyanehhez a mentalitáshoz vezethet az „adatbányászat” („*data mining*”) is, amikor a szerző vagy ideológiai elfogultságból, vagy közvetlen anyagi-előmeneteli-karrier érdekből végez nyilvánvalóan célzatos „tudományos kutatásokat”.¹¹⁶

¹¹³ Az ehhez kapcsolódó rengeteg szemléletes és meghökkentő adatra nézve részletesen lásd például: i. m. 809-821. és 827-835. o.!

¹¹⁴ Vö.: i. m. 827., 841. és 844. o.!

¹¹⁵ Vö.: i. m. 822. o.!

¹¹⁶ Vö.: i. m. 837-838. o.!

Vértesy László

A hitel-kölcsönszerződés terheinek rendszere

A klasszikus magánjogi felfogás és definíció szerint a pénztartozás után kamat jár.¹ A mai nemzetközi – de azt a hazai is átvéve – bankélet szerződési gyakorlata azonban ennél összetettebb konstrukciót alakított ki, amely az ügyletet jelentős mértékben megdrágította. Természetesen ezt minden esetben az adós fizeti. A két szerződés együtt-tárgyalása azért indokolt, mert szinte minden esetben együtt alkalmazzák, ezt erősíti a hazai Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény (továbbiakban Ptk.) és a többi nemzeti magánjogi kódex szövege, ugyanis a hitelkeret igénybevétele valamilyen finanszírozási szerződés, tipikusan kölcsön keretében történik.²

A kölcsönszerződés esetében az ügyfél kötelezettsége, a bank joga a kihelyezett összeg visszafizetése, illetve követelése. Minden átutalás vagy pénzbefizetés, amely a hitelfelvevő adósnak a hitelező bankkal szemben fennálló tartozását csökkenti, törlesztésnek minősül. A törlesztés egyik módja lehet a hitelfelvevő adós forint vagy devizaszámlájának közvetlen megterhelése, ez esetben a bank általában kiköti, hogy fizetési késedelem esetén jogosulttá válik az esedékes törlesztő részlettel a hitelfelvevő adós bankszámláját az esedékesség időpontjában megterhelni. Másik megoldás a hitelező bankhoz közvetlenül befolyó, de adós nevében vagy részére utalt pl. export árbevételek jóváírása.³ A törlesztés történhet egy összegben a lejáratkor (ez ritka), vagy ütemezés szerint. Utóbbi esetben részletesen rögzíteni kell az időpontot, a pénznemet, a minimális és maximális részlet mértékét. Az esedékesség vizsgálatakor figyelemmel kell lenni a munkaszüneti napokra és a bankszünnapokra. A felek megállapodhatnak abban is, hogy az adósnak lehetősége van az előtörlesztésre, ekkor szintén meg kell határozni a pénznemet, a minimális és maximális részlet mértékét, illetve az eljárás menetét, amelynek középpontjában a bank értesítése áll. Természetes, ha megszűnik a szerződés, akkor minden követelés és tartozás egy összegben lejárttá és esedékessé válik, tehát tőkerész, kamat, jutalék, költségek stb.

A szerződési megállapodásban rendelkezhetnek a halasztott tőketörlesztésben, illetve a halasztott kamatfizetésben.⁴ A *halasztott tőketörlesztés*, vagy türelmi idős kölcsön esetében a kikötött türelmi idő lejártáig az adós csak a járulékokat (jutalék, kamat, költséget) fizeti meg, tehát az adósság tőkerésze nem csökken. A *halasztott kamatfizetés* során a kötelezett a kamatok egy részét fizeti meg, tőketörlesztés nem történik, tehát a tartozás összege folyamatosan növekszik, de csökkentett mértékben.

A feleknek rendezniük kell az *előtörlesztés* lehetőségét, illetve annak legkisebb mértékét. A Ptk-ban szereplő főszabály szerint a hitelező a határnapot megelőzően, illetőleg a határidő

¹ in SZLADITS Károly –szerk.: *Magyar magánjog I.-VI.* Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1938. 1940. IV. Kötelmi jog különös része 183. o.

Régi magánjogunk egyébként kamaton mindennemű melléktartozást értett, amelyre az adós a tőkén felül kötelezettséget vállal. A kamat tekintete alá esik tehát a kötbér, jutalék, üzleti díj, megtérítési összeg stb. is in SZLADITS Károly: *A magyar magánjog vázlata*; Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1933. II. rész 58. o.

Ptk. 232. § (1) A szerződéses kapcsolatokban – ha jogszabály kivételt nem tesz – kamat jár. Ptk. 523. § (2) Ha a hitelező pénzügyintézet – jogszabály eltérő rendelkezése hiányában – az adós kamat fizetésére köteles (bankkölcsön).

² Egyéb hitelígyénnyel kapcsolatos formák: i) banki elfogadvány (*bankers acceptance*, BA) ii) készenléti ügylet (*standby*) iii) okmányos meghitelezés (*documentary letter of credit L/C*), akkreditív iv) az angolszász kultúrában kedvelt overdraft, v) kombihitel.

³ in PETRIK Ferenc –szerk. *Bankjog CD 2008.* HVG-ORAC Lap- és könyvkiadó Kft.

⁴ in DORKÓ Katalin: *A lakossági bankügyletek.* 2000, KJK-KERSZÖV Jogi és Üzleti Kiadó Kft. 298-299. o.

kezdete előtt felajánlott teljesítést is köteles elfogadni, és ez esetben a teljesítés és a lejárat közötti időre kamat vagy kártalanítás nem jár, az ilyen kikötés semmis.⁵ Ez a rendelkezés az adós számára előnyös, a hitelező számára viszont hátrányos, mert a szerződés lejártát gazdasági érdekeinek megfelelően állapította meg. Természetesen a felek a Ptk. 200. § (1) bekezdése szerint egyező akarattal eltérhetnek, tehát kizárhatják az előtörlesztést, ugyanis a semmisség kógens szabálya csak a kamatra és a kártalanításra vonatkozik.⁶ A gyakorlat az előtörlesztést a kamatfizetési napokhoz kapcsolja, egyébként pedig külön díjat számít fel a hitelintézet. Az előtörlesztést általában egy formanyomtatványon kell előre jelezni.

A szindikált hitelezés esetén a törlesztéssel kapcsolatban felmerülhet számos kérdés. Ezek középpontjában az áll, hogy az adós melyik hitelintézetnek teljesítsen, illetve közöttük hogyan történik az elszámolás. Itt a nem-fizetés a valódi probléma, mert lehet, hogy X bank már pénzéhez jutott, de Y és Z még nem, vagy csak részben. A megosztási klauzula (*sharing clause*)⁷ célja, egy több bank által kötött hitelmegállapodás (*multibank credit agreement*) esetén, hogy ha az egyik hitelező aránytalan törlesztési részletet kap vagy fogad el, akkor azt az előre meghatározott ráta alapján meg kell osztania a szindikátus többi tagjával.⁸ A klauzulába az egyes hitelintézetek kiköthetik, hogy nemcsak törlesztés, hanem más módon – például inkasszó, per vagy végrehajtás útján – történő pénzhezjutás esetén is fennáll a megosztási kötelezettség. Ezzel a bankok csökkentik a kockázatukat, továbbá az adós és az egymás közötti (főleg elszámolási) jogvitákat is elkerülhetik. Az engedményezési klauzula (*assignment clause*)⁹ értelmében a hitelező az adóssal szemben fennálló követelését másra engedményezheti. Ennek több célja is lehet: így akarja egy harmadik személlyel szembeni adósságát rendezni, vagy esetleg a szindikátusból kíván kiválni, és a többi tagra, vagy esetleg az új tagra engedményezi a követelést. A gazdasági célú engedményezésre nem vonatkoznak törvényi korlátok, ezzel a klauzulával a bankok külön deklarálják, megerősítik ezt a jogosultságukat.

A nem vagy késedelmes törlesztéssel kapcsolatosan az új Polgári Törvénykönyv koncepciója szigorú szabályt vezet be, ugyanis kimondja, hogy a hitelező azonnali hatállyal felmondhatja a szerződést, ha az adós fizetési késedelembe esik, és mulasztását felszólításra sem pótolja.¹⁰

A hitel-kölcsönhöz kapcsolódó terhek rendszere

A hitel-kölcsönhöz kapcsolódó terhek három kategóriába oszthatók. Az első az ellenértékek, amelyek a szerződési szolgáltatásokat ellentételezik. A második a késedelembe eséshez kapcsolódó terhek. Végezetül pedig a biztosítékokat kell említeni, mivel azok, ha időlegesen is vagyoni terhet jelentenek az adós számára.

1. Az ellenértékek

⁵ Ptk. 292. § (2) bekezdés

⁶ Ezzel áll összhangban a Hpt. 214. § (1) bekezdése, amely szerint a fogyasztási kölcsön esetében az ügyfél – a szerződés megszüntetése érdekében – minden esetben élhet a határidő (lejárat) előtti teljesítés (törlesztés) jogával. Mivel a szövegben a szerződés megszüntetése szerepel, ez csak arra az esetre vonatkozik, ha az adós a kölcsönt a lejárat előtt egyösszegben fizeti vissza.

⁷ A klauzula alkalmazására először az 1970-es évek végén és 1980-as években került sor, főleg az állami kölcsönök esetében (1979. Irán), ezt követően került az üzleti gyakorlatba.

⁸ in BUCHHEIT, Lee. C.: *Changing bond documentation: the sharing clause*. in *International Financial Law Review* 1998. July és BUCHHEIT, Lee. C.: *The sharing clause as a litigation shield*. in *International Financial Law Review* 1990. October

⁹ Bővebben in BUCHHEIT, Lee. C.: *How to negotiate the assignment clause*. in *International Financial Law Review* 1993. February

¹⁰ Lásd in *Az új Polgári Törvénykönyv – javaslat – normaszöveg* 2008. 5:325. § (1) g) pont. 2008. március 25-i szövegtervezet szerint.

A hitelkeret ellenértéke a jutalék, a kölcsön, azaz a pénz használatának ellenértéke a kamat, pontosabban az ügyleti kamat. A rendelkezésretartási jutalék annak az igen értékes gazdasági előnynek az ára, hogy a hitel-megállapodás alapján a szerződő fél szinte feltétel nélkül számíthat a kölcsön nyújtására, amikor arra szüksége van.¹¹ A kölcsön is viszonyos kötelem, mert a kölcsönnyújtó kötelezettségért, azaz, hogy a kölcsön összegét az adós tulajdonába, ennek folytán használatába adja, átengedve a gyümölcsöztetés lehetőségét,¹² az adós ellenérték fizetésére köteles.¹³ A kamat mindig főkötelmet: tőketartozást tételez fel, tehát a kamatszolgáltatás járulékos természetű.¹⁴ A költségek szintén a hitelintézet bevételei közé tartoznak, de rendszerint azért valamilyen ellenszolgáltatást nyújt, tehát csak közvetetten eredményez nyereséget, pl. átváltási költség. E több típus egy ponton belüli tárgyalására a teljes hiteldíj mutató szemléltetőbb ismertetése érdekében kerül sor. A bankszágon és szerződésben használt kifejezések, valamint a joganyag szóhasználata eltérhetnek egymástól.¹⁵

1.1. Jutalék és kamat

A *rendelkezésretartási jutalék* megfizetése a hitelfeltevő kötelezettsége, amely a mindenkor igénybe vehető még szabad hitelkeret után számítható a rendelkezésre tartás minden naptári napjára, tehát a rendelkezési idő kezdetétől a kölcsön lehívásának értéknapiáig. Mértékét a banki számítások alapján adják meg, így az lehet egyösszegű vagy százalékosan meghatározott. Megfizetése a kamatfizetéssel egyidejűleg esedékes, és ahhoz hasonló módon történik. Ennek a rendelkezésre tartási jutaléknak komoly gazdasági jelentősége van, ugyanis ha a hitelintézetek nem kötnék ki, akkor nem volna semmi korlátja annak, hogy a hitelképes személyek és vállalatok nagy összegű hitelkeretet tartsanak fenn, még akkor is, ha az igénybevétel nagyon valószínűtlen.¹⁶

A *kamat* meghatározásakor és mértékének megállapításakor figyelemmel kell lenni a Ptk. – és külön az általános szerződési feltételek –, valamint a Hpt. kógens szabályaira. Ugyanis a Ptk. csak arról rendelkezik, hogy amennyiben a hitelező pénzügyintézet akkor kamat jár, de a Hpt. már ennél többet, az üzletszerűséget is megköveteli, amelynek egyik eleme a nyereségszerzés. Egyebekben a Ptk. kamatra vonatkozó része ritkán kerül alkalmazásra, ugyanis annak csak akkor van jelentősége, ha a felek nem állapodtak meg kamatban, ami eddig még nem fordult elő a bankgyakorlatban. Ha mégis történne ilyen, akkor a jegybanki alapkamattal kell számolni, úgy hogy az érintett naptári félévet megelőző utolsó napon érvényes jegybanki alapkamat irányadó az adott naptári félév teljes idejére. Fontos, és ennél életszerűbb rendelkezés található a 232. § (3) bekezdésében, amely kimondja, hogy a felek által túlzott mértékben megállapított kamatot a bíróság mérsékelheti. Nincs olyan általános érvényű iránymutatás, amely meghatározná azokat a feltételeket vagy értéket, amelyek mellett a bíróság a kikötött kamatmérték túlzott voltát megállapíthatná, ez mindig eseti mérlegelés kérdése, így a kamatos kamat kikötésének sincs törvényi akadály.¹⁷ A járulékos jelleg ellenére a főtartozás kiegyenlítését követően

¹¹ in SZLADITS Károly –szerk.: *Magyar magánjog I.-VI.* Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1938. 1940. IV. Kötelmi jog különös része 180. o.

¹² in SZLADITS Károly: *A magyar magánjog vázlatja*; Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1933. II. rész 177. o.

¹³ in SZLADITS Károly –szerk.: *Magyar magánjog I.-VI.* Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1938. 1940. IV. Kötelmi jog különös része 177. o.

¹⁴ in SZLADITS Károly: *A magyar magánjog vázlatja*; Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1933. II. rész 58. o.

¹⁵ Például a kamat, angolul interest, de a bankszágon gyakran a prime rate-t használja.

¹⁶ in SZLADITS Károly –szerk.: *Magyar magánjog I.-VI.* Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1938. 1940. IV. Kötelmi jog különös része 180. o.

¹⁷ BH 1998. 495. Kamatos kamat kikötése – gazdálkodó szervezet és magánszemély között létrejött kölcsönszerződésben – nem tilos. Érdekes, hogy a korábbi Ptk. szabályozás a kamatos kamat kikötésének lehetőségéből a magánszemélyeket kizárta, az Alkotmánybíróság azonban az Alkotmány 9. §-ával ellentétes törvényi rendelkezést megsemmisítette. Lásd 61/1993. (XI. 29.) AB határozat A Ptk. 232. § (1) bekezdése második mondatának második része megsemmisítéséről

a lejárt kamat, mint tőkekövetelés önállóan is érvényesíthető, de kifejezett megállapodás nélkül a szerződéssel engedményezett pénzkövetelés után lejárt késedelmi kamat automatikusan nem tárgya az engedménynek.¹⁸ Az engedményest külön kikötés hiányában csak az engedményezés után esedékessé váló kamatok illetik meg. A szerződésben alkalmazott kamatnak egyébként meg kell egyeznie a hirdetésekben közzétett adatokkal: mérték, fajta, pénznem.

A mai bankgyakorlat ritkán határozza meg egy fix számmal a kamat mértékét, általában egy mutatóhoz (kamatbázishoz) igazítják. Így oldják meg a valorizáció kérdését, illetve a piac, gazdaság változásaihoz való igazodást. Magyarországon a három legelterjedtebb mutatók a LIBOR (London Interbank Offer Rate)¹⁹, az EURIBOR (Euro Interbank Offer Rate) és BUBOR (Budapest Interbank Offer Rate). A nemzetközi élet a LIBOR mellett a HIBOR-t (Hong Kong Interbank Offer Rate) és a SIBORT-t (Singapore Interbank Offer Rate) is alkalmazza. A LIBOR a londoni bankpiacon a kamatperiódusra nézve azt az egyhónapos (vagy 3, esetleg 6 hónap a hitelszerződésben megállapított futamidő szerint), éves százalékban kifejezett bankközi kínálati kamatlábat jelenti, amelyet az adott kamatperiódust megelőző második banki napon, a londoni idő szerint 11:00-kor, az adott kamatperiódussal megegyező időtartamú, és a hitelszerződés szerint az adóssal szemben időről időre fennálló teljes tartozás összegével megegyező mértékű betétek tekintetében a Reuter monitor ISDA (International Swap Dealers Association) oldalán jegyeznek.²⁰ A valuta kódját az index elé teszik, pl. CHF LIBOR (svájci frankra vonatkozó kamatláb), vagy EURO LIBOR. A BUBOR a budapesti bankközi forint hitelkamatláb. Hivatalosan a Magyar Tőkepiac című lapban jelenik meg a tárgynapot követő munkanapon. Számítását a Magyar Nemzeti Bank végzi a következő módon: a Magyar Nemzeti Bank a jegyző bankok kétoldalú árjegyzése alapján, futamidőnként összegzik a kamatjegyzéseket és futamidőnként a két-két legmagasabb valamint a két-két legalacsonyabb "offer" elhagyásával a futamidőnként megmaradt ajánlatok – a kerekítés szabályai szerint számított – számtani középértékének meghatározásával (két tizedesjegyre kerekítve) számítja ki a tárgynapon rögzítendő BUBOR kamatlábakat.²¹ Az EURIBOR-t az Európai Unió Bankszövetsége teszi közzé. A gondos hitelnyújtóknak alternatív kamatbázisban is gondolkodniuk kell, abban az esetben, ha a mutató valamely oknál fogva nem állna rendelkezésre. Ilyenkor 3-4 referencia bankot jelölnek meg, és azok betéti kínálatai alapján számolnak. Fontos kiemelni, hogy a tárgynap és az értéknem azonos időpont: a tárgynap a naptár szerinti nap, az értéknem a naptári napot megelőző második banki munkanap. Továbbá érdemes megfigyelni, hogy sem a külföldi, sem a hazai hitelintézeti gyakorlat nem szokta a jegybanki alapkamathoz igazítani a kamatot.

Ezek az indexek a betétekre számított kínálati kamatlábak, ha ezzel számolnának a pénzintézetek, még nem lennének nyereségesek, ezért a kamatbázist éves kamatréssel korrigálják, tehát vagy hozzáadnak egy állandó értéket (pl. LIBOR + 0,5 %), vagy bázispontot (1 bázispont = 1/100%), illetve igen ritkán egy szorzót (pl. LIBOR × 1,05).²²

A bankközi mutatók egyes időszakokra vonatkoznak ezért a kamatperiódusokat is rögzíteni kell a szerződésben, ez általában 1, 3 hónap, ritkán 6, 12 hónap. A kamatperiódusoknak két típusa van: az első és az utolsó általában tört, a többi teljes. Az egyes időszakok általában a következő lehívás fordulónapjához igazodik, ezt is szükséges pontosan meghatározni. A bankgyakorlat 360 napos év alapján számol a ténylegesen eltelt időszakra. A kamat megfizetése az

¹⁸ in TÖRÖK Gábor –szerk.: *A Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről szóló 1959. évi IV. törvény kommentárja*. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó. (Hivatalos Jogszabálytár CD)

¹⁹ Bővebben in BUCHHEIT, Lee. C.: *How to negotiate the Libor definition*. in *International Financial Law Review* 1993. June

²⁰ in KÖNYA Judit: *A vállalkozások bankügyletei*; KJK-Kerszöv 2001. 114-115. o.

²¹ in BOTOS – HALUSTYIK – KOVÁCS – PETRIK – RUSZNÁK – TOMORI: *Bankjog*. HVG-ORAC, 2003. 211. o.

²² A két képlet alapján számított érték eltérő: például a LIBOR 2008 májusában 2,67%. +0,5% esetén 3,17 lesz, ×1,05 esetén pedig csak 2,803. (ha az alapérték 10, akkor a két összeg egyenlő, afölött már a szorzatos a nagyobb: pl. 11 esetében 11,55%)

esedékesség napján történik, amelynél figyelemmel kell lenni a munkaszüneti és bankszünnapokra, mivel ekkor az ügyfél még nem esik késedelembe, tehát bank nem élhet az inkasszó lehetőségével, nem terhelheti meg az adós számláját. A gyakorlat egyébként azt mutatja, hogy a hitelszerződésekhez gyakran számlaszerződés is tartozik, a késedelmes összegek könnyebb érvényesíthetőség érdekében. Ez a hitelintézet mellett még az ügyfél érdekét is szolgálja, mivel így tartozása nem növekedhet meg túlzottan magasra a késedelmi terhekkal együtt. Amennyiben a bank nem tud a megfelelő összeghez jutni, akkor lehetősége van a biztosítékok érvényesítésére is.

1.2. Költségek

A hitel-kölcsön szerződésekben számos, akár tíznöt-husz olyan tétellel találkozunk, amelyek a kamat fizetése mellett tovább drágítják az ügyletet.²³ Az hogy a bankok hányfélet alkalmaznak, az változó, mindig az adott konstrukció függvénye. A szerződésben ezért szükség van az egyes költségek – lehetőleg taxatív – felsorolására és azok pontos meghatározására: mértéke, számítási módja, az időszak, továbbá, hogy megfizetésük előre vagy utólag esedékes, illetve annak módozata. A másik ok, amiért rögzíteni kell ezeket: az egyes bankok gyakorlata eltér egymástól, nincs egységes definíció ezekre a tételekre. A hatályos jog szerint az ügyféllel valamennyi felmerülhető költséget ismertetni kell, ugyanis a tájékoztatásban meghatározott díjakon és költségeken túlmenően az ügylet szerződés szerinti teljesítése esetén az ügyféllel szemben további jogcímen költséget, díjat nem számíthat fel.²⁴ A tájékoztatási kötelezettség ellenére indokolt lenne a költségek és a díjtételek alkalmazásának hatósági felülvizsgálata. A költségeket a hitelfelvevő fizeti általában az egyes szolgáltatás igénybevételekor, de a szerződés megszűnésekor mindenképp, ezt a nemzetközi gyakorlat a költségtérítési klauzulában (*expense reimbursement clause*)²⁵ rögzíti.

A költségek alapja lehet egyszeri, fix összeg, de lehet a 360 napos banki évhez arányosított is, igazodva a kamatperiódushoz. Az ügyfél kötelezettsége, hogy az egyes költségek összegét rendelkezésre bocsássa az esedékességkor, egyébként megfizetésének módja a kamat és a rendelkezésre tartási jutalék megfizetéséhez hasonlóan alakul: vagy számlák megterhelése, vagy fizetés, esetleg kielégítés keresése a biztosítékokból. A hitelintézetek gyakran kikötik az egyoldalú banki szerződésmódosítás lehetőségét a költség mértékével kapcsolatosan. Természetesen ezt is belefoglalják a szerződésbe. Az egyoldalú módosítás egyik központi eleme az ügyfél előzetes értesítése, amely történhet nyilvános, hirdetményi formában is. A másik az ügyfél nyilatkozata a módosításról. Ha nem tiltakozik ellene a meghatározott határidőn belül, az a módosítás elfogadását jelenti. Amennyiben nem fogadja el azokat, az többnyire a szerződés bank általi felmondásához vezet, amelynek következménye az elszámolási kötelezettség felek között, tehát minden követelés esedékessé válik. Ebből az következik, hogy az ügyfelek ritkán tiltakoznak, mert nincs elegendő pénzügyi erejük ahhoz, hogy hirtelen teljesíteni tudják a hitelintézet követeléseit. Ezzel kapcsolatban fokozottan felmerül a bíróságok, hatóságok jogvédő szerepe. A módosítás első alkalmazására általában az értesítést, hirdetményt követő 15 vagy 30 nap elteltével kerülhet sor.

Ha egy szerződés megkötésének időrendi sorrendjét vesszük alapul, akkor első helyen a *hitelbírálati díj* szerepel, amely a hitelminősítési eljárás, illetve a hitelpontozás ellenértéke. A legtipikusabb tétel a *kezelési költség*, amely a rendelkezési tartással össze nem függő banki

²³ Ez a pont a jelenlegi bankgyakorlatot is figyelembe véve több mint húszonötöt nevesít!

A költségek humoros megfogalmazására lásd 2. számú melléklet.

²⁴ in a betéti kamat, az értékpapírok hozama és a teljes hiteldíj mutató számításáról és közzétételéről szóló 41/1997. (III. 5.) Korm. rendelet 12. §.

²⁵ in BUCHHEIT, Lee. C.: *How to negotiate the expense reimbursement clause*. in International Financial Law Review 1994. January

szolgáltatások költségét tartalmazza, és általában a szerződés érvényes létrejöttéhez, hatálybalépéséhez vagy hasonló eseményhez kapcsolódik. Megfizetése történhet a hitelező bank az első folyósított kölcsönösszegeből levonja a kezelési költség összegét és annyival kevesebb folyósítására kerül sor, vagy a hitelező bank a kezelési költség összegével az első folyósításkor megterheli a hitelfelvevő banknál vezetett számláját.²⁶ A következő a *rendelkezésretartási díj*, amelyet a le nem hívott hitelkeret összege után kell megfizetni, ez nem azonos rendelkezésretartási jutalékkal. A *lehívási vagy folyósítási díj* a lehívott, folyósított kölcsönösszeg(ek)hez kapcsolódik, amelyet tovább emelhet a folyószámlán való jóváírás díja, az *átutalási költség*. Ugyancsak gyakori típus a *szerződésmódosítási díj*, amely szerződés módosításakor esedékes. A módosítás vonatkozhat a hitel, kölcsön összegére vagy más szerződési feltételre. Az sem kizárt, hogy a hitelintézet által történt egyoldalú módosításért is külön felszámolják. Amennyiben lehetőség van előtörlesztésre, akkor általában ezért is külön *előtörlesztési díjat* számolnak fel. Ennek egyik szélsőséges típusa a *stornódíj*, amely főleg hosszúlejáratú hitelek lejárat előtti visszafizetése esetén merül fel. Ez jellegében kártalanításra vall, azért a hátrányért, amely a hitelezőt éri, ha jól elhelyezett tőkéit idő előtt kapja vissza, és csak kedvezőtlenebbül tudja újra elhelyezni.²⁷ Annak ellenére, hogy a gyakorlat sűrűn alkalmazza az mind az előtörlesztési, mind a stornódíjat, a felmerül azok semmissége a Ptk 292. § (2) bekezdés, második mondata alapján.²⁸ Ezzel kapcsolatban ugyancsak kiemelem a felügyeleti hatóságok, jogvédő szervezetek fellépésének szükségességét. Hogyha a hitel célja ingatlanszerzés, vagy –építés, továbbá az a biztosíték (jelzálog), a *helyszíni szemlék díja* is külön költség. A biztosítékokkal kapcsolatban jelentkezhet az *értékbecslési és az újraértékelési díj*. A bank dönthet úgy, hogy a szerződéshez, vagy a biztosítékra vonatkozó jognyilatkozatokhoz közjegyzőt vesz igénybe, közokirat vagy teljes bizonyító erejű magánokirat készítése érdekében, ekkor merül fel a *közjegyzői díj*. Ez az egyszerűbb végrehajtás érdekében történik, ugyanis a közjegyzői okiratba foglalt szerződést a bírósági végrehajtási záradékkal látja el, amelyet követően azonnal megindítható az eljárás.²⁹ A *biztosítási díj* alatt érthetjük a hitelbiztosítás díját, a biztosítékok biztosítási díját, illetve a kölcsön folyósításhoz kapcsolódó biztosítási díjat. Deviza alapú hiteleknél, kölcsönöknél az *átváltási költség* is megjelenik. Hosszúlejáratú kölcsönöknél gyakran fordul elő, hogy az adósnak lehetősége van kedvezőbb feltételek mellett kölcsönhöz jutni, tehát például olcsóbb kamatozásúra konvertálni,³⁰ illetve az egyik valutáról vagy devizáról egy másik alapúra áttérni stb., erre *konverziós díjat* számolnak fel. A *felszólítási díjat*, amelyhez külön kapcsolják a *felszólító levél költségét* külön bontják az egyéb, illetve a nem-fizetés esetére, tehát a késedelemből eredő terhek mellett ezeket is viselnie kell az adósnak. A *prolongálási díj* a fizetési halasztást, meghosszabbítást terheli. Az ügylet lezárásakor a *nyugta és a tehermentesítési díjat* is neki kell fizetnie. Ezenkívül – a teljesség igénye nélkül, de a változatosság további fokozása érdekében – találkozhatunk még *előtörlesztési díjjal*, *különeljárási díjjal*, *konzolidációs díjjal*, *hitelfedezeti védelmi díjjal*, *felmondási díjatalánnyal*, *monitoring díjjal* stb.

1.3. A THM

A teljes hiteldíj mutatót (THM) a betéti kamat, az értékpapírok hozama és a teljes hiteldíj mutató számításáról és közzétételéről szóló 41/1997. (III. 5.) Korm. rendelet vezette be,

²⁶ in PETRIK Ferenc –szerk. *Bankjog CD 2008*. HVG-ORAC Lap- és könyvkiadó Kft.

²⁷ in KOLOSVÁRY Bálint: *Magánjog*. A „Studium” kiadása, 1930. 362. o.

²⁸ Ptk.292. § (2) A jogosult a határnapot megelőzően, illetőleg a határidő kezdete előtt felajánlott teljesítést is köteles elfogadni; ilyenkor a teljesítés és a lejárat közötti időre kamat vagy kártalanítás nem jár. A feleknek az ilyen kamatra vagy kártalanításra vonatkozó megállapodása – jogszabály engedélye hiányában – semmis; a semmisség a szerződés egyéb rendelkezéseire nem hat ki.

²⁹ 1994. évi LIII. törvény a bírósági végrehajtásról 21. § (1) bekezdése.

³⁰ in SZLADITS Károly –szerk.: *Magyar magánjog I.-VI.* Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1938. 1940. IV. Kötelmi jog különös része 184. o.

megfelelve az Európai Unió követelményeknek.³¹ A mutató célja, hogy az egyes hitelkonstrukciók összehasonlíthatók legyenek, hiszen korábban a kamatszázalékokat tüntették fel a hirdetésekben, így a fogyasztók elől el lehetett rejteni az egyéb költségeket, mint például a kezelési költséget. A néhány évvel ezelőtti 0%-os kamatú áruhitelnek tipikusan ennek megfelelően lettek kialakítva.³² A THM az a belső kamatláb, amely mellett az ügyfél által visszafizetendő tőke és hiteldíj egyenlő az ügyfél által a hitel folyósításáig bezárólag a kölcsönrel kapcsolatban fizetett összes költséggel csökkentett hitelösszeggel. A rendelet definíciója szerint ez egyszerűbb megfogalmazásban egy olyan mutatót jelent, amelyből kiderül, hogy az adósnak egy év alatt a tőkén túl mekkora összeget kell visszafizetnie.³³ Azonban a jogszabály kivételeket is felsorol, amely nem része a teljes hiteldíj mutatónak, ezek a következők:

- i. a prolongálási költség,
- ii. a késedelmi kamat,
- iii. az egyéb olyan fizetési kötelezettség, amely a szerződésben vállalt kötelezettség nem teljesítéséből származik,
- iv. a biztosítási és garanciadíjak,
- v. az átutalási díjak,
- vi. továbbá – a rendelet szövegéből következik, hogy – a közjegyzői díj, biztosítási díj, illetékek.

Az első négy esetben teljesen érthető, hogy nem tartozik bele, mivel nem szükségképeni költségek. Ezzel szemben az utolsó már aggályos, mivel – ahogy korábban már előkerült – a bankgyakorlat a hitelszerződéshez általában számlaszerződést kapcsol, erre folyósítja a kölcsön összegét, tehát átutalás minden esetben lesz. Érdemes lenne ezt a költséget is beépíteni a teljes hiteldíj mutatóba.

Garanciális szabály, hogy a pénzügyi intézménynek biztosítania kell, hogy ügyfele a szerződés aláírása előtt megismerhesse annak minden fontos elemét³⁴ a THM jobb megértése érdekében. Az üzlethelyiségében kifüggesztett üzletszabályzatnak, nyilvános tájékoztatójának és ajánlattételének feltűnő módon tartalmaznia kell a THM-et azzal a kiegészítéssel, hogy annak meghatározása az aktuális feltételek, illetve a hatályos jogszabályok figyelembevételével történt és a feltételek változása esetén a mértéke módosulhat, továbbá a mutató értéke nem tükrözi a hitel árfolyam- és kamatkockázatát. Az árfolyamkockázat tovább módosíthatja a THM-t. E helyen érdemes kiemelni, hogy a mutató csak az első periódusra, első félévre, évre vonatkozik,³⁵ tehát a hitelintézet csak erre az időszakra van kötve a hirdetményében közöltekhöz,

³¹ A Tanács 90/88/EGK irányelve (1990. február 22.) a tagállamok fogyasztói hitelre vonatkozó jogszabályai és közigazgatási rendelkezései közelítéséről szóló 87/102/EGK irányelv módosításáról, továbbá a Tanács 98/7/EK irányelve (1998. február 16.) a tagállamok fogyasztói hitelre vonatkozó jogszabályai és közigazgatási rendelkezései közelítéséről szóló 87/102/EGK irányelv módosításáról.

³² http://www.hiteltanacsok.com/cikk_THM2.htm

³³ Például 100 000 Ft kölcsön 8%-os éves kamat esetén és 5% költség mellett a (THM 12% vagy pontosabban 112%) lenne, azaz 112 000 Ft-ot kell évvégén fizetni.

³⁴ a) a hitelszerződés tervezetét, b) a hitelszerződés módosításának esetleges költségeit, c) a hitelprolongálás várható költségét, d) az ügyfél nem teljesítése esetén a késedelmi kamat mértékét és a hitelfelmondás feltételeit, e) a teljes futamidőre kiszámított kamatot, f) a rövidítés feltüntetésével két tizedesjegy pontossággal a THM-et, a THM számításának módját és a THM számítása során figyelembe nem vett egyéb költségek, különösen a közjegyzői díj és a kölcsön folyósításához megkövetelt biztosítási díj meghatározását és várható összegét, g) az összes – a pénzügyi intézmény részére fizetendő, a hitel felvételével összefüggő – költség, valamint h) a pénzügyi intézmény által a hitel folyósításához megkívánt egyéb feltételeket.

³⁵ A fogyasztási hitelek, gyorskölcsönök sok esetben egy évnél rövidebb lejáratúak, de a teljes hiteldíj mutató évesített, így ezen rövidebb lejáratú kölcsönök esetében is évesített THM-et kell számolni. Általánosságban elmondható, hogy minél rövidebb a futamidő, a THM annál magasabb lesz, mivel a felmerülő költségeket (folyósítási díj, kezelési költség stb.) rövidebb idő alatt fizetjük vissza.

később, mivel tipikusan a kamatbázis nem rögzített (kamatkockázat), a THM változhat. Így érthető, hogy a médiában és a plakátokon miért találkozunk olykor szinte ésszerűtlenül alacsony hiteldíj mutatóval. 8,25 %-os jegybanki alapkamat³⁶ mellett egy 6 %-os hirdetésben megjelenő THM inkább veszélyeket rejt, mintsem kedvezményeket. A felügyeleti szerveknek felül kellene vizsgálnia a forgalomban lévő mutatók valóságát, mivel ha ez az alacsony érték csak az első évre vonatkozik, a tájékoztatóban a későbbi évekre vonatkozóan már 13-15 % is szerepelhet. A THM számítására a Korm. rendelet különböző módszereket állapít meg, differenciálva a hitel lejáratát, pénzneme, kamatbázisa, a meghirdetett akciók és az ügyfelek típusai között.

2. A fizetési késedelem

A fizetési késedelem a kötelezett nem időbeni teljesítését jelenti, azaz az adós nem tartotta be a szerződésben szereplő törlesztési, visszafizetési határidőt. Ennek jogkövetkezménye a késedelmi kamat, esetleges kártérítési kötelezettség, nagyobb összeg esetén a Központi Hitelinformációs Rendszerbe való bekerülés, legszélsőségesebb eset a szerződés megszűnése: a hitelintézet rendes vagy – amennyiben a szerződésben rögzítették – azonnali felmondási joga. A nemzetközi szakirodalom ezt külön klauzulaként tárgyalja: *payment default clause*.

A késedelem szabályozása a hitel-kölcsön szerződésekben alapvetően kétirányú, vonatkozhat a tőkerészre illetve a kapcsolódó terhekre.³⁷ A kamatfizetési kötelezettség a késedelembe esés időpontjában esedékessé válik, kölcsönszerződés esetén a késedelmikamat-fizetés kezdő napja a kölcsön visszafizetésének napját, azaz a lejáratot (törlesztési időszakot) követő nappal lesz azonos. Ekkor a hitelintézetnek a szerződésben meghatározottak szerint jogában áll az adós banknál vagy más intézménynél vezetett számláját megterhelni (azonnali beszedési megbízás – inkasszó), illetve a biztosítékokból kielégítést keresni.

A késedelmi kamat meghatározásakor, a banki gyakorlat, a szerződésben rögzített ügyleti kamat mértékét veszi alapul, és ehhez állapít meg plusz százalékot. Mind az ügyleti kamat mértéke, mind az ahhoz hozzáadódó százalék nagysága alapvetően a bank által hozott üzleti döntés eredménye; a hitel árazásának kérdése. Különösen devizahitel szerződések esetén a bankéletben a késedelmi kamat mértékének meghatározására erős differenciáltság alakult ki: ezt lehetséges a késedelemben eltöltött idő hosszúságához kötni, vagy pedig – szerződéses megállapodás alapján – a késedelem bizonyos ideje vagy ahhoz kapcsolódó más feltételek eltelte után a devizakölcsönt forint kölcsönné lehet konvertálni és más késedelmi kamatszámítással élni.³⁸ A devizahitelek késedelmi kamata a nemzetközi piacokhoz igazodik³⁹ megfizetése – ellenkező kikötés hiányában, egyébként a gyakorlatban ilyennel nem találkozunk – ugyanabban a pénznemben történik, mint a késedelmes tartozásé.⁴⁰ A gyakorlatban akad olyan megoldás is, amikor a tőke járulékeinak késedelmes megfizetése esetén a késedelmi kamat mértékét a jegybanki alapkamat kétszeresében állapítják meg.

A késedelmi kamat meghatározásakor figyelemmel kell lenni a Ptk. szabályaira is. A kamatfizetési kötelezettség akkor is beáll, ha károsodás ezzel nem következett be,⁴¹ illetve, ha a

http://www.hiteltanacsok.com/cikk_THM2.htm

³⁶ www.mnb.hu 2008. május.

³⁷ BH1997. 594. I. A késedelmi kamat a korábban esedékessé vált, de meg nem fizetett ügyleti kamat után is megilleti a jogosultat

³⁸ in BOTOS – HALUSTYIK – KOVÁCS – PETRIK – RUSZNÁK – TOMORI: *Bankjog*. HVG-ORAC, 2003. 216. o.

³⁹ Ezt erősíti meg a EBH 2000. 195. Idegen pénznemben fennálló, meghatározott kötelezettség késedelmes teljesítése esetén a nemzetközi pénzüpi kamatot kell alapul venni.

⁴⁰ BH 2006. 111. Az idegen pénznemben fizetendő kártérítés – mint tőketartozás – után a kamat is ebben a pénznemben jár, mértékét a teljesítés helyén fizetendő kamat határozza meg

⁴¹ BH 1986. 431. A késedelmi kamat a jogosultat attól függetlenül megilleti, hogy a kötelezett késedelme okozott-e kárt.

kötelezett késedelmet kimenti, tehát független a felróhatóságtól. A jogosult követelheti a késedelmi kamatot meghaladó kárát.⁴² A bíróság – hasonlóan a kamat általános szabályaihoz – a felek által túlzott mértékben megállapított késedelmi kamatot mérsékelheti, itt a bírói gyakorlat az eset összes körülményei alapján mérlegel, az egyes bírósági határozatoknál figyelemmel kell lenni azok időpontjára.⁴³ Gazdálkodó szervezetek között a túlzottan alacsony mértékben megállapított késedelmi kamatot, továbbá a késedelmi kamat esedékességének az időpontját a bíróság megváltoztathatja, kivéve, ha a törvény rendelkezéseitől való eltérést a szerződéskötéskor fennálló körülmények indokolták. A törvényi szabály megfogalmazásából is kitűnően a késedelmes kötelezett a késedelembe eséstől kezdődően csak késedelmi kamat, és nem ügyleti és késedelmi kamat megfizetésére köteles, tehát szét kell választani a tőkereszt és az egyéb terheket. Ugyanakkor, ha a kölcsönszerződés ügyleti kamatkikötést is tartalmaz, az esedékességkor meg nem fizetett kamat is tőkeként viselkedik.⁴⁴ Annak ellenére, hogy a késedelmi kamat járulékos, osztozik a főkövetelés sorsában,⁴⁵ és önállóan is érvényesíthető.⁴⁶

3. A biztosítékok

3.1. A biztosítékokról általában

A biztosítékok felsorolása és a rájuk vonatkozó fontosabb szabályozás általában a hitelkölcsönszerződésekhez kapcsolódik, külön elválaszthatatlan mellélet(ek)et képezve, az alapügyletben csak utalás történik rájuk. Sem a Ptk. sem a Hpt. nem kötelezi kifejezetten a hitelezőt biztosíték kikötésére, közvetten azonban a prudens működés követelményéből levezethető. Ennek hiányában a pénzügyi élet alakította ki azt a gyakorlatot, amely alapján a hitelező bank jogosult arra, hogy követeléseit, azok megtérülése érdekében a hiteljogviszonyban biztosítsa: biztosíték adását vagy biztosíték kiegészítését kérje az általa szükségesnek tartott mértékben – az ügyféllel való megállapodás alapján a szerződés keretei között. A biztosíték kérése általában a kölcsön összegének folyósítási feltételeként kerül a szerződésekben meghatározásra.

Az ügylet fennállása alatt a hitelező bank bármely időpontban általa megfelelőnek ítélt biztosíték adását vagy meglévő biztosíték kiegészítését kérheti hitelfelvevő adósától. Ezt az adósi kötelezettségvállalást külön beépítik a szerződésbe. A biztosítékok értékének változása és a hitelviszony során az adott esetben éppen fennálló tartozás összegének állandó harmonizációjára rendszerint nincs lehetőség; sem a szerződések állandó módosítása nem lenne erre megfelelő módszer, sem az értékváltozás szerződéssel való követése nem tűnik járható útnak,⁴⁷ ezért választják a kiegészítés módszerét. A bank általában kiköti a szerződésben arra vonatkozó jogát, hogy felfüggeszti az ügyfélnek folyósított kölcsönöket addig, amíg az ügyfél az adott biztosítékot nem nyújtja, vagy a kért biztosíték kiegészítést nem szolgáltatja. Szélsőséges esetben az azonnali felmondásra is lehetőség van a törvény erejénél fogva.⁴⁸

⁴² EBH 2000. 328. II. A késedelmi kamat a törvény által megszabott kárátalány. Annak az elmaradt jövedelemnek a kompenzálására szolgál, amelyet a fél a késedelmesen kifizetett összeg kockázat nélküli befektetésével biztonságosan elérhetett volna. A jogosult azonban bizonyíthatja, hogy a késedelmi kamatot meghaladó kára keletkezett.

⁴³ BH 1995. 154. BH 1990. 385. Évi 30%-os késedelmi kamat kikötése nem tekinthető túlzottnak (Ennek alkalmazásán ma, 2008-ban, azért el kellene gondolkozni!)

VB 2001. 1. II. Az MNB-alapkamattól kétszeresének megfelelő kamatláb 10-10%-kal való emelése a késedelem minden hónapja után túlzott, s a magyar gazdasági életben szokatlan kamatkikötés, amelynek tekintetében bírői mérséklésnek van helye.

⁴⁴ in CompLex CD Jogtár kommentár

⁴⁵ BH 1982. 153. A főkövetelést elismerő - fizetési késedelembe levő - kötelezettet a késedelmi kamat megfizetésének kötelezettsége is terheli.

⁴⁶ BH 1990. 217. A késedelmi kamatra új végrehajtási lap állítható ki, ha a végrehajtást kérő eredetileg arra nem kért végrehajtást.

⁴⁷ in PETRIK Ferenc –szerk. *Bankjog CD 2008*. HVG-ORAC Lap- és könyvkiadó Kft.

⁴⁸ Ptk. 525. § (1) A hitelező azonnali hatállyal felmondhatja a kölcsönt, ha

A biztosítékadásnak különböző formái lehetnek:⁴⁹

- i. a vonatkozó szerződés megkötésekor a banki hitelművelet elvégzésének előfeltétele biztosíték nyújtása,
- ii. a hitelviszony fennállása alatt későbbi időpontban kiegészítő biztosíték nyújtása, vagy
- iii. a hitelviszony fennállása alatt különböző biztosítékok egymással való kicserélése stb.

A biztosítékok körére korlátozó szabály vonatkozik, amelynek értelmében a hitelviszony fennállása során a hitelintézet fedezetként nem fogadhatja el biztosítékként: a saját maga által kibocsátott, tagsági jogokat megtestesítő értékpapírt; a hitelintézettel szoros kapcsolatban álló vállalkozás által kibocsátott, tagsági jogokat megtestesítő értékpapírt; a hitelintézet vagy az összevont alapú felügyelet alá tartozó hitelintézettel szoros kapcsolatban álló vállalkozás a Gt.-ben meghatározott minősített többséget biztosító befolyása alatt álló részvénytársaság részvényét.⁵⁰ A hitelviszony tartama alatt és a biztosíték nyújtás idején a hitelező bank jogosult a javára biztosítékul szolgáló jog vagy követelés gyakorlására, érvényesítésére.⁵¹ Amennyiben ennek során a hitelező bevételhez jut, úgy e bevételt biztosítékként kezeli a továbbiakban.

A mellékkötelezettségekkel kapcsolatban hangsúlyos kérdés azok minősítése.⁵² A biztosítékokat a hitelintézet saját eljárásában és saját szabályzata alapján minősíti, adott esetben bizonyos biztosítékokat újra értékelhet, vagy azok értékelését megváltoztathatja. Ehhez kapcsolódhat azok külön biztosítása, továbbá az ellenőrzés. A hitelező egyik legfontosabb joga, hogy az általa nyújtott kölcsön fedezetéül szolgáló biztosíték meglétét, annak megfelelőségét ellenőrizze, amelynek részletes feltételeit rögzítik a szerződésben. A hitelező biztosíték ellenőrzési joga nem zavarhatja a hitelfelvevő szokásos gazdasági tevékenységét; az ellenőrzés nem terjedhet ki szélsőséges esetekre, helyzetekre vagy időre; a kölcsön felhasználásának ellenőrzése nem járhat együtt a hitelfelvevő üzleti titkainak megismerésére való követeléssel.⁵³ Ugyanakkor, ha az adós nem teszi lehetővé az ellenőrzést, vagy azt akadályozza, a hitelintézet ex lege azonnali hatállyal felmondhatja a szerződést.⁵⁴

A gyakorlat a biztosítékul kiköthető tárgyak vagy jogok piaci értékét, értékelését veszi alapul. Problémaként jelentkezhet a nem megfelelően értékelt biztosítékok érvényesítési nehézségei és annak lehetséges jogkövetkezményei. Az értékelést mindenképpen a hitelező végzi, ez azonban megbízott vagy más közreműködő igénybevételén keresztül is történhet. A biztosítékok értékelésének eljárása és módja a hitelminősítéshez hasonló. A főbb szempontok: azok értéke, értékállósága, elfogadási sorrend, végrehajthatóság, forgalomképesség stb. Amennyiben a biztosíték mértéke meghaladja a hitel-kölcsön összegét, a többlet és az érvényesíthetőség kérdésében külön kell a szerződésben megállapodni.

Az adós kötelezettsége, hogy a biztosíték tárgyául szolgáló vagyontárgyak őrzése, azok működésének fenntartása. Amennyiben a biztosítékul szolgáló vagyontárgyak használatban

c) a kölcsönre nyújtott biztosíték értéke jelentősen csökkent, és azt az adós a hitelező felszólítására nem egészíti ki;

(2) Ha a hitelező pénzügyi intézet ... azonnali hatállyal felmondhatja a kölcsönt, ha c) az adós a kölcsön fedezetével, biztosítékával vagy céljának megvalósulásával kapcsolatos vizsgálatot – figyelmeztetés ellenére – akadályozza, ideértve azt az esetet is, ha a szerződésben vállalt vagy jogszabályban előírt adatszolgáltatási kötelezettségét megszegi.

⁴⁹ in BOTOS – HALUSTYIK – KOVÁCS – PETRIK – RUSZNÁK – TOMORI: *Bankjog*. HVG-ORAC, 2003. 218. o.

⁵⁰ Hpt. 78. §. (3) bekezdés.

⁵¹ in PETRIK Ferenc –szerk. *Bankjog CD 2008*. HVG-ORAC Lap- és könyvkiadó Kft.

⁵² Hpt. 78. § (1) A hitelintézetnek a kihelyezésről történő döntés előtt meg kell győződnie a szükséges fedezetek, illetőleg biztosítékok meglétéről, valós értékéről és érvényesíthetőségéről. A döntés alapjául szolgáló iratokat az ügyletre vonatkozó szerződéshez, illetőleg a leszámított változóhoz kell csatolni.

⁵³ in BOTOS – HALUSTYIK – KOVÁCS – PETRIK – RUSZNÁK – TOMORI: *Bankjog*. HVG-ORAC, 2003. 221. o.

⁵⁴ Ptk. 525. §. (2) c) pont.

kezelésben vannak, úgy a használatnak, kezelésnek rendeltetésszerűen kell megvalósulnia. Ha biztosítékul szolgáló vagyontárgy elhasználható vagy helyettesíthető dolog, úgy az elhasználódott vagy értékesített dolgot a hitelfelvevő a biztosíték keretén belül köteles pótolni, és arról a hitelezőt értesíteni a szerződésben foglalt szabályoknak megfelelően.⁵⁵

A biztosíték értékmegóvási, értékmegetartási kockázatának csökkentése érdekében, egyes, főleg vagyontárgyak, esetében a hitelező kikötheti, hogy azokra az adós minden káreseményre kiterjedő, ún. *all risk* típusú, *hitelfedezeti biztosítási szerződést*⁵⁶ kössön.⁵⁷ Adott esetben az erre szolgáló biztosítási szerződés megkötése a hitel- vagy kölcsönszerződés alapján történő kölcsön folyósításának feltétele lehet. További szerződéses feltétel, hogy a hitelfelvevő által biztosított és biztosítékba adott vagyontárgyakat ért bármilyen kár esetén számára járó biztosítási összeget a – tőke, illetve járulékai erejéig – a hitelező bankra engedményezi – szintén biztosíték gyanánt. A biztosítási szerződés követelményét érdemesebb a hitel-kölcsön megkötésével egyidőben jelezni, mert így a jogviszony szereplői (hitelező – kedvezményezett, adós – biztosított, biztosító)⁵⁸ összhangba tudják hozni az egyes szerződéseket. Azt követően bonyolult tárgyalássorozatok lehetnek szükségesek, mivel a már fennálló jogviszonyt kell módosítani. A biztosítási jogviszony fennállása alatt a biztosítási szerződést az adós a hitelező értesítése vagy – szigorúbb szerződési feltételek fennállása esetén – jóváhagyása nélkül sem módosítani, sem megszüntetni nem tudja, annak ellenére, hogy a jogviszonynak az esetek többségében a hitelező bank nem szerződő fele.

Amennyiben az esedékesség időpontjában a hitelfelvevő a hitelező felé fennálló kötelezettségét nem teljesíti, az jogosult a rendelkezésre álló bármely biztosítékból származó jogát érvényesíteni - a Ptk. szabályainak megfelelően.⁵⁹ A bankgyakorlatban egyre elterjedtebb, és a szerződések részévé válik, hogy a biztosítékok megőrzését, fenntartását, de leginkább érvényesítését nem saját maga, hanem megbízása alapján közreműködő látja el. A közreműködő igénybevétele a polgári jog szabályai szerint jogszerű, ennek során meg kell határozni azokat a szerződéses jogokat és kötelezettségeket, amelyek egy ilyen közreműködő feladatát kellő részletességgel és jogszerűen behatárolják a biztosítékérvényesítés (vagy más banki követelés érvényesítése) területén. A hitelezői rossz követelések eladásának tömegessé válásával természetesen a közreműködők igénybe vételének kérdése is előtérbe került. A gyakorlat még nem találta meg a választ arra a kérdésre, ha egy követelés minden jogszerű lépcsőjét végigjárva érvényesíthetetlennek bizonyul, akkor a követéleladás következtében a követelés új jogosultja milyen egyéb jogérvényesítési módszereket alkalmazhat - ha alkalmazhat egyáltalán.⁶⁰

A *biztosítékot adó harmadik személy* jogi helyzetének megítélése akkor kerül elő, ha a biztosítékot nyújtó személy és a hitelfelvevő adós nem azonos. Ezzel gyakran találkozunk a mindennapi pénzügyi életben. Ezekben az esetekben biztosíték nyújtásánál alkalmazott szerződéses kikötés, hogy a harmadik, biztosítékot nyújtó személy (kötelezett) a hitelszerződés egyik alanyává válik. Ez történhet úgy, hogy a harmadik személy kötelezett a hitelszerződés feltételeinek megismeréséről és azok tudomásulvételéről nyilatkozik külön okiratban; vagy magában a

⁵⁵ in PETRIK Ferenc –szerk. *Bankjog CD 2008*. HVG-ORAC Lap- és könyvkiadó Kft.

⁵⁶ Fontos elhatárolni egymástól két hasonló fogalmat. A hitelfedezeti biztosítás a biztosítékra vonatkozik, a hitelbiztosítás, pedig egy biztosíték típus, ami az alapügyletet érinti.

⁵⁷ Érdekeség, hogy a biztosítékok biztosításával már SZLADITS Károly –szerk.: *Magyar magánjog I.-VI.* Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1938. 1940. IV. Kötelmi jog különös része 186. oldalán is találkozunk. „*Az adós tartozik a kölcsön biztosítékát képező tárgyakat a szokásnak megfelelően tűz ellen biztosítani és pedig legalább is a kölcsön összegére vagy legfeljebb természetesen a biztosítandó tárgy értéke erejéig.*”

⁵⁸ Természetesen ennél több szereplő is előfordulhat: pl. a biztosítási szerződő fél egy kívülálló harmadik személy lesz, aki fizeti a biztosítási összeget.

⁵⁹ Ilyen korlát például zálog esetén a lex commissoria tilalma. Ptk. 255. §. (2) Semmis a kielégítési jog megnyílta előtt létrejött az a megállapodás, amely szerint a jogosult a kötelezettség teljesítésének elmulasztása esetén megszerzi a zálogtárgy tulajdonjogát.

⁶⁰ in BOTOS – HALUSTYIK – KOVÁCS – PETRIK – RUSZNÁK – TOMORI: *Bankjog*. HVG-ORAC, 2003. 221. o.

hitelszerződésben ismeri ezt el.⁶¹ A kötelezett helyzete a polgári jogban szabályozott keretekhez alkalmazkodik: a zálogjog szabályai szerint lehet zálogkötelezett, óvadéki kötelezett, a kezességi szabályok alkalmazásával kezes vagy készfizető kezes stb.

Érdeemes itt megjegyezni, hogy a lombard hitelek esetében a biztosítékok szerepe nem számottevő, mivel az alapügyleten már van értékpapír- vagy árufedezet.

3.2. Az egyes biztosítékok⁶²

A biztosítékok rendszere változatos. A nemzetközi gyakorlat alapulvétele ebben az esetben különösen veszélyes, mivel az egyes nemzeti jogrendszerek eltérően szabályozzák az egyes jogintézményeket.⁶³ Az Európai Unió 2002/47/EK irányelvének a pénzügyi biztosítékokról szóló megállapodásokról célja az, hogy elősegítse a pénzügyi szolgáltatások nyújtásának szabadságát, a tőke szabad áramlását és ezeken keresztül az egységes piac megerősödését a készpénzen, a tőkepiacokon forgalmazott értékpapírokon és egyéb pénzügyi eszközökön alapított biztosítéki jogok meghatározott kérdéseinek rendezésével. Az irányelvi szabályozás nem nevesíti az egyes mellékkötelezettségeket, főleg fogalom-meghatározásokat és elméleti csoportosítás alapján néhány általános rendelkezést tartalmaz.⁶⁴

Magyarországon a Ptk. egyes szerződést biztosító mellékkötelezettségeivel találkozunk, kiegészítve egy-két atipikus megoldással:

- i. Ptk. XXIII. fejezet - A szerződést biztosító mellékkötelezettségek: bankgarancia [249. §.], zálogjog [251-269. §.] (jelzálog, vagyonterhelő zálog, zálogjog jogokon és követeléseken, önálló zálogjog, keretbiztosítéki), óvadék [270-271/A. §.] (pénz, értékpapír, bankszámla követelés), kezesség [272-276. §.] (sortartó, készfizető);
- ii. Ptk. XXVII. fejezet - Az engedményezés [328-331. §.];
- iii. Ptk. XXXIII. fejezet – visszavásárlási jog, vételi jog [374-375. §.]
- iv. faktorálás;
- v. komfortlevél;
- vi. hitelbiztosítás.

⁶¹ in PETRIK Ferenc –szerk. *Bankjog CD 2008*. HVG-ORAC Lap- és könyvkiadó Kft.

⁶² Ez a fejezet az egyes biztosítékokat részletesen nem elemzi. A szakirodalomban ugyanis számos olyan könyvvel találkozunk, amelyek ezeket kimerítően tárgyalják: HARMATHY Attila: *A szerződést biztosító mellékkötelezettségek*. Polgári Jog – Kommentár a gyakorlat számára II., HVG-ORAC, 1997., SALAMONNÉ Dr. SOLYMOSI Iboyla: *A szerződések biztosítékai*. AGROCENT Kiadó, 1999, ZÁMBÓ Tamás: *A zálogszerződés*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1999., Dr. GYÖRGY Ernő: *A hitel biztosítékai*. TÉBE

⁶³ Rövid ízelítő, hogy a zálogjog rendszere is mennyire változatos. Az angol jog a zálog négy típusa különbözteti meg: a *mortgage* (biztosítéki tulajdonátruházás), a *pledge* (kézizálog), a *charge* (jelzálog) és a *lien* (visszatartási jog). A német BGB is négy zálogfajtáját szabályoz: az ingó dologon alapítható kézizálogjogot (*Pfandrecht an beweglichen Sachen*), a jogon alapítható zálogjogot (*Pfandrecht an Rechten*), az ingatlanon alapítható járulékos jelzálogjogot (*Hypothek*) és az ingatlanon alapítható nem járulékos jelzálogjogot, vagyis a telekadósságot (*Grundschild*). A Code Civil ingatlanok esetében ismeri mind a jelzálogjogot (*hypothèque*), mind a kézizálogjogot (*antichrèse*). Ingók esetében elvileg csak a kézizálogjog (*gage*) ismert, valójában azonban számtalan ingó dologon alapítható jelzálogjog is (gépkocsin, filmen). Az ingó és az ingatlan kézizálogjog (*gage* és *antichrèse*) összefoglaló neve: *nantissement*. in HANÁK András: *Magyar zálogjog nemzetközi kitekintéssel* in Gazdaság és jog 7. évfolyam 9. szám. 1999.

⁶⁴ Az irányelv 3. cikk - Alaki követelmények (1) bekezdése érdekes szabályt tartalmaz: A tagállamok nem írhatják elő, hogy a pénzügyi biztosítékról szóló megállapodás vagy annak alapján a pénzügyi biztosíték nyújtása, létrehozása, érvényessége, teljesülése, érvényesíthetősége vagy bizonyítékként történő elfogadhatósága bármilyen alaki követelmény teljesítésétől függ.

Ezzel kapcsolatban fontos megjegyezni, hogy az irányelv egyfelől a tulajdonjog átruházásával járó biztosítékokra vonatkozik, hazai jogunk pedig ilyen nem ismer; másfelől pedig az értékpapírokból álló biztosítékokat szabályozza. Ezzel összhangban van a hatályos Ptk., mivel az óvadékról szóló megállapodást nem kell írásban kötni.

A *bankgarancia* nyújtásának két típusa ismert az egyik az egyszerű, amely egy esemény beálltához vagy annak elmaradáshoz kapcsolódik;⁶⁵ a másik az okmányos, amelynek előfeltétele dokumentumok bemutatása. A hitelezői oldalról kedvelt forma, mivel érvényesíthetősége gyors, és a nemfizetés kockázata csekély. Adósi oldalról nézve azonban rendkívül drága, költséges, ugyanis a hitel törlesztése mellett egy másik banknak is meg kell fizetni a garancia díját. Sajátos biztosítéki forma, mert valójában önálló, független az alapügylettől,⁶⁶ illetve a kötelezettség vállalás egyoldalú nyilatkozattal történik.⁶⁷ Természetesen a megszűnt szerződéshez kapcsolódóan már nem lehet követelni a bankgarancia kiadását.⁶⁸ A teljesítésnél a garanciát nyújtó hitelintézet vizsgálhatja az adós törlesztésének mértékét.⁶⁹ A nemzetközi garanciák szabályait a Nemzetközi Kereskedelmi Kamara (ICC) ICC 325 – Uniform Rules for Contract Guarantees (szerződéses garanciák) és ICC 458 – Uniform Rules for Demand Guarantees (első felszólításra, egyszerű lehívással, feltétel nélkül fizetendő garanciák) szokványai tartalmazzák.⁷⁰

A *zálogjog* a legelterjedtebb forma, mivel így az adós megterhelt dolgokat, vagyont és jogokat ugyanúgy használhatja. A hitelező szempontjából az érvényesíthetősége nehezkesebb, mivel a kielégítés módja a zálogtárgy értékesítése. Ez általában végrehajtás útján történik, tehát végrehajtóhoz kell fordulnia. Ezt a szabályt lazítja, hogy a felek megállapodhatnak a közös értékesítésben is, a legalacsonyabb eladási ár rögzítése mellett. Amennyiben a hitelező üzletszerűen foglalkozik záloghitel nyújtásával vagy a zálogtárgynak hivatalosan jegyzett piaci ára van⁷¹, továbbá a felek így állapodtak meg, akkor maga is értékesítheti. Ha erre nincs lehetőség, a szerződésben rendelkezhetnek úgy, hogy zálogtárgy értékesítésével üzletszerűen foglalkozó harmadik személyt vesznek igénybe. Bármelyik megoldást is választják az értékesítési eljárást le kell folytatni, ami elhúzódhat, sosem olyan egyszerű és gyors, mint egy inkasszó, vagy bankgarancia érvényesítése. Az értékesítést követően el kell számolnia a feleknek. Az ingatlan jelzálog a legproblémásabb, mivel nehezen értékesíthető, és ingatlan piac ingadozásával értéke változhat. Az *önálló zálogjog* a zálog egy szellemes, kreatív típusa, egy tőkeszolgáltatásra irányuló olyan értékjog, amely független az alapkötelemtől, ahhoz nem kapcsolódik, azaz személyes követelés nélküli. Gazdasági célja egy (korábbi) tartozás megszüntetése, kiegyenlítése. Önállósága következtében forgatható, a kielégítés egyszerűbb, ez teszi rugalmasabbá a többi zálog típushoz képest. Az önálló zálogjog személyes követelés nélkül alapított, a jogosult nem egy konkrét személyhez fordul követelésével, hanem kizárólag a zálogjoggal terhelt zálogtárgyból kereshet kielégítést.⁷² Absztrakt jellege abban mutatkozik meg, hogy a feleknek nem kell feltárni az alapul szolgáló kötelezettségvállalás jogcímét, az elvileg bármilyen gazdasági vagy

⁶⁵ Ennek altípusai: a fizetési garancia, az előleg-visszafizetési garancia, a jóteljesítési garancia, a tendergarancia és az ajánlati garancia.

⁶⁶ GK BH 2003. 473. I. A bankgarancia a garantőr önálló kötelezettségvállalása. A jogviszony alanya a bank és a kedvezményezett, ezért a bank megbízója érdekét, annak fizetést megtiltó nyilatkozatát nem veheti figyelembe. A fizetési feltételek igazolása esetén a fizetés nem tagadható meg.

⁶⁷ in Török Gábor –szerk.: *A Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről szóló 1959. évi IV. törvény kommentárja*. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó. (Hivatalos Jogszabálytár CD) 249. §.

⁶⁸ GK BH 1996. 541. A bankgarancia szerződést biztosító mellékkötelezettség, ezért megszűnt szerződéshez kapcsolódóan – ún. szándéknyilatkozat alapján – már nem lehet bankgarancia kiadását követelni.

⁶⁹ GK BH 1999. 267. A vállalt bankgarancia alapján a garantőr csak a főadós által már kifizetett díjrészletek levonása után fennmaradó összeget köteles - az adós teljesítésének elmaradása esetén - megfizetni. A garantőr ezért jogosult vizsgálni az adós teljesítését

⁷⁰ Mindkettőről részletesen lásd KÖNYA Judit: *A vállalkozások bankügyletei*; KJK-Kerszöv 2001. 218-230. o.

⁷¹ Ebben a körben a pénzügyi életben csak nemesfémek és energiahordozók jöhetnek szóba, ugyanis ha a zálogtárgy pénz vagy értékpapír akkor az óvadék szabályait kell alkalmazni.

⁷² in GELLÉN Klára: *Az önálló zálogjog alkalmazása a jelzálog-hitelezés gyakorlatában*. in Jogelméleti Szemle 2002/4.

jogi cél lehet (vételtartozás, kölcsön stb.).⁷³ Az önálló zálogjogból való kielégítési jog felmondással nyílik meg, nincs szükség külön értékesítési eljárásra. Sajnálatosan a magyar gazdasági életben egyelőre nem tudott meghonosodni, pedig a jelzálog-hitelintézeti törvény is lehetővé teszi ezt a formát.⁷⁴ Nem szerencsés, hogy a Ptk. új koncepciójából ki is hagyták a kodifikátorok.

Az *óvadék* tulajdonképpen egy speciális zálog, amelynek tárgya pénz, értékpapír vagy számlakövetelés. Itt is fontos hangsúlyozni, hogy a hitelező nem az óvadék tulajdonát szerzi meg, hanem az értékéből keres kielégítést. Az idevonatkozó jogi rendelkezések egyszerűbbek, nem szükséges a biztosított követelés mértékének meghatározása. Ez a szabály azonban pénz esetében nehezen értelmezhető. Az értékpapírok értéke és a valuta-árfolyamok változnak, erre külön figyelemmel kell lenni az biztosíték minősítésekor. Az óvadék rugalmatlanságát az átadás eredményezi, az adós így az óvadékba adott pénzeszközeivel nem rendelkezhet, nem használhatja, míg zálog esetében igen. A névre szóló értékpapírok átadása üres forgatmánnyal történik, egyéb értékpapíroké és takarékbetétkönyvé pedig letétbe helyezéssel. Készpénz-átadás ritka, általában ezt is a hitelfelvevő betéti számláján helyezik el, azzal a megkötéssel, hogy a számlaszerződést az adós nem szüntetheti meg, illetve az adott összeggel nem rendelkezhet.

A *kezesség* lehet sortartó (egyszerű, közönséges) vagy készfizető, illetve korlátozott, azaz meghatározott összeg erejéig terjedő. Mind a hitelező, mind az adós szemszögéből nézve előnyös, a bank egyszerűen érvényesítheti követelését, a hitelfelvevőnek viszont nem kell lekötnie pénzügyi eszközeit, vagyontárgyait, ezáltal könnyebben tudja kigazdálkodni a hitel-kölcsön ellenértékét. A kezességhez hasonló szerződés a *hitelezési megbízás*, amelynek lényege, hogy valaki mást megbíz, hogy saját nevében és saját számlájára harmadik személynek hitelezzen, a hitelvevő kötelezettségéért a megbízottnak kezesként felel; egyébként a szerződés a megbízás szabályaihoz idomul.⁷⁵

A biztosítéki (fiduciárius) *engedményezési* szerződés előzményeként a bank és az ügyfél általában hitelviszonyban áll egymással.⁷⁶ E tartozásának biztosítékeként ajánlja fel az adós ügyfél a hitelező bank felé a részletesen meghatározott követeléseket. Az elmélet és a bírói gyakorlat kettéválasztja a biztosítéki és a teljesítési célú engedményezést, azonban a hatályos Ptk. ezt a megkülönböztetést nem szabályozza.⁷⁷ Biztosítéki célú engedmény esetén az engedményes arra szerez jogot, hogy az engedményezővel szembeni követelését – nem fizetés esetén – az átruházott követelésből kielégítse. Amennyiben azonban az engedményező teljesít, az engedményezett követelés már nem illeti meg, azt vissza kell szolgáltatnia.⁷⁸ Ebből adódik, hogy egymás közötti viszonyukban az engedményes az engedménnyel nem rendelkezhet korlátlanul, a kapott jogosultsága korlátozott, célhoz kötött. Az engedményezési szerződésben rögzítik a követelés alapjául szolgáló szerződést magát, annak minden azonosítójával (kódok, szerződés-szám, elnevezés stb.), a fenti szerződésben foglalt követelés összegét, a követelés(ek)

⁷³ KAPA Mátyás: *Néhány gondolat az önálló zálogjogról*. in Collega 2005. IX. évfolyam 5. szám 17-21. o. Ezzel kapcsolatban felmerül, hogy német mintára nálunk is ki kellene alakítani az önálló zálogjog célját rögzítő biztosítéki szerződés vagy célmeghatározó nyilatkozat intézményét. Vö. BALOGH Zsigmond: *Az újonnan szabályozott önálló zálogjog a német tapasztalatok tükrében*. in Magyar Jog 2002. évi 7. szám. 474-475. o.

⁷⁴ 1997. évi XXX. törvény a jelzálog-hitelintézetéről és a jelzáloglevélről 3. § (1) Jelzálog-hitelintézet pénzkölcsönt nyújt Magyarország, az Európai Unió más tagállama vagy az Európai Gazdasági Térségről szóló megállapodásban részes más államnak (a továbbiakban: EGT-állam) területén lévő ingatlanon alapított jelzálogjog, ideértve az önálló zálogjogként alapított jelzálogjogot is (a továbbiakban együtt: jelzálogjog) fedezete mellett, amelyhez forrásait alapvetően jelzáloglevél kibocsátásával gyűjti.

⁷⁵ in SZLADITS Károly: *A magyar magánjog vázlata*; Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, 1933. II. rész 144. o.

⁷⁶ Bővebben in LESZKOVEN László: *A fiduciárius engedményezés jogi természetéről*. in Gazdaság és jog X (2002) 3. szám és in HORVÁTH S. Attila: *Engedményezés másképp?* in Bank és Tőzsde 2003. Január

⁷⁷ Az új Ptk. koncepciójában még szerepel a megkülönböztetés, azonban a Javaslat normaszövege a biztosítéki célú engedményezést nem tartalmazza.

⁷⁸ BH 2001. 489. I. A biztosíték célú engedmény elbírálásánál irányadó szempontok

esedékességét, valamint a követelés kötelezettjének azonosítására szolgáló adatokat.⁷⁹ Az engedményezőtől sokszor elvárt annak szavatolása, hogy az engedményezett követelés per, teher és igénymentes; az engedményező kizárólagos tulajdonában áll, amit semmilyen más szerződés nem korlátoz. A biztosítékul szolgáló engedményezési szerződésnél a gyakorlatban fel sem mérülhet a Ptk. 330. § (1) bekezdésében foglalt lehetőség, amely szerint az engedményező a követelését kifejezetten bizonytalan követelésként ruházza át az engedményesre⁸⁰, ugyanakkor a jövőben lejárási és feltételhez kötött követeléssel találkozhatunk a gyakorlatban.⁸¹ Az engedményezés során központi kérdés az eredeti kötelezett értesítése, illetve az adós a nemfizetés esetére vállalt kezessége.

A visszavásárlási jog és a vételi jog az elmúlt évtized bankgyakorlatában sűrűn előfordul, mint hitelbiztosíték. A visszavásárlási jog esetében az adós a dolog tulajdonjogát adásvételi szerződés keretében át is ruházza a hitelezőre, de magának – gyakorlatilag a visszalízing gazdasági funkciójával egyező céllal⁸² – visszavásárlási jogot köt ki. A másik konstrukcióban az adós biztosítékként vételi jogot enged valamely ingó vagy ingatlan dolgán a hitelezőnek.

A faktorlással külön fejezet foglalkozik, összetettsége miatt több mint az engedményezés, ezért került külön a felsorolásba.

A komfortlevél a hitelminősítési eljárásnál már szerepelt, kettős, átmeneti természete miatt, azaz, hogy egyszerre rendelkezik a tudakozvány és a biztosíték tulajdonságaival;⁸³ itt is indokolt az említése.

A hitelbiztosítás a 19. század végén jelent meg és a két világháború között Nyugat-Európában fejlődött a leginkább, napjaink globlizált gazdaságának aktív, elterjedt intézménye.⁸⁴ Egy olyan biztosítási forma, amely a hitelezésből eredő kockázatok és károk fedezetéül szolgál, mára átmenet a biztosítási termékek és a biztosítékok között. A biztosított mindig a hitelező, a biztosítási esemény az adós nemfizetése. A hitelbiztosítás már a piacra lépés előtt segíthet a hitelfelvevő minősítésében, továbbá abban is, hogy egy vállalkozó megtalálja a potenciális kapcsolatokat. Főleg a nemzetközi kereskedelmi életben van nagy gyakorlata, amikor az adósról nehéz az információgyűjtés.⁸⁵ Ebből a fajta biztosításból két típus létezik: az egyik, amelyet az ügyfél köt a biztosítóval, a másik, amelyet a bank köt a kihelyezett pénzére. Ez utóbbi esetben is az adós viseli a biztosítás díját, amit általában a bank beépít a hitel költségei közé. A hitelbiztosítás más kiegészítő szolgáltatással bővíthető, amelyek átmeneti fizetőképtelenség, munkanélküliség, keresőképtelenség esetére szólnak.⁸⁶ Ezeket a biztosítási csomagokat a hitelszerződéskor kell igényelni a banktól. Ha a biztosítás összege nagyobb a fennálló tartozásnál, akkor a maradék értelemszerűen a szerződő felet illeti meg. A hitelbiztosítás mértéke a teljes összegéhez képest alacsony, az éves forgalom vagy a teljes hitelösszeg 0,2-0,3 százaléka,⁸⁷ így például 1 milliárd Ft-os biztosítás éves díja 2-3 millió Ft. A biztosítók általában 20%-os önrészt kívánnak meg, így egy 20 milliós tartozás nemfizetése esetén a biztosított 16 milliót fizet, tehát ha díjat is beleszámoljuk (3 millió) a tényleges költségünk/veszteségünk csak 7 millió és nem

⁷⁹ in BOTOS – HALUSTYIK – KOVÁCS – PETRIK – RUSZNÁK – TOMORI: *Bankjog*. HVG-ORAC, 2003. 286. o.

⁸⁰ in PETRIK Ferenc –szerk. *Bankjog CD 2008*. HVG-ORAC Lap- és könyvkiadó Kft.

⁸¹ in KÓNYA Judit: *A vállalkozások bankügyletei*; KJK-Kerszöv 2001. 130. o.

⁸² in *Az új Polgári Törvénykönyv* – javaslat – normaszöveg és indoklás. 2006. 164. o.

⁸³ in BLOCK, Kenneth M. és STEINER Jeffry B.: *Comfort Letters*. in *New York Law Journal*. Volume 231. No. 13. 21. January 2004.

⁸⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Credit_insurance

A legnagyobb hitelbiztosítóval foglalkozó cégek – a teljesség igény nélkül: Coface (francia, Natixis csoport), Euler Hermes (német, Allianz csoport), Atradius, AXA-Winterthur (svájci), CESCE (spanyol) HCC International, Lloyd's (angol) SACE BT (olasz) FCIA (USA), AON, ICBA, IRC, Marsh (globális)

⁸⁵ in Brown and Brown Insurance: *Credit Insurance*. 2005.

<http://www.bbinsurance.com/uploads/creditBrochure.pdf>

⁸⁶ <http://www.es-a-legjobb-ingatlan-hitel-kalkulator.com/hitelbiztositas.html>

⁸⁷ <http://www.vg.hu>.

20. A hitelezői oldal szemszögéből egy kedvelt forma, mivel az igényérvényesítés gyors, egyszerű, másrészt a nemfizetés kockázatát szinte a minimálisra lehet csökkenteni. Emellett az önrész fennmaradó részét továbbra is lehet az adóstól követelni, amire szintén nagyobb az esély, mivel kisebb értékről van szó.

Összegzés

Napjaink dinamikus pénzélete rendkívül mértékben fejleszti a bankok gazdasági és jogi elméleti, gyakorlati környezetét. Számos esetben azonban, általában a kockázatcsökkentésre hivatkozva túlzott kötelezettségeket állapítanak meg ügyfelek számára. Indokolatlannak tartom, hogy akár több mint húsz féle költségelemet kapcsolhatnak egy ügyletbe. A THM mára kiüresedett mutató, a hitelintézetek sorra kibújnak annak valódi lényege, rendeltetése alól, oly módon, hogy a futamidő első évére rendkívül kedvezményesnek tűnő ütemezést tüntetnek fel. A hatóságoknak – különösen a Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyeletére és a Fogyasztóvédelmi Főfelügyelőségre, de jogi rendelkezések alapján az ügyészségre is gondolva –, továbbá a jogvédő szervezeteknek hatékonyabban kellene fellépni akár a tisztességtelen általános szerződési feltételekre, akár a fogyasztó védelemre, szélsőséges esetben a feltűnő értékaránytalanosságra hivatkozva. Az is meggondolandó, hogy a bankok kockázatkezelési tanácsokat, útmutatást adnak ügyfeleknek, ezek betartását monitorozzák, mert így az ügyfél kevesebbet fizet és a bank biztonsága is nő. Nagy jövőjük van az egyéb pénzügyi biztosítékok bevonásának (pl. életbiztosítás, ahol a bank a kedvezményezett) is.