

Bencze Mátyás
Az igazságszolgáltatás jogelméleti vonatkozásai
“Badó Attila - Bóka János: **Európa kapujában. Reform, igazság, szolgáltatás.**”
c. könyvről

A joggal akár elméletben, akár a gyakorlat során foglalkozó jogászok számára könnyen belátható, hogy a jogrendszer működése nem korlátozódik az állami igazságszolgáltatási szervek tevékenységére.¹ Ugyanakkor azt mindenki elismeri, hogy a jog az igazságszolgáltatásban, ezen belül is a bíróságok munkája során van jelen a “legsűrűbb” formában. Éppen ezért a mind a legújabb nyugati,² mind a hazai³ jogbölcséleti törekvések kiemelt figyelmet tulajdonítanak a bírói tevékenység természetének kutatására.

Mindamellet az a közeget, amelyben az egyes jogalkalmazó tevékenykedik, az igazságszolgáltatást komplex rendszerként bemutató és ekként elemző munkák egyelőre hiányoznak a magyar jogbölcséleti és jogszociológiai szakirodalomból.⁴ A hazai jogszociológia természetesen vizsgálta az egyes jogász professzióknak a jogász rétegben, valamint az egész társadalomban betöltött szerepét, funkcióját, de az igazságszolgáltatást végző szervek egymáshoz kapcsolódását, az igazságszolgáltatás viszonyát a többi társadalmi alrendszerhez, valamint a fejlődés lehetséges perspektíváit és az egész rendszer előtt álló kihívásokat még nem elemezték.

Egy ilyen munka elsősorban azért fontos, mert a jogalkalmazási folyamat nem vizsgálható a szervezeti háttértől függetlenül. Tudnunk kell azt, hogy milyen intézményi keretek kötik a jogalkalmazót, milyen erőterek vonzásában végzi feladatát. Szintén nem hanyagolható el annak vizsgálata, hogy milyen képet alakítottak ki magukról és feladatukról a jog professzionális művelői. Ezen aspektusok explicitté tétele nélkül nem értelmezhető egy sor olyan mozzanat, amely jellemzi a jogalkalmazás folyamatát, és hatással van annak eredményére. Különös jelentőséggel bír e tényezők tudományos feldolgozása a politikai átmenet éveiben, amikor még sem a jogászok, sem a laikusok számára nem teljesen nyilvánvalóak az igazságszolgáltatás intézményei előtt álló perspektívák. Ha ugyanis még nem alakult ki egy olyan rögzült struktúra, mint amelyen a legtöbb nyugati államban, a régi szerkezet pedig már szinte teljesen leépült, akkor nincs olyan mindenki által közösen ismert háttér, mely a jogalkalmazás kutatásának egységes alapjaként szolgálhatna. Ilyen közös háttérismeret nélkül nem mindig lehetséges a megértés sem, és nehezebben határozható meg a jogalkalmazási tevékenységre vonatkozó különféle elméleti megközelítések sajátosságai.

Jogelméleti szempontból kulcsfontosságú tehát, hogy rendelkezésre álljon egy olyan mű, amely legalábbis jelzi azokat az irányokat, amelyek felé jelenlegi igazságszolgáltatási rendszerünk halad. Természetesen számtalan megközelítés létezik, hiszen az igazságszolgáltatásnak mint minden komplex társadalmi rendszernek van intézményi, normatív, történeti, politikai,

¹ Ezt a nézetet kifejezetten Eugen Erlich képviselte először a modern jogelmélet történetében a XIX-XX. század fordulóján, majd a jogi antropológia vitte tovább az ilyen irányú kutatásokat, de pl. Niklas Luhmann munkásságán keresztül a jog legújabb, társadalomelméleti megközelítései is reflektálnak erre a problémára.

² A legnagyobb hatást ezen a téren (is) Dworkin, Hart, Raz gyakorolta, emellett azonban a kontinentális jogelmélet képviselői (például Wroblewski) is folytatnak ilyen jellegű vizsgálódásokat.

³ Példaként lásd: Varga Csaba: *Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról*. Budapest, 1998. 358-371. o. vagy Pokol Béla: Felsőbírói jogértelmezés Magyarországon. *Jogtudományi Közöny*. 1999/11. 493-498. o.

⁴ Kivétekeléppen említhető: Pokol Béla: *A jog szerkezete*. Gondolat Könyvkiadó, Budapest, 1991. 199 o.

szociológiai dimenziója. Amennyiben a jogbölcseleti vizsgálódásoknak a célja az, hogy teljes egészében megértse, feltárja a jogalkalmazási folyamat működését, akkor nem nélkülözheti a fenti megközelítések egyikét sem.

Mindezek fényében érthető tehát, ha az igazságszolgáltatással foglalkozó tudományos írásokban gyakran keverednek a fenti nézőpontok, ami éppen a vizsgált tárgy és a vizsgált folyamatok összetettsége miatt nem kifogásolható. A vizsgálódási módszer "tisztaságának", vagy diverzitásának előnyei és hátrányai mindig csupán az elérni kívánt célra figyelemmel ítélhetők meg. A Szegedi Tudományegyetem Jogi Kara két oktatójának Badó Attilának és Bóka Jánosnak most megjelent munkáját⁵ szintén a bevezetőben az általuk deklarált célok fényében érdemes értékelni, amely nem más, mint az, hogy "a magyar igazságszolgáltatás valódi állapotát, a rendszerváltás óta megtett útját, aktuális problémáit és vitáit a hatályos jogszabályok ismertetésén túl a joggyakorlat, a szervezeti-intézményi kapcsolatok és az emberi tényező alapján mutassa be."⁶

A célok ilyen széleskörű meghatározása arra utal, hogy egyaránt szánták ezt a könyvet elméleti és gyakorló jogászoknak, politikusoknak és a magyar igazságszolgáltatásnak az átmenet éveiben nyújtott teljesítménye iránt érdeklődő szélesebb közönségnek is. Ennek megfelelően számos szempontból fűzhető megjegyzés a szerzők álláspontjához. A jelen írás egyrészt jogelméleti, másrészt jogszociológiai, illetve a jogalkalmazó szempontján alapuló észrevételeket próbál hozzátenni e munkához, mindezt azonban annak tudatában, hogy számos más elemzési szempont is kínálkozik. Ám ezen aspektusok – eltérő mértékben ugyan – az egész mű vonatkozásában alkalmazhatónak látszanak.

Általános elméleti fejtegetéseket leginkább a mű első három fejezete tartalmaz, bár az általánosítás szintje ezek között is eltérő, mivel az Alkotmánybíróság és a rendes bíróság viszonyának az egész jogrendszer struktúráját érintő részletes elemzése mellett megtalálható a választottbíróságok által elrendelt ideiglenes intézkedések végrehajtásának viszonylag partikuláris problémája. Ami azonban mégis összeköti e három részt az, hogy mindhárom a magyar állami igazságszolgáltatásnak az új kihívásokhoz való viszonyát elemzi. E kihívások az Alkotmánybíróság megjelenéséhez, az európai integrációs folyamathoz, és a választottbíráskodás fokozatos térnyeréséhez köthetők.

Helyesnek tarom, hogy a szerzők megpróbálják rögzíteni a magyar bírák szemléletét, mely a bíráskodásnak a hatalmi ágak rendszerében betöltött szerepére, helyzetére vonatkozik. Ez egyébként megfelel a klasszikus, akár konzervatívnak nevezhető felfogásnak, amely a hatalmi ágak szétválasztásának és egymással szembeni minél teljesebb körű függetlenségének követelményét részesíti előnyben. Talán nem véletlen, hogy a végrehajtó hatalom primátusával jellemezhető államszocializmus évtizedei után elemi erővel tör fel az igény arra, hogy a bíráskodás kizárólag a törvényeknek, és más ne más hatalmi centrumoknak legyen alárendelve.

Éppen ezért lehet problematikus az a viszony, amely az Alkotmánybíróság és a rendes bíróságok között alakult ki az elmúlt évtizedben. Ebben a megközelítésben elsősorban az ún. alkotmányos értelmezési követelmények és a LB jogegységi döntéseinek tervezett alkotmánybíró-sági kontrollja jelenthet ütközési pontot. Mindkét esetben arról van szó ugyanis, hogy az Alkotmánybíróság megpróbálja kiterjeszteni kompetenciáját a bírói gyakorlatra. Az alkotmányos értelmezési követelmények bevezetésével megszabja a bíróságok számára, hogy egy

⁵ Badó Attila - Bóka János: *Európa kapujában. Reform, igazság, szolgáltatás*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2002. 262 o.

⁶ Uo. 12. o.

jogszabályt milyen értelmezésben alkalmazhatnak, a jogegységi határozatok felülvizsgálata révén – amennyiben a parlament ilyen értelemben módosítaná az AB működéséről szóló törvényt – pedig a LB jogértelmezési tárgyú döntéseit semmisíthetnék meg. A szerzők részletesen ismertetik a tárgyban releváns alkotmánybíróági, illetve legfelsőbb bírósági döntéseket, és az elméleti jellegű állásfoglalásokat. Amit nem tartalmaz ez a fejezet az az értékelés, a folyamat jogelméleti vagy politológiai szempontú elemzése, annak bemutatása, hogy a szerzők miként viszonyulnak ehhez a problémához, szerintük milyen hatást gyakorolhat az AB ilyen irányú törekvése a jogrendszer egészére.

Jó érvek szólnak ugyanis amellett, hogy az Alkotmánybíróságnak legfőképpen alapjogi bíráskodást kell folytatnia, ami azt jelenti, hogy a jogszabályok alkotmányosságát elsősorban az alapvető jogok, továbbá az egyenlőség és a jogbiztonság által támasztott követelményeknek való megfelelés szempontjából vizsgálhatja. Kevésbé kell figyelemmel lennie arra, hogy az adott szabályozás mennyire van összhangban a szűkebb vagy tágabb jogi környezetével, és illeszkedik-e az előttük fekvő jogszabály a jogára jellemző sajátos dogmatikai hálózathoz. Ez azonban nem tekinthető valamiféle hiányosságnak az AB működésével kapcsolatban. E testület feladata arra korlátozódik, hogy egy dimenzióban – az alkotmányosság szempontjából – lássa el a feladatát, a normakontrollt. Így csak az absztrakt alapjogok összefüggéseiben értékeli a jogalkotás teljesítményeit, nem kell ügyelnie a szorosabb értelemben felfogott szakmai szempontokra, de ez nem is törvényi elvárás tevékenységével kapcsolatban.

A LB által hozott jogegységi döntések már a meghozott és alkotmányossági szempontból aggálytalan jogszabályi rendelkezésekkel kapcsolatosak. (Természetesen egy már hatályos jogszabály is lehet alkotmányosértő, ekkor azonban a jelenlegi szabályozás alapján is kérhet alkotmánybíróági normakontrollt az ügyben eljáró bíró vagy bárki más.) A jogegységi döntésre akkor kerül sor, ha az adott jogszabály egy releváns kérdést szabályozatlanul hagy, vagy ha komoly értelmezési nehézségek merülnek fel valamely kitételével kapcsolatban. A LB ilyenkor általában a joggyakorlatban felmerült megoldások közül választja ki azt, amelyik a meglévő dogmatikai rendbe a legjobban beleillik. E döntések meghozatalánál éppen azok a megfontolások kapják a főszerepet, amelyek az AB döntéseinél háttérbe szorulnak.

Nem nehéz belátni azt, hogy az így megszületett jogegységi határozatok ritkán sérthetik valamelyik konkrét alapjogot, esetleg az egyenlőséget vagy a jogbiztonságot. A döntés meghozatala előtti sokszoros szakmai szűrő hatékonyan véd e lehetőséggel szemben. Az a feltételezés pedig, hogy az LB bírái jogon kívüli szempontokat csempésznének a döntésükbe (és ezért van szükség az AB általi ellenőrzésre) nem vehető komolyan. A jogegységi határozatok megsemmisítésének lehetőségével tehát a jogalkotás olyan helyzetbe hozná az Alkotmánybíróságot, amire nincs felkészülve, hiszen a felülvizsgálat során nem az elsősorban politikai céllal meghozott törvényeket kellene az alkotmányosság sztenderdjeihez mérnie, hanem a jogásztársadalom egyik legnagyobb tekintélyű szervezetének döntéseit kellene szakmailag elbírálniuk.

Az Alkotmánybíróság funkciója nem a jogszolgáltatás irányítása, hanem a parlament és más jogszabályalkotó testületek (alap)jogi kontrollálása. Ez az új hatáskör csupán szükségtelen presztízsharcokhoz vezetne, mely nem tenné kiszámíthatóbbá az igazságszolgáltatást.

Szintén érdekes problémát hoz felszínre ugyanebben a fejezetben a hazai bírósági gyakorlat két jellemzőjének említése. Az egyik abban nyilvánul meg, hogy a bírák által csupán kivételesen alkalmazott eszköznek minősül az eljárás felfüggesztése melletti alkotmányossági kontroll kérése, amelyre egyébként akkor kerülhet sor, ha az eljáró bíróság azt észleli, hogy alkotmányosértő az a jogszabály, amely alapján ítélnie kellene. A másik sajátosság az, hogy magyar

bírák tartózkodnak az Alkotmány 70/K §-ra alapított ítélkezéstől, azaz attól, hogy közvetlenül az Alkotmány rendelkezéseire hivatkozva bíráljanak el ügyeket.

Véleményem szerint e két vonatkozást célszerűbb lett volna együtt tárgyalni, mivel mindkettő arra a beállítódásra utal, amelyik mind a mai napig jellemzi a bírói kart. Ez pedig a jogalkotó akaratának maximális tiszteletben tartása, amely nem kérdőjelezi meg a jogalkotás terméként létrejött jogszabály érvényességét vagy alkalmazhatóságát még akkor sem, ha azzal kapcsolatban dogmatikai, rendszertani, vagy éppen etikai, igazságossági értelemben súlyos problémák merülnek fel.⁷ Úgy érzem e szemlélet kialakulásának, meggyökeresedésének előzményeit, illetve lehetséges következményeit szintén érdekes lett volna megvizsgálni, de legalábbis lehetett volna valamilyen szinten utalni erre az összefüggésre.

Mindemellett e fejezet nagy előnye, hogy a szöveg mögött az olvasó számára is rekonstruálhatóvá válik a szerzőknek az Alkotmánybíróságról alkotott koncepciója. Felfogásuk szemben áll a hivatalos ideológia álláspontjával, és az Alkotmánybíróság önképével is, mely szerint az AB politikailag semleges, tisztán jogalkalmazó intézmény, amely politikai szándékkal terhelt kérdésekre is mindig csak jogi válasz ad.

Erre a meglehetősen elterjedt felfogásra reflektálva szükséges megemlíteni, hogy milyen tényezők adnak politikai jelleget egy alkotmánybíróság tevékenységének.

Először is maga a törvény rögzíti, hogy az Országgyűlés választja az AB tagjait, így rendszerbe “be van kódolva” a politikai mozzanat, és a jelölési folyamatban hangsúlyos szempont, hogy az adott jelölt eddigi jogász munkássága mögött milyen értékválasztás húzódott meg. A magyar politikai kultúra jelenlegi állapotában a választás módjából fakadó átpolitizáltság lehetősége nem zárható ki teljesen.

A kiválasztás ezen módja önmagában még nem eredményezné az alkotmánybíróság tevékenységének politikai jellegűvé válását. Felerősíti azonban azt a folyamatot, hogy az alkotmánybíráknak tevékenységük során nem olyan kiforrott, mögöttes dogmatikai struktúrával bíró jogszabályok alapján kell tevékenykedniük, mint a rendes bíróságoknak. Az alkotmány olyan kitételeit, mint “szociális piacgazdaság”, “emberi méltósághoz való jog” vagy “egyenlőséghez való jog” lényegesen könnyebb egy mögöttes egyéni értékrend felől értelmezni, különösen azért, mert a sem a társadalmon, sem a jogász szakmán belül nem alakult, és nem is alakulhat ki konszenzus ezen elvek konkrét tartalmát illetően. Ha pedig figyelembe vesszük Jerome Frank közismert megállapítását (a bírák is emberi lények),⁸ akkor elmondhatjuk azt, hogy az ilyen absztrakt elvek alkalmazásakor – legalább az értékválasztás szintjén – politikai szempontok is előtérbe kerülhetnek.

A harmadik összetevő, amely az alkotmánybíráskodásnak politikai jelleget ad, az maga a modern politikai berendezkedés. A törvények politikai viták keretében születnek meg, és az alkotmány maga is politikai viták során kiküzdött szöveget tartalmaz. A politikai jelentést hordozó szövegek értelmezése maga is politikai tevékenységgé válik, így valamely társadalmi csoport által ellenzett jogszabály megsemmisítése politikai tettnek éppúgy minősíthető, ahogy

⁷ Pokol Béla már említett cikkében (Felsőbírósági jogértelmezés Magyarországon) ezzel ellentétes tendenciát olvas ki az LB által közzétett esetekből, bár ő más módszerrel élt, a szöveg felszíni nyelvi jellemzőit vizsgálta, a mögöttes szemléleti struktúrát nem elemezte.

⁸ Lásd: Jerome Frank: Emberi lények-e a bírák? (Ford. Sajó András) In: *Jog és filozófia. Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből.* (Szerk. Varga Csaba) Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981. 333-342. o.

joginak. Az alkotmánybíróság e tevékenységével ahhoz is hozzájárul, hogy a modern politikai rendszer működését ne veszélyeztessék olyan jogszabályok, amelyek kirívóan megsértik az egyes alapjogokat, ezáltal “delegitimáló potenciált” teremtsenek az egész berendezkedés számára.⁹

A szerzőpáros elemzése hozzásegít ahhoz, hogy ezen általános elméleti megfontoláson túlmenően kimondottan a magyar AB politikai szerepvállalásával kapcsolatban alkothassunk reális képet. Így ugyanis egy olyan alkotmánybíróság bontakozik ki szemünk előtt, mely funkcióját tekintve a rendes bíróságoktól idegen, az Országgyűléshez, illetve a végrehajtó szervezethez hasonló önálló politikai, hatalmi központot képez, amely akár azok ellenére is érvényesíti akaratát, a jogszabályok megsemmisítésén, vagy az alkotmányértő törvényhozási mulasztás megállapításán keresztül, és amelyik a fentebb említett módon igyekszik kiterjeszteni hatáskörét a bírói jogértelmezési tevékenység feletti kontrollra is.

Az alkotmánybíráskodás mellett a jelen hasonló súlycsoportú kihívásaként értékelhetjük az Európai Unióhoz történő csatlakozásunknak az igazságügyet érintő előkészületeit. A hangsúlyt a szerzők ebben a kérdésben a bíróságok előtt álló feladatokra helyezik. A fő problémát abban látják, hogy mennyire lesz képes a magyar jogszolgáltatás alkalmazni a közösségi jog különböző szintű jogforrásait, illetve hogyan értelmezik majd a közösségi jog és a belső hatályos jog viszonyát.

Ebben a vonatkozásában szintén felmerül, hogy fontos volna a magyar bírói kar szemléletének vizsgálata, mivel ez alapvetően meghatározza azt, hogyan reagál ítélkezési gyakorlatunk arra, ha a közösségi jogszabályok a csatlakozást követően alkalmazandó joggá válnak. A külföldi tapasztalatok mindenestre azt mutatják, hogy kezdetben az egyes tagállamok bíróságai részéről bizonyos fokú ellenállás mutatkozott a közösségi jog közvetlen alkalmazásával szemben. Hazánkban ezt az ellenállást még fel is erősítheti a bírói karnak az alkotmányossági aggályokat felvető jogszabályok kapcsán már említett attitűdje, amely törvényhozó akaratát világosan kifejező, bevett jogszabályok preferálásában érhető tetten. A nehézségeket tovább fokozza a nyelvi eltérés és az, hogy a közösségi joganyag mögöttes fogalmi, dogmatikai készlete részben eltér a magyar joggyakorlatban megszokottól.

Jelenleg még csupán elméleti töprengések tárgya lehet, de pár év múlva komoly változásokat idézhet elő az Európai Bíróság gyakorlata, melyeken keresztül az esetjogi szemlélet kezd beszivárogni a kontinentális jogászok gondolkodásmódjába. Az egyes fontosabb európai jogesetek már most a közösségi jog és közösségi jogalkalmazás egy-egy mérföldkövét jelentik, és ez a tendencia jól prognosztizálhatóan folytatódni fog a jövőben is. Ma még megközelítő pontossággal sem mérhető fel ezen folyamatok hatása a magyar jogrendszerre.

Látszólag kevés jogbölcséleti kérdésfelvetést rejt magában a választottbíráskodás jelensége, és éppen ezért talán ez a fejezet ugrik ki leginkább a mű egészének struktúrájából, mégis legalább két olyan területe van, amelyek általános elméleti kérdésekkel áll kapcsolatban.

Az egyik ilyen kérdés lényegében jogszociológiai jellegű, és azzal van összefüggésben, hogy hol helyezkedik el a választottbíráskodás a viták eldöntésének lehetséges formái, a problémaorientált, közvetítésen alapuló ún. alternatív vitarendezési módszerek, és a merevebb, az eljárás

⁹ Ezt a kérdéskört részletesen tárgyalja Bódig Máttyás: A jogalkotás jogelméleti problémája. In: *Jogbölcséleti előadások*. Miskolc, 1996. 98-101. o.

és anyagi jogszabályok betartására koncentráló állami bírászkodás¹⁰ között, melyeknek a jellemző vonásait viseli inkább magán. A probléma annyiban nem csupán elméleti, hogy a választottbíróság perbeli rendelkezéseinek végrehajtását már az állami végrehajtói apparátusnak kell biztosítani, és ez szükségessé teszi, hogy a jogalkotó is gondolja át a két vitarendezési mód egymáshoz való viszonyát.

A választottbírászkodás témaköréhez kapcsolódó másik elvi jellegű probléma a közrend fogalmának értelmezése, az állami bíróság ugyanis érvénytelenítheti a választottbíróság ítéletét azon a címen, hogy az a közrendbe ütközik. A könyv bírói döntéseken keresztül követi nyomon a közrend fogalmával kapcsolatos álláspontokat a nemzetközi és a magyar joggyakorlatban. A magyar bíróságokat ebben a kérdésben is meglehetősen konzervatív hozzáállás jellemzi, és csupán a feltétlen érvényesülést igénylő jogszabályokba, vagy az alapvető jogelvekbe ütköző választottbírászkodási határozatot tekintik a közrendbe ütközőnek. Nem minősíti ugyanakkor érvénytelennek az ítéletet, ha az “csupán” a “jó erkölcsöt” vagy az “államérdeket” sérti meg. Véleményem szerint ez az ítélezési gyakorlat a már korábban is említett pozitivista beállítódás következményének tudható be, melynek mélyebb elemzésére a szerzők nem vállalkoztak.

Nagy kérdése a jövő magyar igazságszolgáltatásának, hogy mind szervezetileg, mind pedig a bírói kar szemléletét tekintve meg tud-e felelni a az előzőekben ismertetett kihívásoknak. Erre a könyv második fele szociológiai és történeti módszerekkel igyekszik választ keresni.

Ez a rész három egymástól jól elkülöníthető egységre tagolódik. Az első az igazságszolgáltatási szervezet reformjáról, a második az igazságszolgáltatás jogász és nem jogász aktorairól szól, a harmadikban pedig, a jogászi illetve a politikusi szakma néhány kiemelkedő művelőjével olvashatunk interjúkat. A szociológiai megközelítés jelenlétét ezekben a fejezetekben az interjúkon túl a dokumentumelemzések és a szervezeti problémák iránti fogékonyság is igazolja.

Az igazságszolgáltatási szervezet reformját tárgyaló rész esetében az olvasó abban a szerencsés helyzetben van, hogy “okosabb”, mint a szerzők, akik csak az 1998 és 2002 közötti időszak fejleményeivel bezárólag tudták feldolgozni az igazságügyet érintő történéseket, de a kormányváltást követően ezen a téren is a korábbtól eltérő folyamatok megindulásának lehetünk tanúi (az elakadt igazságszolgáltatási reform folytatása, bírák jövedelmének rendezésére irányuló erőfeszítések, etc.). Mindennek ellenére korántsem haszontalan a szerzők összefoglaló jellegű munkáját tanulmányozni, még akkor sem, ha a reform háttéréül szolgáló politikai folyamatok jellemzése viszonylag sematikusnak tűnik. A lényegyet tekintve ugyanis pontos korrajzzal szolgálnak, ugyanakkor a bírói kar akut problémái iránti empátiáról tesznek tanúbizonyságot a szerzők. Különösen igaz ez a megállapítás a bírósági ügyteher növekedéséből fakadó feszültségek, és a bírói függetlenséget sértő kormányzati intézkedések érzékeny elemzésére. Azt is kiválóan érzékeltetik, hogy mely folyamatok milyen irányban és sebességgel haladtak az egyes kormányzati ciklusok alatt, bár az egyes időszakokban hatalmon lévők valóságos (és nem csupán deklarált) jogpolitikájának elemzése mégérne jóval mélyebb szintű, részletesebb vizsgálódásokat is.

Az igazságszolgáltatás szervezeti reformjára irányuló törekvések ismertetése mellett a könyv a szakirodalomban megjelent elemzések eredményeinek szintetizálásán keresztül röviden bemutatja négy alapvető kódexünk (Be., Btk., Pp., Ptk.) fejlődési tendenciáit. Az ismertetések közös szála az, hogy megpróbálják mind a négy jogforrás vonatkozásában azt feltárni, vajon a múlt rendszer paternalisztikus szemléletét mennyiben tudta felváltani az állam és állampolgár

¹⁰ Ez utóbbi diszfunkciója abban nyilvánulhat meg, hogy a felek közötti konfliktus nem mindig oldódik fel valójában, ilyenkor nem a felperes vagy az alperes, hanem a “bíró nyer” a perben.

közötti egyenrangú viszonyt preferáló jogalkotói felfogás. E cikk írójához leginkább a büntetőjog áll közel, így érdemben csak e jogterület eljárási és anyagi jogi vonatkozásainak elemzéséhez kívánok és tudok hozzászólni.

Hatályos büntetőeljárási jogunk bemutatásakor a szerzők világosan exponálják a rendszer működésének alapvető gondját a napjainkban a szakmai viták középpontjában álló opportunitás/legalitás, inkvizitórius eljárás/akkuzatórius eljárás kategória párok felhasználásával. A magyar büntetőeljárásban domináns szerepet játszó inkvizitórius szemlélet egyik gyakorlati hozadéka az, hogy ugyanazt a bizonyítási eljárást gyakorlatilag kétszer kell lefolytatni, egyszer a nyomozás, egyszer pedig a tárgyalás során. Túl a pergazdaságossági szempontokon, ez a modell azt a veszélyt is magában hordozza, hogy a tárgyalás sok esetben csak formálissá válik, azon csupán a nyomozás során rögzített vallomások, és egyéb bizonyítékok "hitelesítése" történik meg. Ezt a megállapítást statisztikailag alátámasztja az ügyészi váderedményesség feltűnően magas aránya.

Ebből a szisztémából következő további probléma az, hogy a bíró eljárásjogi helyzete folytán a tárgyaláson egyrészt nyomozást folytat, másrészt a per vezetésére is köteles. A szerzők ennek a helyzetnek a legnagyobb negatívumát abban látják, hogy a bíró a "második vádló" szerepébe kényszerül, amely könnyen elhomályosíthatja tisztánlátását – természetesen a vádlott hátrányára. Elismerve azt, hogy ez a veszély ténylegesen létezik, egy másik, ezzel együtt jelenlévő, de eltérő jellegű aránytalanságra is érdemes felhívni a figyelmet.

A per vezetése – annak biztosítása, hogy a felek az eljárás az őket megillető jogokat gyakorolhassák – és a tényállás maradéktalan felderítésének kettős kötelezettsége rendkívüli koncentrációt igényel a bírótól – különösen az átlagos ügyészi és védői aktivitást figyelembe véve. A helyzetet tovább rontja, hogy a legtöbb helyen – magnetofon segítségével – a bíró maga végzi a jegyzőkönyvvezetést is, tehát a vádlottak, tanúk elmondásaiból neki kell kiszűrni a lényeget. E feladatok együttes ellátásának terhe miatt könnyen előfordulhat, hogy vagy a tényállás marad részben felderítetlen, vagy eljárásjogi jogosultságok szenvednek sérelmet.

Megfontolandó lehet, hogy a törvény valamilyen módon – akár a vád és a védelem aktivitásra készítésével, akár az ülnöki rendszer új alapokra helyezésével – csökkentse a bírókra nehezedő többszörös munkaterhet.

Az első megoldás felbukkant az új Be.¹¹ szabályozási koncepciójában, és alapvető szinten máig része a törvénynek,¹² de a módosítások során – az eljárások elhúzódásának veszélyére hivatkozva – a részletes szabályok közzé visszakerült a bíró bizonyítási, tényállás felderítési kötelezettsége. Kérdés, hogy az új igazságügyi kormányzati politika, melyik modellt részesíti majd előnyben.

A másik lehetőséggel kapcsolatban a szerzők is az ülnöki tevékenység valódi tartalommal való megtöltése mellett érvelnek. Ezzel megnyílna a lehetősége annak, hogy a tényfelderítési tevékenységbe a laikus résztvevők aktívabban bekapcsolódjanak. Meglehet jogfilozófiai szinten nem állja meg a helyét az a tétel, hogy a jogi és a ténykérdések mesterségesen szétválaszthatók, a gyakorlatban azonban az ügyek többsége esetében nem okozna jelentős törést az ítélezés folyamatában, ha nem vagy nem csupán a szakbíróknak kellene a ténykérdésekben dönteni. Ha jól meggondoljuk, az is nyilvánvaló, hogy a tények felderítése (pl. kinek a vallomását fogadjuk el és kiét nem) nem elsősorban jogi szaktudást, hanem kellő élettapasztalatot igényel.

¹¹ 1998. évi XIX. tv.

¹² Az új Be. 4. §-a szerint a vád bizonyítása a vádlót terheli.

A büntető anyagi jog változásaira reflektálva szerzők elsősorban a szigorítás tendenciáját emelik ki, mely a valóban a leginkább jellemzője az utóbbi négy év büntető politikájának.¹³ A mű a sajtóban is legtöbbször exponált anomáliákat emeli ki (a kábítószer fogyasztókat aránytalanul sújtó szigorítás, a középérték szabály mérlegelési szabadságot korlátozó mivolta, a fedett nyomozóval, és az anonim tanúval kapcsolatos alkotmányos aggályok), azonban az igazságszolgáltatáson belül léteznek más, komoly ellenérzést kiváltó hatásai is a közelmúlt módosításainak, melyek egyikére – annak hordereje miatt – érdemes konkrétan is kitérni.

A büntetés-kiszabási gyakorlat komoly torzulásához vezető törvényalkotói intézkedés a szabadságvesztés felfüggesztési lehetőségeinek korlátozása volt. Az 1999. március 1. napja után elkövetett bűncselekmények esetében nem lehet a szabadságvesztés-büntetés végrehajtását felfüggeszteni – többek között – akkor sem, ha a bűncselekmény törvényi büntetési tétele a három évet eléri, és a cselekményt üzletszerűen, vagy bűnszövetségben követték el.¹⁴ A jelenlegi jogi szabályozás ugyanakkor az üzletszerűség megállapíthatóságának körét rendkívül szélesre vonja meg, így a vagyoni elleni halmazati jellegű bűncselekmények számottevő hányada belesik ebbe a kategóriába. A törvénymódosítás miniszteri indokolása szerint a büntetés felfüggesztése ilyenkor a vádlott által elkövetett bűncselekmény jellege miatt kizárt.

Nehezen körülhatárolható, hogy pontosan milyen prevenciók célokát szolgál e rendelkezés. Ez a kizárás ok ugyanis egyformán sújtja a bűnöző életformára berendezkedő “hétpróbás” bűnözőket és a büntetlen előéletű, viszonylag kis tárgyi súlyú cselekmények megvalósítóit. A módosítás következtében egyúttal az a kívánatosnak távolról sem nevezhető helyzet is előállt, hogy míg a jelentős tárgyi súlyú rablás, zsarolás, önbíráskodás vagy halált okozó testi sértés elkövetőinek büntetése akár az enyhítő jog alkalmazása nélkül is felfüggeszthető, addig egy maximum öt évig terjedő szabadságvesztéssel fenyegetett lopás elkövetéséért – amennyiben az üzletszerűen valósul meg – csak végrehajtandó szabadságvesztés adható. Ez a büntetés gyakorta sújt olyan büntetlen, “megtévedt” személyeket, akikkel szemben a büntetési célok eléréséhez a végrehajtásban felfüggesztett szabadságvesztés alkalmazása tökéletesen elegendő volna.

E példa talán megfelelően illusztrálja, hogy milyen következményekhez vezethet, ha a jogszabályok módosításakor csupán az egyértelműen szigorításpárti néphangulatot veszik figyelembe. Hatályos joganyagunk igazán körültekintő változtatásához a jogalkotónak nemcsak a közvélemény nyomását, vagy a társadalmi változások által indukált kihívásokat kell a megfelelő súllyal értékelnie, hanem számos más – többek között morális, vagy az alkotmány szelleméből következő – elvet is. További ilyen “bekalkulálendő” körülmény az igazságszolgáltatás “személyi állományának” felkészültsége, mentalitása, jogszemlélete, hagyományai, mivel az “emberi tényezőn” nem kis mértékben múlik az, hogy mi válik élővé a törvényhozó papíron megjelenő akaratából. Az első három fejezet kapcsán már látható volt az is, hogy a bírói kar jogfelfogása milyen módon befolyásolhat olyan folyamatokat, mint az alkotmány rendelkezéseinek közvetlen alkalmazása, vagy a közösségi jogszabályok érvényesülése.

Valószínűleg ilyen megfontolások alapján tárgyalja a könyv utolsó két fejezete az igazságszolgáltatás aktoraival kapcsolatos kérdéseket. Ezen belül kiemelten foglalkoznak a bírói karra vonatkozó törvényi szabályozással és annak kérdőjeleivel, a bíróságokra irányuló jogszociológiai kutatásokkal, a laikus bíráskodás válságával, illetve megismerhetjük a bíróvá válás gyakorlati mechanizmusával kapcsolatos szerzői álláspontot.

¹³ Nem szabad ugyanakkor elfelejtenünk arról, hogy a szerzők által vizsgált időszakban (pl. 1993-ban) lényeges mértékű enyhítés bekövetkezett.

¹⁴ Btk. 90. § d) pont

Könnyen megjósolható, hogy ez utóbbi téma tarthat számot a leginkább érdeklődésre jogosultak körében, mivel egy mindezidáig tabuként kezelt kérdést boncolgat szokatlan nyíltsággal, és a realitások teljes ismeretében. Abból a tényből indulnak ki, hogy a jelenlegi helyzetben a bírói kar fő utánpótlási bázisát a bírósági fogalmazók és titkárok jelentik. Az összes bíróság, áttételesen pedig az egész társadalom alapvető érdeke tehát az, hogy az ide történő felvétel rendszere semmilyen szempontból ne legyen kifogásolható. Csak egyetérthetünk a szerzők azon végkövetkeztetésével, mely szerint kiemelt hangsúlyt kell helyezni arra, hogy bíróságokra való bekerülés ne szubjektív alapon dőljön el, hanem az objektív kritériumok legyenek a meghatározóak. Hozzátehetjük, hogy a megfelelő szelekciós módszerek megtalálását követően akár jogszabályi szinten is szabályozni lehetne a bejutás alapvető feltételeit.

Nem kevésbé jelentékeny kérdés, hogy mi lesz a sorsa a laikus bíráskodásnak magyar eljárásjogi rendszerben megszokott formájával. A szerzők azon következtetésével, hogy a ma létező ülnöki intézmény kiüresedett, valószínűleg kevesen vitatkoznának, mivel tény, hogy az ülnököknek különösebb súlya nincs az ítélezés folyamatában. Egyik megoldás lehet az ülnök-bíráskodás megszüntetése, a szerzők által is javasolt másik pedig a rendszer olyan irányú átalakítása, amely az ülnökök kiválasztásán, képzésén, az ülnöki munka társadalmi presztízsének növelésén keresztül az érdemi ítélezési tevékenységben való részvételre ösztönzi a laikus bírákat.

A magam részéről ugyanakkor hiányoltam annak tisztázását, hogy pontosan milyen funkciót szánnak a szerzők az ülnököknek, az ítélezés mely szegmenseit nyitnák meg számukra. Ennek meghatározása után lehet csupán életképes javaslatokat tenni arra nézve, hogy milyen módon erősíthető a laikus jelenlét a bíróságokon. A jelenlegi szabályozás szerint az ülnök ugyanúgy részt vesz a teljes ítélezés minden szakaszában, mint a szakbíró, tehát beleszólhat akár egy jogi szakkérdés eldöntésébe is. Ez a diffúz szabályozás, az ülnöki feladat differenciálatlan meghatározása természetesen erősítette azt a folyamatot, melynek eredményeképpen az ülnöki intézmény mára komolytalanná vált és sokan feleslegesnek érzik. Úgy vélem, a pontos funkció meghatározás nagyban hozzájárulna az ülnöki munka érdemivé tételéhez.

A kötet utolsó, "szakmai mélyinterjúkat" tartalmazó része szociológiai nézőpontból talán a legtanulságosabb. A kiválasztott jogászoknak, illetve (jog)politikusoknak részben ugyanazokat a kérdéseket tették fel, így a válaszokat egymás mellé helyezve igen jól látszik, hogy ki, milyen politikai vagy szakmai irányzat elkötelezettje, milyen alapállásból érvel, bár az interjúkból az is kitűnik, hogy az igazságszolgáltatás fő problémáit, és az előtte álló feladatokat nagyrészt ugyanúgy látják a megszólaltatottak.

Ugyanakkor különösen ezen utolsó részt elolvastva hiányoltam a könyv végéről néhány táblázatot, adatsort, esetleg grafikont, melyekből az interjúalanyok által közölt, egymásnak több ízben ellentmondó tényállítások valóságtartalma könnyen ellenőrizhető volna,¹⁵ egyúttal átfogó képet adhatna az olvasó számára – a mérhető folyamatok dimenziójában – az igazságszolgáltatásnak a rendszerváltás óta megtett útjáról.

Szintén bírálatként fogalmazható meg a könyv egészével szemben, hogy az egyes fejezetek közötti koherencia megteremtésére a szerzők nem fordítottak kellő figyelmet, így például az igazságszolgáltatás szociológiai módszerekkel történő vizsgálata során érdemes lett volna

¹⁵ A teljesség igénye nélkül: A bíróságok ügyforgalmára, a bírák fizetésének változására, a bírák képzettségére, nyelvtudására, a bíróságok működésének műszaki és technikai feltételeire vonatkozó adatok, illetve ezek összevetése külföldi országok – elsősorban EU tagállamok – hasonló felméréseivel.

fókuszba helyezni azokat a folyamatokat, amely a bírói karnak az első három fejezetben jelzett konzervatív beállítódását eredményezte. A választottbíróságok működésének elemzésekor pedig részletesen ismertetik a polgári jogi jogviták alternatív feloldásának lehetőségét, míg ugyanezt a büntetőeljárásról szóló részben csak érintőlegesen tárgyalják. Amennyiben a szerzők célja nem egy tanulmánykötet közreadása, hanem egységes szemléletű mű megjelenítése, akkor a belső összefüggések megteremtésétől sem lehet eltekinteni.

E kritika ellenére nyugodt szívvel elmondható a műről, hogy igazságszolgáltatásunk több szeletének problémáiról olyan pontos "pillanatfelvételt" tár elénk, amely mindenképpen ösztönzőleg hathat az igazságügyi reform végigviteléhez szükséges teendők újragondolására, és hozzátehetjük, ebben a körben minél szélesebb szakmai vita kialakulása volna kívánatos.

Elméleti szempontból pedig igazán érdekes lenne, ha a szerzők öt vagy tíz év elteltével, hasonló módszerekkel és szemléleti keretben ismét elvégeznék a kötet egyes témáinak elemzését. Ez alapjául szolgálhatna egy időtálló teoretikus következtetéseket tartalmazó, szintetizáló jellegű munkának is, melynek tárgya akár a magyar jogrendszer és a társadalmi átmenet viszonya is lehetne. Kívánok ehhez a feladathoz sok erőt és állhatatosságot a szegedi szerzőpárosnak.

Cservák Csaba

A parlamenti képviselők visszahívhatósága

1. A visszahívhatóság elméleti megalapozása

“A visszahívhatóság intézményesítése a parlamenti jogban a demokrácia letéteményes öre, a népszuverenitás valóságos érvényesülésének közjele, záloga.” – mondja az egyik oldal. “A visszahívhatóság a modern demokráciától, a szabad mandátum elvétől testidegen, populista, a törvénytelen szocializmus által hangoztatott (de persze ott is csak szólamként élő) népszerű fordulat” – emígy a másik felfogás. Valóban ugyanarról beszélnek?! A következőkben megkísérlem ezen igen vitatott jogintézmény kérdéskörét körüljárni anélkül, hogy akár egyik, akár másik oldal szószólójának szerepét venném föl.

A probléma elemzésekor külön kell választanunk az egyéni és a listás képviselők visszahívhatóságát.

Kulcskérdésünkre igenlő feleletet adó gondolkodók előszeretettel nyúlnak vissza Kossuth Lajosig véleményük igazolása végett.¹Mi képezi vitathatatlanul a támogatók alapvető érvét? A hatalom forrása a felvilágosodástól kijegecesedő alkotmányosság eszméje, s a legtöbb hatályos alkotmány szerint a nép. A népszuverenitás szerint az államolgárok mintegy képviselőik által gyakorolják hatalmukat, részint a közvetlen hatalomgyakorlás gyakorlati megvalósíthatatlansága, részint a döntéshozatal szakértelmet megkívánó mivolta okából. A képviselő véleménye azonban a megválasztást követően eltérővé válhat a választókétől, s egy időre a nép akaratával ellentétes gyakorlat alakulhat ki, egy szűk csoport az állampolgárok nevében, de lényegében ellenük gyakorolhatja a hatalmat. A következő választások helyrebillenthetik a megbomlott egyensúlyt, de vajon van-e értelme kivárni a szuverénhez való visszacsatoláshoz az eredeti, hosszú időszakot, ha a jelen állapot nagyon nem üdvözítő, s úgysis megváltoztatják, ha lesz mód? A válasz nemleges, ha a demokratikus úton kifejlődő diktatúrákat idézzük fel. “ A klasszikus értelemben felfogott közvetett demokrácia nem szűkíthető le a választásnapra döntésre. A nép általi megbízás, a képviselet csak akkor

¹ Pl.: G. Nagyné Maczó Ágnes, Samu Mihály

működhet hatékonyan, ha mind a szavazás előtt, mind utána kiegészül a folyamatos részvétellel.”²

A visszahívhatósággal legtöbbször a szabad mandátum elvét szegezik szembe. A szabad mandátum nem abszolút érték, nem kizárólagosan érvényesítendő szempont. A közvetett demokrácia egyik célja ugyanis a nép akaratának közvetítése. A másik viszont, hogy a tömegek által át nem látható, hosszú távú érdekekhez igazítsa a döntéshozatalt egy professzionális szervezetrendszer révén. A közjogi képviselő e ponton rokonítható a magánjogi jellegű törvényes képviselővel, ahol a képviselő, például a szülő a képviselt érdekeit szem előtt tartva, ámbátor pillanatnyi akaratával ellentétesen hozza meg döntéseit. (Állampolgárok sokasága persze joggal tiltakozhat a cselekvőképtelen gyermekkel való azonosítás képe miatt...) A népszavazások tárgyköréből kivett adómegegállapítás is arra utal, a szavazók nyilván a számukra kellemetlen közterheket talán akkor sem vállalnák, ha a nemzetnek hosszú távú érdekei vitathatatlanul ezt kívánják. De vajon hogy lehet dönteni a megélhetést veszélyeztető adók és a jövőbeni érdekek között?...

2. A mandátum kötöttségének fokozatai

A rendi monarchiák modelljében az *imperatív, abszolút kötött* mandátum elve honolt. A követ (mert inkább az, nem képviselő!) köteles teljesítenie az őt küldő személyek, testületek utasításait a szavazás során. *Ehhez képest szabadabb* a mandátum, ha a követnek van bizonyos mérlegelési jogosultsága, azonban az újonnan felmerülő, ellentmondásos kérdésekben konzultálnia kell válaszóival. (Például a francia forradalom első alkotmánya épült eme rendszerre.) *Relatív kötött a mandátum*, ha a képviselő úgy köteles eljárni, ahogy választói vélhetően kívánják. A pontosan meghatározható kérdésekben azonban követnie kell a “felsőbb utasításokat”. *Relatív szabad mandátumról* akkor beszélhetünk, ha a képviselő úgyszólván mindenben saját belátása szerint dönthet, de előzetes választási ígéretei, programpontjai kötik, azokhoz tartania kell magát. Az *abszolút szabad (ún. abszorptív)* mandátum a képviselő teljes döntési szabadsága elvére épül, eszerint még kampányígéreteik sem kötik a parlament tagjait. Az elv támasztéka általában az a levezetés, mely szerint a képviselőnek nem csupán kerületét, hanem az egész népet kell képviselnie. De mi van akkor, ha saját érdekeit képviseli – a nép érdekeivel szemben.³

² Kukorelli István: A jogállamért! (1989.)

³ A kategorizálást Dezső Márta csoportosítása szerint végeztem el.

Az abszolút szabad mandátum tehát nem védhető ama összefüggésben, hogy általa akár eleve az ígért program magukban eltervezett ignorálásával jutnak képviselők a parlamentbe, tehát a választások a “ki ígérhet szebbet” nép számára igen unalmas vetélkedőjévé silányulhat. Mindent mérlegelve úgy vélem, a relative szabad mandátum elve az, mely egyszerre a legtöbb alkotmányos kívánalmat elégítheti ki. A képviselő viszonylagos szabadsága, a közvetett demokrácia céljainak szolgálata mellett elősegíti a népszuverenitás érvényesülését is. Problémák inkább gyakorlati megvalósítása tekintetében állnak fent, de az alkotmányjog feladata egy lehetséges megoldás felvázolása, annak minden irányú körüljárásával.

3. Az egyéni képviselők visszahívása

Egy szakmai körökben élő elképzelés⁴ a következők szerint épül fel.

A képviselőket az adott kerület választójogosultjai visszahívhatnák, mégpedig pontosan megfogalmazott indokok alapján. (Például, a relative szabad mandátum elve szerint, ez lehetne a képviselő előzetes pártprogramjának és parlamenti szavazatának gyökeres eltérése; mondjuk a hadkötelezettség eltörlése mellett érvelő személy a sorkatonaság kötelezősége mellett teszi le a voksát.) A kezdeményezés helytállósága tekintetében az illetékes választási bizottság mondaná ki a végső szót. Fölhívom a figyelmet, hogy ez csak eljárási döntés lenne arról, hogy a kezdeményezés indokolt, megfelel-e a formai követelményeknek. (Mint a bíróságok azon vizsgálódása, hogy a keresetindításra van-e jogosultság.) Az igenlő válasz esetében kitzendő a népszavazás. Biztosítandó valamilyen formában a képviselő védekezési lehetősége és a bírói jogorvoslat is. Alkotmányos szabályozást igényel, hogy hány választó aláírása szükséges a kezdeményezéshez, illetve, hogy hány szavazat jelenti a visszahívást. Elképzelhető egy olyan modell, melyben az összes kerületi választópolgár fele + egy szavazat szükséges, felmerülhet az 50 %-os érvényességi és ugyanilyen eredményességi megkötés is, vagy egy olyan megoldás, ahol összekötődik a visszahívás és az új szavazás, vagyis a kezdeményezésre ki kell írni a választást. (Ez kevésbé biztosítaná be a már megszerzett mandátumokat.) A jogintézmény vitatott mivolta okából a legajánlatosabb a legszigorúbb, tehát egyben a legnagyobb biztosítékot nyújtó első megoldás. Célszerű moratóriumot (például egy év) a választások előtt és után beiktatni, mely időszakban az említett eljárásra nincs mód.

⁴ Samu Mihály

A szemléltetett visszahívhatóság létjogát pro és kontra kiskátészerűen szélszerű körüljárni.

- *Az illetéknéppeni visszahívás veszélye, hogy egy sajtó által fölkarolt hecckampány a ciklus félideje tájékán szokásos elégedetlenséget kihasználva nagy valószínűséggel gyakran segítené elő a visszahívást.*
- Ez a veszély a rendes választási kampány során ugyanúgy fönáll.
- *Egynéhány körzetben sokkal jobban összpontosított hadjáratot lehet indítani a képviselőkkel szemben, mint egy országos választás során.*
- Ez kivédhető a kezdeményezés népszavazáshoz hasonló (voltaképp ez is az!) korlátozott aláírásgyűjtési idővel, a képviselői védekezés és a bírói felülvizsgálat szigorú határidőivel, valamint javaslatom szerint az általános választásokhoz hasonló módon a kampányidőszak és a kampánycsend idejének rögzítésével.⁵
- *A választási bizottságok és a bíróság túlzott átpolitizálódásának rémképe sejlik fel a tervezet okából.*
- Azoknak most is van döntési joguk a választási eljárás alatt.
- *Jelen kérdés azonban közvetlenebbül politikai, és valószínűleg sokkal többet kerülne terítékre, mint a választások jogi kérdései.*
- Az említett szerveknek azonban itt is csak eljárási kérdésekben kellene dönteniök.

A kárhoztatott ellenkampánynak ezek talán fogatos ellenszerei lennének, a kampány meghatározása (például a kezdeményezés és az erről folyó viták sajtóközlésének szigorú szabályozása) és a kampánycsend pedig biztosíthatnák, hogy egy-egy érdekcsoport nem vonhatná uszályába azok tényleges akarat nélkül a választókat. A szigorúan meghatározott érvényességi és eredményességi megkötések azt erősítenék, hogy tényleg csak jelentős elégedetlenség vezessen a visszahíváshoz.

A választási szervek átpolitizálódásának fokozódásának veszélyére csak a gyakorlat tudni válaszolni. (Igaz, igenlő válasz esetén már nagy baj lenne...)

⁵ Javaslatom szerint a népszavazási kezdeményezés hitelesítéséhez hasonlóan előbb döntenének a szavazás megengedhetőségéről, indokoltságáról, majd elfogadása esetén megszabott határidő lenne a szigorúan megállapított (mondjuk a választójogosultak 10 %-a) aláírás összegyűjtésére. A kezdeményezést az indoklással együtt egy helyi és egy országos napilapban bizonyos időszakon belül lehetne megjelentetni, majd ugyanakkora terjedelemben teret kellene nyújtani a képviselő védekezésének. A választás kiírását megelőzően beállna a kampánycsend, vagyis a visszahívásról való mindennemű nyilatkozat tilalma. A szavazás előtt jelentősebb időszakot ildomos beiktatni, mert a hirtelen kirobbanó indulatok így levezetődnének, vagyis kizárólag a nagyon indokolt kezdeményezések lennének csak eredményesek.

4. A listás képviselők visszahívása

Az előbbieknél sokkal vitathatóbb a listás képviselők nép általi visszahívása. Itt ugyanis külön kérdés, a képviselő kihez kötődik, kerületéhez vagy a párthoz, nem beszélve az országos listáról. Az említett tevezet elképzelhetőnek tartaná az országos kezdeményezést, eszerint a második kamara játszaná (érthetetlen, miért nem az OVB) a választási bizottság, az Alkotmánybíróság a fellebbezési fórum szerepét. (Az átpolitizálódás előbb említett veszélye itt még fokozottabban áll fön!) Amennyiben a kérdéses megoldás a frakció és a képviselő véleményegyezéséből indul ki (, az ellenkező esettel hamarosan foglalkozunk), joggal vethetjük fel, megoldás-e, ha az egyes képviselőket hívjuk vissza, és nem magát a pártot?! Utóbbi pedig igen nehezen képzelhető el. Azt a leginkább lehetetlen meghatározni, hogy hány százalék sügéeltessék a visszahívás megvalósulásához. Egy akár 51 %-ban elutasított párt lehet 49 %-nyi szavazó kedvence, így a kisebbség védelmének elve még a kérdés fölvetéséét sem engedi meg.

2001 áprilisától olyan groteszk, korábban ép ésszel fölfoghatatlan helyzet bontakozott ki az egyik parlamenti párt és frakciója között, mely odáig tetözött, hogy a párt elnöke és alelnöke a frakcióból, a frakcióvezető és a párt (frakció által továbbra is támogatott) miniszterei a pártból jutottak a kizárás sanyarú sorsára. A politikailag is csodaszamba menő eset krónikájának margójára érdekes alkotmányjogi elmékedések kerülhetnek. Az előzetes költői kérdés: türheti-e az alkotmányjog, hogy ilyen, a demokráciától dermesztően idegen események lejátszódhassanak, illetve az, hogy egyáltalán felkészülhet-e a tudomány a hasonló, megdöbentően váratlan eseményekre.

Újra felvetődik az örök kérdés: “Kié a képviselő?”⁶ A népé, azon belül a kerületé vagy egészé, a párté, a frakcióé, vagy pedig saját magáé? Az előbbieken a szabad mandátum kapcsán a nép és a képviselő kötődéséről már szoltunk, de a frakció és a párt közötti viszonyról még nem.

Az ominózus eset egy igen sajátos helyzetre vezethető vissza. Nevezetesen: a frakció nem jogi személy, hanem a parlament és a párt kategóriájának voltaképpen metszete. A sokat emlegetett AB-határozatnak (27/1998. AB határozat) a közéletben egy olyan értelmezése terjedt el, mely szerint a pártoknak van frakciójuk, nem pedig fordíva: “...az Alkotmány kifejezetten olyan “többpártrendszer” és “parlamenti demokráciát” valósít meg (Alkotmány preambulum), amelyben a pártoknak az Országgyűlésben kifejezetten jelen kell lenniük, mert az Alkotmány a demokratikus intézményrendszer működéséhez nélkülözhetetlen feladatokat ír elő a pártok parlamenti képviselőcsoportjai, illetve vezetők

⁶ Kukorelli István

számára...A pártok országgyűlési szerepe az Alkotmányból következik; ez az egyetlen olyan fogalmi ismérv, amely a "pártot" más társadalmi szervezetektől megkülönbözteti."⁷ A szabad mandátum a képviselőt függetleníti mind a párttól, mind a frakciótól. A hatályos joganyag azonban tartalmaz néhány különös zárványt, mely a pártok képviselői feletti rendelkezési joga, tehát egy kötöttebb mandátumforma modelljéhez illeszkednének. A képviselőket ugyanis a pártok jelölik, a magyar jogban kötött listán, tehát a választópolgároknak semminemű beleszólásuk nincs a bejutó képviselők személyébe. (A jelölés a vonatkozó jogszabályok által meghatározott belső szabályok szerint történik.) A megszűnt listás mandátum betöltéséről a párt gondoskodik, egyedüli megkötése csupán az, hogy azon területi (vagy az országos) listán szerepelt személyt delegálhat, melyen a kiesett képviselő is szerepelt. A leginkább furcsa torzítás, hogy a frakcióból kilépett vagy kizárt képviselő mandátumának megszűnésekor *korábbi kötődése mintegy feléled*, hisz függetlenül a kilépéstől vagy kizárástól, a korábbi jelölő párt delegálhatja az új képviselőt. Mi ez, ha nem a párt rendelkezési joga a képviselő felett?

A mandátum szabadságának vitathatatlan erénye, hogy akár a nép, akár egyes személyiségek véleményének ad teret a mandátum felett rendelkező pártok rendszerének központi utasításos, a kormány és parlament között még egyáltalán meglévő hatalommegosztást is lehetetlenné tevő, egy csomópontban összefutó hatalomkoncentrációval szemben. A képviselők a frakciótól a tekintetben függenek, hogy a parlamenti, bizottsági tisztségeket a képviselőcsoport juttatja nekik, míg a frakcióból való kizárás a jelenleg hátrányos, infrastrukturálisan (lásd frakcióközpontú apparátus és támogatás!) kellemetlen helyzetben lévő függetlenek közé sodorhatja őket. Tehát egy olyan modell kerestetik, mely a főtti veszélyeket, a képviselő "kézi vezérlését" és a frakció-párt közöttes ellentéteket egyetemleg kiküszöböli.

De lege ferenda ez úgy képzelhető el, hogy a képviselőket a frakció önmaga nem zárhatja ki. A kizárást a párt kezdeményezhetné egy erre jogosult szervnél. Ez lehetne az OVB vagy a bíróság, esetleg egy második kamara vagy külön e célra fölállított testület.⁸ A kizárás indoka lehetne az, hogy a képviselő állásfoglalásával *lényegesen* eltért a párt választási programjától, vagy pedig a párt vezetésével szemben *gyökeresen* eltérő magatartást tanúsított. A fentieket a pártnak kellene bizonyítania. A képviselőnek joga lenne védekezését előadni, például, hogy nem a ő, hanem a párt tért el az eredeti irányvonalától. A kizárás kimondása magában foglalná a mandátumtól való megfosztást

⁷ Viszont az ominózus határozatban a szabad mandátum elvére történik utalás.

⁸ Ez a gazdasági társaságok tagjainak kizárásának újabb modelljét veszi alapul. Felvetődhetik az átpolitizálódás veszélye, azonban nem csekélyebb veszély valakiknek a személyes gazdasági érdekei felett döntő bírósági modell sem. Ez utóbbi mellézköngéi is fölmerülhetnek még a gyakorlatban.

is. (Esetleg a pártvezetőséggel szembehelyezkedő képviselő, akinek pártprogramtól való eltávolódása nem bizonyítható, megtarthatná mandátumát.)

A frakcióból kilépő képviselőnek kellene ellenben bizonyítania, hogy ő kitartott az eredeti választási program mellett, míg a frakció eltért attól. Ennek sikere esetén kiléphet, és megtarthatja mandátumát.⁹

A döntési joggal felruházandó testületek átpolitizálódása persze hangsúlyosan és erősen fölvetődő kérdés. Viszont egy írásban rögzített programnak egy szintén ellenőrizhető parlamenti tevékenységgel történő összevetése lényegében egy logikai művelet, jelesül: megegyező-e avagy sem.¹⁰

A bíróságokra pedig amúgy is hárul jónéhányszor politikai jellegű döntési kötelezettség (, például pártból való kizárás felülbírálása, választmány újbóli összehívásának elrendelése stb.)

A mandátum függetlenségének tekintélye nem lehet egyedüli ellenérv a javaslattal szemben. A *svéd jogrendszer* ugyanis – a hatalommegosztás elvéből sarjadólag – a kormánytagoknak megtiltja a törvényhozásban való részvételt, a miniszterség idejére pedig a párt pótképviselőjének juttatja a mandátumot. Az egyébként ötletes megoldás mellékszövegéjeként az szólhat, mi lesz a pótképviselővel a miniszter lemondása, és ismételt képviselői munkája esetén. Nem alábbija-e a szemléltetett modell a képviselőség, a mandátum szabad jellegét, hisz egy politikai sakkhúzás (nevezetesen egy kormánytag leváltása) foszthat meg szerepétől egy adott ügyben nem is érintett törvényhozó személyt?! (Egy nagyon kellemetlenné váló képviselőtől pedig még esetleg a kormány átszervezése árán is érdemes megszabadulni...)

A visszahívhatóság intézményesítésének tervével párhuzamosan sajátos kezdeményezés történt a Kiszgazdapártnál az 1994-es választások előtt. A képviselőjelöltekkel ugyanis szerződést kötöttek, mely tartalmazta, hogy a párt listáján mandátumot szerzett képviselők kötelesek belépni a párt frakciójába, nem léphetnek sem ki, sem át más frakcióba, a pártvezetés álláspontját kötelesek képviselni; ha pedig nem így történne, 10 millió Ft-nyi “támogatást” kell fizetniök – és persze mandátumukat visszaadni. Eme közjogiasított magánjogi szerződéseknek persze – mivel a szabad mandátum törvényi elvével ellenkezvén jogellenesek, így érvénytelenek – kötelező erejük nem lehet, ám a párt aláíratta jelöltjeivel saját lemondó nyilatkozatukat, előre, dátumozás nélkül.¹¹ Ennek kapcsán csak azt kell megvizsgálni, mikor hatályosul a lemondó nyilatkozat, illetve van-e mód annak visszavonására. Az olasz jogrendszer például különválasztja

⁹ A frakcióból kilépő képviselőnek mandátumról történő lemondását tartja kívánatosnak Sárközy Tamás is. (S. T.: Javaslat a piactgazdaságot szolgáló modern kormányzás felépítésére.)

¹⁰ Erre is ugyanaz vonatkozik, mint a társaságok esetére, az idő döntené el, hogy érvényesül a gyakorlatban a kérdés, miként a különböző üzleti érdekek között döntenet hivatott bíróságok esetében.

¹¹ Kapronczy Mihály 1995. február 27-én, pártja által benyújtott nyilatkozata kapcsán vált az ügy széles körben ismertté.

azon esetet, amikor a képviselő maga mond le mandátumáról azon esettől, melyben nyilatkozatát a frakció nyújtja be. A magyar jog viszont nem hajt végre ilyenképpen elhatárolást, tehát a nyilatkozat benyújtásával egyidejűleg hatályosul. A képviselő e módon történő lemondásánál kérdéses, megvan-e a szabad szándék a képviselőben, az akarathibás jognyilatkozat ugyanis érvénytelen. Gondot okoz viszont a képviselő javára történő értelmezésnél, hogy az lehetővé tenné magának a képviselőnek szabad akaratából fakadó lemondásának későbbi visszavonását is.¹²

A szemléltetett kiskapu persze legfőlőbb a frakció vezetése által járható, tehát a képviselőcsoport és a párt közötti ellentét orvoslására nem megoldás. A parlament intézményrendszerében ugyanis – a jelenleg hatályos modellben – a parlament előtt a frakció vezetője közvetít a képviselő és a házelnök (vagyis a nyilatkozat címzettje) között.

Felhasznált irodalom:

- Dezső Márta: Képviselés és választás a parlamenti jogban; Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1998.
- Kukorelli István: Az Alkotmányozás évtizede; Korona Kiadó 1995.
- Kukorelli István: A jogállamért!; Püski, 1989.
- Samu Mihály: Alkotmány, alkotmányosság, alkotmányozás; Korona Kiadó
- Az értelmezett alkotmány, Magyar Hivatalos Közlönykiadó; szerk.: Balogh Zsolt, Holló András
- Cservák Csaba: Milyen a magyar kormányzati rendszer? A kormányforma fejlődése és problémái
- Sente Zoltán: Bevezetés a parlamenti jogba; Atlantisz 1998.
- Sári János: A hatalommegosztás; Osiris 2000.
- Sárközy Tamás: Javaslat a piacgazdaságot szolgáló modern kormányzás felépítésére.

¹² A képviselők lemondására edig egyáltalán nem volt példa. A mandátumvizsgáló bizottság Kapronczi esetében nem fogadta el a nyilatkozatot. A visszavonás vitályosságára pedig Gyimóthy Géza parlamenti alelnökségről való lemondása említhető meg, aki miniszteri felkérésének visszautasítása után visszavonta lemondó nyilatkozatát. Az eset kapcsán szóba került, visszavonható-e a már megtett nyilatkozat.

Péter Erdő

TYPEN DES VERHÄLTNISSSES ZWISCHEN KIRCHE UND STAAT IN DEN BEITRITTSLÄNDERN

Die Kirchen als Partner der Europäischen Union?¹

1. *Grundbegriffe*

a. Die Beitrittsländer

Es gibt derzeit zwölf Länder, die als Kandidaten für die Mitgliedschaft in der Europäischen Union gelten. Die Verhandlungen mit der Tschechischen Republik, Polen, Slowenien, Ungarn, Estland und Zypern haben schon 1998 begonnen, während die Verhandlungen mit Bulgarien, Lettland, Litauen, Malta, Rumänien und der Slowakischen Republik in Februar 2000 eröffnet wurden. Die Rechtslage der Türkei als eines vollberechtigten Beitrittslandes ist noch nicht ganz geklärt. Man hat nämlich über die Eröffnung der Verhandlungen noch keine Entscheidung getroffen.

Bei dem heutigen Stand der Verhandlungen haben zehn Länder eine Chance, in der nahen Zukunft zugelassen zu werden. Von der Türkei abgesehen werden, nach der Meinung der Kommission, auch Bulgarien und Rumänien eine längere Periode bis zum Eintritt benötigen. Im folgenden beschäftigen wir uns nur mit dem Verhältnis zwischen Staat und Kirche in denjenigen der zehn Beitrittsländer, die zur mitteleuropäischen Region gehören (das heißt Tschechien, Ungarn, Polen, Slowenien und die Slowakei).

Dem Charakter dieser Tagung entsprechend, müssen wir uns besonders die rechtliche Seite des Staat-Kirche-Verhältnisses vor Augen halten, mit anderen Worten die Rechtstellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften in den verschiedenen Ländern der Region. Die Typologie dieser Verhältnisse hängt mit der kulturellen und gesellschaftlichen Erbschaft der einzelnen Länder zusammen.

b. Die Rechtstellung der Kirchen

Mit der Ausnahme von Slowenien geht es hier um ehemalige Mitgliedstaaten des Warschauer Paktes, die jedoch nicht zur Sowjetunion gehörten. In all diesen Ländern sind die lateinische Kultur und das westliche Christentum vorherrschend. Unter den Christen machen die Katholiken überall die Mehrheit aus, wobei die Tschechische Republik soweit säkularisiert ist, dass die Mehrheit der Christen doch noch eine Minderheit in der Gesellschaft darstellt. In den anderen Ländern sind die getauften Katholiken – natürlich nicht unbedingt die Praktizierenden – die absolute Mehrheit der Bevölkerung (in Ungarn zumindest 55%, in Slowenien 72%, in der Slowakei 73% und in Polen 96%). Die Statistiken haben nicht überall

¹ Der Text dieses Beitrags geht auf einem Vortrag des Verfassers zurück, der am 22. April 2002 in Heiligenkreuz, an der Tagung "Die Kirchen und die Europäische Union. Rechtliche Konsequenzen der EU-Erweiterung für die Kirchen" gehalten wurde.

offiziellen Charakter. Dies ist auch auf die Unterschiede in der rechtlichen Regelung zurückzuführen.

2. Die Quellen der rechtlichen Beziehungen von Staat und Kirche

In den Beitrittsländern der Region sind die Verfassungen, andere grundlegende Gesetze, besonders diejenigen, die nach der Wende über die Religionsfreiheit und über Entschädigungen erlassen wurden, sowie die internationalen Vereinbarungen die wichtigsten Grundlagen der rechtlichen Beziehungen zwischen Staat und Kirche.

a. Die Verfassungen

Die neuen oder neu modifizierten Verfassungen der Region haben die gemeinsame Tendenz, die internationalen Kriterien der Religionsfreiheit geltend zu machen. Es ist insbesondere klar, dass die Verfassungen fast aller dieser Länder den Normen der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (MRK) entsprechen wollten. Der Artikel F (6) Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union („Maastricht-Vertrag“, UnionsV) vom 7. Februar 1992 bestätigt die Achtung der Grundrechte, wie sie in der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleistet sind². Obwohl die meisten Verfassungen der Beitrittsländer schon vor diesem Unionsvertrag verabschiedet worden sind, steht das Bestreben dieser Verfassungen nach der Sicherung der Religionsfreiheit im Sinne der Menschenrechtskonvention auch mit dem Unionsvertrag meistens in vollem Einklang.

Die Verfassungen der einzelnen Beitrittsländer haben jedoch verschiedene technische Lösungen gewählt. Die slowenische Verfassung³ garantiert das freie private und öffentliche Bekenntnis religiöser und anderer Überzeugungen, und verbietet, dass jemand zur Offenlegung der eigenen religiösen oder anderen Überzeugung verpflichtet wird. Die Verfassung garantiert das Recht der Eltern zur religiösen und moralischen Erziehung ihrer Kinder, auch wenn einige Beschränkungen in diesem Bereich vorgesehen sind.

In Ungarn hat die Verfassung⁴, ähnlich wie in Slowenien, ebenfalls das Recht gewährleistet, die eigene religiöse Überzeugung nicht offenlegen zu müssen. Im übrigen wird im selben Paragraph der Verfassung die Bestimmung des Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention fast wörtlich übernommen. Der einschlägige Text der Verfassung lautet:

“In der Republik Ungarn hat jedermann das Recht auf Gedankenfreiheit, Gewissensfreiheit und Religionsfreiheit.

Dieses Recht umfasst das Recht der freien Wahl oder Annahme einer Religion oder eines anderen Bekenntnisses und das Recht, die Religion bzw. das Bekenntnis durch religiöse Handlungen, Zeremonien oder auf andere Weise allein oder mit anderen zusammen, öffentlich oder im privatem Kreis zum Ausdruck zu bringen, oder zu verschweigen, es auszuüben oder zu lehren.

In der Republik Ungarn“ sind – oder wortwörtlich: “funktionieren oder wirken – die Kirchen von dem Staat getrennt“.

² Vgl. z. B. G. Robbers: Europarecht und Kirchen, in: Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Hrsg. J. Listl – D. Pirson, ²Berlin 1994, I, 319.

³ Aus dem Jahre 1991, Artikel 41.

⁴ Gesetz Nr. XX von 1949 modifiziert durch das Gesetz Nr. XXXI von 1989, § 60.

In der slowakischen Verfassung⁵ findet sich zwar ein Hinweis auf die geistliche Erbschaft von Cyrillus und Methodius, es wird aber im Artikel 1 betont, dass der Staat nicht von einer Ideologie oder einem religiösen Glauben geleitet wird. Im Artikel 24 derselben Verfassung wird dann die Religionsfreiheit im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention garantiert, wobei auch erwähnt wird, dass die Kirchen und Religionsgemeinschaften autonom sind besonders bei der Organisation der eigenen Körperschaften, bei der Ernennung der eigenen Kleriker, beim Unterricht der Religion und bei der Gründung von Ordensgemeinschaften und anderer kirchlichen Institutionen.

Die Verfassung der Tschechischen Republik⁶ enthält kein besonderes Kapitel über Menschenrechte. Im Artikel 10 findet man aber einen klaren Verweis auf die ratifizierten und promulgierten internationalen Verträge über Menschenrechte und grundlegende Freiheiten. Über die Religionsfreiheit enthalten jedoch andere Gesetze wichtige Bestimmungen⁷. Die katholische Kirche, beziehungsweise ihre wichtigsten Struktureinheiten (Diözesen, Pfarreien) sind als juristische Personen anerkannt. Neulich wurde aber (im Gesetz Nr. 3 aus dem Jahr 2002) die Fähigkeit der Kirchen einigermaßen beschränkt, ihre Institutionen als juristische Personen besonderer Art anerkennen zu lassen.

Die polnische Verfassung vom 1997 sieht in ihrem Artikel 25 einerseits die Unparteilichkeit des Staates in Sachen der religiösen und philosophischen Überzeugungen vor, gewährleistet andererseits die Anerkennung und Unabhängigkeit der Kirchen und religiösen Organisationen sowie die Kooperation mit ihnen. In dieser Verfassung gibt es eine ausdrückliche Unterscheidung zwischen der Katholischen Kirche und den anderen Religionsgemeinschaften. Die Unterscheidung stellt jedoch keine Diskriminierung dar, sondern versucht, der Natur der verschiedenen Gemeinschaften zu entsprechen. Es wird nämlich vorgesehen, dass die Beziehungen zwischen der Republik Polen und der Katholischen Kirche durch einen internationalen Vertrag mit dem Heiligen Stuhl geregelt werden (Abs. 4), während für die anderen Religionsgemeinschaften Verträge mit dem Ministerrat zu schließen sind (Abs. 5). Mit diesem Verweis auf die bilaterale Normensetzung stellt die polnische Verfassung eine besondere Lösung dar, welche an das italienische Modell erinnert.

Man kann also feststellen, dass alle Verfassungen der Beitrittsländer der Region die Religionsfreiheit in einer Form anerkennen, die der Europäischen Menschenrechtskonvention entspricht. Dies gilt auch für Kroatien und die Baltischen Länder. Die Trennung von Kirche und Staat wird in der ungarischen Verfassung ausdrücklich erklärt. Eine ähnliche Aussage kommt übrigens auch in der kroatischen⁸, in der lettischen⁹ und in der bulgarischen¹⁰ Verfassung vor. Nicht in den unmittelbaren Beitrittsländern, sondern in einigen Ländern orthodoxer Tradition kommt in der jeweiligen staatlichen Verfassung der orthodoxen Nationalkirche eine besondere Rechtsstellung zu. Dies ist der Fall z. B. in Mazedonien¹¹, aber auch in Bulgarien, wo übrigens – wie gesagt – Staat und Kirche ausdrücklich getrennt sind. Die bulgarische Verfassung bezeichnet das orthodoxe Christentum als “traditionelle Religion“ in der Bulgarischen Republik¹².

⁵ Aus dem Jahre 1992.

⁶ Aus dem Jahr 1993.

⁷ Z. B. Gesetz der AbASFR vom 4. Juli 1991 über die Freiheit des religiösen Glaubens und die Stellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften (nach § 4 Abs. 2 sind Kirchen und Religionsgesellschaften juristische Personen). Deutscher Text: H. Marré – D. Schümmelfeder (Hrsg.): Die Neuordnung des Verhältnisses von Staat und Kirche in Mittel- und Osteuropa (Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 29), Münster 1995, 267-273. Vgl. F. Lobkowicz: Länderbericht über das Staat-Kirche-Verhältnis in Tschechien, ebd. 122-132.

⁸ Aus dem Jahr 1990, Art. 40 (1).

⁹ Aus dem Jahr 1992, Art 99.

¹⁰ Aus dem Jahr 1991, Art 13 (2).

¹¹ Vgl. Verfassung aus dem Jahr 1991, Art 19 (3).

¹² Verfassung aus dem Jahr 1991, Art. 13 (3).

In der slowakischen Verfassung wird zwar vom Erbe von Cyrillus und Methodius gesprochen, die Bedeutung dieses Hinweises ist jedoch nicht klar, weil der Staat – wie oben erwähnt – nicht von einem religiösen Glauben geleitet wird.

b. Die internationalen Vereinbarungen

Die Tschechische Republik hat keine Vereinbarung mit dem Heiligen Stuhl. Ob dies auf den hohen Grad der Säkularisierung der Gesellschaft zurückzuführen ist oder auf eine rechtliche Tradition und Mentalität, die im alten österreichischen Staatswesen wurzelt, ist schwer zu entscheiden. Slowenien hat vor kurzem ein Abkommen mit dem Heiligen Stuhl unterzeichnet.

Der Gegenpol scheint Polen zu sein, wo nicht nur die Verfassung auf eine bilaterale Regelung verweist, sondern wo ein feierliches Konkordat in klassischer Form (*Sollemnis conventio*) besteht. Es wurde am 28. Juli 1993 geschlossen, aber erst am 25. März 1998 ratifiziert¹³. Im Konkordat wird festgestellt, dass die katholische Religion die Religion der Mehrheit der Staatsbürger ist, es wird die Rolle der Kirche in der polnischen Geschichte und ihre Bedeutung für die Entwicklung der menschlichen Person sowie für die Stärkung der Sitten anerkannt. Der Artikel 1 des Konkordats legt die Unabhängigkeit und die Autonomie des Staates und der Kirche fest, aber auch die Absicht zur Kooperation. Es wird im staatlichen Bereich die juristische Persönlichkeit der Katholischen Kirche und ihrer eigenen juristischen Personen anerkannt, denen eine solche Persönlichkeit nach dem kanonischen Recht zukommt (Art. 4). Weitere kirchliche juristische Personen können die Anerkennung im polnischen Recht auf Antrag der kirchlichen Behörden erhalten (Art 4, 3). Im Konkordat werden auch Fragen geregelt, die das kirchliche Verfassungsrecht betreffen. Für die Gründung, Aufhebung oder Änderung der Organisationsstrukturen der Kirche wird die kirchliche Zuständigkeit anerkannt. Es wird jedoch bestimmt, dass kein polnisches Gebiet zu einer Diözese oder Kirchenprovinz gehören darf, die ihren Sitz außerhalb der Polnischen Republik hat (Art 6, 2). Aber auch keine polnische Diözese darf sich über die polnischen Staatsgrenzen erstrecken (ebd. 3). Es dürfen keine Bischöfe zur Polnischen Bischofskonferenz gehören oder in Polen ihre Jurisdiktion ausüben, wenn sie nicht polnische Staatsbürger sind (ebd. 5, vgl. Art 7. 3). Die Kooperation von Kirche und Staat wird dann in diesem Konkordat sehr detailliert geregelt. Kirchliche Schulen, Kultstätten, Militärordinariat, staatliche Anerkennung der kirchlichen Feiertage und der kirchlichen Eheschließung sowie andere Materien werden geregelt. Die juristische Persönlichkeit der Kirche ist also weitgehend anerkannt, ihre Autonomie ist gewährleistet, auch wenn mit bilateral verabredeten Beschränkungen.

Ungarn hat mit dem Heiligen Stuhl drei Teilabkommen geschlossen. Im Gegensatz zur polnischen Lösung, wo die Verfassung auf das Konkordat verweist, enthält das erste kurze Abkommen mit Ungarn¹⁴ einen allgemeinen Verweis auf die autonome Regelung der für die Kirche relevanten Fragen einerseits durch den Codex Iuris Canonici, andererseits durch das ungarische Gesetz über die Gewissens- und Religionsfreiheit und die Kirchen¹⁵ (Nr. 3). Diese parallele Regelung garantiert der Kirche eine sehr große Freiheit. Das erwähnte Gesetz, das nur mit Zweidrittelmehrheit geändert werden kann, anerkennt automatisch die juristische

¹³ AAS 90 (1998) 310-329; vgl. J. T. Martin de Agar: Raccolta di Concordati 1950-1999, Città del Vaticano 2000, 682-696; R. Puza: Stichworte zum Konkordat des Heiligen Stuhles mit Polen, in R. Puza-A. P. Kustermann (Hrsg.): Neue Verträge zwischen Kirche und Staat. Die Entwicklung in Deutschland und Polen, Freiburg Schweiz 1996, 109-119; J. Krukowski: Konkordaty Współczesne, Warszawa 1995.

¹⁴ Vom 9. Februar 1990; Martin de Agar: Raccolta 851-852.

¹⁵ Gesetz Nr. IV vom 1990; auf deutsch: H. Marré – D. Schümmelfeder (Hrsg.): Die Neuordnung des Verhältnisses von Staat und Kirche in Mittel- und Osteuropa (Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 29), Münster 1995, 280-285.

Persönlichkeit der Katholischen Kirche Ungarns und all ihrer internen juristischen Personen, von denen einige (wie die Ordensgemeinschaften) bei Gericht registriert werden müssen, andere hingegen (wie die Pfarreien) nicht einmal eine staatliche Eintragung brauchen, um anerkannt zu werden. Die kirchlichen Funktionäre können ohne weiteres auch ausländische Staatsbürger sein. Mit der Gründung, Modifizierung, Aufhebung und mit den Grenzen von kirchlichen Verwaltungseinheiten beschäftigt sich der Staat überhaupt nicht.

Ein anderes Abkommen wurde dann zwischen Ungarn und dem Heiligen Stuhl über das Militärordinariat geschlossen¹⁶. Das dritte Abkommen über die Finanzierung der Tätigkeit der Kirche im öffentlichen Dienst und im eigentlich religiösen Bereich sowie über einige Vermögensfragen wurde am 20. Juni 1997 geschlossen und ist erst in April 1998 in Kraft getreten¹⁷. Auch dieses Abkommen ist keine umfassende Regelung der Beziehungen, sondern eher eine Konkretisierung und eine Lösung einiger Probleme der Ausführung des Gesetzes Nr. IV vom 1990 über die Gewissens- und Religionsfreiheit und des Gesetzes Nr. XXXII von 1991 über die Regelung bezüglich Eigentums der ehemaligen kirchlichen Immobilien. Diese Vereinbarung löst jedoch einige wichtige Fragen, indem sie – aufgrund der italienischen und spanischen Erfahrungen – das System der Verfügung der Staatsbürger über 1% ihrer Personaleinkommenssteuer zugunsten der Kirchen einführt (II, Art. 4), und eine andere, noch wichtigere Einnahmequelle für die Kirche eröffnet. Das Gesetz Nr. XXXII. von 1991 hat nämlich die Rückgabe von Gebäuden der Kirche vorgesehen, die 1948 für religiöse Zwecke oder für gemeinnützige Tätigkeiten der Kirche (etwa Krankenhäuser, Sozialheime, Schulen oder Kulturhäuser) gebraucht waren. Nach dem Gesetz durfte die Kirche nicht frei über diese Immobilien verfügen, sondern musste sie für ähnliche Zwecke verwenden¹⁸. Für die gemeinnützige Tätigkeit der Kirche war schon im Gesetz Nr. IV von 1990 die staatliche Finanzierung vorgesehen¹⁹. Die volle staatliche Finanzierung solcher Einrichtungen ist in Ungarn keine besondere Freundlichkeit des Staates, sondern eine harte Notwendigkeit, weil die Kirche auch alle anderen Güter verloren hat und überhaupt keine Restitution von kirchlichen Produktionsmitteln oder Kapital stattgefunden hat. In dieser Hinsicht war die Lage sowohl in der Slowakei als auch in einigen anderen Ländern der Region anders. So musste das ungarische Abkommen wichtige Probleme der staatlichen Finanzierung solcher Anstalten auch regeln. Im Abkommen hat die Kirche auf einen beträchtlichen Teil der nach dem Gesetz zurückzugebenden Gebäuden verzichtet. Ihr wurde dafür eine im Realwert stabile jährliche Bezahlung für unbegrenzte Zeit garantiert. Dies ist heute die Hauptquelle der Finanzierung der ungarischen Kirche²⁰.

Mit der Slowakischen Republik hat der Heilige Stuhl zwar nicht ein formelles Konkordat, jedoch eine Grundvereinbarung (*Accordo base*) geschlossen. Sie wurde am 24. November 2000 unterzeichnet und schon am 18. Dezember desselben Jahres ratifiziert²¹. In der Präambel der Vereinbarung spricht man auch hier – ähnlich wie im polnischen Konkordat – unter anderen über die Sendung der katholischen Kirche in der Geschichte der Slowakei sowie

¹⁶ Vom 10. Januar 1994, ratifiziert am 26. April 1994: AAS 86 (1994) 574-579.

¹⁷ AAS 90 (1998) 330-341; Kommentar P. Erdö in *Ius Ecclesiae* 10 (1998) 652-659.

¹⁸ Vgl. P. Erdö: Die gegenwärtige Lage des Staat-Kirche-Verhältnisses in Ungarn. Staatkirchenrechtliche und kanonistische Aspekte, in: H. Marré – D. Schümmelfeder (Hrsg.): Die Neuordnung des Verhältnisses von Staat und Kirche in Mittel- und Osteuropa (Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 29), Münster 1995, 137-138.

¹⁹ § 19.

²⁰ Über die Staat-Kirche-Verhältnisse in Ungarn siehe z. B. P. Erdö – B. Schanda: Church and State in Hungary. An Overview of Legal Questions, in: *European Journal for Church and State Research* 6 (1999) 219-231; B. Schanda (ed.): *Legislation on Church-State Relations in Hungary*, Budapest 2002.

²¹ AAS 93 (2001) 136-155; vgl. T. Hajdu: L'accordo Base tra la Santa Sede e la Repubblica Slovacca, in: *Ius Ecclesiae* 13 (2001) 513-517.

über ihre Rolle im sozialen, moralischen und kulturellen Bereich. Im weiteren verweist man auf die Erbschaft von Cyrillus und Methodius, wie sie auch in der Verfassung erwähnt wird.

Schon im Artikel 1 (Abs. 2) wird die rechtliche Persönlichkeit der Slowakischen Republik und des Heiligen Stuhls sowie ihrer eigenen juristischen Personen wechselseitig anerkannt. So sind alle Einheiten, die im kanonischen Recht als juristische Personen gelten, auch in der Slowakei als solche anerkannt. Auch die volle Autonomie der Kirche wird anerkannt, und es wird ausdrücklich bestimmt, dass die Kirche ihre internen Kompetenzen, die im kanonischen Recht gesichert sind, sowohl im Bereich des Vermögensrechts, als auch in der Organisation der internen Angelegenheiten, frei ausüben kann (Art. 2, Abs. 1). Die Kirche verpflichtet sich sogar, alle entsprechende Mittel für die sittliche Erziehung der Staatsbürger einzusetzen²². Es wird auch die Freiheit der Kirche garantiert, ihre hierarchischen Einheiten und andere Strukturen zu errichten und zu modifizieren (Art. 3, Abs. 1). Über die schon erfolgte Errichtung, Änderung oder Aufhebung von Kirchenprovinzen, Erzdiözesen, Diözesen, Eparchien, Exarchaten und Apostolischen Administraturen hat der Heilige Stuhl, vor der Veröffentlichung, den Staat zu informieren (Art. 3, Abs. 2). Der Heilige Stuhl garantiert, dass die Grenzen der slowakischen Diözesen und Apostolischen Administraturen sowie der griechisch katholischen Eparchien und Exarchaten die Staatsgrenzen nicht überschneiden (Art. 3, Abs. 3). Es wird auch für die Zukunft anerkannt, dass die Kirche das Recht hat, juristische Personen zu errichten (Art. 3, Abs. 4). Eine lange Reihe von Freiheiten und Unterstützungen wird ebenfalls in diesem Grundvertrag garantiert, wie zum Beispiel das Recht der katholischen Kirche in der Slowakei, Kontakte mit dem Heiligen Stuhl, mit der Weltkirche, mit Bischofskonferenzen anderer Länder sowie mit anderen Kirchen und Religionen zu pflegen (Art. 4), die staatliche Anerkennung von wichtigen kirchlichen Feiertagen (Art. 9) oder die Freiheit und die staatliche Unterstützung der kirchlichen Schulen und Universitäten (Art. 13).

Als Ausblick kann man anmerken, dass auch Kroatien 1996 drei wichtige Abkommen mit dem Heiligen Stuhl geschlossen hat²³. 1998 ist eine vierte Vereinbarung über ökonomischen Fragen unterzeichnet worden²⁴. Das erste Abkommen vom 1996 regelt die "rechtlichen Fragen". Es ist weniger feierlich und ausführlich als die polnische und die slowakische Vereinbarung, hat jedoch einen gewissen grundlegenden Charakter. Die unersetzliche Rolle der katholischen Kirche wird anerkannt, sowie die Tatsache, dass die Mehrheit der Staatsbürger der Kroatischen Republik zur katholischen Kirche gehört. Die Unabhängigkeit und die Autonomie von Staat und Kirche werden ebenso anerkannt (Art. 1), wie die rechtliche (sogar öffentlich rechtliche) Persönlichkeit der katholischen Kirche und aller ihrer Institutionen, die eine solche Persönlichkeit nach dem kanonischen Recht haben (Art. 2, Abs. 2). Die zuständige kirchliche Autorität kann die kirchlichen juristischen Personen nach dem kanonischen Recht frei gründen, ändern und aufheben. Sie muss aber darüber die staatlichen Verwaltungsorgane zwecks Registrierung informieren (Art. 2, Abs. 3). Es wird auch das Recht der kirchlichen Autorität ausdrücklich anerkannt, die eigene Ordnung und Struktur der Kirche, besonders ihre Verwaltungseinheiten und juristischen Personen frei zu gestalten (Art. 5). Andere typische Fragen, die in Konkordaten gewöhnlich geregelt werden, kommen natürlich auch in der kroatischen Vereinbarung vor: die kirchlichen Feiertage, die heiligen Orte, sowie das Beichtgeheimnis sind geschützt, die kirchliche Eheschließung anerkannt. In den zwei anderen gleichzeitig geschlossenen Vereinbarungen werden die Militärseelsorge und die Zusammenarbeit im Bereich der Erziehung und der Kultur geregelt²⁵.

²² Vgl. z. B. Konferencia Biskupov Slovenska: Základná zmluva medzi Svätou stolicou a Slovenskou republikou s komentárom, kom. M. Smid, Bratislava 2001, 53 usw.

²³ Alle drei wurden am 19. Dezember 1996 geschlossen und am. 9. April 1997 ratifiziert: AAS 89 (1997) 277-302.

²⁴ Vom 9. Oktober 1998. Ratifiziert am 14. Dezember 1998: AAS 91 (1999) 170-178.

²⁵ Ein ausführlicher Kommentar der vier Vereinbarungen mit Kroatien ist J. Bozanić (predgovor), N. Eterović (komentar): Ugovori između Svete Stolice i Republike Hrvatske, Zagreb 2001.

Die drei Vereinbarungen, die mit Litauen am 5. Mai 2000 geschlossen wurden²⁶, sind in ihrer Struktur den kroatischen ähnlich. Eine – zwar nicht grundlegend genannte, aber tatsächlich grundlegende - Vereinbarung über die rechtlichen Fragen, eine andere über die Zusammenarbeit im Bereich von Erziehung und Kultur und eine dritte über die Militärseelsorge sind entstanden. Die juristische Persönlichkeit der Kirche und ihrer juristischen Personen, die nach dem kanonischen Recht als solche gelten, wird anerkannt, sowie das Recht der zuständigen kirchlichen Autorität, das Leben der Kirche selbst zu organisieren (Art. 5, Abs. 1).

Die schon unterzeichnete Vereinbarung mit Lettland, ebenso Ergebnis des Jahres 2000²⁷, sieht auch die Anerkennung der Kirche als öffentliche juristische Person vor, sowie die Anerkennung ihrer inneren, im Sinne des kanonischen Rechts gegründeten juristischen Personen (Art.2). Es wird auch das Recht der Kirche garantiert, ihre innere Regierung selbständig zu bestimmen (Art. 4).

3. Zusammenfassung

Trotz aller Unterschiede, die innerhalb unserer Region in der rechtlichen Regelung der Beziehungen von Staat und Kirche existieren, sind einige Grundtendenzen klar festzustellen. Die positive, gesellschaftlich, kulturell, aber auch historisch und moralisch wichtige Rolle der katholischen Kirche (und in anderen Länder der Orthodoxie) wird vom Staat anerkannt und ihre Mitwirkung sogar erwünscht. Ihre juristische – in einigen Länder starker katholischen Tradition sogar öffentlich rechtliche – Persönlichkeit wird anerkannt. Ihre eigenen juristischen Personen werden mit Verweis auf das kanonische Recht auch als solche im staatlichen Bereich anerkannt. Die Freiheit und das Recht der Kirche, ihre innere Struktur und ihre Verwaltungseinheiten zu bestimmen, wird anerkannt und garantiert. Man wird nicht gezwungen, etwa Kultvereine zu gründen, damit die Kirche anerkannt und handlungsfähig wird. Diese Rechtslage ist sowohl eine Folge der Situation dieser Gesellschaften, die nach dem Kommunismus ein kulturelles Vakuum zu füllen haben, als auch eine verantwortungsvolle Anpassung an die Kriterien, die 1989 in Wien von den Vertretern der europäischen Staaten in bezug auf die Religionsfreiheit angenommen wurden²⁸. Die Religionsfreiheit soll nach diesen Kriterien nicht nur als individuelles Recht anerkannt werden, auch nicht nur als Möglichkeit, dieses individuelle Recht kollektiv auszuüben, sondern es muss ermöglicht werden, dass die Religionsgemeinschaften als solche als juristische Personen anerkannt werden und ihre innere Strukturen nach den eigenen Glaubensprinzipien selbständig bestimmen können. Es scheint also für unsere Region, aber auch für die westeuropäischen Gesellschaften, die inzwischen auch eine ähnliche Krise der kulturellen Identität erfahren haben, wichtig zu sein, dass die zukünftige europäische Verfassung diese Kriterien weiterhin enthält und garantiert. Dies würde dazu beitragen, dass die Europäische Union noch vermehrt als eine Wertegemeinschaft vor der Welt erscheint.

²⁶ Ratifiziert am 16. September 2000: AAS 92 (2000) 783-816.

²⁷ Geschlossen am 8. November 2000, Text: J. T. Martin de Agar: I concordati del 2000, Città del Vaticano 2001, 9-22.

²⁸ O. S. Z. E., Schlussdokument vom 19. Januar 1989, Art. 16.

Görög Márta

Az általános személyiségi jog megsértésének fájdalomdíjjal való orvoslása

A német jogalkotó igen speciális szabályozást alkalmaz a nem vagyoni károk megtérítésének törvényi szabályozására. A § 253 Bürgerliches Gesetzbuch (német Polgári Törvénykönyv, továbbiakban: BGB) felhatalmazó szabályt alkot, amely kinyilvánítja, hogy a nem vagyoni károk megtérítésére csupán a törvényileg szabályozott esetekben van lehetőség¹. Ilyen törvényi eset sok helyen lelhető fel². A BGB a szerződésen kívüli (§ 847 BGB), illetőleg a szerződéses károkozás (§ 823 BGB) területén érinti a nem vagyoni kárpótlást.

A nem vagyoni javak intenzívebb védelme iránti igény két irányban ért el jelentős eredményeket: 1. a vagyoni és a nem vagyoni károk közötti határ az utóbbi javára mozdult el, 2. nyíltan széttörte a § 253 BGB-ben megjelölt korlátokat, elismerve a nem vagyoni károk megtérítése iránti igényt az általános személyiségi jog megsértése miatt.

A fájdalomdíj jogintézményi múltja során a legfontosabb és legmarkánsabb minőségi változást az általános személyiségi jognak a § 823 I BGB³ tekintetében megnyilvánuló “egyéb jogként” való fel- és elismerése jelentette. Nyelvtani és nyelvi szempontból nem jelent különösebb nehézséget az általános személyiségi jogok e kifejezés alatti megjelölése. Teleológiai és szisztematikailag azonban nem tartozott a törvény korábbi koncepciója szerint e jogintézmény hatókörébe. A személyiségi jognak ugyanis szélesebb értelemben hiányzik az a sajátossága, amely a § 823 I BGB-ben megjelölt más jogtárgyaknál, mint a tulajdon, élet, egészség stb.-nél karakterisztikusan és alapvetően az “egyéb jog” kifejezés meghatározása szempontjából irányadó. Az ember a saját szubsztrátumát, illetőleg testét nem “látja” és értelmezi dologként, nem rendelkezik “testiséget és megfoghatóságot” eredményező ismérvekkel. Ezzel szembeni példaként említhető a saját névhez való jog, amely a BGB idevonatkozó rendelkezése alapján abszolút jognak tekintendő és ennek következtében a § 823 I BGB értelmezésében “egyéb jognak”. Mindemellert az általános személyiségi jog sok formájában állandó konfliktusban áll más személyek általános személyiségi jogával, lévén hogy a szociális együttélés során a kommunikáció és interakció másként nem lehetséges, mint a partner személyiségi szférájába való beleavatkozás útján, s így a saját személyiség érvényesítése éppen a másik ember személyiségének permanens csökkentéséhez vezethet. A § 823 I BGB “klasszikus” jogai és jogi tárgyai miként a tulajdon, élet, egészség alapvetően nem rendelkeznek ilyen sajátosságokkal.

A jogi felfogás megváltozása az alaptörvény által

A korábbi koncepció alapján a személyiségi jogi védelem a § 823 I BGB alapján csak az ún. “különleges” személyiségi jogokat illette meg: így a név viselés jogát, a szerzői jogi

személyiségi jogot és a képmáshoz való jogot a § 22 KUG (Kunsturheber Gesetz, Szerzői jogi törvény) alapján. Ezt a jogi felfogást a kezdetektől fogva számos kritika érte és érintette. Az ily módon szabályozott személyiségi jogi védelem hibái az idők folyamán egyre inkább előtérbe kerültek, a technikai és szociális változások során újra és újra a kor igényeihez kellett alakítani ezen szabályokat. A kialakult joggyakorlatot eredményező “alapszituációnak” ilyen mértékű megváltozása vezetett végső soron a korábbi joggyakorlat és jogi felfogás feladásához.

Az általános személyiségi jog “egyéb jogként” való felismerése

A jogirodalom intenzív előmunkálata után a Bundesgerichtshof (Legfelsőbb Szövetségi Bíróság, továbbiakban: BGH) ezt a lépést már 1954-ben a “Schachtbriefentscheidung BGHZ 13, 334”-ben megtette. A bírósági döntés alapjául szolgáló jogesetben az újság egy olyan levelet, amelyben egy ügyvéd a korábbi Reichsbankpräsident Schacht megbízottjaként egy cikk helyreigazítását kérte, hallgatói levélként jelentetett meg. A BGH helyt adott a keresetnek és az esetet az általános személyiségi jog § 823 I BGB szerinti egyéb jogként való felfogása és elfogadása első lépéseként oldotta meg. E megállapítás alapja: “miután többnyire az alaptörvény az emberek saját méltóságára (Art. 1 GG.) való vigyázat jogát és a személyiség szabad kibontakoztatására vonatkozó jogát privátként, másoktól védelmezett jogként ismerte el az általános személyiségi jogot alkotmányos alapjogként kell elfogadni.”⁴

Az idézetben szereplő megállapítás még ma is kritikai megállapítások tárgyát képezi, mivel ezek az alapul fekvő problémák sokkal messzebbre mutatnak. A fő problémát az alaptörvény és a magánjog közötti kapcsolat megközelítése jelenti. Mivel az alaptörvény az általános személyiségi jogot “privátként mások által védelmezett jogként ismeri el” ebből az alapjogok és magánjogi alanyok közötti közvetlen kapcsolat következne. Egy ilyen “közvetlen” befolyás azonban a ma uralkodó és az BGH, illetőleg a Bundesverfassungsgericht (Szövetségi Alkotmánybíróság) által tanúsított felfogás szerint alapvetően nem létezik. Ugyanis nem a magánjogi alanyok kerülnek más magánjogi alanyok személyiségi joga miatt az alkotmány általi “vigyázatra”, hanem az állam az, amely a magánjog megfelelő eszközeivel védi azt. Nem az alapjogi beavatkozás tilalma, hanem az alapjogok civiljogi személyiségi védelemre vonatkozó védelmi funkciója állapítható meg az alkotmánydogmatikai alapok által⁵.

A jogszabályi reform törekvéseket az 1957 és 1964-es években a 42. és a 45. Deutscher Juristentag ülésein tárgyalták meg. Az első tanácskozáson a magánélet indiszkrécióval szembeni védelmével, a második tanácskozáson a nem vagyoni károk pénzbeli megtérítésére irányuló igény újraszabályozásával foglalkoztak. 1958-ban a személyiség, tisztesség, becsület védelmének újraszabályozására irányuló törvény kormányzati tervezete az Art. 1 Nr. 6-ban a § 847 BGB új felfogását irányozta elő: “Ha valakit személyiségi jogában megsértenek a nem vagyoni károk miatt az elszenvedett fájdalom okán elégtételként egy meghatározott összegű kártalanítást igényelhet. Ez a jog akkor nem illeti meg a károsultat, ha a § 249 BGB értelmében lehetőség van a restitutiora és az elegendő, vagy amennyiben az elégtételt más módon pénzben már teljesítették. A jelentéktelen sérelmek azonban figyelmen kívül maradnak. A kártalanítás mértéke a körülményektől függ, elsősorban a sérülés és a kárt okozó magatartás súlyától.”

Egy, a kártérítési jogi előírások megváltoztatásáról és kiegészítéséről rendelkező 1967-es törvényjavaslat a § 847 BGB-t akként módosította, hogy a személyiségi jog súlyosabb sérelmei esetére kártalanítás iránti igényt tett lehetővé.

A nem vagyoni károk pénzbeli kártérítési igényének jelentős kibővítését jelentette az igazságügyi miniszter által megjelentetett „Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrecht”⁶. Hochlock javaslata szerint mind a szerződéses, mind pedig a szerződésen kívüli felelősség területén meg kell valósulnia egy pénzben megjelölt méltányos összegű kártalanításnak. Abból indult ki, hogy a joggyakorlat a személyiségvédelemre „már megtalálta a maga megoldását”⁷. *Ströfer* szerint „... a személyiségvédelem kodifikációja nem a deliktális jogból következik, hanem a § 253 Abs. 3-ból, ami által a személyiségvédelem a vétkesség nélküli és a szerződéses felelősség esetén is megállapítható.” „Összességében a Gutachten ajánlata a személyiség Art. 1 és 2 Grundgesetz (Alaptörvény) által ajánlott védelemből indul ki.”⁸

Az alaptörvény a személyiség szabad kibontakoztatására vonatkozó jogot igen magasan preferált alkotmányos alapjogként aposztrofál(t)ja. Az alaptörvény 1 és 2 cikkelye értelmében alkotmányellenes lenne a személyiségi jog megsértését civiljogilag szankcionálatlanul hagyni, így a bírósági joggyakorlat fájdalomdíj megítélésével orvosolja a személyiségi jogok megsértésében megnyilvánuló sérelmeket.

Kártalanítás jóváhagyása a nem vagyoni csökkentések esetére

- a. A személyiségi jog védelmét a klasszikus jogvédelemi eszközök is ellátják, így a magatartás abbahagyása, a megszüntetése iránti, illetőleg a visszavonás iránti kereset lehetőségében áll fenn. A vagyoni károk megtérítésére irányuló keresetek a gyakorlatban kétségtelenül fontos szerepet játszanak, ezzel szemben a személyiséget megcélzó sérelmekre tipikus a károk igen gyakori nem vagyoni területeken való fekvése. Az ilyen esetekben a személyiség megsértése szankció nélkül maradna, ha csak a klasszikus eszközök alkalmazására lenne lehetőség. Ezt a joghézagot a BGH az úgynevezett „Herrenreiterentscheidung”⁹-ban a személyiségben esett sérelem számára fizetendő fájdalomdíj jóváhagyásával küszöbölte ki.

Az alapul fekvő esetben az egyik iparmágnást lóugratás közben ábrázolva szerepeltették beleegyezése nélkül egy szexuális stimulálószer reklámjában. A bíróság 20.000 DM mértékű fájdalomdíjat ítélt meg javára.

- b. A személyiségi jogi sérelmek esetén a fájdalomdíj megfizetését megalapozó körülményeket rendkívüli alapossággal kell megítélni és mérlegelni. A BGH szerint a nem vagyoni csökkenések miatti kártalanítására vonatkozó igényhez két korlátozó feltevés kapcsolódik. Elsőként az, hogy a sérelemnek súlyosnak kell lennie¹⁰, ami lényegében a károsult kárának mértéke és a sérelem hatásának mértéke szerint igazodik. Mivel az általános személyiségi jog megsértése tényállásának meghatározása messze bizonytalanabb, mint például a testi, egészségi, vagy szabadság sértések tényállása, így körültekintő módon kell meghatározni a kártalanításra jogosító körülményeket. Ebből kifolyólag a személyiségi jogot ért jelentéktelen beavatkozások, illetőleg azok a csökkentések melyek az emberi együttélés mindennapos velejárói nem teremtenek alapot nem vagyoni kártalanításra. A beavatkozás súlyosságát mindenekelőtt a csökkentést eredményező magatartás tartalmi tényezői minősítik. Az intim szféra megsértése, a nem valóság-hű előadások, akt felvételek megjelentetése képezik a személyiségi jogot ért sérelmek nehezebben minősített eseteit. A második korlátozás abban áll, hogy az elszenvedett csökkenés más módon – például visszavonás által – nem egyenlítődhét ki megfelelően¹¹.

A személyiségi jog megsértésére alapozott fájdalomdíj igény a károsultnak az elszenvedett nem vagyoni károk kiegyenlítését biztosítja. Megfelelően a fájdalomdíj kettős funkciójának¹² a fájdalomdíj mértékénél az adott eset valamennyi körülményét figyelembe kell venni. E jellemzők közé tartozik különösen: a jogosult személyisége, a társadalomban elfoglalt helye és hivatásának körülményei; a jogosult behatás előtti pszichikai és fizikai állapota¹³; a jogosult tekintélyének csökkenése magán és hivatali szférában¹⁴; a jogosult neve, vagy képének kihangsúlyozása¹⁵ stb.

Aktív- és passzív legitimáció

1. Személyiségi jogok jogosultjai

A társasági jogi jogi személyeket, személyegyesületeket, illetőleg a nem jogképes egyesületeket a BGH véleménye alapján “tevékenységük, illetőleg a jogszabályokban megjelölt funkcióik tekintetében megilleti a személyiségvédelemre irányuló igény”¹⁶. E védelem irányadó például a névviselésre, névvédelemre (amely már a § 12 BGB szerint is szavatolt), továbbá a becsület, tisztesség védelme számára¹⁷. A személyiségvédelemre való jogot természetéből adódóan ki kell terjeszteni az informális önrendelkezés jogára is. A nem vagyoni károk megtérítésére ugyanakkor nem kerülhet sor, hiszen egy személyi viszonyhoz nem fűződhet elégtételi érdek.

Ezt az álláspontot kellőképpen megvilágítja a BGH egyik döntése is¹⁸. Az alperes 1976-ban “Das Medizin-Syndikat” címmel könyvet jelentetett meg. A felperesi gyógyszerészeti vállalat a könyv egyik fejezet címében szereplő “Sötét múlt, sötét jelen” megállapítás miatt a terjesztés abbahagyására, illetőleg kártérítés megfizetésére kérte az alperest kötelezni. Véleménye szerint a könyvben szereplő megállapítás a gyógyszerészeti vállalat, illetőleg a társaság 1942-ben elhunyt tagja Dr. M. és a társaság biológiai intézetének korábbi vezetője Dr. Dr. K. hírnevét sérti.

A bíróság álláspontja szerint a “billige Entschädigung”, a “méltányos kártalanítás” funkciójából következően a személyi társaságot nem illeti meg a nem vagyoni károk pénzbeli megtérítésére vonatkozó igény, hiszen annak elsősorban a károsult sérelmeinek kielégítését kell szolgálnia. Az elégtételt a felperes, mint társasági érdekkapcsolat nem, azt csakis a felperesi társasággal kapcsolatban álló személy szerezheti meg¹⁹.

2. A személyiségi jog védelmére vonatkozó kötelezettségek címzettje

Azok mellett, akik közvetlenül maguk követték el a személyiségi jog megsértését, lehetnek további személyek is, akik passzíve legitimáltak. Ez fordul elő például abban az esetben, amikor egy tömeg média valamely másik médiának a nyilatkozatát, véleményét saját véleményének minősítve valamely cikkébe integrálja. Ezenkívül meg kell említenünk a személyiségi jog megsértéseinek “preventív” jellegű megakadályozására irányuló kötelezettséget. Ez fordulhat elő a különösen “bizarr” publikációknál, ahol a kiadó és a terjesztő kötelezhető az igazságtartalom felülvizsgálatára²⁰. A BGH álláspontja szerint amennyiben a kiadó – lehetőségeihez mérten – bevon egy szakértelemmel rendelkező személyt valamely szakkönyv tartalmának kontrolljába, úgy a könyv által esetlegesen megvalósított tisztesség megsértése alól “mentesítheti”²¹.

A BGH szerint egy politikai pártnak egy az általa megbízott reklám irodával szemben is biztosnak kell lennie abban, hogy az a fotó, amelyet a választási harc broszúrájában szerepeltetnek, nem a felvételen szereplő személy hozzájárulása nélkül készült²².

Személyiségi jog sérelme

Akkor amikor a § 823 értelmében az általános személyiségi jogot egyéb jogként fogták fel, az általános személyiségi jog védett jogi tárgyaiként többek között a magán, titok és intim szféra, a személyi becsület, tisztesség, a képmáshoz és a kimondott szóhoz való jog, az idézetek korrekt visszaadásának joga és saját előadás feletti rendelkezési jogot ismerték el. Éppen a Herrenreiterfall esetben döntött akként a BGH, hogy az ott megnevezett esetekben a személyiségi jog bizonyos sérelmeinél is kártérítési igényt tesz lehetővé. Ez a döntés ellentétben áll a § 253 BGB-vel, mivel az ott megjelöltek szerint csak a Grundgesetz-ben megjelölt esetekben lehetséges a nem vagyoni károk miatt kártérítési kötelezettség, ezért jogdogmatikai alapokból a jogirodalom elutasít(ja)otta a fájdalomdíj igényt a személyiségi jogi sérülések esetére. Ezek után azonban a Bundesverfassungsgericht “az írott jog továbbfolytatásaként” a joggyakorlat által kikristályosított gyakorlatot bár alkotmányjogilag elgondolkodtatónak, kedvezőtlennek vélte mégis lehetővé tett és alkalmazza személyiségi jogok megsértése esetére a fájdalomdíj érvényesítését.

a.) Személyiségi jog médiák általi sérelme

A személyiségi jog megerősödésében jelentős szerepet játszott Caroline Monacói hercegnő nevéhez fűződő 1994. november 15-i BGH döntés²³. A hercegnő egy hétköznapiak tekinthető rutin rákszűrővizsgálaton jelent meg, melyet a szemfüles újságírók az azt követő napon “Caroline mellrákkal szembeni harca” címmel hoztak nyilvánosságra. A személyiségi jogok megsértése okán a hercegnő a visszavonás mellett 100.000 DM összegű fájdalomdíj igénnyel lépett fel. Az OLG Hamburg eljáró bíróságként 30.000 DM mértékű fájdalomdíjat vélt megfelelő mértékűnek. A bíróság döntésének alapgondolatát az képezte, hogy ez esetben “ténylegesen nem a fájdalomdíjról van szó ... hanem az Art. 1 és 2 I GG-hez visszavezethető védett jogtárgyhoz kapcsolódó jogvédelmi eszközről”, amelynél “a károsult elégtételének szempontjai kerülnek előtérbe”²⁴.

Egy ugyancsak Caroline Monacói hercegnő által indított perbeli BGH döntésben²⁵ arra helyezte a hangsúlyt mikor tekinthető valaki a § 22 KUG alapján “a kortörténet személyiségének”, illetőleg mikor minősül privát személynek. A bíróság differenciát tett a titkos és a nagy távolságból teleobjektívvel készített fényképfelvétel között, amelyek a hercegnőt egy zöldvendéglőben, kioszkban mutatták, amelyben ő érzékelhetően egy magán jellegű beszélgetésre vonult vissza, és azok között a fotók között, amelyek Caroline-t a köznapi élet résztvevőjeként lovaglás, csevegés vagy bevásárlás során mutatják.

A valóságnak nem megfelelő tényállítás minőségétől, horderejétől függ annak a kérdésnek az eldöntése, hogy a személyiségi jogba való beavatkozás nyomós sérelmet valósít-e meg. Mindenesetre egy relatíve csekély mértékű terjesztés is megvalósítja a privát szférába való jogellenes beavatkozást ha olyan, a tisztességet sértő kijelentéseket szerepeltet (például szexuális gyanúsításokat tartalmaz), amelyek az érintett ismeretségi körében tekintélyének csorbulásához vezet(het).

Egy valótlan újság tudósítás nyilvánossága által valamely személy becsületének befekettítése és a cikk alatt teljes nevének a megjelölése miatt magától értetődően a károsult általános személyiségi joga megsérül és konkrét esetben ez 10.000 DM mértékű fájdalomdíj megítéléséhez vezetett²⁶.

A személyiségi jog megsértése adatok továbbadásával is megvalósulhat. Ez esetben a fájdalomdíjra jogosultságot a személyiségi jogot ért jogellenes behatás súlya, a sérelmet szenvedettre való konkrét kihatása dönti el.

Azt a kérdést, hogy a károsult fájdalomdíj igénye a médiák okozta tisztesség, becsület sérelmeknél a nyilvánosságra hozatal következményeit felöleli-e az OLG Köln válaszolta meg: “többszöri nyilvánosságra hozatal esetén ... a személyiségi jogra irányuló olyan közvetlen és önálló behatásokról van szó, amelyek az érdekelt önrendelkezési jogát újól megsejtik és így újra megállapítható személyiségi jogának megsértése²⁷.”

b.) Szabadságelvonás

A törvényalkotó a § 823 I BGB-ben állapítja meg a személyiségi jogok megsértésének speciális, törvényileg szabályozott esetét a szabadságelvonást. Egy hosszan tartó szabadságelvonás a károsult számára a személyes életkvalitás korlátozása miatt súlyos sérelmet valósíthat meg annak fizikai és pszichikai oldalát egyaránt tekintve, a hosszabb ideig tartó szabadságelvonásnál ez egy jelentős mértékű fájdalomdíjat igazol.

Semmi esetre sem túl magas mértékben határozta meg az LG Marburg egyik extrém esetben²⁸ a fájdalomdíj mértéket 500.000 DM-ban. A felperes 20. és 29. életéve közötti közel kilenc évet egy pszichiátriai kórházban töltötte egy durva gondatlanságból megállapított hibás szakvélemény és ismételten hibásan megállapított minősítés következtében. A nem valóságghú minősítés miatti pszichiátriai elhelyezése alatti jelentős mértékű gyógyszer adagolás miatt teljesen elszakadt a kül- és való világtól, majd – közben kialakult alkohol függőséggel, pszichikai és fizikai sérelmekkel – “szabadon” engedték.

c.) A képmáshoz való jog megsértése

A képmáshoz való jog a személyiségi jog külön jogszabályban szabályozott speciális területe. A § 35 UrhG korábban akként rendelkezett, hogy a büntetőeljárás során a károsult pénzbüntetést igényelhetett, ha a károkozó szándékosan követte el tettét. Miután 1958-ban a BGH²⁹ elfordulva ettől a szabályozástól a § 847 analógiájára a képmáshoz való jog megsértése esetére fájdalomdíj igényt alapított, 1965-ben törvényi alapokra helyezték e joggyakorlatot és a képmáshoz való jog megsértése miatti kártalanítást, kártérítést a személyiségi jog megsértésének minősítették. A § 22 KUG jelöli meg a képmáshoz való jogot, mint “védett területet”, s a § 23 KUG jelöli meg azokat a kivételeket, melyekben a jogalkotó nem ismeri el a képmás védendő jogát³⁰. Ezen kivételek közé tartoznak a “kortörténet személyei”-ről készített felvételek. Ebbe a körbe tartozik például a Monacói hercegnő, de szintén ide sorolandóak az ismert politikusok, színészek stb. A BGH különbséget tesz az olyan szenzáció hajhász fotók amelyeknek semmilyen jelentős információ tartalommal nem rendelkeznek és az olyan felvételek között, amelyeknél a rajta szereplő személy a nyilvánosságnak tette ki magát és azért szerepel adott esetben a megörökített rendezvényen, hogy egy általános információ érdeklődésnek tegyen eleget.

Éppen egy “Person der Zeitgeschichte” –vel foglalkozott a BGH egyik döntésében ezúttal azzal a kérdéssel összefüggésben, vajon egy ismert színész fényképe beleegyezése nélkül szerepeltethető-e egy reklám újság címdalán³¹. A BGH a fénykép nyilvánosságra hozatalát a

felperes képmáshoz való jogába való beavatkozásként értékelte a § 22 KUG alapján. Ez esetben egy ismert személyiségről volt szó, így a bíróságnak abban a kérdésben kellett állást foglalnia, ez a nyilvánosságra hozatal igényli-e az érintett személy hozzájárulását, avagy “a kortörténet területére tartozó képről szól” és a § 23 I KUG alapján - tekintettel a közönség érdeklődésére - semmilyen beleegyezésre nem szorul³².

Az érintett személy beleegyezése nélkül készített meztelen felvételeket a joggyakorlat a személyiségi jogba való súlyos beavatkozásként értékeli. Ekként minősített a bíróság azt az esetet is, amelyben a 100.000 példányban eladott biológia könyvben a felperest annak beleegyezése nélkül ábrázolták.

d.) A személyiségi jog megsértése sperma-konzerv megsemmisülése által és egyéb személyiségi jogi sérelmek.

A személyiségi jogok megsértése igen speciális és extrém eseteket is indukálhat. Ezek körébe tartozik annak a kérdésnek az eldöntése, megalapozhat-e fájdalomdíj igényt egy sperma-konzerv megsérülése³³. E problémát feszegető jogesetben egy 31 éves, időközben nemzőképtelenné vált felperes 25.000 DM mértékű fájdalomdíjat igényelt felesége megtermékenyítése lehetetlensége miatt, ami a sperma konzerv vétkes megsemmisülése okán következett be. A BGH ezt a kérdést igen különleges esetként kezelte. Egyik oldalról a spermát “a jogok hordozója testétől végérvényesen elválasztottként kezelte”, s mint ilyet ezt követően dologként tekintette, másik oldalról viszont olyan test-tipikus funkcióval rendelkezőnek minősítette, amely “a védett jogtárgy (ember) átörökítéséhez vezet”. A bíróság analóg módon a felperes feleségének személyiségi jogait ért sérelemből levezetve ítélte meg a fájdalomdíjat.

A családi, partneri kapcsolatok megsérülése egyaránt fájdalomdíj megfizetésére jogosító magatartások közé tartozik. A jelenlegi jogalkalmazási gyakorlat szerint ennek megállapításához szükséges, hogy kimutatható legyen a jogsértés családi, illetve házassági életre gyakorolt közvetlen kihatása. Vannak olyan bírósági döntések melyek fájdalomdíj megfizetését megalapozó magatartásként értékelik, “például egy hosszan tartó kórházi tartózkodás, vagy lelki zavar (például súlyos depresszió) a házastárs elidegenedéséhez, vagy a gyermekek nevelési problémáihoz vezetett”. Nem elegendő azonban az együttélés károsodásához egy “összességében öt hétig tartó kórházi kezelés”³⁴.

¹ § 253 Immaterieller Schaden.

Wegen eines Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

² Nem vagyoni kártérítést lehetővé tevő szabályozást tartalmaz például a § 53 III LuftVG – ahol a katonai légi járművek okozta kár esetére; § 29 II AtomG alapján elszenvedett atomkárok; § 35 I S. 2 GWB olyan károk bekövetkezése esetére teszi lehetővé a méltányos kártalanítást, amelyek olyan munka vagy gazdasági viszony megghiúsulásában rejlettek, ahol a kartell hivatal már megadta az ahhoz szükséges engedélyt.

³ § 823 Schadenersatzpflicht

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder *ein sonstiges Recht* eines anderen wiederrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

⁴ BGHZ 13, 334 338. oldal

⁵ BGHZ 35, 363 367. oldal

⁶ Hochloch: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrecht. Herausg. Bundesminister der Justiz, Bd. I, 1981, 375

⁷ Gutachten 392. oldal

⁸ Ströfer: Reform des immateriellen Schadenersatzes nach dem BGB, Juristen Zeitung 1982. 669. oldala

⁹ BGHZ 26,349

¹⁰ Ezt jelzik a következő döntések is: BGHZ 35, 363, 368; BGH NJW 1970, 1077; 1971, 698, 699;

¹¹ BGH NJW 1970, 1077; 1971, 698, 699; 1979, 104

¹²Bövebben e témáról a szerzőtől: A fájdalomdíj mértékét befolyásoló körülmények összehasonlító elemzése a német joggyakorlat előtérbe helyezésével. Jogelméleti Szemle 2001/4. szám.

¹³ BGH NJW 63, 904; OLG München VersR 63, 1086

¹⁴ BGH GRUR 62, 211; NJW 63, 902

¹⁵ BGH NJW 61, 2059; BGH NJW 65, 1374

¹⁶ BGHZ 81, 75, 78

¹⁷ a becsület védelemre pl. BGHZ 78, 24, 25; 98, 94, 97

¹⁸ BGHZ 78, 24. VI. Zivilsenat. Urt. V. 8. Juli 1980 i. S. B. (Bekl.) w. Dr. M. & Co. KG (Kl.) VI ZR 177/78

“Einer Personengesellschaft steht einen Geldentschädigung zum Ausgleich immaterieller Nachteile aus einer Rufschädigung nicht zu.”

¹⁹ BGHZ 78, 24 28. oldal

²⁰ BGH NJW 1980, 2810, 2811

²¹ A felperes, 1935-1960-ig az M & Co.- KG gyógyszerészeti vállalkozás biológiai intézetének volt vezetője. Az alperest, mint az általa 1976-ban megjelentetett “Das Medizin-Syndikat” című könyv kiadóját abbahagyásra és kártérítésre perelte be a “Dunkle Vergangenheit, dunkle Gegenwart” fejezetben végrehajtott módosítások miatt, ami által az ő tisztessége sérelmet szenvedett. Az LG elutasította a kérelmet. Az OLG a keresetben foglaltak bizonyítását követően megtiltotta az alperesnek a vitatott fejezet terjesztését, és az felperesnek 10.000 DM mértékű fájdalomdíjat ítélt meg.

²² NJW 1980, 994, 995 . oldal

²³ BGH NJW 95, 817

²⁴ BGH NJW 95, 861 864. oldal

²⁵ BGH NJW 96, 1128

²⁶ OLG Karlsruhe NJW-RR 95, 477

²⁷ OLG Köln NJW-RR 93, 31 34. oldal

²⁸ LG Marburg NJW-RR 96, 216

²⁹ BGHZ 26, 349

³⁰ § 22 KUG (Recht am eigenen Bilde)

Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, daß er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablaufe von 10 Jahre der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Angehörige im

Sinne dieses Gesetzes sind der überlebende Ehegatte und die Kinder des Abgebildeten, und wenn weder ein Ehegatte noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten.

§ 23 KUG (Ausnahme zu § 22)

(1) Ohne die nach § 22 erforderliche Einwilligung dürfen verbreitet und zur Schau gestellt werden:

1. Bildnisse aus dem Bereiche der Zeitgeschichte;
2. Bilder, auf denen die Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeit erscheinen;
3. Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben;
4. Bildnisse, die nicht auf Bestellung angefertigt sind, sofern die Verbreitung oder Schaustellung einem höheren Interesse der Kunst dient.

Die Berugnis erstreckt sich jedoch nicht auf eine Verbreitung und Schaustellung, durch die ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten oder, falls dieser verstorben ist, seiner Angehörigen verletzt wird.

³¹ NJW-RR 95, 789

³² BGH VI ZR 52/94=NJW-RR 95, 789 789. Oldala

³³ BGH NJW 94, 125

³⁴ OLG Köln NZV 95, 399

Horváth Pál
Herczegh Géza: A SZARAJEVÓI MERÉNYLETTŐL A POTSDAMI
KONFERENCIAIG c. (Magyar Szemle Könyvek, 1999. 592. p.) művéről.

A nemzetközi jogban, a diplomácia történetben, szélesebb értelemben a modern politikai-politológiai ismeretek rendszerezésében járatos szerző műve nem egyszerűen az újabb kori történelem feltáratlanságának a gyümölcse, hanem egy felettebb gazdag tudományos életmű interdiszciplináris jellegű hozadéka, amelynek az aktualitása az alkotás minden szegmentumában elvitathatatlanul jelentkezik.

A témakör szakirodalmi kitekintését is számba véve IX., ill. tíz fejezetbe sűrítette a szerző a modern kori diplomácia izgalmas történéseit, nem térve ki az eddig gyakran tabuként kezelt kérdések sokasága elől. Hangos deklamációk nélkül árad a műből az a meggyőződés, hogy végre kezdjük el mulasztásaink törlesztését, újjáéledő közgondolkodásunk tárgyilagos orientálását, mert csak ez adhat lendületet az újabb kori történelmünk megoldatlan problémáinak a feltárásához. Az adott lehetőségeket, illetve a valóban lépten-nyomon megjelenő várakozásokat azonban a maga konkrétságában kellett az alkotónak nyomom követni, hogy végre valóban néven nevezünk, hogy estenként rektifikáljunk, ill. a történelmi kényszerpályák, terelő utak mibenlétének a felismeréséhez is közelebb juthassunk. Íme ezek a gondolatok teszik különösen aktuálissá Herczegh Géza művét, szélesebb értelemben a jogi kultúra alapozásának a szférájában. Diplomácia-történeti, nemzetközi jogi aktualitásán túl a korszerű jogi historizmus alapozásához nyújtott ez az alkotás eszközöket. A történelmi háttérvizsgálódás ilyen értelemben méltán visszanyúlt a “kelet-közép-európai régiók” évezredes históriájához (ld. I. fejezet 11-40. pp.), amely a szerves fejlődés útvesztéseit felidézve elvezeti az olvasót a megkésett polgári átalakulások sajátos történelmi korszakába, jelesen a térség kismemzeti (szuverén) államait jellemző “megoldatlan strukturális problémákba”, amikor is “kialakult az az ördögi kör (hogy) az egyes nemzetek csak egymás rovására nőhettek”, (ld. im. 26. p.). A történelmi paradoxont persze a Bismarck-i Bündnissystem kísérlete sem oldhatta, ellenkezőleg ez hajszolta bele a korabeli világ vezető hatalmait az “entente cordiale”-ba.

Ilyen előkép vizsgálódások után -in medias res- a NAGY HÁBORÚ korszakára (Szarajevó, Szövetségesek és a hadicélok, Az orosz forradalom, Az USA hadba lépése, ill. a Központi hatalmak összeomlásának körülményeire) irányíthatja a figyelmet. Tisza István történelmi felelősségének (ld. im. 43-45) a kérdése, az ismert Schliffen-terv kudarca, a Monarchia felbomlásának a közelsége és sok más témakör teszi izgalmassá ezt az elemzést. A háborús diplomácia, ill. a szövetségi rendszerek metamorfózisa szorosan összefonódik itt már a létező, ill. a születő kismemzeti törekvésekkel. Egy merőben új meglátása lép be a szerzőnek, mondván, hogy nem annyira a “Monarchia bukását kell(ene) már végre magyarázni, (mint) inkább azt vizsgálni, miképpen tudott ennyi vereséget túlélni, hogyan volt képes annyi éven át folytatni a küzdelmet”. Bizonyára azért -mondja találóan a szerző- mert “voltaképpen Közép-Európa egészéről volt szó, amelyet Oroszország elnyeléssel fenyegetett”. (ld. im. 50-51. pp.). Nem véletlen tehát, hogy a Wilson-i 14 pont már imígyen szól “Ausztria-Magyarország népeinek helyét a többi nemzetek között biztosítva akarjuk látni”. A föderatív struktúrának és nem a mértéktelen területi igényeknek (R. W. Seton Watson) adott volna elsőbbséget.(ld. a 10. pont: “elsőrendű lehetőséget kell adni az autonóm fejlődésnek”).

Alább “Magyarország felosztását elemezve mered elénk a történelmi valóság, nevezetesen, hogy az önrendelkezés szép eszméjét hirdelve Wilson maga sem volt tisztában a következményekkel (ld. III. fejezet: Békekonferencia Párizsban 86. p.). Ezt az új felismerést azonban akkor érzékeljük a maga teljességében, amikor a szerző alább azt mondja, hogy a

“Monarchia széthullása mellett, ill. azon belül volt egy nem kevésbé gyors és éppoly teljes magyar összeomlás is, amely jelezte, mennyire félkész és mennyire látszat-alakulat volt az 1867-1918 közötti (nemzeti), magyar állam”. Valóban, ehhez képest Károlyi Mihály ellentmondásos szerepe (ld. önvallomásai, emlékiratai nyomán), avagy éppen Apponyi Albert célt tévesztő érvelése (nevezetesen, hogy “Szerencsétlenül nem korlátozta ügyét azokra a határterületekre, amelyekben a magyarok többségben voltak” ld. Lloyd George: *Memoirs of the Peace Conference* New Haven, Yale Univ. Press. 1939.) a béketárgyalásokon már sokadrangú tényezővé zsugorodott.

Herczegh Géza eredeti forrásokon nyugvó elemzésének az is egy merőben újszerű aspektusa, hogy a két világháború közé szorult évtizedek történéseit egy megszakítatlan történelmi folyamatként (“Rövid közjáték” ld. IV. fej., A reváns előkészítése, ld. V. fej.) kezeli. “Ami 1914-ben (el)kezdődött, az 1945-ben fejeződött be”-mondja találoan a szerző. Régi és új hatalmak játékszereivé váltak eközben a kismemzeti szuverén államok, amely abból is fakadhatott, hogy a régió ide sorolható képződményei egytől egyig csak szaporították “Európa új beteg embereit”. Markáns tényezőként állandósulni látszott a versailles-washingtoni rendszerbe zárt kényszerpálya, amelyből nincs kiút sem a kis-antant szerveződése által, sem pedig a nemzetek Szövetségének (a Népszövetségnek) a tagsága által. Példaként kínálja fel a szerző a Szerb-Horváth-Szlovén királyság, a királyi Románia, ill. a külsőre mintaszerűen szervezett Csehszlovák polgári demokratikus Köztársaság kényszerpályára állását (ld. im. 155-160. pp.). Elmaradt a szerves fejlődés útjára történő visszatérés, a gazdasági-társadalmi integrálódást pedig a külső tényezők akadályozták. Rapalló (1922.) a kelet-európai (a szovjet) nagyhatalmi törekvéseknek kedvezett, Locarnó (1925.) pedig “maga után vonta Németország fokozatos rehabilitációját” (ld. im. 179-180 pp.). Jellemzésül idézi fel a szerző, hogy a svájci kisvárosban zajló tárgyalásokba csak az “érdemi kérdések eldöntése után” vonták be a hatalmak a csehszlovák és a lengyel külügyminisztereket. Sem a francia, sem a brit diplomácia nem vállalt garanciát a csehszlovák, ill. a lengyel(határ)-érdekek mellett, maradt tehát a kétes értékű német-lengyel, ill. a német-csehszlovák döntőbírósi egyezmények aláírása.

A franciák továbbra is a béke egyetlen biztosítékát Franciaország politikai és katonai túlsúlyának fenntartásában látták, Anglia évszázados Európa-politikája pedig a német-francia hatalmi egyensúlynak adott elsőbbséget. Ez utóbbi egyensúly azonban minden eddiginél ingatagabb maradt. Az USA rövidesen “hátat fordított Európának”, az ún. Európa-ház pedig az ugyancsak francia talajon fogant Páneurópa eszme (Briand) segédletével sem állhatott még meg a saját lábán. Ebbe a bonyolult nemzetközi milióbe elhelyezve tanulságos végül az a kép, amely a 20-as évek második felében kibontakozó olasz-magyar közeledést, az 1927 áprilisában megkötött olasz-magyar szerződést tárgyalja. Olasz-osztrák-magyar kapcsolatok erősödését (ld. 1936. évi osztrák-olasz egyezmények) hozta ez a lépés és megszüntette végre Magyarország addigi szinte teljesnek tűnő elszigeteltségét. A világgazdasági válság és a német orientációt erőltető Gömbös-i politika azonban ismét csak a rövidlátó politikának kedvezett. Két hatalmas totalitárius rendszer növekvő szorításában a régió kismemzeti államai lassan – a hazáival együtt – szuverenitásuk maradékát is elvesztették. Az Anschluss (235), München (241), az első bécsi döntés (253), A Ribbentrop-Molotov paktum által a “furcsa háború” kellős közepén találtuk magunkat, ill. a katasztrófális (háborús) elkötelezettség elhárítására sem maradt erőnk. (Ld. A német győzelmek sodrában VI: fejezet. A második bécsi döntés (304), Patthelyzet és lépés kényszer (314), Háború a Balkánon (325) stb. nyomán). Pedig nem csak az újabb világéget magában rejtő német-olasz-japán szövetségi szerződések aláírására került sor még 1940-ben, hanem a magyar külpolitika “egyik fő pillére (is) összeomlott (ld. az olasz vereség Görög földön, ill. Egyiptomban), anélkül, hogy erre a közvélemény (minálunk) felfigyelt volna (ld. im. 321.) A sokak által elemzett jugoszláv-magyar “örök” barátsági szerződés egyes cikkelyeit is okkal idézve jut el a szerző Teleki Pál öngyilkosságához, amelyben a közvetlen (a determináns) okokat a londoni magyar követ (Barcza György) táviratában jelöli meg. Idézővén

ebből a magyarság kálváriáját tartalmazó okmányból: “Amennyiben Magyarország bármilyen jogcímen részt venne a (Jugoszlávia elleni) háborúban Anglia és szövetségesei hadat üzennek Magyarországnak”, továbbá ha akár csak megengedi Magyarország, hogy “területén német csapatok átvonuljanak... a háború végén legyőzött országgént fogják kezelni és külön felelősség fogja terhelni azért, hogy olyan országot támadott meg, amellyel előzőleg örök barátsági szerződést kötött”. (Ld. im. 329. cit. 33.). A történelmi felelősség sajnálatos módon megisméltódott a szovjet-ellenes háborúba történt belépés esetében, pedig a Barcza-féle távirat már kategorikusan megfogalmazta, hogy “semmilyen speciális megfontolásról (magyarázatról) nem lehet szó”.

Izgalmas és múlhatatlanul aktuális diplomácia-történeti események, eredeti okmányok sorakoznak ezúttal Herczegh Géza munkájában, amely nemzedékek egész sorának szól és főként a jövő nemzedékeit, ill. a közgondolkodást kívánja végre megtisztítani a téveszméktől. A példátlan méretű világgégés történéseinek korhű feltárása, a háborús diplomácia egyre bonyolultabb szerepváltása, az anyagi és az erkölcsi értékek hallatlan méretű feláldozása, és persze a népek és nemzetek végeláthatatlan szenvedései is lépten-nyomon feltűnnek a sorok között. “A német vereségek árnyékában”, ill. a “náci megszállás alatt” c. fejezetekben (ld. a VII. és VIII. fejezet alapján) különös aktualitással tárulnak fel az olvasó előtt a civil szférát, az anyagi javakat és az ártatlan emberéleteket ért veszteségek. Hasonlóan élénk merednek a régiót ért tömeges deportálások, a népiirtások és a közvetlen hadászati cselekmények kíméletlen eseményei. Az utókor audio-vizuális feldolgozásain nevelkedett nemzedék számára csak az ilyen módszeres alkotások tehetik érthetővé pl. Pearl Harbort (1941), Sztálingrádot, “kiugrási kísérleteink” kudarcát, avagy éppen az ismert “varsói felkelés” tragédiáját, a polgári lakosságot ért hadszíntéri atrocitásokat. Roosevelttel és Churchill Casablankában lezajlott (kettős) találkozóját (1943) után mindenféle magyar béketapogatózás tárgyalannak, illúzióknak bizonyult. Miként a korabeli magyar-brit titkos tárgyalások dokumentumait idézzük: “Öfelsége kormányának semmi dolga ezzel a rezsimmel” (ld. im. 407. p.)

Herczegh Géza műve jó szolgálatot tett a történelmi realitások megismerésének, mert a “tengelyhatalmak feltétel nélküli megadását” követelő nyilatkozatot követően csakúgy, mint a két évvel korábban proklamált Atlanti Charta (1941) után már a fenntartásokat hangsúlyozta a szovjet diplomácia a totális háborúba belekeveredett államok jövőbeli megítélését illetően. “Sztálin nem akarta, hogy a német vereség esetén ezek az államok az angol (diplomácia) védőszárnyai alá bújjanak”. (ld. im. 351. p.) Hiábavaló volt tehát a casablankai nyilatkozat, miszerint “Magyarországot nem szándékozunk megcsonkítani és nem akarjuk kormányainak ostobaságáért a magyar népet büntetni”. Molotov még a teheráni találkozó előtt hangot adott a kollektív felelősségnek (mondván), hogy a háborús bűnökért a felelősséget nemcsak a magyar kormánynak, hanem nagyobb, vagy kisebb mértékben a magyar népnek is viselnie kell. Beneš nagy ügybuzgalommal készítette elő tehát a máig vitatott deportálásokat, amihez a követendő példát a hadszíntéri embervadászat szolgáltatta. Erről mondja a szerző, hogy “a szovjet hadvezetés a bécsi döntések egyikét sem ismerte el, tehát egy vele szövetséges állam polgárait hurcolta el” a magyarlakta területekről. Az a vélelem is reálisnak tűnik, hogy mindez nem történhetett a helyi bábkormányok tudta nélkül. (ld. im. 522., 547. pp.). Potsdamot, ill. az azt követő idők diplomácia-történetét volna célszerű még feltárni, hogy a régió történelmi tehertételei véglegesen oldódjanak, mert aligha hihető, hogy “így akarta a végzet”.

A szerző ajánlását azzal kell kiegészíteni, hogy ezt a monumentális tényfeltáró alkotást a közgondolkodás iránt fogékony fiatal nemzedék feltétlenül ismerje meg.

Karácsony András

A jog mint kulturális jelenség ¹

Varga Csaba a kulturális összehasonlítás szemléletmódjával végzett elemzéseiben a jog történetének alapvető fordulópontját a jog szöveghez kötöttségének megjelenésében látja. Ekkortól ugyanis már nem csupán a jogban megvalósult élő gyakorlat, hanem a rögzített szövegek kaptak jelentőséget. Hangsúlyozni kell, hogy nem önmagában az jelentette a fordulatot, hogy írott formában megjelentek a jog szempontjából releváns szövegek, hanem az, amikortól e szövegekre a jogvitákban döntéshozók mint *kizárólagos* tekintélyre tekintettek. Ezt a különbséget jól példázza a jog újkori története. Ugyan megjelentek és egyre figyelemreméltóbb szerepet kaptak az írott formában rögzített szabályok, ám eközben továbbra is meghatározó maradt a természetjogi (észjogi) felfogás, ami az írott szöveg Ész alapján történő értelmezését hangsúlyozta. Tekintélye tehát nem a szövegnek, hanem a szövegben megbúvó észnek volt, s az értelmezőnek ezt kellett kibontania. A jog formális felfogását jelentő fordulat inkább a 19. század második felére tehető, a jogpozitivizmus (vagy pontosabban: a törvénypozitivizmus) tekintélynyeréséhez. Az időhatár megjelölése persze nem egyszerű feladat, mivel a jogélet gyakorlatában már fordulatot jelentett a kódexek megjelenése (kezdve az 1804-ben hatályba lépő *Code civil*-l), azonban a jogelméleti reflexióban több mint félévszázados késéssel, a 19. század utolsó harmadában jelentkezett a törvénypozitivizmus, ami igazolta – és ettől kezdve motiválta –, hogy a jogi döntéshozók kizárólag az írásosan rögzített normaszöveg alapján hozzanak döntést.

Varga szerint a “jogi kultúra” előtérbe állítása azért válhat elméleti vezérfogalom a jogtudományban, mert erre támaszkodva meghaladható a formális jogi hagyomány, a jogpozitivizmus (Varga 1999:48-49.). Közbevetőleg meg kell jegyezni, hogy szerintem a jogpozitivizmus sohasem tudott oly egyeduralgó szerepre jutni, miként kritikusai láttatták. Ugyan gyakran olvasható a jogirodalomban, hogy a német jogászok a jogpozitivista meggyőződésükből következően lettek a nemzeti szocializmus kiszolgálói, illetve a kommunista országok jogfelfogását a jogpozitivizmusa utaló “szocialista normatívizmus” kifejezéssel írták le. Ám egyik berendezkedésben sem az írott jog uralma valósult meg, hanem annak politikai-világnézeti értelmezése. Röviden tehát: nem abban látom az említett politikai berendezkedések jogának problémáját, hogy az túlzottan formális volt, hanem ellenkezőleg abban, hogy a formalitás a politikai uralom szándéka szerint bármikor félretehető volt.

De térjünk vissza Varga Csaba gondolatmenetéhez. Szerinte a jogi kultúra kutatása azért hoz alapvető fordulatot, mert így a vizsgálódásban túlléphetünk a jogi szövegek határán és a szövegek kontextusa felé fordíthatjuk a figyelmet. Azt a kontextust kell tehát szemügyre venni, melyben közvetítések és határmegvonások zajlanak. A kultúra a jogot a társadalomhoz köti, s egyúttal gátolja a kendőzetlen instrumentalizáló törekvéseket. Ha úgy tetszik a kultúra lehet a

¹ Az alábbiak a Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog és Államtudományi Kar Jogbölcseleti Intézete által rendezett szakmai konferenciával összekötött könyvbemutató (2000. november 17.) elhangzottak átdolgozott változata. A bemutató Varga Csaba: *A jog mint folymat* (Budapest, Osiris, 1999) c. könyvről beszéltem. E könyv témaköre persze tágabb mint a jognak a kulturális összehasonlítás szempontjából történő elemzése, ám a problematika a szerzőnek az elmúlt másfél évtizedben publikált csaknem mindegyik írásában lényeges szerepet kapott, így megengedhetőnek gondolom, hogy a vitacikkben csak erre koncentrálok. Hangsúlyozom, hogy az alábbiakat vitacikknek szánom, azaz a jognak a kulturális összehasonlítás perspektívájában született vizsgálódásairól nem nyújtok áttekintést (Varga Csaba által írt és szerkesztett kötetek e tekintetben eligazítóak), csak egyetlen, ám véleményem szerint fontos kérdést érintek: a kulturális összehasonlítás vizsgálati perspektívája – az ismeretbővítő eredményét nem vitatva –, milyen problémákat vet fel.

politikával szemben védtelenné vált jog védője. Persze nem feltétlenül rövidtávon, hiszen a politikai hatalom instrumentalizálhatja a jogot, sőt lezüllesztheti a jogi kultúrát is. Am ahol elég erős a jogi kultúra ott a diktatúrák fájó következményei talán enyhíthetők, de legalábbis gyorsabban regenerálódhat a jogélet.

Hogy a kultúra alapvető jelentőségű a jog számára, vagy konkrétan: a jogi kultúra milyensége befolyásolja a társadalom jogi valóságát – ez, úgy vélem, vitathatatlanul igaz. A kérdések nem is ebben a tekintetben fogalmazódhatnak meg a kultúraként értett jog vizsgálatával kapcsolatosan. Hanem inkább abban az összefüggésben, amikor a jogot mint autoritással rendelkezőt akarjuk megragadni.

Miről is van szó? Megfelelő kiindulópontnak gondolom a szerző azon megállapítását, amikor az európai integráció kilátásait és következményeit elemezve a vallásos, az erkölcsi, a jogi és a népi kultúrát összefüggésében arra a következtetésre jut, hogy “ezek a kultúrák véleményem szerint egyetlen területen, így a jogban sem hierarchikus vagy deduktív módon rendezettek” (Varga 1999:407.). Valóban, ha a jogi kultúrára vagyunk kíváncsiak, akkor nem egy hierarchikusan rendezett és – tegyük hozzá – csak írásosan rögzített értelemalakzatot vizsgálunk, hanem az éppen érvényesként elfogadott jogi normavilágnál szélesebb tartományt. Mindazt vizsgáljuk – a jogon kívüli normativitásoktól a viselkedésbeli rutinig, a természetképtől az egyén érzelmeinek hullámzásáig – ami a joggal kapcsolatos tapasztalatokat, élményeket befolyásolja. Ennek a látásmódnak azonban komoly hátránya, hogy az, ami hierarchiaként, a normativitások rétegzett rendjeként adott a jogban, feloldódik, ha úgy tetszik relativizálódik. A jogban ugyanis – és ha mást nem is, de a jogalkalmazót, és a jogot tisztelő vagy éppen a jogot félelemből követő állampolgárt áthatja ez a felismerés – van hierarchia, van autoritás. A jogban ugyanis döntések születnek, eljárásokat lezáró, megfellebbezhetetlen döntések. Történeti elemzések, szociológiai, lélektani, társadalomlélektani kutatások persze feltárhatják, hogy az adott normahierarchia mennyire törékeny, mennyire esetleges. Röviden, hogy lehetne másként is, *ám aktuálisan nincs másként*. Nos ez az a mozzanat, ami eltűnik a kulturális összehasonlítás perspektívájában. Ez ugyanis szükségképp mindig a másként is lehetségeséget (a kontingenciát) mutatja fel. A jog (és másféle normavilágok) sajátossága viszont abban rejlik, hogy aktuálisan a kontingencia kizárására törekszik.

Miért nem teszi lehetővé a “kulturális” látásmód a normativitás megragadását? Hogy e kérdésre választ találjak, nem a kulturális összehasonlítás klasszikus kutatóinak megállapításaihoz fordulok, hanem egy e tekintetben marginális helyzetű, egyébként a piacgazdaság jellemzőit feltáró szociológusként ismert Dirk Baecker gondolatmenetére támaszkodom.² Hogy miért éppen Baecker? Az indok tagadhatatlanul szubjektív: Baecker *A társadalom mint kultúra* c. esszéje, illetve a *Wozu Kultur?* c. könyve a kulturális összehasonlítás látásmódjának terheit határozottan, ha úgy tetszik, provokatív erővel exponálta. További indok: Baecker vizsgálódása azon luhmanni rendszerelmélet paradigmájához kötődik, mely számomra is meggyőző fogalmi keretet nyújtott a modern társadalom elemzéséhez.

Csak a modern társadalmat jellemzi, hogy önmagát kultúraként írja le. A régebbi és másféle társadalmakban ennek nem volt különösebb jelentősége. A kulturális különbözőség hangsúlyozása akkor és ott jelenik meg, amikor egy-egy társadalom tagjai önmagukra és a határaikon túl élőkre egyaránt az ember átfogó fogalmát használják. Ekkor egy újféle megkülönböztetést keresnek, és ezt többnyire a kultúrában találják meg.

A szerződéselméletek a természeti és társadalmi állapot között tettek különbséget, ám hamarosan megjelent a társadalmi állapoton belüli differencia is, mégpedig elsősorban a civilizált/barbár megkülönböztetésével. Pufendorf és Rousseau voltak az elsők, akik a társadalmi állapotot kulturális állapotként fogták fel. Pufendorf szemében a társadalmi állapot egy szerencsés helyzet a civilizálatlan barbársággal szemben, míg Rousseau a természetes

² Dirk Baecker: *A társadalom mint kultúra*. in: Magyar Lettre International 38. (2000 őszi) 7-9. A témáról részletesebben: Dirk Baecker: “Wozu Kultur?” (2., bővített kiadás) Kadmos Kulturverlag, Berlin, 2001

állapotot látta boldognak és a kulturális állapotot boldogtalannak – miként Baecker írja. A kultúra az emberek életmódja közötti különbséget állítja előtérbe. Rousseau óta a kultúrkritika azzal foglalkozik, hogy a társadalmat (egészként) mint kultúrát értékelje és dicséri mert haladó, avagy elkarhozhatja mert hanyatló. Természetesen a kulturális összehasonlítás művelőjének nem kell feltétlenül kultúrkritikusként értékelnie, elegendő értelmet ad munkájának, ha megfigyeli, leírja, összehasonlítja és magyarázza a kulturális jelenségeket.³

A “kultúra” fogalma egy gyűjtőfogalom: a társadalomban létező emberről, az emberek csoportjáról kialakított eszméket, gondolatokat fogja át, melyek a társadalomformáló elképzelésektől a mindennapok viselkedéséig terjednek, s egyidejűleg szólnak mindezek konkrét létezéséről és esetleges kívánt változtatásáról. A kultúrafogalom kevésbé ölt testet szisztematikus elméletekben, inkább a “finom megkülönböztetésekre” (Bourdieu) érzékeny. A kultúra különbségtevést jelent és egyúttal összehasonlítást. Összehasonlítás, azaz a megfigyelések megfigyelését jelenti (Heinz von Foerster kifejezésével élve: a megfigyelések második rendjéhez tartozik.). A figyelmet arra irányítja, hogy a hagyományok másként is létrejöhetnek volna (Baecker 2001:49.). A modern kultúrafogalom használata nemcsak azzal jár, hogy az életformák esetlegességének tudatát erősíti, hanem azzal is, hogy mindezt észrevétlenül teszi. Elrejti magát azzal, hogy nem az összehasonlítást hangsúlyozza, hanem az összehasonlíthatatlanságot. A modern kultúrafogalom orientációt ígér, de közben bizonytalanságot nyújt. Amikor a kutató (külső megfigyelőként) a kultúrák közötti különbségeket és hasonlóságokat rögzíti, akkor háttérbe szorul az a szempont, hogy egy-egy kultúra *önmagát* nem feltétlenül és kizárólagosan a különbségek és hasonlóságok összefüggésében látja, hanem az adottságaiban, a bizonyosságaiban.

Mit jelent mindez a jog vizsgálatának szempontjából? A jog kulturális megközelítésének előnye: szélesebb területre reflektál, általa új összefüggések tárulnak fel. Viszont elmarad annak a megragadása, hogy minden kontingencia ellenére a jogot döntési helyzetben átélők számára jog autoritásként jelenlévő normaként adott.

Amikor a kutató ismeretlen kulturális jelenséggel találkozik, az első reakciója így hangzik: milyen érdekes! Érdekes, azaz kutatásra méltó. A ’milyen érdekes’ megjegyzés csábereje éppen abban rejlik, hogy nem feltétlenül kritika, nem elutasítás, hanem érdeklődés, a figyelem kifejeződése. “De ez az ajándék meg van mérgezve.” – írja Baecker (2000:8.). A megfigyelések megfigyelésének kívánalmával van mérgezve. Arra hívja fel a figyelmet, hogy figyeljük meg megfigyeléseinket, helyezük azt kontextusba, lássuk esetlegességeit.

A kulturális összehasonlítás gyakorlata nem áll meg feltétlenül a kultúrák külső megfigyelőinek eszmecseréjénél, hanem alkalmanként visszavezetődhet a megfigyelt kultúrába. Baecker példája érzékletes: “Képzeld csak el. Egy hívő ember letérdel és imádkozni kezd. Egy intellektuel odaáll mellé és azt mondja: ’Milyen érdekes! Tudod, hogy más népek egészen más istenekben hisznek?’ Hogy reagálhat erre a hívő, aki hisz a maga istenében? Természetes, hogy elhárítja a felajánlott összehasonlítást, az intellektuelt okostojásnak tartja, a többi népet pedig pogánynak. Valójában azonban máris megingott. Valójában máris elfogta valami nyugtalanság. Hogyan hihet, ha mások másként hisznek? Mit tudhat ő, ha mások mást tudnak? Mi az ő istene, ha mások nem ismerik? Meddig terjed az ő istenének a hatalma, ha mások büntetlenül hódolhatnak bálványaiknak? (Baecker 2000:8.).

Amikor a kulturális összehasonlítás látásmódja “belép” a megfigyelt kultúrába, annak eredménye, hogy saját megfigyeléseinkre úgy tekintünk, mint megfigyelt megfigyelésekre, melyekben valami máshoz hasonlítjuk magunkat. Ekkor viszont megreped az önazonosság alapzata, hiszen már nem az a fontos, hogy valami önmagával azonos, hanem az, hogy valami

³ Csak közbevetőleg jegyzem meg, ha következetesen tartjuk magunkat a kulturális összehasonlítás látásmódjához, akkor azt sem vitathatjuk, hogy minden kultúrafogalom kultúrafüggő. Éppen ezért kétséges, hogy Huntington teóriája a kultúrák harcáról tartható-e? Nem inkább a saját kultúránk harcairól kell-e beszélnünk (Baecker 2001:154.)?

mástól különbözik. Az önmegfigyelésre való felhívás a különbözőségek felé fordítja a figyelmet, mely az ismeretszerzés szempontjából jelentős, ám a bizonyosságokat rombolja. Bizonytalanító, ha folytonosan annak tudatában cselekszünk, hogy cselekvésünk megfigyelik, kontextusba helyezik, relativizálják – s mindezt válaszra várva közlik velünk.

Az intellektuális kíváncsiság, rácsodálkozás az életmódok különbözőségére persze nem újkeletű jellemzője az emberiségnek, a filozófiai a kezdetektől ebből táplálkozott. S ennek a kíváncsiságnak, a végtelenségig űzött rákérdésnek az egyik lehetséges végpontján a radikális szkepticizmust, a relativizmust találjuk, amikor a dolgokra való rákérdés mögött minden adottság megkérdőjelezésének szándéka feszül. Egyébként ebből a bevégezhetetlen törekvésből fakad az ismeretszerzés megannyi eredménye is. Az ember azonban nem egyszerűen ismeretszerző, hanem honos lény a világban. Élete gazdagabb az ismeretszerzésnél, hiszen beletartozik a megszokottság, a gondtalanság, az orientációk követése, az intellektuális megnyugvás is. Az elméleteknek erről is számot kell adniuk. Vagyis arról, hogy miért nem látjuk az esetlegességeket? Ám egy ilyen leírás mindig csak *külső* leírás marad, mert maga a kultúrában *benne* élő soha nem láthatja azt, hogy nem látja, amit nem lát.

Király Klára:

A büntetés-végrehajtási intézetek privatizációjának elméleti háttere

Az utóbbi néhány évtizedben egyre nyilvánvalóbbá vált, hogy a büntetés-végrehajtási intézetek túlsúlyosak, a fenntartási költségek folyamatosan emelkednek, mindezek mellett a hosszabb időtartamú szabadságvesztés büntetések is nagy terheket rónak az intézetekre. A szakirodalom áttekintéséből kitűnik, hogy a büntetés-végrehajtási intézet privatizálása heves viták középpontjában áll.

A vita nagy része olyan empirikus kérdések körül forog mint például: Tudna-e magánszféra olcsóbb büntetés-végrehajtást teremteni? Az elítéltek foglalkoztatása tartalmasabb lesz-e ezáltal? Kevésbé valószínű-e, hogy azok, akik magánkézben levő intézetben töltötték le szabadságvesztés büntetésüket visszaesők lesznek? A privatizáció támogatói a fent említett kérdésekre igennel felelnek és magánszektor erényei mellett érvelnek. Abból indulnak ki, hogy az állami büntetés-végrehajtási monopólium nem teszi ésszerűbbé az intézetek gazdálkodását és a hatékonyságot sem ösztönzi.

A problémakör másik dimenziója nem az empirikusra (arra ami van), hanem a filozófiára (arra aminek lennie kellene) koncentrál. Tehát a kérdés úgy hangzik, hogy az államnak egyáltalán privatizálni kell-e a büntetés-végrehajtási intézeteket? Igenlő válasz esetén a büntetés-végrehajtáshoz kapcsolódó tevékenységek széles skálája válna a privatizáció tárgyává, és a magánszféra bevonásának lehetősége is változatos képet mutat (Cox & Osterhoff, 1993; Offe, 1984). A magánszektor térnyerésére kerülne sor a következő területeken: intézeteken belüli ipari termelés körében (Cikins, 1986; Cullen, 1986), a büntetés-végrehajtási intézetek építése és működésük finanszírozása során (Joel, 1992, 1993; Palumbo, 1986, pp. 598-600), az elítéltek foglalkoztatására kötött szerződések, orvosi ellátás és étellemezés biztosítása alkalmával (Cikins, 1986; Cullen, 1986; Durham, 1989).

A privatizációs politika legvitatottabb pontja a büntetés-végrehajtási intézetek magánigazgatása. Ezen elképzelés szerint nem állami tulajdonosok azok, akik biztosítják a személyzetet és működtetik a létesítményeket. E megoldás azt az etikai dilemmát veti fel, hogy tanácsos-e magánszemélyeket felruházni a büntetés-végrehajtás hatalmával. A privatizációval foglalkozó szakértők azt állítják, hogy az államnak hozzá kellene járulni, és elő kellene segíteni a privatizációs folyamatot, és mindennek igazolására a liberális teóriákat és a libertarianizmus eszméit kellene segítségül hívnia. Ez az elgondolás néhány ponton nyugtalanító és aggodalmat szül, hiszen a liberalizmus és libertarianizmus eszméinek félreértése megakadályozhatja a politikusokat abban, hogy szilárd, jól megalapozott álláspontra jussanak. Ennek tudatában kritikus vizsgálatnak kell alávetni büntetés-végrehajtási intézetek magánigazgatását, és be kell mutatni, hogy liberális és libertarianista teóriák tisztázása hogyan viheti előre a büntetés-végrehajtási intézetek magánkézbe adása körüli vitát. Ezen kérdéskör további latolgatása előtt, azonban szükséges áttekinteni azokat az álláspontokat, amelyek a nyugat-európai büntetés-végrehajtás fejlődését évszázadokon át befolyásolták. Mindezt azért tesszük, hogy majd a levont következtetéseket szembeállíthassuk a magán börtönigazgatást támogató érvekkel. Így tehát először is irányítsuk figyelmünket az állam kényszerítő hatalmának keletkezésére.

Az állam büntetőhatalmának hagyományos koncepciója és a libertarianizmus érvelése a büntetés-végrehajtási intézetek magánigazgatása mellett.

A büntetés-végrehajtási intézetek privatizációja körül folyó vita középpontjában az állam és polgárai közötti viszony áll. Weber közismert 1947-ben íródott esszéje - a büntető hatalommal való felruházásról -, felvázolja a hagyományos nyugati liberális elképzelést az állam büntető hatalmáról. Weber úgy érvel, hogy a bűncselekmények megsértik a jogrendet, amelyet arra felhatalmazott személyek az állam nevében hoztak, akik ezáltal maguk is az állam alkotói. A törvényes büntetés lényegi jellemzője az, hogy azt "egy olyan hatalmi szervnek kell kiszabnia és végrehajtania, amelyet az a törvényes rendszer állított fel, amely ellen a bűncselekményt elkövettek" (Hart, 1968, p. 5). Innen nézve az állam rendelkezik egyedül büntető hatalommal, mivel szuverenitását – amely a joguralom felsőbbségének előtételén alapul – sértette meg a bűncselekmény. A weberi elvek (1947) alkalmazhatóak az amerikai börtönrendszerre is, ahol a kényszer alkalmazás mindennapos (Etzioni, 1961; Marquart, 1986).

Más jellegű köz- és magán intézetek időnként szintén alkalmaznak kényszerítő hatalmat, például kórházak időről időre visszatartanak mentálisan sérült személyeket (akár bűnelkövetők voltak, akár nem). Természetesen a kórházakban alkalmazott kényszer más jellegű, mint a büntetés-végrehajtási intézetekben alkalmazott formája. A különbség a szereplők elsődleges céljában rejlik. A kórházak a gyógyítás misszióját vállalják fel. A büntetés-végrehajtási intézeteket a szabadságtól való megfosztás biztosítására hívják életre. A központi különbség a kényszerítő hatalomnak büntetés-végrehajtási intézetekben való alkalmazása és a kvázi kényszerítő erők viszonylatában az, hogy az előbbi esetben az okozott ártalom maga a cél is. Megállapítható, hogy az állami és magánkézben lévő büntetés-végrehajtási intézetek célja egyaránt a büntetések végrehajtása. A kérdés az, hogy hogyan tudják a büntetés-végrehajtási intézetek magánigazgatását támogatók legitimálni a magánszemélyek kényszerítő hatalmát? A privatizáció szakértői két pilléren nyugvó érvet állítanak fel: az egyik a jogokon alapuló liberális teória, különös tekintettel Lock klasszikus liberalizmusára, a másik a libertarianisták felfogása, amely a minimális állam koncepción alapul. (Logan, 1987, 1990, pp. 238-250).

A privatizáció támogatói a Lock féle koncepcióhoz igazodva azt vallják, hogy az "állam mesterséges és nincs tekintélye, törvényes hatalma vagy saját jogai azokon kívül, amelyeket az egyének átruháznak rá" (Logan, 1990, p. 52). Ezenkívül a támogatói kör szerint, az állam szerepe arra korlátozódik, hogy a törvények uralmát biztosítsa és megvédje az egyéni jogokat. Emellett az egyént is megilleti az a jog, hogy megvédje magát a fenyegető fizikai ártalomtól, amelyek a libertarianizmus irányzata szerint akár kényszerítő hatalom gyakorlásával is egyenlő lehet. A büntetés-végrehajtási intézetek privát igazgatását megalapozó mindkét pillért szem előtt kell tartani ahhoz, hogy ne érje bírálat a privatizáció támogatóinak érvelését.

Először koncentráljunk azokra az elvekre, amelyek meghatározzák az egyén természetes jogainak hagyományos koncepcióját és az állam lényegi alapját. Az előbb említettek megalapozásához szükség van arra, hogy végigkövessük a liberális gondolkodók elméleteinek fejlődését, a klasszikus liberalizmustól a kortárs irányzatokig.

A liberális gondolkodás és a kényszerítő hatalom

Hobbes (1657/1963) filozófiájához visszanyúlva azt látjuk, hogy a természeti állapotban minden ember egyenlő és joga van mindenhez, azaz mindennel rendelkezik, mindent megszerezhet, amire képes. Mivel saját hasznát minden egyes ember a másik kárára akarja elérni és egyre többen ugyanarra vágyakoznak, így egyértelmű, hogy az emberek természetes állapota az állam létrehozása előtt a háborúskodás állapota volt. Az emberek az értelem szavára hallgatva tesznek ígéretet a természeti törvény betartására. A békés együttélés alaptörvényeinek

betartásához kényszerítő hatalomra, államhatalomra van szükség. A rend betartását az biztosítja, hogy az emberek félnek annak megsértése esetén kiszabható büntetésektől.

Lock (1690/1980) elméletének lényegéeként elmondható, hogy szerinte a természeti állapot a béke állapota is lehet, ha az emberek a természeti törvények szerint élnek. E törvény szerint senki sem károsíthat meg egy másik embert életében, szabadságában, javaiban. A természeti állapotban a jog nem egyértelmű, nem rögzített, így vita esetén, közhatalom hiányában ez a természeti állapot bármikor hadiállapottá válhat, hiszen a természeti törvény értelmezésekor az embereket a saját érdekeik szem előtt tartása motiválja. Az emberek, hogy ezt a helyzetet elkerüljék társadalmi szerződést kötnek egymással, azaz lemondanak szabadságuk egy részéről és a törvények által engedik magukat kormányozni. A szerződés célja az életnek, szabadságnak és a tulajdonnak a természeti állapot viszonyainál hatékonyabb védelme. A közhatalom megbízásos jelleggel jön létre és korlátok közé van szorítva. Bizonyos jogokról az emberek nem mondanak le és nem lehet őket önkényesen közhatalom alá vonni. Az államhatalom nem rendelkezhet önkényesen az emberek életével, tulajdonával és nem korlátozhatja önkényesen szabadságukat.

Mindezek után úgy tűnik, hogy a klasszikus liberális teóriák önmagukban csak minimális filozófiai támogatást nyújtanak a büntetés-végrehajtási intézetek magánkézbe adása számára, hiszen Lock és Hobbes szerint a kényszerítő hatalom végső soron az államé. A liberális teória fejlődését azonban érdemes továbbkövetni, hiszen a századok során sokat változott. Így ismét kérdésként vethető fel, hogy találunk-e olyan szerzőt, akinél alátámasztást nyer a büntetés-végrehajtás magánszférára ruházása.

Mill (1859/1985) szerint az individuum jogai nem természetesen és nem elidegeníthetetlenek, inkább csak relatív empirikus használat termékei. Mill véleménye szerint, mivel az egyének nem tudnak egyetérteni a természetes jogok tradíciójával a polgároknak olyan jogokat kellene biztosítani, amelyek a lehető legnagyobb boldogságot biztosítják, a lehető legtöbb ember számára. Mill kifejti, hogy az emberek kedvük szerint cselekedhetnek addig, amíg másoknak nem ártanak. Ha ez az elv sérül az állam fenntartja jogát, hogy a jogsértőt megbüntesse. Mill is megvizsgálja a kényszer alkalmazásának lehetőségeit az állami és nem állami szereplők vonatkozásában, és arra a megállapításra jut, hogy csak az állam számára megengedett a kényszer alkalmazásának lehetősége. A fentiek ismeretében ismét elmondhatjuk, hogy ez az állítás is ellentétben áll a büntetés-végrehajtási intézetek magánigazgatását pártolók érveivel.

Rawls (1971) véleménye szerint az utilitarizmus irányzat túl nagy hangsúlyt helyez a kollektívára és emiatt az egyén háttérbe szorul, ami nem liberális. Rawls által átgondolt koncepcióra az egyenlőségre törekvő liberalizmus elnevezést alkalmazzák. Nozick (1974) minimális állam libertarianizmus elméletének is alapjául szolgál a haszonelvűséget bíráló és a jogokkal, egyénekkal foglalkozó értekezés. Rawls a liberalizmus alternatív alapjaként új életre keltette a társadalmi szerződés tanát és igyekezett a kanti hagyományokból meríteni. Az egyén kifejti nézeteit az őt megillető jogokról, az állami hatásköréről, úgy, hogy egyben ítéletet is mond a szabályozásra hivatott politikai alternatívákról. Mindezt úgy teszi, hogy nincs tudatában a saját társadalmi pozíciójának. Egy racionalizációs folyamatban foglal állást az állam hatásköreivel és az egyénnel való megfelelő bánásmóddal kapcsolatban. A racionális és önérdékű individuum csak akkor tartja legitimnek e jogok iránti igényt, ha nem csupán többség érdekében, hanem minden egyes ember érdekében jönnek létre.

Rawls nézetei szerint emberi megállapodás eredményeként keletkeznek az egyént megillető jogok, a kormányzat hatalma és az állam büntető hatalma. Rawls leszögezi, hogy egy liberális társadalomban a kényszerítő hatalom csak az állam kezében lehet, hiszen a racionális egyének inkább választják a természetes állapotot, ahol önmagukat kell megvédeni, mintsem, hogy teret engedjenek egy olyan politikai rendszernek, amely támogatja a magánkézben levő büntetés-végrehajtást (1971, p. 241). Emellett Rawls szerint az állam fenntartja magának azt a

jogot, hogy a hatalmat átruházhassa a hatalom alacsonyabb szintű területeire, ha a társadalom érdekei is úgy kívánják.

A magánigazgatást támogató, alátámasztó érvek részben a klasszikus liberális teóriákat hívják segítségül. Erről azonban általánosságban megállapítható, hogy a liberalizmus félreértelmezésével állunk szemben. Megfigyelhető ugyan, hogy Hobbes, Lock, Mill, Rawls a természetes állapotban és a társadalmi szerződés állapotában élő emberek jogait tekintve különböző nézeteket vallanak, de abban egyetértettek, hogy a kényszerítő hatalom nem válhat el az államtól. Úgy tűnik, hogy a büntetés-végrehajtási intézetek privatizációját igenlők átsiklottak a jogok és a hatalom különbségtétele felett – amely végig jelen van a liberális elméletekben – és feltételezik, hogy a liberális teória nem vezet el oda, hogy a természetes jogokat és az állam büntető hatalmát alapvetően különböző módon kell levezetni. A fentiek ismeretében már csak az a feladat hárul ránk, hogy megvizsgáljuk, vajon a libertarianizmus lát-e lehetőséget arra, hogy a büntetés-végrehajtás joga részben a magánszféra kezébe juthasson.

Nozick libertarianizmusa és a kényszerítő hatalom

A büntetés-végrehajtási intézetek magánkézbe adásának hívei Robert Nozick műveibe is belenéztek, hogy etikailag is megalapozhassák a büntetés-végrehajtási intézetek privatizációját. Nozick elképzelése azonban a kényszerítő hatalmat az állam kezébe helyezi. Valójában Nozicknál a büntető hatalom feletti rendelkezés jelenti az állam egyetlen erkölcsileg jogszerű tevékenységét. Nozick definíciója szerint az állam szinte minden más ténykedésből ki van rekesztve.

Fontos számunkra, hogy Nozick különbséget tesz ultraminimális és minimális állam fogalom között. Az ultraminimális állam a természetes állapotból nő ki, ahol azok az emberek akik egy közösségnek nem tagjai nem kapnak védelmet más egyénektől szemben. Ez a kijelentés némileg alátámasztja a privatizáció melletti érvelést. Az ultraminimális állam azonban egy állam előtti állapotnak felel meg, ahol a magán jellegű védelmi társulások csak egy bizonyos terület felett uralkodnak. A minimális állam az ultraminimális államból fog kinőni. Ezen átalakítás során kizárólagosan a minimális állam kezébe kerül a büntető hatalom és a redisztributív védelem. Ez a következtetési láncolat az állam kényszerítő hatalmi monopóliumának a levezetése, ami mögött a minimális állam "láthatatlan kéz" elmélete húzódik meg. Az állam kizárólagos hatalma a redisztributív védelem felett a hatalom olyan körét jelzi, amelyet egyetlen egyén sem birtokol. Mindezek után úgy tűnik, hogy a büntetés-végrehajtási intézetek privatizációjának támogatói rosszul építették ki a kapcsolatot az ultraminimális / minimális állam és az állami kényszer monopóliuma között. A büntetés-végrehajtási intézetek magánkézbe adásának hívei Nozick gondolatmenetének más elemeit is félreértik. Logan (1990) például azt állítja, hogy a büntetéshez való jog a természeti állapotban az egyéné. Ezen állítás azonban két ponton is hibás.

Először is összemossa a felfogásbeli különbséget jogok és hatalom között. Mindemellet Nozicknál még jobban korlátozza az egyének jogait: szerinte az egyének az élethez, a szabadsághoz és a tulajdonhoz van csak joga. Minden más igény egy külön hatalom alá tartozik és más területre irányul, ami külön folyamat eredménye. A privatizáció melletti érvelésnek, hogy konzisztens legyen Lock és Nozick nézeteivel, el kell ismernie a különbséget a két fogalmilag ellentétes konstrukció között.

A másik probléma Logan állításával az, hogy nem ismeri fel, hogy a természetes állapotban élő egyéneknek nincs joguk arra, hogy bántsák egymást. (Nozick, 1974, p. 126; Wolff, 1991, pp. 33-34) Az egyén joga csak az önvédelemre vonatkozik, és nem tartalmazza a büntetőjog büntető elemeinek alkalmazását. Mivel a jogokat ugyanolyan folyamatban alkotják, mint Rawls érvelési folyamata, a racionális egyének kezdettől fogva korlátozva lennének azáltal, hogy

cselekedeteik más érdekét és szabadságát nem sérthetik. Így az állam megalakulását követően az egyénnek nincs joga kényszer alkalmazására büntetés céljából, ez szigorúan csak az állam lehetősége. Ez további bizonyítékot jelent arra, hogy az állam Nozicknál rendelkezik akkora hatalommal, amekkorával egyetlen individuum sem. Ez az állam ugyan egy minimál állam, de birtokolja a kényszerítő hatalmat.

Összefoglalásképpen elmondható, hogy a privatizációt szorgalmazók köre félreértelmezi a liberális teóriákat, és nem veszi figyelembe a jogok és a hatalom közötti különbségtételt. Emellett a libertarianizmus minimál, ultraminimál felfogására való támaszkodás is némi kívánnivalót hagy maga után. A fenti értekezésből kitűnik, hogy a liberális teória azt diktálja, hogy a kényszerítő hatalom hagyományos felfogását fogadjuk el, amelyet már Weber is felvázolt: azaz a büntető hatalom az államtól elválaszthatatlan. Ezek ismeretében a kérdés a következő: mi lesz az elfogadható mértékű magán beavatkozás határa a büntetés-végrehajtás területén, a nyugati liberális filozófiai vezérfonal ismeretében? Ha megtiltjuk a kényszerítő hatalom átruházását a magánszektorra, akkor a liberális és libertarianizmus eszméje mit tud mondani a privatizáció más formáiról a büntetés-végrehajtási környezetben?

Az USA-ban a büntetés-végrehajtás privatizációja olyan formában létezik, hogy a magánszféra tevékenységét bevonják az egyes szolgáltatások biztosításába. Eszerint a privatizáció részleges formái nem járnak együtt az elítéltek feletti tényleges kényszer alkalmazásával. A liberalizmus teóriáival összeegyeztethetők a magán szektor által nyújtott olyan szolgáltatások, mint az étkeztetés, orvosi ellátás, bérleti szerződés kötése, új intézetek építése. Ezek nem igényelnek kényszerítő erőt, és nem is tartalmazznak ilyeneket. Másfelől a liberális elmélettel összeegyeztethetetlen, hogy magánszemélyzetet alkalmazunk azon pozíciók betöltésére, ahol kényszerítő erőt is lehet gyakorolni.

Az a gyakorlat – specifikus technika, amely itt körvonalazódott azt sugallja, hogy a liberális filozófiai megközelítés abban nyújthat segítséget a büntetés-végrehajtási intézetek privatizációja során, hogy eldöntsük, mely program tartalmaz kényszerítő hatalom gyakorlásra lehetőséget és melyik nem.

Záró megjegyzések

A privatizáció bizonyos formái ugyan elterjedtek az amerikai büntetés-végrehajtási környezetben, de a legnagyobb vitát a magánműködtetésű büntetés-végrehajtási intézetek kavargják. Sok vitás kérdés áll empirikus vizsgálat alatt, amit tisztázniuk kell a privatizáció híveinek és ellenzőinek. Filozófiai megközelítésben azonban a támogatóknak el kell ismerniük, hogy az az elméleti alap, amelyen a büntetés-végrehajtási intézetek privatizációja nyugszik, nem megfelelő. A fent felidézett érvelés azt támasztja alá, hogy a büntetés-végrehajtási intézetek magánkézbe adása egy lényeges etikai dilemma elé állít minket, amikor a liberális demokratikus hagyomány összefüggésébe kerül.

Harding (1997) azonban alapos csapást mért a különböző filozófiai kísérletekre, mivel szerinte “az ilyen időtöltések szemet hunynak a földön létező valóság felett ... és nem viszik semmilyen hasznos irányba a vitát.” Harding álláspontja ellenére a liberális és libertarianista elvek megvizsgálása után lehetne még olyan filozófiai hagyományokat keresni, amelyek jobban szolgálják a büntetés-végrehajtási intézetek privatizációját támogatók álláspontját. Elképzelhető, hogy az anarchizmus, nihilizmus és fasizmus változatainak vizsgálata felfedne olyan elméleti vonatkozásokat, amelyek biztosítanák azt az eszmei támogatottságot, amelyre a liberális álláspontok nem képesek. Mindazonáltal nehéz feladat lenne a büntetés-végrehajtási politika megalkotóit meggyőzni arról, hogy ezen alternatív filozófiai hagyományok bármelyikének kellene elméleti irányító, vezető szerephez jutnia.

Források:

- Cikins, W. I. (1986). Privatization of the American prison systems: An idea whose time has come? *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2, 445-464.
- Cikins, W. I. (1993). Partial privatization of prison operations: Let's give it a chance. In G. Bowman, S. Hakim, & P. Seidenstat (Eds.), *Privatizing correctional institutions* (pp. 13-18). New Brunswick, NJ: Transaction.
- Cox, N. R., & Osterhoff, W. E. (1993). The public-private partnership: A challenge and an opportunity for corrections. In G. Bowman, S. Hakim, & P. Seidenstat (Eds.), *Privatizing correctional institutions* (pp. 113-129). New Brunswick, NJ: Transaction.
- Cullen, F. T. (1986). The privatization of treatment: Prison reform in the 1980s. *Federal Probation*, 50, 8-16.
- Durham, A. M. (1993). The future of correctional privatization: Lessons from the past: In G. Bowman, S. Hakim, & P. Seidenstat (Eds.); *Privatizing correctional institutions* (pp. 3349). New Brunswick, NJ: Transaction.
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Etzioni, A. (1961). *A comparative analysis of complex organizations*. New York: Free Press.
- Harding, R. W. (1997). *Private prisons and public accountability*. New Brunswick, NJ: Transaction.
- Hart, H.L.A. (1968). *Punishment and responsibility*. Oxford, UK: Clarendon
- Hobbes, T. (1963). *Leviathan*. Cleveland, OH: Meridian. (Original work published 1657)
- Joel, D. C. (1992). Containing prison costs through privatization. In E. Hudgins & R. Utt (Eds.), *How privatization can solve America's infrastructure crisis* (pp. 149-170). Washington, DC: The Heritage Foundation.
- Joel, D. C. (1993). The privatization of secure adult prisons: Issues and evidence. In G. Bowman, S. Hakim, & P. Seidenstat (Eds.), *Privatizing correctional institutions* (pp. S 1-74). New Brunswick, NJ: Transaction.
- Locke, J. (1980). *Second treatise of civil government*. Indianapolis, IN: Hackett. (Original work published 1690)
- Logan, C. H. (1987). The propriety of proprietary prisons. *Federal Probation*, 51, 35-40.
- Logan, C. H. (1990). *Private prisons: Cons and pros*. New York: Oxford University Press
- Marquart, J. W. (1986). Prison guards and the use of physical coercion as a mechanism of prisoner control. *Criminology*, 24, 347-366.
- Mill, J. S. (1985). *On liberty*. London: Penguin. (Original work published 1859)
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, state, and utopia*. New York: Basic Books.
- Offe, C. (1984). *Contradictions of the welfare state*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Palumbo, D. J. (1986). Privatization and corrections policy. *Policy Studies Review*, 15, 598-605.
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1993). *Political liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Reiseg, Michael D., Pratt Tarvis C. (2000). The ethics of correctional privatization. *Prison Journal*, June 2000.
- Weber, M. (1947). *The theory of social and economic organization*. New York: Free Press.

Imre Mátyás

Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts

1. Das große Werk; Ziele und Hintergrund

Es ist einige Jahre her, dass das Europäische Parlament einen Beschluss verabschiedet hat, in dem die Europäische Kommission zu der Ausarbeitung eines neuen Europäischen Zivilgesetzbuches aufgefordert wurde. Die Kommission hat jedoch keine große Begeisterung für diese Konzeption gezeigt. Es ist aber sicher, dass der Plan des Europäischen Zivilgesetzbuches eine der herausforderndsten Ideen der europäischen Rechtsgeschichte zu sein scheint. Obwohl von manchen Fachleuten immer noch bestritten, sollte keine Zweifel daran bestehen, dass ein sehr großer Anspruch auf ein vereinheitlichtes Vertragsrecht für Europa stattfindet. Der Weg dies zu erreichen, ist aber noch nicht ganz klar.¹

Die primären Ziele der Grundregeln liegen in der Vorbereitung einer systematischen Harmonisierung des Vertragsrechts in den EG-Mitgliedsstaaten.² Mit den Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (Grundregeln) als Grundlage, wäre eine umfassende Rechtsangleichung innerhalb Europas in effektiverer Weise möglich, als es bisher durch die erlassenen Richtlinien geschehen ist. Sie erfassen ja immer nur einzelne Details bestimmter Rechtsgebiete, vor allem den Verbraucherschutz.

Eng mit diesem Ziel ist die Funktion der Grundregeln als Basis für eine einheitliche Kodifikation des Vertragsrechts in Europa³ verbunden, die das Europäische Parlament schon bereits zweimal gefordert hat. Allerdings gehen die Meinungen der Kommissionsmitglieder in diesem Punkt auseinander. Einige haben ein rein akademisches Interesse an den Grundregeln, wie z.B. Prof. Zimmermann aus Regensburg, während hingegen andere, wie Prof. Lando, in den Grundregeln eine echte Vorstufe für ein "Europäisches Zivilgesetzbuch" sehen.

¹ Kötz: How to achieve...Universitätsverlag Freiburg, Schweiz, 1999, S. 9

² Lando, *RabelsZ* 56 (1992), 261, 265

³ Lando, *RabelsZ* 56 (1992), S. 261, 266

Dementsprechend sind zwei große Richtungen zu unterscheiden. Die eine durch Kodifikation verwirklichende und die andere durch langsame, fast natürliche Entwicklung stattfindende Vereinheitlichung.⁴

Die erste betont, dass das einheitliche Vertragsrecht durch Kodifikation am schnellsten und einfachsten erreichbar sei. Diese Tendenz wird von vielen Professoren und anderen Wissenschaftlern unterstützt. Sie sagen, dass die Gesetzgeber, in unserem Fall die entsprechenden Organe der Europäischen Union, relativ schnell und begründet einen solchen Kodex erschaffen können. Über die Geschwindigkeit muss man nicht viel sprechen, es reicht, einen Blick auf die Arbeit der Lando-Kommission zu werfen. Sie arbeiten sehr präzise und professionell, aber es dauerte eine lange Weile, bis nur die ersten zwei Teile der Grundregeln ausgearbeitet worden waren. Trotz aller Schwierigkeiten, scheint diese Methode vielversprechend und erfolgreich zu sein. Dieser Weg sichert auch die weite Verbreitung der neuen Studien. Es ist nämlich viel einfacher ein neues Gesetzbuch an den Universitäten zu unterrichten. Auch eine erwähnenswerte Tatsache, dass sich die neue Generationen der Juristen mit dem brandneuen Material in kürzerer Zeit vertraut machen können.

Von dem anderen Lager ist die Situation ganz anders beurteilt. Sie drängen darauf, dass das Recht nur einfach wachsen zu lassen, und nicht von oben in das sich seit längerer Zeit entwickelnde nationale Recht einzugreifen ist. Die nationalen Rechte gehören zu der Erbschaft der einzelnen Länder. Daher muss man sehr vorsichtig sein. Die unüberlegte Vereinheitlichung kann gefährlich sein. Welcher Richter oder Staatsbeamter wird mit 45 oder 55 Jahren wieder an der Universität studieren, um sich das neue Recht anzueignen? Das Recht sollte nicht künstlich geändert werden, es hat Seele, und sie wäre durch diesen Prozess schwer verletzt.

Zu der, von den Gerichten verwirklichende Vereinheitlichung sagen jedoch auch sie ja. Es sei gar kein Problem, dass diese Entwicklung auch Jahrhunderte dauern kann, die Wissenschaftler und auch die Wissenschaft haben Zeit. Gilt es ebenso für die Gesellschaft? Das wichtigste ist, dass das Recht, das bisherige Recht, weiterleben muss. Wenn die Gerichte der Meinung sind, dass auf dem Wege vereinheitlichender Urteile eine gewisse Rechtsharmonisierung erforderlich wäre, dann werden sie das machen. Wenn nicht, dann nicht – wird von den Wissenschaftlern gemeint.

Nach Ansicht von anderen, zum Beispiel Dieter Martiny⁵, kann im Ansatz zwischen drei Denkschulen oder Richtungen unterschieden werden. An erster Stelle zu nennen ist eine

⁴ Lando: Optional or Mandatory Europeanization of Contract Law ERPL S. 59-60

⁵ Martiny – Auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch 1999 S. 7-9

“abwartende“ oder “ablehnende“ Haltung, zweitens ein “evolutionär-wissenschaftlicher“ und schließlich ein “legislatorischer“ bzw. “kodifikatorischer“ Ansatz .

Der an erster Stelle erwähnte Ansatz, der als “ablehnend-abwartend“ bezeichnet werden könnte, hält die Entwicklung eines einheitlichen Zivilrechtes und eines europäischen Zivilgesetzbuches für zu komplex und übereilt, auch aber wirtschaftlich für nicht ganz notwendig, wenn nicht aber für unmittelbar schädlich.⁶ Auch wie oben schon erwähnt worden ist, sind die Vertreter dieses Ansatzes um die kulturelle Vielfalt Europas besorgt. Eine Vereinheitlichung scheint den Europa-Skeptikern zu teuer, zu früh und zu ungemütlich zu sein. Außerdem gibt es auch einen Zusammenhang mit den wirtschaftspolitischen Verläufen der Welt und Europas. Den wirtschaftlichen Wettbewerb durch die Ausnutzung nationaler Rechtsunterschiede stimulieren zu wollen scheint lediglich auf Randgebieten hinnehmbar zu sein. Diese Gruppen haben auch Furcht vor Veränderungen. Sekundäres kann auch die Nostalgie eines Festhaltens an den bestehenden Verhältnissen nicht rechtfertigen. Eins ist aber klar: der bisherige unbefriedigende Zustand ruft nach weiteren Aktionen.

Die Mitglieder der anderen, “evolutionär-wissenschaftlichen“ Richtung stimmen zu, dass etwas im Bereich des Vertragsrechtes passieren soll, aber die Art und Weise ist ganz unterschiedlich von dem dritten, “kodifikatorisch-legislatorischen“ Ansatz.

Der evolutionär-wissenschaftliche Ansatz geht davon aus, dass die Europäisierung, die Ausbildung und die Rechtswissenschaft Vorrang vor gesetzgeberischen Maßnahmen haben müssen. Sie fordern also keine von oben dekretierte Vereinheitlichung, sondern eine von unten, langsam wachsende Entwicklung. Sie haben die Meinung, dass zuerst die Basis geschaffen werden sollte. Die Vertreter dieser Richtung halten es für wesentlich, eine gemeine, europäisch orientierte juristische Ausbildung zustande zu bringen. Ein Instrument dieser Bestrebung könnte das Lehrbuch von Professor Kötz und Flessner über Europäisches Vertragsrecht sein. (Selbst Kötz ruft in der Einleitung seines Buches⁷ die Wichtigkeit eines europäischen Lehrbuches an:⁸

“Es ist doch sehr wichtig, auch wenn die verschiedensten Argumenten lieber für den “kodifikatorisch-legislatorischen“ Ansatz sprechen, eine umfassende europäische

⁶ Für diese Richtung mehr Rittner: Das Projekt eines Europäischen Privatrechtsgesetzbuches und die wirtschaftliche Praxis, DB, 1996, S. 25

⁷ Kötz: Europäisches Vertragsrecht I, S. VI-VII

⁸ “...Deshalb ist dieses Buch in erster Linie für Studenten geschrieben. Es soll überall dort in Europa als Lehrmaterial benutzt werden, wo es darum geht, das Vertragsrecht vor dem Hintergrund der juristischen Prinzipien und Institutionen zu präsentieren, die den europäischen Rechtsordnungen gemeinsam sind.“ Kötz: Europäisches Vertragsrecht I. 1997 S. VII

Bildungsstruktur zu erschaffen, in der die neue juristische Generation Europas sich mit dem gemeinen Rechtsmaterial bekannt macht.“

Eine ähnliche Entwicklung wie in der Ausbildung sollte es auch in der Forschung geben. Das bedeutet, dass auf dem Vorbild des Unterrichtes auch solche gemeine Forschungsprojekte vermutet werden sollten, die die Entwicklung des gemeinsamen europäischen Privatrechts fördern könnte. (ein gutes Beispiel dazu die schon erwähnte gemeine Forschungsprojekte und Kommissionen)).

Der “kodifikatorische-legislatorische“ Ansatz, zu dessen Vorkämpfern auch Ole Lando gehört,⁹ verlangt daher – unterschiedlich drängend vorgetragen, weitere Maßnahmen in Richtung eines europäischen Privatrechts. Obwohl die hohe Zeit der nationalen Kodifikationen, mit der naturrechtlichen und aufklärerischen Tradition sicherlich vorbei ist, kann man ganz neue Beispiele für vielversprechende Kodifikationsversuche zitieren (siehe hier Holland). Aber schnelle, technische, gesellschaftliche und grenzüberschreitende Entwicklungen lassen manches Kodifikationsergebnis von Anfang an als fragwürdig erscheinen.¹⁰ In der europäischen Rechtsgeschichte können doch viele erfolgreiche Kodifikationsbestrebungen beobachtet werden. Erstens sollte das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungs-übereinkommen von 1968 (EuGVÜ) erwähnt werden, das einzig in seiner Art war. Diesen Übereinkommen folgte das Europäische Übereinkommen über das auf Schuldverträge anzuwendende Recht von 1980 (Römische Konvention). Die Vertreter der dritten, “kodifikatorischen-legislatorischen“ Richtung meinen, dass ein gemeinsames europäisches Zivilgesetzbuch erforderlich wäre, nicht nur aus wirtschaftlichen Gründen, aber auch, weil die Europäische Gemeinschaft von Anfang an auch als Rechtsgemeinschaft konzipiert worden ist.

2. Der tiefere Sinn der Grundregeln

Wie in dieser Arbeit schon mehrmals erwähnt wurde, sind die Grundprinzipien des Europäischen Vertragsrechtes der heutzutage interessanteste und vielversprechendste Erfolg der Rechtsvereinheitlichungsbestrebungen. Im Jahre 1995 ist Teil I der Grundprinzipien erschienen, die von der von Mitgliedern aus allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union bestehenden Kommission ausgearbeitet worden sind. Spiritus Rector und Vorsitzender von

⁹ Lando: Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law – . 59-60

¹⁰ Martiny – Auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch S. 8

Anfang an war und ist der dänische Professor Ole Lando, deshalb wird die Kommission häufig als Lando-Kommission bezeichnet.¹¹

Die Grundregeln sind in der wissenschaftlichen Diskussion auf große Resonanz gestoßen und haben der Diskussion über eine europäische Rechtsvereinheitlichung starke Impulse gegeben.¹²

Zusätzlich sollen sie den nationalen Gesetzgebern als Vorbild und Anregung dienen, in ihrem jeweiligen Land eine Reform bzw. eine Neuformulierung des Vertragsrechts durchzuführen. Dabei wird vorwiegend an ehemalige sozialistische Staaten in Mittel- und Osteuropa gedacht, die ihre Rechtsordnungen den Anforderungen der Marktwirtschaft anpassen wollen¹³.

Die gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien nicht berücksichtigend, ist die Tätigkeit der Lando-Kommission die älteste in dem Rechtsvereinheitlichungsprozess. Sie hat 1980 begonnen. Am Anfang haben der überwiegende Teil der Mitglieder vorgehabt, Grundprinzipien bezüglich der grenzüberschreitenden Rechtsverhältnisse zu schaffen. Das Ziel war solche Regelung zu setzen, die von Schiedsrichtern dann angewendet werden können, wenn keine Rechte von den Parteien für ihren Vertrag gewählt worden sind (zB. die Parteien haben ihren Vertrag der *lex Mercatoria* oder der international anerkannten Grundregeln untergeordnet), oder die Parteien selbst haben ein Recht ausgewählt, ihren Vertrag zu regeln. Gemäß zahlreichem Rechtssysteme ist es für die Parteien möglich, ein Schiedsrichterverfahren auszuwählen und ein anderes, als das innere Recht für den Vertrag anwendbar, geltend zu machen. Selbst wenn das nationale Recht es nicht ermöglicht, wird es im Allgemeinen genehmigt, die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechtes auf den Vertrag anzuwenden. In den meisten Fällen hat es die gleiche Wirkung, obwohl es in der bedingungslosen Geltung der Normen Unterschiede geben kann.¹⁴

Selbst wenn die Grundregeln sich ausschließlich auf die grenzüberschreitenden Verträge bezogen würden, hat die Lando-Kommission erkannt, dass die Grundregeln nicht geeignet gewesen sind. Als die Ausarbeitung des zweiten Teiles der Grundregeln (die im Jahr 2000 veröffentlicht worden ist) angefangen hat, hat die Kommission es versucht, eine solche spezialisierte Arbeitsgruppe zu errichten, die sich ausschließlich mit einigen speziellen

¹¹ Diese Benennung, obwohl populär ist, gar nicht offiziell. Trotzdem nennen fast alle die Kommission so, nach ihrem Vorsitzenden, dem Professor der Copenhagen Business School. Der offizielle Name der Kommission lautet: Commission on European Contract Law(CECL) für weitere Informationen siehe die Internetseite der Lando-Kommission: <http://www.ufsia.ac.be/~estorme/CECL.html>

¹² Zimmermann ZeuP, 3/2000, S. 391

¹³ Lando: Principles of European Contract Law –261, 266

¹⁴ Beale: Beale: The Development of European Contract Law: Towards a European Civil Code - Conference on Hungarian Civil Law in the Mainstream of the Development of European Law, University of Miskolc Conference presentation S. 3

Verträgen beschäftigt. (z.B. Bauverträge, Verträgen hinsichtlich Kreditinstituten und Finanzierungsdienstleistungen). Die Kommission hat die Meinung gehabt, für die Arbeit dieser Sondergruppe auch finanzielle Unterstützung finden zu können, aber diese Vermutung hat sich als falsch erwiesen, so dass diese Form der Arbeit schnell beendet wurde. Es ist auch von der Kommission entdeckt worden, dass sowie der Vertrag kein abstraktes Phänomen sei, sondern immer in irgendwelchem genannten Form verkörpert werde, ebenso die Regulierung der Verträge nicht in ein rechtliches Vakuum gesetzt werden kann. In zahlreichen Fällen bilden die vertragrechtlichen Regelungen nur einen Teil der Gleichung.¹⁵ Andere Vorschriften, wie beispielsweise die Normen bezüglich der außerhalb des Vertrags entstehenden Schaden spielen auch eine wichtige Rolle im Leben des vertraglichen Rechtsverhältnisses und in der Lösung irgendeiner, aus diesem Verhältnis stammenden Auseinandersetzung, zum Beispiel bei einem Bauvertrag. Der Bauunternehmer, welcher in einem anderen Land arbeiten möchte, wird nicht nur auf die Vorschriften des Vertragsrechtes neugierig sein, sondern auch darauf, von welchen Regelungen er auf der Baustelle gegen Dritte betroffen wird, die während der Bautätigkeit zufälligerweise entstehende Schaden erleiden. Weiterhin wird sich der Bauunternehmer auch für solchen Vorschriften interessieren, die mit seiner unausgesetzten Verantwortung in Verbindung stehen, besonders wenn sich das Eigentumsrecht der Baulichkeit verändert. In manchen Rechtssystemen handelte es sich um vertragrechtliche Fragen, aber in anderen, wie zum Beispiel in dem englischen Recht, wird der Problembereich in dem Bereich für Tatbestände der außer Vertrag entstehenden Schaden behandelt.¹⁶ In diesen Fällen existiert das Problem, dass sich die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechtes ausschließlich auf die allgemeinen Regeln der Verträge beziehen.

Das bedeutet jedoch nicht, dass die Grundregeln keinen Wert haben! Ganz im Gegenteil: sie können doch sehr nützlich sein. Erstens, die einzelnen spezialisierten Verträge bezüglich Regeln werden meistens von den Verträgen selbst erfasst. Diese Lösung kann doch eine besonders auf *Common Law* kennzeichnende Annäherung sein, doch für eine Reihe von Vertragstypen haben die Engländer keine spezielle Rechtsmaterialien entweder in Form von Rechtsvorschriften oder Gerichtsentscheidungen (*Case Law*). Statt diesen Rechtsmaterialien sind die Verträge selbst sehr detailliert, die sehr oft in Form allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) erscheinen, um auf diese Weise die Vorschriften des fehlenden Bürgerlichen Gesetzbuches zu ersetzen.

¹⁵ Beale: Conference presentation S. 3

¹⁶ Beale: Conference presentation S. 4

Zweitens, die ausgearbeiteten Grundregeln können hervorragend den Rahmen des Gemeinschaftsrechts sichern. Das heutzutage geltende Rechtsmaterial wird heftig wegen seiner schwachen Qualität – man muss zugeben: begründet - kritisiert. Es ist schwierig zu verstehen, kaum fassbar und benutzt die verschiedenen Definitionen nicht konsequent. Zum Beispiel ändert sich die Definition des Verbrauchers oft unter den einzelnen Richtlinien. Das ist aber nicht den Juristen nachzutragen! Dieses Ergebnis kommt daher, dass die Richtlinien nach schweren politischen Auseinandersetzungen zustande kommen. Das Problem wird aber noch von der Tatsache vertieft, dass Europa über kein gemeinsames Rechtsdefinitionssystem verfügt, woran diese Richtlinien aufgebaut werden könnten. Die Grundregeln des Europäischen Privatrechts können der Entwicklung dieses Definitionssystems als nützliches Modell dienen.

Außerdem, wie in dieser Arbeit schon mehrmals erwähnt worden ist, ist das Grundziel, den Preis der zwischenstaatlichen Geschäftsverbindungen dramatisch zu reduzieren und einen gemeinsamen Markt auszubauen. Dazu wird aber eine auf viel breiterem Grund liegenden Rechtsharmonisation gebraucht. In Wirklichkeit sind solche Rechtsvorschriften zu harmonisieren, die auf die vertraglichen Rechtsverhältnisse unmittelbare Wirkung haben. Manche Leute sagen nur einfach: es wird wirklich ein Europäisches Zivilgesetzbuch gebraucht! Manche sind – wie oben schon detailliert erörtert worden ist – weniger ambitiös, für sie reicht es nur die Harmonisation zu fördern. Der Maßstab der Rechtsharmonisation, die manche Leute wollen, zwischen der totalen Vereinheitlichung und der durch einzelne Schritte, graduell zustande kommenden Annäherung gibt es einen sehr großen Unterschied. Das könnte auch das Ergebnis der verschiedenen, kollidierenden mit der vollen politischen Vereinheitlichung Europas zusammenhängenden Ansichten sein. Aus historischem Gesichtspunkt ist es ganz klar: die Kodexe sind im Allgemeinen die Produkte der politischen Vorstellungen, und leider für viele Leute scheint diese Behauptung auch noch heute wahr zu sein. Das erleichtert aber die Vereinheitlichungsbestrebungen gar nicht.

Und jetzt, vor der vertiefenden Bekanntgabe der Regelungen der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechtes sollten ein paar Wörter über die Schaffung des Europäischen Zivilgesetzbuches nützlich sein.

Es ist weitbekannt, dass die Arbeit an einem Europäisches Zivilgesetzbuch schon angefangen hat. Das Projekt hat es sich zur Aufgabe gemacht, den Stand der jeweiligen Rechtsgebiete in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu erfassen und durch einen

Vergleich dieser Regelungen die Grundlage für eine spätere Harmonisierung dieser Rechtsgebiete zu legen.¹⁷

An der Universität von Osnabrück unter Leitung von Professor Christian von Bar ist eine Forschungsgruppe zustande gekommen, welche als Projekt die sehr große Herausforderung des Europäischen Zivilrechtes hat. Es sind von Professor von Bar verschiedene Arbeitsgruppen geschaffen worden. Alle Arbeitsgruppen haben einen Leiter, meistens in Person eines rangälteren Professors, unter dessen Leitung eine Reihe von Forschern, im Allgemeinen jungen Juristen, Doktoranden, die parallel mit dem Fortschritt des Projekts ihre Dissertation schreiben. Jene Gruppen beschäftigen sich mit einem gewissen Thema der Rechtsvereinheitlichung. Deren Arbeit wird von den, aus vielen verschiedenen Ländern stammenden Dozenten und Wissenschaftlern, vereinigten Beratendem Rat von Professoren unterstützt. Die ausgearbeiteten Entwürfe werden zu einem koordinierendem Rat weiterbefördert, in der alle Mitgliedstaaten vertreten sind, in dem auch Plätze für Beobachter aus den Mittel-Osteuropäischen Staaten (MES) gesichert werden. Der Ungarische Vertreter in diesem Projekt ist Professor Lajos Vékás. Das Projekt als Ganzes wird von einer Lenkungscommission geleitet, deren Vorsitzender Professor von Bar ist.

Die folgenden Gruppen entfalten ihre Tätigkeiten derzeit:

- Die Verantwortung für außervertragliche Schuldverhältnissen (von Bar, Osnabrück)
- Ungerechtfertigte Bereicherung und Negotiorum Gestio (von Bar, Osnabrück)
- Warenverkauf (Hondius, Utrecht)
- Dienstleistungen (Barendrecht, Tübingen)
- Franchise und Mandatsvertrag (Hesselink, Amsterdam)
- Auf Namen Lauteten Wertpapieren und über Mobilien Bestimmungsrecht sichernde Wertpapieren (Drobnig, Hamburg)
- Übertragung des Rechtstitels über Mobilien (Reiner, Salzburg)
- Versicherungsvertragsrecht (Basedow, Hamburg¹⁸)
- Finanzielle Dienstleistungen (Prum, Luxemburg, und Aynès, Paris)¹⁹

¹⁷ Eine umfassende Erörterung und ein ausführlicher Fundstellennachweis des Zivilrechtes in Europa findet sich in: Hartkamp, Hesselink, Hondius, Joustra, Perron (Hrsg.) Towards a European Civil Code, 1998

¹⁸ Mehr über diese Forschung auf der Internetseite des Max-Planck Institutes: <http://www.mpipriv-hh-mpg.de>

¹⁹ Es ist zu erwarten, dass in kurzer Zeit auch andere Gruppen mit der Arbeit beginnen werden, einschließlich einer Gruppe mit dem Sitz in Edinburgh, Schottland, die sich mit dem Treuhandrecht beschäftigen wird. Das hängt jedoch von der Erwerbung der Unterstützungsquellen ab.

Dieses Projekt verfügt über zahlreiche Unterstützungsformen, der Hauptspender ist aber der Deutsche Akademische Forschungsfonds. Die für die Forschungsassistenten erforderlichen Geldsummen werden von den lokalen Arbeitsgruppen bereitgestellt.

Der erste Teil dieser hervorragenden Arbeit, Grundregeln des Europäischen Privatrecht ist 1995, der zweite, überarbeitete Teil ist Anfang 2000, erschienen.

Das Geheimnis der Tätigkeit der Lando-Kommission steckt darin, dass sie parallel in zwei, auf den ersten Blick verschiedene Richtungen, einerseits einer breiten und andererseits einer engen Richtung arbeitet. Die breite Perspektive, beschränkt das Projekt der Kommission nur auf ihre pragmatische Funktionen. Die Tätigkeit der Lando-Kommission bedeutet mehr als nur eine Antwort auf die praktischen Bedürfnisse des wirtschaftlichen Lebens. Gleichzeitig hilft dieses Projekt die Fehler solcher "selbstlaufenden" Prozesse zu korrigieren, wie die Europäisierung des Zivilrechtes und/oder die Internationalisierung des Vertragsrechtes. Die enge Annäherung begrenzt die kritische Funktion der Lando-Kommission, nämlich dass es doch nur ein nichtgesetzgeberisches Projekt der Vereinheitlichung des Vertragsrechtes ist. Diese Meinung unterscheidet sich sogar von der Selbstdefinition der Kommission, die als "ein gesetzgeberisches Projekt" lautet.²⁰

Zur Zeit wird der dritte, und zwar der letzte Teil der Europäischen Vertragrechtlichen Grundregeln bearbeitet. In Rahmen dieser Tätigkeit werden die allgemeinen Grundsätze des Schuldrechts, nämlich die Regelungen hinsichtlich der Wirkungen der Ungültigkeit und Unsittlichkeit, des Zinseszins, des Zustandes, des Erwerbs durch ständigen Genuss (Ersitzung), der Rechtsübertragung, der Schuldübernahme, der Aufrechnung, und der Schuldner- und Gläubigergemeinschaft geprüft.²¹

Die Arbeit der Lando-Kommission läuft auf dem folgenden Weg: Erstens wird ein Entwurf (*position Paper*) von einem Berichterstatter präsentiert. Dann entwirft die gleiche Person einen mit Begleitschreiben versehenen Text. Diese zwei Entwürfe laufen durch eine Entwurf-Gruppe (*drafting group*), die mit der Vorbereitung und Koordination beauftragt ist. Die mit dem Begleitschreiben versehenen Texte werden im Allgemeinen dreimal im Plenum der Arbeitsgruppe besprochen. Wenn der Text endgültig fertig gestellt worden ist, werden die Mitglieder der Kommission gebeten, Länderberichte zu schreiben. Auch gibt es eine

²⁰ Dazu Lando: Principles of European Contract Law: (AmJCompL) 1992, S. 574

²¹ The effects of illegality, immorality, compound interest, conditions, extinctive prescription of claims, assignment of claims, assumption of debts, plurality of debtors and creditors, and set off.
Danny Busch und Ewoud Hondius In: Ein neues Vertragsrecht für Europa., ZeuP 9. Jahrgang, 2/2001, S. 224

Redaktionsgruppe (*editing group*), die oft entstehenden sprachlichen Inkonsistenzen aufzuspüren.²²

Die Tätigkeit der Lando-Kommission steht seit Jahren im Fokus der Interesse der Rechtswissenschaftler und sorgt für solche erhebliche Ergebnissen, die Hoffnung für ein vereinheitlichtes Europäisches Vertragsrecht gewährleisten können.

²² Busch/Hondius: Ein neues Vertragsrecht für Europa. ZeuP 2/2001, S. 225

Mezei Péter
A bírák szerepe a jogrendszerben –
A XX. század első felének jogelméleti gondolkodói tükrében

Előszó gyanánt

A Jogelméleti Szemle idei második számában jelent meg az első írásom *A joghézag kérdése régen és ma* címmel^[1]. Az ebben boncolgatott téma indított arra, hogy vizsgálódásom egy másik, közeli és immáron általánosabb területre helyezzem át. Részben hasonló irodalom tanulmányozása mellett ezúttal arra keresem a választ, hogy a XX. század első felének kontinentális és angolszász jogelméletében milyen kép alakult ki a bírák szerepét illetően.

Jelentőségüknél fogva leginkább az “élharcosnak” számító jogi realizmust és a szabadjogi iskolát helyezem nagyító alá (bár talán szerencsésebb – mint ahogy a fejezetcímnél is láthatjuk majd – a szabad jogtalálás elméletéről beszélni, hisz nem csak a közvetlen képviselőkről lesz itt szó), valamint bemutatom a kevésbé radikális érdekkutató jogtudományt, egyes szociológiai beállítódású gondolkodók elképzeléseit, és felvillantok néhány további nézetet is. Külön fejezetben szólok azokról, akik más jelentőséget tulajdonítottak a jogalkalmazói tevékenységnek, a jog működését más alapokra helyezték.

Az eddigiekből következik, hogy ez az elemzés messze nem lehet teljes, meghagyom ugyanis annak lehetőségét, hogy a modernebb külföldi, valamint a legfontosabb magyar gondolkodókat és a tényleges gyakorlatot nagyobb részletességgel és még élesebb fókusz alá véve külön alkalommal vizsgáljam.

Bevezetés

A dolgozat első két fejezetében egymástól elkülönítve vizsgálom az európai-kontinentális és az angol-amerikai gondolkodást. Ez egy szempontból akár indokolatlannak is tűnhet, hiszen például mind Ehrlich, mind a pragmatista jogelmélet képviselői erősen a szociológia hatása alatt álltak, valamint a szabadjogi mozgalom és a jogi moralizmus is komoly hasonlatosságot mutatott. Ennél a kapcsoló elvnel azonban fontosabbnak tartom azt előtérbe helyezni, hogy milyen komoly eltérés is van az európai és az angolszász jogrendszerek között, és így sokkal jobban megérthető, hogy az egyes gondolkodók honnan-hova jutottak el.

A *common law* rendszerek távolmaradtak a római jog recepciójától. Ezzel egy furcsa kettősség alakult ki: egyrészt továbbra is a bírák voltak azok, akik szokásjogi alapon történő ítélezésükkel a jogot elsősorban alakították, másrészt e “tényt” a korai gondolkodók többségében erősen tagadták, de legalábbis elleneztek. Híven tükrözi e dichotómiát a következő idézet: “Ezt bizonyítja az a szabadság, amelyet ott a bírónak mindig is biztosítottak, és az a rémület, amellyel ez az eszmény az angolszász kultúrkör

népeit még ma is eltölti”^[2]. A bírák valós szerepének tagadását legvilágosabban talán Blackstone rögzítette: a bírák “a jog letéteményesei avagy élő orákulumai”^[3]. Ez a fajta hozzáállás mind a mai napig fennmaradt, s ez ellen többek között a jogi realizmus indított harcot.

Az *európai kontinensen* ezzel szemben ott, ahol a római jog recepciójára sor került, szintén egy nagy érdekességet fedezhetünk fel. A recepció anyagát a kései császárkori források képezték, amelyek megalkotásakor már messze nem volt bevett a “*praetor ius facere non potest*” elv. Ennek ellenére, amikor a középkorban megkezdték munkájukat a híres kommentátorok, az előbbi elvet felébresztették, és egy, a római jogtól teljesen idegen tétel is meghonosodott a jogtudatban. Ez pedig az, hogy “minden döntésnek a hatályos jog már lefektetett szabályaiból kell adódnia”^[4]. Ennek alapjául az a feltételezés szolgált, hogy a bölcs elődök hagyománya teljes, minden esetre megvan már a megfelelő megoldás. Mivel azonban több száz év telt el a római jog újjáélesztéséig, a korábban használható anyag rendes körülmények között használhatatlannak bizonyult volna a minőségi változásokon keresztülment társadalmakban, mégis alkalmazták azt – így fordult visszajára az egyébként valóban hatalmas jelentőséggel bíró folyamat^[5].

Az eddig elhangzottakat oly módon *lehet összegezni*, hogy míg az angolszász területeken a “tényeket” elfedni óhajtó vélemények ellen léptek fel a bírák szerepét hangsúlyozók, addig a recepció országaiban a ténylegesen háttérbetölt bírói jogalakítást kívánták visszahozni (elismertetni).

Egy kérdést még föl kell tenni: *honnan közelítették meg* az egyes elméletekben a bíróalkotta jogot? Többségében a *jogforrási rendszer* egyik elemévé tették a jogalkalmazói döntéseket (ez jórészt azzal a tendenciával esik egybe, amelyet a kontinentális jogi gondolkodásnál említettem), a szabadjogi mozgalom azonban az amerikai szociológiai elméletekhez (Pound *law in books and law in action* kategóriapárosához) hasonlóan a *jogi normákban lefektetett és a ténylegesen megvalósuló, az “élő jog” szembehelyezésével* kereste a választ, míg a jogi realizmus a *jog hatásai és a bírói lélektan* mentén közelítette meg a kérdést.

Mindenképpen helytelen lenne kizárólag a bírói döntéseket jogként felfogni, erre legalább olyan rosszállóan kell tekinteni, mint arra, hogy csak az a jog, amit a parlamentben elfogadnak. Ezért alapvetően fontos, hogy a helyén kell kezelni e forrást. Az európai jogelmélet ezt általában a következőképp tette: a bírák, ha jogot alkotnak, azt a joghézagok kitöltésekor teszik.

Ha az angolszászok ennél többet mondtak, az annak a következménye, hogy a common law rendszerben a bírói tevékenység mindig is több volt, mint a kontinensen. Így a fő megközelítési út itt a “valóság” igazolása és a bírói döntési folyamat jellemzése volt. Mindez pedig az Amerikai Egyesült Államokban sokkalta erőteljesebben kibontakozó *jogszociológia* keretében történt.

A jogszociológia és a bírói jog kérdéskörének összekapcsolódása alapvetően a kapitalista változások és a fennálló jogrendszer ellentmondása mentén történt meg, az említett életviszonyokat ugyanis a jogalkalmazók észlelték a legkönnyebben, és így a gondolkodók a hatályos (könyvekben lévő) jog és az élő (mindennapokban érvényesülő) jog közti kapcsolatot vizsgálták elsősorban.

A német szabadjogi mozgalom is szociológiai alapokról indult ki, s a fent említett tétel is megfogalmazásra került, itt azonban Ehrlichék véleménye meghaladta az amerikai jogi realisták elképzelését, szerintük ugyanis a jog már nem a bíró döntése,

hanem az ennek alapjául szolgáló “élő jog”, melyet a szokásokban, szerződésekből, végrendeletekben és más intézkedésekben kell keresni^[6].

Ezen általános felvezetés után most már az egyes elképzelések kifejtésére kerül sor.

I. A kontinentális elméletek

Az európai kontinenssel kapcsolatosan már szó esett a recepció jelentőségéről. Ennek legnagyobb hatása a mai jogrendszerekre a *szoros kötődés az állami törvényhozáshoz* (kodifikációhoz). További fontos jelenség az *erős centralizáltság* (bár ki kell emelni, hogy a mai globalizálódó világban egyre erőteljesebbé válik a decentralizáció városi és regionális szinten egyaránt), valamint a *hatalommegosztás* elméletének jelentősége, s így összességében látni kell, hogy a bíró szerepe alapvetően a jogalkalmazásra szűkölt. Továbbá a jog vizsgálata során legnagyobb erőre szert tett *filozófia* gátként szolgált a bírói jogot hangsúlyozó jogszociológia előtt.

Ennek ellenére találhatunk olyan tendenciákat a század elején, melyek ezen merev beállítódást áttörni igyekeztek, és amellyel, hogy a törvényhozó szerepét nem tüntették el, a bírói jogalakításnak a köztudatba történő bevitelére tettek kísérletet.

1. Szabad jogtalálás és szabad jogtudomány

Ahogy az előszóban utaltam rá, szabadjogi iskola helyett a fenti címet tartom elfogadhatónak, mert nem pusztán a mozgalom két legfontosabb alakjáról lesz szó, hanem a szabad jogtalálás lehetőségét elsőként pedzegető Rudolf Stammlerről és a “szabad tudományos kutatás” elméletét kidolgozó Francois Génryről is.

Stammler a helyes jogról szóló tanában mondott kritikát a kodifikálásba vetett hit mindenhatósága felett, hangsúlyozva, hogy “minél leszűkítettebben konkrét és kazuisztikus egy törvény, annál gyorsabban és biztosabban avul el és hagyja cserben a jogkeresőt”. Ezért véleménye szerint ajánlatosabb egy olyan jogalkotói technikát követni, melyben az adott jogterületnek csak egy részét szabályozzák, a többi esetre nézve pedig mindössze “szerény utalásokat” tesznek. Ez utóbbi esetekben, valamint a külön nem említett tényállásokban, ha a jövőben a vitás szituáció támad, “a feleknek, a tanácsadóknak és az *ítélkezőknek* maguknak kell megkeresniök és megtalálniök az akkor adott jogkérdés *helyes* eldöntése módját”.^[7]

Tehát Stammler a bírói jogalakítás (sehol sem szól jogalkotásról!) lehetőségét elismerve annak helyét a *helyes jog feltárásánál* talált meg, de csak az írott jog pontatlansága (“szerénysége”) és hiányossága esetére. Ilyenkor a bíró egyfajta szabad jogtalálást hajt végre, melynek során *olyan szabály szerint kell döntenie, amelyet törvényhozóként ő maga állítana fel*. Láthatjuk, hogy itt Stammler a sokan mások által is felidézett svájci polgári törvénykönyv (ZGB) 1.§-ának (2) bekezdése mellett érvelt, nem szólt azonban a szokásjogról, amely – legalábbis a ZGB eredeti szövege szerint – megelőzi a fent említett bírói szabadságot, s csak ennek hiányában tehet úgy a bíró, ahogy azt Stammler már hamarabb akarta.

Stammler arra a nagyon fontos kérdésre, hogy egyáltalán lehet-e a bírónak egy jövőbeli esetet ilyen “szabad jogtalálással” eldöntenie, azt a választ adta, hogy ez csakis a *tételesen rendelkező jogrend feladata*, vagyis a politikai jogalkotó mérlegel és választ: engedi vagy elveti e lehetőséget. Ebbe a jogfilozófia, az elmélet nem szólhat bele.

Kantorowicz *Küzdelem a jogtudományért* című tanulmányában összefoglalását adta a szabadjogi mozgalomnak, s azt a célt tűzte maga és társai elé, hogy “megszabaduljon a régi pórától”, hogy “teljesen lerombolja az eddigi eszményt, és olyan eszményt állítson fel, amely a régivel minden tekintetben ellentétes”^[8].

Így a szabadjognak két nagy változatát különböztette meg: egyéni és közösségi jog, méghozzá azon az alapon, hogy “az egyén valamely jogtételt a saját meggyőződése vagy egy közösség meggyőződése alapján ismer el”^[9]. Előbbi a jogtudomány szempontjából, utóbbi a jogszolgáltatás tükrében fontosabb. Nem kizárt, hogy egyazon tétel mindkét formában, sőt még államilag is rögzített legyen.

Az állami joghoz való viszonyát tekintve a szabadjog nagy előnye, hogy jobban ismerik, s a terebélyes, áttekinthetetlen állami jognak egyébként is legtöbbször csak azon része ismert az emberek előtt, amelyik megegyezik a szabad joggal. Ezek szerint *a szabadjog adja a talajt az állami jognak* (a törvényhozó már előzőleg is fennállott szabadjogi tételekből válogat a normák megalkotásakor), a továbbfejlesztő kritika mértékét ez biztosítja, és a joghézagok betöltésére is ennek megfelelően kerül sor.

A mozgalom egy teljesen új jogtudományi felfogást is igényelt, melyben a jogtudomány az addigi törvényhozói szolga szerepét levetve önálló jogforrássá avanszált, a következő feladatokkal: *definíciók alkotása*, de a konstrukciós út helyett a szabad jogtételek ismertetőjegyeinek beépítése révén; *hézagkitöltés* (a jog logikai zártságának elméletét elvetve) a szabadjog által kijelölt helyeslés révén; *a törvények elhalt részeinek eltávolítása és a virágzók érlelése*. Mindezek során *ahol közösségi jogot fedez fel, ott “szabad jogtalálásról” van szó, ahol pedig egyéni jogra lel, ott “szabad jogalkotássá” válik*.

Kritikával illeti a történeti jogi iskolát, mely szerinte a korábbi jogfilozófiát eltorzította és letéritette a helyes útról a jogi analógia, a fikció valamint a ratio legis alkalmazása révén. Ezért az elhagyott kezdetekhez tért vissza, s a mozgalmat a történeti felfogás talajára állította. Elvként rögzítette, hogy a jelent csak a múlt tudatos feltárása révén lehet megérteni, pszichikailag és logikailag hozzáférhetővé tenni. Sőt, e téren is hangsúlyozta a történeti jogi iskola vétkeit, ami elnevezéséhez méltatlanul a történeti alapú vizsgálatokat elhanyagolta.

A jogtudománynak együtt kell működnie a társadalomtudományokkal és a pszichológiával, így már nem pusztán azt vizsgálja a juriszprudencia, hogy minek kell lennie, hanem alapvetően arra is figyelemmel kell lennie, ami van. A lét pozitív anyagát kell feldolgoznia, s ebben a fent említett diszciplínák komoly segítségére lehetnek. Annál kevésbé van viszont már szükség a teológiára, melytől meg kell szabadulni, és a megifjodott jogtudományból ki kell űzni a teológia szellemét.

Az eddigiekben Kantorowicz felvázolta a mozgalom elképzelését a jogalkotás (állami jog) és a jogtudomány irányába, így már csak a *jogszolgáltatás* van hátra. Ennek kialakítása célkitűzésének megfelelően (teljesen új eszmény) valamennyi addigi posztulátum esetén az előjelek megváltoztatásával történt.

Addig: “a törvényre alapozni minden ítéletet” – eztán: “*a jogszolgáltatás nem alapulhat többé kizárólag az állami jogon*”. Ezzel a jogforrási rendszer bővítését hajtotta végre.

“A bíró a törvény szolgája legyen” – “*ha az egyik alkotó, akkor a másik sem lehet többé pusztán a törvény szolgája*”. A bírák feladata kell, hogy legyen a társadalom új szükségleteinek a pozitív jog előírásaihoz történő folyamatos igazítása.

“Minden elgondolható esetet el kell dönteni, még hozzá kizárólag a törvény alapján” – “*ha a tudománynak tartósan számolnia kell hézagokkal, akkor a gyakorlat sem dönthet el jogilag minden esetet*”. A hézagok pótlására csak akkor kerülhet sor, ha a törvény ténylegesen nem tartalmaz irányadó rendelkezést, vagy ha a bíró lelkiismeretes meggyőződése alapján úgy véli, hogy a jogalkotó az eset eldöntésének időpontjában nem úgy döntene, mint ahogyan azt a jogszabály megalkotásakor tette volna. Mindkét esetben úgy köteles meghozni ítéletét a bíró, ahogy a törvényhozó tenné, s csak ha nem tud erre nézve helyes meggyőződést kialakítani, akkor jogosult a “szabad jog” alkalmazására. Ekkor *a jogszolgáltatás elsősorban a bíró személyiségén, az általa birtokolt tudás helyes felhasználásán alapul*. Segédeszközeinek az elfogadott tanokat és a hagyományokat tekintheti, amely két kategória lényegileg a gyakorlat és a tudomány eredményeit foglalja magában. Ennyiben tehát Kantorowicz is a ZGB említett 1.§-át követte.

“Minden ítéletet meg kell indokolni” – “*ha az elmélet helyet adhat érzelmi értékeknek, akkor nem követelhetünk többé abszolút módon megalapozott ítéleteket sem*”.

“Az ítélet legyen előrelátható” – “*ha az elmélet elismeri az individuális tényezőt, akkor a gyakorlat sem lesz többé előrelátható, egyöntetű*”. Vagyis ha előre tudná mindenki, hogy a jogvitának mi lesz a következménye, akkor a vesztes pozícióban lévő fél inkább távol maradna az egész pereskedéstől.

“Az ítélet legyen objektív, és nem lehet személyes” – “*ám az ember akarva-akaratlanul mindarra, amit tesz, kénytelen rányomni személyisége bélyegét*”. Ezzel Kantorowicz is hangsúlyozta a bírói folyamat pszichológiai elemeit, melynek igazi vizsgálatát a jogi realizmus képviselői tették meg.

Az ítélet legyen szigorúan tudományos teljesítmény” – “*ha maga az elmélet antidogmatikává válik, akkor a jogszolgáltatás sem lehet többé tudományos*”.

“A jogszolgáltatás legyen érzelmektől mentes” – “*ha az egyikben az akarat uralkodik, akkor a másik sem maradhat többé érzelmenélküli*”. Viszont ez a bírák tekintetében így van és így is marad, mert még ha végső soron valamennyi fél is érzelmi alapon pereskedik, a szükségszerűen pártatlan bíró soha nem enged majd ennek, és nem fog tudatosan a rossz mellett dönteni.^[10]

Röviden tehát *a bíró a következő “posztulátumoknak” kell, hogy megfeleljen, mikor a feladatát végzi: ítéleteit ne csak a törvények paragrafusai alapján hozza; többé már nem a törvény szolgája, hanem a jog alakítója is egyben; joghézag esetén alkotó jelleggel próbálja azt kitoldani; nem az indoklás a döntés lényege; személyes, azonban érzelmektől mentes legyen ítélkezése, mely nem pusztán tudományos immáron, és az előreláthatóság sem elvárás többé*. Mindez azonban több szempontból sem problémamentes.

Kantorowicz elvetette az indoklási kötelezettséget. “A hívó nem kíván az utolsó ítélettől indokolt döntéseket”, “a győztes fél... minden indoklás nélkül is elégedett

volna, míg a vesztes fél mindenből csak a nem-et hallja ki” – mondta. Ilyen alapon a munkavállaló elbocsátása esetén sem kellene indoklást adni, úgyis csak a nem-et hallja, a biztosítási szerződések megszüntetésekor nem kell közölni a felbontás indokát, úgyis mindegy már, hogy előnti-e a víz a kisember házát vagy sem. Ez gyenge védekezés. Ráadásul maga írja korábban, hogy a bírói túlkapások megfékezésére a felsőbb bíróságok lennének az alkalmas eszközök. Akkor viszont hogyan ítélik meg a felülbírálat során, hogy az első fokon hozott ítélet károsan szubjektív volt-e, ha nincsenek papírok erről? Úgy vélem tehát, hogy ebben nem volt igaza a szerzőnek, és amíg a bírósági szervezet állami kereteken belül mozog – és nem térünk vissza a “falu bölcse” stílusú ítélkezéshez – az indoklási kötelezettség elhagyhatatlan.

Érdekes ellentét feszül két másik tétele között. Előbb azt mondta, hogy az elmélet helyet adhat érzelmi értékeknek, sőt külön kiemeli: az ember, így a bíró, rányomja saját személyiségét az adott esetre. Ez kétségtelenül így is van, ennek legfeljebb csak mértéke lehet kérdéses (nincs olyan bíró, aki egészében objektív tudna minden egyes perében, az a jogalkalmazó azonban, aki folyton saját meggyőződésének megfelelően ítélkezik, nem sokáig maradhat a pulpitusa mögött). Utóbb viszont rögzítette, hogy a bíró mindig érzelmeiktől mentes és sosem a rossz oldal mellett dönt. Tehát most belehozza szubjektív érzelmeit, vagy sem? Sőt, hogy tovább élezzük az indoklási kötelezettséget elvető felfogásával szemben fennálló kritikánk hegyét, hogy tudná azt bárki indoklások nélkül igazolni, hogy a bíró érzelemmentesen járt el, avagy személyes tulajdonságai káros mértékben hatottak rá az ítélet meghozatalakor?

E rövid kritika után továbbhaladva néhány újabb eszmére kell felhívni a figyelmet, melyeket a “jövő” bírái számára elengedhetetlennek tartott, így: *népszerűség*, vagyis az angol bírák mintájára a német (és egyéb európai) kollégáknak is érezni kell a nép támogatását és megbecsülését, s mindezt teljesítményük, képességeik alapján érhetik el.

Szakszerűség: tehát laikusok helyett képzett szakemberek ítélkezzenek, “ütött az esküdtbírók utolsó órája”, de éppígy az ülnököké és a vegyes bíróságoké is. Másrészt olyan bírákat kell képezni, akik a mindennapok tényei és az uralkodó jogelmélet mellett ismerik az egyes szomszédos tudományok (közgazdaságtan, kereskedelmi ismeretek) lényeges elemeit, biztosítva ezáltal, hogy ne legyenek tanácstalanok semmilyen ügyben. Végbe kell mennie továbbá a szakosodásnak, “a tényállás specialistáira, és nem a jogtétel ezermestereire van szükség” – hirdette jelszavuk.

Csak így lehet visszaadni a *pártatlanság* korábbi fényét, melyhez a bírácoknak a politikai szférától történő *függetlensége* szükséges. “A mozgalom tehát minden erejével egyetlen célra törekszik... az *igazságosságra*.”^[11]

Eugen **Ehrlich** tekinthető a szabadjogi mozgalom másik nagy vezéralakjának, ezért az ő elképzelését kell még részletesebben megvizsgálni e fejezetben belül. Nála még élesebben megjelenik a szabadjogász bíró alakjának és jellemének vizsgálata.

Ehrlich felfogása szerint a bírák szempontjából kétféle viszonyulási mód lehetséges a joghoz. Egyrészt az olyan erős államban, ahol a jogalkotás az állam kezébe van letéve, a bírák számára a jog döntésnorma, így a jogszolgáltatáson kívül másra nincs lehetőségük, méltányosságérzetük sem juthat érvényre. Másrészt előfordulhat, hogy a bírónak nem az állam jogát kell alkalmaznia, hanem “az eset körülményeire szabott méltányos döntést kell hoznia a jog segítségével”^[12]. Ez tekinthető a *szabad*

jogtalálásnak. Ehrlich emellett tört lándzsát, a hangsúlyt a tudatosan vagy tudattalanul alkotó bírói tevékenységre helyezte.

A bíró feladata, hogy a jogfejlődés következtében előállt eseteket a hatályos pozitív jog alapján eldöntse, melyben az elmélet és a jogrendszer bizonyos homályosságai (mint például bona fides, Treu und Glauben, contra bonos mores stb.) *nyújtanak neki segítséget*. A fő kérdés ezek után az, hogy miként megy végbe a szabad jogtalálás, és milyen szerepet játszanak ebben a fent említett kategóriák. Amennyiben erre keressük a választ, és feltételezzük, hogy nem a törvény a *jogszolgáltatás alapja*, akkor az csak a *“paragrafusokhoz nem kötött igazság”* lehet, mondta Ehrlich. Ennek előfeltétele a *hagyomány*, amely a múlt jogi dokumentumaiban, vagyis a törvényekben, a jogszolgáltatásban és az irodalomban lehető fel – vagyis az igazságosság történeti fejlődés eredménye. Az általános szabálynak egyedi esetre történő alkalmazását pedig – az igazságosságot szem előtt tartva – mindig valamilyen *személyiség* végezte, ez volt a bíró. *“A szabad jogtalálás nem az anyagi jog kérdése tehát, hanem a bírói tisztségre hivatott személyek kiválasztásáé”*. A szabad jogtalálás – Ehrlich felfogása szerint, mely összhangban áll Kantorowicz-nak a szakszerűségről vallott nézetével – a bíró szellemével, jellemével és tudásával szemben is a legmagasabb szintű követelményeket támasztja. A társadalmi folyamatok felismerése mellett követelmény a jelen szükségletei iránti szenzibilitás, és a jog történetileg kialakult anyagát is kielégítően ismernie kell a bírónak – mindezt azért, hogy minél hatékonyabban lássa el feladatát, lévén: *“a szabad jogtalálás a nagy egyéniség teremtő gondolataitól is vár valamit”*^[13].

Ehrlich a szabad jogtalálás lehetőségét a technikai jogtaláláshoz és a törvényhozáshoz való viszonyával összefüggésben igazolta.

Előbbi tekintetében a következő érveket és eseteket hozta fel: a technikai jogtalálástól nem várhatunk jobb vagy igazságosabb döntéseket, mint a szabad jogtalálástól, ez utóbbi ugyanis sokkal alkalmasabb helyes döntés meghozatalára, mint egy általánosan érvényes elvont kategóriát minden esetre felállítani, sőt egy általános szabály nem alkalmas olyan ügy eldöntésére, melyre a jogszabály felállításakor nem is gondoltak.

Úgy vélte, hogy a technikai jogtalálás célja nem mindig igazságos, hanem inkább biztos és előrelátható jog alkotása. Védelmet próbál nyújtani az önkénnyel szemben, mindezt úgy, hogy kiszolgáltatja egy olyan normának, amely mindent előre eldönt. Csakhogy e védelmet soha nem tudta és nem is fogja nyújtani, sőt az önkény semmivel nem korlátozottabb, mint az ősi rómaiaknál, vagy a common law rendszerekben, ahol a törvények uralmával szemben mindig is nagyobb volt a jogalkalmazók szerepe.

Az analógia, mely a technikai jogtalálás egyik legnagyobb fegyvere, más módon, de legalább annyit bíz a bíró mérlegelésére, mint a szabad jogtalálás mechanizmusa, így gyakorlatilag semmi előnye sincs azzal szemben.

A bírói döntések előreláthatósága a technikai jogtalálás esetén csak akkor tűnik biztosítottnak, ha a jog olyan világos és meghatározott, hogy a jogtalálástól nem függ semmi. Ezért a hagyományokhoz kötött (ám ennek ellenére) szabad jogtalálás sokkal több garanciát nyújt a jogbiztonság tekintetében^[14].

Ami a törvényhozáshoz való viszonyt illeti, Ehrlich történeti elemzés segítségével jutott arra az elképzelésre, hogy a törvényhozás nem áll kifejezetten szemben a szabad jogtalálással.

Felhasználta Gény fejtegetéseit, aki a *Code Civil* 4.§-ának híres rendelkezéséről^[15] a következőket mondta: “jelenlegi jogunk hatályos szabályaiban vagy a tekintélyt élvező

hagyomány címén általunk elsajátított pozitív felfogásokban nem található semmi, mely jogossá tenné egy olyan álláspontot, mely szerint törvényeink kodifikálása a magánjog rendszerében azzal az eredménnyel járna, hogy feláldozzuk maguk e törvények kizárólagos szuverenitását és mint hasztalanról és élősdiről lemondjunk ezzel minden értelmezéssel történő önálló fejlesztésről, mely a tisztán törvényhozói cselekvés elkerülhetetlen mulasztásainak, nehézkességének, hajlékonysága és plaszticitása hiányának a pótlására irányul.”

Az *osztrák általános polgári törvénykönyv (ABGB)* 7.§-a a következőképp szól: “ha valamely jogeset sem a törvény szavai, sem annak természetes értelme szerint el nem határozható, a törvényekben világosan elhatározott más hasonló esetekre, és más azzal rokon törvények alapokaira marad, úgy azt a szorgalmasan összeszedett és éretten megfontolt körülmények tekintetbe vétele mellett, a természetjogi jogelvek szerint kell elhatározni.” S mivel a törvény bizonyos megszorításai (10. és 15. §§) nem tartoznak ide, megállapította, hogy a szabad jogtalálást nem tagadta az ABGB, kizárva egyúttal annak lehetőségét, hogy a szabadon talált jogászjog alapján új szokásjog keletkezzen.

Míg a *német polgári törvénykönyv (BGB)* első olvasata még kifejezetten tartalmazta az analógia útján történő jogalkalmazás lehetőségét arra az esetre, ha a törvény ne rendelkezne, addig a második olvasatban e szakasz már nem volt benne, Ehrlich véleménye szerint ez kétségtelen jele annak, hogy a jogalkotó nem akarta szabályozni e kérdést, nyitva hagyva a vita lehetőségét a tudomány számára.

Végezetül a *ZGB*-ről és annak magyarázatáról szól. A svájci polgári törvénykönyv deklarálta a legegységesebben azt, hogy a bíróra milyen feladatok várnak a szabad jogtalálás tevékenysége során. Ismernie kell tehát a szokásjogot, a jogtudomány és a joggyakorlat eredményeit, s mindezek fényében képes lehet olyan szabály szerint dönteni, amelyet akkor alkotna, ha törvényhozó lenne^[16]. “Mindezt nem a döntés alapjának tekintették, hanem inkább annak a határnak, ameddig a bíró szabadsága terjed”^[17].

A *bíró felé* követelményként jelenik meg, hogy *ne önkényesen, hanem a méltányosság szellemében hozzon döntést*, “egy magasabb forrásból származó igazságot” törekedjen érvényre juttatni. A garancia az igazságos döntésre végső soron a bíró személyiségében rejlik.

Előbb hangzott el, hogy mikre kell a bírónak tekintettel lennie, azonban ami a “jövőt” illeti, Ehrlich a szabadjogi mozgalom szellemében a jogtudomány feladatává eddigi tevékenysége (vagyis a hagyományos civilisztikai monográfiák) helyett a jogi előírások értelmének kutatását helyezte. Elvként rögzítette, hogy a jogtételre nem mint merev dogmára, hanem mint eleven erőre kell tekinteni. A tudománynak tehát az a feladata, hogy úgy ábrázolja a jogot, ahogy az érvényesül. Aki pedig alkotó jogszolgáltatást kíván, az alkotó tudományt is kíván egyben. Alapvetően nem feladata a tudománynak, hogy minden esetet előre eldöntsen, és a bíró szájába adja a megoldásokat, akkor lép inkább előtérbe, amikor egy új problémával találkozik az igazságszolgáltatás, s ennek megoldásához átfogó tanulmányok elkészítésére van szükség^[18].

Francois **Gény** nem tartozott kifejezetten a szabadjogi mozgalomhoz, Tudomány és technika a tételes magánjogban c. alkotásával mégis egy viszonylag hasonló elméletet dolgozott ki, amiben a lényegi hangsúly a *libre recherche scientifique*, vagyis a szabad

tudományos kutatás mechanizmusán volt. Ahhoz tehát, hogy ez utóbbi kategóriát kellőképpen át lehessen látni, Gény elméletét is le kell vezetni.

A francia szerző a jogot két elemre bontotta: az *adottra* és a konstruáltra. Előbbi alatt a természetjogot értette, ami a rendszer működését alapvetően meghatározza, áthatja, amely állandósággal rendelkezik, és feladata a jog egésze számára általános irányelvek nyújtása, mégis a konkrét jogalkalmazás során (nem csak a tárgyalótermekben, hanem az ügyvédi irodákban is) kevésbé használhatóak. A *konstruáltat* ezzel szemben alapvetően a konkrétság, az egyediség jellemzi, értékét a célra való alkalmasságuk határozza meg, ez az, amit a jogászok a gyakorlat során közvetlenül előhívhatnak. A jogkeletkezés tekintetében *az adott az anyag, a konstruált pedig a forma*. Bár mindkettőt fontosnak tartja Gény, közülük mégis is inkább az *adottra* helyezi a hangsúlyt, “minden az adott felé tart”^[19]. A jogásznak “az adottat tisztelnie kell, és alája rendelni konstrukcióit”, mégis “ura marad *'konstrukcióinak'*: tetszése szerint igazítja azokat az *'adott'*-hoz, egyszerűen a sikeresség kritériumát követve”^[20]

Az adottból hogyan lesz konstruált? Egy bizonyos *technika* révén történik meg, amely inkább a cselekvés, semmint a megismerés. Ez különféle eszközökből áll össze, és bár a cél adott (“az eszményi felé vonzott ítézés”), az elemek közötti választás során a szabad kutatást végző személy a lehető legteljesebb szabadsággal rendelkezik.

Az egyik ilyen technikai eljárás az “*intellektuális*” tevékenység, mely “a valóságoknak többé-kevésbé adekvát fogalmi kifejezésétől a jogi vélelmeken keresztül egészen a szoroson vett jogi fikciókig” terjed^[21]. Ez kifejezetten szabad kutatás, ami már *jogalkotásnak is tekinthető*.

Meg kell említeni az “*alakító*” eljárást, mely végül is az adottat formába önti, meghúzza a jogi és a nem-jogi közti határt.

A jogtechnika eszközeiként tárgyalt *írott törvények* legfontosabb tulajdonságának a többi jogszabály elfogadása terén játszott szerepét tartotta. Ehhez specifikus jellege adott alapot, így könnyedén vált elsővé az említett elemek közül. Óva intett azonban mindenkit Gény, hogy csak ezért a törvényekkel azonosítsuk a jogot. “Tekintettel kell lennünk mesterséges jellegére” – hangsúlyozta^[22]. Másrészt a törvények szerepe ott is megmutatkozik, hogy vannak a társadalomban olyan életviszonyok, amelyeket elsősorban törvényben kell szabályozni ahhoz, hogy a lehető legeredményesebben megvalósulhassanak.

A dogmatikai *fogalmak* is külön kategóriát képeznek, melyek egy tudományos kutatásban elengedhetetlenek.

A bírák jogalakító szerepe Gény elméletében a törvények hallgatása, a konstruált réteg tökéletlensége esetén jelentkezik. De nézzük meg, hogyan szólt erről Gény maga: “a formális jogforrások hallgatása vagy elégtelensége esetén ezért nem habozom, hogy a bírák számára általános irányvonalként a következőket jelöljem ki: a bírónak úgy kell formálnia jogi ítéletét, hogy ugyanazon jogi céloknak engedelmességedjék, mint amelyeket a törvényhozó követne, ha szabályozná a szóban forgó kérdést. Mégis, a bírói s a törvényhozói tevékenység között van egy fontos eltérés. A törvényhozót semmi sem korlátozza, hogy az általános helyzet megítélésében, melyet egészében absztrakt módon szabályoz. Ezzel szemben a bíró, ki egyedi esetekben teljességgel konkrét problémák tekintetében dönt, modern szervezetünk szellemét követve az önkényesség kockázatának az elkerülése érdekében arra kényszerül, hogy a lehető legnagyobb mértékben mentesítse magát a személyes, vagy az előtte fekvő partikuláris ügyből

fakadó hatásoktól, és objektív természetű elemekre alapozza bírói döntését. Ezért úgy tűnik nekem, hogy a bíróra jellemző tevékenységet joggal minősíthetjük szabad tudományos kutatásnak (*libre recherche scientifique*). Szabadnak, mert a pozitív hatalom beavatkozásától mentes; ám ugyanakkor *tudományosnak*, mert csak azokban az objektív elemekben található megbízható alapra, amelyeket kizárólag a tudomány tár elé^[23].

Így tehát a bíró a szabad tudományos kutatás során a jogi technika eszközeivel maga is jogalkotó elemmé válik. Mindössze összehasonlításként hagy jelezzem: Ehrlich és Kantorowicz az ilyen jogi technikákat mélységesen elvetette, mint olyan eszközöket, amelyek arra tanítanak “bennünket, hogy valamely viszonyra olyan jogtételeket alkalmazzunk, amelyek egészen más fajtájú viszonyra vonatkoznak, s hogy e körülményen nyugodtan tegyük csak túl magunkat”^[24], így “csaknem minden jogtételt alkalmazhatnánk csaknem minden esetre, és tücsköt-bogarat összehordhatnánk anélkül, hogy... valaha is megvonhatnánk annak határát, ami megengedett”^[25]. Míg tehát ők a bíró személyiségétől várták a megoldásokat, és a technikai eszközöket kifejezetten elutasították, a jogszolgáltatást pedig felszabadítani törekedtek a tudomány alól, addig Gény egy önálló új tudományt dolgozott ki, mely technikai alapokon nyugszik.

2. Interessenjurisprudenz

Ebben a felfogásban a *jogalkotónak* a bírákhoz intézett parancsaként tekintettek a törvényekre. A normák azonban nem lehetnek annyira kazuisztikusak, mint hitte azt a Begriffsjurisprudenz (nem véletlen, hogy az irányzat elsősorban a Puchta-féle “összecsiszolt fogalmi piramis” ellen indított támadást), így nem is kényszerítheti a bírót abba a szerepbe, hogy a kódexek tartalmát egyszerű logikai szubszumpcióval hozza felszínre.

A *bíró* a törvényekben lefektetett érdekek közötti választásra hivatott az egyes esetek eldöntésekor, de nem pusztán mint egy “jogi automata”. A szubszumpció eszközét pedig a jogtudomány által kidolgozott tételeknek a jogszolgáltatásba történő bevonásakor kell alkalmaznia.

Bár a tudományos szféra primátusát elvetették, szerepét semmiképp sem tartották elhanyagolhatónak. A jogszabályok rendszerbe foglalását és az azokban rögzített (védelembe vett) érdekek megvilágítását, vizsgálatát szánták a *jogtudósok* feladatául. **Stoll** úgy vélte, hogy “a jogtudomány akkor van segítségére a bírónak, ha a maga érdekkutató úton létrehozott eredményeit a technikus jogi fogalmak segítségével formállogikai formulák alakjába önti és konstrukció útján a jog rendszerébe beilleszti. A bíró azután a jogtudomány fix állományához tartozó tételeket és azokat a tételeket, amelyeknek a stabilitása a joggyakorlat egységessége szempontjából szükséges, szubszumpció útján alkalmazza”^[26].

Elvetették tehát a merev pozitivista felfogást (bár a törvény parancs a bíróhoz, a jog mégsem csak parancsokból áll), szembehelyezkedtek a fogalomkutató jogtudomány egyoldalú dogmatizmusával is, és szemmel láthatólag – helyesen – nem csak a bírói döntést vizsgálták. *Egy szerves rendszert képzeltek el, amelyben minden szférának megvan a maga helye és feladata a jog alakításában, ráadásul úgy, hogy egyik sem nyomja el a másikat.*

Ebből kifolyólag a bírói jogalakításnak nem juttattak olyan nagy szerepet, mint tették azt a szabadjogászok (vagy a jogi realisták – lásd lejjebb), mégis egy helyen teret engedtek számukra, és ez a joghézagok betöltésének az esete. Mindezt a következő keretek között: *az érdekjogász bíró a hiányosságok pótlására csak akkor jogosult, ha kifejezett törvényi rendelkezés az adott esetre nincs, és a végső döntést is csak a jogalkotó által preferált érdek tükrében hozhatja meg*, vagyis igazából sem a jogelveket, sem az észjog szabályait nem vonhatja be ítélete meghozatalába. Ha pedig az érdekkonfliktust nem tudja átlátni, akkor “abból kell kiindulnia, hogy egymással szemben álló érdekek egyensúlyhelyzete mellett, továbbá akkor, ha a nép jogi meggyőzésében egymással ellenkező érdekértékelő törekvések érvényesülnek, a döntést a törvény fogalmi konstrukciójában kell keresni” – mondta **Baumgarten**.

II. Az angolszász felfogások

Az angolszász jogi kultúra, mint arra már a bevezetőben utaltam, sokban különbözik az európaiától, ezért a bírák szerepe, a téma megközelítése, a vizsgált területek, a felhasznált tudományok mind-mind eltérést mutatnak.

Itt a bírói gyakorlat a domináns, ez áll a jogrendszer középpontjában, persze mellette jelentős súllyal bír a jogalkotás, s talán a leggyengébbnek a jogtudományt tekinthetjük (így angol bíróságok előtt mind a mai napig nem tanácsos élő jogtudósra hivatkozni). Az elméleti szerzők is rendszerint gyakorló bírák vagy jogászok voltak. A jogi gondolkodást az empirizmus és pragmatizmus jellemzi, szemben a jog normatív koncepciójával, mely elsősorban a kontinensen uralkodik.

Mindezek fényében már sokkal érthetőbb, miért is eresztett oly mély gyökereket az angolszász (főleg az amerikai) jogi kultúrában a jogszociológia. Az alább elemzésre kerülő két nagy elméleti irány ugyanazon alapokról indult, és bár többek a jogi realizmust pszichologizmus miatt leválasztani törekedtek a jogszociológiáról, mégis “ez az irány alapproblémáiban és kérdésfeltevéseiben azokat a tendenciákat élezi ki a végsőkig, amelyek már a pragmatista jogszociológiában is adva vannak...”^[27].

A bevezetőben azonban azt is említettem, hogy az angolszász jogrendszerben egy furcsa kettősség alakult ki: annak ellenére, hogy a bírák a jogrendszer igazi mozgatórugói, többek (köztük egyes gondolkodók úgy vélik: maguk a bírák is) ennek ellene vannak, az ellenkezőjét próbálják bebizonyítani. Dennis **Lloyd** véleménye szerint ezt két szorosan összefüggő nézettel próbálták indokolni^[28]. Egyrészt a jognak, mint egy *szentelt misztikumnak* (sacred mystery) a felfogásával, mely szerint a jog alakításának lehetősége a papság kezébe volt letéve, a bírák pedig letéteményesei (élő orákulumai) voltak annak. A papság alkotta, a bírák kihirdették a jogot. Egy “misztikus eljárás” folytán azonban a jogot csak a bírák fedezhették fel és hozhatták nyilvánosságra a világiak számára, és annak is csak azt a részét, amely számukra is jó volt, mindezt pedig olyan hieratikus (merev) nyelvezetben, amelyet csak a beavatottak értettek. Ahogy Lloyd is mondja, ez túlzás, ezért inkább a másik tétel az, amellyel a korai common law-t (a valósággal ellentétesen) jellemezni próbálták: a common law az egész birodalom számára irányadó szokásjogi szabályok gyűjteménye, amelynek a bírák inkább csak magyarázóí, semmint alkotói.

Az így kialakult felfogást aztán olyan jelentős gondolkodók, mint Blackstone, Bentham vagy Austin tovább vizsgálták, s javarészt meg is erősítették annak bástyáit. S mivel az amerikai jog erősen az angol hatása alatt állt (különösképp Austin nyert elismerést), ez a nézet az új kontinensen is elterjedt.

Ezzel a koncepcióval szemben, azzal a szándékkal, hogy megadják a bírák tevékenységét megillető hangsúlyt, a jogi realizmus, de a pragmatisták is a “tények” bemutatására törekedtek, ehhez pedig keresve sem találhattak volna alkalmasabb eszközt, mint a jogszociológiát. Sőt, külön ki kell emelni a század elején rohamosan fejlődő kapitalista viszonyokat, amelyek keretei között a társadalmi szükségletek legjobb észlelői (és artikulálói) a bírák voltak. Ez újabb indokként szolgált arra, hogy a bírák szerepét erősíteni törekedjenek egyes gondolkodók.

1. Jogi realizmus

Ez a felfogás, hasonlóan a szabadjogi mozgalomhoz, nem nevezhető egy egységes irányvonalnak, nem rendelkezett egy komplett elmélet valamennyi jellemvonásával. Ezért itt is elsősorban egyéni elképzelésekről lehet beszámolni, azonban ahogy Kantorowicz, úgy itt is volt valaki, aki megpróbált néhány összefoglaló tézist rögzíteni.

Karl **Llewellyn** a következőket mondta:

1. *nincsen realista iskola*, csak egy mozgalom a joggal kapcsolatos gondolkodásban és munkálkodásban;

2. a jog fogalma folyékony és mindenkor társadalmi célokra irányul, azonban magát a jogot e cél vizsgálata nélkül kell kutatni, azzal, hogy a társadalom mindenkor gyorsabban változik, mint a jog;

3. *bizalmatlanság* a hagyományos jogi szabályok és fogalmak iránt, lévén nem egy zárt rendszer kiépítésére törekedtek, hanem azt kívánták leírni, hogy a bíróságok és az emberek ténylegesen mit tesznek;

4. a szabályok annak jóslatai, hogy a bíróságok mit fognak tenni, vagyis a *jogszabályok nem írják le a joggyakorlatot*;

5. a jog bármely részének fejlődését vizsgálva *hatásainak kifejezésével foglalkoztak*^[29].

Goodhart ezt még rövidebben úgy fogalmazta meg, hogy a jogi realizmus jellegzetességei “a jog bizonytalanságának hangsúlyozása, a formális joglogika elleni hadüzenet, a modern lélektan alkalmazása és a jog hatásainak a kutatása”^[30]. **Pound** azt tartotta jellegzetesnek, hogy a mozgalom az irracionális elemeket tartotta reálisnak, a racionális elemeket pedig illúzióknak. A bizonytalanság és az alanyi tényezők pedig túl nagy hangsúlyt kaptak. Végeredményben a következőkkel jellemezte őket: “a szabálytól és a fogalomtól való irtózás, az egyes eset és a közigazgatási abszolutizmus kultusza, a dogmatikus egyoldalúság és a behaviorista lélektan”^[31].

A képviselőket alapvetően jellemezte a meglévő jogtudománnyal szembeni *szkepticizmus*. Nem véletlen, hogy Jerome **Frank** a “realizmus” kifejezést a “konstruktív szkepticizmussal” kívánta felváltani. **Arnold** szerint “a jogra vonatkozó különböző elméletek egyszerre akadályozzák a fejlődést, a jogtudós már nem is tud joggyakorlatot folytatni”. **Robinson** pedig úgy fogalmazott, hogy “le kell számolni a

jogtudomány konzervatív kérdésfeltevésével és a jog új, 'naturalisztikus' filozófiáját kell felépíteni az empirikus szociológiára és a pszichológiára”^[32].

Ezzel elérkeztünk arra a pontra, hogy nézetük szerint a bírának milyen segédtudományokra kell támaszkodniuk tevékenységük végzése során. Előbb elhangzott a szociológia, a pszichológia, de a statisztika és a közgazdaságtan sem elhanyagolható. Volt, aki a fizikából indult ki (Cook), volt aki pedig a fizika mellett a matematikának is juttatott szerepet (Felix Cohen).

A jog lényege tehát a bírói tevékenységben, a bírói döntésben rejlik. Frank szavaival élve: “a normák... nem jelentik a jogot, hanem csak egyikét ama sok forrásnak, amelyhez a bíró az eléje kerülő eset jogának megalkotásakor fordul... *a jog ezért döntésekből és nem szabályokból áll. Ha tehát a bíró akármikor egy esetet eldönt, jogot alkot*”^[33]. Ezzel azonban sajnos az irányzat ugyanazt a hibát követte el, amiért oly sokan a jogpozitivizmust vagy a Begriffsjurisprudenzet támadták: a jog leszűkítését egy rétegre. Ez pedig még az amerikai környezetben is a valóság torzítása.

Frank sajátos nézetet vallott azokról a koncepciókról, amelyek a bírói jogalkotást elutasították. Azt mondta: egy ilyen elmélet “nem hazugság, mert a hazugság egy tény állítása az igazság ellenére, nem is fikció, mert a fikció hamis állítás a hamisság tudatában, de nem becsapási szándékkal. *A bírói jog tagadása mítosz, hamis állítás, hamisságának teljes tudata nélkül*”. “*A gyermekes vágyakozás, hogy a jogban ismét egy mindentudó, szigorú apa-bírót fedezzünk fel, a jogi csalhatatlanság és állhatatosság lehetetlen követeléséhez vezet. Ebből következnek a kitartó törekvések a jog statikus létrehozására, és ezért a bírói hatalom redukálására, alkotó jellegének tagadására*”^[34]. Vagyis látható, hogy Frank már itt segítségül hívta a pszichológia eszközét, hogy állítását igazolja.

A freudi újpszichológia fegyvertárához nyúlt, mikor a bírói ítéletek lényegét és sajátosságait kívánta megragadni. Lényegi mondanivalója az volt, hogy *az eljárás a bíró intuícióján, megérzésein nyugszik*. Kétségtelen, hogy az ítélet meghozataláig rendkívül sok külső tényező hat rá (gazdasági, társadalmi, politikai okok), melyektől nem képes egészében távol tartani magát, mégis *sokkal fontosabbak a bíró személyiségéből, belsejéből folyó tényezők*. “Mert végső fokon a bíró ítéletei egész élettörténetének eredményei”^[35].

Hosszasan lehetne sorolni azokat a belső tényezőket, amelyek a környezeti behatásoknál erőteljesebben érvényesülnek az eljárás során. Csak példaként, ilyenek: türelmetlenség, gyűlölet, antipátia, hatalmi irigység, csoport-lojalitás, sőt, ezek ellentettei is. Mindezek nagyban befolyásolják a bírót az eljárás során, például anélkül, hogy tudatosan történné, az egyik tanú viselkedése ellenérzéseket válthat ki belőle, vagy felhozhat egy képet a múltból, amelyre a jogalkalmazó nem szívesen emlékszik vissza. Vagy épp fordítva. Ha egy boldog emlékkép ötlük fel, avagy a tanú viselkedése emlékezteti a bírót fiatalkori sajátmagára, máris más érzés ragadhatja magával a bírót. Egy másik jogalkalmazó pedig, aki nem volt részese az emlékül szolgáló eseménynek, vagy közömbös a viselkedés iránt, megint máshogy áll a tanúhoz. A per ezért pszichológiai vita és nem jogvita^[36].

Frank tehát előbbre valónak ítélte a lélektani motívumokat a környezeti tényezőknél. Ebből a szempontból szemben állt a pragmatista felfogással^[37]. Pound, Frankfurter illetve Cohen úgy vélte, hogy az alkotmányi és munkaügyekben alkalmazható jogszabályok nem kellő rögzítése folytán a bírák szerepe előtérbe helyeződik, s ilyenkor

a szabályok megfogalmazása vagy értelmezése gyakran változik azzal a bíróval, aki a kérdéses ügyet megítéli. Az eltérés nemcsak a tiszta gondolkodásban, hanem sokkal inkább a különböző gazdasági, társadalmi, politikai okokban keresendő. Ez utóbbi tényezőt pedig a másfajta nevelés eredményezi – mondták.

Frankfurter szerint a bírák “tudattalanja hatalmas szerepet játszik az ítélkezési folyamatban, különösen ott, ahol közelről érint kortársi gazdasági és társadalmi problémákat”, Cohen pedig a jogban fennálló bizonytalanságok ellenére a döntések előrejelzésének lehetőségét hangsúlyozta, mely elsősorban logikai, politikai, pszichológiai és közgazdaságtani eszközökkel történhet, a döntések motiváló erői pedig “különbéle bíránk politikai, gazdasági és szakmai háttérében és tevékenységében található”. Ezen az alapon emelte ki Frank, hogy – bár a pragmatisták erősebben a szociológia talaján álltak – e gondolkodók “elődeiknél határozottabban látták, hogy amiről beszélnek, az nem más, mint pszichológia, a bírák pszichológiája”^[38], még ha nem is mondták ki szó szerint.

Radin úgy látta, hogy a jog az, amit a bíróságok (és részben a közigazgatási szervek) a törvény és a közvélemény határai között tesznek, illetve mondanak. Véleménye szerint a bíró “akkor realista, ha tudja, hogy nem-ismétlődő eset és személyek felett ítélkezik, de azt is tudja, hogy mégsem egészen unikum egyik sem, végül ha figyel ítéletének a közelebbi és távolabbi hatásaira. Egyéb hivatásos jogászok és a közönség akkor nézi realiztikusan a jogot, ha arra gondol, hogy miként viseli magát az a bíró, aki nem realista, hanem fogalmaktól hagyja magát vezetetni”^[39].

2. Szociológiai szemléletek

Oliver Wendell **Holmes** volt – Pound véleménye szerint – az, akiben a szociológiai irány kezdeményezőjét tisztelhetjük, lévén, hogy elsőként kezdte vizsgálni a bírói gondolkodás módszereit és a jogászi logika szerepét, valamint a bírói funkció jogalkotási szerepét is elismerte. Kifejezetten hangsúlyozta, hogy a jog pusztán jóslat arra nézve, hogy a bíróságok ténylegesen mit fognak cselekedni. A jog előreláthatóságát illúzióknak tekintette, a logikai műveleteket ugyanis önkéntelenül is átszövik az értékítéletek, így nem csoda, hogy a bíróságot jelképnek tekinti, amelynek keretein belül a tényelemek és az értékelemek joggá szövődnek össze^[40].

Láttunk már eddig radikális felfogásokat, láttunk olyat is, amely szerényebben viseltetett a bírói jogalkotás témakörét illetően. Benjamin N. **Cardozo** elméletét valahol e két szint között helyezhető el.

Egy írásában azzal kezdte fejtegetéseit, hogy “a jogszabály csak akkor méltó az elismerésre, ha jól funkcionál”. Itt fontos, hogy nem szabad feláldozni az általánost a különös kedvéért, tehát a pillanatnyi igazság helyett előbbre való a következetesség és az egységesség. A végső választási elv mégis a *célra való alkalmasság*. Minden bíró a maga tapasztalatai, tanulmányai alapján kell, hogy ezt megtalálja, mikor döntését meghozza. Mégis az általános tapasztalat szerint a *társadalmi jólét* az, amire érdemes törekedni.

Nagy kérdés ekkor, hogy ezt a bíró objektív vagy szubjektív mérce alapján lelheti-e fel? John **Gray** arra az esetre, ha a bíró és a közösség fogalmi eltérnének, azt javasolja, hogy a bíró a sajátjait kövesse. Cardozo szerint azonban ennek lehetősége a gyakorlatban csekély, és még ha elő is fordulna ilyen az életben, tévedés lenne, ha a bíró követendő életszabályként a maga viselkedését állítaná a közösség elé. Cardozo ezért a common law joggyakorlatához hasonlóan az *objektivitás* mellett érvelt. Azonban nem a tárgyi jogon alapuló objektivitást kell ez alatt érteni (ahogy Stammler gondolta), hanem “a bírónak a helyesen gondolkodó férfiak és nők szokásos erkölcsiségét kell határozatában érvényre juttatnia... Úgy gondolom, kötelessége a közösség elfogadott standardjainak, a kor *mores*-ének megfelelni, ami ugyanakkor nem jelenti azt, hogy a bírónak ne lenne módja emelni az uralkodó magatartás mértékét”^[41].

Melyek a jogfejlődés alakító tényezői? A logika, a történelem, a szokás és a helyes viselkedés elfogadott mércéi, felelte Cardozo. De hogy melyik válik uralkodóvá adott helyen és időben, az az általuk előmozdított vagy hátráltatott társadalmi érdekek jelentőségétől és értékétől függ. A precedensek követése pedig azért lehet ajánlatos, vélte, mert ezek nem adnak helyet az egyéni önkénynek és az előítéletnek. A következetesség azonban nem minden esetben válhat előnyössé, ezért – a precedensek követésénél mindenképpen előbbre való lévén – a méltányosság eszményének megvalósulása érdekében a bíró feladata a döntésnek a mindennapi szükségletekhez igazítása, vagyis hogy “új irányban új ösvényt szabjon”^[42].

Cardozo elismerte a bírói jogalkotás lehetőségét, sőt az ő szavaival élve: “a bíró szűkebb korlátok közé van szorítva, és csak a *hézagokat illetően hoz törvényt*, betöltve annak üres helyeit”^[43], ez tehát az a pont, ahol a bírói és a törvényhozói munka összekapcsolódik. Felhívta azonban a figyelmet arra, hogy vannak e tevékenységnek korlátai is, melyek a hagyományok, az előd- és kortársbírák példái és a köztudatban kialakult ítéletek keretében találhatóak. Azonban az e keretek közt kínálkozó lehetőségek közti választás lehetősége még mindig oly szabadságot jelent, ami szükségszerűen törvényhozói bölcsességet kíván, és törvényhozói minőséget biztosít a bíró számára. Mintaként fogta fel ő is a ZGB már említett szakaszát, azonban itt főleg arra hívta fel a figyelmet, hogy “a bíró még akkor sem teljesen szabad, amikor szabad”^[44], lévén az ítélethozatal érdekében követi a doktrína s a joggyakorlat által szentesített megoldásokat (ZGB 1.§ (3) bekezdés).

Az eddigiekből már nyilvánvalóvá válhatott, hogy Cardozo elveti azt a felfogást, mely szerint a bírák sosem hoznak törvényt, hanem mindössze magyarázzák azokat, hogy mindig létezett egy korábbi szabály, amelyet a bírák megszabadítanak a csomagolópapírtól, hogy a peres felek számára láthatóvá tegyék. Azonban élesen elutasította azok koncepcióit is, melyekben a jogot kizárólag a bírói döntésre szűkítik le. Így helytelennek tartotta Gray szavait: “Úgy vélem, a helyes álláspont szerint jog az, amit a bíró deklarál; törvények, precedensek, szakértői vélemények, szokások és erkölcsi szabályok – mindezek jogforrások”, Jethro **Brown** gondolatait: “a törvény az értelmezés előtt nem igazi – csupán ’látszólagos jog’. Még a régebbi döntések sem számíthatnak igazi jognak, mivel a bíróság hatályos kívül helyezheti őket. Ugyanezen okból – a peres felek helyzetét kivéve – az aktuális ítélet sem jog”^[45].

Sokkal helyesebbnek tartotta Arthur **Corbin** kijelentését: “bíróságainknak az a feladata, hogy a doktrínákat folytonosan újratételezve és folytonosan új tartalommal megtöltve a *mores*-szal naprakész összhangba hozzák”^[46].

Roscoe **Pound** elméletében központi helyet foglalt el a stabilitás szükségességének összeegyeztetése a változások kikerülhetetlenségével. Ezt az összebékítést Pound az *eszmék* segítségével látta megvalósíthatónak, amely a jogalkotás, az értelmezés, a bírói jogalkotás és a tudomány területeit egyaránt érinti^[47].

Pound a jognak három területe között tett különbséget. Létezik a *jogrend*, tehát a jogi normák területe, melyet ma már alapvetően a politikai törvényhozók fejlesztenek. Említette emellett a *bírói döntések szabályanyagát*, mely az érvek, irányelvek tömegéből áll össze. Harmadik szféra pedig a *bíráskodási folyamat*, ideértve a közigazgatási eljárásokat is^[48].

Pound híres tézise a *law in books and law in action*, vagyis hogy a jog egészen más a törvényekben, mint a valóságban. Ennek okaként azt vélte felfedezni, hogy amíg a törvényhozás a jog deklarálását jelenti (vagyis a jogászat az ész diktátumát kívánja felfedezni – ez pedig a természetjog doktrínáját tükrözi), addig a jog a könyvekben és a tettekben közel esik egymáshoz, hisz a törvény a gyakorlatot tükrözi. De amint a törvényhozás átcsap az állam akaratának megfelelő tézisek formába öntésébe, a rendelkezések többsége nem válik joggá, hiszen nem ez a gyakorlat. Pound véleménye szerint a jogász legfontosabb feladata azt elérni, hogy az életbeli és a könyvekben lefektetett jog megegyezzen.

Gondolatai közül az előzőekkel legalább olyan fontos megítélés alá esik a *társadalmi mérnököszködés* intézménye. Horváth Barna ezt a következőképp összegezte: “fessük meg a bírói döntés helyessége érdekében a jogászi társadalmi mérnököszködés képét, mint a társadalmi ellenőrzésnek egyik részletét. Válasszuk szét a joganyagot azt a részét, amely az értelemhez szól, ismétlődést, kiszámíthatóságot, szabályt és a jogelv logikai fejlesztését kívánja, a joganyagot attól a másik részétől, amely intuíciót kíván, egyedülálló, soha vissza nem térő helyzeteket mutat, jogi mértékeket és egyéniesítő jogalkalmazást követel. Tartsunk egyensúlyt a konkrét eset eldöntésének és a precedensalkotásnak a szempontja között. A legfontosabb pedig az, hogy tudatosítsuk a társadalmi és a jogi rend eszményi képeinek a szerepét a bírói döntésben és jogalkotásban egyaránt”^[49].

III. A bírói jogalakítást megfogalmazó további gondolkodók

Hans **Kelsen** annak az iránynak volt a képviselője, mely szerint a jog pusztán normákból áll, azonban ez nála tiszta idealitás is, és így a normák és a valóság közötti konfliktust élezte ki. Pozitivizmusa nem egyszerű pozitívizmus, hanem egy tiszta jogtan. Ezért más, mint Blackstone már említett felfogása. Normatív és nem pszichológiai. Mivel a jog a normákból áll, a jog elméletének is normatannak kell lennie, a tárgyi értelemben vett jogról kell szólnia. Peschka azt, hogy Kelsen már nem a régi pozitivisták felfogást hangsúlyozta, a pozitívizmusnak a természetjoghoz való közeledésével magyarázza. S mivel a természetjogi oldal nem tett engedményeket a másik oldal felé, ilyenformán, mondja, “nem két végletes, szélsőséges álláspont egymáshoz közeledéséről, összebékítéséről van szó, hanem csupán az egyik véglet feladásáról és egy még szélsőségesebb másik koncepcióhoz való közelítésről”^[50]

Kelsen tiszta jogtanának más hangsúllyal tehát, de alapvető része a bírói jogalkotás. Ennek megfogalmazását a következőképp adta: a generális normát az egyedi esetre alkalmazni kell, meg kell nézni, hogy a tényállás egyezik-e a leírtakkal, továbbá a normához csatolt szankciónak is (szükség esetén) érvényt kell szerezni. Szükség van tehát az *individualizálódásra*. Ezt végzi el a *bírói ítélet*. Az ítélet nem deklaratív jellegű, mint azt a “jogalkalmazás” vagy a “jogszolgáltatás” kifejezések sugallják, hanem igenis *konstitutív*, vagyis *jogalkotás*.

“Mert arra, hogy egyáltalában fennforog valamely oly konkrét tényállás, amelyhez egy bizonyos specifikus jogi következményt kell hozzákapcsolni, és hogy ezt a konkrét jogi következményt hozzája is kapcsolják, ezt az egész vonatkozást egyáltalában csak a bírói ítélet teremti meg. Amint a két tényállást az általánosságnak a régiójában a törvény köti össze, akként az individuálisnak a régiójában éppen a bírói ítéletnek kell összekötnie őket. Ezért a bírói ítélet maga is individuális jogszabály”^[51].

Az individuális norma lényege, hogy érvényessége csak a konkrét esetre korlátozott, szemben a generális szabályokkal, amelyek általános érvényűek. Utóbbit szokás törvényhozásnak tekinteni. A bírói ítéletek, mint minden individuális norma, egy generális normára vezethetők vissza, jóllehet kivételesen generális norma nélkül is lehet döntést hozni, ilyenkor sem a törvényhozás, sem a szokás útján létrehozott anyagi jog nem játszik szerepet. Sőt az is lehetséges, még ritkább esetben, hogy a bíróság generális szabályt hozzon létre. Ilyen például a precedens. Kelsen helyet biztosított a bírói szabad jogtalálásnak is, amikor a pozitív jog generális normája, avagy a törvényhozó igazságosság-eszméje helyébe a bírósági lépés lép^[52].

Vagyis a jogalkotási folyamatot áttolta a bíróság előtti fázisba is, generálisból az individuálisba. De éppígy: ami jogalkotás, az egyben jogalkalmazásnak is minősül. Kelsen így azonban mind a jogalkotás, mind a jogalkalmazás tekintetében túl absztrakt fogalmakkal dolgozott, eltekintett mindkét tevékenység lényege felett. Elmosta a határt jogalkotás és jogalkalmazás között, a parlamenti képviselők is alkalmazzák a jogot, mikor papírra vetik a törvényt, a bírósági pedig jogot alkot, amikor az absztrakt jogi normát az egyedi eset körülményeihez igazítja, elérve ezzel, hogy a *bírói ítélet* is alaki értelemben vett *jogforrásnak minősüljön*^[53].

Merkel, Kelsen tanítványa, ezt az elképzelést továbbfejlesztve kidolgozta az ún. *“lépcsőelméletet”*. Ő is arra az álláspontra helyezkedett, hogy a jogot nem lehet egy síkra (mondjuk a törvényekre) leszűkíteni, ennél összetettebb a rendszer. Elméletének a lényege tehát az, hogy a jogalkotás minden egyes fokozata jogalkalmazás is egyben, és fordítva is: ami jogalkalmazás, az jogalkotás is, kivéve a legmagasabb szintű jogalkotás. Ő is elmosta tehát a jogalkalmazás és a jogalkotás közti határvonalat, relativizálta a különbségüket. Kelsenhez képest ott adott újat, hogy *ő már nemcsak az állami intézkedéseket tekintette jogszabályoknak, hanem a magánszemélyeknek az intézkedéseit, jogügyleteit is*.

Két *határt* állapított meg: a *legalsót*, vagyis a tiszta cselekvést és a pusztá végrehajtást, valamint a *legfelsőt*, tehát a pusztá jogalkotást. Ez a legfelső fokozat az alkotmány, mely érvényességét a *hipotetikus alapnormából* nyeri. Ez utóbbi nem valóságos jogszabály, hanem csak egy, az elmélet által kidolgozott kategória, melynek egyedüli feladata annak biztosítása, hogy legyen hova visszanyúlni az alapnorma

érvényességének igazolása során. Ez a hipotetikus alapnorma pedig azt mondja, hogy *mindaz, amit a hatalom parancsol, követendő*^[54].

Erre az elméletre is ugyanaz a kritika vonatkoztatható, mint ami előbb elhangzott, azzal kiegészítve, hogy önkényes dolog az alkotmány fölé egy további, még hozzá íratlan normát helyezni, kiváltképp úgy, ha az azt mondja: mindaz, amit a hatalom parancsol, kötelező. Az alkotmánynak az igazolásához egyébként sincs szükség egy újabb bizonyítékra, ez a véglet, ami az emberi jogalkotás során elérhető.

Helmut **Coing** természetjogi felfogásának keretében azt vizsgálta, hogy mindenképpen a törvényeket kell-e követni, vagy a bíró inkább az igazságosság eszményének kell, hogy megfeleljen. Ennek során három alapvető feladatot tűzött a bíró felé. Először is: *köteles minden eléje kerülő ügyet elbírálni*, másodsor: *mindezek során alá van vetve a törvényeknek*, harmadszor: *az ítéletét nemcsak a törvények alapján kell meghoznia, hanem annak méltányosnak és igazságosnak is kell lennie*.

Mindkét elvnek hangsúlyt biztosított tehát Coing. E két elvárás mégis összeütközhet, ha túlzottan ragaszkodik a bíró a törvény szavához, ilyenkor ugyanis megsérti a harmadik tételt, ha azonban igazságos döntés érdekében túllentül eltávolodik a normától, a második köteletségét szegi meg. E probléma leginkább a joghézagok esetén válik nyilvánvalóvá, akkor tehát, amikor a törvényhozó nem szabályozott valamely esetet, vagy nem megfelelően rögzítette azt, így nem talál a bíró igazságos ítéletéhez forrást a normákban.

Akkor mégis melyik lehet előrébb, ha lehet rangsorolni egyáltalán? Coing azt mondta, ha a pozitív jog engedi a bíró számára feladatainak teljesítése során a természetjog figyelembevételét, akkor az igazságosság elve bír primátussal. Ha azonban a pozitív jog elveti a természetjogi tételeket, a törvény követése az első. Coing mégsem állt itt meg, makacsul ragaszkodva elképzeléséhez. A bíró ugyanis, vélte, ilyenkor választás előtt áll: vagy lemond bírói tisztségéről, így kivonja magát az adott döntés meghozatalának kötelessége alól (passzív ellenállás), avagy aktív ellenállás keretében bizonyos cselekedeteket hajt végre.

Coing azért feltette a kérdést: meg lehet-e ezt egyáltalán tenni? Legális ez? Ismét csak a természetjogra hivatkozva azt mondja: igen, lehetséges, hisz ez a természetjog helyzetéből következik. De nem szabad elfelejteni, hogy sosem lehet *végleg* a rögzített igazságosság fölé helyezni az egyéni igazságosságot, hisz akkor mi értelme lenne a törvényhozásnak, másrészt mégiscsak ott az a második elvárás, ennek meg kell, hogy feleljen a bíró. De akkor mire és mikor jogosult a bíró?

Alapvetően tehát korlátok közé kell helyezni a jogalkalmazót, még hozzá a következőképpen. Először is *törekednie kell szintézist kialakítani* a pozitív jog és az igazságosság között. Ennek során köteles megvizsgálni, hogy a norma megfelel-e valamely igazságossági szempontnak, és ha igen, akkor nem tehet semmit ellene. *Csak akkor tagadhatja meg a törvénynek való engedelmességet*, ha az nyilvánvalóan igazságtalan, különösen, ha önkényes szempontokat helyezett előtérbe. *A pozitív jog teljes elvetésére* pedig csak a legszélsőségesebb esetekben kerülhet sor. Alapelv, tegyen bármit is a bíró, hogy köteles az előtte fekvő, egyedi esetre korlátozni magát, nem terjeszkedhet annak határain túl, nem indíthat el egy általános, egész jogrendszerre kiterjedő ellenállást^[55].

Coing tehát a bíró tevékenységét tartotta a legfontosabbnak az igazságosság és a törvényesség együttes megvalósulása szempontjából, amit a következőképp összegzett: “az ő személyében, személye erkölcsi döntése révén kerül meghaladásra a személyes és a rendbe öntött igazságosság közötti ellentét. Az ő tevékenységében valósul meg a jog”^[56].

Az *egzisztencialista jogfilozófia* álláspontját, mely szerint a jogszabályokat elutasítva csak a szabad bírói jogot kell jogként elismerni, legtisztábban talán Georg **Cohn** elképzelésén keresztül lehet megismerni. Arthur **Kaufmann** még azon a nézeten volt, hogy a jog nincs készen a törvényekben, és végleges alakját csak a bírósági tárgyalótermekben nyeri el, mégis nagy hangsúlyt fektetett annak kiemelésére, hogy a törvények nem valami szabadon félretolható ajánlások, hanem “a bíró minden körülmények között az (érvényes) törvényhez kötött”^[57].

Cohn elutasította a szabadjogi felfogást, egyrészt azért, mert az elismerte a jogszabályoknak az autoritását, vagyis azt, hogy a döntés alapjául szolgálnak. Másrészt azért, mert e jogszabályi alapról a szabadjogász bíró, mondta Cohn, egy új normát törekszik alkotni. Cohn véleménye azonban az volt, hogy nincs szükség a helyes döntéshez semmiféle normára, sem régre, sem újra, minden feltételt magában hordoz, önmagán nyugszik.

Az ún. *situáció-elmélet* segítségével tehát Cohn a jogot a bírói döntésre korlátozta. Ennek során keletkezik a valóságos jog, amely a konkrét helyzet, jogi konfliktus vagy szituáció eldöntéséből ered. A megoldáshoz szükséges eszközöket, feltételeket pedig nem a törvényekben találjuk, hanem magában a jogi helyzetben. Ebből kifolyólag nem lehet előre tudni, hogy adott esetben mi lesz a jog, az előreláthatóság tehát nem lehetséges.

Mi garantálja viszont azt, hogy az ilyen döntés helyes lesz? Az irányzat nevéből is következtethetünk a válaszra: a nagy tapasztalattal bíró, eljáró egyéniségek, egzisztenciák bölcs belátása nyújtja a garanciát a helyes döntés meghozatalára. Cohn véleménye szerint mindez társas bíróságok keretében oldható meg a leginkább. Itt a különböző egyének átélve az egész szituációt, végigzongoráznak minden lehetséges megoldáson, és a végén azt az álláspontot hirdetik ki végzésként, amelyiknek a legkevésbé lehet ellentmondani. És ez a helyes döntés.

Cohn tehát arra törekedett, hogy elmossa a jogalkotás és a jogalkalmazás közti valóságos különbséget, s a jogi normáknak a száműzésével a bírói tevékenységet gyakorlatilag mint jogalkotást fogja fel (mint ahogy az fentebb elhangzott, ez senkinek nem sikerült, nem is sikerülhetett, mivel ez nem lehetséges). A döntés pedig mindenféle alapot nélkülöz, mintegy a semmiből jön létre, s ehhez csak az kell, hogy a bölcs bírák beleéljék magukat a szituációba. Mindebből kitűnik, hogy ez a felfogás *irracionális*, nem a helyes döntést biztosítja ez az eljárást, hanem *inkább a bírói önkénynek ad utat*.

IV. A jogrendszer más alapokra helyezése

Az eddig elhangzottak során már többször utaltam arra, hogy a bírói jogalakítás szerepét sokan háttérbe tolták. Ezt tették többek között a fogalomjogászok, tehát a *Begriffsjurisprudenz* képviselői, mikor a következőket vázolták fel: a *törvényhozó*

egyedüli feladata a parancsok kibocsátása. Ebből aztán a *jogtudomány* képviselői a deduktív analitika eszközével egy zárt (hézagmentes), feszes fogalmi piramist építenek ki. A tételes jog tehát a “kör” egy ívrészlete, melynek a középpontjában található az az alapfogalom, amelynek segítségével az egész kör megrajzolható. Csakhogy a külső ív még mindig nem egyenletes, és ezt a tudomány feladata lecsiszolni, ezáltal válik tevékenységük művészetté. A *bíró* ebben a koncepcióban mindössze arra hivatott, hogy eseteket szolgáltatson, amelynek fényében a jogtudósok lemérhetik, fogalmi piramisuk egyenletes-e, vagy még kiegészítésre szorul^[58].

A másik végletet a *törvénypozitivist*a koncepció képezte, melynek értelmében a jog egyenlő a törvényhozó által kibocsátott normákkal, tehát a jog annak akarata. Ebben a felfogásban a bíró-alkotta jog kizárt, a jogalkalmazók nem mások, mint a jog orákulumai (**Blackstone**), csak az egyedi esetre alkalmazza a jogot, sosem alkotja azt. Ennek egyik legismertebb kifejezése a **Montesquieu**-féle *hatalommegosztási elmélet*, melyben a törvényhozás, az igazságszolgáltatás és a végrehajtás egymástól élesen elválasztva létezik, mindegyiknek megvan a maga feladata, nem nyúlhat át a másik kettőbe (sem tevékenysége végzése során, sem személyi szempontból), s mindez azt szolgálja, hogy senki ne szerezhessen meg a hatalmat önkényesen, tehát a kölcsönös ellenőrzés elvére helyezte a francia szerző a hangsúlyt. Ezzel mégis alapvetően kizárta annak lehetőségét, hogy a bíró több legyen, mint a törvényhozó által kiadott parancsoknak a mechanikus alkalmazója.

Megint más elképzelés szerint a jog a *mindennapi élet* jelenségeiben van. Már majdnem ezt mondta Cohn is, mikor a “valóságos jogról” beszélt, csakhogy ő ennek a kialakulását egyértelműen a bírói tárgyalótermekben látta elképzelhetőnek. Ehrlich “élő joga” is közel állt ehhez, mondván, hogy a szokások, a végrendeletek, szabályzatok stb. képezik a mindennapokban érvényesülő élő jogot, azonban ő még kifejezetten nagy jelentőséget tulajdonított a bíró tevékenységnek. Láttunk Pound-nál a “law in books and law in action” kategóriapárost, vagyis hogy a jog bizonyos esetekben más az életben, mint azt a jogalkotók elképzelték. Ennek alapvető oka, hogy a törvények megalkotások a gyakorlat helyett a maguk akaratát rögzítik a parlamenti képviselők. A jogásznak viszont feladata, hogy ezt az eltérést kiküszöbölje.

Leo **Petrzszickij** volt az, aki az “intuitív jog” fogalmával a hangsúlyt már kifejezetten a személyes tényezőkre helyezte. A tételes jog mint a egyéneknek arra nézve, hogy milyen viselkedést tanúsítsanak, hogyan álljanak a külvilág eseményeihez. Az intuitív jog mégis egyénenként változik. A pozitív jognál nagyobb hatást gyakorol a személyekre saját neveltetésük, körülményeik, életviszonyaik. Fejlődését tekintve az intuitív jog folyamatos, anélkül, hogy valaha is megmerevedne.

Az intuitív jog megoldásai akadálytalanul megfelelnek az adott eset egyedi következményeinek. Ez nem jelenti viszont azt, hogy jobb vagy tökéletesebb lenne a tételes jognál. Ennek oka ismét az egyénekben keresendő, ha ugyanis valaki rossz körülmények között nő fel, az általa helyesnek tartott cselekvés gyengébb minőségű lesz, mint a pozitív jog.

Az intuitív jog határai végtelenek, alkalmazhatósága pedig korlátlan, míg a tételes jognak megvannak a maga végpontjai. Nem mindent szabályoz ugyanis a jog, ahova az intuitív jog kiterjed. Megfordítva e tézist azonban Petraszickij maga írta később, hogy az intuitív jog nem érinti azokat a területeket, amelyek a formalitásokról, avagy a technikai módokról szólnak. Ez kizárólag a tételes jog területe. Az intuitív jog

inkább ott fejt ki a hatását, ahol jó vagy rossz okozásáról, előnyök vagy hátrányok szétoztásáról van szó. Ezeknek a leggyakoribb megjelenési területei a büntetések, jutalmak, oktatás, irodalom, művészet, kritika.

A jogélet tehát három területre osztható: 1., ahol csak a tételes jog uralkodik; 2., ahol csakis az intuitív jog létezik és működik; 3., ahol e kettő összevegyül.

Petraszickij ezen elképzeléséből látható, hogy sem a tételes jognak nem hagy kifejezetten nagy teret, a bírói tevékenységnek pedig még kevesebbet. Vagy legalábbis ugyanarra a szintre hozza őket, mint az össze többi személyt, akik az intuitív jogot alkalmazzák^[59].

Befejezés

Az eddigiekben tehát áttekintésre kerültek, amint említettem: a teljesség igénye nélkül, a XX. század első felének azon lényeges koncepciói, amelyek erőteljesebben kitértek a bírók szerepére. Többségében olyan elméletek hangzottak el, amelyek bírói jogalkotásról szóltak, de említésre kerültek olyan nézetek is, amelyek ennek ellentmondtak.

A század második fele már teljesen más beidegződést hozott mind Amerikában, mind az európai kontinensen (a pezségés főleg az USA-ban érzékelhető), ezért ezek elemzésére külön alkalommal térek ki, mint ahogy szintén külön dolgot érdemel a magyar jogelméleti gondolkodás, sorra véve az elképzeléseket a korai gondolkodóktól egészen a mai napokig.

Jegyzetek:

^[1] Mezei Péter: A joghézag kérdése régen és ma, Jogelméleti szemle, 2002/2. szám

^[2] Hermann Kantorowicz: Küzdelem a jogtudományért, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 49.

^[3] Dennis Lloyd: The idea of law – a repressive evil or social necessity?, 8th edition, Penguin Books, London, 1991: p. 260.

^[4] Eugen Ehrlich: Szabad jogtalálás és szabad jogtudomány, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 25.

^[5] A recepció vizsgálatáról és hatásairól Ehrlich kitűnően ír fentebb említett tanulmányában

^[6] Peschka Vilmos: A polgári jogelméleti gondolkodás a XX. század első felében, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981: p. 25., a továbbiakban: A polgári jogelméleti gondolkodás

^[7] Rudolf Stammler: A helyes jog, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 108.

^[8] Kantorowicz: i.m., p. 70. és 49.

^[9] Kantorowicz: uo., p. 51.

^[10] Kantorowicz: uo., p. 66-68.

^[11] Kantorowicz: uo., p. 69-70.

^[12] Maczonkai Mihály: Jogsociológia, 2. kiadás, Egyetemi jegyzet, Pécs, 1997: p. 37.

^[13] Ehrlich: i.m., p. 22-23., 40-43.

^[14] Ehrlich: uo., p. 33-37.

^[15] “Az igazságszolgáltatás megtagadásában bűnösnek lehet eljárni azzal a bíróval szemben, aki a törvény hallgatása, homályossága vagy elégtelenség ürügyén visszautasítja az ítélezést.”

^[16] Ehrlich: uo., p. 37-40.

^[17] Ehrlich: uo., p. 25.

^[18] Ehrlich: uo., p. 43-47.

-
- [19] Francois Gény: A "Tudomány és Technika a tételes magánjogban" vizsgálódásainak általános következtetései, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 124-125.; a továbbiakban: Tudomány és technika
- [20] Gény: A jogfogalom Franciaországban – jelen állapota és jövője, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981: p. 201.
- [21] Gény: Tudomány és technika, p. 127.
- [22] Gény: *uo.*, p. 128.
- [23] idézi Benjamin Cardozo: A bírói döntési folyamat természete, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981: p. 299-300.
- [24] Ehrlich: *uo.*, p. 26-27.
- [25] Kantorowicz: *uo.*, p. 57.
- [26] Nizsalovszky: *i.m.*, p. 23.
- [27] Kulcsár Kálmán: A szociológiai szemlélet a modern jogelméletben, in: Kritikai tanulmányok a modern polgári jogelméletéről, Szerk.: Szabó Imre, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1963: p. 208.
- [28] Lloyd: *i.m.*, p. 259-263.
- [29] Kulcsár: *i.m.*, p. 217-218.
- [30] Horváth Barna: Az angol jogelmélet, Pallas Stúdió, Budapest, 2001: p. 483.
- [31] Horváth: *i.m.*, p. 484.
- [32] Kulcsár: *uo.*, p. 218.
- [33] Peschka: A polgári jogelméleti gondolkodás, p. 41.
- [34] idézi: Peschka Vilmos: A pszichologizmus a modern burzsoá jogelméletben, in: Kritikai tanulmányok a modern polgári jogelméletéről, Szerk.: Szabó Imre, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1963: p. 192.
- [35] Peschka: A pszichologizmus a modern burzsoá jogelméletben, p. 194.
- [36] Szabó József: A jogbölcsélet vonzásában, Prudentia Iuris 13., Miskolc, 1999: p. 124.
- [37] Jerome Frank: Emberi lények-e a bírák?, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981: p. 333-341.
- [38] Frank: *i.m.*, p. 335.
- [39] Horváth: *uo.*, p. 490.
- [40] Horváth: *uo.*, p. 462-463.
- [41] Cardozo: *i.m.*, p. 295-296.
- [42] Cardozo: *uo.*, p. 297.
- [43] Cardozo: *uo.*, p. 298.
- [44] Cardozo: *uo.*, p. 305.
- [45] Cardozo: *uo.*, p. 301.
- [46] Cardozo: *uo.*, p. 303-304.
- [47] Kulcsár: *uo.*, p. 211.
- [48] Peschka: A polgári jogelméleti gondolkodás a XX. század első felében, p. 42.
- [49] Horváth: *uo.*, p. 471-473.
- [50] Peschka: A modern jogfilozófia alapproblémái, p. 260-262.
- [51] Hans Kelsen: Az államelmélet alapvonalai, Prudentia Iuris 7., Bíbor Kiadó, Miskolc, 1997: p. 82-83.
- [52] Peschka: A modern jogfilozófia alapproblémái, p. 266-267.
- [53] Peschka: A polgári jogelméleti gondolkodás a XX. század első felében, p. 50.
- [54] Moór Gyula: Jogfilozófia, Püski Kiadó, Budapest, 1994: p. 202-204.
- [55] Helmut Coing: A jogfilozófia alapjai, Osiris Kiadó, Budapest, 1996: p. 213-215., 258-259.
- [56] Coing: *i.m.*, p. 215.
- [57] Peschka: A modern jogfilozófia alapproblémái, p. 271.
- [58] Nizsalovszky: *uo.*, p. 12-13.
- [59] Leo Petrazsickij: Jog és erkölcs, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981: p. 128-133.

Felhasznált irodalom:

Cardozo, Benjamin N.: *A bírói döntési folyamat természete*, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981: p. 293-305.

Coing, Helmut: *A jogfilozófia alapjai*, Osiris Kiadó, Budapest, 1996: p. 213-215., 258-259.

Ehrlich, Eugen: *Szabad jogtalálás és szabad jogtudomány*, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 22-47.

Frank, Jerome: *Emberi lények-e a bírák?*, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981: p. 333-341.

Gény, Francois: *A jogfogalom Franciaországban – jelen állapota és jövője*, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981: p. 193-208.

Gény, Francois: *A "Tudomány és Technika a tételes magánjogban" vizsgálódásainak általános következtetései*, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 124-131.

Horváth Barna: *Az angol jogelmélet*, Pallas Stúdió, Budapest, 2001: p. 461-474., 483-497.

Kantorowicz, Hermann: *Küzdelem a jogtudományért*, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 48-71.

Kelsen, Hans: *Az államelmélet alapvonalai*, Prudentia Iuris 7., Bíbor Kiadó, Miskolc, 1997: p. 13-17., 82-83.

Kulcsár Kálmán: *A szociológiai szemlélet a modern jogelméletben*, in: Kritikai tanulmányok a modern polgári jogelmületről, Szerk.: Szabó Imre, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1963: p. 208-224.

Lloyd, Dennis: *The idea of law – a repressive evil or social necessity?*, 8th edition, Penguin Books, London, 1991: p. 259-263.

Maczonkai Mihály: *Jogszociológia*, 2. kiadás, Egyetemi jegyzet, Pécs, 1997: p. 31-50.

Mezei Péter: *A joghézag kérdése régen és ma*, Jogelméleti Szemle, 2002/2. szám

Moór Gyula: *Jogfilozófia*, Püski Kiadó, Budapest, 1994: p. 202-204.

Nizsalovszky Endre: *Fogalomkutató és érdekkutató jogtudomány, a szabadjogi iskola és a tiszta jogtan* – Tanulmányok a jogról, Akadémiai Kiadó, Budapest. 1984: p. 11-39.

Peschka Vilmos: *A modern jogfilozófia alapproblémái*, Gondolat, Budapest, 1972: p. 256-280.

Peschka Vilmos: *A polgári jogelméleti gondolkodás a XX. század első felében*, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981: p. 9-52.

Peschka Vilmos: *A pszichologizmus a modern burzsoá jogelméletben*, in: Kritikai tanulmányok a modern polgári jogelmületről, Szerk.: Szabó Imre, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1963: p. 192-195.

Petrzszickij, Leo: *Jog és erkölcs*, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981: p. 123-140.

Pokol Béla: *A jog elmélete*, Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001.

Stammler, Rudolf: *A helyes jog*, in: Jog és filozófia, Szerk.: Varga Csaba, Osiris Kiadó, Budapest, 1998: p. 108.

Szabó József: *A jogbölcselet vonzásában*, Prudentia Iuris 13., Miskolc, 1999: p. 124.

Nagy Zsolt:

Az angolszász jogi oktatás fejlődésének “önálló” útja az Egyesült

Államokban

Minden szakma és tudomány képviselőinek munkáját alapvetően meghatározza, hogy milyen oktatásban részesültek. Az oktatás minősége szervesen összefügg azokkal az intézményekkel, amelyekben a képzés folyik, azok működése pedig nem érthető meg anélkül, hogy fejlődésének történetét ne vizsgálánánk meg. Egy intézmény, illetve intézményrendszer kialakulása, a történelem során a társadalomban betöltött szerepe determinálja a szervezet működését, így közvetetten az adott szakma tagjainak társadalmi szerepét is.

A két nagy oktatási rendszer, a német és az angolszász közül az utóbbit mindenek előtt Anglia és az Egyesült Államok oktatása határozza meg. Az Egyesült Államok és Anglia jogi oktatása – a gyarmati függőség miatt - nagymértékben hasonló, de sok különbséget is felfedezhetünk. A következőkben áttekintjük, hogy történetileg milyen okok és események vezettek a két állam oktatásának eltéréseihez.

Az amerikai jogi oktatás a függetlenségi háború előtt

A gyarmati időszakban a jogi képzés erősen az anyaországhoz kötődött. Ami az amerikai jogászok helyzetét illeti, a szakma képviselőjének lenni a XVII. században igen alacsony társadalmi státusznak számított a legtöbb amerikai gyarmaton. Igaz, hogy ez a helyzet némi javulást mutatott a XVIII. századra, a jogászokkal szembeni ellenérzés, mint társadalmi attitűd továbbra is jelentős maradt.¹

A XVII-XVIII. században az amerikai jogi oktatás – ha egyáltalán beszélhetünk ilyenről – meglehetősen alacsony színvonalú volt. Egyetlen gyarmaton sem volt formális jogi képzés. Tulajdonképpen az amerikai főiskolák (colleges) az angol modellt követték. Angliában a képzés helyei az ún. londoni jogászkollégiumok (Inns of Court) voltak, noha Oxfordban és Cambridgeben a XVIII. század közepéig tanítottak kánonjogot és magánjogot.²

Ha valaki az amerikai gyarmatokon ebben az időben jogász szeretett volna lenni, három lehetőség állt előtte. Az első, hogy Angliában, Londonban tanult a jogászkollégiumban. A második, hogy önképzést folytatott jogi tárgyú könyvek olvasásával. Végül a harmadik lehetőség, hogy egy ügyvéd melletti gyakorlattal szerezte meg tudását. Mind a három lehetőségnek komoly korlátai voltak.

Századokon keresztül a londoni jogászkollégiumok voltak az angol jogászképzés központjai, így az amerikai gyarmatokon élők is sokszor ezt a megoldást választották, ha jogot akartak tanulni. Ez a képzési mód különösen Dél-Karolinában vált kedvelté. (Az amerikai

¹ Az amerikai jogászokkal szembeni ellenérzés a mai napig megfigyelhető társadalmi attitűd, ami az igazán nagy különbséget jelenti a gyarmati idősakkal szemben, hogy manapság a jogi végzettséget a magas társadalmi státusz zálogaként tartják számon.

² Charles Warren: A History of the American Bar. Boston, 1911

jogászok több, mint fele dél-Karolinai származású volt és Londonban végezte tanulmányait.) Ennek a módszernek az igazi korlátja költségvonzata volt, mivel ez volt a legdrágább a három lehetőség közül, így csak a tehetősebb családból származók választhatták. A XVIII. századra egy másik probléma is adódott ezzel a képzési lehetőséggel. Nevezetesen, hogy fokozatosan csökkent a képzés komolysága, egyfajta “estélyeket adó klubba degradálódott.”³ “A kamarai tagsághoz nem volt másra szükség, csak részt venni meghatározott számú vacsorán és ünnepségen.”⁴ A szemináriumokat és a gyakorlati foglalkozásokat, melyek szinte a londoni képzés emblémái voltak, majdnem teljesen megszüntették, ezért ezt pótolva Angliában 1729-től a kamarai tagság feltételévé vált meghatározott idejű, ügyvéd melletti gyakorlat is.

Sir Edward Coke tanai mellett Angliában az 1760-as évektől kezdve a jogi oktatás jellegét William Blackstone az Oxford Egyetemre 1758-ban kinevezett jogászprofesszor határozta meg. Blackstone fontosnak tartotta a gyakorlati felkészítést, mely a precedensek elsajátítását jelentette, de aggodalmát is kifejezte, hogy a hallgatók nem sajátítják el a különböző jogelveket. Álláspontja szerint, jogelvek nélkül, csupán precedensekre korlátozva a diákok nem látják át a jog működését, és amennyiben egy új jogesettel találják szembe magukat, ami nem hasonlít semmilyen korábban megtanult tényállásra, az megoldhatatlan feladatot jelent számukra. Aggodalmait a korabeli jogi szellemi elit nem fogadta el, és az angol jogi képzés vajmi keveset változott. Elméleti munkássága azonban sokkal nagyobb hatást gyakorolt az angol jogászképzésre. Kommentárjait, melyek az angol jogot tartalmazták, úgy hogy összegyűjtötte és rendszerezte a különböző precedenseket, ezeket jogelvek fényében elválasztotta egymástól és interpretációkkal látta el, széleskörűen alkalmazták a brit korona területein. Többek között Blackstone Kommentárjai alapján tanították a jogot nemcsak Angliában, de a gyarmatokon is.

A fent említett második lehetőség az önképzés jogi tárgyú könyvek tanulmányozásával. Ez a mód szintén elég költséges volt, így csak a leggazdagabb jogászok bírtak meghatározó könyvgyűjteménnyel. (A jogászai szakma abban az időben az amerikai gyarmatokon nem volt túl kifizetődő.) Könyvtár, mely a széles társadalmi rétegek számára nyitva áll, az amerikai gyarmatokon ismeretlen fogalomnak számított, csak a főiskolák könyvgyűjteményei tartalmaztak néhány jogi tárgyú könyvet. Teljes jogi könyvgyűjteménye pedig szinte senkinek sem volt. Ez az általános könyvhiány rendkívül megnehezítette a képzést, de még a végzett ügyvédek munkáját is, pedig “a jogász könyvek nélkül olyan, mint a munkás szerszámok nélkül.”⁵ Ennél talán még nagyobb probléma volt, hogy a XVIII. századi jogi tárgyú könyvek rendkívül nehezen érthetőek voltak (hiszen ezek nem tankönyvnek készültek), egy tanuló csak végzett jogászok segítségével, magyarázatával érthette meg az azokban foglaltakat.

A XVIII. században a legtöbb amerikai jogász ügyvéd melletti gyakorlattal szerezte meg szaktudását.⁶ Néhány gyarmat a kamarai tagság külön feltételévé tette az ügyvéd melletti gyakorlatot, így például a New York-i törvényhozás 1767-ben öt éves gyakorlatot tett kötelezővé a kamarai tagsághoz, illetve csupán három éves gyakorlati foglalkozás is elegendő volt, amennyiben a jogi képzésben részt vevő személy rendelkezett főiskolai diplomával. Egyébként ez az oktatási módszer maradt a legelfogadottabb egészen a XIX. század közepéig. Elméletileg ez a képzés bírósági eljárások látogatásából, szerződések, és más okiratok elemzéséből, illetve a gyakorlatvezető ügyvéddel való megbeszélésekből állt. Valójában a legtöbb ügyvédnek alig volt ideje arra, hogy a nála gyakorlatot folytató hallgatóval foglalkozzon. “Abban az időben, mivel még nem volt írógép, a legtöbb gyakornok ideje nagy részét szerződések másolásával töltötte, anélkül, hogy az ügyvéd elmagyarázta volna neki azok

³ Charles, R. McKirdy: The Lawyer as Apprentice: Legal Education in Eighteenth Century. Massachusetts, 28. J. Legal. Edu. 124. 126. 1976

⁴ Herbert A. Johnson: Thomas Jefferson and Legal Education in Revolutionary America in Thomas Jefferson and the Education of a Citizen. Ed. James Gilreath 134. Washington. 1999.

⁵ Letter from Thomas Jefferson to Thomas Turpin (Feb. 5, 1769.) In: The Papers of Thomas Jefferson. Ed. Julian P. Boyd. 23-24. Princeton. 1950.

⁶ 1740-re a legtöbb jogász kombinálta a főiskolai képzést ügyvéd melletti gyakorlattal. Lsd.: Mark Warren Bailey: Early Legal Education in the United States: Natural Law Theory and Law as a Moral Science. 48. J. Legal Edu. 311-312. 1998.

tartalmát. Mindezért a “képzésért” a tanuló 100, 200\$-t fizetett, bár ez a képzési díj néha elérte az 500\$-t is”⁷ Néhány korabeli szakember szerint a jogi önképzés eredményesebb és olcsóbb megoldás volt, mint egy ügyvédi irodában tölteni a gyakorlatot.⁸

Ennek ellenére a jogászok jelentős része egyetértett abban, hogy az ügyvéd melletti gyakorlati foglalkozás megvilágítja a hallgató számára a jogdogmatikát, illetve a polgári eljárások technikáját.⁹ Emellett sokan sürgették az elméleti képzés fontosságát is, mivel úgy találták, hogy a hallgatók oktatása pusztán gyakorlati jellegű és ez hosszú távon jelentős hátrányokhoz vezet.

A függetlenségi háború után a jogázképzéssel szembeni általános elégedetlenség fennmaradt, sőt ami a jogászokat illeti, társadalmi helyzetük talán tovább csökkent. Ráadásul a legtehetségesebbek többnyire hűek maradtak a brit koronához, ezért elmenekültek Amerikából. A többieknek hűségesküt kellett tenni, de ez sem növelte a bizalmat irántuk, mivel úgy tartották, hogy valószínűleg eltávozott kollégáik pártján állnak, csak valamilyen okból nem tudtak elmenekülni.

A független Egyesült Államok jogi oktatása

A függetlenségi háború után sokan féltek a brit uralom visszatérésétől, illetve a királyság restaurációjától, ezért mind politikai, mind társadalmi szinten az új demokratikus intézmények erősítése vált a nemzet elsődleges feladatává. Felismerték, hogy a demokratikus rendszer társadalmi beágyazása mindenek előtt az oktatáson keresztül valósulhat meg. Az új politikai vezetők úgy gondolták, hogy a királyság a képzés hiányát kihasználta, hogy kasztosítsa a társadalmi rétegeket, ezért nekik fel kell nevelni egy új képzett nemzetet, amely megvalósíthatja saját demokratikus önkormányzatát. A demokrácia, a fékek és egyensúlyok rendszerének alapját az oktatásban és az értelmiségben látták. “A nemzet teljes felvilágosodásával a test és az elme elnyomása, a zsarnokság el fog tűnni, mint a gonosz lélek egy új nap hajnalán,”¹⁰ illetve más megfogalmazásban “amíg a sajtó szabad és mindenki tud olvasni, a nemzet biztonságban van.”¹¹

A forradalom generációját képviselő amerikai politikusok szerint a kisebb csoportok önkormányzása adhatja a demokrácia szervezeti zálogát, ehhez pedig olyan igazgatási szakemberekre van szükség, akik tisztában vannak a közigazgatás, a demokratikus intézmények, a közjó alapvető kérdéseivel. Ennek a tudásnak, mint “közkerécsnek”¹² a hordozására kiválóan alkalmasnak találták a jogászokat, ezért úgy döntöttek, hogy a jogi oktatásnak is ezt az irányt kell képviselnie. Annál is inkább, mert már a függetlenségi háború előtt is a jogászok egy része jelentős szerepet játszott a különböző függetlenséget támogató elméletek aktualizálásában és terjesztésében. A politikusok, közöttük Thomas Jefferson véleménye szerint az új független politikai gárdának erőteljesen támaszkodnia kell a jogászokra, a korábbi alacsony társadalmi státuszon változtatni kell, és ez elsősorban az oktatáson keresztül valósulhat meg.

Tehát maga a függetlenségi háború, illetve az újonnan elnyert függetlenség volt, mely az Amerikai jogázképzés mozgatórugójává vált, és egyben ez indukálta a különböző közjogi és államelméleti ismeretek széleskörű átadását a joghallgatók számára. Míg Angliában a jogázképzés inkább csak a gyakorlatra történő felkészítés maradt, és főleg a magánjogi, és

⁷ Charles Warren i.m.

⁸ Charles R. McKirdy i.m.

⁹ Charles Warren i.m.

¹⁰ David N. Mayer: Citizenship and Change in Jefferson’s Constitutional Thought. In: Jefferson and Education i.m.

¹¹ Adrienne Koch: The Philosophy of Thomas Jefferson New York. 1943. 167 p.

¹² Jean M. Yarbrough: American Virtues: Thomas Jefferson on the Character of a Free People. Lawrence, Kan., 1998

büntetőjogi ügyek ismertetésén alapult, addig az Egyesült Államokban a hangsúly kezdetben az alkotmányos, közjogi ismeretek oktatására helyeződött.

1779 júniusában Virginia állam törvényhozása elé két oktatási törvény került. Az egyik állami egyetemet alapított volna "Virginia állam szabad gyermekeinek",¹³ a másik pedig átalakította volna a William and Mary Főiskola intézményrendszerét, hogy csökkentse az egyházi befolyást és megújították volna az ott tanítandó tananyag szerkezetét. Emellett kialakították volna az oktatási hierarchikus intézményrendszert is.¹⁴ A törvények biztosították az államban, hogy az állami vezető szerep ne öröklött privilégium, hanem tehetségen alapuló tudás megszerzésének feltétele legyen. A William and Mary iskola tanári karát részben megújították, részben kiegészítették volna, a korábbi klasszikus nyelvek, és hitoktatók helyett jogi tárgyakat oktatók, orvosok, anatómusok, és élő nyelveket oktatók kerültek volna az egyes tanszékekre.

A betervezett törvényeket azonban nem szavazta meg az állam törvényhozása, egyrészt költségvetési problémák, másrészt az egyházak ellenállása folytán. A sikertelenség ellenére a benyújtott törvénytervezetek nem maradtak hatástalanok az Egyesült Államok oktatására. Thomas Jefferson pedig – aki a törvénytervezeteket benyújtotta – a törvényhozás segítségével, legalábbis részben, mégis megvalósította tervezetét. Miután kormányzónak választották, tagja lett a főiskola felügyelőbizottságának és a törvénytervezetnek megfelelően átalakította az intézményt. Így 1780-ban a William and Mary lett az első felsőfokú oktatási intézmény az Egyesült Államokban, ahol a formális jogi képzés megindult,¹⁵ és ez a főiskola lett az első, mely az erre jelentkező hallgatókat kizárólag a jogi gyakorlatra készítette fel.¹⁶

Jefferson igyekezett olyan intézményi szerkezetet kialakítani a főiskolán, hogy az alkalmas legyen a jogdogmatika és a széles liberális műveltség együttes átadására. Jogi szövegek, tudományos értekezések, jogszabályok, és jogesetek éppúgy a tananyag részét képezték, mint a matematika, fizika, történelem, anatómia, botanika, kémia, etika, politikai elméletek, és asztronómia. A viszonylag szerteágazó, különböző tudományok együttes oktatásának az volt a célja, hogy a jogászoknak, mint leendő politikusoknak, kormánytagoknak széles látókört biztosítsanak a társadalom problémáinak kezeléséhez.¹⁷ Jefferson emellett rendkívül fontosnak tartotta az angol jog megfelelő adaptációját, az amerikai körülményekhez való alakítását, illetve a hallgatók kommunikációs képességének, beszédképességének javítását, mivel a jogászok munkájának alapját ezek képezik.

Jefferson, mint a felügyelő-bizottság tagja egy rendkívüli képességű jogászt George Wythe-ot¹⁸ nevezte ki a William and Mary Főiskola első, illetve az Egyesült Államok első jogászprofesszorává 1780-ban. Wythe az angol "common law" és a demokrácia alapelveit, Bacon értekezéseit, Blackstone Kommentárjait, és Virginia állam alkotmányát, illetve törvényeit oktatta a főiskolán. Itt is megmutatkozik, hogy az amerikai jogi oktatás alapvetően az angol oktatási anyagon alapult, azzal az eltéréssel, hogy kiegészül államelméleti, közjogi ismeretekkel, melyek egyértelműen az új demokrácia vívmányainak tekinthetők.

¹³ David N. Mayer i.m.

¹⁴ A fent írtak természetesen a törvények jogi oktatásra vonatkozó részei. A virginiai oktatási törvényjavaslat az egész állam oktatási struktúráját átfogta az alapfokú oktatástól a felsőfokúig. A törvényjavaslat szerint az általános iskolában kötelezően tanítottak volna írást, olvasást, matematikát. A jelesebb tanulók mehettek volna államilag támogatott középiskolába, és innen a legígéretesebb hallgatók tanulhattak volna tovább a William and Mary Főiskolában.

¹⁵ Az északi államokban már létezett a formális jogászképzés követelménye ahhoz, hogy valaki az ügyvédi kamara tagja lehessen. Virginia államban azonban még a formális képzési követelmény sem működött, természetesen a felsőfokú jogi oktatás az egész Egyesült Államokban újításnak számított. Lsd.: Alfred Zantlinger Reed: *Training for Public Profession of the Law: historical Development and Principal Contemporary Problems of Legal Education in the United States with Some Account of Conditions in England and Canada.* 116. New York. 1921.

¹⁶ A függetlenségi háború előtt is voltak főiskolák, melyek jogi tárgyakat oktattak teológia, etika és politikai filozófia keretén belül, például a College of Philadelphia (később University of Pennsylvania), vagy a King's College (később Columbia College). Ezek az iskolák azonban a hallgatókat nem jogásznak képezték, hanem csupán más tárgyak keretében adtak át némi jogi ismeretet.

¹⁷ Herbert A. Johnson i.m.

¹⁸ George Wythe Virginia gyarmat főügyésze volt, a Függetlenségi nyilatkozat egyik aláírója.

Wythe ezenkívül előszeretettel alkalmazta a bírósági eljárás szimulációját (moot court), hogy ezzel is fejlessze a hallgatók retorikai képességét. (Az angliai jogászkollégiumokban fejlesztették ki a szimulációs eljárás technikáját még a középkorban, de a XVII. században a puritánok megszüntették, mert egyfajta társas ünnepéllé vált, ahelyett, hogy betöltötte volna oktatási szerepét.) Összegyűjtötte a hallgatókat egy bírósági teremben, hogy ezzel is növelje a szimuláció hatását és aktuális jogi ügyeket tárgyaltak jogászprofesszorok ellenőrzése alatt. Ez a módszer a XVIII. század utolsó két évtizedében elterjedt az egész Egyesült Államokban.

Wythe még egy metodikai újítást bevezetett: az ún. törvényhozási gyakorlatot, mely teljesen ismeretlennek számított akkoriban, tehát nem volt angliai előzménye sem. Ez azt jelentette, hogy a diákok összegyűltek a régi gyarmati főváros törvényhozási termében, Williamsburgban, és szimulálták a törvényjavaslatok beterjesztését, azok vitáját, és a róluk való szavazást. Mindezt aktuális törvényjavaslatokkal tették. Tanítványai közül többen lettek később az Egyesült Államok szenátusának, vagy más jogszabályalkotó szervének tagjai.¹⁹ Mindkét újonnan bevezetett oktatási módszer rendkívül népszerű lett a főiskolán.

1789-től a főiskolán – Wythe lemondása után – St. George Tucker lett az új jogászprofesszor. Tucker folytatta elődje munkáját és külön hangsúlyt fektetett az alkotmány és a “common law” oktatására, de kiemelte az amerikai jogrendszer angoltól való eltérését. (Tucker 1803-ban publikálta öt kötetes kiegészítéseit, feljegyzéseit és magyarázatait Blackstone Kommentárjaihoz, melyben az amerikai és az angol jog különbségeit fejtegette.) Egyrészt Tucker mindig különös gondot fordított, hogy figyelmeztesse hallgatóit mely irányokban tért el az amerikai jog az angoltól, illetve, hogy Blackstone Kommentárjai mely esetekben nem megfelelőek az amerikai jogesetek megoldásához. “Tucker sokszor magyarázta a diákjainak, hogy az amerikai forradalom nemcsak a kormányzás elveit változtatta meg, hanem nagy eltéréseket okozott a tulajdonjog és más jogterületek esetében is, melyek így összeegyeztethetetlenek lettek Blackstone Kommentárjaival.”²⁰ Másrészt Tucker a jogászképzésben az időállóság problémáját is kiemelkedő jelentőségűnek tartotta: “Blackstone megtaníthatja a hallgatókat, hogy milyen volt a jog, de ha valaki azt szeretné tudni, hogy most milyen, egészen más forrásokat kell igénybe vennie.”²¹

Fontos szerepet tulajdonított annak, hogy a diákok megismerkedjenek a kormányzásra, politikára vonatkozó elméletekkel: John Locke, James Burgh, Jean Luis de Lolme tanulmányai kötelező anyagoknak számítottak. Rendkívüli hangsúlyt fektetett a jogbölcselet oktatására és a hallgatókkal jogbölcseleti tárgyú viták lefolytatására. (Állandó visszatérő vitatéma volt a halálbüntetés, a rabszolga-felszabadítás, az esküdtbíráskodás létjogosultsága, a pénzbüntetés bevezetése.)

Wythe és Tucker munkásságának eredményeként a William and Mary adott a végzős hallgatóknak 1793-ban először az Egyesült Államokban jogi diplomát. Ezzel is bizonyítva, hogy megfelelő szintű tudást tudott biztosítani diákjainak az akkori általános követelményeknek megfelelően mind a történelem, mind az alkotmányozás, a nemzetközi jog, az angol jog és az eljárásjogok terén.²²

A William and Mary oktatási módszereit és a formalizált jogászképzést hamarosan más egyetemek is magukévá tették. 1790-ben James Wilson a Philadelphia Főiskolán bevezetett egy három éves formalizált jogi képzést, ahol elsősorban összehasonlító jogtant és jogtörténetet, illetve erkölcsfilozófiát tanítottak. Hallgatóikat mindenek előtt későbbi kormányzati, közjogi tevékenységre készítették fel Thomas Jefferson szellemében. 1793-ban James Kent, mint a Columbia College tanszékvezető professzora New Yorkban vezetett be hasonló oktatási

¹⁹ W. Hamilton Bryson: *Legal Education in Virginia 1779-1979*. 23p. Charlottesville. 1982.

²⁰ Michael Grossberg: *Citizens and Families: A Jeffersonian vision of Domestic Relations and Generational Change*. In: *Jefferson and Education*.

²¹ Michael Grossberg: *Citizens and Families: A Jeffersonian Vision of Domestic Relations and Generational Change*. In: *Jefferson and Education* i.m.

²² Tucker ezenkívül törvényjavaslatot is előkészített, hogy azok akik a William and Mary Főiskolán végeztek minden külön díjfizetés nélkül az ügyvédi kamara tagjai lehessenek.

szellemet a főiskolán. Kent előadásai az alkotmányjogra koncentráltak. 1799-ben a Transylvania Egyetemen Lexingtonban George Nicholast a jog és politika professzorát nevezték ki egyetemi tanárnak. Külön érdekesség, hogy George Nicholas a William and Mary Főiskolán tanult és az ottani oktatási metodikát folytatta elsősorban a szimulált törvényhozás és a szimulált bírósági eljárás területén. 1801-ben a Yale College alapított jogi fakultást, majd Ohio és Indiana állam főiskolái is bevezették a formalizált jogi oktatást. Ezek az újonnan alapított iskolák mind oktatott tárgyaik, mind oktatási módszereik tekintetében rengeteget merítettek a William and Mary Főiskolán kialakított rendszerből, ezért egyúttal, amikor a XIX. század végi új iskolák alapításáról beszélünk, az önálló – az angol jogi oktatástól elkülönülő – amerikai jogi oktatás elterjedéséről is beszélhetünk.

1780-tól egy másik jelentős eseménysor következett az Egyesült Államok jogi oktatása terén. Ez a magánegyetemek alapítása és elterjedése volt szerte a különböző államokban, mint például a Tapping Reeve's School Litchfieldben,²³ vagy a Peter Van Schack's School Kinderhookban. Ezekben az iskolákban elsősorban magánjogot tanítottak, kiemelve az angol, illetve amerikai "common law"-t. Sokkal nagyobb súlyt fektettek a jogi gyakorlat elsajátítására, ezzel együtt természetesen kisebb hangsúlyt adva az elméleti tárgyak oktatására. A magánegyetemen így az alkotmány, illetve az alkotmányjog oktatása is háttérbe szorult, mivel ezt abban az időben kevésbé lehetett hasznosítani a jogi gyakorlatban, különösen a magánjogi ügyekben. Ezek az iskolák nem adtak ki diplomát, csupán egy levelet, mely igazolta, hogy az ott tartott előadásokat a diák meghallgatta.

Az igazi fordulatot a jogi oktatásban a főiskolákon meghonosodott tárgyak és módszerek, illetve a magániskolákban alkalmazott módszerek és tanított tárgyak kombinálása hozta meg a XIX. század első felében. 1829-ben Joseph Story, aki akkor a Harvard jogi professzora és dékánja volt egyesítette a politikai, államelméleti tudást adó tárgyakat a magánjogi tárgyakkal, és az ezek oktatására kialakult főiskolai, illetve magániskolai módokat, ezzel létrehozva "az amerikai jogi oktatás történetében az 1779-es Jefferson-i reform óta megvalósult legjelentősebb eseményt."²⁴ Sikeresen szintetizálta "viszonylag rövid idő alatt a Wythe, Wilson, Kent féle közjogi oktatást a Reeve, Van Snack féle magánjogi oktatással."²⁵ Mindezt úgy tette, hogy közben kialakult egyfajta olyan magánjogi oktatási gyakorlat a magánegyetemen, és ebből következően áttételesen az állami egyetemeken is, mely sajátosan amerikai jegyeket viselt magán. Már nem az angol jogtól való eltérést tanították, hanem csak az amerikai "common law"-t. Ezzel a hallgatók nemcsak a kormányzás művészetébe és elméleteibe nyerhettek betekintést, hanem az amerikai magánjogi gyakorlat rejtelmét is átláthatták.

A gyarmati Amerikában a jogi oktatás elsősorban a gyarmattartó hatalomhoz kötődött, mivel a britek az oktatáson keresztül is próbálták erősíteni a gyarmati függőséget. A függetlenségi háború után – elsősorban a függetlenséget támogató szellemi mozgalmaknak köszönhetően – az oktatásban is erősödött a nemzeti, demokratikus önállóság tudata. Ennek hatására az amerikai jogi oktatás is új fordulatot vett, és szándékoltan az angoltól eltérően közjogi, illetve államelméleti, filozófiai műveltség átadása is fontossá vált, az angol "common law" oktatása mellett. Ez volt az első lényeges eltérés a két ország jogi oktatásának történetében. Később a forradalom után – részben annak hatására – a megváltozott magánjogi viszonyok a jogászképzést is módosították. Hangsúlyt fektettek a változások jogi realizálásának oktatására és a "hagyományosnak" számító angol jogtól való eltérésre. Néhány évtized elteltével pedig ezeknek az eltéréseknek a hangsúlyozása már feleslegessé vált, és csak tisztán az amerikai

²³ A Litchfield-i iskolának évente átlagosan 40 hallgatója volt a XVIII-XIX. században. A Litchfield-i iskolát – melyet 1784-ben alapítottak – tartják az első olyan oktatási központnak, ahol kizárólag jogot oktattak és a jogi oktatás nemcsak egy tanszéket foglalt magában az egyetemen belül.

²⁴ Herbert A. Johnson i.m.

²⁵ Herbert A. Johnson i.m.

“common law” oktatása vált az iskolák feladatává, mely jelenséget az elsősorban profitorientált magánegyetemek megjelenése és elterjedése indukált, mivel ezekben az iskolákban az oktatók a diákok elvárásának megfelelően csak a gyakorlati jogi életben hasznosítható tudást adták át. (Az angol jog kiegészítő jellegű oktatása feleslegessé vált.) Miután a XIX. század közepén a magániskolák és az állami iskolák oktatási módszereit sikeresen szintetizálták, az egész Egyesült Államokban az angol jogtól többé-kevésbé eltérő sajátosan amerikai jogot oktattak részben sajátos módszerekkel.

Irodalomjegyzék

- Abadinsky, H.: An Introduction to the American Legal System. Nelson-Hall Inc. 1991.
- Badó Attila - Nagy Zsolt: Hungarian lawyers in the making. Selectional distortions before and after the democratic changes in Hungary. Paper for the “Trends in the Legal Profession” panel. Law and Society Association Budapest. 2001.
- Baily, Warren Mark: Early Legal Education in the United States: Natural Law Theory and Law as a moral Science 48. In: Journal of Legal Education. 311-312. 1990.
- Boyd, Julian P. ed.: Papers of Thomas Jefferson. Princeton. 1950.
- Bryson, Hamilton W.: Legal Education in Virginia 1779-1979. Charlottesville. 1982.
- Dieker, Lawrence Jr.'s Speech before the American Bar Association/Law Student Division American University, Washington College of Law Washington D.C. October 7, 2000.
- Edwards, Harry T.: The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession: A Postscript. 1993. In: Michigan Law Review No.6.
- Frank, Jerome: Courts on Trial Chapter XVI. Legal Education. Princeton, New Jersey. Princeton University Press. 1949.
- Frank, Jerome: Law and the Modern Mind. Garden City: Anchor. 1930.
- Grossberg, Michael: Citizens and Families: A jeffersonian Vision of Domestic Relations and Generational Changes. In: thomas Jefferson and the Education of a Citizen. Ed. James Gilreath. 134. Washington. 1999.
- H. Szilágyi István: A jogi antropológia főbb irányai. Budapest. 2000.
- Johnson, Herbert A.: Thomas Jefferson and Legal Education in Revolutionary America. In: Thomas Jefferson and the Legal Education of a Citizen. Ed. James Gilreath. 134. Washington. 1999.
- Kennedy, Duncan: Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. In: Boyle, J. ed: Critical Legal Studies. 1996.
- Koch, Adrienne: The Philosophy of Thomas Jefferson. New York. 1943.

Mayer, David N.: Citizenship and Change in Jefferson's Constitutional Thought. In: Thomas Jefferson and the Education of a Citizen. Ed. James Gilreath. 134. Washington. 1999.

McKirdy, Charles R.: The Lawyer as Apprentice: Legal Education in Eighteenth century. Massachusetts. 28. In: Journal of Legal Education. 124.126. 1976.

Ostertag, Juergen R.: Legal education in Germany and the United States - A structural Comparison. In: Vanderbilt Journal of Transnational Law. 1993 No.2.

Pokol Béla: A jogi oktatás, mint a jogrendszer része. Jogelméleti Szemle 2000/1. www.extra.hu/jesz

Pokol Béla: A jog elmélete. Rejtjel Kiadó. Budapest. 2001.

Posner, Richard A.: The Deprofessionalization of Legal Teaching and Scholarship. In: Michigan Law Review. 1993.

Priest, George L.: The Growth of Interdisciplinary Research and the Industrial Structure of the Production of Legal Ideas: A Reply to Judge Edwards. In: Michigan Law Review. 1993.

Reed, Alfred Zartinger: Training for Public Profession of the Law: Historical Development and Principal Contemporary Problems of Legal Education in the United States with Some Account Conditions in England and Canada. 116. New york. 1921.

Yarbrough, Jean M.: American Virtues: Thomas Jefferson on the Character of a Free People. Lawrence, Kan. 1998.

Warren, Charles: A History of the American Bar. Boston.

Wilson, Richard J.: Clinical Legal Education As A Means To Improve Access To Justice In Developing And Newly Democratic Countries. Paper Presented at the Human Rights Seminar of the Human Rights Institute, International Bar Association Berlin, Germany. October 17, 1996.

Papp Tekla

Rövid bevezetés a német társasági jogba

I. A német társasági jog

A Német Szövetségi Köztársaságban a társasági jog, mint minden társaságot összefogó jogág, nincs egységesen, külön törvényben kodifikálva. Ennek okaként egyrészt az jelölhető meg, hogy a magánjog részterületének tekintik a társaságokra vonatkozó normákat, és a jogtudomány csak elméletben próbált meg kapcsolódást teremteni a különböző jogszabályokban található eltérő társasági formák között. Másrészt a jogalkotók -a XIX. századtól kezdve- a gazdasági viszonyokhoz és szükségletekhez igazodva próbáltak meg mindig új, külön törvényekkel sokoldalú társasági formátípusokat kialakítani; a joggyakorlat pedig a szabályozás hiányaira, hibáira mutatott rá, nem pedig jogelvi vezérfonalak kidolgozására törekedett.¹

Az elmélet a “társaság” (Gesellschaft) fogalmi ismérveinek meghatározása révén - a társaság olyan személyegyesülés, amely magánjogi jogügylet révén közös cél megvalósítására, elérésére alakul – teremtette meg a társasági jogot (Gesellschaftsrecht): a definícióhoz tartozó jogi formák szabályai töltik meg tartalommal.²

Az említett kritériumok valamelyikének hiánya miatt nem tartoznak a társasági jogba, azaz a társaságok közé:

- a) a közjogi közösségek (Gemeinschaften des öffentlichen Rechts), pl.: egyházak, egyetemek, gazdasági és iparkamarák etc.;
- b) a családjogi közösségek (familienrechtliche Gemeinschaften);
- c) az örökösársak közössége (Miterbengemeinschaft);
- d) az alapítványok (Stiftungen);
- e) és az ún. egyszerű jogközösségek (schlichte Rechtsgemeinschaften)³

Társaságoknak minősülnek ellenben (jogforrások szerinti rendszerben ismertette):

- a) a Polgári Törvénykönyvben (Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896)
 - az egyesület (Verein): jogképes és nem jogképes fajtája;
 - a szűk értelemben vett társaság, a polgári jogi társaság (die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, GbR, BGB-G);
- b) a Kereskedelmi Törvénykönyvben (Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897)
 - a közkereseti társaság (die offene Handelsgesellschaft, OHG);
 - a betéti társaság (die Kommanditgesellschaft, KG);
 - a csendestársaság (die stille Gesellschaft, sG);
 - a hajózási társaság (die Reederei);

¹ Alois Kraft – Peter Kreutz: “Gesellschaftsrecht” (Alfred Metzner Studienliteratur, Juristische Lernbücher, Luchterhand Verlag GmbH, Berlin, 10. überarbeitete Auflage - 1998); 1. p.

² Kraft – Kreutz: i. m.: 1. p.

Alfred Hueck: “Gesellschaftsrecht” (Juristische Kurz-Lehrbücher, Verlag C. H. Beck, München, 17. Auflage – 1975; 19. Auflage - 1991) 1. p.

Eugen Klunzinger: “Grundzüge des Gesellschaftsrechts” (Lernbücher für Wirtschaft und Recht” Verlag Vahlen, 7. Auflage – 1991, München) 2. p.

³ Hueck: i. m.: 1. p.

- c) a részvénytörvényben (Aktiengesetz vom 6. September 1965)
 - a részvénytársaság (die Aktiengesellschaft, AG);
 - a betéti részvénytársaság (die Kommanditgesellschaft auf Aktien, KGaA);
- d) a korlátolt felelősségű társaságra vonatkozó törvényben (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung i. d. F. der Bek. vom 20. Mai 1898)
 - a korlátolt felelősségű társaság (die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH);
- e) a szabadfoglalkozásúak partneri társaságáról szóló törvény (PartGG 1994)
 - a partnerség (die Partnerschaft)
- f) a kereskedelmi és gazdasági szövetkezetekre vonatkozó törvényben (GenG 1889)
 - a bejegyzett szövetkezet (die engetragene Genossenschaft)
- g) a biztosításfelügyeleti törvényben (VAG 1992)
 - a kölcsönös biztosító egyesület (der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit)
- h) az Európai Közösség Tanácsának 2137/85. sz. rendelete alapján az 1988. XI. 14-i törvényben
 - európai gazdasági érdekegyesülés (die Europäische wirtschaftliche Interessen-vereinigung, EWIV);⁴

A továbbiakban csak azokkal a formákkal foglalkozunk, amelyek a magyar “gazdasági társaság” kifejezés –mivel ilyen a német jogi szaknyelvben nincs– értelmét legjobban megközelítik; azaz a kereskedelmi társaságokkal (Handelsgesellschaften).

II. Társasági kategóriák

a) Társaság (Gesellschaft) – egyesület (Verein)⁵

- Az egyesület, mint a testület (Körperschaft) prototípusa jogi személy.

A jogi személyiség azonban nem általános kritériuma a társaságoknak: a személyegyesítő társaságok (Personengesellschaften) nem rendelkeznek jogi személyiséggel.

- Az egyesületnek szervezete van, alapszabályban kidolgozott struktúra szerint járnak el szervei. Szervezet kialakítása a társaságoknál elvileg nem szükséges, csak a jogi személyiséggel rendelkező társaságoknál (pl.: kft., rt.) előírt.

Az egyesületnek önálló, tagjaitól elkülönült vagyona (Vereinsvermögen) van, míg a társaságoknál ez nem mindig jellemző: az ún. vagyonközösségi társaságoknál (Gesamthandsgesellschaften) nincs társasági vagyon, hanem a tagok osztatlan közös tulajdonáról beszélhetünk (pl.: pjt., kkt.)⁶ (Megjegyezzük ugyanakkor, hogy létezik nem jogképes egyesület⁷ is, de erre éppen az előbb említett alapismérvék hiánya miatt, a pjt. szabályait kell alkalmazni⁸).

- A társaságoknál a személyes jelleg, többé-kevésbé, de dominál: a kitűzött társasági cél megvalósításáig a tagok összefognak, egymáshoz kötöttek; ez az egyesületre nem jellemző.

⁴ Kraft – Kreutz: i. m.: 1-2. pp.

Hueck: i. m.: 2-3. pp.

Klunzinger: i. m.: 3-4. pp.

⁵ BGB 21-79. §§

⁶ Kraft – Kreutz: i. m.: 3-5. p.

Hueck: i. m.: 6-7. pp.

⁷ BGB 54. §

⁸ A német Ptk. ezen rendelkezését a joggyakorlat és a jogtudomány is elhibázottnak látja; törekednek a nem jogképes egyesületek jogképeskénti kezelésére. Kraft – Kreutz: i. m.: 4. p.

b) Személyegyesítő (Personengesellschaften) és tőkeegyesítő (Kapitalgesellschaften) társaságok

A személyegyesítő társaságok közé a közkereseti társaság (mint tiszta alapforma), a betéti társaság, a csendestársaság, a partneri társaság és az EWIV tartoznak. A tőkeegyesítő társaságokat a részvénytársaság (mint alapforma), a korlátolt felelősségű társaság és a betéti részvénytársaság képviselik. A két alapforma kivételével mindegyik társaság hordoz magában személy- és tőkeegyesítő jegyeket is; ezek valamelyikének dominanciája alapján határozhatók el egymástól. Van olyan társaság is -igaz, ez ún. vegyesforma-, ahol kiegyenlítődnek a két csoport jellemzői, ez a GmbH & Co. KG (kft és tsa. bt.).

- A személyegyesítő társaságok jellegzetességei:
 - a személyes összefogás áll előtérben;
 - nem jogi személyek, nem jogképesek
 - nincs szervezeti struktúrájuk;
 - nincs a társaságnak elkülönült vagyona, osztatlan társasági vagyontársaság;
 - a tagoknak -különböző mértékű- személyes felelőssége áll fenn a társaság tartozásaiért;
 - jellemző a tagok személyes közreműködése;
 - a tagi változások kihathatnak a társaságra is;
 - a kereskedői minőség (Kaufmannseigenschaft) jellemző rájuk, de cégbejegyzésre kötelezett kereskedők (Mußkaufleute), cégnyilvántartásba vétellel kereskedővé válók (Sollkaufleute) vagy feltételes kereskedők (Kannkaufleute) lesznek.
- A tőkeegyesítő társaságok főbb vonásai:
 - a tőkeszerzés és -részesedés az elsődleges, nem a személyhez kötöttség;
 - jogi személyek, jogképesek;
 - szervezeti hierarchiájuk és önálló szerveik vannak;
 - a társaságnak tagjai vagyontól független, saját vagyona van (alap-, vagy törzstőke);
 - a tagok a társaság tartozásaiért nem felelnek (kivétel a betéti részvénytársaság, ahol van személyesen felelős tag; ld.: V/d.);
 - nem jellemző a tagok személyes közreműködése;
 - jogi formájuknál fogva kereskedők (Formkaufleute), és a cégjegyzékbe való felvétellel teljes jogú kereskedőkké (Vollkaufleute) válnak.⁹

c) Belső (Innen-) és külső (Außengesellschaften) társaságok

Ennek a megkülönböztetésnek a jogi személyiség nélküli társaságoknál van csak szerepe. Külső társaságnak a német társasági jogban azokat tekintik, amelyek jogi egységként (rechtliche Einheit) jelennek meg a külső jogviszonyokban, azaz a társaság és harmadik személyek viszonyában. A kereskedelmi társaságok mindig külső társaságok is, hiszen kifelé céggként jelennek meg.

Belső társaságról csak akkor beszélhetünk, ha egy társaság tagjai csak egymáshoz való viszonyukat, azaz a társaság belső viszonyait illetően vonhatók a társasági jogi szabályok alá; külső jogviszonyban nem lépnek fel a tagok sem közösen, sem közösségként. Tiszta belső társaság a csendestársaság.¹⁰

⁹ Hans Brox: "Handelsrecht und Wertpapierrecht" C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 10. verbesserte Auflage – 1993) 34-39. pp.

Hueck: i. m.: 8-11. pp.

Kraft – Kreutz: i. m.: 4-5. pp.

Klunzinger: i. m.: 322. p.

¹⁰ Hueck: i. m.: 7-8. pp.

d) A társasági, közös cél szerinti különbségtétel

E kritérium alapján kétféleképpen rendszerezhetjük a társaságokat:

1. meghatározott társasági formához rendeljük a célt (ez mindig általános jellegű megközelítés):

- kkt., bt. közös cég alatti kereskedelmi tevékenység folytatására alapítható (HGB 105. §, 161. §)
- csendestársaság más kereskedelmi vállalkozásából való részesedésre jöhet létre (HGB 230. §)
- partneri társaság szabad foglalkozás körébe tartozó tevékenységek közös művelésére alakul (PartGG 1. §) etc.

2. egy adott cél elérésére irányuló tevékenység folytatása csak jogszabályban előírt társasági formában megengedett:

- tőkebefektetési társaság rt. vagy kft. formájában;
- jelzálogbank rt. vagy betéti rt. formájában;
- gyógyszerár pjt. vagy kkt. formában
- biztosító társaság rt. vagy kölcsönös biztosító egyesület formájában működhet etc.¹¹

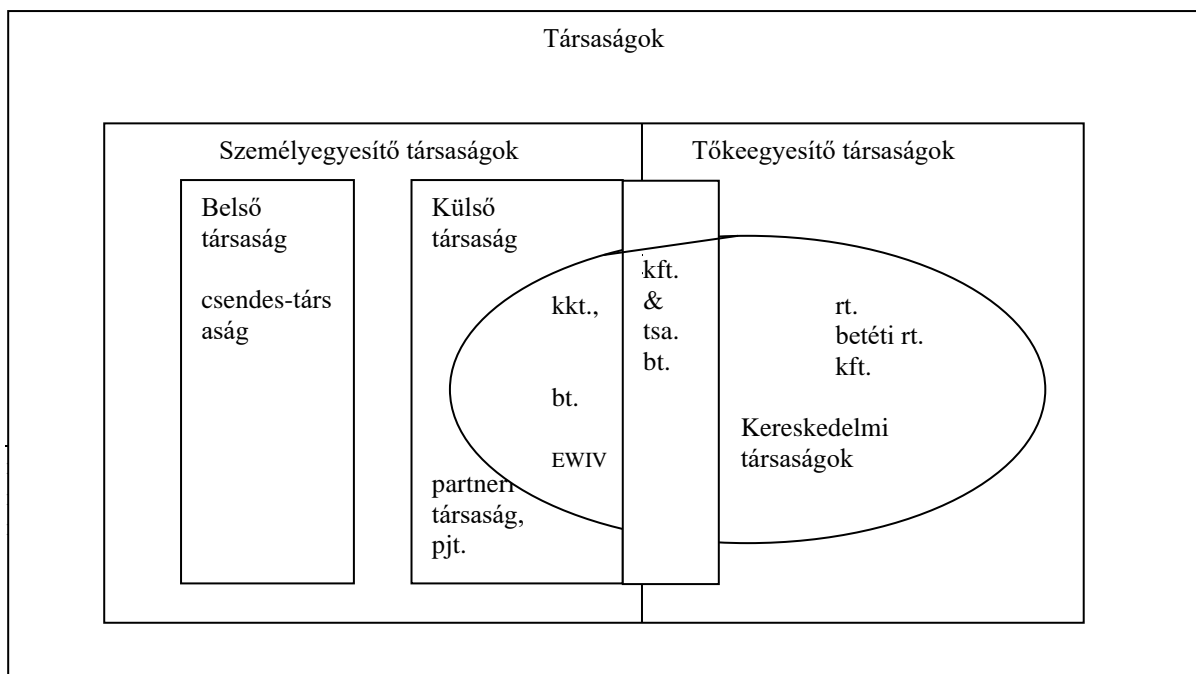
e) A társaságok alapításbeli eltérése

Ahogy fentebb már utaltunk rá, a német társaságok alapja az önkéntesen kötött, magánjogi jogügylet. Ez lehet ún. szervezeti szerződés (Organisationsvertrag), amelyben az alapítók kifejezik egységes akaratukat arra vonatkozóan, hogy egy meghatározott közös cél együttes követésére egy általuk kiválasztott társasági jogi szervezeti formában egyesülnek. E megállapodásnak két fajtája van:

- a személyegyesítő társaságoknál a társasági szerződés (Gesellschaftsvertrag)
- a tőkeegyesítő társaságoknál az alapszabály (Satzung).

Míg a szervezeti szerződés mindig többoldalú jogügylet (legalább kettő tag szükséges), addig az egyszemélyi alapításnál (Einmann-Gründung) egyoldalú létesítő nyilatkozat lép a szerződés helyébe (pl.: kft. esetében /Einmann-GmbH/ és a részvénytársaságnál van erre törvényi lehetőség).^{12 13}

A társaságok kategorizáló bemutatását az alábbi értelmező ábra szemléletesebbé teheti:



A társaságok fontosabb szabályainak rövid áttekintése

a) Alapítás

A német társasági jogban is a társasági formák numerus clausus-a érvényesül. A szerződési szabadság e korlátozásán enyhít az, hogy -bizonyos keretek között- megengedett a típusok keverése és összekapcsolása (Typenvermischung, Typenverbindung), valamint az a tény, hogy a társasági formákra irányadó jogszabályok nagy része diszpozitív jellegű.¹⁴

A személyegyesítő társaságok társasági szerződésére főszabályként az alakszerűtlenség az irányadó, a partneri társaság kivételével, ugyanis a partnerek szerződését írásba kell foglalni.¹⁵ Speciális rendelkezésként a tőkeegyesítő társaságok alapszabályát minden esetben közjegyző által kell hitelesíteni.¹⁶

A társaságok létesítésére irányuló szerződések minimális tartalmát az adott társasági formákra irányadó törvények határozzák meg. Ezek a társaság külső jogviszonyait illetően általában kógensek, míg a tagok egymáshoz, illetőleg a társasághoz való viszonyait diszpozitív módon rendezik.¹⁷ Az alapító okiratok szabályozási körének terjedelmét szemléltetik a tartalmi elemek alábbi példái:

- társasági forma;
- cégnév, székhely;
- cél, tevékenység;
- társaság tartama;
- tagok vagyoni hozzájárulásai, felelőségük;
- nyereségből való részesedés, veszteségviselés
- üzletvezetés, képviselő;
- mérlegkészítés, elszámolás;
- szavazati, információs és kontrolljogok;
- tagsági viszony megszűnése, megszüntetése;
- új tagok belépése;
- társaság hitelezőihez való viszonyok;
- versenyjogi, adózási aspektusok;
- választott bíróságra vonatkozó egyezség;
- társaság megszűnésével, megszüntetésével kapcsolatos kérdések etc.¹⁸

A társaságok keletkezése nem mindig esik egybe a társasági szerződés megkötésével:

- a pjt. és a csendestársaság a társasági szerződés aláírásával jön létre;
- a kkt., a bt. és a partneri társaság csak a belső jogviszonyok tekintetében alakul meg a társasági szerződés megkötésével; külső jogviszonyokban csak a cégnyilvántartásba vétellel hatályosul a társaság;¹⁹
- a jogi személyiségű társaságok a cégbejegyzés konstitutív hatálya révén keletkeznek.²⁰

b) A társasági tagság (Mitgliedschaft)

¹⁴ Kraft – Kreutz: i. m.: 10-12. pp.

Klunzinger: i. m.: 6. p.

¹⁵ PartGG 3. §

¹⁶ AktG 23. §, 280. §; GmbHG 2. §

¹⁷ Kraft – Kreutz: i. m.: 32. p.

¹⁸ Klunzinger: i. m.: 6-8. pp.

¹⁹ HGB 123. §, 161. §

²⁰ AktG 41. §, 278. §, GmbHG 11. §

A tagság a tagok jogállása egymás közötti, illetőleg a társasághoz való viszonyukban.²¹ A tag jogi helyzetét jogai (+) és kötelezettségei (-) határozzák meg:

- + vagyoni természetű jogok (nyereségrészesedésre és likvidációs hányadhoz);
szavazati jog (részvétel és beleszólás);
információs és ellenőrzési jogok;
az üzletvezetésre és képviseletre való jogosultság a személyegyesítő társaságoknál elvileg minden tagot megillet (kivétel: a bt. kültagja és a csendestárs), ezzel szemben a tőkeegyesítő társaságoknál e jogosultság nem a tagsági jogviszonyon alapul;²²
- vagyoni hozzájárulás teljesítése
eltérő megállapodás hiányában a személyegyesítő társaságoknál (kivétel: csendestársaság és a bt. kültagja) az ügyvezetés és a képviselet nemcsak jog, hanem minden tagot terhelő kötelezettség is;
a személyegyesítő társaságoknál az ún. "Treuepflicht" is fennáll, amely lényegében azt jelenti, hogy a tag a közös célkövetés során köteles óvni a tagság és a társaság érdekeit, és köteles tartózkodni minden ilyen érdeket sértő magatartástól.²³

c) Társasági szervezet (Organisation)

A közös cél megvalósítása érdekében a társaságnak -mint személyösszefogásnak- tevékenységet kell kifejtenie, ennek koordinálására valamilyen mérvű szervezeti szabályozás szükséges.

A személyegyesítő társaságoknál a tagok tagságuknál fogva maguk járnak el: jogosultak, illetőleg kötelezettek az ügyvezetésre és a képviseletre.

A jogi személyiséggel rendelkező társaságok szerveik eljárása révén válnak jogosulttá vagy kötelezetté. A funkciók alapján a tőkeegyesítő társaságoknak:

- akaratképző szerve (Willensbildungsorgan) /tag-, ill. közgyűlés/;
- ügyvezető és képviselő szerve (Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan) /ügyvezető, igazgató/ és
- ellenőrzési szerve (Kontrollorgane) /felügyelő bizottság/ van.²⁴

d) Felelősség a társaság tartozásaiért

A jogképes társaság tartozásaiért a társaság felel vagyonával, míg a személyegyesítő társaságoknál a társasági tartozásokért a tagok személyes felelőssége áll fenn. A pjt., a kkt. és a partneri társaság esetében a tag, valamint a bt. beltágya korlátlanul és egyetemlegesen felelnek, a bt. kültagja pedig betétjére korlátozott mértékig ("...die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist"²⁵).²⁶

e) A társaság megszűnése

A jogszabályok megszűnési okokat írnak elő minden társasági formára nézve, melyek az rt. kivételével²⁷ nem kimerítő felsorolások, a társasági szerződés további társaság megszűntető okokkal ki is egészítheti.

A megszűnési okok jellegénél fogva végelszámolásra (Auseinandersetzung) vagy felszámolásra (Abwicklung, Liquidation) kerülhet sor.

²¹ Kraft – Kreutz: i. m.: 43. p.

²² Kraft – Kreutz: i. m.: 45. p.

²³ Kraft – Kreutz: i. m.: 44. p.

²⁴ Kraft – Kreutz: i. m.: 46-47. pp.

²⁵ HGB 161. §

²⁶ BGB 714. §; HGB 128. §, 161. §, 171. §

²⁷ AktG 262. §, 396. §; VereinsG 17. §; LöschG 1. §

A személyegyesítő társaságok a megszűnési eljárások lefolytatásával automatikusan megszűnnek. A kkt. a bt. és a partneri társaság esetén még szükséges a megfelelő nyilvántartásból való törlés, de ez csak deklaratív jelentőségű.

A tőkeegyesítő társaságok megszűnésénél vitatott, hogy a cégjegyzékből törlés konstitutív hatályú-e (ahogyan keletkeznek úgy is szűnnek meg), vagy azonos a személyegyesítő társaságokéval.²⁸

Az általános társasági jegyek ismertetését követően vázaltszerűen bemutatjuk az egyes társaságokat:

III. A kereskedelmi társaságok

a) A közkereseti társaság (die offene Handelsgesellschaft, OHG²⁹)

A kkt. olyan társaság, amelyet közös cég alatti kereskedelmi tevékenység folytatása céljából létesítenek és egyetlen tagjának sem korlátozott a felelőssége a társaság hitelezőivel szemben.³⁰ E meghatározás alapján a kkt. ismérvei:

- a közös cél: kereskedelmi tevékenység folytatása;
- a közös cég;
- a tagok korlátlan felelőssége

A kkt. a pjt. alfaja³¹ (osztatlan társasági vagyonszövetség), nem egyesület, nem testület, de társaság, azon belül személyegyesítő és kereskedelmi társaság, valamint teljes jogú kereskedő.

Ez a társaság nem jogi személy, de közös cége révén³²

- jogokat és kötelezettségeket szerezhethet;
- perelhet és perelhető;
- vagyonára végrehajtás vezethető és csődeljárás indítható.

Legalább kettő tag kell az alapításhoz; nem lehet alapítója pjt., csendestársaság, nem jogképes egyesület, örökostársak közössége.³³

Alapesetben a kkt. alapítása kétlépcsős folyamat:

- társasági szerződés megkötésével a belső jogviszonyokban megalakulnak tekinthető a társaság,
- míg külső jogviszonyokban csak a cégbejegyzéssel válik azzá.³⁴

b) A betéti társaság (die Kommanditgesellschaft)³⁵

Egy, közös cég alatti kereskedelmi tevékenység folytatására alapított társaság akkor betéti társaság, ha legalább egy tagjának felelőssége a társaság hitelezőivel szemben meghatározott

²⁸ Kraft – Kreutz: i. m.: 55-56. pp.

²⁹ HGB 105-160. §§

³⁰ HGB 105. §

³¹ HGB 105. §

³² HGB 124. §

Kraft – Kreutz: i. m.: 152. p.

Klunzinger: i. m.: 50. p.

³³ Hueck: i. m.: 58. p.

Klunzinger: i. m.: 55. p.

³⁴ Kraft – Kreutz: i. m.: 149. p.

Klunzinger: i. m.: 56. p.

³⁵ HGB 161-177a. §§

vagyoni betét összegére korlátozott (kültag, Kommanditist), míg a többi tagnál nincs felelősséghatárítás (beltag, Komplementär).³⁶

A bt. a kkt. alfaja, így igaz rá a kkt. minden jellemzője (osztatlan társasági vagyonszerzés, személyegyesítő és kereskedelmi társaság, teljes jogú kereskedő; a cég és az alapítási ismérvek is).

A betéti társaságot a közkereseti társaságtól megkülönböztető ismérv a tagok felelősségénél található: a betéti társaságban van legalább egy korlátozott felelősségű tag (kültag), hiszen a csak beltagokból álló társaság a kkt., és a csak kültagokkal működő társaság fogalmilag kizárt.

A kültagi felelősség mértékének megállapítása a teljesítendő vagyoni hozzájárulás összegszerű meghatározásával történik, ezért a kültagok vagyoni betétjét felelősségi összegnek (Haftsumme) vagy felelősségi betétnek (Hafteinlage) is nevezik.³⁷

c) A részvénytársaság (die Aktiengesellschaft)³⁸

A részvénytársaság olyan társaság, amely jogi személyiséggel és részvényekből álló alaptőkével rendelkezik, és tartozásaiért a hitelezőkkel szemben vagyonával felel.³⁹

A részvénytársaság kereskedelmi társaság (akkor is, ha nem kereskedelmi tevékenység folytatására alapítják⁴⁰), a törvény erejénél fogva kereskedő (Formkaufmann); és jogi személyiségből adódóan teljes a jogképessége, tagjaitól elkülönült szervezete és önálló vagyona van (a részvényesek a társasági kötelezettségeikért nem felelnek).

A tőkeegyesítő társaságok alaptípusa:

- minimum alaptőkével létesíthető, ennek összege 100.000 DM;⁴¹ az alaptőkét kitevő részvények névértéke nem lehet kevesebb 50 DM-nál⁴². A részvény kifejezés alatt három dolog értendő: a részvény (Aktie), mint az alaptőke hányada (Bruchteil des Grundkapitals), tagsági jog (Mitgliedschaftsrecht) és értékpapír (Wertpapier)⁴³.

A részvénytársaság kialakításának -főként hitelezővédelmi szempontok szerint- két formája van: egyszerű (einfache) és minősített (qualifizierte) alapítás (Gründung). Az előbbi esetén az alapszabály megállapításától kezdve több aktuson keresztül jutnak el a cégbejegyzésig. Az utóbbi formánál nem az alapítási folyamatban van eltérés az egyszerű formától, hanem sajátos cselekményekre kerülhet sor (pl.: apportálás, elsőbbségi részvények kialakítása)⁴⁴. Egyébként részvénytársaságot egy személy is alapíthat.

d) A betéti részvénytársaság (die Kommanditgesellschaft auf Aktien)⁴⁵

A betéti részvénytársaság olyan társaság, amelyben legalább egy személyesen felelős tag (persönlich haftender Gesellschafter) van, míg a többi tag (Kommanditaktionäre) úgy részesedik a részvényekből álló alaptőkéből, hogy a társaság tartozásaiért nem felel⁴⁶.

³⁶ HGB 161. §

³⁷ Hueck: i. m.: 96-97. pp.

Klunzinger: i. m.: 94-95. pp.

Kraft – Kreutz: i. m.: 205-206. pp.

³⁸ AktG 1-277. §§

³⁹ AktG 1. §

⁴⁰ AktG 3. §

⁴¹ AktG 7. §

⁴² AktG 8. §

⁴³ Hueck: i. m.: 131-133. pp.

Klunzinger: i. m.: -149-150. pp.

Kraft – Kreutz: i. m.: 290-291. pp.

⁴⁴ Kraft – Kreutz: i. m.: 280-285. pp.

⁴⁵ AktG 278-290. §§

⁴⁶ AktG 278. §

Az elnevezésből és a fogalomból kitűnik, hogy ez a társasági forma a részvénytársaság és a betéti társaság keveréke. A társaság hitelezőivel szemben korlátlanul felelős tag a betéti társaság beltagjának jogi helyzetében van, és reá a betéti társaságra vonatkozó előírások az irányadóak. Ezzel szemben a “kültagi részvényesekre” és magára a társaságra a részvénytársaság szabályait kell alkalmazni.⁴⁷

A betéti részvénytársaság jogi személy, tőkeegyesítő társaság, kereskedelmi társaság és kereskedő.

A törvény az alapítók számával kapcsolatban szab alsó határt; legalább ötnek kell lennie.⁴⁸

E társasági típusnak nincsen túl nagy szerepe Németországban

- csak kevés vállalkozás működik ebben a formában (pl.: Henkel KGaA; KKB Kundenkreditbank – Deutsche Handelsbank KGaA)⁴⁹

- és csekély gyakorlati jelentőségét jelzi az is, hogy 1993 év elején harminc ilyen társaság működött csupán, mintegy 2,4 milliárd DM alaptőkével.⁵⁰

e) A korlátolt felelősségű társaság (die Gesellschaft mit beschränkter Haftung)⁵¹

A korlátolt felelősségű társasággal kapcsolatosan -az eddig ismertett társaságoktól eltérően- nem ad fogalmi meghatározást a jogszabály, mindössze annyit mond ki, hogy minden, törvényileg megengedett célra egy vagy több személy alapíthatja.⁵²

A kft., jellemzőit tekintve, a részvénytársaság és a személyegyesítő kereskedelmi társaságok között helyezkedik el. Jogi személy, tőkeegyesítő társaság és ipso iure kereskedő (Formkaufmann). Mindezekből adódóan -a részvénytársasághoz hasonlóan- hiányzik a tagok személyes felelőssége a társaság tartozásaiért. Ugyanakkor lényegesen különbözik is a részvénytársaságtól:

- a kft-re vonatkozó törvényi előírások nagyobb terjedelemben diszpozitívak, mint a részvénytársaság esetén;

- ebből következően a személyi összefogás társaságon belüli megjelenítésére nagyobb lehetőség van (ezt úgy is szokták minősíteni, hogy “a kft. kifelé rt., befelé kkt.”⁵³);

- a kft. alapítása egyszerűbb és olcsóbb a részvénytársaságénál;

- szervezete is egyszerűbb (felügyelő bizottságot csak ötszáznál több munkavállaló alkalmazása esetén kell választani);

- a kft. tagjai pótbefizetési kötelezettség előírásában is megállapodhatnak;

- a tagok taggyűlés tartása és közjegyző bevonása nélkül is hozhatnak határozatot etc.⁵⁴

A korlátolt felelősségű társaságot nem szükséges kereskedelmi tevékenység folytatására alapítani, a vállalkozás tárgya sport-, kulturális, művészeti, tudományos és karitatív cél is lehet (pl.: AKAD – Akademikergesellschaft mbH; städtische Theaterbetriebs GmbH)⁵⁵.

Korlátolt felelősségű társaságot legalább ötvenezer DM törzstőkével lehet alapítani, ami legalább ötszáz DM értékű törzsbetétekre (százzal oszthatónak és DM-ben kifejezettnek kell lennie) oszlik. Az üzletrészt a vállalt törzsbetétek mértéke határozza meg, és szavazati, nyereségrészesedési és likvidációs hányadhoz való jogot foglal magába.⁵⁶

⁴⁷ Kraft – Kreutz: i. m.: 316-318. pp.

Klunzinger: i. m.: -191-192. pp.

⁴⁸ AktG 280. §

⁴⁹ Klunzinger: i. m.: -192. p.

⁵⁰ Statistisches Jahrbuch für Bundesrepublik Deutschland, 1994, 141. p.

⁵¹ GmbHG 1892

⁵² GmbHG 1. §

⁵³ Klunzinger: i. m.: -209. p.

⁵⁴ Klunzinger: i. m.: -209.-210 pp.

Hueck: i. m.: 243. p.

⁵⁵ Klunzinger: i. m.: -209. p.

⁵⁶ Klunzinger: i. m.: -215.-216 pp.

Hueck: i. m.: 247. p.

f) A korlátolt felelősségű társaság és társa betéti társaság (GmbH & Co. KG)

E megnevezés alatt olyan betéti társaságot értünk, amelynek egyetlen beltagja egy korlátolt felelősségű társaság; így a társaságot elsődlegesen betéti társaságként kell kezelni. Ebben a formában tagi kapcsolat alakul ki egy személyegyesítő és egy tőkeegyesítő társaság között. E kapcsolódás révén gazdasági és szervezeti egységről beszélhetünk, és nem típuskeveredésről. A jogi személy beltag korlátlanul felel a társaság tartozásaiért, de csak a kft.-vagyonnal, míg a kültagok korlátlan felelőssége nem áll fenn.

A kft. és társa betéti társaságnak több fajtája van:

- személyazonos (personengleiche) társaság, ahol a beltagi kft. tagjai a bt. kültagjai (ez egyszemélyes variációban is megvalósítható: a beltagi kft. egyetlen tagja egyben a bt. egyetlen kültagja is),

- nem személyazonos (nicht personengleiche) társaság, amelyben a beltagi kft. tagjai és a bt. kültagjai más személyek,

- többlépcsős (mehrstufige) társaság⁵⁷, amelynek beltagja egy másik kft. és társa bt.⁵⁸

(A kereskedelmi társaságok körébe tartozik még a VII. részben ismertetésre kerülő európai gazdasági érdekegyesülés /EWIV/ is.)

IV. Kereskedelmi társaságnak nem minősülő személyegyesülések

I. A csendestársaság (die stille Gesellschaft)⁵⁹

A csendestársaság olyan társaság, amelyben valaki (csendestárs, stiller Gesellschafter) úgy vesz részt a más által folytatott kereskedelmi vállalkozásban, hogy abból vagyoni betétje –ami a vállalkozás tulajdonosának (üzlettulajdonos, beltag) tulajdonába megy át- révén részesedik.⁶⁰

Ez a társasági forma a pjt. atipikus altípusa: nincs közös tulajdon, és belső társaságnak minősül. Erős tőkeegyesítő jegyeket hordozó személyegyesítő társaság, de nem kereskedelmi társaság.⁶¹

Nem jogképes, nincs cége, s nem kell a cégnyilvántartásba sem bejegyeztetni. Létrejöttéhez legalább kettő személy kell, amelyek közül az üzlettulajdonosnak kereskedőnek kell lennie.⁶²

II. A partneri társaság (die Partnerschaftsgesellschaft)⁶³

A német jogalkotó ezen elnevezés alatt új, önálló társasági formát hívott életre: kizárólag a szabadfoglalkozásuk részére, tevékenységük közös folytatására.⁶⁴

Dogmatikailag a partneri társaságot a pjt. és a kkt. közé sorolják⁶⁵: személyegyesítő, de nem kereskedelmi társaság, amely neve alatt jogokat szerezhet, kötelezettségeket vállalhat, perelhet és perelhető.

Kraft – Kreutz: i. m.: 322.,334. pp.

⁵⁷ A “doppelstöckige” kifejezést is szokták használni.

⁵⁸ Kraft – Kreutz: i. m.: 228.-230. pp.

Klunzinger: i. m.: -283.-284 pp.

⁵⁹ HGB 230.-237. §§

⁶⁰ HGB 230. §

⁶¹ A nem kereskedelmi társaság minősítés rendszertani alapja a német Kereskedelmi Törvénykönyv második könyvének címe: “Kereskedelmi társaságok és a csendestársaság”.

⁶² Kraft – Kreutz: i. m.: 236.-239. pp.

Hueck: i. m.: 107.-109. pp.

Klunzinger: i. m.: -121.-122 pp.

⁶³ PartGG 1994

⁶⁴ PartGG 1. §

E társaság keletkezése a közkereseti társasághoz hasonlóan kétlépcsős: a partneri szerződés megkötésével létrejön a belső jogviszonyok tekintetében, de a külső jogviszonyokban csak a partneri jegyzékbe vétellel (ez konstitutív hatályú).

A társasági szerződést írásba kell foglalni, és minimális követelményként tartalmaznia kell a társaság nevét, székhelyét, a partnerek személyes adatait és foglalkozásukat, valamint a partneri kapcsolat tárgyát. Csak szabadfoglalkozást űző természetes személyek alapíthatják.

A közkereseti társasághoz hasonlóan itt is társasági vagyontársaság áll fenn, egyetemleges, de szerződésileg korlátozható tagi felelősséggel.⁶⁶

VII. A német társasági jog és az EK-jog harmonizációja

A gazdasági társaságokra vonatkozó jogi normákat az európai közösségi jog kialakítása során megalkotott több irányelv is érinti.

A német társasági jogi jogalkotás az 1969. VIII. 15-i törvénnyel ültette át az 1. számú irányelvet, amely az rt., a betéti rt. és a kft. szabályozására hatott, a következőképpen:

- bővült a cégjegyzék-köteles tények köre, és a tőkeegyesítő társaságok ekkortól kötelesek üzleti leveleiken meghatározott adatokat feltüntetni;

- e társaságok érvénytelenségének okait és képviselői szerveik hatáskörét pontosította.

A 2. számú irányelv német átvétele (1978. XII. 13.) mindenekelőtt az apportálás és a részvényszerzés előírásainak szigorítását vonta magával.

A 3. számú irányelv 1982. X. 25-i törvénnyel való implementációja bővítette a részvénytársaságok egyesülési lehetőségeit, és a kisebbség-, valamint a hitelezővédelmi normákat korrigálta.

A könyvviteli irányelvek (4., 7., 8. sz.) transzpozíciója (1985. XII. 19) révén a tőkeegyesítő társaságok évről-évre átfogó szabályozására került sor.⁶⁷

Az egyszemélyes korlátozott felelősségű társaságról szóló 12. sz. irányelvnek a kft.-törvény 1980-as nagy terjedelmű módosítása "elébe ment".⁶⁸ A részvénytársaságok szétválását szabályozó 6. sz. irányelvet, e jogintézmény németországi hiánya miatt, nem vették át.⁶⁹

A 2137/1985. sz. rendelettel az EK. Miniszterek Tanácsa az első, önálló európai jogi társasági formát alkotta meg: az európai gazdasági érdekegyesülést (die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung). E társaság megalkotása a tagállamok jogalanyai számára kínál határokon átnyúló együttműködési lehetőséget és az európai belső piac létrejöttét és működését segíti elő.

Az EWIV személyegyesítő kereskedelmi társaság, amelyre elsősorban az EK. rendeletet, másodsorban ennek német végrehajtási törvényét (1989. I. 01.), harmadsorban a kkt. és negyedsorban a pjt. szabályait kell megfelelően alkalmazni.

Az EWIV egyedüli célja a kooperáció (segítő tevékenység, Hilfstätigkeiten): tagjai gazdasági tevékenységét hangolja össze, könnyíti meg, fejleszti; de a társasági tagok gazdasági, vállalkozási tevékenységét nem folytathatja.

A társaság alapításához legalább kettő tag kell, és ennek folyamata kétlépcsős: az alapítási szerződés megkötését az egyesülés cégnyilvántartásba való bejegyzése követi.

⁶⁵ Kraft – Kreutz: i. m.: 246. p.

⁶⁶ Kraft – Kreutz: i. m.: 245.-248. pp.

⁶⁷ HGB 238.-339. §§

⁶⁸ GmbH-Novelle von 1980 az egyszemélyes alapítás megengedésével egészítette ki a GmbHG 1. §-t.

⁶⁹ Klunzinger: i. m.: -145.-146. pp.

Rolf Herber: "Probleme der gesetzlichen Fortentwicklung des Handels- und Gesellschaftsrechts" (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 144/1980/53.-55. pp., 57.-58. pp.)

E társasági formában is vagyonszövetség áll fenn, és a tagok korlátlanul és egyetemlegesen felelnek az EWIV tartozásaiért. Miután az egyesülés közös célja tagjai "segítése", a tagok számára vagyoni hozzájárulási kötelezettség nincs előírva.⁷⁰

A leírtakból megállapítható, hogy a német jogalkotók messzemenően eleget tettek az EK jogharmonizációs törekvéseinek

* * *

Felhasznált irodalom:

1. Rolf Herber: "Probleme der gesetzlichen Fortentwicklung des Handels- und Gesellschaftsrechts" (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 144/1980/47-73.)
2. Ulrich Koch: "Die Entwicklung des Gesellschaftsrechts im Jahr 1986" (Neue Juristische Wochenschrift 1987, Heft 40, 2483-2494.)
3. Julian Maitland-Walker: "Guide to European Company Laws" (London, Sweet & Maxwell, 1993)
4. Alfred Hueck: "Gesellschaftsrecht" (Juristische Kurz-Lehrbücher, Verlag C. H. Beck, München, 17. Auflage – 1975; 19. Auflage - 1991)
5. Eugen Klunzinger: "Grundzüge des Gesellschaftsrechts" (Lernbücher für Wirtschaft und Recht" Verlag Vahlen, 7. Auflage – 1991, München)
6. Hans Brox: "Handelsrecht und Wertpapierrecht" C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 10. verbesserte Auflage – 1993)
7. Paul Hofmann: "Handelsrecht" (Alfred Metzner Studienliteratur, Juristische Lernbücher, Luchterhand Verlag GmbH, Berlin, 9. überarbeitete Auflage - 1996)
8. Rolf Wank: "Handelsrecht" (Alfred Metzner Studienliteratur, Juristische Lernbücher, Luchterhand Verlag GmbH, Berlin, 4. völlig neubearbeitete Auflage - 1996)
9. Alois Kraft – Peter Kreutz: "Gesellschaftsrecht" (Alfred Metzner Studienliteratur, Juristische Lernbücher, Luchterhand Verlag GmbH, Berlin, 10. überarbeitete Auflage - 1998)
10. Az Európai Közösségek Jogszabályainak Gyűjteménye; V. köt. Bp., Unió Kiadó, 1993-tól
11. Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
12. Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
13. Aktiengesetz vom 6. Septemeber 1965
14. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung i. d. F. der Bek. vom 20. Mai 1898
15. Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) vom 25. Juli 1985
16. Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25. Juli 1994

⁷⁰ Kraft – Kreutz: i. m.: 254.-260. pp.

Pokol Béla

Az amerikai textualista jogfelfogás felemelkedése

Másfél évtizedes dominálás után az 1970-es évek közepére megtorpant az Egyesült Államokban az alapjogiasított bírói ítélkezés, a közvetlenül az alkotmányra hivatkozó eseti jogszolgáltatás terjedése, majd az 1980-as évek közepétől erőteljes visszaszorításra került ez. Ezzel párhuzamosan két, egymást hol támogató, hol versengő jogfelfogás és jogértelmezés vált meghatározóvá az amerikai bíróságok gyakorlatában, most zárójelbe téve a szórványosan felbukkanó gazdasági jogfelfogás behatását. Az egyiket *szándékkutató* jogértelmezésnek, a másokat *textualistának* nevezhetjük. Nézzük meg ezek belső összetevőit, belső irányzatait, illetve a két jogértelmezés egymáshoz való viszonyát.

1. A szándékkutató jogértelmezés térnyerése

Az alapjogiasított ítélkezés visszaszorítását közvetlenül ez az irányzat kezdte el az 1970-es évek elejétől, és az elmúlt évtizedekben több belső irányzatra bomolva hat az amerikai jogéletben. "Originalism", "intentionalism", "purposivism" jelzők alatt futnak az irányzat különböző csoportosulásaiból kialakult táborok, de időbeli elcsúszással ugyanazok a jelzők egy idő után más tábornegozslást jelölnek (lásd Fruehwald 2000:976). Nézzük meg ezért az egyes tábornegozslások és elnevezések belső összetevőit.

Az "originalizmus" jelzést és az ez alatti csoportosulást közvetlenül az alapjogiasított ítélkezés tagadása hívta életre, és ennek a tényleges alkotmánytól elszakadását támadta. Ez az elszakadás mind az alkotmány szövegétől, mind az alkotmányt készítők eredeti szándékától való eltávolodást jelentette, oly módon, hogy egy-egy absztrakt alkotmányi formulára támaszkodva a szövetségi legfelsőbb bírák egy sor alkotmányi rendelkezést maguk alkottak meg. Így az alkotmányosított bírói ítélkezés évtizedei utáni időkre mind szövegében, mind az alkotmányozók eredeti szándékait illetően egyre inkább csak pusztán hivatkozási alappá vált az amerikai szövetségi alkotmány. Az originalizmus ezzel kívánt szakítani, és mind az alkotmány írott szövegét, mind az eredeti alkotmányozói szándékot a középpontba kívánta emelni az időközben bíróilag alkotott alkotmányi átértelmezésekkel szemben.

Látható tehát, hogy az originalizmus két irányba is nyitott, a szöveghűség felé és az alkotmányozók és a törvényhozók eredeti szándéka felé is. A későbbiekben ebből vált szét a szándékkutatók és a textualisták tábora, de ennek menetében a szándékkutatók irányzatán belül is két, eltérő irány bontakozott ki: az intencionalisták és velük szemben a "purposivist" irányzata (Colinvaux 1997). Míg az intencionalisták az adott törvényt alkotó képviselők bizonyítható szándékát helyezik a középpontba, addig a "purpozivisták" a törvény átfogó céljait, és csak ezen keresztül, ennek alárendelten tekintik mérvadónak a képviselők szubjektív szándékait, melyek megnyilvánultak az adott törvény parlamenti vitáiban. A tényleges gyakorlatban azonban egy sor torzulás kezdett kibontakozni a szándékkutatás mindkét verziója tekintetében, ami végül hozzájárult a szándékkutató értelmezés nagyfokú hitelvesztéséhez és ezzel a textualizmus felemelkedéséhez.

Az egyik ilyen torzulást jelentette, hogy a törvényhozók szándékait tartalmazó törvényelőkészítési anyagokat (plenáris ülési jegyzőkönyveket, bizottsági ülési összefoglalókat stb.) szelektíven és célzatosan kezdték használni a bírák. A saját értékei által előre meghatározott ítélet kialakítására törekvő bíró a "clerc"-jeivel (asszisztenseivel) átnézeti a nagytömegű jegyzőkönyvet az adott törvény kongresszusi vitáiról, kikerestetve azokat a megnyilvánulásokat, melyek az ő értelmezéséhez illeszkedő szándékot valószínűsítenek. Ezután ezt emeli az ítélete középpontjába, és a törvényi rendelkezés szövegével alig foglalkozva, mint a törvényhozó evidens szándékra alapozza ítéletét. Ennek példaként lehet felhozni 1987-ből Brennan-nak, a szövetségi Legfelsőbb Bíróság bírájának egy különvéleményét, amely nem is érintve a törvényi rendelkezés szövegét, rögtön a politikailag hozzá közeleső Humphrey szenátor szavaival indít, melyben a szenátor vázolta, hogy szerinte mit a tárgyalt törvény fő célkitűzése, és Brennan bíró - a törvényt szöveget lényegében félretolva - döntően erre támaszkodva mondta ki az adott ügyben az ítéleti álláspontját (lásd Parment 2000:55). Ez a fajta manipulálás a szűkebb, intencionalista verziónál is lehetővé teszi a szövegben lefektetett értelemmel szemben a bíró saját preferenciáinak érvényesítését az ítéletben, hisz a plurális törvényhozási gépezet folyamatában az albizottsági, a bizottsági és a plenáris ülési vitákban mindig lehet találni a bíró politikai mértékeivel egyező véleményt, de még nagyobb a bíró elszakadásának a szabadsága a "purposivism" irányzat esetében. Ez utóbbi ugyanis átfogó célt csúsztat a szöveg mögé, valamilyen fokban egy képviselő, egy szenátor általánosabb fejtegetéseiből kiemelve, és ezzel szinte tetszése szerint fordíthatja át a szövegszerű értelmet. Ezért nem véletlen, hogy azok a jogászprofesszorok és szövetségi bírók, akik korábban mindig az alkotmányos alapjogokhoz nyúltak vissza az ítéleteikben (vagy ezek előzetes jogtudományi vitáiban), az alapjogiasított ítéletkezés visszaszorulása után inkább a "purposivist" irányzat jogértelmezését preferálták. Így érthető Brennan bíró, az alapjogiasítás korábbi fő támogatójának előbb idézett véleménye is.

A szándékkutatás domináló jogértelmezéssé válása azonban újfajta torzulásokkal tetézte az előbb vázoltakat. Az új törvények parlamenti vitáiban ugyanis egyre inkább megjelentek azok a lobbisták, akik - megelőlegezve az adott törvény későbbi bírói alkalmazásához az "eredeti szándék" kutatását - célzatos felszólalásokkal a bizottsági és a plenáris üléseken már eleve meghatározott értelmezések és érdekek felé igyekeztek kinyitni ki az adott törvényt. Vagyis ily módon, noha a törvény szövegébe egy-egy lobbista vagy a képviselők egy kis lobbizó csoportja nem képes bevinni a mögöttes érdekcsoport kívánalmait, de átfogó célkitűzések sugalmazásával és ezek többszöri elmondásával a különböző törvényelőkészítési vitákban, "preparálják" a jövőendő törvényt a vele szimpatizáló bírák számára. A mögöttes érdekcsoport ügyvédei pedig pontosan nyilvántartják a lobbista képviselőjük megrendelt felszólalásainak jegyzőkönyvi szövegét, és perlés esetén a releváns törvényi szöveg mellett a fő helyre ezt teszik (lásd Busse 2000:889-890).

Ezekkel a manipulációkkal a szándékkutató jogértelmezés, mind az intencionalista, mind a purpozivista verzióiban, ugyanabba a zsákutcába jutott az 1980-as évek közepére, mind korábban az alapjogiasított ítélkezés. Míg ez utóbbi az alkotmányba olvasott bele politikailag célzatosan abban soha nem lévő "alapelvet", alapjogokat". "alkotmányi célokat", addig ez az irányzat a törvényelőkészítési anyagok szelektált és manipulatív felhasználásával jutott ugyanoda, a hitelesség elvesztéséhez. Ez a fejlemény jelentette a textualizmus felemelkedésének hátterét.

A szándékkutatás lehanyaglását statisztikai adatok szintjén is kimutatták az empirikus elemzések, felmérve a szövetségi Legfelsőbb Bíróság döntéseiben a törvényhozási előtörténetre (legislative history) vonatkozó hivatkozások számának alakulását (lásd Vermeule 2000:44). Maga a jelenség, a törvényelőkészítési anyagokra való visszanyúlás, idegen volt a hagyományos amerikai bírói gyakorlattól, folytatva az angol hagyományt ezen a téren, és csak szórványosan jelent ez meg a XX. század első évtizedei után is. Nagyobb gyakoriságot csak 1947-től ért ez el, miután a New Deal folyamán már jelentősen megnőtt a törvényi jog aránya a common law precedensjoga mellett. Ebben az évben már egy-egy legfőbb bírói döntésre átlagban két és fél törvényelőkészítési anyagokra hivatkozás esett. Ez az alacsony szám megmaradt az 1970-es évek elejéig, ám 1973-ra hétre nőtt az egy döntésre eső hivatkozások száma, majd a '80-as évek elejére 12-13 hivatkozás volt az átlag, majd a csúcsot 1985-ben 16,5 jelentette. Ekkor lépett be Antonin Scalia a legfőbb fórum bírái közé – és diszkreditálódott időközben a leírt módon a "preparált" törvényelőkészítési anyagokra való hivatkozás gyakorlata – és 1986-ra már 8,5-re esett a hivatkozások száma, majd a '90-es években folyamatosan csökkenve 1997-re már ismét csak 2,5 volt ez (Vermeule 2000:45). A többi, alacsonyabb

szintű bíróság pedig rendszerint több-kevesebb fokban követi a legfőbb bírói fórumtól kiinduló értelmezési eltolódásokat.

2. A textualizmus térhódítása

Mint látható volt, az “originalizmus” néven futó irányzatban eleve benne volt a szöveghűség, a textualizmus mozzanata, ez azonban alárendelt maradt az eredeti törvényhozói (alkotmányozói) szándék középpontba emelése mellett. Antonin Scalia legfőbb bírói kinevezése indította meg a textualizmus térnyerését, aki a szándékkutatás már vázolt hitelvesztése mellett azzal is sikert tudott elérni, hogy a korábbinál biztosabb alapra tudta helyezni a textualista jogfelfogást. (A Scaliával induló “új formalizmust” kitűnően elemzi az interneten közzétett új tanulmányában Thomas C. Grey, amire - miután jelzi a tanulmány előfoglalmazvány jellege miatti idézési tilalmat - csak fel tudjuk itt hívni a figyelmet). A szövegpozitivizmus fő gyengéje hagyományosan a szövegben használt szavak többértelműségéből adódik, amely lehetővé teszi, hogy a bíró a politikai értékei szerint célzatosan válassza ki az egyes szavak, illetve kontextusba ágyazáskor az egész kontextus általa kívánatosnak tartott értelmét a politikai értékei által diktált ítéletnek megfelelően. Scalia ezt a gyengeséget kívánta eltüntetni, amikor a szavak általánosan használt értelméhez (“ordinary meaning”) igyekszik kötni a bírakat, és kétség esetén az ebből eredő teszthez köti állásfoglalásaikat. Kissé egyszerűsítve ez így szól: *érthette általában az utca embere az adott kifejezést úgy, ahogy a bíró érteni kívánja azt ítéletének kialakításakor?*

E textualizmus megértésére jó példát ad Scalia egy különvéleménye az egyik, szövetségi Legfelsőbb Bíróság által eldöntött ügyben. Egy választójogi törvény egyik rendelkezése volt a vita tárgya, amely a manipulált választási lefolyás esetén a képviselői mandátum megsemmisítését tette lehetővé bírói úton. Mivel a tagállami szinten a bírakat is sok helyen választják, éppúgy mint a törvényhozás képviselőit, felmerült a kérdés - és ez volt a jogi vita lényege az adott ügyben - hogy a bírói megbízás megsemmisítését is kérni lehet-e az adott törvényi rendelkezés alapján? A törvény szövege ugyan a “representatives” (képviselek) kifejezést használta, de Scalia bírótársa, Breyer bíró úgy érvelt, hogy a kinevezettekkel szemben minden, választással pozícióba kerülő képviselőnek tekinthető, hisz maga a választás ténye azt jelenti, hogy a választók nevében jár el a megválasztott. Ha pedig a bírót választják, akkor egy választásokra vonatkozó törvény szóhasználatában őt is képviselőnek kell tekinteni. Scalia ezzel szemben úgy érvelt, hogy ha valakit megkérdezzük az utcán, vajon beleérti-e a képviselő fogalmába a bírót, akkor nyilvánvalóan azt feleli, hogy nem, és általában a rendes nyelvhasználat nem érti bele a képviselők

körébe a bírákat (lásd Colinvaux 1997). Ha a törvényhozó be akarja venni a bírákat ebbe a körbe, akkor a “representatives” mellett külön kell említenie a bírákat is, mert az általános nyelvhasználat ezt követeli meg. Scalia tehát azon az állásponton van, hogy bár a kifejezések, a szavak sokszor többértelműek, de ha szilárdan ragaszkodunk ahhoz, ahogy az utca embere az általános nyelvhasználatot követve érti a vitatott kifejezést, akkor megbízható, szilárd támpontot kapunk a bírák törvényhez kötöttségéhez.

Ezt az álláspontját következetes alkalmazza Scalia már sok éve a bírói munkájában, és ez a következetesség, együtt az egyes véleményeiben felbukkanó racionális ítéleti eredménnyel, a textualizmust az amerikai jogi élet vitatott, de pozitívan fogadott felfogásává tette. Egyrészt átveszik más bírák is a textualizmus Scalia által kifejlesztett verzióját, másrészt legalább más módszer mellett jobban előtérbe emelik a szöveg általános értelmével való foglalkozást is, míg korábban sokszor háttérbe szorították a szövegszerű értelem keresését a bíró által megtalálni vélt “általános törvényi cél”, vagy az alkotmányos alapjogokból kiolvasni vélt döntési támpontok mellett. Mint a szándékkutató intencionalisták dominálása idején kitalált aforizma jól visszaadta karikírozva a szöveghez való viszonyulást: “A törvény szövege akkor kerül bevonásra az értelmezésbe, ha a törvényelőkészítő anyagok homályosak!” Nos ez az, ami döntően megváltozott Scalia színre lépésével, és a törvényszövegek értelmének szerepe nagymértékben növekedett azóta.

Hogy mennyire iránymutató tud lenni a szavak általános értelméhez és az általános használathoz kötés a vitatott helyzetekben, azt kitűnően mutatja egy 1993-as legfőbb bírói fórumon hozott döntésben Scalia különvéleménye is. Egy büntető ügyben vált vitássá egy büntetőjog rendelkezésnek az a szóhasználata, amely a kábítószer kereskedelem esetén súlyosabb büntetéssel kívánta sújtani az elkövetőt, ha a drogügylet lebonyolítása során tűzfejt viselt az elkövető. A vitatott esetben arról kellett döntenie a legfőbb fórum bírójának, hogy - miután a vádlott meghatározott adag kokain ellenértékéért egy pisztolyt adott cserébe - ez megalapozza-e a súlyosabb büntetés kiszabását? A bírák többsége úgy döntött, hogy itt szövegszerűen nem lehet mást kiszabni, mint a súlyosabb büntetést, de Scalia a szavak általánosan használt értelmet szem előtt tartva másként foglalt állást. Itt ugyanis a cseretárgyként használták a töltetlen pisztolyt, az általános értelem szerint pedig a pisztoly fegyverként használatát követeli meg (“to use a gun”), és így a cseretárgyként való használat nem alapozhatja meg a súlyosabb ítéletet (Scalia 1997:23).

Fontos összetevőt jelent Scalia jogértelmezésében a törvényalkotó szándékának korlátozott figyelembe vétele. Elismeri ugyan ennek fontosságát, de - épp az ezzel való manipulációk elterjedése miatt - csak akkor engedi meg ennek bevonását az értelmezésbe, ha az adott törvény szövegében is kifejezetten

megjelenik. Ugyanis csak a törvény szövege megy át a teljes törvényalkotói mechanizmuson, vitatják meg minden szavát, nyújtanak be módosító javaslatokat a szöveg egyes részeihez, akár egyes szavak, kifejezések kicseréléséhez. Így, amit végül a törvényhozási többség végül elfogad, és a végrehajtó hatalom fejeként az Egyesült Államok elnöke aláír, az jelenti a politikai konszenzusok eredményét. Ami csak elhangzik az egyes képviselők szájából a bizottsági és a plenáris üléseken, az ugyan kisebb-nagyobb vitát, egyetértést kiválthat, de nem kerül rendszeres, konszenzust leellenőrző vizsgálat alá. Scalia-nál így az originalizmus mindkét összetevője - a szöveghűség és a törvényhozó eredeti szándéka - jelen van, de mindkettő a szövegre koncentráltan kap fontosságot.

A törvényalkotó szövegbefoglalt szándékának fontosságát jelenti az is Scalia bírónál, hogy bár első lépésben mindig a vitatott szó, kifejezés általánosan használt értelméből indul ki, de ha a szövegben talál olyan jelzéseket, melyek rögzítik, hogy a törvényhozó most más értelemben kívánta használni azokat, akkor ezt tartja irányadónak (lásd Scalia 1997:17). Hogy a már említett példánál maradjunk, ha a jelzett választójogi törvény egy mondatban utalt volna arra, hogy a “representatives” (képviselek) szó alatt itt a választott bírákat is érteni kell, és rájuk is vonatkozik a manipulált választás esetén a hivataluk megszűnésére vonatkozó perlési lehetőség, akkor Scalia nem a “képviselek” szó általános értelméből indult volna ki, amely kizárja innen a bírákat, hanem a szöveg felhívása szerint belefoglalta volna őket is.

Egy másik oldalról mutatja Scalia textualizmusának összetevőit William Eskridge és Guido Calabresi felé gyakorolt kritikája. E két jogászprofesszor - az utóbbi egyben szövetségi fellebbezési bírói is - egy “dinamikus” jogértelmezési elméletet dolgozott ki (lásd Eskridge 1996; Calabresi 1982). A “dinamikus törvényértelmezés” lényege abban áll, hogy a bírák kiemelik a szövegből az alapul fekvő törvényi célokat, és ezután eltekintve a törvényi szöveg konkrét iránymutatásaitól, maguk konkretizálják az eléjük kerülő eseti vitákban, hogy milyen ítélet felel meg a legjobban e törvényi céloknak (lásd Fruehwald 2000:978). A dinamikus értelmezés híveinek egyik érve a bírák törvénytől való elszakadásának védelmére az, hogy a bírói kar jobban védve van a partikuláris érdekcsoportok befolyásával szemben, mint a törvényhozók, ezért inkább a bírák vannak abban a pozícióban, hogy a közjót szem előtt tartásuk. További előnye a bírói szabadságnak – érvelnek -, hogy az idők változásából adódó új körülményeket rugalmasabban tudják a napi ítélkezés folyamán figyelembe venni, mint a kevésbé rugalmas törvényhozási gépezet. Scalia a legélesebben szemben áll ezzel a felfogással, és mint a demokratikus államrendszer alapjainak támadását ítéli ezt el (Scalia 1997:43). A körülmények változásával létrejövő új igényeket, társadalmi-politikai konszenzusokat nem a bírák tudják “intuitíve”

észlelni, hanem a választáson megméretkező parlamenti többség törvényhozási gépezete.

A megértés szempontjából fontos annak kiemelése, hogy Scalia a bírának a törvényi jog felé irányuló értelmezésére fejt ki elméletét, és ezt mindvégig elhatárolja a bírának a common law precedens joga vonatkozásában kifejtett értelmezésétől. Ugyanis - legalábbis az Egyesült Államokban - a common law vonatkozó precedenseit szabadabban értelmezhetik a bírák, kiemelve a vonatkozó precedensekből az “irányító” rációt, a döntési támpontot. Scalia ugyan általában ellenségesen áll a common law szabályozási technikájához - egyetértő szavakkal ecsetelve a XIX. század közepén az Egyesült Államokban kibontakozott kodifikációs mozgalmat, amely végleg le akarta szakítani az amerikai jogfejlődést az angol common law technikájától - de realitásnak fogadja el a magánjog egyes részein fennmaradt bírói jogalkotási technikát (Scalia 1997:16-49). Ám élesen szemben áll azzal, hogy a bírák a common law jogi részben megengedett értelmezési szabadsággal közeledjenek a “statutory law”, a törvényi jog szabályaihoz is. Különösen az alkotmány értelmezése tekintetében tartja ezt az átvitelt veszélyes tendenciának, mivel ezzel a bírák - főként a szövetségi bíráskodás csúcsain - az osztársadalom vezérlésének alapvető döntéseit kezdik magukhoz ragadni: “Az “Élő Alkotmány” gondolatának népszerűsítése a jogászprofesszorok és a bírák egy csoportja által a common law bírói szabadságát igyekszik megadni az alkotmány értelmezésében is. Ennek értelmében az alkotmány egy olyan jog, amely “...növekszik, és változik időről-időre azért, hogy a változó társadalom szükségleteihez illeszkedni tudjon. És a bírák azok, akik meghatározzák ez alapján a jogot” (Scalia 1997:38). Ehhez Magyarországon csak a “Láthatatlan Alkotmány” eszméjének ezzel való rokonságára kell felhívni a figyelmet, amely irányította a hazai alkotmánybíráskodás első éveiben időnként az alkotmánybírák többségét.

3. Scalia textualizmusának értékelése

Antonin Scalia magas hivatala az USA szövetségi Legfelsőbb Bíróságban és e testület nagy szerepe az amerikai társadalom életének meghatározásában állandó közszereplést biztosít számára, és a közvélemény és a jogászság állandó figyelme övezi megnyilvánulásait. Ezt a súlyt még fokozza az a tény is, hogy az 1990-es évek elejétől - a liberális Brennan bíró kiválása óta – Scalia egy olyan konzervatív többség fontos tagja is kilencfős legfőbb bírói fórumban, amelyben sokszor öt bíró négy ellenében hozza meg döntéseit a társadalom alapvető kérdéseiben. Érvelései és jogfelfogása így óriási hatást gyakorolnak a jogászságra és a közvéleményre.

E hatás megértéséhez azonban látni kell azt is, hogy mélyebb szinten egy több mint negyven éve zajló vita folyik az Egyesült Államokban a társadalomalakítás két módja között. Az egyik szerint, amely a hagyományos demokrácia elméletéhez kapcsolódik, a nép által megválasztott képviselők és szenátorok többségi döntéseivel meghozott törvényekkel kell meghatározni a társadalmat, a másik szerint - amelyet azok a politikai erők támogatnak, akik képtelennek érzik magukat arra, hogy politikai többséggé váljanak - a "felvilágosult bírák" progresszív döntései tudják ezt inkább megvalósítani. Az Earl Warren vezette legfőbb bírói fórum - miután a aktivista bírói társadalomalakítást ellenző Felix Frankfurter kivált a testületből - az 1960-as évek elejétől beindította a szövetségi alkotmány szabad értelmezésén nyugvó "alapjogi forradalmat", és az ezzel szimpatizáló liberális demokrata elnöki adminisztrációk segítségével ebbe az irányba átalakított szövetségi bírói kar minden kötöttségtől elszabadulva ítélkezett, mind az alkotmány, mind a törvények írott szövegét háttérbe szorítva (lásd Epp 1998; Scheingold 1998). A törvényhozásban - a kongresszusban és a tagállami törvényhozásokban - gyengébb, de a szellemi-média körökben nagy fölényben levő liberális-demokrata politikai erők a közvélemény előtt a progresszió diadalaként ünnepezték ezt a fejleményt, és a "formalista" szövegű ítélkezést, mint "betűragó" ("black-letter lawyering") jogászkodást mutatták be. Mint láttuk, már a maga az originalizmus is szembe kívánt fordulni ezzel az aktivista bírói politizálással, de a szándékkutató irányzat jelzett lehetőségeit kihasználva egészen az 1980-as évekig a szabad bírói döntés élharcosainak számító "konstitucionalisták" az új módszerrel változatlanul tovább tudták vinni a törvényektől való elszakadásukat.

Ez volt az a mélyebb küzdelmi szint, amelybe berobbant Antonin Scalia következetes textualizmusa, és az elmúlt, majd húsz év bírói tevékenysége és számtalan bírói véleménye, különvéleménye révén meghatározóvá tudott válni az amerikai jogéletben. Mint itthon, Magyarországon is látni lehetett az 1990-es évek elején, az alkotmánybírósági aktivizmus elleni szélesebb nyilvánosság előtti érvelés egy ideje után, maguk a legharcosabb aktivista alkotmánybírák is végig gondolták az érvek hatása alatt a korábban büszkén vállalt aktivizmusukat, és nagyobb hangsúlyt tettek a kötöttebb érvelés prezentálására. (Lásd ehhez legújabban a közép-európai alkotmánybírói aktivizmusokat elemezve Boulanger 2002). Antonin Scalia következetes ragaszkodása a textualizmushoz, és a szavak, kifejezések általános használat szerinti értelmezés (ordinary meaning) közvélemény előtt is meggyőző eredményei miatt az elmúlt évek alatt tendenciaszerűen kötöttebbé és törvényszöveghez hűségesebbek lettek a bírói döntések az Egyesült Államokban (lásd Fruehwald 2000).

Az aktivista bíraskodással szembeszálló, de a jelzett okok miatt félrefutott szándékkutató jogfelfogás és jogértelmezés után sikert így Scalia textualizmusa

ért el, és ezzel a mélyebb szintű küzdelmet az aktivisták és a törvényhozáshoz hűségesek között át tudta fordítani az utóbbiak javára. A politikai pluralizmuson, választásokon és többségi törvényhozásra épülő demokrácia nem kerülhető meg. Aki belülről ismeri ezt a gépezetet – és az empirikus politikai szociológiai kutatások a lobbik tevékenységéről, az újraválasztást mindenek felé emelő képviselők motívumairól stb. ezt már alaposan feltárták – az már nem fogja a felvilágosodás kori naivitással és pátosszal nézni a képviseleti törvényhozást. De a törvényalkotás gépezetének számtalan egyeztetése a különböző politikai erők és főként a mögöttes szakapparátusok között, még mindig inkább biztosítja egy átfogóbb akarat felé közeledést, mint azt az aktivista jogászprofesszorokra, bírákra és véleményformáló szűk körökre épülő “progresszív” alkotmányi társadalomirányítás lehetővé tenné.

Scalia textualizmusa tehát ezen a mélyebb szintű jogi-politikai küzdelemben egyértelműen pozitívan értékelhető. A jog egészének tudományos megalapozottságú felfogását illetően azonban két szempontból kritikával lehet élni vele szemben. *Az egyik a jogdogmatikai kategóriarendszer figyelmen kívül hagyását jelenti textualizmusában.* Igaz, hogy ez textualizmus a törvényi jogra és nem a common law-ra vonatkozik, és a jogdogmatikai kategóriarendszer inkább az utóbbi által szabályozott magánjogi területeken fontos. De azért egy sor törvényi jogi területen is (pl. a büntetőjog) erős a jogdogmatikai kategóriák szerepe, ezek pedig csak jelzésszerűen jelennek meg a törvények szövegében, és a teljes kibontásuk - egy sor szembenálló verzióban - a mögöttes jogtudományi monográfiákban található. A jogdogmatikai kategóriák esetében pedig nem lehet egyszerűen egy általános használatot (ordinary meaning) feltenni, itt a jogtudósok konszenzusa dönti el, hogy mit kell e fogalmak alatt érteni. (A németek ezt fejezik ki az “uralkodó vélemény”, “herrschende Meinung” kifejezéssel). A teljes jogot szem előtt tartva tehát nem tekinthetünk el a jog dogmatikai rétegtől, és ezt nem foghatjuk bele teljesen a jog szövegrétegébe (lásd részletesen ehhez: Pokol 2001).

Egy másik kritikával lehet élni a törvénytörvényeket konkretizáló bírói precedensjogi réteg kiszorítása miatt a textualista jogfelfogásból. Scalia ugyan a legfőbb szinten bíraskodva megteheti, hogy figyelmen kívül hagyja a korábbi precedenseket, hisz ő bírói fóruma jogosult a legfelsőbb szinten a korábbi bírói precedensek “felülbírálására” (overruling). E mellett épp a jelzett mélyebb szintű küzdelemben, egy negyven évig tartó “elbirtokolt” bírói hatalommal szemben igyekezett Scalia visszatérni a törvénytörvények eredeti értelméhez, így a törvénytörvény precedensek által nem torzított értelmét igyekszik mindig kibontani. Azonban, ha lejjebb megyünk a bírói hierarchián, akkor aggályosnak kell tartani azt, hogy bármely bíró, a sokezres amerikai bírói karból, csak a törvénytörvényhez lenne kötve, és az ezek által nyitva hagyott jogi dilemmákat kötetlenül, saját fejéből kiolvastva eldönthetné – az ország egyik városának

bírása így, a másik városának bírása úgy. Az egységes bíráskodás fontossága egy országban megköveteli egy-egy törvényhely eseti eldöntésénél az egységes döntési irányt, ez pedig csak a felsőbbírási precedensek kötelező erejének elismerésével lehetséges. Ha tehát túllépünk Scalia amerikai jogpolitikai küzdelmek által meghatározott pozícióján és a jog átfogó szintjéről vizsgáljuk meg a textualizmust, akkor a jog dogmatikai rétege mellett a konkretizáló bírói precedensjog rétegét is be kell emelni a jogba. Scalia új hangsúlyát kiemelve azonban a bírakat erősebben kötni kell precedenseik létrehozatalakor egy-egy törvényhely értelmezésénél a szöveg által használt szavak és kifejezések általánosan használt értelméhez.

Összegezve meg lehet állapítani, hogy a modern jogrendszerek többrétegűségének koncepciója megtartható Scalia textualizmusának értékelése után is, de a szövegréteg fontossága a többihez képest erőteljesebben hangsúlyozandó. Dworkin "Taking Rights Seriously" tézisét átfordítva ma Scalia üzenete bír fontossággal: vegyük komolyan a törvények szövegét!

Irodalom

- Boulanger, Christian (2002): Europaization through Judicial Activism? Internet
Bussef, Daniel (2000): Textualism' Failures: A Study of Overruled Bankruptcy Decision. In: Vanderbilt Law Review 2000 (Vol. 53.) 887-946.p.
Calabresi, Guido (1982): A Common Law for the Age of Statutes.
Colinvaux, Roger (1997): What is Law? A Search for Legal Meaning and Good Judging Under a Textualist Lens. In: Internet:
<http://www.law.indiana.edu/ilj/v72/no4/colinvaux.html>
Epp, Charles (1998): The Rights Revolution. Chicago-London. Chicago University Press.
Eskridge, William N. Jr. (1996): Dynamic Statutory Interpretation. Cambridge, Mass, Harvard University Press.
Fruehwald, Scott (2000): Pragmatic Textualism and the Limits of Statutory Interpretation: Dole v. Boy Scouts of American. In: Wake Forest Law Review (Vol. 35.) 973-1027.p.
Grey, Thomas C. (2002): The New Formalism. (Internet).
Parmet, Wendy E. (2000): Plain Meaning and Mitigating Measures: Judicial Interpretation of the Meaning of Disability. In: Berkeley Journal of Employment and Labor Law 2000 (Vol. 21.) 53-90.p.
Pokol Béla (2001): A jog elmélete. Rejtjel Kiadó. Budapest.
Scalia, Antonin (1997): A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. Princeton University Press. New Jersey.

Scheingold, Stuart (1998): *The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle*. In: Sarat/Scheingold (eds.) *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York. Oxford Univ. Press.

Vermeule, Adrian (2000): *The Cycles of the Statutory Interpretation*. (Internet).

Contribution to the comparison of the theories of Bourdieu and Luhmann

By Béla Pokol

On the level of overall social theory thinking, there have been only very few thinkers in the past decades who have conceived a theory that contain detailed analysis in terms of several social spheres. The French Pierre Bourdieu and the German Niklas Luhmann are definitely two of the few, and their impact can be shown, albeit the approach applied is different in each scientists' community, all over the world in social science analyses. Having dug himself into the works of both sociologists, one will soon reveal that these two theories show similarities in several respects, and also find points of departure totally different from each other. This paper attempts to describe some of the differences and some of the similarities between the theories of Luhmann and Bourdieu.

1. Society's double structure

When we address the more stable structures behind everyday social events and actions, that is, the more stable connections and divisions determining such events and actions, then we have two directions to follow. One such direction represents society being torn to groups of people, classes, layers, nationalities, races, etc., and it is **the (cultural, political, etc.) distance, closeness between individual groups that provide the stable social structure** under which particular events and actions take place, or in reply reproduce these structures themselves. With a view to research

more stable structures, we may set out also towards the structure of the individual functional spheres of society, and here we shall find the **institutional mechanisms** which build up, operate, separate from or connect to one another the sphere of law, art, science, politics, education, healthcare, economy in various degrees and ways. Accordingly, we may examine a society in terms of what kind of stable patterns, norms the divisions of its groups of people, their cultural etc. separation or co-operation rest on; however, in many respects, it is independent of this that within the same society what kind of institutional mechanisms individual functional activities are organised by, and how they are separated or connected.

This double viewpoint of society emerged in the 60's in David Lockwood's short article analysing social integration (Lockwood 1979:124-140), who by and large indicating the above breaking into two, separated social integration (the issue of harmony between groups of people) from system integration (the issue of co-operation between institutions). Lockwood's above breaking into two has been used by many in the past 30 years, but basically narrowed down to the issue of social integration, however, the starting point itself, the idea of the double structure of society has somewhere got lost. Although when we get away from Lockwood's more specific problem, the issue of social integration, and confront the overall theories in the past decades with the double structure of society itself, we shall find that the line of the functional system theory, which, following Talcott Parsons' initiative steps, has been fully expounded perhaps in the works of Niklas Luhmann, has entirely pushed the issue of the structure between groups of people out of the point of view, and the structures of institutional mechanisms represent the stable building blocks of the social world for it, while basically it is social division in terms of groups of people that the various theories of neo-Marxism place in the centre, and should the mechanisms of individual functional spheres emerge in their analyses, they analyse

them only from this point of view. (That is, in terms of class struggles.) In other words, the entire construction of and most of the replies given by various theories are determined by the version of the social structure they take as a basis, and this far and away go beyond the differences of the reply given to the social integration kept in view by Lockwood.

Looking at the two theories examined in this paper from the above aspect, when first approaching the problem, it can be stated that Luhmann, ignoring the effects arising from the division between individual groups of people, examines the mechanisms and operation of the functional subsystems of society, while Bourdieu basically researches the minute details of the fine mechanisms of the separation of individual groups of people, classes. To a certain extent, these two theories stand in front of us confronted with each other as two half sides of a theoretical trend, however, the fact that Bourdieu examines the separation of and fights between social classes to the greatest extent in the framework of individual social fields, and to a certain extent they correspond to Luhmann's social subsystem categories, allows us to compare the two theories and bring them closer to one another.

2. Luhmann's theoretical points of departure

So far it has been ignored that from the end of the 70's there has been a significant revolution in Luhmann's theoretical development, and that he has rebuilt his theory pursuant to the system concept of 'autopoiesis' already gaining ground in general system theory. In the course of this, he has reviewed his earlier analyses regarding social subsystems one after the other, and worked out a basically new theory in new massive books and studies. There is no space here to give reasons why this theoretical

revolution seems to be a dead-end-road of thought (see: Pokol 1990a, 1990b); nevertheless, it is necessary to note that when below I am going to speak about Luhmann's theory, then I shall always refer to Luhmann's early works completed prior to the theoretical revolution.

The most important point of departure in Luhmann's theory, which moves this theory away from the structures between groups of people, is provided by the concept on the basis of which **he does not consider individual beings to be the parts of sociality, but psychical systems, which are the precondition of sociality.** Social systems, i.e., social formations assume that psychical systems (people) exist, however, sociality is generated only from the communication **among them**, and people, together with their psychic and biological components, cannot be considered the basic units of the social world. Luhmann notes that in social theory development, instead of individual beings as the basic units of sociality, it is the roles and actions dividing them that have come into focus, which allows of getting to a more precise reconstruction of the social world (Luhmann 1986: Intersubjektivität oder Kommunikation). However, Luhmann finds this insufficient since activity, after all, also refers to the human being, and, instead of that, he places communication into the position of the basic unit of the social world which represents the processing of intelligence between psychic systems, or, in other less explicate words, the transferring and reception of intelligence. Sociality is created through communication coming into being, which always rises above the level of the inner processes of psychic systems (that is, the processes of the consciousness of an individual being). Thus, the social world is built on the world of psychic systems. Basically it comes from this point of departure that Luhmann is open in his analyses not towards divisions and structures among groups of people but towards various communications getting organised into systems.

Luhmann radicalises the concept of system, and determines each social formation as a system. In order to do that, he extends the concept of system, and as he views each social formation as a system, he differentiates three system levels within the social world (Luhmann 1971:9-21). He calls single communication, the elementary unit of social world, a simple social system, or, in other terms, an interaction system. On this system level, where under the current circumstances billions of interactive systems come into being and cease, the system borders are built up according to presence and absence. Absence excludes. The next system level is the level of organisation systems, where communications are organised into more stable connections, and here the existence or lack of members draws the borders between organisation systems. Finally, the most overall system level is that of society, where communication accessibility determines the act of individual social systems delimiting themselves. As now communication intertwinement has evolved all over the world, therefore, in Luhmann's view, we can speak of only one world society.

In this theory the conception of the functional subsystems of society is an important element. Individual functional subsystems, as it can be shown especially in the progress of the European and its outgrowth, the North American civilisation, gradually break away from the formerly intertwined fabric of sociality, and reproduction of sociality takes place, instead of diffuse activities and institutions, in functionally differentiated subsystems. It was Luhmann's important departure from Talcott Parsons's views that he refused the concept of the analytic system, which for Parsons represented a systematising hypothesis necessary only for the scientist and not empirical/particular subsystem like delimitation in the real world of society. Luhmann found that **a single functional subsystem can be separated also in reality if it can be organised around a binary code, which controls the decision**

selections of the communications belonging to the subsystem. E.g., communication orientates pursuant to the binary code of true/false in science, lawful/unlawful in law, and government/opposition in the political system. Thus, individual subsystems process pieces of reality cut out in different segments, subsequently, they are able to fulfil specific social functions on high level. The evolution of modern societies, starting from Europe, has been followed by the separation of organisation subsystems, and simultaneously, the multitudes of organisation systems on organisation system level, and the billions of interactions on the level of simple social systems allow of a more and more complex social world to come into being.

3. Bourdieu's theoretical points of departure

In Bourdieu's work the option of wilfully choosing from various possible basic units does not emerge as a preliminary question of theory technique in the make-up of the social world; also Luhmann has happened to find this primarily 'standing on Parsons's shoulder', who made it the subject of analysis several times; and in his analyses Bourdieu evidently sets out along the line of social formations built from individual beings. And, in his view, separations between various classes (groups of people) represent the basic divisions of society made up of individual beings, and in the examination of various social formations from making photos through various kinds of sport to the operation of the arts and politics, he analyses the determinedness arising from the differences between social classes.

As an introductory general statement it can be said that as it is functional subsystems that stand in the centre of Luhmann's analyses, it is social fields that provide the

framework in Bourdieu's theory for analysis, and social events and actions take place within individual fields. However, here individual participants' actions are determined not by functional imperatives, but by the driving force to attain higher and higher share in the special kind of capital available in each social field. And sharing in the given capital will develop different kind of groups of people within the fields, and conditions of subordination and superordination between them, special relations of exploitation, on the one hand, and subjection, on the other hand, will develop. Due to the stable conflicts and struggles between groups of people organised around the special kind of capital of a specific field, each field can be described to have dynamism; furthermore, the inner class struggles and sub/superordination of various fields will compose a more overall condition of sub/superordination, and specific kinds of capital can be converted through the relation between such fields. Let us look at Bourdieu's position in more detail.

The first question concerns Bourdieu's relation to the problem of social evolution. To what extent are his analyses imbued with paying attention to overall historic processes? The answer to this can be nothing else but that it is not from the point of view of social evolution that Bourdieu pursues his examinations, which have branched off in the past decades. Thus, for example, when examining the Arab tribes in Algeria, he underlines the high efficiency of their problem solving mechanism, not even touching the issue of requirements arising from different levels of social development (Bourdieu 1978:379-400). The same point is underlined by the fact that while analysing various features of modern society, he refers to the examples of his early researches in Algeria as a comparison without any restraint. Therefore societies having reached different stages of evolution do not seem to exist for him, and that is why the inner features of various societies can be compared.

However, he sometimes pushes this general attitude aside, and without drawing conclusions on theoretical level, he reaches back to social evolution based explanations, and occasionally uses them in some of his arguments. This can be seen in his recent book where he argues with utilitarian social theories (Bourdieu 1994:157-161). In recent years, especially in the United States, the utilitarian theory has gained ground in the form of ‘the theory of rational choices’ in various social sciences. One of the points of departure for this is that it explains actions in the widest range of social spheres on the grounds of economic motifs (striving for utility measurable in terms of earnings). It is against this that Bourdieu goes back to the analyses of Herbert Spencer and Durkheim at the end of the last century, and in contrast to them focuses on the functional differentiation of social actions taking place on a more developed level. In addition to the economy, further ‘social fields’ become independent, and here rewards different from economic factors motivate. Thus, he performs, in the purest sense, an economist curtailment in the social analyses of ‘the theory of rational choices’: ‘There is a statement regarding the bases of the theory on social fields which one can find as early as in the works of Spencer, Durkheim and Weber, and which asserts that a process of differentiation is taking place in the social world...Durkheim repeatedly reminds us that in archaic societies, and also in pre-capitalist societies, social spheres which have become differentiated in our societies (such as religion, art and science) were still undifferentiated, and human actions were multifunctional..., which could be interpreted as being simultaneously religious, economic and aesthetic actions (Bourdieu 1994:158-159). After that Bourdieu inserts the separation of various social fields into the process of the above described functional differentiation of social evolution: ‘The evolution of societies more and more represents various spheres (which I call fields) that have their own logic’ (Bourdieu 1994:159). Thus it is the society divided into different spheres that utilitarian theory (in this case the theory of rational choices) fails to grasp

when it assumes that human activity can be reduced to economic motivations, and social institutions can be comprehended from the terms of economic calculation.

This argumentation of Bourdieu, however, as we have already noted, allows of drawing interesting conclusions even with regard to his own theory. One of them is that it reveals that Bourdieu's theoretical orientation is defective. The proposition on the functional differentiation of society has developed one of the most strikingly marked trends of sociological theories in the past 40 years from Talcott Parsons through numerous modernisation theories to Niklas Luhmann. For Bourdieu these, apart from providing superficial knowledge, do not exist in effect, and even today he finds this proposition without any problem in the observations of Spencer and Durkheim made at the end of the last century. (The same way it is in a short footnote in his large monograph 'La noblesse d'état' that Bourdieu indicates that the concept of the differentiation of social fields goes back to Spencer and Durkheim. See: Bourdieu 1989:376). The explanation for this deficiency can be found presumably in the fact that the French sociological scene is strongly embedded into a wider intellectual/political arena, through which a dominant leftist-libertarian attitude makes all the theories that are politically deemed 'conservative' negligible; and Parsons, the functionalism and the system theory have been qualified like that in intellectual circles both in America and Western Europe. Although Bourdieu's intellectual socialisation took place at a definite distance from the French new leftists trends present at the time but a considerable part of the material of his readings left the impact of various trends of Marxism in his theoretical approach (see: Robbins: 1992, on Bourdieu's position in today's French theory of sociology see: Ansart 1990; on placing him in a more overall intellectual field, see: Rieffel 1993).

In another approach, Bourdieu's recent attachment to functionalism raises the point of neglecting functional imperatives in the operation of social fields so far. Until now in his theory Bourdieu has seen the wholeness of society not as an entity existing as a functional whole, whose existence becomes possible subject to meeting certain functional requirements, and he interprets individual social fields as the terrain of fights between groups of people for special capitals in specific fields, rather than as separated and functionally specialised spheres. The operation of a single field depends on the status of the balance of power of groups of people fighting in them, and it is well expressed by the fact that Bourdieu usually refers to fields as 'fields of various forces' and 'fields of battle' (le champ des luttes), but only recently can we hear of them as functional fields. Although if individual fields fulfil special functions also for the wholeness of society, then, apart from the relation of groups of people fighting for special favours, functional imperatives and requirements also shape the internal structure of fields. **To sum it up, Bourdieu's airy attachment to Spencer's and Durkheim's proposition on functional differentiation would make it necessary to profoundly review his entire theory, specifically his genuine confrontation with functionalist system theory.**

Subsequently, Luhmann and Bourdieu have thought over their theories in a diametrically opposite direction from the point of view of the double social structure; and while in Luhmann's theory the operation of the social world is governed by the institutional logic of functional subsystems and the imperatives set by them, in Bourdieu's theory, this world can be described as the struggles of groups of people fighting for greater and greater share in the special kind of capital in each social field.

On a general level, these two theories are diametrically opposite. However, if we correct Luhmann's theory, taking his early writings as a basis and insisting on some

of his premises more determinedly than he himself, and in such fashion we compare it to some of Bourdeu's writings which analyse specific social fields in detail, then it can be shown that they have numerous common features.

4. Possibilities for nearing the theories of Luhmann and Bourdieu

If the examiner accepts Luhmann's proposition that in the historic progress of European modernisation in the past centuries one can discern the separation of various functional subsystems with a homogeneous assessment dimension in each (e.g., orientating according to true/false in science, or, lawful/unlawful in law), then this is supported by the evidence that we are looking at the separation of the lawyer, the artist, the politician, the scientist, etc. from one another in the course of European history. Former multifunctional activities, roles and institutions, which, e.g., characterised the operation of society in the Middle Ages, have been functionally separated, and divided in a one-dimension direction. This is extensively proven by the existing historic analyses, thus Luhmann's proposition on differentiation, which followed the early analyses of Durkheim and Spencer, has become widely accepted in the past decades. This acceptance that pays attention to historic trends, however, goes beyond Luhmann's theory because it sets out from the separation of the roles and actions of **professional actors**, and, from the first, excludes laymen from functional subsystems. On the contrary, the only thing Luhmann says is if communication is controlled by a binary code, that is, selection in decision making and processing of reality take place according to a value dual, then it belongs to the functional subsystem whose binary code provides its core of organisation. Luhmann, of course, did not raise the point in general terms that the communication by professional participants and laymen should be separated. It is only with regard to

the legal subsystem that we can find passages in his writings which touch on these issues; and because, in addition to professional lawyers, the institution of actions at law by laymen is indispensable to ensure the operation of law, he argued that laymen's activities could not be excluded (Luhmann 1986:178). Of course, if we keep it in view that Luhmann's theoretical point of departure is that a single person (a psychic system) does not constitute a part of the social world, only a precondition of it, then we may not include the **prints of lasting socialisation** of the personality which separate the lawyer, the scientist, the artist from one another in the discussion.

Taking the above analysis as a basis, we may say that the acceptance of the proposition on functional differentiation by wide ranges of scientists has been possible only with leaving Luhmann's overall theory in the background. On the contrary, if we insist on Luhmann's theory, and push single persons (and the socialised/motivated personality) out of the make-up of social structures, then the evidence of the differentiation of functional subsystems will be lost. These expositions, and the act of bringing this problem to the surface, however, might also turn the analyser's attention to the direction where he considers Luhmann's point of departure itself, i.e., the pushing of man as a psychic system outside the social world, an abortive attempt. Because if he does not do that, then the lasting structures of the social world, which socialise the personality, and thereafter continuously reward it or apply sanctions against it, will fall out of the point of view, and only the phenomena that appear in the course of point like/momentary communications may enter the analysis. **Thus the structures addressing the personality of the participants in the communication will need to disappear from the analysis.** E.g., the differences between the personalities of the professional scientist and the layman need to be referred to here in the communications controlled by the true/false dual, and in the first place it is necessary to call the attention to the assessing/rewarding

mechanisms, which orientate the scientist, but which do not even emerge in the event of laymen.

Subsequently, we may correct Luhmann, it is necessary to bring man back into the explanation of the social world, while recognising that the functionally differentiated mechanisms enforce that the whole personality is orderly pushed into the background regarding many activities, and they allow of actions, assessment no other than those determined by defined roles. That is, I take man into consideration as a personality divided into differentiated roles in the composition of the social world, and not as an undividable unit (See: Pokol 1991). Now it becomes possible, by making a theoretical decision against Luhmann, to narrow down the organisation of functional subsystems to the communication of professional participants, and laymen's occasional orientation according to the binary code, any caretaker can argue with glowing eyes to defend his truth, should be excluded from here.

When in such fashion reshaping the proposition on functional differentiation, however, we need to pay attention, in addition to professional subsystems being separated from one another, also to laymen's separation from the communication maintained in everyday life. **Consequently, the concept of everyday life needs to be included in this theory with a regular place-value, and then it is necessary to divide the system level of society into everyday life and professional subsystems, in the first place.**

With this correction Luhmann's analyses regarding functional (professional) subsystems become more easily comparable to Bourdieu's writings, which analyse certain social fields. This comparison can be well made in the event of the academic

field (subsystem), where both the differences and similarities between the theories of Luhmann and Bourdieu can be clearly seen.

Luhmann wrote the first systematic analysis about the organisation of science as a social subsystem in 1968 (Luhmann 1971:232-252), and at this early stage he did not apply his point of departure, i.e., the exclusion of man and his personality from the explanation of the formations of society, in his analyses as consistently as it can be seen in his writings from the 80's. In this study Luhmann keeps the scientist orientating according to the binary code of true/false in view, and, exhaustively leaning on the empirical materials addressed by Merton's science sociology school, emphasises the phenomenon that scientific results become firmly rooted in reputation and the hierarchy of such results as well as the elements that make them appear on the surface in order to comprehend the organisation of science as a social subsystem. With the extension of the complexity of this subsystem, when ten thousands of scientists constitute communities of scientists in various fields of science, without the hierarchy of scientific reputation and the elements that make them appear on the surface, chaos and disorganisation would ensue. Whose book or study should be read by the profession, and especially by the growing, new generation of scientists, in the first place, if every two week thousands of papers and volumes come out in the various fields of science? Who should be appointed professor at a noted university, and who at a sixth-rate university in the provinces? Without reliable hierarchy of reputation actual scientific accomplishments would be unable to reach wider communities of scientists, and the rewarding of great scientific results could not be separated from sixth-rate scientific performances. Scientific reputation and its hierarchy appear here as the key mechanisms of the self-organisation of science. And, especially, if to Luhmann's shorter study we add the analysis of the monograph entitled 'The scientific community' by the American sociologist, Warren O. Hagstrom, whom was

taken also by Luhmann as a basis, the assessing/rewarding mechanism of science will emerge, which organises the self-control of the complex scientific subsystem in the dimension of processing reality according to the binary code of true/false.

In Hagstrom's book, as later in the studies of Storer, Glaser, Ben-David and Merton, it becomes apparent that distortions cannot be held under the level of a threshold in the assessing mechanisms of a scientific subsystem unless a scientific community is dispersed into plenty of organisations (at universities, institutions, etc.), and thus the relations among the members of scientific communities are characterised by acting side by side rather than union in one community, or subordination/superordination in them. Taking this proposition as a basis, Joseph Ben-David demonstrated in his university history researches that the focal point of scientific life was placed where the competing university model and the community of scientists were active side by side to the greatest extent in an age, and which in time was considered to be the leading centre of science all over the world. Thus, the universities of the culturally decentralised Germany in the 19th century, the American universities after the first decades in the 20th century driving competition to extremes could be referred to in this respect (see: Ben-David: 1971).

To sum up the point of view taken by Luhmann and that of Merton's science sociology school that served for him as empirical background: **in the social organisation of science, after having passed a stage of complexity, the key role of reputation hierarchies, scientists' orientation pursuant to these and the striving for higher level of reputation need to be stressed as the basis for the neutral self-control of science.** Or, again it should be noted that in the event of monopolistic structures these might be distorted.

After completing the analysis in several minor studies, Pierre Bourdieu systematically examined the academic-scientific field in his book 'Homo academicus' (Bourdieu 1994). It is important to note right at the point of departure that Bourdieu performed the analysis of this field leaning on an earlier empirical survey of French society, and this society, as a counterpoint to the competition/market mechanisms prevalent in the society of the United States, developed in each of its social sphere centralised mechanisms that rested on central authorisation and assessment. This refers as much to the structure of public administration and the legal system as to the sphere of education or academic activity. If we keep the possibility of distortions described under the Luhmann-Hagstrom scientific subsystem model in view, then it can be stated that the French academic/university field with its central authorisation, doctoral committee system and other central decision making bodies represents the case that is mostly inclined to turn into an oligarchy, where the mechanisms of reputation make the differences in the position of power whether being subordinated or superordinated rather than the differences in scientific results rooted in the hierarchies of reputation, and, thus, it realises a science authority sub/superordination and vassal-patron system rather than neutral self-control.

Consequently, Bourdieu's point of departure, the struggle for a special kind of capital in each social field among groups of people involved in each field, under the distorted French conditions corresponds in many respects to the facts. (And the same way this is the case in Hungary and other centralised Eastern European countries!) What for Luhmann is a functional necessity in the scientific reputation and the hierarchies of reputation built of these, which make scientific accomplishments rooted and appear on the surface just as it is done by money in connection with economic

accomplishments, for Bourdieu becomes scientific capital, which allows of sub- and superordination of power and special exploitation and domination.

Well, then, in this social field (or, to use Luhmann's terminology, subsystem) the half-sidedness of the two theories becomes clearly visible. The sub- and superordination of power explored by Bourdieu and its organising force must be considered by all means existing within the social subsystem of science, even if within various scientific communities strong dispersion ensues as it can be seen in the United States. With monopolistic structures and centralised organisation of science this may also become dominant. This point of view is definitely not applied by Luhmann, and Bourdieu pushes the neutral/functional role of scientific 'capital of reputation' out of the point of view, and thus does not analyse the mechanisms that may reduce the extent science is organised on the grounds of power/domination, and harder enforce the setting up, operation of hierarchies of reputation in compliance with actual scientific accomplishments and the organisation of science in the assessment dimension of true/false.

Perhaps it is not useless to refer to the fact that the medium theory of Luhmann's 'master', Talcott Parsons differs from Bourdieu's extended capital theory in a way similar to the above. Parsons set out from money as a medium of exchange containing neutral exchange relations in a generalised form, and asserted that if such a symbolic generalised medium of exchange was indispensable in economy as one of the social subsystems, then such medium of exchange should exist, even if organised in another kind of specific form, in the other subsystems too. He considered, e.g., the medium of 'power' in the political subsystem, the medium of 'influence' in the societal community (or, in other terms, integration subsystems) to be such medium. The point of departure of Bourdieu's capital analyses was also money, in line with Marx's

analyses, but here money became the point of departure not as a neutral means of exchange but as a means that allows of sub- and superordination among groups of people and exploitation. Thus, the extension of the concept of money capital and research for other special kinds of capital in social fields beyond the economy was attained with a kind of logic similar to the one applied in Parsons' research for special media. Regarding science this similarity can be grasped in the fact that while the hierarchies of reputation referred to in Luhmann's study from 1968, which further developed Parsons' medium theory, were addressed as the elements making the medium of science appear on the surface, in Bourdieu's book 'Homo academicus' they were made part of the analysis in terms of the distribution of and the struggle for scientific capital.

After the above analysis, the half-sided approach of the two theories is perhaps much more apparent: the same way as money is both a functionally indispensable generalised means of exchange in the economy and a means that produces exploitation and power/subordination relations, scientific hierarchies of reputation also fulfil both functions/exert both effects, and the dominance of either of the two effects in the scientific subsystem of a given country depends on to what extent the scientific community is scattered/competitive, or, if, on the contrary, a centralised/monopolistic kind of construction is prevalent.

The possibilities of nearing the theories of Luhmann and Bourdieu are exemplified by the analysis of the telecommunication sphere too. In his study in 1994 Bourdieu examined this sphere (see Bourdieu 1994b), and, although Luhmann did not specifically touch upon the matter, on the grounds of the instructions set forth in his analyses developed regarding numerous other subsystems it was easy to reconstruct Luhmann's theory regarding this sphere (see Pokol 1991b). A social subsystem is

established when a larger sphere of activity becomes organised round a binary code, thus detaching it from other subsystems which orientate according to other codes; and with regard to modern telecommunication this can be demonstrated pursuant to **the existence or lack of newsworthiness**. This value dual enforces professional journalists, reporters, editors, etc. to apply a uniform aspect of selection in the course of processing reality. It is not lawfulness, truth, as great rehabilitation as possible or aesthetic value that a journalist strives for but to find, or possibly create the most newsworthy event, and to show more and more new aspects of that event. This binary code, of course, cannot become dominant and cannot subordinate all the other aspects of selection to itself in this sphere unless there is a severe competition among various newspapers, channels and programs, and by that the biased journals, radio programs will lose the attention of their public the same way as dull, clumsy newspapers, programs that produce newsworthiness only on a low level. The rationality of the market, the orientation according to the code of profitable/non-profitable thus 'holds' the act of striving for newsworthiness 'tight', but this impact of the market can be demonstrated by how the inner logic of the sports sphere (to win/to lose) or the university-scientific sphere is held tight (on sport see: Bette 1984, on the latter: Ben-David 1971). In his aforesaid study from 1994 Bourdieu analyses this sphere as the 'field of journalism'. In the entire article he concentrates on professional journalists and their motivations in his analyses, and this again proves the righteousness of the statement that by limiting Luhmann's social subsystem category to professional components these two theories have become definitely close to each other.

Noting that the field of journalism has a logic of its own just as the literary field, or the field of the arts, Bourdieu finds the core of this organisation **in striving for the latest news**: 'The specific logic of this field addresses ephemeral things such as news, and as a result of competition for customers this striving places the most recent

news in the centre (Bourdieu 1994b:5). When first approaching the problem, it seems that by a minor correction of Luhmann's theory it is possible to develop a theoretical framework regarding this sphere almost perfectly identical with Bourdieu's theory, but apart from the identity regarding the core element, there are two major differences that need to be emphasised though. Firstly, Bourdieu speaks about striving for 'the most recent news', while, on the contrary, the concept of 'striving for newsworthy events' is wider than that (see Erbing 1989). Secondly, and this is more important, Bourdieu analyses how the field of journalism is intertwined with other fields of cultural nature in a specific way. He defines the French situation special in the Western world, where the sphere of journalism and the other cultural and political activities have been only incompletely separated, that through this intertwining the market mechanisms that dominate the field of journalism settle on the other cultural fields, and here, forcing the inner logic of these into the background, mass-produced products are put in the foreground. **That is, the intrusion of the field of journalism into the other cultural fields cause these fields to turn into markets:** 'The strengthening of the intrusion of the field of journalism more and more subjects the other fields to commercial logic, and this threatens the autonomy of such fields...' (Bourdieu 1994b:6). Without refusing that this impact does exist, we deem there is a more important connection not specified by Bourdieu that the field of journalism, whose separation from politics can be in any way ensured more or less clearly subject to meeting several preconditions, may become dominated by the interests and political opinion of various social groups, and then by intruding into other cultural fields **is able to help the given social group to obtain intellectual hegemony over the whole society.** In this structure only those can become great writers, musicians, philosophers, sociologists and political theorists, etc. who are helped by mass media through presenting them in cultural supplements, TV panel discussions, etc., to make a reputation for themselves. Thus,

it is the minor problem that instead of 'pure' artistic, literary values mass-produced works and authors are rewarded in the cultural fields organised by the field of journalism. It constitutes a greater distortion that through that those authors and their works are highlighted that come from the given social group or, at least, does not risk voicing their opposition to the views of the opinion leaders in this group. **By this means the social group that is able to dominate the field of journalism will be able to obtain dominance in matters of spiritual issues, language policy, taste, etc. over an entire society.** In the centralised French intellectual life centred in Paris these tendencies can be fairly palpable, and it may be deemed quite odd that this aspect is left unnoticed by Bourdieu, who is otherwise, as we have seen, quite sensitive of exploring mechanisms that refer to dominance and subjection.

I close this paper by pointing out that **the issue of converting capital between various fields/subsystems of society** emerges in both theories. In Luhmann's theory, regarding functionally differentiated modern societies, this opportunity enters the analysis only as a distortion, and fundamentally he places unexchangeability at the centre. Because functionally separated subsystems have their own mechanisms for processing reality and their own aspects of selection, and for each subsystem the rest of the subsystems will degenerate into environment. The fact that accomplishments produced by different binary codes can be exchanged for rewards and positions in other subsystems implies nothing else but that functional differentiation has been completed improperly. On the contrary, in Bourdieu's theory the capital and accomplishments of various fields of society are convertible into other types of capital, and among them regular connections, established ways of conversion can be shown in terms of the wholeness of society. Through that Bourdieu is able to demonstrate, beyond exploitations and subordination within each field of society, division into various classes in the entire society. In Luhmann's theory this does not

even emerge, and for him the wholeness of society represents merely the totality of functionally differentiated subsystems, which are harmonised through spontaneous co-ordination, but no subsystem is able to control the entire society. Subsequently, concentration on the different branches of the double social structure referred to in the initial expositions apparently enforces diametrically opposite solutions in the two theories.

Literature

Ben-David, Joseph (1971): *The Scientist' Role in Society. A Comparative Study.* (Prentice-Hall) Englewood, New Jersey,

Bette, Karl-Heinz (1984): *Zum Verhältnis von Spitzensport und Wirtschaft in der modernen Industriegesellschaften.* In: K. Heinemann (Hrsg): *Texte zur Ökonomie des Sports.* (Verlag Karl Hofmann) S. 72-91. Schondorf

Bourdieu, Pierre (1978): *A társadalmi egyenlőtlenségek újratermelődése.* Gondolat. Budapest.

Bourdieu, P. (1979): *La Distinction. Critique sociale du jugement.* Les éditon Minuit. Paris.

Bourdieu, Pierre (1984): *Homo Academicus.* Les éditon de Minuit. Paris.

Bourdieu, P. (1989): *La noblesse d'état. Grandes écoles et esprit de corps.* Les édition de Minuit. Paris.

Bourdieu, P. (1994): *Raisons pratique. Sur la théorie de l'action.* Édition du Seuil. Paris.

Bourdieu, P. (1994b): *L'emprise du journalisme.* In: *Actes de la recherche en sciences sociales.* 1994 Mars, 101/102. 3-9 p.

Erbring, Lutz: *Nachrichten zwischen Professionalität und Manipulation.*

Journalistische Berufsnormen und politische Kultur. in: Kaase, Max/W. Schulz

- (Hrsg): Massenkommunikation, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 1989, 301-313.
- Hagstrom, O. W. (1965): *The Scientific Community*. New York.
- Lockwood, David (1969): Soziale Integration und Systemintegration. In: W. Zapf (Hrsg): *Theorien des sozialen Wandels*. (Köln 1969)
- Luhmann, Niklas (1970): Selbststeuerung der Wissenschaft, in: *Ders., Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Band 1., Opladen. S. 232-252.
- Luhmann, Niklas (1970): *Soziologische Aufklärung Band 1*. (Westdeutscher Verlag) Opladen
- Luhmann, Niklas (1986): Die Codierung des Rechtssystems. *Rechtstheorie* 17. 171-203.
- Pokol, B. (1990a): "Professionelle Institutionensysteme oder Teilsysteme der Gesellschaft? Reformulierungsvorschläge zu Niklas Luhmanns Systemtypologie", in: *Zeitschrift für Soziologie* S. 21-34.
- Pokol, B. (1990b): *Komplexe Gesellschaft. Eine der möglichen Luhmannschen Soziologien*. Brockmeier Verlag. Bochum.
- Pokol, B. (1991): *A professzionális intézményrendszerek elmélete*. Budapest. Felsőoktatási Koordinációs Iroda.
- Pokol, B. (1991b): *Tömmegkommunikáció és politika*. Világosság 1991/11.
- Robbins, Derek (1991): *The work of Pierre Bourdieu*. Open University Press. London.

Tóth J. Zoltán – Ézsiás Béla Gábor: A szakértő rendszerek a jogalkalmazásban

1. A szakértő rendszerek mibenléte (informatikai alapok)

A mesterséges intelligencia (MI) kutatások kezdetét az '50-es évek elejére tehetjük. A kutatások célja olyan számítógépes rendszerek kifejlesztése volt, melyek intelligens viselkedést mutatnak. Egy program intelligens viselkedéséről akkor beszélünk, ha bizonyos problémák kezelésében megközelítik, illetve felülmúlják az emberi hatékonyságot. A kutatás korai évtizedeiben a problémák széles körének megoldására törekedtek, ahol a programok csak gyenge vagy sokszor semmilyen előismerettel (tudásbázissal) nem rendelkeztek a problémáról. Ezeknek a programoknak a teljesítménye sok területen igen gyengének bizonyult. A 70-es években kezdték felismerni, hogy a problémamegoldás hatékonysága attól függ, hogy mennyi és milyen minőségű ismeretanyag áll rendelkezésre az adott területre vonatkozólag, ezért arra törekedtek, hogy kisebb tárgyterületen nagyobb mennyiségű tudással rendelkező programokat készítsenek. Ezek az ún. **tudásalapú rendszerek** (Knowledge-Based Systems) a kezdeti programoktól eltérő struktúrával rendelkeztek. A problématerületről rendelkezésre álló ismereteket a rendszer többi részétől eltérő helyen, az ún. **tudásbázisban** tárolták. A tudásbázisban az ismeretek szimbolikus megnevezéssel vannak rögzítve, melyeket produkciós szabályoknak nevezünk. E rendszerek motorja a következtetési módszereket realizáló **következtető gép** (Inference Engine), mely nem előre programozott algoritmusok, hanem a tudásbázisban rögzített produkciós szabályok mozgósításával vonja le a következtetéseket. E gépek a tudásbázis növekedésének következtében egyre nagyobb és pontosabb következtetési lépések megtételére voltak képesek.

A tudásalapú rendszerek közül azokat, melyek szakértői ismeretek felhasználásával magas szintű teljesítményt nyújtanak egy szűk problémakör kezelésében, **szakértő rendszereknek** (Expert Systems) nevezzük. Szakértő rendszereket jellemzően olyan szakterületeken alkalmaznak, ahol a tudást az ember csak többévi tanulással tudja elsajátítani. E rendszerek egy tapasztalt szakértő színvonalán oldanak meg problémákat, illetve nyújtanak hasznos tanácsokat a kezdő szakértő számára. A szakértő rendszer a problémamegoldás során egyenrangú kommunikációs partnerként viszonyul a felhasználóhoz, vagyis igény szerint megmagyarázza a felhasználó felé intézett kérdéseit, illetve indokolja a felé intézett kérdésekre adott javaslatait. Bizonytalan szituáció esetében fontos a korrekt válaszadás képessége, vagyis a bizonytalanságra való figyelemfelhívás és a következtetések beható indoklása, illetve valószínűségi értékek rendelése a következtetésekhez.

Az emberi szakértelem kigyűjtésének (**tudáskigyűjtés**) és szakértő rendszerré alakításának folyamata a **tudástervezés**. A tudáskigyűjtés során a rendszert fejlesztő tudásmérnök és a tárgyterületi szakértő között folyik együttműködés a szakértői ismeretek megszerzése céljából. Az ismeretszerzés célja a szakértői feladatmegoldás során alkalmazott módszerek, ökölszabályok megismerése, illetve a megszerzett ismeretek rendszerezése. A tudáskigyűjtés a legkritikusabb része a tudástervezésnek, mivel a tudásmérnöknek a szakértő által elmondott ismeretek teljes érthetlenségével kell megbirkóznia, hiszen minden szakértő úgy gondolja, hogy világosan és egyszerűen beszél az adott tárgyról, miközben megfelelnek arról, hogy a számára triviális fogalmak nem feltétlenül ismertek egy más szakterületen járatos embernek. A tudáskigyűjtés után a megszerzett ismeretek formalizálása, a feladathoz illő

ismeretreprezentáció és következtetési stratégia kiválasztása, végül pedig a rendszer felépítése következik.

Szakértő rendszereket az élet majd minden területén alkalmaznak. A legelső ilyen rendszerek közé tartozott például a MYCIN nevű program, melyet a vérrel kapcsolatos bakteriális eredetű fertőzések és az agyhártyagyulladás diagnosztizálására és kezelésére fejlesztettek ki, vagy a PROSPECTOR, melynek célja a geológusok segítése volt ásványlelőhelyek felkutatásában. De ma már hazánkban is alkalmaznak szakértő rendszereket: ilyen például a pénzügyi jog területén az a rendszer, mely a személyi jövedelemadó megállapításához ad útmutatást, vagy amely az építésikölcsön-kérelmek megadásához vagy elutasításához ad tanácsokat.

2. A szakértő rendszerek a jogban

Richard Susskind definíciója szerint a jogi szakértő rendszerek olyan számítógépes rendszerek, melyek képesek olyan jogi problémákat megoldani, melyek megoldásához általában emberi intelligencia szükséges, illetve amelyek ezen problémák megoldásához jogi tanácsokat adnak. A jogi szakértő rendszereket emberi szakértők segítségével építették fel, abból a célból, hogy egy jogilag általánosan képzett felhasználónak speciális jogi problémák felmerülése esetén javaslatokat adjon, meghatározott adatokból következtetéseket vonjon le, és ezen következtetéseit megfelelő jogi indokolással lássa el. Ebből következően a rendszer felhasználójának nem kell egy adott jogi szakterületen speciális ismeretek birtokában lennie, az viszont elengedhetetlen, hogy általános jogászai képzettséggel rendelkezzen, hiszen enélkül sem kérdéseket nem tudna feltenni a rendszernek, sem az azokra kapott válaszokat nem tudná értékelni.

A jogi szakértő rendszer képes kommunikálni a felhasználóval. Az adott jogi szakkérdés eldöntése szempontjából releváns tényállási elemekre vonatkozóan kérdéseket tesz fel, a megadott adatokból következtetéseket von le és ezeket ismerteti a felhasználóval, valamint tudatja azt is, ha a kérdés eldöntéséhez nem áll elegendő információ a rendelkezésére, illetve ha egy adott ügy megítélésében nem kompetens. Ezenkívül közli azokat a bizonytalansági tényezőket is, melyek a szakértő rendszer döntésének pontosságát megkérdőjelezhetik, illetve ezekre vonatkozóan további adatokat kér.

A jogi szakértő rendszereket négy csoportba sorolhatjuk: vannak alap-, pragmatikus, teoretikus és szofisztikus rendszerek. Az alaprendszerek a legkezdetlegesebb jogi szakértő rendszerek: csak egyszerű feladatok megoldására képesek, és a gyakorlatban nem használják őket. Ebbe a kategóriába tartoznak a legelső mesterséges intelligenciával kapcsolatos jogi kutatási projektek, amelyek még a '60-as évek végén, '70-es évek elején indultak meg.

A pragmatikus rendszerek ennél valamivel bonyolultabbak: habár ezek is csak egyszerű feladatokat tudnak megoldani, de már a gyakorlatban is használják őket, például arra, hogy meghatározott adatok alapján jogi tanácsokat adjanak. Mindemellett nem is annyira gyakorlati alkalmazásuk jelentős, sokkal inkább az, hogy megismertetik leendő felhasználóikkal a szakértő rendszerekben rejlő lehetőségeket, és hozzászoktatják őket a használatukhoz. Ilyen pragmatikus rendszer volt például az 1983-ban indult Oxford Project azon része, mely egy szakértő rendszer kifejlesztését irányozta elő a skót válási jogban; ezen rendszer feladata az volt, hogy házassági vagyoni viták esetén döntsön a közös vagyon mikénti felosztásáról.

A teoretikus rendszerek már bonyolult rendszerek, feladatuk azonban nem a joggyakorlatban való felhasználás, hanem a mesterséges intelligencia és a jog közötti

kapcsolatnak, illetve a szakértő rendszerek jogi felhasználási lehetőségeinek elméleti megalapozása. Főleg ott használják őket, ahol nagy súlyt helyeznek a jogi érvelés megalapozottságára. E rendszerekre példaként a már említett Oxford Project azon kutatási területét lehet felhozni, amelynek feladata az volt, hogy az analitikus jogtudomány szempontjából vizsgálja meg a szakértő rendszerek kifejlesztésének eljárási kérdéseit.

Végül pedig a szofisztikus rendszerek kategóriájába a gyakorlatban is alkalmazott legbonyolultabb jogi szakértő rendszerek tartoznak. Sajnos ezidáig csak kevés ilyen rendszert sikerült kifejleszteni, de sikeres próbálkozások már mind a jogalkotás, mind a jogalkalmazás területén található. Ide tartozik például az Egyesült Államok joggyakorlatában már ma is alkalmazott Döntési Tanácsadó (Sentencing Advisor) is, amelyről a következő fejezetben részletesen is szó lesz.

3. A szakértő rendszerek a jogalkalmazásban

A szakértő rendszerek majd' minden jogágban felhasználhatók, de szerepük, felhasználási módjuk az egyes jogterületeken gyökeresen eltérő lehet. A legkevesebb problémával a közigazgatási jog és a pénzügyi jog területén kell megküzdeniük a fejlesztőknek, itt ugyanis általában egyszerű tényállással áll szemben a jogalkalmazó: túllépte-e az ügyfél vagy a közigazgatási szerv a számára nyitvaálló határidőt vagy sem; figyelembe vette-e a közigazgatási szerv a bíróság határozatát vagy sem; milyen mértékű adót kell befizetnie az adóalanynak meghatározott nagyságú bevétel, jövedelem és elszámolható költség alapján, illetve hogy mennyi adót kell visszatérítenie az adóhatóságnak az adózó részére; stb. Az e jogágak szabályainak alkalmazása során használt szakértő rendszerek többsége pragmatikus rendszer, hiszen feladatuk általában mindössze annyi, hogy egyszerű adatokból meghatározott következtetéseket vonjanak le, amely következtetés tipikusan vagy egy igen/nem alternatíva közti állásfoglalást takar. Ezen jogterületeken a szakértő rendszerek alkalmazásának pusztán annyi előnye van, hogy egyszerűsítik és meggyorsítják a jogi eljárást, ezáltal pedig csökkentik a felmerülő költségeket.

A polgári jog és a munkajog területén szintén találhatunk pragmatikus rendszereket, de itt már megjelennek a szofisztikus rendszerek is. Például a kártérítési jogban a vagyoni kár mértékének kiszámításánál nagy hatékonysággal alkalmazható egy pragmatikus jogi szakértő rendszer, hiszen néhány szükséges információ megadása alapján gyorsabban és megbízhatóbban el tudja végezni a kár nagyságának kiszámítását, mint azt a szembenálló felek által felfogadott, egymással vitatkozó emberi szakértők tennék. Ugyanígy egyszerűbbé és olcsóbbá tehető egy olyan munkajogi per, amelyben a vita tárgya például az, hogy a munkáltató mekkora végkielégítéssel tartozik a munkavállalónak, vagy hogy a ledolgozott normál és túlórák, a kikötött órabér és a pótlékszámításra vonatkozó szabályok alapján mennyi elmaradt munkabér jár még a munkavállalónak stb. A per tárgyának összetettsége folytán viszont már nem pragmatikus, hanem szofisztikus rendszert igényel annak megállapítása, hogy a formálisan jogszerűen megindokolt elbocsátás mögött tényleges, valódi okok húzódnak-e meg vagy sem; vagy például egy polgári kártérítési perben annak megítélése, hogy az egyes fajtájú nemvagyoni károkat (például testi-érzékszervi fogyatékoság beállta, hozzátartozó elvesztése miatti fájdalom, az önbecsülés csorbulása stb.) mekkora pénzüsszeggel lehet kifejezni. E feladatok bonyolultsága folytán a polgári jog és a munkajog területén nem várható a közeljövőben szofisztikus rendszerek megjelenése, de a pragmatikus rendszerekre már ma is található

megvalósított megoldás a joggyakorlatban, ilyen például a már említett skóciai válási jogi szakértő rendszer, amelyet az Oxford Project hozott létre.

A büntetőjog területén viszont már ma is létezik egy szofisztikus rendszer, ami azért bír különös jelentőséggel, mert a jogi szakértő rendszerek legfontosabb felhasználási lehetőségét a büntetőjog nyújtja. Ez a rendszer a Sentencing Advisor, a Döntési Tanácsadó, melyet az Egyesült Államok szövetségi bíróságai alkalmaznak olyan bűncselekmények elkövetőinek felelősségre vonásakor, amely cselekmények beletartoznak a tizenkilenc szövetségi hatáskörbe utalt bűncselekményi kategória egyikébe. A Döntési Tanácsadó feladata, hogy segítséget nyújtson a bírácoknak ítéleteik meghozatalában, illetve hogy kiszámíthatóvá tegye az ügyvédek és ügyészek számára a kiszabandó ítélet súlyát, amennyiben a bíróság a terhelt felelősségét megállapítja a bűncselekmény elkövetésében. Ennek érdekében az Egyesült Államok illetékes szerve, a Sentencing Commission által kiadott Döntési Irányelvek (Sentencing Guidelines) meghatározta azokat a releváns tényállási elemeket, amelyek létezését az adott esetben meg kell vizsgálnia a bíróságnak. Ezáltal egy ítéletet akár pro, akár kontra csak akkor lehet megalapozottan meghozni, ha az adott bűncselekmény megítélése szempontjából jelentős körülményeket a bíróság mérlegelte. De a Tanácsadó nemcsak a kötelezően számba veendő tények előírásával segíti a felhasználókat, hanem azáltal is, hogy az így megállapított körülményeket (az Irányelvek útmutatásainak megfelelően) súlyuk szerint egy táblázatba rendezi, és ezek alapján egy büntetési tételkeretet ír elő a bíróság számára, amelytől az csak különleges esetekben térhet el.

Konkrétan az Irányelvek alapján a következő lépések szükségesek az ítélet meghozatalához: mindenekelőtt a bíróságnak meg kell határoznia, hogy az a bűncselekmény, amellyel a terheltet vádolják, az Irányelvek melyik bűncselekményi kategóriájába esik. Második lépésben a törvény által előírt büntetési tételkeret alapján meg kell határoznia azt az alapértéket, melytől a további körülmények figyelembe vételével akár felfele, akár lefele el lehet térni, és amelyet általában a bűncselekmény átlagos elkövetője kap. Ezután fel kell mérni az egyéb releváns tényállási elemeket, és ezek fényében korrigálni lehet az előző lépcsőben meghatározott alapértéket. Ilyen egyéb értékelendő körülmény lehet az, ha az áldozat maga is felróhatóan közrehatott abban, hogy a bűncselekmény létrejött; ha a terhelt magatartásával akadályozta a nyomozást, vagy éppen ellenkezőleg, ha elismerte felelősségét a bűncselekmény elkövetésében és feltáró jellegű vallomást tett; ha a terhelt büntetett előéletű vagy visszaeső (ez utóbbi esetekben szerepe lehet annak is, hogy korábban hány és milyen súlyú bűncselekményeket követett el, illetve hogy mennyi idő telt el a korábbi és a mostani bűncselekmények elkövetése között).

Mindezen körülmények figyelembe vételével a Tanácsadó meghatároz egy döntési sávot, amelyen belül a bíró szabadon mérlegelhet, és amely a bíróra nézve ugyan nem kötelező, ám amennyiben el kíván ettől térni, úgy meg kell indokolnia, hogy ezt milyen különleges enyhítő vagy súlyosító körülmények alapján teszi. Ezáltal lehetősége van a bírónak arra, hogy olyan tényeket is értékeljen, amelyeket az Irányelvek meghatározásakor a jogalkotók és a szakértők nem tartottak az adott bűncselekmény szempontjából relevánsnak, ám amelynek negligálása a konkrét esetben igazságtalan eredményre vezetne.

Természetesen ha a bíróság a Tanácsadó által javasolt ítéletet hoz, ez nem jelenti azt, hogy ne lehetne fellebbezni az ítélet ellen. Előfordulhat ugyanis, hogy a bíróság a bizonyítás felvétele során olyan körülményeket nem minősít relevánsnak, amelyek pedig azok lennének, így a Tanácsadó javaslata már eleve inadekvát premisszákon nyugszik. De az is lehetséges, hogy a bíróság határozata indokolatlanul eltér a Tanácsadó által javasolt ítélettől; ekkor ugyancsak szükséges egy felsőbb bírói fórumhoz fordulás lehetőségének biztosítása, mint ahogy akkor is, ha a terhelt, védője vagy az ügyész szerint a bíróság valamilyen különleges enyhítő vagy súlyosító körülményt nem vett figyelembe (bár döntése formálisan megfelel a Tanácsadó által ajánlott ítéletnek). Látható tehát, hogy fellebbviteli bíróságokra a szakértő

rendszerek elterjedése után is szükség lesz, mégpedig nemcsak a büntetőjogban, hanem minden egyéb jogterületen is, legfeljebb a feladataik lesznek mások, mint eddig.

A Döntési Tanácsadó eljárási mechanizmusát azért fejtettük ki ilyen részletesen, mert ezen séma alapján más jogágakban is alkalmazhatók szakértő rendszerek, illetve ez a séma átültethető a hazai joggyakorlatba is. A '90-es évek közepétől egy tendencia figyelhető meg hazánkban, melynek alapján a jog meghatározásában a főszerep fokozatosan a jogalkotásra tolódik át: a törvényhozás egyre inkább szűkíteni kívánja a bíróságok hatáskörét. Ez legtisztábban a büntetőjog területén látszódik, ahol 1998-ban egy olyan Btk.-módosítás született (1998. évi LXXXVII. törvény), mely a középértékű büntetés kiszabás bevezetésével és a középértéktől való lényegesebb eltérés indokolási kötelezettségével durván beszűkíti a bírói mérlegelési szabadság határait. A szakértő rendszerek bevezetésével a jogalkotó csak ezt a tendenciát folytatná, illetve teljesítené be.

Már a jelenlegi bírói döntési jogkör visszametszését is azzal indokolták, hogy túl nagy volt a jogbizonytalanság, hiszen az egyes megyei bíróságok szinte önálló joggyakorlatot alakítottak ki, amely eltért, eltérhetett hasonló ügyekben döntő más megyei bíróságok joggyakorlatától, de ugyanez a probléma megfigyelhető volt az ugyanazon bíróságokon belül működő egyes bírák vonatkozásában is. A szakértő rendszereknek tehát meglenne az az előnyük, hogy egységesítenék a joggyakorlatot és csökkentenék a jogbizonytalanságot, ezáltal viszont a bírácoknak a jelenlegitől eltérő feladatokat kellene ellátnia. A következő fejezetben erről lesz szó.

4. A bírác megváltozott szerepe

Ha a jogi szakértő rendszerek alkalmazása általánossá és tipikussá válik, a bírácoknak is másfajta feladatokkal kell szembenézniük, mint eddig. Megszűnik a kizárólagos bírói mérlegelési jogkör, és a jogalkotó ezután nemcsak keretjelleggel alkotja meg például egy bűncselekmény büntetési tételét, hanem a szakértő rendszer közvetítésével esetekre lebontottan, konkretizáltan is. A bíró szerepe alapvetően a pervezetésre szorul vissza: továbbra is az ő feladata lesz a bizonyítás felvétele, a tényállás kiderítése, a felek meghallgatása, a vádlott és a tanúk kihallgatása, nem-jogi témájú szakértői vélemények beszerzése és értékelése, valamint a tárgyalás vezetésével szükségképpen együttjáró feladatok (a tárgyalás rendjének fenntartása, a tanúk kihallgatási sorrendjének meghatározása, kérdések feltétele stb.). Ezenkívül a bírácnak kell előzetesen értékelnie azt, hogy az adott tényállás milyen, a szakértő rendszer által használt kategóriába tartozik, továbbá hogy milyen, az adott kérdés eldöntése szempontjából releváns tényállási elemekre kell a bizonyítást felvenni.

Mivel a szakértő rendszer nem napra pontosan fogja megadni egy adott bűncselekmény elkövetőjére kiszabandó büntetés mértékét, nem fillérre pontosan fogja meghatározni a károsító cselekmény folytán elszenvedett erkölcsi kár pénzbeli ellenértékét, ezért egy szűkebb mérlegelési lehetőség továbbra is a bíró rendelkezésére fog állni, amelyen belül továbbra is szabad döntési joga lesz. Ezenkívül kismértékben lehetősége lesz arra is, hogy a jogi szakértő rendszer által adott véleménytől eltérjen, de ezt az eltérést részletesen meg kell indokolnia. Mindez tehát azt a feladatot is a bírácra rója, hogy adott esetben a szakértő rendszernek előzetesen megadott tényállási elemeken kívül egyéb körülményeket is figyelembe vegyen, ha azokat az ügy helyes megítélése szempontjából relevánsnak ítéli meg. Ennek eredményeképpen elkerülhető a pusztá szubszumáló logika érvényesülése a jogalkalmazásban, és lehetővé válik, hogy a hátrányok kiküszöbölése mellett élvezhessük a szakértő rendszerek előnyeit.

Természetesen a jogi szakértő rendszerek elterjedése után a fellebbviteli bíróságok szerepe is megváltozik, nagyjából úgy, ahogy a Sentencing Advisor ismertetésénél már kifejtettük: az elé kerülő másod- vagy harmadfokú ügyben azt kell majd vizsgálnia, hogy az alsóbbfokú bíróság helyesen alkalmazta-e a szakértő rendszert, kiterjedt-e a bizonyítás felvétele a kötelezően figyelembe veendő körülményekre vagy sem, illetve értékelt-e olyan egyéb tényeket, amelyeket pedig nem lett volna indokolt értékelnie. Mindezek mellett ugyanúgy korrigálhatja a hiányos vagy nem bizonyított tényállást, mint eddig, súlyos hiányosságok vagy eljárási szabálytalanságok esetén pedig továbbra is joga lesz az ítéletet hatályon kívül helyezni és az alsóbb fokon eljáró bíróságot új eljárás lefolytatására utasítani.

Lehetséges persze, hogy egy-két konkrét bírói feladat a szakértő rendszerek gyakorlati megvalósulása és hazai elterjedése esetén az itt kifejtettektől eltérő lesz, alapjaiban azonban a jogalkalmazóknak hosszabb távon ezekkel a változásokkal kell számolniuk. Az mindenesetre biztosra vehető, hogy ha e rendszerek alkalmazása ténylegesen mindennapos gyakorlattá válik a jogalkalmazásban, akkor jóval kevesebb bíróra lesz szükség, mint eddig, másfelől pedig az eljárás olcsóbbá és gyorsabbá válik, hiszen hosszabb időt csak a bizonyítás felvétele fog igénybe venni, a jogi értékelési, megfontolási munka nem.

5. A szakértő rendszerek előnyei és hátrányai

A jogi szakértő rendszerek legfontosabb előnye a már említett kiszámítható jogszolgáltatás megvalósulása lenne: eltűnnének a különbségek az egyes ítéletek között, ugyanazon tényállást egyazon módon értékelnének a különböző bíróságok, földrajzi-helyi sajátosságoktól és az ítélkező bírák személyiségétől függetlenül. Ennek másik fontos következménye az lenne, hogy a potenciális bűnelkövetők a büntetés, a potenciális károkozók a kártérítés mértékét előre kiszámíthatnák, s így a pontos következmények ismeretében dönthetnének arról, hogy cselekményüket elkövetik-e vagy sem.

További előny, hogy egyszerű számítási műveleteket is sokkal gyorsabban és hibák nélkül tud egy szakértő rendszer elvégezni, aminek különösen az adóigazgatási eljárásban és általában a pénzügyi jog területén vehetjük hasznát. Ez ráadásul már nem is a távoli jövő, hiszen egyszerű szakértő rendszerek ma is működnek ezen a területen, mégpedig hazánkban is. Ugyanígy hatékonyabban (gyorsabban, olcsóbban és bizonytalansági kockázatok nélkül) tud egy pragmatikus rendszer előre megadott adatokból egy igen/nem alternatíva között állást foglalni, mint azt egy jogász tenné.

E rendszerek olcsósága abban is megmutatkozik, hogy képesek kiváltani az emberi munkaerő egy részét (például egy vállalat több részlegénél alkalmazott különböző adójogtanácsosok helyett elég egyetlen szakértő rendszert és egy azt kezelő jogászt alkalmazni). A szakértő rendszerek – az emberekkel ellentétben – képesek generációkon keresztül megőrizni ugyanazt a szakértelmet: míg egy jogász kiesése (nyugdíjba vonulása, elhalálása stb.) és egy új, kezdő jogász alkalmazása folytán a tudás és a tapasztalat újra a nulláról indul, addig a gép egy új kezelő-felhasználó beállítása folytán sem veszíti el addig megszerzett ismereteit. Emellett a gép tudását könnyű reprodukálni: egyszerű másolással vagy telepítéssel korlátlan számban és gyakorlatilag azonnal továbbadható, elterjeszhető a már felhalmozott tudásbázis, míg egy embernek sokévi tanulásra van szüksége ahhoz, hogy megfelelő mértékű tudásra és tapasztalatra tegyen szert. Oktatni legfeljebb a rendszer használatát kell, ami lényegesen kevesebb időt vesz igénybe.

Az is a jogi szakértő rendszerek jövőbeni alkalmazása mellett szól, hogy a jogszabályok változását hatékonyabban képesek követni. Ennek legnagyobb jelentősége a közigazgatási jogban lehet, ahol a nagytömegű, de esetleges szabályok gyors változása folytán a szabályok rendszeres "felülírása" szükséges. Ha a gép tudásbázisának egyes elemeit a jogszabályváltozások fényében újra és újra kicseréljük, biztosak lehetünk abban, hogy a rendszer a mindenkor hatályos jogszabályok alapján fog tanácsokat adni. Viszont egy közigazgatási jogász esetében fennáll a veszélye annak, hogy nem képes követni az egyébként is hatalmas méretű szabályanyag állandó változását, és az elé kerülő esetek megítélésakor a régi szabályok alapján, rutinból dönt.

Végül az előnyök felsorolásakor fontos megemlíteni a szofisztikus szakértő rendszerek jogelméleti jelentőségét. Ahhoz ugyanis, hogy egy ilyen rendszert valamely jogterületen alkalmazni lehessen, szükséges az adott jogi szakterület állapotának felmérése, az ismeretek rendszerezése, ezek elvégzésével pedig olyan, addig ismeretlen információk és összefüggések birtokába lehet jutni, amelyek hozzájárulnak az adott jogterület elméleti fejlődéséhez.

Nem hallgatható el azonban az sem, hogy a szakértő rendszerek jogi alkalmazásának hátrányai is vannak. Az egyik legfontosabb az, hogy nem lehet minden potenciálisan szóba jöhető körülményt eleve számításba venni. Ám ekkor a figyelembe nem vett tényeket utólag kell a jogalkalmazónak értékelnie, ami viszont ismét visszahozza a szubjektív elemet a jogszolgáltatásba, igaz, a mainál jóval korlátozottabb mértékben. Problémás lehet a szakértő rendszerek megalkotása során az egyes körülmények előzetes értékelése is: milyen tényekre kelljen a bírónak a bizonyítást kiterjesztenie, és ezen körülmények egymáshoz képest milyen súllyal essenek latba.

Jelenlegi ismereteink szerint az sem megoldott, hogy a szakértő rendszer a törvényi-rendeleti joganyagon kívül a bírói joganyagot is figyelembe vegye. A jognak formálisan ugyan nem, de ténylegesen fontos forrásai a legfőbb bírói fórum különböző állásfoglalásai, Magyarországon pedig a jogegységi határozatok még formálisan is kötelezőek az alsóbb fokú bíróságokra. Az viszont nem mindegy, hogy az egymásnak sokszor ellentmondó bírói döntési joganyagból a szakértő rendszer mit vesz figyelembe és mit nem. Ebben a kérdésben tehát szintén egy előzetes döntés szükséges, de ez ismét csak az emberi szubjektivitást vinné be a joggyakorlatba, igaz, nem az ítélkező bíró döntési szubjektivitását, hanem a rendszer megalkotóinak egyéni értékelését.

A szakértő rendszerek hiányosságaként sorolható fel az is, hogy nincs hétköznapi józan eszük, hiányzik belőlük az intuíció képessége. Ez persze annyiban nem baj, amennyiben nem ad-hoc döntési szempontokat vesznek figyelembe, mint teszik ezt sokszor a bírák, vagyis így érvényesülhet a kiszámítható jogszolgáltatás követelménye; viszont ezáltal elvész az emberi mozzanat, amely sok esetben előfeltétele annak, hogy a jog eseti alkalmazása ne csupán jog-, hanem *igazságszolgáltatás* is legyen.

Végül a jog egésze szempontjából nem minősíthető feltétlenül hátránynak, de mindenképpen megemlítendő az is, hogy ha a szakértő rendszerek majdan átveszik a jogalkalmazók döntéshozó szerepét, és a bírónak a jelenlegi hatáskörükből jórészt csak az eljárási funkcióik maradnak meg, presztízsük óhatatlanul leértékelődik a jog más szereplőjéhez (ügyészek, közjegyzők stb.) képest. Összességében látható tehát, hogy a jogi szakértő rendszerek nem lesznek messiások, megjelenésükkel nem oldódik meg egycsapásra minden anomália, viszont hátrányaik mellett előnyeik jelentősebbek és számosabbak lesznek.

*

*

*

Összegzésképpen megállapíthatjuk, hogy a szakértő rendszerek a jogban sokrétűen felhasználhatók, hatással lehetnek az elméleti jogi gondolkodásra, a jogalkotásra és a jogalkalmazásra is. Legjelentősebb felhasználási területük azonban nyilvánvalóan ez utóbbi lehet, ahol is valamilyen mértékben mindegyik jogterület feladatainak ellátásában segítséget tudnak nyújtani, kiváltva így az emberi erőforrások egy részét. Néhány egyszerű szakértő rendszer már napjainkban is működik, de a jövőben egyre újabb és egyre több ilyen rendszer megjelenésével kell számolni. E rendszerek tömeges elterjedése a jogszolgáltatásban hatással lesz mind a bírói eljárások lefolyására, mind a jogászi társadalom struktúrájára, mind pedig magának a jognak a társadalom egészében elfoglalt helyére. E hatások egy része pozitívan, másik része negatívan befolyásolja majd a jogászságot és a joggal kapcsolatba kerülő embereket; a negatív hatások fontosságának elismerése mellett mégis azt mondhatjuk, hogy a változások összességében kedvezően fogják érinteni a jog egészét.

Felhasznált irodalom

1. Susskind, Richard: The theoretical foundations of expert systems in law. In: Current legal problems 1992, Vol. 45., Part II.: Collected papers (edited by R. W. Rideout and B. A. Hepple). Oxford University Press, 1992, pp. 169-186.
2. Gruner, Richard S.: Sentencing Advisor: An expert computer system for federal sentencing analyses. In: Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, Vol. 5., No. 1. School of Law, Santa Clara University, 1989, pp. 51-71.
3. Oskamp, Anja – Tragter, Maaikje – Groendijk, Cees: AI and Law: What about the Future. In: Artificial Intelligence and Law, Vol. 3., No. 3., Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1995, pp. 209-215.
4. Sántáné Tóth Edit: Ismeretalapú technológia, szakértő rendszerek. In: Mesterséges Intelligencia (szerk.: Futó Iván), Aula Kiadó, 1999, 582-664. o.
5. Sántáné Tóth Edit: Tudásalapú technológia, szakértő rendszerek. Miskolci Egyetem Dunajvárosi Főiskolai Kar Kiadói Hivatala, 1998

VARGA CSABA A jog mint kultúra?

A jog életében kétségtelenül mindmáig a legnagyobb változást szöveghez kapcsolása, írott formaként megjelenítése jelentette. Ez az, ami leginkább szembeötlő változással járt, s ami így jogforrástanok és jogi fenomenológiák (egyebek közt objektivációelméletek) számára külön bizonyítást nem érdemlő kézzelfogható jegyeket mutathat fel. Ezen belül persze jogfilozófiák és jogalkalmazás-elméletek rögzíthetik, hogy miben is rejlik a jog végső azonossága (a 'jogiság') és miként kell a bírónak 'a jog' válaszához elérkeznie, s ennek megfelelően további értelmes különbségek tehetők azon állapotok között, amikor az írott textus (modern természetjogokban, különösen észjogokban) c s u p á n j e l z i, illetőleg amikor (jelenkori törvénypozitivizmusokban) kizárólagosként m e g i s t e s t e s í t i a j o g o t.

Klasszikus szigorúságában a törvénypozitivizmus a XIX. század elejétől a II. világháború végéig élt Nyugat-Európában, s a kommunizmus bukásáig Közép- és Kelet-Európában. Észjogi és szabadjogi (princípiumokhoz kötő, szociologizáló, avagy pragmatizáló) mozgalmak a törvényi pozitivizmus kötöttségeit a XIX. század végétől mindvégig lazítani igyekeztek, a szocialista normativizmus rideg szigorúságát pedig főként egyidejű nyugat-európai irányzatok az 1960-es évek végétől kezdték el oldani. Amennyiben a t e o r e t i k u s és a g y a k o r l a t i nézőpontokat különválasztottként kezeljük, úgy a jogpozitivizmus mint a modern formális jog professzionális deontológiája, szakmai világképe tekintetében sem annak mértéke lesz majd döntő, hogy a gyakorlati jogmeghatározódás mennyire a törvénypozitivizmus eszményei szerint megy és mehet egyáltalán végbe, tisztán és kompromisszumoktól mentesen,¹ hanem jobbra annak kétségbevonhatatlan

¹ Mint tudjuk (és a következőkben láthatjuk is), sohasem és elvileg sem ez a helyzet – legfeljebb az exegétikus jogalkalmazás korában, a XIX. század első harmadában, a *Code civil* eufóriájában teljes erővel erre törekedtek, meggyőződéssel hittek lehetőségében, s így is jelenítették meg cselekvésüket. A XX. század meghatározó diktatúrái közül a n e m z e t i s z o c i a l i z m u s rezsimjének szolgálatára zökkenőmentesen történt jogászai átállás valóban a modern formális jogban rejlő pozitivistikus formalizmusnak volt köszönhető – ugyanúgy, ahogyan ezt MAX WEBER leírta a BISMARCKtól teremtett német bürokráciának a BISMARCK utáni időszakra történő rezzenéstelen átállása kapcsán. Max Weber *Gazdaság és társadalom* ford. Józsa Péter (Budapest: Közgazdasági és Jogi Kiadó 1967), 287–288. o. Mind az orosz b o l s e v i z m u s, mind pedig azt követően a német nemzetiszocializmus – előkészítésük és formálódásuk éveiben – egyaránt felmondták a liberális hagyománnyal egy töre visszavezetett s forradalomellenesen burzsoáként elítélt jogi formalizmust. Ehhez a jognak egyebek közt OTTO KOELREUTTERtől megfogalmazott népszellemi és vezéri értelmezése kívánalma körében a nemzetiszocializmus mindvégig hű maradt, a bolsevizmusból SZTÁLINizmussá vedlett formájában azonban a szovjetektől uralt rezsimek mind anyaországában, mind majdani világbirodalmában mindenütt visszatért a klasszikus polgári berendezkedéshez, pontosabban annak egyfajta korai pontnál rögzített utópikus (szovjetizált) felfogásához. Minderre vö. a szerzőtől *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1979), 266. o., ill. VIII. fej.

ténye, hogy a jogpozitivizmus a XVI. század óta növekvő mértékben az európai kontinentális jogfelfogás szemléleti meghatározója lett: egész jogi világgépünk, jogi fogalomalkotásunk szervezője, olyan alapvető igazodási pont, hogy mind a mai napig a különféle egymást váltó oldási törekvések (s így még az olykor a jogpozitivizmus bukását híresztelő posztmodern törekvések is) csupán a jogpozitivizmus eddig töretlennek bizonyult rendíthetlenségéhez mérten tudják kifejezni magukat, válhatnak érzékelhetővé, nyerhetnek értelmet s játszhatnak bizonyos múltó jelentőségű szerepet.²

A jog és tudománya végső soron és adott nézőpontból tekintve nem más, mint bizonyos fajta kommunikáció egy bizonyos adott kommunikációról. Célszerű ezért különbséget tennünk annak tekintetében, hogy mikor szólunk arról, hogy a jog hivatalos szereplői intézményi működésük során miként beszélnek a jogról, mikor pedig arról, hogy az elméleti rekonstrukció mennyiben tudja igazolni, illetőleg realiztikusként milyen leírással kell helyesbítene vagy éppen helyettesítene ezt a beszédmódot a jogról. Ami az elsőt illeti, korai LUKÁCS-tanulmányaim s ebben a professzionális deontológia ontikus, vagyis közvetlenül létszerű (az ismeretelméleti igazolhatóság kérdésétől ezért teljességgel elkülönítendő) jellegének felismerése óta számomra egyértelmű, hogy a maga a modern formális jog mint jelenség s mint berendezkedés elválaszthatatlan a pozitivistikus igénytől, a textusból levezetésnek a jog sajátos beteljesedési kritériumaként betöltendő szerepétől. Ami viszont a másodikat illeti, a modern kutatás egyre rendszerszerűbben mutatja ki, hogy e pozitivistikus igény realitása semmiképpen sem igazolható, még elvi várakozásként sem, hiszen a jogalkalmazás burkában alapvetően szimbolikus cselekvésről, egy rendkívülien összetett folyamat jelzésszerű lerövidítéséről s átlagesetben egyfajta rutinra visszavezetéséről van szó.

A voltaképpeni kérdés tehát a fentiekből következően számomra nem az, hogy a jogpozitivizmus akár mint elmélet, akár mint állítólag megvalósult gyakorlat mikor s mennyire tudott egyáltalán uralkodó szerepre kerülni, hanem az, hogy az európai kontinentális jogszemléletet egészében a *ius* (a jogiság) eszméjének *lexre* (mint tételezett-írott aktusra) redukáltsága, a jogi mivoltnak tehát a tételezettség aktusához kapcsoltsága, ebből adódóan a jogi folyamat összetettségének 'jogalkotás' és 'jogalkalmazás' mesterkéltségre történő visszavezetése szabja meg — azaz, röviden szólva: egy olyan intézményi (s az általa intézményesített képződménytől ilyen módon immár elválaszthatatlan) ideológia, amelyik a mai napig idegennek, sőt értelmetlennek, egyenesen felfoghatatlannak maradt például Európán belül is a másik, az angol hagyomány, avagy, távolabbra tekintve, az iszlám vagy a zsidó jog számára.³

² Egyik legújabb fejleményként vö. a szerzőtől 'Az angol-amerikai és a kontinentális-francia jogi hagyományok találkozásának peremvidékén: Kanadai fejlemények és tapasztalatok' *Jogtudományi Közöny* LVII (2002. július–augusztus) 7–8, 309–322. o.

³ Vö. pl. Peter Sack 'Jog és szokás: Az angol nyelv és jog összefüggéséről' in *Összehasonlító jogi kultúrák* szerk. Varga Csaba (Budapest: Osiris 2000), 81–95. o. [Jogfilozófiák], ill. passim.

Több, mint harmincöt éve fogalmaztam meg először, hogy jogfelfogásunk, jogi fogalmiasításunk legalábbis duális, amennyiben az adott jog körében mellőzhetetlen minden kérdésfelvetést, vonatkozást, kapcsolatot megfogalmazzunk pozitívisztikusan, vagyis a kérdéses jog önképe, önmagáról alkotott ideológiája szemszögéből (is) — azon túl, hogy tudományunkban, elméleti rekonstrukciónkban egy tudományosan igazolható (pl. társadalomelméleti, szociológiai) leírást, fogalmi tartalmat is természetszerűleg szükséges megfogalmazzunk.⁴ LUKÁCS-tanulmányaim eredményeként pedig az lett számomra nyilvánvalóvá, hogy ez az önkép nem valami utólag és kívülről, véletlenszerűen az egyébként jól működő jogra ráaggatott többlet, hanem a kérdéses jog része, mellőzhetetlen alkotóeleme maga.⁵

Ebben az összefüggésben vetődik fel “a jog mint...” hívószavú vizsgálódások kívánatosságának kérdése. Azaz a jog mint (kizárólagosan) tételezés, textus (stb.) m e l l e t t a jog mint történelem, kultúra, kommunikáció, folyamat, nyelvi játék, önkény (stb.) kérdése. Ámde a fentiekből kitűnően egyetlen esetben s véletlenül sem azért, hogy a modern formális jog önazonosságának jegyeként a pozitívisztikus önleírást kiküszöbölje, hanem kizárólag azért, hogy a teoretikus rekonstrukciót ezekből a különféle megközelítésekéből adódó (s másként el nem érhető) tanulságokkal segítse. És mindezeknek “a jog mint...” hívószavú vizsgálódásoknak egymást közt sem a kizárólagosság igényével, hanem — a jog ontologizáló látásmódjának köszönhetően a módszertani egység újKANTiánus kívánalmát meghaladva — egymással versengve kell zajlaniok.⁶ És pontosan azért, hogy válasz adathassék az alapvető dilemmára: miként lehetséges, hogy a törvénypozitivismus akár legszigorúbb uralma alatt is pontosan adott válaszhoz (mint *output*hoz) érkeznek el a jog válaszaként rutinszerűen a bíróságok — miközben pusztán a hivatalos jogszabályi és textualizált tényállítási információkból (mint *input*ból) a logika szigorú szabályai alapján

⁴ Vö. a szerzőtől ‘A jog meghatározásának néhány problémája a szocialista jogelméletben’ [1966] in Varga Csaba *Útkeresés Kísérletek — kéziratban* (Budapest: Szent István Társulat 2001), 49–58. o. [Jogfilozófiák], ill. ‘A jogtudományi fogalom meghatározás néhány módszertani kérdése’ *Állam- és Jogtudomány* XIII (1970) 3, 589–613. o.

⁵ Vö. a szerzőtől *A jog helye Lukács György világképében* (Budapest: Magvető 1981), VI. fej. 4. pont [Gyorsuló idő].

⁶ Vö. pl. csupán a szerző próbálkozásai közül *A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség* (1. jegyzet), *A jog mint szöveg* Hermeneutika, Szemantika, Szemiotika, Jog és irodalom, szerk. Varga Csaba (Budapest: Századvég) [előkészületben az 1980-as években, Stanley Fish, Peter Goodrich, Bernard S. Jackson, George Lakoff, Roberta Kevelson, James Boyd White és C. M. Yablon szövegeivel tervezetten] [Jogfilozófiák] [amely előkészületből végül *A jogi gondolkodás paradigmái* Szövegek, szerk. Varga Csaba [1996] (Budapest: EtoPrint 1999) {Bibliotheca Cathedrae Philosophiae Iuris et Rerum Politicarum Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae, III Fasciculi 2} és a *Jog és nyelv* szerk. Szabó Miklós és Varga Csaba (Budapest: Books in Print 2000) [Jogfilozófiák] gyűjteménye lett], ‘A kódex mint rendszer (A kódex rendszer-jellege és rendszerkénti felfogásának lehetetlensége)’ *Állam- és Jogtudomány* XVI (1973) 2, 268–299. o., ‘A jog mint felépítmény: Adalékok az alap-felépítmény kategóriapár történetéhez’ *Magyar Filozófiai Szemle* XXX (1986) 1–2, 35–75. o., ‘A jog mint történelem’ *Világosság* XXVII (1986) 1, 1–6. o. és *Jogtörténelmi Szemle* 1987/2, 65–73. o., *A jog mint folyamat* (Budapest: Osiris 1999) [Osiris könyvtár: Jog], *A jog mint logika, rendszer és technika* (Budapest: Osiris 2000) [Jogfilozófiák].

(KARÁCSONY ANDRÁS vitairásának rendkívül érzékletes kifejezésével élve⁷) “lehetne másként is, á m a k t u á l i s a n n i n c s m á s k é n t ”⁸ Miből adódik hát az a t ö b b l e t meghatározás, ami akár azonos törvényi szöveg alapján ilyen jogi választ eredményez az egyik országban, és másmilyent egy másikban; avagy ugyanazon helyen ilyent az egyik korban (vagy időszakban), és másmilyent egy másikban? Nos, pontosan ezt a finomítást, a jog ideologisztikusan kifejezett levezetési és igazolási igényének gyakorlati megvalósulását (lehetőségei határainak, diszkrepanciáinak, bizonytalansági mezőinek megvonásával) kísérli meg teljesebb, bizonyíthatóbb, tudományosan is immár valamelyest elfogadható formában leírni az az elméleti rekonstrukció, ami pontosan “a jog mint...” hívószavú vizsgálódásokkal éppen ennek elősegítésére hivatott.

Az, amit posztmodernitásnak nevezünk, valójában nem más, mint ezredvégi nyugati talajon intellektuális vitákban született mentális projekció. Annak kérdését, hogy öncélú vitáknál, ma divatos tagadásoknál és relativizálásoknál gerjesztett-e már többet, bizonyára kellő idővel és távlatban az emberi gondolkodás majd el fogja dönteni. A posztmodernitás dogmája és látásmódja azonban legfeljebb egyfajta lehetséges (s majdan így vagy úgy megítélendő) használata azoknak a gondolatoknak, felismeréseknek, intézményesedéseknek, amikre egyes értelmiségi körökben oly divatosan ma rátelepszik. Nos, pontosan ebben munkál az az önpusztító készlet (ami éppen nem maga a kultúra fogalmában vagy a kulturális összehasonlítás puszta módszerében rejlő valamiféle előre elrendeltettség), hogy a merőben lehetségesnek, a kontingenciának az oltárán önmagát feloldva, bármiféle tetszőleges “más”-nak a felidézésében vagy posztulálásában elveszve és ezáltal önmagát is elveszejtve, “megrepassza az önazonosság talapzatát”⁹.

A paradoxonok, amiket DIRK BAECKER munkássága nagyszerű hasonlatokkal és polemikus erővel feltár,¹⁰ vitairatként jobbára nem annyira a kultúra jelenségének *sine ira et studio* monografikus leírásával, mint inkább a posztmodern elméleti igények önellentmondásokba és következetlenségekbe hajszolt kuszaságával, az ezekre választ keresés bajlódásaival kapcsolatosak. Az az öncélúan kutakodó intellektualizmus, mely “minden életforma esetlegessége” tudatában éli ki magát s ezért (önmagát is beleértve) mindent valamiféle “más”-sal relativizáltan láttat — azzal a pszichikailag szükségképpen destruktív következménnyel, hogy jobbra érdemes híve számára immár “semmi sem lehet valóban az, ami” —,¹¹ nos, ez éppen nem a kultúra hagyományából fakad, hanem ennek egyik patológikus fejleményéből, mérgező televényéből, a posztmodern nihilizmusból. Példának okáért a kulturális összehasonlítás területét határolóan

⁷ Karácsony András *A jog mint kulturális jelenség* [kézirat], 2 o.

⁸ Vö. a szerzőtől ‘A jogi okfejtés társadalmi meghatározottságáról’ *Állam- és Jogtudomány* XIV (1971) 2, 249–285. o.

⁹ Karácsony, 3. o.

¹⁰ Dirk Baecker ‘A társadalom mint kultúra’ *Magyar Lettre International* 38 (2000. ősz), 7–9. o.; háttérként vö. még uő. *Wozu Kultur?* [2000] 2., erw. Aufl. (Berlin: Kulturverl. Kadmos 2001) 203 o.

¹¹ Baecker, 8. o.

végzett szerény kísérletem, amit — hál'Istennek, csupán a jog mélyebb megértésének és láttatásának szándékától vezéreltetve, ámde különféle obskurus doktrínák álkérdéseibe történő felesleges bonyolódás nélkül — az *Összehasonlító jogi kultúrák* körében¹² elkezdhettem, valóban tanúskodott arról (ugyanúgy, mint korábban a jogantropológiai kutatások szemlélésével végzett búvárkodásaim¹³), hogy bizonyos alapfunkciók (szabályozási biztonság, differenciált rendezés stb.) és alapvető éthoszbeli értékek (előrettekintő és igazságos szabályozás stb.) elérésére eltérő korokban és kultúrákban az ember eltérő, ám h a t é k o n y s á g b a n e g y m á s s a l v e r s e n g ő u t a k a t tudott kialakítani. Nincsen tehát királyi út, s az elmélet — szembevetve a mai neoliberalizmusokból olykor feltáruló önabszolutizáló, csekély gyakorlati tolarenciával kecsegtető tendenciákkal — nem igazol semmiféle kulturális imperializmust. Ugyanakkor éppenséggel nem tanúskodott kulturális relativizmusról, hanem csakis arról, hogy szerves (tovább)fejlődését, a benne rejlő eszközbeli elemek teljes potenciáljának időben és formában a körülményekhez alakulóan változó teljesebb kiaknázását (aktualizálását) kizárólag ö n a z o n o s s á g á n a k a z a v a r t a l a n m e g ő r z é s e t a l a j á n biztosíthatja. Ráadásul, szerencsésebb kultúrák (mint pl. közismerten a japán) úgy tudtak úgyszólván mindvégig nyitottan és külső minták befogadására készen funkcionálni, hogy újszerű kihívásokra adott újszerű (vagy éppen tudatosan kölcsönzött eszköztárú) válaszaikat sikerrel belsődlegesítették, szervesítették, adaptálták — önazonosságuk tudatát, szervességük potenciálját ezzel éppen ismételtlen megerősítő s szimbolikusan tovább is fokozó saját eredeti rendszereikhez.

A “végletekig űzött rákérdezés” s mögötte “minden adottság megkérdőjelezésének a szándéka”¹⁴ napjainkban intézményesedő (s a modern társadalom belső önkiüresedésével korreláló) tendenciájával szemben¹⁵ igencsak egyetérték a kérdésfeltevő jogász-filozófus azon bölcs megállapodottságot rögzítő konklúziójával, miszerint “Az ember azonban nem egyszerűen ismeretszerző, hanem h o n o s lény a világban. Élete gazdagabb az ismeretszerzésnél, hiszen beletartozik a megszokottság, a gondtalanság, az orientációk követése, az intellektuális m e g n y u g v á s is.”¹⁶ Nos, magam is pontosan ezt kívántam szolgálni nemcsak a jogi formalizmusok mögött megbújtan munkáló emberi tartalmak (meghatározottságok és meghatározások) feltárásával,¹⁷ de mind e mögött találhatóan a modern ismeretelmélet egyoldalú,

¹² Vö. *Comparative Legal Cultures* ed. Csaba Varga (Aldershot, Hongkong, Singapore, Sydney: Dartmouth & New York: New York University Press 1992) [The International Library of Essays in Law & Legal Theory: Legal Cultures 1] és *Összehasonlító jogi kultúrák* (3. jegyzet).

¹³ Vö. a szerzőtől ‘Antropológiai jogelmélet? Leopold Pospíšil és a jogfejlődés összehasonlító tanulmányozása’ *Állam- és Jogtudomány* XXVIII (1985) 3, 528–555. o.

¹⁴ Baecker, uo.

¹⁵ Vö. pl. Robert Nisbet *The Quest for Community* (San Francisco: ICS Press 1990).

¹⁶ Karácsony, uo. [Kiemelések – V. Cs.]

¹⁷ Vö. a szerzőtől *Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról* [1996] (Budapest: Osiris 1998) [Osiris könyvtár: Jog].

torzító, az emberi teljességet leszűkítő, pusztán a racionális fogalomalkotás lehetőségeire koncentráló, s ezzel a bölcsesség, tudás és ismeret hajdani gazdagságát elszűrítő elidegenültségére utaló felhívásaimmal is.¹⁸

¹⁸ Vö. a szerzőtől 'A racionális jogszemlélet eredendő ambivalenciája (Emberi teljességünk széttörése a fejlődés áráként?)' in *Békés Imre ünnepi kötet A jogtudomány és a büntetőjog dogmatikája, filozófiája*, szerk. Busch Béla, Belovics Ervin, Tóth Dóra (Budapest: Osiris 2000), 270–277. o. [A PPKE JÁK könyvei] és 'Önmagát felemelő ember? Korunk racionalizmusának dilemmái' in *Sodródó emberiség* Várkonyi Nándor: Az ötödik ember c. művéről, szerk. Mezey Katalin (Budapest: Széphalom 2000), 61–94. o.