



Molnár András PhD hallgató,  
Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar  
Jogelméleti Tanszék

## Pragmatizmus és legalizmus – Richard Posner és Antonin Scalia a bírói szerepről\*

### 1. Bevezetés

Richard Posner egy tanulmányában megdöbbenésének ad hangot, amiért sok egyetemi professzor abszolút téves képpel rendelkezik a bírói munka természetét illetően.<sup>1</sup> A jelen tanulmányban két, a jogelmélet területén is nevet szerzett gyakorló bírónak a bírói szerepről alkotott felfogását kívánom röviden ismertetni. Egyikük Richard Allen Posner, aki az amerikai Hetedik Körzeti Fellebbviteli Bíróságon (*Court of Appeals for the Seventh Circuit*) teljesít szolgálatot, a másik pedig Antonin Scalia, a Supreme Court bírója. A két gyökeresen eltérő nézet ismertetését az Egyesült Államok bírósági rendszerének, valamint annak címszavakban történő bemutatása előzi meg, mik azok az okok, amelyek miatt az Egyesült Államokban nem olyan egyértelmű a bíró puszta jogalkalmazói szerepe, mint azt kontinensünkön megszokhattuk.

### 2. A bíró helye az Egyesült Államok jogrendszerében

#### 2.1. Néhány szó az amerikai bírósági rendszerről

Ha az Egyesült Államok bíróságairól szólunk, mindenképpen említést kell tenni a szövetségi államszerkezetből következő kettős bírósági hierarchiáról: a tagállamiról és a szövetségről. Minden tagállamnak megvan a maga saját bírósági rendszere: a helyi

---

\* A jelen tanulmány 1., 2. és 3. fejezete a szerző által a 2008. XI. 29-én, a Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Karán megrendezett Jogász Doktoranduszok Országos Szakmai Találkozója, Richard Posner a bírói szerepről címmel szerkesztett anyag bővített változata.

<sup>1</sup> Posner 2006, 1050. o.

bíróságok, a legfőbb bírói fórum, és ezek közé gyakran beékelődik egy fellebbviteli bíróság is. A kétféle bírósági szervezet nem alá-fölrendeltségi, hanem mellérendeltségi viszonyban áll egymással, a különbség a hatáskörben,<sup>2</sup> illetve a szabályozásban lelhető fel: a tagállami bíróságokról a tagállami jogforrások, a szövetségekről maga az Alkotmány, illetve ennek felhatalmazása alapján a Kongresszus rendelkezik. Röviden szólva: az Egyesült Államok Alkotmánya III. cikkelyének (1) szakasza szerint a bírói hatalom egy legfelsőbb bíróságra (*supreme Court*)<sup>3</sup> és az alsóbb bíróságokra (*inferior Courts*) oszlik. Az alsóbb bíróságok körét a Kongresszus jogosult meghatározni. A szövetségi bírókat ugyanez a szakasz komoly védelemmel vértézi föl: a bírói kinevezés élethosszig tart, a bírók hivatalukat – „jó magaviselet” esetén („*during good Behavior*”) – élethosszig viselik, fizetésük pedig nem csökkenthető. A szövetségi bírói hierarchia a következő:<sup>4</sup> kerületi bíróságok (*district courts*) – fellebbviteli bíróságok (*courts of appeals*) – Legfelsőbb Bíróság (*Supreme Court*).

## 2.2. A jogalkotás és a jogalkalmazás viszonya

A hatalmi ágak klasszikus, szigorú elválasztásának eszméje ma már alapvetően naivitásnak számít a jogtudományban. A bírói tevékenységnek legalább a joghézag-kitöltő szerepe az európai jogtudományban is elismert.<sup>5</sup> A Egyesült Államok jogelméletében – melyről elmondható, hogy a jogi szellemi életben ma vezető szerepet játszik – a bírák jogalakító tevékenysége, s ezzel együtt politikai-ideológiai álláspontjuk szerepe a döntéshozatalban már-már bevett tény, amelyet az elmélet művelői vagy távolságtartással vesznek tudomásul, vagy saját célra próbálnak hasznosítani.<sup>6</sup> Természetesen a bírói döntés útján történő jogfejlesztés, a *common law* máig élő öröksége mindenekelőtt a Supreme Court reszortja. Az 1803-as *Marbury v. Madison* ügy óta – és a politikai elhajlásnak itt van igazán szerepe – a Supreme Court, egy kvázi „önfelhatalmazás” eredményeképpen, jogosult az írott jogszabályok alkotmányellenességének kimondására. A Supreme Court bíráinak

---

<sup>2</sup> Egyedül a Legfelsőbb Bíróság univerzális hatáskörű, amennyiben a felek tagállami legfelsőbb bíróságok döntései ellen is benyújthatnak hozzá jogorvoslati kérelmet. Igaz, a Legfelsőbb Bíróság csak akkor foglalkozik érdemben egy-egy ügygel, ha abban a szövetségi jogot vagy az Alkotmányt érintő jogkérdés merül fel (Atiyah – Summers 1987, 292. o.).

<sup>3</sup> Így, kisbetűkkel, köznévként; az angol szöveg „*supreme Court*”-ot említ, a „*Court*” nagybetűvel említése azonban a fontos főneveket nagybetűvel kezdő régies stílusnak tudható be.

<sup>4</sup> A speciális bíróságokat nem számítva.

<sup>5</sup> Lásd a modern német jogelmélet néhány jelentősebb alakjának elemzéséhez: Pokol 2005, 343-372. o.; a „kötött” és a „szabad” bíró elméleteinek XIX. századi német eszmetörténetéhez: Ogorek 1986. Ez utóbbiban a szerző a korabeli történelmi-politikai háttérrel együtt ismerteti a bírói szerepről alkotott német jogelméleti felfogások két alapvető irányzatának küzdelmeit.

<sup>6</sup> Az előbbihez lásd: Sunstein et al. 2006, az utóbbihoz Kennedy 1986.

kinevezésében a szakmai háttér mellett az ideológiai elkötelezettséget is figyelembe veszik. Természetesen üresedés esetén (ne feledjük, a Supreme Court bírónak megbízatása is élethosszig tart!) a jelölő elnökök – amennyiben mandátumuk alatt lehetőség nyílik erre – igyekeznek „saját csapatbéli” embert bejuttatni, akinek a „sorsa” aztán az egyfajta fékszerepet is betöltő szenátusi meghallgatáson dől majd el.<sup>7</sup> Ilymódon a Supreme Court – bizonyos igenis létező korlátok mellett – aktív alakítója a politikának.<sup>8</sup>

Mielőtt a címben jelzett témára térnék, vázlatosan szeretnék rámutatni néhány olyan jelenségre az Egyesült Államok jogi és politikai életében, amelyek indokoltá tehetik – és több szerző számára indokoltá is teszik – a jogszabályokat nem csak alkalmazó, de alakító bírói fellépést. A következő négy tényezőt emelem itt ki.

*A jogalkotási folyamat szétilátsága:* a végrehajtó hatalom nem gyakorol kontrollt a jogalkotási folyamatok fölött. Ha a Kongresszus tagjainak elképzelése különbözik az elnökétől, az előbbi fog érvényre jutni. Ilymódon akár a végrehajtó hatalom részéről benyújtott, szakemberek által kidolgozott javaslatok is utólagos módosításokon esnek át. A Kongresszus tagjai által benyújtott javaslatok pedig gyakran már alapból nem tükrözik a szabályozni kívánt probléma árnyalt megközelítését, az utólagos változtatások pedig tovább rontanak a helyzeten. Az így született, kevésbé koherens szövegen az azt alkalmazó bíróságoknak kell kiigazodnia, ők kénytelenek alkalmazhatóvá tenni azt.<sup>9</sup>

*Megfelelési kényszer és felelősségáthárítás:* a többek között hazánkban is ismert pártfegyelem jelensége az amerikai pártokra kevésbé jellemző. A képviselői elszámoltatás a mögöttük álló érdekcsoportok, szavazói bázis által, szavazatbiztosítás vagy -megvonás formájában történik. Természetes hát, hogy a képviselők minél többfelé igyekeznek megfelelni. Ennek eredményeként általános, széles körben értelmezhető szabályok születnek.

<sup>10</sup> A homályos szövegezés különösen a politikailag kényes kérdéseknél (pl. abortusz, pozitív megkülönböztetés és felzárkóztató programok /*affirmative actions*/, fogyasztóvédelem) lehet praktikus, ilyenkor ugyanis a jogalkotó – jó machiavellista módjára – kvázi a bíróságokra hárítja az érdemi döntéshozatalt. Ha aztán az ítéleten egy jelentős szavazótábor felháborodik,

---

<sup>7</sup> A Reagan által jelölt Robert Bork például a média által gerjesztett hatalmas ellenszél mellett a szenátusi meghallgatás negatív eredménye miatt sem foglalhatott helyet az Egyesült Államok legfőbb bírói fórumán. Lásd erről bővebben: Zétényi 2004.

<sup>8</sup> Ez olykor akár évtizedeken belül is eltérő döntéseket eredményezhet. Így például 1989-ben, a *Stanford v. Kentucky* ügyben, a Supreme Court nem találta alkotmányellenesnek a cselekményüket 18 éves kor alatt elkövetők kivégzését; 2005-ben azonban, a *Roper v. Simmons* ügyben, revideálta önnön álláspontját és alkotmányellenesnek ítélte azt. Vö. Posner 2008, 272-275. o.

<sup>9</sup> Atiyah – Summers 1987, 307-308. o.

<sup>10</sup> Atiyah – Summers 1987, 310-311. o.

akkor az ítélkező bíróság kerülhet a felháborodás célkeresztjébe, hiszen az hozta meg a végső döntést.<sup>11</sup>

*A bírák mint az alapjogok védői:* az erős lobbicsoportok által markukban tartott Kongresszusban a gyengébb érdekartikulációra képes csoportok érdekei könnyen figyelmen kívül maradnak. Számukra – egy *common law* gyökerű jogrendszerben – a bíróságok jelenthetik a jogszerzés leghatékonyabb módját. Ugyanígy, ha a jogalkotó sokáig nem foglalkozik egy kényes társadalmi kérdéssel, előbb-utóbb a bírói szférának kell lépnie – a *Brown*-döntés ennek kedvelt példája.<sup>12</sup> De általában véve is elmondható, hogy a bíróságok egyfajta demokratikus-alkotmányos kontrollt jelentenek a többség túlkapásaival szemben,<sup>13</sup> valamint háború idején a kormányzat esetleges túlkapásaival szemben.<sup>14</sup>

*Módosítás és korszerűsítés:* ez a problémakör speciálisan a Supreme Court-ot érinti. Az Egyesült Államok Szövetségi Alkotmánya egy immár több mint 200 éves dokumentum. Szűkös, sokféleképpen magyarázható szabályai mindig további értelmezést kívánnak. Ez az értelmezés koronként, korfelfogásonként változik. Szabályok, elvek kornak megfelelő értelmezését a Supreme Court végzi el. Ez – bár a bírói önmeghatározás szerint a bíró csak alkalmazza a jogot<sup>15</sup> – egy praktikus és rugalmas eljárás. Ha ugyanis az Alkotmány szövegét

---

<sup>11</sup> Church 1990, 1094. o.

<sup>12</sup> Oakes 1980, 183. o.

<sup>13</sup> Oakes 1980, 184. o., Whyte 1987, 4. o. A „demokratikus-alkotmányos” kifejezés természetesen önellentmondást rejt, amely jól felszínre kerül Whyte cikkében. A demokrácia alapvetően a többség uralmát jelenti, jóllehet az emberi jogi retorikában a „demokrácia” kifejezés olykor egy materiális értelmet kap, és bizonyos alapvető („demokratikus”) értékek (voltaképpen az alapvető emberi jogok) érvényesülése értendő alatta. Az alkotmányos alapjogok azonban ellenkezhetnek a többség akarataival (ilyenek például a büntetőügyek terheltjeinek jogai, lásd Scalia művének szónoki zárását: Scalia 1997, 149. o.). Erre a feszültségre mint a demokrácia és a liberalizmus ellentétére röviden már Radbruch is rámutatott: Radbruch 1956, 161. o. Hasonló szemantikai bizonytalanságok jellemzik a „jogállam” kifejezést is, mely ma kontextustól függően jelentheti a formális jog feltétlen uralmát (tartalomtól függetlenül) vagy az alapvető emberi jogok érvényesülését (ez utóbbira lásd pl.: Fleck 2008).

<sup>14</sup> Lásd ehhez pl.: Neuborne 2005. A szerző a bíróságoknak a kormányzat háború idején tett intézkedéseivel való hozzáállását elemezve két végletet különít el. Az egyik az, ha háború vagy egyéb rendkívüli helyzet idején a bíróságok lemondanak jogvédő szerepükről, és az alapjogok felett való rendelkezést a kormányzat kezébe adják át, természetesen megnövelve ezzel a súlyos és (utóbb) fölösleges (nek bizonyulható) jogsértések lehetőségét. A másik véglet az az eset, amikor rendkívüli helyzet esetén is ugyanolyan erős alapjogi korlátokat állítanak a kormányzat elé, mint nyugodtabb időkben – ez persze megnehezíti a gyors és határozott cselekvést, amit pedig bármiféle krízishelyzet megkövetelhet. Neuborne, amennyiben nincs más választás, az utóbbi lehetőséget választja, egyébként egy köztes út mellett teszi le a voksát: elismeri a rendkívüli intézkedések szükségességét, azonban nagy súlyt fektet az alapjogok védelmére is; ez utóbbi tézisét bizonyos háború idején való állami visszaélésekre. Ilyenek pl.: az 1798-ban hozott *Sedition Act* (zendülési törvény) alkalmazása az Adams-kormányzat kritikusaik elhallgattatására; az USA I. világháborús szerepvállalását ellenzők büntetőjogi felelősségre vonása (lásd ehhez a Posner kapcsán vázolt *Schenck*-döntést); 120000 japán-amerikai internálása a II. világháború idején; a McCarthyzmus; vagy napjainkban a *Hamdi v. Rumsfeld*-ügyben hozott döntés, melynek értelmében az ellenséges harcosként fogvatartott amerikai polgárok nem jogosultak a fogvatartás törvényességének bírói felülvizsgálatára (vagyis nem illeti meg őket a „*writ of habeas corpus*”; a Negyedik Körzeti Fellebbviteli Bíróság döntését egyébként a Supreme Court megsemmisítette). Mindezek részletezéséhez lásd: Neuborne 2005, 557-564. o.

<sup>15</sup> Posner 2008, 23. o.

mindig jogalkotói módosítás útján kéne a kor követelményeihez igazítani, az – tekintettel az eljárás lassúságára (mely két konjunktív feltétel teljesülését követeli meg: a Szenátus és a Képviselőház kétharmadának javaslatát és a tagállamok háromnegyedének ratifikációját) – egy rendkívül nehézkes folyamat lenne, ráadásul a benne foglalt rendelkezések a folytonos változtatások következtében elveszítenék azt a különleges minőséget, ami a „hétköznapi” jogszabályok fölé emeli őket.

Dióhéjban ezek azok a társadalmi és politikai körülmények, amelyeket, úgy gondolom, célszerű szem előtt tartani, ha az Egyesült Államok jogelméleti szerzőivel foglalkozunk. Mindezek hozzájárulnak ahhoz a körülményhez, amit Scalia némi keserű szájjal említ fel egy tanulmányában, nevezetesen hogy a jogszabály szövegének pontos követése messze nem volt kizárólagos jogértelmezési mód az Amerikai Egyesült Államokban.<sup>16</sup>

### 3. Richard Posner és a jog gazdasági elmélete

Az Amerikai Egyesült Államok egyik legbefolyásosabb kortárs jogelméleti irányzata a jog gazdasági elmélete. Ez az elmélet ma nagymértékben összefonódik Richard Posner nevével. A „lusta bíró, aki reggeli előtt megír egy könyvet, délelőtt eldönt egy sor ügyet, egész délután a Chicagói Egyetem jogi karán oktat, a vacsorát követően pedig agyműtétet végez”,<sup>17</sup> interdiszciplináris műveltségével és immár több mint 25 éves bírói tapasztalatával számos jelentős munkával gazdagította a tudományt. A jelen fejezetben Posnernek a bírói szerephez kapcsolódó legfontosabb megállapításait kívánom ismertetni.

#### 3.1. Posner jogelmélete

A „jog gazdasági elmélete” kifejezés némileg leszűkíti Posner jogi vizsgálódásainak spektrumát. Jóllehet, valóban a közgazdasági szemléletmód az, ami meghatározza a jogról alkotott normatív álláspontját, vizsgálódásaiban egy sor más tudományággal is kapcsolatba kerül (például a lélektannal, az ismeretelmélettel, a történettudománnyal).

Posner életműve szinte beláthatatlan terjedelmű. Teljes feldolgozása önmagában heroikus erőfeszítéseket igényelne. A jelen fejtegetések túlnyomórészt két könyvre alapulnak:

---

<sup>16</sup> Scalia 1989a, 852. o.

<sup>17</sup> „[T]he lazy judge who writes a book before breakfast, decides several cases before noon, teaches all afternoon at the Chicago Law School, and performs brain surgery after dinner.” Dworkin 2006, 51. o.

egyik a *Frontiers of Legal Theory* (A jogelmélet határai, 2001), a másik pedig a *How Judges Think* (Ahogy a bírók gondolják, 2008) címet viseli.

A jogi és gazdasági szféra kapcsolatának elemzése legalább Hobbes munkásságára visszavezethető.<sup>18</sup> Mai formájában egyik legkorábbi „hívének” az utilitarista Jeremy Bentham tekinthető.<sup>19</sup> <sup>20</sup> Ő volt az, aki gazdasági alapokra helyezte, és a hasznok és károk összevetésére építette büntetőjog-elméletét. A jog gazdasági elmélete mint öntudatos jogtudományi irányzat azonban csak a XX. század második felében bontakozott ki igazán. Ennek kapcsán két évszámot érdemes megemlíteni: 1958-ban indult útjára a *Journal of Law and Economics* című folyóirat, 1973-ban pedig megjelent Posner *Economic Analysis of Law* (A jog gazdasági elemzése) című könyvének első kiadása. Az irányzat úttörőjeként tartható még számon Ronald Coase, Guido Calabresi és Gary Becker.

Posner nézeteinek alapelemei a következők. Az ember alapvetően racionális lény.<sup>21</sup> Mint ilyen, cselekedjen bármit is, célja, hogy tevékenysége a lehető legnagyobb haszonnal járjon számára. A jog mint embertömegek magatartásának irányítója ugyanezt kell, hogy célozza: a lehető legmagasabb össztársadalmi haszon elérését. E szemléletmód bírói ítélezésben való megjelenése egy egyszerű példával érzékeltethető. Tegyük fel, hogy bekövetkezik egy autóbaleset, és a felek bíróság elé viszik az ügyet. A hagyományos szubsumáló szemlélet követője ilyenkor elővonná a vonatkozó magánjogi törvényhelyet, és megvizsgálná, alkalmazható-e a jelen esetben. A jog gazdasági elméletének híve ezzel

---

<sup>18</sup> Posner 2001, 33. o.

<sup>19</sup> Bentham befolyása a gazdasági jogelméletre vitatott. Erre irányuló elemzésében Posner a befolyás két variációját határozza meg (vö. Posner 2001, 32. o.). 1. Inspirációról (*inspiration*) beszélhetünk, ha A tanait B átveszi és alkalmazza. 2. Az okozatiság (*cause*) viszonya olyan szituációkra vonatkozik, amelyekben B nem alkalmazta volna A tanait, ha az nem létezett volna. Ez utóbbi tehát egy tiszta kauzális viszony, ezzel szemben az inspirációnál elképzelhető, hogy B akkor is kimunkálta volna a szóban forgó tanokat (többé-kevésbé más formában), ha A nem létezett volna. A kettő közti eltérést Posner egy történelmi munkában fellelhető kijelentés logikai buktatójával példázza (Posner 2001, 33. o.). A szóban forgó műben szereplő állítás a következő: ha az asszírok Kr. e. 701-ben elfoglalták volna Jeruzsálemet és a zsidóságot deportálták volna, akkor nem jött volna létre a kereszténység és az iszlám. Posner ezzel szemben azt mondja, hogy az izraelita vallás a kereszténység és az iszlám inspirálója volt. Ez nem egyenlő azzal, hogy okozója volt. A kereszténység és az iszlám eszerint akkor is létrejött volna – lényegében a maihoz hasonló alakban –, ha a zsidóság vallásával együtt megsemmisült volna a történelem forгатagában, ugyanis mindkét későbbi vallás jelentős keresletre szolgált adekvát kínálattal a vallások piacán. Azt, hogy egy történész mennyiben tekintené Posner történettudományi okfejtését egy jogtudós „doktriner túlkapásának”, nem tartom megítélni, a gondolatmenetet a kétféle befolyás különbségének érzékeltetése kedvéért emeltem át. Bentham befolyására visszatérve elmondható, hogy annak kimutatása már pusztán az időtényező miatt is nehézségekbe ütközik, hiszen Bentham 1832-es halála és a gazdasági jogelmélet XX. századi térnyerése között közel másfél évszázad telt el. Később Posner Gary Becker kapcsán említi fel Bentham feltételezhető inspiratív hatását. Vö. Posner 2001, 52. o.

<sup>20</sup> A Bentham és Posner jogelméleti különbségekhez lásd: Tóth 2004.

<sup>21</sup> „A legtöbb gazdasági vizsgálódás ama feltételezés következményeinek feltárásából áll, hogy az emberek a társadalmi érintkezések során racionálisan viselkednek.” („Most economic analysis consists of tracing out the consequences of assuming that people are rational in their social interactions.”) Posner 2001, 35. o.

szemben három dolgot vetne össze: a baleset valószínűségét (P), a kár nagyságát (L) és a kár elkerülésének költségeit a károkozó részéről (B). Ha ez utóbbi kisebb a valószínűség és a kárérték szorzatánál, akkor a károkozó vétkesnek tartható és kártérítésre kötelezhető a károsulttal szemben, mert olcsóbb lett volna megtenni a kár elkerüléséhez szükséges intézkedéseket.<sup>22</sup> Ha azonban a károsult olcsóbban intézkedhetett volna a kár elkerüléséért, akkor a károsult nem követelhet kártérítést. Ez a fajta okfejtés tulajdonképpen nem egyéb, mint a híres fellebbviteli bíróról elnevezett „Learned Hand-formula” gyakorlati alkalmazása. A szándékos károkozásnál annyiban kell módosítani ezt a meglátást, hogy a B-t negatív értékben kell figyelembe venni. Ilyenkor ugyanis a károkozó akaratlagosan fordít költségeket arra, hogy másnak veszteséget okozzon (ahelyett, hogy ezt a ráfordítást megtartotta volna magának).<sup>23</sup>

Már az eddigiekből is látszik, hogy a vázolt gazdasági szemléletmód alapjaiban tér el attól, ahogyan mi tekintünk a jogra. Vegyük például akár csak a magyar kártérítési jogot! A Ptk. 339. § (1) bekezdése a következőt mondja: „Aki másnak jogellenesen kárt okoz, köteles azt megtéríteni.” Ez a rendelkezés, mondhatni, „károsultbarát.” A gazdasági szemlélet ezzel szemben sem a károsultat, sem a károkozót nem emeli ki. „A közgazdász egyik oldalnak sem fogja pártját, csak a hatékonyságot tartja szem előtt.”<sup>24</sup> A jog gazdasági elméletének egyik jótékony hatása Posner szerint, hogy a politikailag kényes jogvitákban is egy semleges mércével szolgál. A másik az, hogy felülemelkedik a szabályozott tárgykör tipikus érdekellentétein (pl. károkozó-károsult, adós-hitelező, stb.).

A jog gazdasági elméletének deskriptív (leíró) és normatív (előíró) aspektusa is van. Az előbbi azt vizsgálja, hogy ténylegesen mennyiben érhető tetten a bírói döntésekben a fent vázolt gazdasági szemlélet. A normatív aspektus pedig a hatékonyság szempontjából elemzi az ítéleteket és a jogszabályokat, és, ahol szükségesnek tűnik, hatékonyabb megoldási javaslatokkal áll elő. Ez utóbbi egy instrumentális szemléletet vall: a jogszabályokban lefektetett jogosultságokat annyiban tekinti értékesnek és védendőnek, amennyiben azok további pozitív társadalmi hatások eszközeiként hasznosulnak.<sup>25</sup> Ennek megfelelően Posner vitába száll azokkal, akik a jogosultságokat valamilyen morálfilozófiai alapon önmagukban való értéknek tekintik. Az instrumentális szemlélet jóval gyümölcsözőbb vizsgálatokat tesz lehetővé, tartja ő, mivel ebben az esetben egy-egy cél (a jogosultsághoz kapcsolódó

---

<sup>22</sup> Posner 2001, 37. o.

<sup>23</sup> Posner 2001, 38. o.

<sup>24</sup> „The economist favors neither side, favors only efficiency.” Posner 2001, 37. o.

<sup>25</sup> Posner 2001, 62. o.

társadalmi előny) már adott, és „csak” az eszközökön kell vitatkozni, míg a morális szemlélettel magán a cél vitatásán se jutnánk túl.

Posner a sajtó- és szólásszabadság, illetve ehhez kapcsolódó döntések elemzésén keresztül mutatja be elméletét (erről szól könyvének *The Speech Market /A szólások piaca/* című második fejezete). Itt a tételezett cél – Oliver Wendell Holmes nyomán, aki szerint egy eszme igaza akkor a legmegalapozottabb, ha jól megállja a helyét az eszmék piacán<sup>26</sup> – az eszmék szabad áramlása. Ezt az állam csak kivételes esetben nyomhatja el, és a bíró dolga mérlegelni, áll-e a szólásszabadsággal szemben olyan nyomós érdek, amely ezt indokolttá teszi. A rengeteg példaként felhozott jogesetből itt csak kettőre utalnék. Az egyik a *Schenck v. United States*-ügy, melyben egy szocialista pártaktivista háborúellenes szórólapokat osztogatott a besorozott újoncoknak, és a besorozás akadályozására buzdította őket. Az eljáró bíróság hat hónapos börtönbüntetésre ítélte a terhelt Charles Schencket, aki végül a Supreme Court-ig vitte az ügyet. A testület, melynek előadó bírója ez ügyben éppen Holmes volt, egyhangúlag fenntartotta a döntést. Holmes indoklása szerint a szólásszabadság korlátozása ezúttal indokolt volt, mivel az Egyesült Államok háborúban állt a cselekmény idején (Holmes a „közvetlen és jelenlevő veszély” formulájával támasztotta alá döntését). A másik példa az *Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*-ügy. Egy köztulajdonban álló televíziós csatorna a körzeti választás elnökjelöltjeinek vitáját kívánta műsorra tűzni, úgy, hogy minden résztvevő egyenlő beszékidőt kap. A szerkesztők azonban dilemma elé kerültek. Összesen tíz jelölt kívánt szerepelni az adásban, akikből azonban csak kettő volt vezető pártok jelöltje, a többieket elenyésző támogatottságú pártok jelölték. Ha mind a tíz szereplési lehetőséget kap, a valódi tényezőnek számító pártok jelöltjei – akikre nyilván több ember kíváncsi – egy kategóriába esnek a rétegpártok csekély érdeklődést kiváltó jelöltjeivel. Ha azonban csak a két tömeges támogatottságú jelölt kap meghívást, a többiek méltán kifogásolhatják, amiért nem fejthetik ki nézeteiket. A szerkesztőség az utóbbi megoldás mellett döntött. Ralph Forbes, az egyik elutasított jelölt bíróság elé vitte az ügyet. Az elsőfokú bíróság a szerkesztőségnek adott igazat. A másodfokú bíróság ezt elvetette, a Supreme Court viszont újból megerősítette. Posner indokoltnak látja a Supreme Court döntését. A valódi tényezőként számba vehető jelöltek hosszabb műsoridő mellett való vitája termékenyebbnek ígérkezik, mert a társadalom számottevő többségét érintő ügyek kerülnek alaposabb megvitatásra. Annyit mindazonáltal még érdemes hozzátenni a fentiekhez, hogy a

---

<sup>26</sup> Posner 2001, 65-66. o.



szólásszabadság kapcsán a károk és hasznok igencsak bizonytalanok, és ezt Posner maga sem tagadja.<sup>27</sup>

### 3.2. A bíró szerepe

A tanulmány szorosán vett témáját tulajdonképpen már az előző szakaszban érintettük, hiszen a jog gazdasági elméletének normatív aspektusa lényegében erre hivatott választ adni. A területi korlátok miatt a vizsgálódást a legfontosabbnak tartott megállapításokra igyekszem korlátozni.

Posner kiindulópontja az, hogy a bírák olyanok, mint bármely más, munkáját végző ember. Nem valamiféle „intellektuális óriások”,<sup>28</sup> mint Dworkin Herkulese, ugyanakkor semmivel nem is rosszabb képességűek elődeiknél.<sup>29</sup> Posner alapvetésként kezeli azt is, hogy a hagyományos értelemben vett joganyag (jogszabálysövegek, precedensek) nem alkalmas minden döntésre váró jogvita kétség nélkül való megválaszolására. A bírák több-kevesebb döntési szabadsággal rendelkeznek.<sup>30</sup> Ez a szabadság azonban nem önkéntes, hanem a joganyag korlátozott hatékonyságából eredő.

Posner kétféle jogszemléletet különít el: a legalizmust és a pragmatizmust.<sup>31</sup> Az előbbi szerint a jog egy, a politikától független terület: a szabályok, jogok, alapelvek birodalma. Az utóbbi tulajdonképpen a következményekben való gondolkodás. A legalizmus eszköztárát a pontos jogszabályok illetve lazább standardek, a precedensek, illetve ezek analógia vagy megszorító értelmezés útján való alkalmazásai jelentik. A pragmatizmus ehhez képest a kiterjesztő, laza értelmezés megfelelője. A kétféle megközelítés tulajdonképpen nem egymás antagonistikus ellentéte. A különbség inkább úgy ragadható meg, hogy míg a legalizmus bizonyos eszközök minden körülmények között való alkalmazását vallja, addig a pragmatizmus módszerei a körülmények függvényei. A pragmatista számára a jogszabályokhoz, precedensekhez való ragaszkodás csak egy hasznos eszköz a sok közül, amikor valamely körülmény mást nem követel. A jó pragmatista mintegy a jogalkotó „segítő keze”, szabad jogértelmezéssel segíti a jogalkotói akarat megvalósulását. Ehhez elfogadja azt

---

<sup>27</sup> Posner 2001, 73. o.

<sup>28</sup> Posner 2008, 7. o.

<sup>29</sup> Posner 2001, 162. o. A megállapítást Posner a jelenkor és a múlt nagy jogászaik kapcsán teszi meg, de vonatkoztatható a hétköznapi bíróra is. Ugyanitt teszi hozzá azt, hogy ha a mai jogászok alkalmatlanabbak is lennének elődeiknél, még mindig ők azok, akik a *jelenkor* problémáival tisztában vannak, ezért is hiú ábránd a régmúlt „jogi aranykora” utáni sóvárgás.

<sup>30</sup> A korlátok erősebbek az alsóbb szinteken, mint a Supreme Court-nál, melynek leghatásosabb fékje a közvélemény politikai nyomása. Vö. Posner 2008, 14. o.

a vélelmet, hogy a megalkotott jogszabály egyetlen elme terméke, egyetlen kollektív akarat tükrözője. Mi több, ez egyenesen szükséges az értelmezés folyamatához.

A legalisták ezzel szemben hátráltathatják a jogalkotói akarat megvalósulását, és nem is zavartatják magukat emiatt, inkább üdvözlik a tényt.<sup>32</sup> Annak ellenére van ez így, hogy a jogalkotó kapacitása sem végtelen, és a rosszul, célszerűtlenül alkalmazott jogszabályok módosítása csak többletterhet jelent számára. Márpedig, ha a szöveghez tapadás is megnehezíti a jogalkotó dolgát, akkor milyen alapon emeljük azt a lazább értelmezés fölé, amely legalább megkísérli a jogot az új igényekhez igazítani? Semmi sem indokolja, hogy a bírák minden körülmények között, ha török, ha szakad, legalista hozzáállást tanúsítsanak ítélkező tevékenységük folyamán. A törvénytiszteletet<sup>33</sup> és a törvénytől való elszakadást egyaránt indokolhatják a történelmi körülmények. Bizonyos esetekben a törvényszöveg átalakítása vagy egy precedenstől való eltérés olyan nagy tranzakciós költségekkel járna, hogy gazdaságosabb az eredeti jelentés mellett maradni; ez az eset áll fenn például akkor, ha információhiány következtében a bíró nem látja át, milyen irányba volna érdemes alakítani a jogot.<sup>34</sup> Gazdaságos lehet ez a megoldás a túlzásba vitt bírói aktivizmus megfékezése okán is.<sup>35</sup> Máskor viszont, amikor a társadalmi igény megvan hozzá, az esetleges tranzakciós költségeknél nagyobb a változtatással járó haszon.

Talán már a fentiekből is kitűnik, hogy a pragmatizmus és a legalizmus – melyet legmarkánsabban az Antonin Scalia fémjelezte textualizmus képvisel – között olyan mély konceptuális ellentét feszül, amely értékválasztás nélkül nem oldható fel. A pragmatizmus – s így Posner – a gyakorlati hasznosságot tartja szem előtt, nem ismer önmagában való értékeket. A textualizmus – hogy most csak erre az irányzatra szűkítsük a kört – alapértéke és kiindulópontja a demokrácia. A demokrata<sup>36</sup> bíró nem vindikál magának jogalkotói hatáskört. A *common law*, a bírói jogalkotás ideje lejárt, ez a minta nem egyeztethető össze egy

---

<sup>31</sup> Posner 2008, 175. o.

<sup>32</sup> Posner 2008, 196. o. A „legkeményvonalasabbjai” még Blackstone-t is kárhoztatják, amiért a Pufendorf által meghivatkozott bolognai statútumot, mely szerint a legsúlyosabb büntetéssel kell sújtani bárkit, aki az utcán vért ont, nem vélte alkalmazhatónak arra a borbélyra, aki a gutaütés miatt összeesett emberen érvágást alkalmaz. Vö. Posner 2008, 199. o.

<sup>33</sup> Mely alatt most a legalista (különösen a textualista) változatot értem, vagyis a jogszabály szövegének nyilvánvaló értelem alapján való, szűkítő jellegű értelmezését. Hiszen Posner sem a jogszabályok semmibe vételére buzdít, hanem azok ésszerű, hatékony alkalmazására, mely néha a szigorú jelentéstől való eltávolodást igényli.

<sup>34</sup> Posner 2001, 158. o.

<sup>35</sup> Posner 2001, 162. o.

<sup>36</sup> Talán mondani sem kell, hogy a klasszikus demokráciafelfogások többségi elvét szem előtt tartó, és nem a liberalizmus és a szociáldemokrácia elemeit vegyítő, a 2008-as amerikai elnökválasztásokat megnyerő tömegpárt nézeteit helyeslő bíróról van szó.

hatalommegosztással működő demokráciával.<sup>37</sup> Itt tehát szembenáll velünk egy olyan érték – vagy legalábbis megváltoztathatatlan, adott környezet –, amely bizonyos irányokba áthághatatlan korlátokat szab – vagy legalábbis olyanokat, amelyek átlépése a demokrácia eltűnésével fenyeget. Egy több évtizedes, minden megkötést levetkőző alapjogi aktivizmus, majd egy kezelhetetlenné vált szándékkutatói mozgalmat követően Scalia aggályai érthetőek, s ebből a szempontból ellenreakciónak is tekinthetők. Posner azonban ettől függetlenül nem fogadja el az önmagában való alapérték tételezését. Szerinte a piaci szemlélet jogba vitele kedvező hatásokhoz vezet majd, az aktivista túlkapások ellen pedig a pragmatista szemlélet nyújthat védelmet, amint arra fent is utaltunk.

Fentebb szóba került a bíróságok információhiánya. Két kérdéskör kapcsolható ehhez: a bírák életkora, illetve a bíróságok és a jogalkotó szervek hasonlóságai, különbségei. Mivel mindkettő érinti a bírák alkalmasságát speciális szerepük ellátására, ezért érdemesnek tartom megemlíteni őket.

Posner a *How Judges Think* ötödik fejezetében a következő bírótípusokat különíti el: választottbíró („*arbitrator*”, vagyis a felek által választott bíró, az alternatív vitamegoldások egy kedvelt személye), karrierbíró („*career judge*”), választott bíró („*elected judge*”, demokratikus választásokkal hivatalba kerülő bíró, mely az Egyesült Államok államainak többségét jellemzi), szövetségi elsőfokú bíró, szövetségi másodfokú bíró és a Supreme Court bíróját. A jelen vizsgálódás szempontjából csak a karrierbírók és az Egyesült Államok (elsősorban szövetségi) bíráinak eltérései érdekelnek minket. A karrierbírói rendszer az európai kontinens markáns jellegzetessége. A bírónak készülő jogászok az egyetemről kikerülve (jó esetben) egyből egy bírósághoz kerülnek, és hétköznapi esetben ott is dolgoznak visszavonulásukig. Előléptetésük legfőbb mércéje a sikeres fellebbezések csekély száma. A bírói szervezet egyfajta bürokratikus rendszerhez hasonlít. Az alkalmatlanok kiszűrésének egyik jellemző módszere a diploma minősítésének vizsgálata. A jó eredmények persze egyúttal azt is jelent(het)ik, hogy az új alkalmazott jól elsajátította az egyetemi oktatást átható legalista szemléletet. Munkájában azonban ez nem akadály, az alapos jogági kódexek alkalmazása inkább igényel logikai készségeket, mint élettapasztalatot, a fiatal bírók pedig értelemszerűen inkább az előbbivel rendelkeznek.<sup>38</sup> <sup>39</sup> Az amerikai szövetségi bírák kinevezése negyven-ötvenéves korukban történik, tehát azután, hogy évtizedes munka- és

---

<sup>37</sup> Scalia 1997, 10. o.

<sup>38</sup> Posner 2001, 165. o.

<sup>39</sup> Igaz, így éppen a legértelmesebbje lesz az, aki várhatóan felismeri a legalizmus korlátait, és hajlamossá válik elvetni azt. Vö. Posner 2008, 131. o.

élettapasztalatra tettek szert. Ez a tapasztalat alkalmasabbá teszi őket az „alkalmi jogalkotó” szerepére,<sup>40</sup> melyet jórészt a fellebbviteli bírák, és különösen a Supreme Court bírái töltenek be, az elsőfokon eljáró kerületi bírák – részben az ügyteher, a fellebbezések elkerülése és a kreatív jogalkalmazás jutalmának elenyésző esélye okán – kevésbé. A fellebbviteli bírák ráadásul – a csekélyebb ügyteher mellett – csak a jogkérdésekre összpontosítják figyelmüket, és az enyhébb kontrollnak köszönhetően megtehetik, hogy a számukra jelentős ügyeket személyes preferenciáiknak megfelelően döntsék el.<sup>41</sup> Érdeemes még említést tenni az amerikai szövetségi bírók lehetséges motivációiról is, melyek a Posner által nekik tulajdonított jogalkotói szereppel kapcsolatba hozhatók. A szövetségi bírók fizetése a többi jogász szakmához viszonyítva alacsony, és az előmenetel lehetősége is csekély.<sup>42</sup> Ami a bírókat motiválhatja, az a biztos pozíció – csak súlyos vétség esetén mozdíthatók el hivatalukból –, a viszonylag sok szabadidő, a bírói munka egészének (eljárási rend, jogi érvelés, döntések megindoklása, stb.) szeretete, a hatalom birtoklása, végül – és ez a legfontosabb – a társadalom alakításának lehetősége.<sup>43</sup>

A saját élettapasztalat mellett Posner üdvösnek látná, ha a bírák „nagyobb érdeklődést mutatnának a tények iránt”, tekintettel arra, hogy „ebben rendszerben a bírók ugyanúgy lesznek jogalkotók, mint ahogy jogalkalmazók is.”<sup>44</sup> Itt nem a konkrét eset tényeire gondol, hanem azon átfogó társadalmi tényekre, melyek a jogalkotói döntéseket is befolyásolják. Az egyéni élettapasztalaton túl két olyan tényezőt jelöl meg, amelyek segítenek ezek elsajátításában: a társadalomtudományos alapokon nyugvó jogászképzés<sup>45</sup> és az ügyvédek általi tényszolgáltatás.<sup>46</sup>

Az életkor és a tapasztalat taglalásánál érdemes egy pár szót ejteni az intuíció és az érzelmek szerepéről a bírói döntésben. A jogász közfelfogás ezeket a tényezőket nemkívánatosnak tartja az ítékezésben, és a jogrendszer egyik legnagyobb erényeként értékeli az intuíció és az érzelmek mint személyes, irracionális hatások kizárását. Posner nem ennyire eleve elutasító. A többségi felfogással szemben ő azt vallja, hogy nem az érzelem töltet önmagában, hanem a túl sok vagy nem megfelelő érzelem vezet rossz

---

<sup>40</sup> Posner 2008, 161. o.

<sup>41</sup> Posner 2008, 143. o. A szövetségi körzeti bíróságok politikai preferenciáinak érvényesítéséhez lásd Cass Sunstein és gyakorló jogász kutatótársai közös munkáját: Sunstein et al. 2006.

<sup>42</sup> Itt elsősorban a kerületi bíróságról a körzeti (szövetségi másodfokú) bíróságokra történő előrelépés emelhető ki, továbbá – nyilván kisebb eséllyel – a Supreme Court-ba való bekerülés, valamint a Supreme Court-előknökké (*Chief Justice*) való kinevezés a „sima” Supreme Court-bírói státuszról (*Associate Justice*).

<sup>43</sup> Posner 2006, 1056. o., Posner 2008, 166-169. o.

<sup>44</sup> „Since judges in our system are going to be legislators as well as adjudicators, they ought to take a greater interest in facts.” Posner 2006, 1066. o.

<sup>45</sup> Pokol 2005, 394. o.

döntésekhez.<sup>47</sup> Az érzelem is a gondolat egyik formája, mert a valóságból érkező információkra ad – gyakran racionális – feleletet (például ha valakinek a gyereke az úttesten áll, valószínűleg habozás nélkül utánvetődik és elrántja onnét, anélkül, hogy behatóbb helyzetértékelést végezne – és ezt a magatartást a legtöbb ember feltehetően ésszerűnek tartja).<sup>48</sup> A megérzéseket valós tapasztalatok táplálják, melyek a korral értelemszerűen gyarapodnak.<sup>49</sup> Az eljáró bíró érzelmei nem iktathatók ki, és ha egy ügyet nem lehet pusztán a jogszabályok alapján eldönteni, akkor a bíró a megérzéseire fog hallgatni, mert ezek segítik a gyorsabb döntéshozatalban. Ez rendjén is van, mi több, elkerülhetetlen, de csak egy bizonyos mértékig.<sup>50</sup> Bizonyos érzelmek – például a harag, az undor, a felháborodás, a szeretet – eltorzíthatják a döntést, ezért félretételük – amennyire lehetséges - helyénvaló.<sup>51</sup> Az empátia ellenben egy fontos bírói tulajdonság. Ennek segítségével a bíró képes átlátni – nem átélni! – azok helyzetét is, akik a tárgyaláson nem jelentek meg, és ezáltal is helyesebb döntés születik.<sup>52</sup>

Az Egyesült Államok legmagasabb szintű bírói fóruma a Supreme Court, mely egyúttal a legszélesebb körű jogalakító kapacitással is rendelkezik. A Supreme Court a XX. század folyamán látványosan megvált egyszerű fellebbvitelifórum-szerepétől: csak kevés, de átfogó jelentőségű (és sokszor nagy közérdeklődéssel kísért) ügyet tárgyal érdemben, további várható esetek százaiban nyújtva ezzel útmutatást. Egyes nézetek szerint bizonyos tulajdonságai alkalmasabbá is teszik ezt a fórumot a jogalkotó tevékenységre. A főbírák életre szóló megbízatása lehetővé teszi számukra, hogy felülemelkedjenek a politikai fennmaradásért vívott pártharcokon, és egy jótékony hatású távolságból hozzanak döntéseket.<sup>53</sup> Ez az emelkedettség az emberek szemében is vonzóbbá teheti őket. Ezt az előnyt azonban ellensúlyozza a társadalmi reprezentativitás hiánya: általában gazdag felső középosztálybeliek kerülnek ebbe a pozícióba, s ez leszűkíti látóterüket. Problémát jelent a társadalmi problémák ismeretének végessége: míg a választott képviselőket kiterjedt személyzet segíti a társadalomról való információgyűjtésben, addig a főbírókra ez nem igaz. Mindemelllett a Supreme Court-nak nincs is elegendő hatalma döntései kikényszerítésére: nincs kapacitása az útmutatásaival ellenkező jogi és nem jogi gyakorlat figyelésére és

---

<sup>46</sup> Posner 2006, 1066-1067. o.

<sup>47</sup> Posner 2001, 228. o.

<sup>48</sup> Posner 2006, 1063. o.

<sup>49</sup> Posner 2008, 107-109. o.

<sup>50</sup> Posner 2001, 242. o.

<sup>51</sup> Posner 2001, 241. o.

<sup>52</sup> Posner 2001, 243. o.

<sup>53</sup> Posner 2008, 305. o.

kiiktatására. A jogalkotó is súlyosan keresztülhúzhatja a Supreme Court döntéseit. Így például az 1960-as években a Supreme Court megerősítette a büntetőügyek terheltjeinek jogait. Válaszképpen számos állam jogalkotója szigorított a büntetési tételeken.<sup>54</sup> Talán kevesebb ártatlan embert ítéltek el, de ők súlyosabb büntetéssel számolhattak. A hatékonyság szempontjából ez nem kielégítő.

Posner nem kívánja, hogy a Supreme Court és a bíróságok unos-untalan keresztbe tegyenek a jogalkotónak. „A bírók feltakarítanak a jogalkotó után, ami helyénvaló, bizonyos értelemben még demokratikus is.”<sup>55</sup> A szöveg bizonytalanságait legkésőbb azok végső konkretizálója, a bíró kénytelen feloldani. Ez azonban nem történhet minden ok nélkül, pusztán politikai indíttatásból. A kulcsszó a „társadalmi kísérlet” („*social experiment*”).<sup>56</sup> A jogalkotó kvázi „kísérletezik”, amikor egy problémára új szabályozást alkot. Posner pozitív példaként idézi a 2002-es *Zelman v. Simmons-Harris*-döntést, mely bár szükségképpen politikai színezetet kapott, egyúttal pragmatikus is volt. Ohio állam törvényhozása kidolgozott egy tervet, melynek keretében magániskolákra fordítható utalványokat adtak a szülőknek. A cél az iskolák részéről az oktatás minőségét javító beruházások előmozdítása volt. Ellenzői azonban a katolicizmus burkolt állami támogatását látták a projektben, mivel a magániskolák számottevő többsége a katolikus egyházhoz tartozott. A Supreme Court azonban végül nem fogadta el ezt az érvet, és nem szabott gátat az ohioi projektnek. Posner helyesli a döntést, mivel a tanulókért (és a pénzért) való versengés az iskolák között várhatóan kedvező hatással bír majd az oktatás minőségére. Ezt azonban csak akkor tudjuk biztosan, ha látjuk az eredményt – a projekt befagyasztásával pedig erre sosem kerülhetett volna sor. Minden társadalmi kísérlet „megérdemel egy esélyt.”

### 3.3. Posner értékelése

Az Egyesült Államokban, mint láttuk, a jogalkalmazást is erősen áthatja a politika.<sup>57</sup> Posner jogelmélete egy heroikus kísérlet arra, hogy egy olyan módszert adjon a bírák kezébe, amely nem nézi egyik pereskedő fél, egyik esetlegesen érintett politikai oldal érdekeit sem,

---

<sup>54</sup> Posner 2008, 306. o.

<sup>55</sup> Judges clean up after legislators, which is fine, and even in a sense democratic.” Posner 2008, 337. o.

<sup>56</sup> Posner 208, 312. o.

<sup>57</sup> Ezzel azonban semmiképpen sem akarom a Critical Legal Studies fennem hangoztatott tételét ismételtetni, miszerint „a jog = politika.” Éppen Posner hívja rá fel a figyelmet, hogy rengeteg „könnyű eset” van, amelyek kimenetele könnyen megjósolható a jogszabályok ismeretében, és a bírók politikai elfogultsága nem játszik szerepet. A CLS hívei ezeket figyelmen kívül hagyják, és a kisebb számú, bizonytalan kimenetelű „nehéz esetre” összpontosítanak. Lásd Posner 1993, 154. o., Pokol 2005, 391. o.

hanem egy ezek fölött álló cél: a hatékonyság követését írja elő. Különösen polgári jogi ügyekben ez a szemléletmód kétségtelenül gyümölcsöző is lehet. A büntetőjogi alkalmazás azonban, úgy vélem, felszínre hozhat bizonyos kétségeket az elmélet megbízhatósága kapcsán.<sup>58</sup> Felvetésem egy, a *How Judges Think*-ben tett utalás kapcsán merült föl.<sup>59</sup> Posner utal egy konferencián elhangzott véleményre, mely párhuzamba állítja a vélt terroristák kínzását és a jogos védelmet. A jog gazdasági elméletének követője szemével akár ésszerű is lehet ez az eljárás, hiszen néhány ember fájdalma még mindig „olcsóbb”, mint az, hogy esetleg több százan haljanak meg egy esetleges terrortámadás következtében. Felvetésem ezzel kissé túl is terjeszkedik a jogelmélet határain. Míg az, aki kívülről szemléli az Egyesült Államok politikáját, könnyebben ítéli az országot agresszornak, s ezáltal az azt fenyegető „terroristákkal” is könnyebben azonosul,<sup>60</sup> addig az Egyesült Államok polgára nagyobb eséllyel tekinti saját országát a „jónak”, a „védelmi helyzetben levőnek.” A fenti gazdasági értékeléssel az utóbbi személy valószínűleg könnyebben azonosul (míg a kívülálló esetleg gazdaságosabbnak vélné az „agresszív hadviselés” megszüntetését). Ebből viszont az következik, hogy, amennyiben a hatékonyságot nem pusztán anyagi haszonnal mérjük – márpedig a Posner-féle gazdasági elmélettel ez a helyzet –, a hatékonyság megítélése vitathatóvá válik.<sup>61</sup> A közvélemény alkalmas kitöltője lehet ennek az űrnek (hiszen az emberek többségének elégedettsége kétségkívül rendkívül hasznos a társadalomnak), a plurális társadalmakban azonban (vagyis gyakorlatilag „Nyugaton”) nem beszélhetünk egységes közvéleményről. Ez jelentős mértékben erejét veszi Posner elképzeléseinek. A másik lehetőség az elmélet visszametszése a pénzügyi dimenzióra, ám ez nyilvánvalóan életidegen lenne, és leszűkítené az elmélet alkalmazhatósági körét.

Szintén kérdőjelekkel illethető Posner azon javaslata, hogy bővíteni kéne a bírák társadalomtudományi ismereteit. Első hallásra ez az ötlet kifejezetten vonzónak tűnhet, hiszen, tekintettel arra, hogy a bíró által megítélt magatartás sokszor meghatározó társadalmi körülmények eredménye – ez különösen a büntetőjogra jellemző –, az ok helyes ismeretében könnyebben hozható az össztársadalmi jólétet előmozdító döntés. Semmi esetre sem hagyható azonban figyelmen kívül az a tény, hogy a társadalomtudományok egy meglehetősen képlékeny területét képezik a tudománynak. Ennek érzékeltetésére elég csak az *amicus curiae*

---

<sup>58</sup> Posner büntetőjogi koncepciójára lásd pl.: Pokol 2007.

<sup>59</sup> Posner 2008, 181. o.

<sup>60</sup> Ha büntetőjogi fogalmakkal kívánunk élni, akkor ezen emberek szerint a „sértetti provokáció” esete áll fenn.

<sup>61</sup> Gondoljuk csak tovább az *AETC*-ügyet! Mi van akkor, ha az emberek jelentős része hatékonyabbnak gondolja több jelölt kevesebb ideig való szereplését, hiszen a társadalom problémáira így több megoldási lehetőség merül fel? A „hatékony” megoldás ebben az esetben már nem olyan egyértelmű.

*brief*-ek amerikai gyakorlatára hivatkozni: ezekben a beadványokban a társadalomtudományok segítségével próbálják meg alátámasztani *az egyik fél igazát*. De ha csak hazánkban nézünk körül, akkor is azt vehetjük észre, hogy többé-kevésbé minden politikai oldalnak megvannak a maga szociológusai, politológusai, stb. Mindez erősen megkérdőjelezi az ilyen jellegű ismeretek objektivitását, megbízhatóságát, és megteremti annak veszélyét, hogy a bírák nem az osztársadalom valós jólétét szolgáló döntéseket hoznak, hanem olyanokat, amelyek egy, akár szűk társadalmi csoport érdekét mozdítják elő – az osztársadalmi jólét leple alatt.<sup>62</sup> Nem mintha az amerikai egyetemek nem volnának amúgy is kellőképpen átpolitizálva.<sup>63</sup>

E helyütt érdemes említést tenni Posner azon megállapításáról, hogy jelenleg a bírók kifejezetten számítanak az ügyvédek segítségére a vitás ügy tényeinek meghatározásában.<sup>64</sup> Mivel kevés idejük van egy-egy ügygel foglalkozni, nagyban rá vannak utalva az ügyvédek által szolgáltatott információkra a valós tényállás és a döntés várható következményei kapcsán. Ennek az osztársadalmi jólétet szolgáló jellege kapcsán felmerülhetnek bizonyos aggályok, hiszen az ügyvéd célja az ügyfél, és nem a társadalom „jólétének” biztosítása – a kettő pedig nyilván nem mindig esik egybe.

Hasonló problémák merülnek fel a szakértő alkalmazásánál is – vagyis hogy „bérelt fegyverek” („*hired guns*”) lesznek valamelyik oldalon. Az ügyvédek nyilvánvalóan a hajlítható, sokféleképpen megválaszolható kérdéseknél bérelnek fel szakértőket. A szakértő alkalmazásának másik problémája az, hogy a szakzsargon alkalmas a bírák vagy az esküdtek félrevezetésére: még ha gyakorlatilag sarokba is lettek szorítva a másik oldal részéről, képesek ezt aényt leplezni azáltal, hogy a laikusok számára érthetetlen nyelvezetet használnak.<sup>65</sup> Posner felsorolja azokat a tényezőket, amelyek ezeket a hatásokat enyhítik. A második kifogás ellen az vethető fel, hogy a szakértőnek is érdeke érthetően előadni

---

<sup>62</sup> Ha másra nem is, gondoljunk csak Duncan Kennedy megállapításaira az ideológiák uniformizáló természetéről, valamint az objektív valóság megállapítására irányuló szókratészi párbeszéd lehetetlenségéről! Vö. Kennedy 1997, 41-44. o.

<sup>63</sup> Egy viszonylag friss példaként érdemes utalni a *Forum for Academic and Institutional Rights* (Egyetemi és Intézményi Jogok Fóruma, a továbbiakban FAIR) létrehozását a Harvard jogi karán. A jogi oktatókból álló szervezet a végből jött létre, hogy megtámadják egy jogszabály alkotmányellenességét, amely az állami támogatások megvonását rendelte el mindazon felsőoktatási intézményektől, amelyek bármely részlege akadályozza a hadsereg részére a hallgatóik közül való toborzást, ha az más munkáltató részére megengedett. A rendelkezés érzékeny pontját az adta, hogy a homoszexuálisok megítélése a hadseregben az ún. „*don't ask, don't tell*” elv mentén történt, vagyis a homoszexualitás önmagában nem volt kizáró ok a hadseregből, de az ilyen jellegű megnyilvánulás már igen. Az egyetemi oktatók kifogásolták, hogy a jogszabály értelmében – ha nem akarnak elesni a támogatásoktól – el kell hallgatniuk a diszkriminációval szembeni ellenérzésüket. Vö. Posner 2008, 221-229. o.

<sup>64</sup> Posner 2008, 220. o.

<sup>65</sup> Posner 2001, 401. o.



mondanivalóját, hiszen laikus emberek meggyőzése a célja.<sup>66</sup> Az első kifogással szemben öt felvetés merült fel.<sup>67</sup>

1. A szakértő célja, hogy többször is alkalmazzák – nyilván érdeke, hogy mások tisztességesnek tartsák. Ez indokolja tudósi hírneve is.

2. Kínos helyzetbe kerülne a szakértő, ha olyan véleményt adna elő, ami ellentétes a publikációiban megjelent állásponttal, vagy olyan témában nyilatkozik, amelyről egyébként nem publikált.

3. A tárgyalás előtt a bemutatott bizonyítékokat rendkívül alapos vizsgálatnak vetik alá. Ez arra ösztönzi a szakértőket, hogy tudományosan jól megalapozott szakvéleményeket nyújtsanak be.

4. A szakértőnek meg kell felelnie az adott szakág tudományos szabványainak.

5. Az internetes kommunikáció révén ha egy szakértő hibázik, az gyorsan elterjed a bírók körében, akik innentől kezdve kevésbé veszik őt komolyan.

Dworkin Posner szemére veti, hogy – a morálfilozófiai elméletek elleni minden támadása ellenére, sőt, talán éppen ezek leple alatt – egy sajátos, nem instrumentális morálfilozófiai szemléletet érvényesít.<sup>68</sup> Ez egyfajta darwinizmus, ennek folyománya Posner relativizmusa, mely szerint az erkölcsi nézeteket mint természetes folyamatokat nem szabad gátolni, hiszen ezek is egy folytonos természetes szelekción mennek keresztül, hogy aztán a legerősebb, vagyis az emberiség javát leginkább szolgáló maradjon talpon.<sup>69</sup> Úgy véli, ez a látens értékrend teszi érthetővé, miért engedné az „elit” bírónak, hogy gátat szabjanak az olyan megoldásoknak, amelyeket nem bírnak „megemészteni.”<sup>70</sup> A *Frontiers of Legal Theory* és a *How Judges Think* alapján én úgy látom, Dworkin vádja eltúlzott: Posner e munkák alapján nem egy önkényeskedő bírói kar mellett áll.

Végül megemlíthető Robin West kritikája. West abszolút morális alapon kritizálja Posnert, kifogásolja nála többek között a csecsemőkereskedelem és a prostitúció legitim üzletként való felfogását,<sup>71</sup> valamint a családon belüli (feleség elleni) erőszak állami megakadályozásának ellenzését azon az alapon, hogy a nőnek mindig van választása.<sup>72</sup> West két nézet ütközésére (és helytelenségére) hívja fel a figyelmet Posnernél. Az egyik (a korábbi)

---

<sup>66</sup> Posner 2001, 404. o.

<sup>67</sup> Posner 2001, 402-404. o.

<sup>68</sup> Dworkin 2006, 75. o.

<sup>69</sup> Dworkin 2006, 92. o. Egyébként Dworkin könyvében a Posnert elemző fejezetnek már a címe is igen informatív: *Darwin's New Bulldog* (Darwin új bulldogja).

<sup>70</sup> Dworkin 2006, 93. o.

<sup>71</sup> West 1986, 1449. o.

<sup>72</sup> Ld. uo.

szerint az emberek minden helyzetben racionálisan mérlegelnek, és ezért nem avatkozhat be ügyleteikbe az állam. A másik (a későbbi) már nem foglalkozik a motivációval, egyszerűen fogalmilag rossznak tekinti az állami beavatkozást.

#### 4. Antonin Scalia és a textualizmus

A textualizmus fellépésének és a XX. század utolsó évtizedeiben elért népszerűségének megértéséhez érdemes egy pár bekezdés erejéig az azt megelőző jogfelfogásokról is említést tenni, amelyek befolyással bírtak a bíróságok és a Supreme Court ítélkezési gyakorlatára. Az okok és okozatok láncolata természetesen a jóval távolibb múltba is visszavezethető, én azonban most – már csak a helyszűke miatt is – az 1950-es éveknél meghúzom a határt.

##### 4.1. Egy ellenreakció előzményei

1954-ben, egy évvel azután, hogy Dwight Eisenhower elnök jelölése nyomán Earl Warren a Supreme Court elnökévé nevezték ki (aki aztán 1969-ig töltötte be posztját), a Supreme Court kimondta, hogy az 1896-os *Plessy v. Ferguson*-döntésben lefektetett „*separate but equal*” (a kifejezés jelentése kb. „elkülönítve, de egyenlően”) elv érvényét veszti, az amerikai feketék intézményes elkülönítése önmagában egyenlőtlenséget valósít meg, így ez a gyakorlat sérti a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésnek a mindenki részére kijáró „egyenlő törvényi védelemről” („*equal protection of the laws*”)<sup>73</sup> szóló rendelkezését, és fel kell számolni. A *Brown v. Board of Education*-ügyben hozott híres döntés nem csak a feketék egyenjogúsítási törekvéseiben játszott kimagasló szerepet, de a jogbölcselet számára is témát szolgáltat mind a mai napig. Az ügy előadó bírója maga Warren volt. Az indoklás központi elemét képezi egy „nem jogi” gondolatmenet: az iskolai elkülönítés kisebbségi érzést kelt az ott tanuló kisebbségi gyerekekben, akik persze ettől rosszabbul teljesítenek majd további életükben is, versenyhátrányba kerülnek, s egyenlőségük „nevetséges illúzió”<sup>74</sup> marad. A megállapítás nem áll rendíthetetlen alapokon, még csak nem is jogi kérdés, mi játszódik le a fekete gyerekekben egy elkülönítésen és egy nem elkülönítésen alapuló oktatási

---

<sup>73</sup> A Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés első szakaszának vonatkozó része így szól pontosan: „Egyetlen Állam sem ... tagadhatja meg egyetlen, joghatósága alá tartozó személytől sem az egyenlő törvényi védelmet” („No State shall ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”).

<sup>74</sup> Howard Phillips Lovecraft: Randolph Carter vallomása, in: Howard Phillips Lovecraft összes művei, első kötet, Szukits kiadó, 2008, 245. o. (ford.: Kornya Zsolt)

rendszerben.<sup>75</sup> A Supreme Court mégis döntött. Ezzel nem pusztán „egy eset” végére tett pontot, hanem látványosan kiállt egy politikai irányvonal, egy értékrend mellett.<sup>76</sup> A *Brown*-döntést hasonló ítéletek sora követte, melyek rendkívül kiterjesztő módon értelmezték az amerikai Alkotmány szövegét – olykor még a jelentős társadalmi többségi akarat ellenében is.<sup>77</sup> Ezen alapjogi aktivista szerepvállalás számos hátulütőjére mutattak rá: a bíró is csak ember, értékei nem magasabbrendűek a képviselőkénel; a bíró is csak a saját értékrendjét képviseli, márpedig a Kongresszus 535 tagjának értékelése objektívebb 9 Supreme Court-bíráénál; egy kisszámú testület értékvilágának ráerőltetése egy pluralista társadalomra; a bíró politikai döntése nem biztos, hogy hatékonyabb a Kongresszusénál; a Supreme Court döntései nehezen bírálhatók felül, hiszen az önellentmondáshoz vezetne.<sup>78</sup> És mindemellett természetesen nem hanyagolható el az a súlyos jogbizonytalanság sem, amit egy ilyen elszabadult jogalkalmazás (avagy -alkotás) eredményez.

A Warren-, majd az azt követő Burger-bíróság fékevesztett aktivizmusa hívta életre az 1970-es években az originalista iskolát. Az originalisták azt tartották, hogy a bírót köti a jogalkotó szándéka, ezt kell figyelembe vennie a többértelmű törvényhelyek jelentésének konkretizálásánál, és nem teheti meg, hogy különféle magasröptű gondolatmenetekkel nem létező alapjogokat iktat a jogrendszerbe – azaz tulajdonképpen jogot alkot. Az originalizmus két irányzatra bomlik.<sup>79</sup> a purpozivizmus a jogszabály objektív célját tartja követendőnek,

<sup>75</sup> Felhozható például az az ellenérv, hogy a fekete gyerekek éppen azért érzik magukat alsóbbrendűnek, mert egy tőlük idegen közegben kell tanulniuk, ahol – ebben a korban teljesen természetes módon – a többségtől való nyilvánvaló elütésük okán könnyen a többiek csúfolódásainak célpontjaivá válhatnak.

<sup>76</sup> Az azért megjegyzendő, hogy – jellegét tekintve – a *Brown*-döntés sem előzmény nélküli: gondoljunk csak az 1892-ben eldöntött *Church of the Holy Trinity v. United States*-ügyre vagy a híres-hírhedt 1905-ös *Lochner*-döntésre! Az előbbiben az volt a kérdés, hogy egy külföldi munkaerő alkalmazását tiltó jogszabályi rendelkezés alól kivételnek tekinthetők-e az egyházi szolgálatot ellátó személyek – úgy, hogy a jogszabályban felsorolt kivételekben az egyházi személyek nem szerepelnek. A jogvita úgy merült fel, hogy az ügycímben jelzett egyház egy angliai lelkészt alkalmazott. A Supreme Court igennel válaszolt, és indoklásában a hagyományos jogi érvek mellett oldalakon keresztül idézett olyan dokumentumokat, amelyek azt igazolták, hogy az Egyesült Államok egy keresztény ország, s ebből következően a keresztény hit szabad gyakorlását nem lehet egy nyilvánvalóan nem arra szánt rendelkezéssel gátolni (a szóban forgó rendelkezés célja az Egyesült Államokba külföldről beáramló képzetlen, olcsó, kézi munkaerő visszaszorítása volt, a hazai dolgozók érdekeit védendő). A *Lochner*-ügy, mint ismert, egy, a pékek munkaidejét korlátozó jogszabályt nyilvánított alkotmányellenessé a szerződési szabadság megsértése címén. A döntést sokan a „konzervatív aktivizmus” egyik iskolapéldájának tartják.

<sup>77</sup> Calabresi például utal rá, hogy igen jelentős többség támogatna egy olyan módosítást, amely kiiktatná a Supreme Court állami iskolai imát megtiltó ítéletét, a törvényhozás mégsem tette ezt meg. Vö. Calabresi 1998, 1373. o., Tóth 2007, 146. o.

<sup>78</sup> Tóth 2007, 145. o. Annyi megjegyezhető, hogy ha úgy látja jónak, a Supreme Court hamar felülbírálja önnön döntéseit is, lásd pl. a fentebb, a 8. lábjegyzetben említett *Stanford v. Kentucky*- és a *Roper v. Simmons*-ügyeket.

<sup>79</sup> A megnevezések sajnos enyhén szólva kaotikusak. Tóth J. Zoltán tanulmánya nyomán én is a jogalkotói szándékot valamilyen formában előtérbe helyező irányzatokat nevezem originalizmusnak. A kifejezés nyilvánvalóan az „*original*”, azaz „eredeti” kifejezésből ered – és jelen esetben a jogalkotó „eredeti szándékát” jelzi (ebben az értelemben használja Cass Sunstein is: vö. Sunstein 1995a). „Eredeti” azonban más

vagyis elsősorban a jogszabályban rögzített célkitűzéseket kell figyelembe venni, és utána hívható segítségül a törvényhozási előtörténet („*legislative history*”, vagyis a bizottsági felszólalások, a bizottsági és plenáris ülések jegyzőkönyvei, stb.). Az intencionalizmus ezzel szemben a jogalkotó szubjektív szándékát tartja elsődleges értelmezési forrásnak. Két alcsoport különíthető el ezen irányzaton belül. Az archeologikus intencionalizmus a jogalkotó a jogszabály magalkotásakor fennálló akaratát, az akkor orvosolni kívánt problémákat vizsgálja; a hipotetikus intencionalizmus arra kérdez rá, hogy vajon az a jogalkotó, amely megalkotta az adott szabályozást, vajon milyen választ adna a ma problémáira.<sup>80</sup>

Természetesen az originalizmus hibái sem maradhattak sokáig rejtve. A „jogalkotó szándéka” szükségképpen egy bizonytalan fogalom, a kérdéses előtörténeti dokumentumok a legkülönbözőbb nyilatkozatokat tartalmazhatják, egyértelmű következtetés nem vonható le belőlük.<sup>81</sup> Ilyen bizonytalanságok esetén a bíró megteheti, hogy a saját értékítéletét állítja be jogalkotói akaratként.<sup>82</sup> <sup>83</sup> Mindemellett a különböző érdekcsoportok is rájátszottak az originalista gyakorlatra: egy-egy „nekik dolgozó” képviselő útján eléri, hogy olyan nyilatkozatok szerepeljenek a jegyzőkönyvekben, amelyek később az adott csoport javára szóló döntést eredményezhetnek.<sup>84</sup> Az originalizmus tehát, bár a Warren-bíróság által katalizált bírói aktivizmust volt hivatott megfékezni, végül nem volt képes ellátni eme feladatát. A textualizmus már az originalizmus kritikájaként lépett fel a magasabb fokú jogbiztonság és demokrácia érdekében, és vált az 1980-as-90-es évek amerikai jogelméletének egyik megkerülhetetlen sarokkövévé.

#### 4.2. A textualizmus főbb tanai és a bírói szerepről alkotott felfogása

A most következő fejtegetések előszavaként megjegyezném, hogy a textualizmus természetesen nem pusztán Scalia felfogása, hanem egy irányzat, mindazonáltal, lévén, hogy

---

is lehet – például a szöveg jelentése. Scalia ezt az értelmet használja (vö. Scalia 1989a, 851-852. o.). Jonathan Molot egy lábjegyzetében egyszerűen purpozivistának nevezi a textualizmus vitatóit (akik nyilván a jogalkotói szándékból kiindulva teszik ezt, vö. Molot 2006, 3. o., 2. láb.), John Manning pedig azt írja, hogy a purpozivisták a jogszabály szellemét tartják elsődlegesnek, és társadalompolitikai kontextusban („*policy context*”, a találó fordításért ezúton is szeretnék köszönetet mondani Tóth J. Zoltánnak) gondolkodnak, szemben a textualisták szemantikai kontextusával („*semantic context*”; ld. Manning 2006, 70., ill. 76. o.). Mint látható, mindkét szerző a „purpozivizmus” kifejezést használja az „originalizmus” helyett, nagyjából ugyanazon irányzat megjelölésére.

<sup>80</sup> E felosztáshoz lásd: Tóth 2007, 147-148. o.

<sup>81</sup> Különösen akkor, ha a jogalkotó jelenlegi szándékára akarunk következtetni. Vö. pl. Manning 2006, 73. o.

<sup>82</sup> Scalia 1997, 18. o.

<sup>83</sup> Ezt a meglátást Molot a jogi realizmus azon tézisével rokonítja, hogy az ítélet indoklása csak máz, mely elrejtí a bíró valódi, irracionális motivációit. Vö. Molot 2006, 25. o.

<sup>84</sup> Scalia 1997, 34. o.

Scalia a legkarakterisztikusabb és már csak ítélkező tevékenysége miatt is legbefolyásosabb<sup>85</sup> alakja ezen irányzatnak, a textualizmus főbb tanait rajta keresztül kívánom ismertetni.

A textualizmus lényege röviden abban áll, hogy a jogviták eldöntése során az elsődleges orientációs pont a jogszabály szövege, mégpedig annak hétköznapi értelme („*ordinary meaning*”). Vagyis a törvényhelyeket úgy kell értelmezni, ahogy azokat az utca embere is érteni, amennyiben a jogszabály nem tulajdonít speciális értelmet nekik. Ezzel a módszerrel a legtöbb esetben lehetővé válik az „egy helyes megoldás” feltárása. A jelentés feltárását segíti továbbá a jogszabályi kontextus is.<sup>86</sup> A jogalkotó szándéka csak annyiban veendő figyelembe, amennyiben az megjelenik a szövegben.

Scalia elméleti kiindulópontja a formális jogállam és a demokrácia. Jogalkotást az Egyesült Államok Alkotmánya I. cikkelyének 1. szakasza értelmében legitim módon egyedül a Kongresszus végezhet. A salamoni igazságszolgáltatás, az esetről esetre való döntések kora véget ért.<sup>87</sup> A *common law* rendszerre jellemző bírói attitűd legitimitása megkérdőjelezhető.<sup>88</sup> Ez nem azt jelenti, hogy Scalia egy az egyben elvetette volna a *common law* rendszert, mint olyat. A *common law* körébe tartozó (magánjogi) joganyag bírói fejlesztését Scalia jó megoldásnak találta, egyúttal a populista demokrácia megfelelő ellenszerét is látta benne.<sup>89</sup> Ám akkor, amikor egyre több életviszony (ideértve a hagyományosan a *common law* által szabályozott magánjogi viszonyokat is) kerül jogszabályi szabályozás alá, az olyan hozzáállás, amely azt kutatja egy vitás esetben, „[m]i a legkívánatosabb megoldás ebben az esetben, és hogy lehet elkerülni mindazon akadályokat, amelyek útját állják ezen eredmény elérésének”,<sup>90</sup> nem felel meg a bíró felé támasztott elvárásoknak.

Scalia nyíltan beismeri, hogy a textualizmus egy formalista elmélet, és elhibázottnak tartja azokat a kritikákat, amelyek ezt a tényt fölrojják neki. A jogállamiság ugyanis pontosan a formalizmusról szól.<sup>91</sup> Ha valaki elad bizonyos különleges technológiát külföldre, és ezt a magatartást tiltja egy nagy népszerűségnek örvendő törvénytervezet, mely már átment a Kongresszus mindkét kamarájának szűrőjén, de az elnök még nem írta alá, akkor az adásvétel jogszerű – hiába nyilvánvaló esetleg, hogy az egész Kongresszus és az elnök is meg akarta

---

<sup>85</sup> Scalia 1986-tól a Supreme Court bírója (*Associate Justice of the United States Supreme Court*).

<sup>86</sup> Scalia 1997, 37. o.

<sup>87</sup> Vö. Scalia 1989b, 1176. o.

<sup>88</sup> Scalia 1997, 13. o.

<sup>89</sup> Scalia 1997, 12. o.

<sup>90</sup> „What is the most desirable resolution of this case, and how can any impediments to the achievement of that result be evaded?” Scalia 1997, 13. o.

<sup>91</sup> E kitévelt természetesen nem mindenki osztja, lásd pl. a 13. lábjegyzetet.

volna akadályozni azt.<sup>92</sup> Arisztotelészre hivatkozva Scalia is a jog, és nem emberek uralma mellett teszi le a voksot.<sup>93</sup> A joguralom nem más, mint egy szabályokból álló jogrendszer.<sup>94</sup>

A kulcsszó itt a „szabály.” Az amerikai jogelméleti irodalom egy visszatérő témája a szabályok („rules”, pl. „tilos 40 km/h-nál gyorsabban hajtani lakott területen”) és a standardok („standards”, generálklauzula jellegű rendelkezések, pl. „tilos ésszerűtlenül gyorsan hajtani lakott területen”) előnyeinek és hátrányainak összevetése. Cass Sunstein 1995-ös tanulmánya meglehetősen kimerítő foglalatja a problémakörnek, a továbbiakban jórészt erre támaszkodva foglalom össze a hozzá kapcsolódó legfontosabb megállapításokat.<sup>95</sup>

A szabályok előnyei közé a következő tulajdonságok sorolhatók:<sup>96</sup>

1. Elősegítik az ún. „alulteoretizált egyetértést” („*incompletely theorized agreement*”),<sup>97</sup> vagyis olyan emberek is egyetértésre juthatnak tartalmukban, akiknek valamely elméleti kérdésben vagy alapvető kérdés kapcsán vallott álláspontjai gyökeresen szembenállnak egymással.<sup>98</sup>

2. Csökkentik a döntéshez szükséges információk beszerzésével járó költségeket, így a fent jelzett példát alapul véve nem kell esetről esetre vizsgálgatni, vajon megalapozottan hajtott-e 40 km/h fölött a sofőr, vagy sem – csak a sebességmérőn kijelzett értéket kell leolvasni. A világos szabályok követése automatikussá válhat az emberekben, akik így a szabályozásnak való megfelelés állandó figyelése helyett más dolgokra fordíthatnak energiát.

3. Lehetővé teszik a személytelen és részrehajlás nélküli döntést, valamint az egyenlő elbánást.

4. „Vakmerővé teszik” a bírókat: az érthető, köztudott szabályok ismeretében a bíró könnyebben hozhat jogszerű döntést akár a közvélemény ellenében is.

---

<sup>92</sup> Scalia 1997, 25. o. A kifejezés, amit én „formalistának” fordítottam, az eredeti műben úgy szerepel, hogy „*formalistic*”. Scalia számára ez nyilvánvalóan nem sértő, de pl. Atiyah és Summers közös könyvében ez a jelző a „*formalist*” pejoratív párja. A két szerző az angol és az amerikai jogrendszer különféle aspektusait hasonlítja össze, és nagy vonalakban arra a hipotézisre épül, hogy az angol formalista, míg az amerikai szubsztantív („*substantive*”, igazából ezt a kifejezés a magyar nyelvben kevésbé használatos, a „materiális” vagy „tartalmi szempontokra figyelő” kifejezések körülbelül ugyanazt fedik le), bár természetesen mindkét jellegzetesség jelen van valamilyen szinten mindkét jogrendszerben. A „*formalist*” és a „*substantive*” negatív párja a „*formalistic*” és a „*substantivistic*”, melyek azt az állapotot jelöli, amikor valamelyik irányba túlhajszolják az adott jellegű érvelést.

<sup>93</sup> Scalia 1989b, 1176. o.

<sup>94</sup> E kitétel Scalia 1989-es tanulmányára utal meglehetősen sután: *The Rule of Law as a Law of Rules*.

<sup>95</sup> Sunstein nem csak a szabályok és a standardok, hanem sok egyéb – többé vagy kevésbé merev – szabályozási eszköz jellegzetességeit is felvázolja munkájában, de, tekintve, hogy más szerzők csak az említett kettőre korlátozták vizsgálódásaikat, most én is csak ezekről tettem említést. Amivel szembenállunk, tulajdonképpen nem egyéb, mint egy másik oldalról való megközelítése annak a régi kérdésnek, hogy „meddig mehet el a bíró” (ismét utalnék Regina Ogorek munkájára, melyben a szerző e kérdéskör XIX. századi német eszmetörténetét vázolja fel).

<sup>96</sup> Sunstein 1995b, 969-977. o.

<sup>97</sup> Sunstein 1995b, 971. o.

5. Lehetővé teszik az előre tervezést mind az egyének, mind a kormányzat számára.
6. Világossá teszik a felelősséget, megkönnyítve ezzel az elszámoltathatóságot.
7. Nem hozza az embereket abba a megalázó helyzetbe, hogy könyörögniük kelljen a hatóságnak: járjon el az ügyükben – ha a megfelelő tényállás fennáll, a hatóságok kötelesek eljárni.

Kifogásként a következők hozhatók fel a szabályok ellen:<sup>99</sup>

1. Nehéz „jó” szabályokat alkotni – a szabályok *ex ante* módon működő szabályozó eszközök, vagyis bizonyos körülményekre előre meghatározzák az eredményt. Ám könnyen felléphet az a diszfunkció, hogy a kelleténél több vagy kevesebb esetet fednek le, és nemkívánatos alkalmazásuk következik be.<sup>100</sup>

2. A rugalmatlan tartalmú szabályok a változó körülményekkel idejétmúlttá válhatnak, és az ezzel járó hátrányok felülmúlhatják a jogbiztonság nyilvánvaló előnyeit is.

3. Az általános normák olykor leplezik a jogalkotói előítéletet; ugyanaz a jogszabály vonatkozhat gyökeresen eltérő helyzetű emberekre is, ez pedig nyilvánvaló, esetleg szándékolt igazságtalansághoz vezethet.

4. A nem kellő pontossággal megfogalmazott szabály rejtett diszkréciót és az ezzel való visszaélés lehetőségét eredményezheti.

---

<sup>98</sup> Ezt nevezi Jonathan Siegel „koordináló” funkciónak. Vö. Siegel 2001, 323. o.

<sup>99</sup> Sunstein 1995b, 978-996. o.

<sup>100</sup> Példának okáért fiktív jogszabályunk tiltja a 40 km/h-nál gyorsabb autós közlekedést lakott területen, *kivéve*, ha a vezető a saját vagy más élete, testi épsége, egészsége megóvása érdekében lépit túl ezt a határt. Nos, ez a szabályozás nem tartalmazza azt az esetet, ha például sofőrünk egy betöréses lopás elkövetése közben tettenért betörőt próbál a büntetőeljárás törvény felhatalmazása alapján elfogni, hogy amint lehet, átadja a rendőrségnek, és ennek érdekében a kelleténél erősebben lép a gázpedálra. Feltéve, hogy nem létezik olyan rendelkezés, miszerint a jogszerű elfogással járó kisebb súlyú bűncselekmények alól mentesül az elfogó, „hétköznapi hősnünk” a jog szerint szabálysértési szankció elé kell, hogy nézzen a társadalom számára kétségtelenül hasznos tettéért. Annak ellenére van ez így, hogy a kodifikált kivételek törvénybe iktatása alapjául szolgáló megfontolás („ne büntessük azokat, akik a szabályokat méltányolható és helyeselhető okból lépik át”) kétségtelenül fennáll a jelen esetben is. (Természetesen most feltételezzük, hogy a túlfűtött jogpozitivistá rendőrök nem tekintenek el a szabálysértési feljelentéstől, avagy maga a bosszúvágytól izzó elkövető teszi meg azt; továbbá azt is, hogy emberünk hazájának büntető vagy szabálysértési törvénykönyve /attól függően, hogy egy kvázi trichotóm rendszerről beszélhetünk-e vagy sem/ egy teljességgel formális bűncselekmény-/avagy szabálysértés-/fogalmat tesz magáévá, a „társadalomra veszélyesség csekély foka” mint büntethetőséget kizáró ok nélkül.) Érdemes egy röpke pillantást vetni rá, hogyan is oldotta fel ezt a problémát egy *common law* bíróság. A *Holy Trinity*-ügy indoklásában Brewer bíró analógiát vél fölfedezni az aktuális döntés és egy korábbi eset között. Ebben az esetben egy bizonyos Farris, aki postaküldeményeket szállított a General Buell nevű gőzösn, feljelentést tett egy Kirby nevű úriember és társai ellen, akik őt munkájának teljesítésében akadályozták, hajóját feltartották. A feljelentetteket 100 \$-ig terjedő pénzbüntetés fenyegette, egy kongresszusi törvény ugyanis így rendelte büntetni mindazokat, akik a postaküldemények továbbítását bármely módon akadályozták. A szóban forgó Kirby és társai azonban történetesen a megyei seriff és beosztottjai voltak, Farrist pedig gyilkosságért körözték. A kérdés természetesen az volt: büntetendő-e a hivatali kötelességét teljesítő seriff és alárendeltjei? A Supreme Court nemmel válaszolt. Indoklása szerint „[m]inden törvényt ésszerűen kell értelmezni. Az általános fogalmak alkalmazását oly módon kell korlátozni, hogy ne vezessenek igazságtalansághoz” („[a]ll laws should receive a sensible construction. General terms should be so limited in their application as not to lead to injustice.”, 143 U. S. 461).

5. Ha a szabály alkalmazási határai szilárdak, könnyű őket rosszhiszeműen megkerülni.

6. A szabályok kiüresítik a tisztességes eljáráshoz való jogot abban az értelemben, hogy bár a *due process* klauzula<sup>101</sup> lehetővé teszi az állampolgároknak, hogy megkérdőjelezzék a jogszabály helyes alkalmazását, ennek egy igazságtalan eredmény esetén is csak az lesz a vége, hogy a kifogásolt döntés hatályban marad.<sup>102</sup>

Nem nehéz kitalálni, Scalia melyik oldalt preferálja. Mindez nem azt jelenti, hogy a jogszabályokat a társadalmi problémakezelés tökéletes módjának, a jogalkotót magát a társadalmi problémák hiánytalan ismerőjének tartja. A materiális igazságosság elérése a bírói döntés által nemes cél, de csak egy a számos versengő érték közül, amelyek a jogszolgáltatáshoz kapcsolhatók. A materiális igazságosság elérésének lehetőségénél Scalia többre értékeli az egyenlő bánásmódot.<sup>103</sup> Ezt egy Hartot idéző példával is érzékelteti: ha több gyerek közül mindnek megtiltjuk vagy korlátozzuk a tévénezést, azt elfogadják – de ha csak egyikükkel tesszük ezt meg, akkor számíthatunk annak legvadabb tiltakozására. Ha egy ügyet másképp döntenek el, mint egy korábbi hasonlót, akkor nem elegendő, hogy a későbbi ügy valóban eltérő a korábbitól – olyannak is kell tűnnie, különben sérül az állampolgárok igazságérzete. A bírói jogalkotás ezt a feladatot nem képes ellátni.<sup>104</sup>

Scalia három további, egymással összefüggő okból is kritikus a bírói jogalkotással szemben. Az első kritika abban áll, hogy a Supreme Court – mint a bírói jogalkotás fő letéteményese – csak igen csekély számú ügygel tud foglalkozni, így nem működik az a módszer, hogy a hasonló életviszonyokban való sorozatos döntéshozatallal fokozatosan kikristályosodnak a viszonyhoz kapcsolódó, szabály pontossággal meghatározható tények (hiszen a nagy számok törvénye alapján egy-egy típusba tartozó ügyek csak kevés alkalommal merülnek fel újra).<sup>105</sup> A másik kritika a joganyag egységességét érinti: az esetről esetre történő bírói jogalkotás dominanciája azt jelenti, hogy az adott jogkérdés egységes

---

<sup>101</sup> E klauzulát szintén a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés első szakasza tartalmazza; a vonatkozó rész a következőképpen szól: „Egyetlen Állam sem ... foszthat meg senkit életétől, szabadságától vagy tulajdonától tisztességes jogi eljárás nélkül” („No State shall ... deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”).

<sup>102</sup> A szabályok és a standardok különbségét elemezve – túl azon, hogy nagyjából felvázolja az itt leírt előnyöket és hátrányokat – Posner arra a belátásra jut, hogy a szabályok legfőbb előnyeit a kiszámíthatóság és az önkény kiiktatása jelenti – amelyek azonban csak kisszámú, érthető szabályok mellett érvényesülnek –, míg a standardoknak megvan az az előnyük, hogy bizonytalan megfogalmazásuk ellenére a laikusok számára nagyon is kézzelfogható szabályozást jelentenek. Vö. Posner 1993, 48. o., Posner 2008, 177. o.

<sup>103</sup> Igaz, nem válaszolja meg az egyenlő bánásmód Sunstein által feltüntetett lehetséges hátulütőjét, nevezetesen a formális egyenlőséggel való jogalkotói visszaélést. Scalia feltételezhető álláspontja erről az, hogy ha egy ilyen jogszabály átmegy az alkotmányosság próbáján, akkor a bíró köteles azt alkalmazni.

<sup>104</sup> Scalia 1989b, 1178. o.

<sup>105</sup> Ld. uo.



elbírálása nem fontos cél, hiszen gyakorlatilag tizenhárom szövetségi fellebbviteli bíróság és ötven tagállami legfelsőbb bíróság kezébe kerülhet a végső szó. Végül nem hagyható figyelmen kívül a jogbiztonság, a kiszámíthatóság. Scalia is osztja azt a klasszikus pozitivistá nézetet, miszerint a rossz jogszabály is jobb a szabálynélküliségnél.<sup>106</sup>

A szabályok szerint való ítélkezéssel a bíró tulajdonképpen önmagát is korlátozza: ha ítélete indoklásában kijelenti, hogy ez vagy az a szabály alapján döntött, akkor ezzel nem csak az alsóbb bíróságok szabadságát korlátozza (felsőbb bírósági bíró esetén), hanem a sajátját is, hiszen a későbbi hasonló helyzetekben is az adott szabály alapján kell döntenie.<sup>107</sup> És nem hagyható figyelmen kívül, hogy a Sunstein által is említett „vakmerőségi doktrína”, vagyis a „*hard and fast*” szabályok azon előnye, hogy szilárd támasztékot szolgáltatnak a bírónak a közvéleménnyel való szembefordulásra, szintén Scaliától származik.<sup>108</sup> Az „eset összes körülményeinek mérlegelése” akkor és csak akkor engedhető meg, ha a jogszabályoknak már végképp nem adható olyan precíz tartalom, ami egy konkrét döntéshez vezethet.<sup>109</sup>

A jogértelmező tevékenységnek természetesen van helye a bíró eszköztárában, Scalia tehát nem teszi magáévá azt az álláspontot, amelyet talán a keményvonalas szocialista jogelmélet tett magáévá legmarkánsabban, nevezetesen, hogy a bíró nem értelmezi, csak alkalmazza a jogot, ami nem egyéb, mint a jogalkotói akaratnak az írott nyelv eszközeivel való világos kifejeződése (vagyis a jogszabálysöveg). A jogértelmezés azonban csak a homályos szövegrészek értelmének pontosítását jelenti, a lehetséges jelentéstartalmak leszűkítését egyetlen változatra. Ez az értelmezés bizonyos módon megfelel a jogalkotó szándékának is, hiszen ő egy-egy jogszabály kibocsátásánál pontosan arra számít, hogy azt a bíróságok pontosítják a felmerülő egyedi eseteknél.<sup>110</sup> Ilyen helyzetben – de csakis ilyenkor –, vagyis ha a pusztá szöveg semmiképpen sem vezet egyetlen eredményre, segítségül hívható a törvényhozási előtörténet is.<sup>111</sup>

Scalia nem állítja, hogy a textualista értelmezés egy hibátlan módszer lenne. A textualizmus azonban még mindig a „kisebbik rosszat” („*lesser evil*”)<sup>112</sup> jelenti, mivel kisebb az esélye annak, hogy súlyosbítja a bírói felülvizsgálati rendszer létező és jelentős hibáit.<sup>113</sup>

---

<sup>106</sup> Scalia 1989b, 1179. o.

<sup>107</sup> Ld. uo.

<sup>108</sup> Scalia 1989b, 1180. o.

<sup>109</sup> Scalia 1989b, 1183. o.

<sup>110</sup> Ld. uo.

<sup>111</sup> Ez pedig, mint később, a *Green v. Bock Laundry Machine Co.*-ügynél látni fogjuk, valóban rendkívül ritka.

<sup>112</sup> Vö. Scalia 1989a. A tanulmány „originalizmus” néven illeti az irányzatot, jómagam azonban a következetesség kedvéért – talán megbocsátható önkényt gyakorolva – a „textualizmus” kifejezésnél maradok a továbbiakban is. Lásd még: 79. láb.

<sup>113</sup> Scalia 1989a, 863. o.

Bár sok olyan irányzat létezik, amely nem tulajdonít elsődleges vagy kizárólagos jelentőséget a jogszabályszövegnek, ezek közös hibája, hogy számtalan irányba divergálnak annak kapcsán, mi alapján kell akkor döntenie a bírónak.<sup>114</sup> Velük szemben a textualizmus egyértelmű módszert javasol: a szavak, kifejezések eredeti, hétköznapi jelentésének feltárását, mely a legtöbb esetben elfogadható eredményhez vezet, még ha ennek elérése olykor nehéz is. Ráadásul ez a módszer nem enged teret a bírók saját személyes (politikai-ideológiai, stb.) preferenciáinak.<sup>115</sup> És, mint fentebb említésre került, a textualizmus demokratikusabb a szabadabb jogértelmezési módszereknél – a „korhoz igazodás” kifogására Scalia azt válaszolja, hogy ehhez rendelkezésre áll a demokrácia alapvető eszköze: a ciklikus választás.<sup>116</sup> Végül cáfolja azt a gyakran előforduló érvet is, hogy a szöveget szabadabban kezelő értelmezések kiterjesztik a szabadságjogokat. Ellenpéldaként a *Coy v. Iowa*-ügy szolgált, melynek előadó bírója maga Scalia volt: a terheltet két rendbeli erőszakos közöszléléssel vádolták (a sértett mindkét esetben 13 éves volt). A sértettek tanúként való meghallgatása úgy történt, hogy egy ernyőt feszítették ki közjük és a terhelt közé, aki csak homályosan láthatta őket. A terhelt alkotmányossági alapon kifogásolta ezt az eljárást a Supreme Court előtt, és arra hivatkozott, hogy ezzel sérült a Hatodik Alkotmánykiegészítésbe foglalt szembesítési klauzulából eredő joga ahhoz, hogy szemtől-szembe ülhessen azokkal, akik rá nézve terhelő vallomásokot tesznek.<sup>117</sup> A Supreme Court megállapította az alapjog sérelmét és az ügy újratárgyalását rendelte el.<sup>118</sup> Scalia gondolatkísérlete arra irányult, mi lett volna, ha a Supreme Court arra hivatkozik, hogy az amerikai társadalom manapság már jobban odafigyel a nemi erőszak áldozatainak érzékenységre és a gyerekek lelki sérülékenységére, mint mondjuk 1791-ben. Ezen érvelés alapján valószínűleg helybenhagyták volna a kifeszített ernyő mögött tett vallomások alapján született elítélést. Kétségtelen, hogy ez az érvelés lazábban kezeli a szöveget, mint egy textualista, az eredmény azonban éppen egy szabadságjog korlátozása.<sup>119</sup>

Scalia eddigi megállapításaiból a következők vonhatók le a bírói szerepet illetően:

---

<sup>114</sup> Scalia 1989a, 862. o.

<sup>115</sup> Scalia 1989, 864. o. Ez a tétel megfeleltethető Sunstein „alulteorizált egyetértésekről” szóló tanával a szabályok kívánatos voltát illetően.

<sup>116</sup> Scalia 1989a, 962. o.

<sup>117</sup> „Minden bűnvádi eljárásban megilleti a vádlottat az a jog, ... hogy szembesítsék az ellene vallomást tevő tanúkkal.” („In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to be confronted with the witnesses against him”).

<sup>118</sup> Ez az ügy jó példája lehet a Scalia által vázolt „vakmerőségi hatásnak”, hiszen egy ilyen döntés minden bizonnyal széles tiltakozási hullámot vált ki az emberekből.

<sup>119</sup> Scalia 1989a, 856. o.

1. A bíró feladata a legitim módon megalkotott jogszabályok értelmezése, érvényesítése.
2. Ezt úgy kell végeznie, hogy hű marad a jogszabályszöveg – ideértve az Alkotmány szövegét is – hétköznapi jelentéséhez, illetve a kontextushoz.
3. Ezeken túl csak akkor fordulhat más eszközökhöz, ha az előbbi semmilyen határozott eredményre nem vezetett.
4. Minthogy egy demokratikus társadalomban jogot csak az arra jogszabállyal felhatalmazott személy vagy testület alkothat, az Egyesült Államok joganyaga pedig nem ruház ilyen jogot a bírói karra, ezért a bíróságok még burkoltan sem léphetnek fel jogalkotóként.

### 4.3. Scalia értékelése és a textualizmus jelenkori fejlődési irányai

Kis túlzással elmondható, hogy Scalia képviseli az amerikai jogelmélet „jogpozitivistá szárnyát.” Az ő és a textualisták érdemei vitathatatlanok a túlzásba vitt originalizmus visszaszorítása és a kiszámíthatóbb jogalkalmazás helyreállítása terén, hatásukra a jogalkalmazók jobban tiszteletben tartják a jogszabályok szövegét.

Scalia elméletének kritikáját részben már említettem fentebb, ahol is kiemeltem, hogy egy részüket (a formalizmus „vadját”, a kívánatosnál több vagy kevesebb eset lefedését, a materiális igazságosságot sértő vagy abszurd kimenetel lehetőségét) elfogadja, mint „szükséges rosszat”, annak fenntartásával, hogy a textualizmus még mindig a „kisebbik rosszat” jelenti. Valószínűsíthető, hogy innentől Scalia részéről „a vita le van zárva” – és ha egy választási alapon működő demokráciát, valamint a formális jogállamot tartjuk követendő mintának, akkor érvelése kézenfekvő és következetes. Az álláspontok mélyebb átgondolása érdekében azonban érdemesnek tartom röviden összefoglalni Jonathan Siegel fiktív jogesetét, amely egy létező jogalkotási hibára mutat rá. A bevezető fejtegetésekben utaltam rá, hogy a jogalkotó kényes kérdésekben többértelmű rendelkezésekkel „hárítja át” a közvélemény előtti felelősségét a bíróságokra. Jogalkotási hiba azonban akkor is előfordulhat – avagy másképp megközelítve: az élet előbb-utóbb akkor is hozhat nem várt, abszurd jogi fejleményeket –, ha több évtizedes előkészítő munka előzte meg a törvénytervezet benyújtását és elfogadását. Siegel fiktív jogesete a következő.<sup>120</sup> A felperes, bizonyos Patterson autójába – mely a kettes számú alperes, a General Motors terméke – behajtott az első számú alperes, Davis. A baleset

---

<sup>120</sup> Siegel 2001, 312-315. o.

New York-ban történt, melynek lakosa és polgára Davis. A felperes kaliforniai polgár és ott is van a lakóhelye. A kereset olyan bírósági kerületben indítható, amelyben „bármely alperes lakóhellyel rendelkezik”, feltéve, hogy „minden alperesnek egyazon Államban van a lakóhelye.” A General Motors mint vállalat szempontjából jelentőséggel bír a következő szakasz: „[a] jelen fejezetben meghatározott célból indított perek esetében az alperesként résztvevő társaságra úgy kell tekinteni, mint amely minden olyan kerületben lakóhellyel rendelkezik, ahol a keresetindítás idején személyes illetékesség alanya.”<sup>121</sup> Tekintettel a társaság egész Államokra kiterjedő tevékenységére, feltételezzük, hogy kiterjed rá az említett személyes illetékesség, és a fikció szerint lakóhellyel bír úgy Kalifornia, mint New York valamelyik kerületében. Mindezen körülmények a következőt eredményezik. A General Motors – egy „bármely alperes” – lakóhellyel bír Kaliforniában. Ugyanúgy rendelkezik azonban lakóhellyel New York-ban is – a másik alperessel, Davisszal együtt – vagyis mindkét alperesnek „egyazon Államban van a lakóhelye.” A jelzett törvényi feltételek teljesedésbe mentek, és a felperes jogosult pert indítani – az egyik alperes lakóhelyétől háromezer mérföldre! Kétségekívül jogszerű eredmény, mely megfelel a szavak hétköznapi értelmének – mégsem valami megnyugtató, különösen arra tekintett, hogy nyilvánvaló: a jogalkotó célja nem az volt, hogy aránytalanul nehézzé tegye az alpereseknek a saját igazuk mellett való érvelést egy perben.

Annak ellenére, hogy Scalia a hétköznapi jelentés alapján való értelmezést mint a jogalkotó szándékának megfelelő módszert mutatja be,<sup>122</sup> most éppen ellenkező helyzettel állunk szemben. A textualista bíró két lehetőség előtt áll. Az első az, hogy a hétköznapi értelem szerint dönt – vállalva ezzel az abszurd eredményt. A második az, hogy felállít egy elvet, miszerint ha a szöveg abszurd eredményt helyez kilátásba, a bíró eltérhet annak alkalmazásától. Ez utóbbi lehetőség azonban elkerülhetetlenül felvet két komoly problémát.<sup>123</sup> Egyrészt kérdéses, hol a határ az abszurd és az elfogadható eredmények közt. Másrészt egy ilyen kivétel közbeiktatása alapjaiban rengeti meg a textualizmus építményét, hiszen a szövegkövetés alól mentesít, márpedig ebben az esetben teljesen jogos Scalia azon kritikája, hogy nem határozható meg kétséget kizáróan, mi a követendő mérce.

Siegel hivatkozik egy 1989-es Supreme Court-döntésre, melyben Scalia a törvényhozási előtörténetre alapozva szűkíti le egy szó jelentését párhuzamos véleményében.

---

<sup>121</sup> „[A] judicial district where any defendant resides, if all defendants reside in the same State”; „[f]or purposes of venue under this chapter, a defendant that is a corporation shall be deemed to reside in any judicial district in which it is subject to personal jurisdiction at the time the action is commenced.” Siegel 2001, 313. o.

<sup>122</sup> Lásd: 110. láb.

<sup>123</sup> Siegel 2001, 325-335. o.

Siegel annak bizonyítékát látta ebben, hogy még a textualisták is inkább a második utat választják, a következtelenség vállalása mellett. A *Green v. Bock Laundry Machine Co.*-ügy apropója a következő. A felperes Green kártérítési pert indított az alperes Bock ellen, akinek a terméke megsebesítette őt. Bock megtámadta a felperes vallomásának hitelességét oly módon, hogy bemutatta az esküdtszék előtt annak büntetett előéletét (Green korábban betöréses lopásért és egyéb bűncselekményekért ítélték el). Az eljáró Harmadik Körzeti Fellebbviteli Bíróság elfogadta ezt az érvelést és elutasította Green kifogását, aki a Supreme Court-hoz fordult. Ez utóbbi helybenhagyta a másodfokú döntést. Az eset középpontjában a bizonyítási eljárást szabályozó szövetségi jogszabály állt. Ez egy helyütt kimondja, hogy a tanú hitelessége csak akkor kérdőjelezhető meg korábbi elítélésének bizonyítása útján, ha a bíróság úgy ítéli meg, hogy az elítélés bizonyítása mögött nyomósabb okok állnak, mint a „*defendant*” megóvása az efféle tények hitelrontó hatásától (amely esetleg méltánytalanul növelheti annak esélyét, hogy az esküdtszék a „*defendant*” rovására dönt). Ugyanez a jogszabály azonban bírói mérlegelés nélkül kötelezővé teszi az ilyen bizonyítékok figyelembevételét polgári perek felperesei esetén.<sup>124</sup> Ez utóbbi rendelkezés alapján nem is volna „nehéz eset” Green ügye – fellebbezését nyomban elutasíthatnánk. Ezt tette a Supreme Court is, de nem ilyen egyszerűen. Az eset sarkalatos pontja a „*defendant*” szó, melyet nem véletlenül írtam eredeti nyelven. Ez a szó ugyanis angolul egyaránt jelenthet alperest és terheltet, de nem állapítható meg kétséget kizáróan, hogy mire gondolt a jogalkotó. Scalia háromféle jelentést tartalmat határozott meg párhuzamos véleményében.<sup>125</sup>

1. Felperes, alperes, ügyész és terhelt.
2. Felperes, alperes, terhelt.
3. Terhelt.

Látszólag kimaradt egy lehetőség, ami pedig éppen a gyakorlati alkalmazás okán lenne a legkézenfekvőbb: az „alperes, terhelt.” Ez nem véletlen: ha ezt az értelmet vennénk alapul, akkor tulajdonképpen azt mondanánk ki, hogy a jog a felperesek hitelességét megkérdőjelező bizonyítékok elfogadását kötelezővé teszi, míg az alperesek esetében ezt bírói mérlegelés tárgyává teszi. Nyilvánvaló, hogy ez összeegyeztethetetlen a mellérendeltségre épülő polgári jog elveivel. Ugyanakkor Scalia rámutat, hogy a felsorolás első két tagja sem állja meg a helyét – így „kizárásos alapon” marad az utolsó variáció. Ezt támasztják alá a

---

<sup>124</sup> Vö. 490 U. S. 504

<sup>125</sup> 490 U. S. 529

„*defendant*” szó egyes hétköznapi alkalmazásai (pl. „I believe strongly in defendants’ rights” – „Határozottan a terhelt jogainak pártján állok”).<sup>126</sup>

Mennyiben adhatunk igazat Siegelnek a textualizmus gyengeségeiről alkotott meglátásaiban? Azt hiszem, az általa vázolt fikatív – de nagyon is valós jogszabályszovegezési hibán alapuló – *Patterson v. Davis*-ügy és a Supreme Court által tárgyalt *Green v. Bock Laundry Machine Co.*-ügy hasonlóságai szembeszökőek. Én pusztán egyetlen apró különbségre hívnám fel a figyelmet, amely talán mégis Scalia javára „billenti a mérleget.” Nevezetesen arra, hogy míg a *Patterson*-ügyben releváns törvényhelyek kulcskifejezéseinek nem lehet más köznapi értelmet tulajdonítani, mint ami az abszurd eredményhez vezet, addig a *Green*-ügyben a „terheltnek” mint a „*defendant*” alternatív jelentésének hétköznapi használata mellett meggyőzően lehet érvelni. Ez meglátásom szerint – még amellet is, hogy némi bizonytalanságot mutat a „hétköznapi jelentés” meghatározásában – nem feszíti szét a módszertani kereteket, mert bár valóban az abszurd eredmény okán tartja Scalia leszűkítendőnek a „*defendant*” szó jelentését, de egy, a hétköznapi elfogadott változatot kínál. Érdeemes azt is megjegyezni, hogy Scalia azért nem csatlakozott a többségi véleményhez, mert a Stevens bíró által jegyzett indoklás a jogalkotó szándékára, a jogalkotási előtörténetre hivatkozik. Scalia leszögezte párhuzamos véleményében, hogy a többiekkel szemben két dologra hajlandó alapozni álláspontját: a hétköznapi szóhasználatra és a jogszabályi kontextusra.<sup>127</sup> A jelen esetben az előbbi volt a döntő érv. A végeredményt erősíti az is, hogy a „terhelt” mellett való döntés megfelel a büntetőjog azon elveinek, melyek a terhelt számára nyújtanak bizonyos alapvető garanciákat.

Felmerül a kérdés, mi a fontosabb a textualista bíró számára: a szó vagy a kontextus? Hogy ez mennyire nem mindegy, azt egy 1993-ban hozott Supreme Court-döntés, és Scalia abban hozott különvéleménye segítségével érzékeltetjük.<sup>128</sup> A *Smith v. United States*-ügyben – melynek előadója Sandra Day O’Connor bírónő volt – egy Smith nevű embert harminc év szabadságvesztésre ítélték bűnszövetkezetben való kábítószerterjesztés kísérletéért és lőfegyverrel való visszaélés minősített esetéért. A szövetségi büntetőjog ugyanis súlyosabban rendeli büntetni a lőfegyverrel való visszaélést, ha azt a tettes „bármely erőszakos vagy kábítószer-kereskedelemmel összefüggő bűncselekmény során és azzal összefüggésben”<sup>129</sup> követi el; a legsúlyosabb büntetés akkor helyezhető kilátásba, ha a lőfegyver a törvény

---

<sup>126</sup> Ld. uo.

<sup>127</sup> 490 U. S. 528

<sup>128</sup> Lásd még: Pokol 2005, 417-418. o.

<sup>129</sup> „...during and in relation to any crime of violence or drug trafficking crime[,] uses or carries a firearm.” 508 U. S. 227

értelmében gépfegyvernek (*machine gun*) minősül. Smith történetesen kábítószerre akarta cserélni MAC-10 típusú gépfegyverét, ám „ügyfele” a rendőrség informátora volt, akinek segítségével le is tartóztatták. Az elsőfokon eljáró esküdtszék minden vádpontot megalapozottnak talált. Smith fellebbezett, ám az ítéletet végül a Supreme Court is helybenhagyta.

Az egész ügy kulcsfontosságú kifejezése a „lőfegyver használata” („*to use a firearm*”) volt. A fellebbező arra hivatkozott, hogy a „lőfegyverhasználat” alatt rendszerint a „fegyverként való használatot”, vagyis a lövést, fenyegetést értik, nem pedig a csereárúként való felhasználást. A Supreme Court ezzel szemben úgy érvelt, hogy ha a Kongresszus kizárólag erre (ti. a fegyverként használásra) akarta szűkíteni a „használni” ige értelmét, akkor megtette volna – az a tény viszont, hogy a legtöbben a jelzett értelemben használják ezt az igét, nem zárja ki a lőfegyver egyéb felhasználásának lehetőségét. Hovatovább, tagadhatatlan, hogy ez a „használat” kábítószer-kereskedelem során, azzal összefüggésben történt. A súlyosabb büntetés ílymódon megalapozott. A mélyebb megalapozás érdekében a Supreme Court más jogszabályokat is segítségül hív, azzal a jelszóval, hogy „a jogszabályértelmezés ... egy holisztikus tevékenység.”<sup>130</sup> Egyrészt az Ítélezési Irányelvek (*Sentencing Guidelines*), amelyek a lőfegyverrel visszaélés különböző variációiról rendelkeznek, elkülönítik a lőfegyver „bevett” használatát, vagyis azt, amikor „elsütik” („*was discharged*”), a „lóbálás, kimutatás, birtoklás” eseteit („*the firearm was brandished, displayed, or possessed*”), végül köztes esetként az „egyéb használatot” („*otherwise used*”).<sup>131</sup> Másrészt pedig a lőfegyver elkobzását szabályozó jogszabály is említésre kerül: ez egy sor olyan esetet nevesít, amelyben a lőfegyvert nem fegyverként, hanem csereárúként használják (hozzáteendő, hogy itt a lőfegyver tagállamokon átívelő kereskedelméről van szó).<sup>132</sup>

Scalia különvéleménye a következő érveket hozza fel.<sup>133</sup>

1. A „használni” ige jelentése egyértelműen az, hogy valamit rendeltetése szerint használunk. Az Ítélezési Irányelvekbe foglalt „egyéb használat” nyilvánvalóan az „egyéb fegyverként való használatot” jelenti.

2. Ezt indokolja az is, hogy a jogalkotó nem adott speciális értelmet ennek a kifejezésnek. Az ilyen hétköznapi kifejezések különösképpen érzékenyek a kontextusra.

---

<sup>130</sup> „Statutory construction ... is a holistic endeavor.” 508 U. S. 233

<sup>131</sup> 508 U. S. 231

<sup>132</sup> 508 U. S. 234

<sup>133</sup> Lásd ehhez: 508 U. S. 241-247

3. A vonatkozó büntetőjogi rendelkezés nem csak azokat rendeli büntetni, akik „használják” a lőfegyvert, hanem azokat is, akik a jelzett célból „maguknál tartják” („*carry*”) azt. Ezt utóbbihoz nyilvánvalóan hozzá kell érteni, hogy „fegyverként való használat céljából.” A kettő így összefügg. Enélkül a „használ” igéhez hozzá kell érteni azt is, hogy „bármely célból”, míg a „magánál tart” kifejezéshez nem.

4. Az igék mellett ott áll az a mondatrész, hogy „erőszakos ... bűncselekmény céljából.” Lőfegyverrel erőszakos cselekményt végrehajtani nyilván annak elsütésével vagy az azzal való fenyegetőzéssel lehetséges. A „kábitószer-kereskedelemmel összefüggő” kitétel később került a jogszabálysövegbe, és feltételezhető, hogy nem a „használ” ige jelentésének kibővítése céljából.

5. Kétség esetén a vádlott javára kell dönten.

Nehéz – ha egyáltalán lehetséges – igazságot tenni a két álláspont között. Én mégis úgy látom, hogy a többségi véleménynek lehet igazat adni. Az átláthatóság kedvéért sorban mennék végig mindegyik ellenpontra, összevonva az első kettőt.

1-2. Nem látom indokát annak, hogy egyértelműnek tekintjük a „rendeltetésszerű használat” kitételét. Ugyanúgy nem cáfolhatatlan az sem, hogy az Irányelvekbe foglalt „egyéb használat” kifejezéssel csak a fegyverként való használatra célzott a jogalkotó. Véleményem szerint egyetérthetünk a Supreme Courttal ennek ellenkezőjében.

3. A Supreme Courttal egyetértésben és sem gondolom, hogy kettősség jelent meg a „bármely célból használ” és a „magánál tart” igékkel. Fegyvert viselni ugyanúgy bármely célból lehet, mint használni.

4. Ugyancsak nem gondolom, hogy az „erőszakos ... bűncselekmény céljából” mondatrész még úgy is kifejezetten a fegyverként való használatra utal, hogy később kiegészült a kábítószer-kereskedelemre való utalással. Mi több, ha ez lenne a helyzet, fölösleges lett volna beiktatni ez utóbbi kifejezést, hiszen az erőszakos bűncselekmény kábítószer-kereskedelem közben is csak erőszakos bűncselekmény – egy eléggé általános kifejezés ahhoz, hogy lefedje a kiegészítés szűkebb körű eseteit.

5. A legerősebb érvet az *in dubio pro reo* elvben látom, ennek alkalmazásához azonban az szükséges, hogy a többség elfogadja: a felmerült kétség elég súlyos ahhoz, hogy a vádlott javára döntsenek. Jelen esetben a Supreme Court többsége nem gondolta így.

Mint fentebb láthattuk, attól függően, hogy egy szó szűken vett értelmét, vagy annak (jelen esetben jogszabályközi) kontextusban való elhelyezkedését vesszük alapul, más ítélethez juthatunk. Ez megerősíti azt a meglátást, hogy olykor a textualista szemlélettel sem



juthatunk egy biztos eredményre, és ezt a hibát akkor is érdemes szem előtt tartani, ha esetleg kisebb az előfordulási esélye, mint más jogértelmezési módszerek esetében. Mindemellett az elemzett döntés megerősíti Pokol Béla abbéli kritikáját Scaliát illetően, hogy figyelmen kívül hagyja a jogdogmatikai kategóriarendszert, ami pedig a modern jog elengedhetetlen kelléke.<sup>134</sup> Pokol arra alapozza kritikáját, hogy egy szó, fogalom jelentését nem elegendő annak a hétköznapi bevett értelmével meghatározni, a jogi jelentést a jogtudósok dolgozzák ki monográfiáikban.<sup>135</sup> A megállapítás azzal egészíthető ki, hogy a szó önmagában, szélesebb kontextusának figyelmen kívül hagyásával való értelmezésének – ami mellett tulajdonképpen kiállt Scalia a *Smith*-ügyben – egyenes következménye az, hogy egy átfogó összefüggésekre alapuló fogalmi rendszer háttérbe szorul.

Mindemellett érdemes megemlíteni, hogy egy másik, 1991-es ügyben Scalia éppen hogy a más jogszabálybeli fogalomhasználatra és a bírói gyakorlatra alapozta véleményét. A Manning által példaként felhozott *West Virginia University Hospitals, Inc. v. Casey*-ügy vitatott kérdése az volt, vajon az „indokolt ügyvédi költségek” körébe, melyeket a vesztes fél köteles a győztes felperesnek megtéríteni, beletartoznak-e a szakértői költségek is? Scalia, mint az ügy előadó bírója, a negatív válasz mellett érvelt véleményében. Arra hivatkozott, hogy más, a perköltséget rendező jogszabályokban a két fogalom – az ügyvédi költség és a szakértői költség – világosan elkülönül egymástól,<sup>136</sup> és a bírói gyakorlat („*judicial usage*”) is külön fogalmakként kezeli őket.<sup>137</sup>

David A. Strauss két ponton kritizálja Scalia azon érvét, hogy a szabályok előmozdítják az egyenlő bánásmódot.<sup>138</sup> Egyfelől azt állítja, hogy ez a nézet figyelmen kívül hagyja a tisztességes meghallgatás szerepét, vagyis azt az empirikusan alátámasztott tényt, hogy ha az emberek tudják, hogy előadhatják panaszukat, meghallgatják őket, és a született döntést megfelelően megindokolják, akkor jobb szívvvel engedelmeskednek a jognak. Ilyen helyzetben egy, a jogalkalmazói diszkréciónak széles teret adó szabályozási rendszer is jól működne. A merev szabályok azt az érzetet kelthetik, hogy a tisztességes eljárás csak máz. Másfelől pedig arra hívja fel a figyelmet Strauss, hogy az embereket nem csak a diszkrécióval való visszaélés háborítja fel, hanem a „betokosodott” szöveghez tapadás is.<sup>139 140</sup> Nos, erre

---

<sup>134</sup> Pokol 2005, 421. o.

<sup>135</sup> Ld. uo.

<sup>136</sup> Manning 2006, 93. o.

<sup>137</sup> 499 U. S. 83

<sup>138</sup> Vö. Scalia 1989b, 1178. o.

<sup>139</sup> Lásd ezekhez: Strauss 2008, 999-1000. o.

<sup>140</sup> Ez utóbbinak kiváló példája Siegel fentebb idézett fiktív esete, amennyiben a bíróság valóban a szó szerinti értelem mellett dönt.

részünkről csak annyi mondható, hogy mindennel vissza lehet élni. A diszkréciós rendszer hátránya éppen az, hogy széles teret ad a jogalkalmazónak a releváns tények meghatározásában. Egy szilárd szabályokból álló rendszerben viszont bármely erkölcsbe ütköző jogszabály kikényszeríthető, a szabályok világosan behatárolt alkalmazási köre pedig megkönnyíti azok kijátszását is. Kérdezzünk csak meg egy XVIII. századi franciát arról, mennyire jó dolog az, ha a bíró széles körben mérlegelhet?<sup>141</sup> Avagy egy németet 1945-46 fordulóján arról, vajon tényleg mindig az-e a legjobb, ha maradéktalanul betartjuk az érvényes és hatályos jogszabályokat? Az állásfoglalás történelmi-társadalmi körülmények függvénye, ha valamelyik rendszerrel gyakran visszaéltek, kívánatosná válik az ellenkező pólus. Ennyiben tartom Strauss kritikáját, bár megalapozottnak és jogosnak, mégis egyoldalúnak.

Strauss kritizálja a „bírói vakmerőség”-elméletét is, mégpedig abból a szempontból, hogy ez gátolja a bíró saját lelkiismerete szavának vagy a jogszabály valódi céljainak a felismerését.<sup>142</sup> A jogszabály céljairól, a jogalkotó szándékáról fentebb már szoltunk. A lelkiismeret kérdéséhez úgy gondolom, a legkézenfekvőbb az, ha magától Scaliától idézek egy mondatot, melyet a halálbüntetés kapcsán fogalmazott meg: „[n]ézetem szerint az olyan bíró számára, aki a halálbüntetést erkölcstelennek tartja, a lemondás megfelelőbb választás, mint az, hogy egyszerűen nem vesz tudomást megfelelő módon megalkotott, alkotmányos törvényekről és ezáltal szabotálja a halálbüntetéses ügyeket. Végülis esküt tett arra, hogy alkalmazza a törvényeket és nem kapott rá felhatalmazást, hogy a saját maga által kreált szabályokkal helyettesítse őket.”<sup>143</sup>

Végül szólni kell még egy kritikáról, ami a textualizmust annak fejlődési tendenciái tükrében éri. A textualizmus érdemei vitathatatlanok a (szövetségi) bírói önmérséklet fokozásában a tagállami *common law*-ügyek, a szövetségi közigazgatási szervek jogszabályértelmezése és a Kongresszus által megalkotott jogorvoslatok terén.<sup>144</sup> Megjelenése – csakúgy, mint korábban az originalizmus esetében – egyenes következménye a korábban domináns jogfelfogás visszásságainak.<sup>145</sup> Ám többen felróják a textualistáknak, hogy még mindig a más irányzatoktól (különösen a purpozivista originalizmustól) való elhatárolódással

---

<sup>141</sup> E példa annyiban sántít, hogy ekkoriban Franciaországban a Strauss által esszenciálisnak tartott tisztességes meghallgatás lehetősége sem állt fenn. Mindazonáltal nem meglepő, ha emberünk inkább az ellenkező véglet fele fordul.

<sup>142</sup> Strauss 2008, 1003. o.

<sup>143</sup> „[I]n my view the choice for the judge who believes the death penalty to be immoral is resignation, rather than simply ingoring duly enacted, constitutional laws and sabotaging death penalty cases. He has, after all, taken an oath to apply the laws and has been given no power to supplant them with rules of his own.” Scalia 2006, 5. o.

<sup>144</sup> Vö. Molot 2006, 17-23. o. Ez utóbbi alatt azt kell érteni, hogy a Supreme Court nem állapít meg olyan jogorvoslati jogosultságokat, amelyek nyelvtani értelmezéssel nem olvashatók ki a jogszabálysövegből.

és a különbségek hangsúlyozásával vannak elfoglalva. Pedig az „ellenfél” hadállásai már jelentős mértékben meggyengültek. Mi több, míg a purpozivizmus a textualizmus fellépése hatására visszavett a szélsőségekből, addig egyes textualisták – a posztrealista jog- és nyelvfelfogásból kiindulva – arra jutottak, hogy a „hétköznapi jelentésből” nem vezethető le egyetlen „helyes” válasz, hanem a kontextus figyelembevétele is szükséges.<sup>146</sup> Ebbe olykor beletartozik az orvosolni kívánt probléma, ebből következően pedig a jogalkotói szándék.<sup>147</sup> A két irányzat közti eltérés abban rejlik, hogy a textualizmus a szemantikai, a purpozivizmus pedig a társadalompolitikai kontextusnak tulajdonít nagyobb jelentőséget. Ha a textualisták mindezek ellenére továbbra is „életben akarják tartani a forradalmat”,<sup>148</sup> és nem vizsgálják meg mást, ha a szöveg világos eredményt kínál, akkor a mérsékelt purpozivizmus előbb-utóbb vonzóbb alternatíva lesz. Az agresszív textualisták nem veszik tudomásul az értelmezési folyamatban rejlő szükségszerű bizonytalanságot, azt, hogy a bírónak szükségszerűen rendelkezésére áll némi mozgástér, és eltúlozzák a bíró szerepét az alkotmányos berendezkedés alakításában.<sup>149</sup> A jogalkotó egyenrangú partnerének tekintik a bírói kart, ám minden együttműködés megtagadásával. Úgy akarják a jogalkotót pontos jogszabályok alkotására bírni, hogy szó szerint alkalmazzák a meglévő joganyagot, és ha abszurd eredmény születik belőle, az utólagos korrekció az ő felelőssége.<sup>150</sup> Ez a hozzáállás pedig már pusztán eredményességét tekintve is megkérdőjelezhető, hiszen láthattuk Siegel példáján, hogy hosszú évtizedek előkészítő munkájával kibocsátott jogszabályok esetén is hozhat abszurd fejleményeket az élet. A bíró így csak akadálya lesz a jogalkotói akarat megvalósulásának.<sup>151</sup> Molot a textualista és a purpozivista álláspontok közelítésében és egy mérsékelt textualizmusban látja a megfelelő kiutat. A mérsékelt textualizmus fő tézise abban állna, hogy a bíró nem alkalmazza a hagyományos textualista módszert, ha egy értelmesen gondolkodó ember a kontextus elemzése révén vélhetően megkérdőjelezné a szöveg jelentését. Ez volna a helyzet például az abszurd esetekben. Ha pedig a textualista módszerből meggyőzően levezethető egy eredmény, akkor azt kell elfogadni.<sup>152</sup>

---

<sup>145</sup> Molot 2006, 24. o.

<sup>146</sup> Molot 2006, 35. o., Manning 2006, 78. o.

<sup>147</sup> Manning 2006, 84-85. o.

<sup>148</sup> „Keep the Revolution Alive”, vö. Molot 2006, 44. o.

<sup>149</sup> Molot 2006, 48. o.

<sup>150</sup> Molot 2006, 53. o.

<sup>151</sup> Molot 2006, 54. o. Emlékezzünk csak, hogy Posner is megfogalmazott hasonló gondolatokat a pragmatizmus és a legalizmus elválasztásánál!

<sup>152</sup> Molot 2006, 65. o. Ez az elgondolás bukkan fel Siegelnél is, ehhez és ennek problémáihoz lásd: Siegel 2001, 326. o.

## 5. Zárszó

Richard Posner gazdasági jogfelfogása jól illeszkedik az Egyesült Államokban megfigyelhető elméleti tendenciába, amely a kontinensünkön megszokottnál aktívabb jogalakító szerepet képzel el a bírónak. Elméleti alapállása instrumentalista és pragmatista, vagyis eszközként tekint a rendelkezésre álló jogi technikákra, és nem kíván lecövekelni egyetlen módszer mellett sem. A bírói környezet elősegíti a bírókat, hogy mintegy a törvényhozás támaszaiként működjenek, anélkül azonban, hogy túlkapásaikkal (melyek az eltúlzott aktivizmusban éppúgy megnyilvánulhatnak, mint a rigorózus szöveghez tapadásban) gátolnák egy várható hatékony megoldás kibontakozását.

Hozzá képest Antonin Scalia felfogása az Európában megszokott, korlátozott cselekvési szabadsággal rendelkező bíró köré épül. Ennek alapja a demokrácia, melyben a nép akarata érvényesül az általa választott képviselőkön keresztül, és amelyet néhány elit bíró nem fordíthat ki saját szájíze szerint. Annak meghatározására, hogy mi a jog, a legbiztosabb segédeszköz annak szövege; ennek segítségével juthatunk a legtöbbször biztos megoldásokhoz. Ez szükségszerűen hibákhoz vezethet, és ezt Scalia is elismeri, de még mindig jobbnak tartja ezt a felállást a bizonytalan és antidemokratikus bírói jogalkotásnál. Mindemellett megfigyelhetők kísérletek, amelyek a textualizmus előnyeinek megtartása mellett meg kívánják haladni azt.

## Felhasznált irodalom

- Patrick Selim Atiyah – Robert S. Summers: Form and Substance in Anglo-American Law*, Clarendon Press, 1987
- Steven G. Calabresi: Textualism and the Countermajoritarian Difficulty*, in: *The George Washington Law Review*, Vol. 66, No. 5/6, 1998, 1373-1394. o.
- W. Lawrence Church: History and the Constitutional Role of Courts*, in: *Wisconsin Law Review*, 1990, 1071-1106. o.
- Ronald Dworkin: Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006
- Fleck Zoltán: Jogállam és igazságszolgáltatás a változó világban*, Pallas Páholy – Gondolat Kiadó, 2008
- Duncan Kennedy: Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, in: *Journal of Legal Education*, 36, 1986, 518-562. o.
- Duncan Kennedy: A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, 1997
- John F. Manning: What Divides Textualists from Purposivists?*, in: *Columbia Law Review*, Vol. 106, No. 2, 70-111. o.
- Jonathan T. Molot: The Rise and Fall of Textualism*, in: *Columbia Law Review*, Vol. 106, No. 1, 1-69. o.
- Burt Neuborne: The Role of Courts in Time of War*, in: *Review of Law & Social Change*, Vol. 29, 2005, 555-572. o.
- James L. Oakes: The Role of Courts in Government Today*, in: *Akron Law Review*, Vol. 14, No. 2, 1980, 175-186. o.
- Regina Ogorek: Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Klosterman Verlag, 1986
- Pokol Béla: Jogelmélet – Társadalomtudományi trilógia II.*, Századvég Kiadó, 2005
- Pokol Béla: Jogfilozófiák és büntetőjogelméletek*, *Jogelméleti Szemle* (jesz.ajk.elte.hu), 2007/4
- Richard A. Posner: The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1993
- Richard A. Posner: Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001
- Richard A. Posner: The Role of the Judge in the Twenty-first Century*, in: *Boston University Law Review*, Vol. 86, No. 2, 2006, 1049-1068. o.
- Richard A. Posner: How Judges Think*, Harvard University Press, 2008
- Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie*, K. F. Koehler Verlag, 1956

- Antonin Scalia*: Originalism: the Lesser Evil, in: *Cincinnati Law Review*, Vol. 57, 1989, 849-865. o.
- Antonin Scalia*: The Rule of Law as a Law of Rules, in: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 56, No. 4, 1989, 1175-1188. o.
- Antonin Scalia*: Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws, in: Amy Gutmann (ed.): *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, 1997
- Antonin Scalia*: God's Justice and Ours, in: *Law & Justice – Christian Law Review*, Vol. 156, 2006, 3-10. o.
- Jonathan R. Siegel*: What Statutory Drafting Errors Teach Us About Statutory Interpretation, in: *The George Washington Law Review*, Vol. 69, No. 3, 2001, 309-366. o.
- David A. Strauss*: On the Origin of Rules (with Apologies to Darwin): A Comment on Antonin Scalia's The Rule of Law as a Law of Rules, in: *The University of Chicago Law Review*, Vol. 75, 2008, 997-1013. o.
- Cass R. Sunstein*: Five Theses on Originalism, in: *Harvard Journal of Lay & Public Policy*, Vol. 19, No. 2, 1995-1996, 311-315. o.
- Cass R. Sunstein*: Problems with Rules, in: *California Law Review*, Vol. 83, No. 4, 1995, 953-1026. o.
- Cass R. Sunstein – David Schkade – Lisa M. Ellman – Andres Sawicki*: *Are Judges Political?*, Brookings Institution Press, 2006
- Tóth J. Zoltán*: Richard Posner és a gazdasági jogelmélet, in: *Jogelméleti Szemle*, 2004/1
- Tóth J. Zoltán*: Dinamizmus, originalizmus, textualizmus, avagy az aktivista alapjogi bíráskodás és az arra adott neokonstrukcionista jogelméleti reakciók az Egyesült Államokban, in: *Jogtudományi Közlöny*, 2007/4, 143-153. o.
- Robin West*: Submission, Choice, and Ethics: A Rejoinder to Judge Posner, in: *Harvard Law Review*, Vol. 99, 1986, 1449-1456. o.
- John D. Whyte*: Legality and Legitimacy: The Problem of Judicial Review of Legislation, in: *Queen's Law Journal*, Vol. 12, 1987, 1-20. o.
- Zétényi András*: Az amerikai Legfelsőbb Bíróság tagjainak kinevezése, in: *Jogelméleti Szemle*, 2004/4

**Supreme Court-döntések:**<sup>153</sup>

*Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*, 523 U. S. 666 (1998)

*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

*Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457 (1892)

*Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988)

*Green v. Bock Laundry Machine Co.*, 490 U. S. 504 (1989)

*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)

*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)

*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919)

*Smith v. United States*, 508 U. S. 223 (1993)

*West Virginia University Hospitals, Inc. v. Casey*, 499 U.S. 83 (1991)

*Zelman, Superintendent of Public Instruction of Ohio et al. v. Simmons-Harris et al.*, 536 U. S. 639 (2002)

---

<sup>153</sup> A tanulmányban földolgozott vagy hivatkozott Supreme Court-döntéseket a <http://supreme.justia.com> honlapról töltöttem le, utoljára 2008. XII. 28-án.