



De iurisprudencia et iure publico

JOG- ÉS POLITIKATUDOMÁNYI FOLYÓIRAT

www.dieip.hu | www.dieip.com

III. évfolyam

2009/1. szám

Kiadja:

Szegedi Tudományegyetem
Állam- és Jogtudományi Kar
Politológiai Tanszék
dieip@dieip.hu

Cím:

6722

Szeged

Rákóczi tér 1.

Tel. / fax: 62/544-386

Főszerkesztő: Paczolay Péter

Társszerkesztők:

Tóth J. Zoltán

Fejes Zsuzsanna

Kovács Endre Miklós

Technikai szerkesztők:

Bunda Péter

Tördelés:

Hollósi-Simon Dóra

HU ISSN: 1789-0446



Tartalomjegyzék

Deilinger, Viktória

IPPP – Institutionalised Public-Private Partnership – Trends in the European Union..... 2

Farkas Tibor

A polgári perrendtartás változása a 2009-es esztendőben..... 13

Molnár András

Pragmatizmus és legalizmus – Richard Posner és Antonin Scalia a bírói szerepről..... 29

Papp, Tekla

Über den Timesharing-Vertrag 69

Szalai Anikó

Gondolatok a polgári és politikai jogokról az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozata
megszületésének 60. évfordulója alkalmából..... 85

Recenziók:

Kiss Zoltán

Jogfilológia tanulmányok az ókori és a középkori filozófia illetve jogtörténet területéről
(recenzió)..... 92

Szép Árpád Olivér

Bócz Endre: Kriminálisztika a tárgyalóteremben (recenzió) 97

Vértessy László

Zinner Tibor: A magyarországi németek kitelepítése (recenzió)..... 102

*Deilinger Viktória PhD hallgató,
Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Jogbölcséleti és Jogsociológiai Tanszék*

*Viktória Deilinger PhD student,
University of Szeged Faculty of Law and Political Sciences
Department of Philosophy and Sociology of Law*

“Public-Private Partnerships – Options to ensure effective competition”

“Broad public consultation has shown the need for clarification of how Community Law on public contracts and concessions applies to the founding of Institutionalised Public-Private Partnerships. The Communication released today responds to this demand: It provides practical guidance and thereby increases legal certainty to the benefit both of the public and of the private sector. I expect that legal certainty in this area will contribute to increased competition for IPPP. Increased competition could improve the quality of PPP and ultimately lead to saving taxpayer's money.”

Charlie McCREEVY, European Commissioner for Internal Market and Services

IPPP – Institutionalised Public-Private Partnership Trends in the European Union

1. Abstract – Preamble

Between 25 and 29 September 2006 I had the opportunity to participate on the Tenth Session of United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group I. (Procurement) in Vienna as an observer. The Working Group was drawing up the Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services. During the session Public – Private Partnerships (PPP) came up many times, as a comparatively recent phenomenon with numerous benefits.

It is generally held that the PPP-structure is one of the possible developmental trend of the concessions.¹ On the other hand PPP is a special, supportable model of the public procurement. Legislators of the European Union more often treat with the issue of PPPs, primarily with the question whether there is necessity for legislation on Community level which would ensure fair and effective competition and transparent appropriation of public

¹ PAPP: A koncesszió 142-144. p

funds. According to the latest update on 5 February 2008 the Commission adopted an Interpretative Communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP).²

I will briefly present the PPP-structure generally, then outline the development of the PPP-regulation in the European Union. Finally I will demonstrate the latest outcome in the European Union, the Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP).

2. General features of the PPP-structures

The term public-private partnership ("PPP") does not have a definition of universal validity neither at Community level, nor in the national legal systems.³ In general, the term refers to forms of cooperation between public authorities and the world of business where the parties jointly assume the responsibility and the risk of providing public services. In the case of a PPP-model as opposed to the traditional practice the public authority places an order with the private sector for supplying public services for a long-range, usually 20 or 30 years. The private company is responsible for the planning, implementation, operation of the infrastructure as well as (at least partly) financing of the project. On the other hand the public authority pays service fee. As the result of the process the public purpose will be realized with the co-operation of the private sector.

The public partner concentrates primarily on defining the objectives to be attained in terms of public interest, quality of services provided and pricing policy, and it takes responsibility for monitoring compliance with these objectives.

The most frequent fields of the adoption of the PPP-structure with international examples: Building public roads, motorways (Great Britain: A69 between Newcastle and Carlisle; A50/A564 between Stoke and Derby; Portugal: ‘Vasco de Gama’ bridge; Poland: A2 highway; Hungary: M6, M5 highway); Property Development (Building of the British Embassy in Berlin; Royal Armouries Museum, Leeds); Building of Prisons (Her Majesty's Prison Parc, Bridgend, Fazakerley PFI Prison); Investments in hospitals and healthcare equipments (Redevelopment of West Middlesex University Hospital; Dartford & Gravesham Hospital)

Benefits of using PPP-structures:

² COM(2007)6661

³ PAPP: A koncesszió, COM(2004) 327 final 3. p.

- 1) Due to the distribution of risks that party should bear the risk who can treat them more effectively
- 2) Due to the presence of the private sector cost effective, innovative and efficient technologies and procedures appear
- 3) Public financing pretension presents more constantly, in the course of 20, 30 years
- 4) With the co-operation of the private sector projects will be realized faster

On the basis of the Green Paper the types of PPPs are the following:

1. PPP-model without the financial risk of the private sector: Build-Operate-Transfer (BOT)
2. PPP-models with the financial risk of the private sector are:
 - a) DB: Design-Build
 - b) DBO: Design-Build-Operate
 - c) DBFO: Design-Build-Finance-Operate
 - d) Concession
 - e) Joint Venture

3. PPPs in the European Union

With the well-known historical background, parallel to the development of the Internal Market of the European Union the numbers of public procurement has grown to more and more considerable proportions both on Community level and national level. It was the reason for working out the Community regulation which is aimed at ensuring transparency, non-discrimination and equality of treatment in the public procurement.⁴ White Paper considering public procurement was published in conformity with the Single European Act (SEA-1986) which included 282 directive proposals. The White Paper practically was a large-scale legislative program. As a result of this program by the nineties the European Union was in possession of an extensive system of directives regarding all areas of public procurement. Naturally the implementation of the framework regulation was not going without a hitch. This yielded the publishing of the Green Paper⁵ in 1996. This document made attempts revealing problems in procurement system and recommending potential solutions. After receiving approximately 300 contributions the modernization of directive-system took place. Still the process of the reform considering EU-regulation can not be regarded as an accomplished issue. As a result of the above mentioned the European Commission issued a Green Paper

⁴ see more in Közbeszerzés 40-51. p.

⁵ COM(96) 583 final

regarding PPPs: On the basis of a Green Paper, the European Commission has launched a debate on the desirability of adapting the Community rules on public procurement and concessions to accommodate the development of PPPs. The main objective is to see whether it is necessary to improve the current rules in order to ensure that economic operators have access to PPPs under conditions of legal clarity and real competition.⁶ This Green Paper analyses the phenomenon of PPPs with regard to Community law on public procurement and concessions; the main purpose is to reveal required legislative duties.

4. IPPP

The public consultation on the Green Paper on Public-Private Partnerships and Community law on public contracts and concessions showed that there was considerable need for clarification on the application of Community rules to so-called "institutionalised" PPP (IPPP). Due to the latest developments the Commission issued guidance on setting up IPPPs on 5 February 2008. The European Parliament formerly declared that it supports the Commission's efforts to take action in the field of IPPPs in view of the clear signs of existing legal uncertainty. Furthermore the Parliament acknowledged that practitioners want clarity about the application of procurement law to the creation of public-private undertakings in connection with the award of a contract or concession, and it called on the Commission to provide the relevant clarifications at the earliest opportunity.⁷

The aforesaid Communication⁸ sheds light on the Commission's understanding of how the Community provisions on public procurement and concessions are to be applied to the founding and operation of IPPP. Herewith the Communication aims at enhancing legal certainty. This Communication definitely does not create any new legislative rules. It reflects the Commission's understanding of the EC Treaty, the Public Procurement Directives and the relevant case-law of the European Court of Justice (ECJ). It is worth mentioning that, in any event, the binding interpretation of Community law is ultimately the role of the ECJ.⁹

IPPP are understood by the Commission as a cooperation between public and private parties involving the establishment of a mixed capital entity which performs public contracts or concessions.

⁶ Green Paper COM(2004) 327 final

⁷ European Parliament resolution on public-private partnerships and Community law on public procurement and concessions ([2006/2043\(INI\)](#))

⁸ The following study is based on COM(2007)6661

⁹ COM(2007)6661

Regarding the directing principles during the founding of an IPPP the Commission made mention of the principle of equal treatment and the specific expressions of that principle (e.g. the prohibition of discrimination on grounds of nationality, etc.), transparency, mutual recognition and proportionality. For certain cases¹⁰ detailed provisions, namely ‘the Public Procurement Directives’ should be applied. Therefore either the Public Procurement Directives or the general EC Treaty principles apply to the selection procedure of the private partner.

In connection with the founding process the Commission does not consider a double tendering procedure¹¹ to be practical. The Commission put forward a suggestion for one possible way of setting up an IPPP, which is suitable for complying with the principles of Community law while at the same time avoiding a double tendering procedure. Namely the private partner of the IPPP is selected by means of a procedure, the subject of which is both the public contract or the concession which is to be awarded to the future public-private entity, and the private partner's operational contribution to perform these task and/or his contribution to the management of the public-private entity. The selection of the private partner is accompanied by the founding of the IPPP and the award of the contract or concession to the public-private entity.

In the section “Information about the Project” the Commission makes clear that the suitable information can best be guaranteed by publicising a notice that is sufficiently accessible to potentially interested parties before the private partner is selected.

Community law requires the contracting entity to publicise the selection and award criteria for identifying the private partner for the IPPP. The criteria used must comply with the principle of equal treatment. This applies both to public contracts fully covered by the Public Procurement Directives and also to other public contracts and concessions.

The principles of equal treatment and non-discrimination imply an obligation of transparency which consists in ensuring, for the benefit of any potential tenderer, a degree of advertising sufficient to enable the market to be opened up to competition.¹² In the context of the founding of an IPPP, this obligation implies, that the contracting entity should include in the contract notice or the contract documents basic information on the following: the public contracts and/or concessions which are to be awarded to the future public-private entity, the

¹⁰ which are covered by the Directives on the coordination of procedures for the award of public contracts

¹¹ one for selecting the private partner to the IPPP and another one for awarding public contracts or concessions to the public-private entity

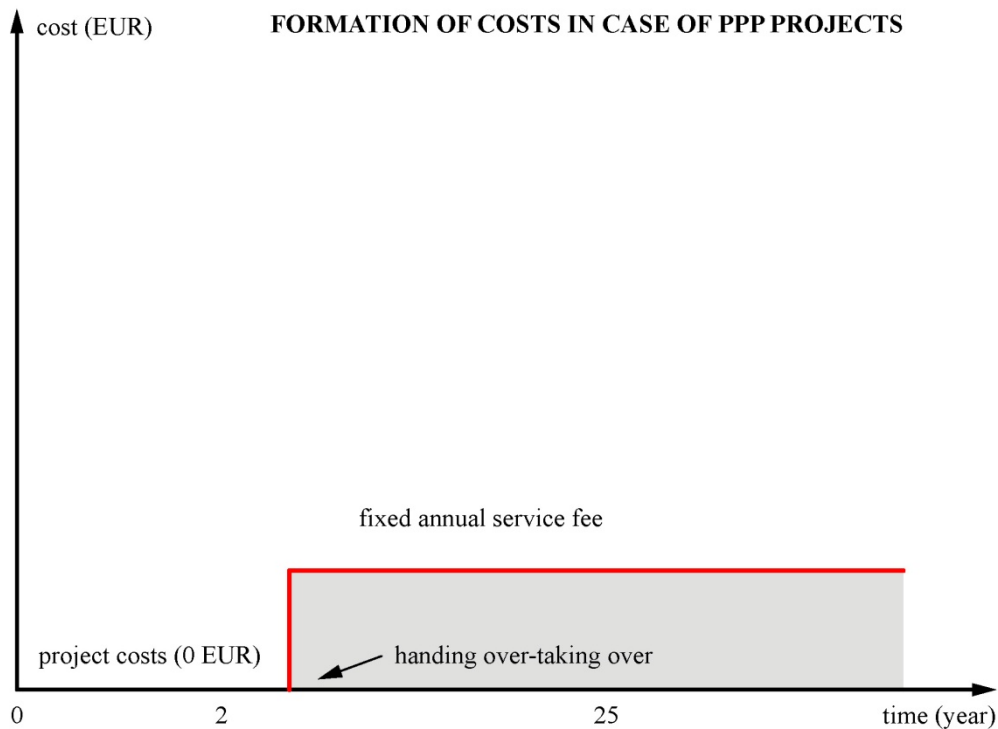
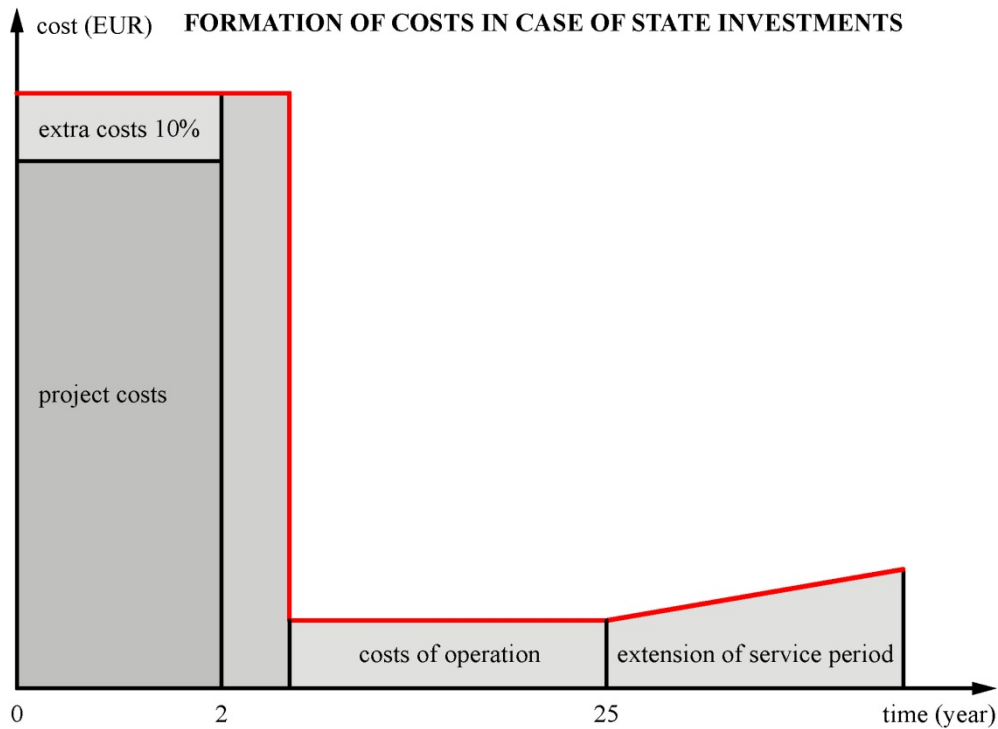
¹² Case C-324/98, Telaustria, ECR 2000, I-10745, paragraph 62; Case C-458/03, Parking Brixen, ECR 2005, I-8612, paragraph 49.

statutes and articles of association, the shareholder agreement and all other elements governing the contractual relationship between the contracting entity and the private partner on the one hand, and the contracting entity and the future public-private entity on the other hand.

In the phase after founding, the IPPP must remain within the scope of their initial object and can as a matter of principle not obtain any further public contracts or concessions without a procedure respecting Community law on public contracts and concessions. However, as the IPPP is usually set up to provide a service over a fairly long period, it must be able to adjust to certain changes in the economic, legal or technical environment. Thus, should the contracting entity wish, for specific reasons, to be able to amend some conditions of the invitation to tender after the successful tenderer has been selected, it is required expressly to provide for that possibility, and for the relevant detailed rules, in the notice of invitation to tender or in the tender documents and to define the framework within which the procedure must be carried out.

Finally I would like to share my opinion: In my view the Communication on IPPP has achieved its object, as it put an end to legal uncertainty, as it gave a detailed explanation on how the EC rules to comply with when private partners are chosen for IPPP. Naturally, in the first time there are and will be some problems applying these rules for this extremely recent phenomenon. Still I hope that there will be more and more successful Institutionalised Public – Private Partnerships.

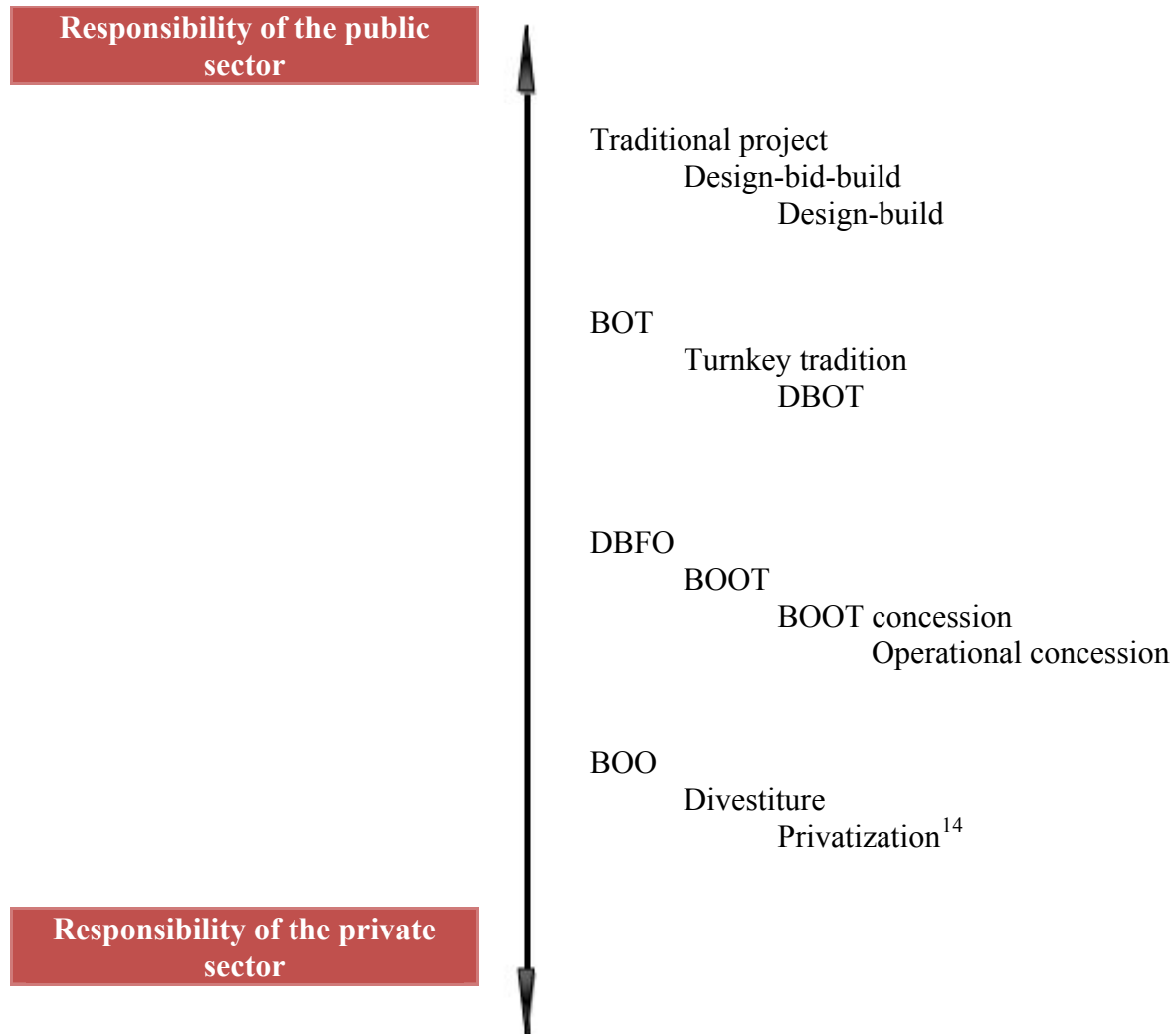
Annex 1 - Formation of costs in case of State Investments and PPP-projects



13

¹³ On the basis of PPP-kézikönyv 13. p.

Annex 2 - Comparison of the traditional model, PPP-structure and the privatization



¹⁴ On the basis of 24. p. of PPP-kézikönyv

Bibliography

Websites

Guidelines for Successful Public - Private Partnerships, European Commission Directorate-General Regional Policy

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf

Commission Interpretative Communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP) COM(2007)6661

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_en.pdf

Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions COM(2004) 327 final

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0327:EN:HTML>

European Parliament resolution on public-private partnerships and Community law on public procurement and concessions (2006/2043(INI))

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0462+0+DOC+XML+V0//EN>

Charlie McCREEVY, European Commissioner for Internal Market and Services

Public-Private Partnerships – Options to ensure effective competition

PPP Global Summit – The 6th Annual Government-Industry Forum on Public Private-Partnership, Copenhagen, 17 November 2005

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/698&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

Green Paper Public procurement in the European Union: Exploring the way forward COM(96) 583 final

http://aei.pitt.edu/1219/01/procurement_gp_COM_96_583.pdf

Directives on the coordination of procedures for the award of public contracts, Directive 2004/18/EC

<http://www.dkom.si/util/bin.php?id=2004121408020465>

Publications

Dr. PAPP Tekla: A koncesszió; Szeged, Pólay Elemér Alapítvány, 2006

Part of it can be found at: http://jesz.ajk.elte.hu/papp15.html#_ftnref236

PPP-kézikönyv A köz- és magánszféra sikeres együttműködése, Editor: *LEINER Vera*
Budapest, 2004.

Közbeszerzés, Editor: *FRIBICZER Gabriella*, Budapest, CompLex, 2007

Közbeszerzési kézikönyv, Editor: *TÁTRAI Tünde*, Budapest, Terc Kiadó, 2006

Az Európai Közösség Kereskedelmi joga, Editor: *KIRÁLY Miklós*, Budapest, KJK-Kerszöv,
2003

Abbreviations

UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
PPP	Public – Private Partnerships
EU	European Union
IPPP	Institutionalised Public-Private Partnerships
BOT	Build-Operate-Transfer
DB	Design-Build
DBO	Design-Build-Operate
DBFO	Design-Build-Finance-Operate
SEA	Single European Act

ECJ	European Court of Justice
EC	European Commission
EC	European Communities
p.	page

*Farkas Tibor PhD hallgató,
Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Munkajogi és Szociális Jogi Tanszék*

A polgári perrendtartás változása a 2009-es esztendőben

A polgári perrendtartás szabályait a 1952. évi III tv. szabályozza (a polgári perrendtartásról továbbiakban Pp.). A törvény célja a bírósági útra tartozó polgári ügyekben az érdekeltek között keletkezett jogviták keretének meghatározása. A törvény tárgyi hatálya kiterjed a polgári jogi, családjogi, munkajogi, jogvitákra is. Továbbiakban a Pp. szabályai szerint kell elbírálni a közigazgatási határozatok törvényességének felülvizsgálatát, valamint a közjogi természetű jogvitákat is.

A Polgári perrendtartás több mint 50 éves törvény, amelyben kb. 20 évig nem történt jelentősebb módosítás, 1972-től viszont folyamatos módosítások történtek. A jelenlegi módosítás a 12. novella (2008. évi XXX. Tv.). A módosítások döntő része 2009. január 1. napjától lép hatályba, de vannak olyan rendelkezések, amelyek ennél korábban, illetve ezen időpontot követően lépnek hatályba. 2008. július 1-től léptek hatályba a tanúvédelemmel kapcsolatos rendelkezések, míg a módosítás döntő része 2009. január 1-től lép hatályba. Végül 2009. július 1. napjától lépnek hatályba az általános meghatalmazásra vonatkozó szabályokban bekövetkezett módosítások, a fizetési meghagyás elektronikus úton történő beadására és elintézésére vonatkozó szabályok valamint a tárgyaláson történő felvételkészítés szabályai.

Általánosságban elmondható, hogy a Pp. jelenlegi módosításának célja az eljárások és ezen belül is elsősorban a gazdasági perek gyorsítása volt. A végül hatályba lépett módosítás elég sokat enyhült az első indítványokhoz képest, ha figyelembe vesszük azt a tényt, hogy az első indítványok szerint külön fejezetet alkottak volna a gazdálkodó szervezetek közötti perek.

A módosítás már felületes áttekintés esetén is felvet néhány problémát, ilyen az azonnal szembe tűnő fogalomhasználat, mely szerint a törvény a „*gazdálkodó szervezet*” kifejezést használja, holott az új polgári törvénykönyv (továbbiakban: Ptk.) a „*vállalkozás*”

fogalmát fogja használni. Talán célszerű lett volna ezen fogalmak egységesítése az anyagi és az eljárási jogban, ez azonban jelenleg még elmaradt.

Nézzük továbbiakban a módosítás fő irányvonalát, amelyeket I- XIV. pontban foglalkozunk össze:

1. Képviselettel és a kötelező jogi képviselettel kapcsolatos szabályok változása. (Pp.73.§)

1.1. Általános meghatalmazás

A módosítás értelmében nemcsak jogi személy, hanem természetes személy és jogi személyiség nélküli gazdasági társaság is adhat általános meghatalmazást.

Eredetileg az volt az elképzelés, hogy az általános meghatalmazás az ország minden bíróságára kiterjedt volna és egy elektronikus közjegyzői nyilvántartás valósult volna meg az általános meghatalmazások nyilvántartásáról. Végül ezt elvetették, de sajnálatos módon a törvény indoklásában továbbra is benne maradt a közjegyzői elektronikus nyilvántartásra való utalás

1.2. Lényegesen bővült a kötelező jogi képviselő köre (Pp. 73/A.§)

Kötelező lett a jogi képviselő a megyei bíróság I. fokú hatáskörébe tartozó, jogi személy cégek egymás közötti pereiben a jogi személy cég számára a per minden szakaszában (a perorvoslati eljárás során is).

A jogi személy cégek megyei bírósági hatáskörbe tartozó pereiben a felek többsége jelenleg is jogi képviselő igénybevételével jár el. A jogi képviselő jellemzően növeli a felek szakszerű közreműködését, a bíróság munkáját megkönnyíti, így hozzájárulhat a per gyorsabb és hatékonyabb befejezéséhez. Ebből kiindulva jogi személy cégek tekintetében kötelezővé tették, hogy a megyei bíróság elsőfokú hatáskörébe tartozó egymás közötti pereiben jogi képviselőt bízzanak meg. Ezen kötelezettség a természetes személyeket akkor sem érinti, ha pertársként vagy beavatkozóként részt vesznek jogi személyek közötti perben.

Kötelező jogi képviselő esetében a jogi képviselő hiányának a jogkövetkezménye az, hogy a jogi képviselő nélkül eljáró fél perbeli cselekménye és nyilatkozatai hatálytalanok, mégpedig a kezdetektől fogva hatálytalanok. Éppen ezért a Pp. előírja, hogy a bíróságnak

kötelezően tájékoztatni kell a feleket a kötelező jogi képviselőről. Konkrét jogkövetkezmény attól függ, hogy a jogi képviselő a perorvoslati eljárás során vagy az alapeljárásban szükséges kötelezően, illetve attól, hogy a jogi képviselő a felperesnek, avagy az alperesnek kötelező-e.

Ha jogi képviselővel a perorvoslati kérelmet előterjesztő félnek kell rendelkeznie, akkor a hiány következménye az, hogy a bíróság a perorvoslati kérelmet elutasítja. Ugyancsak elutasítja a perorvoslati kérelmet a bíróság, ha a megszűnt jogi képviselőnek pótlásáról felhívás ellenére nem gondoskodik. Ha jogi képviselővel a felperesnek kell rendelkeznie, akkor a bíróság a keresetlevél megvizsgálása körében hiánypótlásra hívja fel és ha ennek nem tesz eleget, vagy ha a megszűnt jogi képviselő pótlásáról felhívás ellenére nem gondoskodik, a bíróság a pert megszünteti. Ha a jogi képviselővel az alperesnek kell rendelkeznie, úgy a jogi képviselő hiányának következménye az, hogy az alperes nyilatkozata hatálytalan és az alperest úgy kell tekinteni, mint aki nyilatkozatot egyáltalán nem tesz.

A Pp. 73/C § meghatározza azt is, hogy kit kell jogi képviselőnek tekinteni a kötelező jogi képviselő körében. Fontos tudni, hogy azokban a perekben, ahol kötelező a jogi képviselő, a jogi képviselőre kötelezett fél nevében ügyvédjelölt jogi képviselőként nem járhat el. Azonban ez nem zárja ki azt, hogy az ügyvédjelölt olyan felet képviseljen, akinek nem kötelező a jogi képviselő. Így jogi személy céggel szemben természetes személyt vagy betéti társaságot képviselhet ügyvédjelölt is.

Ki kell emelni továbbá, hogy ha a jogi személy törvényes képviselője maga is rendelkezik jogi szakvizsgával, akkor saját ügyében maga is eljárhat, a jogi személy jogi szakvizsgával rendelkező törvényes képviselője tehát maga is képviselheti a szervezetet a bíróság előtt olyan ügyben is, amelyben a jogi képviselő kötelező.

A jogi képviselő kötelező akkor is, ha a megyei bíróság I. fokú hatáskörébe tartozó pereknél csak az egyik fél jogi személy cég, de ebben az esetben csak a jogi személy cégnek kötelező a jogi képviselő, a másik természetes személy félnek nem.

A kötelező jogi képviselő bővítésével remélhetőleg eléri a törvényhozás a perek gyorsítását, a bíróság munkájának könnyítését a szakszerű közreműködők által.

2. A perköltség viselése (Pp. 80. §)

Újítás, hogy a közvetítői eljárásban létrejött megállapodás ellenére perlekedő fél a per eredményére tekintet nélkül kötelezhető a közvetítői eljárásban a másik fél által fizetett

költségek megfizetésére. Ezen szabály alól egyetlen kivétel van, ha a pert indító fél kizárólag a megállapodásban vállalt kötelezettség nem teljesítése miatt fordul a bírósághoz és a megállapodásban foglaltaktól eltérő igényt nem kíván érvényesíteni.

Ezen rendelkezés indoka, hogy a közvetítői eljárásban megállapodó feleket a megállapodásban vállaltak betartására ösztönözze és ezzel elkerülhető legyen bíróság bevonása a jogvitába, amely hatására remélhetőleg csökken a bíróságok leterheltsége.

A jogalkotó kiterjeszti a fenti rendelkezését a békéltetőtestületi eljárásban határozattal jóváhagyott egyezség útján rendezett fogyasztói jogvita tárgyában indított perekben is.

Ugyancsak fontos tudni, hogy a per eredményére tekintet nélkül kötelezheti a bíróság a jogi személy gazdálkodó szervezet alperest, a perben felmerült összes költség, vagy egyébként a felperes által viselendő költségek egy részének viselésére, ha az alperes a per előtti egyeztetésre előírt kötelezettségének indokolatlanul nem tett eleget.

3. Költségmentesség (Pp. 84. §)

2009. január 1.-től kizárólag természetes személyt illethet meg költségmentesség, beleértve az illeték-feljegyzési jogot is. A gazdálkodó szervezetek tehát nem jogosultak ezekre.

4. Kézbesítési megbízott (Pp. 100./A §)

A külföldi fél részvételével zajló pereskedés egyik legproblematicusabb része a külföldre történő kézbesítés. Több ország - így például a Benelux államok, Franciaország, Amerikai Egyesült Államok - tér át magánvállalkozások igénybevételével történő kézbesítéshez, ez azonban azt eredményezi, hogy a kézbesítés költségei a hagyományos úthoz képest lényegesen magasabbak, amely az államot terheli. A másik probléma, ami felvetődik a külföldre történő kézbesítéssel az, hogy lényegesen meghosszabbíthatja az eljárást. Problémát vet fel továbbá, hogy előfordul az is, hogy a fél egyszerűen elvész a bíróság és ellenfele látóköréből, akinek felkutatása a nagy távolság miatt számottevő nehézséggel jár.

Mindezen problémák kiküszöbölésére több - így Lengyelország, Németország, Ausztria, Svájc - kötelezővé teszi a perben részt vevő külföldön lakó fél számára, hogy a perindítás után záros határidőn belül kézbesítési megbízottat jelöljön meg.

A kézbesítési megbízott és megbízója közötti kapcsolattartás magánszemélyek közötti érintkezésnek minősül, így arra a hivatalos iratok külföldi kézbesítésére vonatkozó alaki kötöttségek nem irányadóak, így a megbízott akár faxon, e-mail-ben vagy telefonon is értesítheti megbízóját az általa átvett iratról és annak tartalmáról. Arra az esetre, ha a kézbesítési megbízott a tevékenységét nem megfelelően végzi - nem vagy csak késedelmesen tájékoztatja megbízóját az átvett iratokról - úgy ennek következményeit a perben megbízója viseli, azonban igénye keletkezik a megbízottal szemben, akivel az esetleges károkozása miatt a polgári jogi pert indíthat.

A perek gyorsítása érdekében a Pp. módosítás is bevezeti a kézbesítési megbízott intézményét arra az esetre, ha a peres felek valamelyike nem rendelkezik belföldön lakóhellyel, tartózkodási hellyel vagy székhellyel, és nincs magyar címmel rendelkező meghatalmazottja sem. Korábban rengeteg időt vett igénybe a külföldi kézbesítés és ez jelentősen elhúzta a perek időtartamát. A kézbesítési megbízottal a törvény kézbesítési vélelmet állít fel, úgy tekinti, hogy a kézbesítési megbízottnak szabályszerűen kézbesített iratot a fél a kézbesítést követő 15. napon megismerte.

A szabályozás mikéntje az egyes peres feleknél az alábbiak szerint alakul:

A felperesnek a keresetlevélben kell megjelölnie a kézbesítési megbízott nevét, és címét, továbbá csatolni kell teljes bizonyító erejű magánokiratba, vagy közokiratba foglalt megbízási szerződést.

Az alperest a bíróság a keresetlevél kézbesítésével egyidejűleg hívja fel a kézbesítési megbízott megjelölésére. Ennek az alperes legkésőbb az első tárgyaláson köteles eleget tenni.

Ha a felperes nem jelöl meg kézbesítési megbízottat, úgy a bíróság az első tárgyalásra szóló idézéssel együtt felhívja, hogy 30 napon belül, de legkésőbb az első tárgyaláson jelentse be a kézbesítési megbízottat.

A kézbesítési megbízott bejelentése elmulasztásának elég súlyos a jogkövetkezménye, nevezetesen a bejelentést elmulasztó fél részére az iratot hirdetmény útján kell kézbesíteni.

A szabályozás hibája lehet, hogy ez nem alkalmazható az első tárgyalásra szóló idézésnél, és a keresetlevél alperes részére történő kézbesítésénél. Ezekre továbbra is a rendkívül hosszadalmas külföldi kézbesítést kell alkalmazni, amely kiküszöbölése a jövő feladata lesz.

Ki kell még emelni, hogy a gazdasági társaságok működésével kapcsolatos perekben a bíróság hivatalból veszi figyelembe a cégjegyzékbe bejegyzett kézbesítési megbízottat,

azonban a kézbesítési meghatalmazott megjelölése a cégjegyzékben csak lehetőség és nem kötelező elem.

A törvény meghatározza azt is, hogy ki lehet kézbesítési megbízott: magyarországi lakóhellyel, vagy székhellyel rendelkező természetes, vagy jogi személy, illetve jogi személyiséggel nem rendelkező gazdasági társaság, valamint különösen ügyvédi iroda, vagy ügyvéd.

5. A határidők számításának módosulása (Pp. 104./A §)

A bíróságokon „szokásjoggá” vált törvénykezési szünet intézményét jogszabály nem szabályozza, az a kialakult gyakorlat hogy július második felétől augusztus 20. napjáig a bíróságok működése szünetel.

A törvény, tekintettel az új szabályozásra, mely szerint a kis értékű perekben nagyon rövid határidők kerülnek megállapításra (Izd.: XVI pont), bevezeti a törvénykezési szünet fogalmát azzal, hogy kimondja, a július 15-től augusztus 20-ig terjedő időszak nem veendő figyelembe a határidők számításakor.

A törvénykezési szünet jelenlegi gyakorlata csak a bíróságoknak kedvezett, és külön szabály híján a felekre vonatkozó határidők ugyanúgy telnek, így a polgári eljárás kiszámítható működése érdekében szükséges a törvénykezési szünet törvényi szabályozása, a felekre is kiterjedő hatállyal. Ki kell emelni, hogy eltérően szabályozza ezt a törvény aszerint, hogy a határidő napokban, hónapokban, vagy években van megállapítva.

A határidők szünetelése azonban nem alkalmazható soron kívüli eljárások esetén, az előzetes bizonyításban, a végrehajtási perekben, ha a felek ezt közösen kérték, vagy ha a törvény ezt kizárja.

6. Az iratok megtekintésére, és másolat kérésre vonatkozó szabályok változása (Pp 119.§)

Lehetőség van arra, hogy a felek és a perben résztvevő egyéb személyek azt kérjék a bíróságtól, hogy a perirat elektronikus másolatát az általa megjelölt e-mail címre továbbítsa a bíróság, abban az esetben, amennyiben az iratról a kérelmezőnek másolat adható és az irat elektronikus okiratként vagy papírokiat elektronikus másolataként a bíróságnál rendelkezésre

áll. Az ilyen másolatért illetéket nem kell fizetni. Problémát vet fel a vidéki kisebb bíróságokon a technikai megvalósítása, azonban ha megvalósul, nagy könnyebbséget jelentene a peres feleknek.

Újítás továbbá, hogy az ítéletről és az alsóbbfokú bíróságot új eljárásra utasító végzésről a per jogerős befejezését követő 3 hónap eltelte után bárkinek anonimizált másolat adható, oldalanként 300,-Ft, de maximum 5.000,-Ft illeték ellenében, amely fedezi a bíróságok többletfeladatának megvalósításával kapcsolatos költségeket.

Ma még nem megoldott azon kérdés, hogy az ügyben érintett harmadik személy az iratokba betekinthessen, ugyanis a Pp. jelenleg csak a felek, az ügyész és a perben részt vevő egyéb személyek, valamint azok képviselői részére biztosítja az iratbetekintés jogát.

7. A keresetlevél tartalma (Pp 121. §)

A módosítás értelmében nem kell kötelezően beleírni a keresetlevélbe az arra történő utalást, hogy volt e közvetítői eljárás. Csak akkor kell nyilatkozni a közvetítői eljárásra a keresetlevélben, ha volt ilyen közvetítői eljárás a perindítás előtt.

8. A per előtti kötelező egyeztetés (Pp 121/A §)

A jogviták rendezésének leghatékonyabb módja az egyezség, erre kívánják terelni a Pp. jelen pontban meghatározott rendelkezései. Az egyeztetés előnye, hogy formailag kötetlen, rövid idő alatt megoldást nyújthat és költséghatékony. Jobban megőrizhető a jó üzleti viszony is, ha egyezséggel és nem hosszú pereskedés után bírósági határozattal zárul a jogvita. Európában – Angliában, Németországban, és még számos országban – igyekeznek a peren kívüli vitamegoldást előtérbe helyezni, amelytől az ügyek számának csökkenését és a bíróság hatékonyságának növelését várják.

A módosítás a jogi személy, gazdálkodó szervezetek egymás közötti jogvitáiban a keresetlevél benyújtása előtt kötelező egyeztetést rendel el, amely visszanyúlik az 1993 január 1-je előtt hatályban volt szabályozáshoz megfelelő módosításokkal. Ennek lényege az, hogy a perindítás előtt a feleknek meg kell kísérelniük a jogvita peren kívüli elintézését. A törvény előírja, hogy a fél a vitás kérdésben elfoglalt jogi és ténybeli álláspontjait a bizonyítékok

előadásával, okiratok, bizonyítékok csatolásával közölje a másik féllel, akinek arra 15 napon belül részletes választ kell adnia az ellenbizonyítékok csatolásával.

A törvény szerint ez az eljárás csak akkor mellőzhető, ha a felek a közöttük felmerült véleményeltérésről közös jegyzőkönyvet készítenek.

A felperesnek a keresetleveléhez csatolnia kell az előzetes egyeztetéssel kapcsolatos összes okiratot, de ha nem történt válasz az alperes részéről, úgy elég azt igazolnia, hogy megkísérelte a jogvita peren kívüli elintézését. A törvény előírja, hogy a peren kívüli egyeztetés iratainak mit kell kötelezően tartalmaznia.

Fontos tudni, hogy a fenti kötelező egyeztetést nem kell alkalmazni a 60 napnál nem hosszabb határidejű keresetindításoknál, továbbá a törvény IV. részében meghatározott különleges eljárásokban, valamint a fizetési meghagyásos eljárásból perré alakult eljárásokban.

Kritikaként fogalmazható meg egyes jogalkalmazók szerint az hogy a törvényt szöveg nem elég pontos és egzakt, olyan hatást kelt, mintha valamilyen kommentár lenne csupán. Már az is problémát vet fel, hogy a peres eljárást szabályozó Pp. a per előtti időszakra különböző határidőket és kötelezettségeket ír elő. Egyes vélemények szerint a szabályozás olyan hatást kelt, mintha a bíróság a saját feladatát róná már a per előtt a vitatkozó gazdasági társaságokra.

A törvény szerint a Pp. fenti rendelkezése a jogi személy gazdálkodó szervezetek egymás közti pereiben alkalmazandó, de nemcsak a megyei bíróságon, hanem a városi bíróság előtt is.

Ki kell emelni, hogy a Pp. 124. §. (2) bekezdése elég súlyos szankciót fűz a per előtti egyeztetés elmulasztásához, tekintettel arra, hogy kimondja, hogy amennyiben a felperes nem csatolja a keresetlevele mellé a per előtti egyeztetés iratait, úgy azt a Bíróság idézés kibocsátása nélkül elutasítja, de csak akkor, ha a fél jogi képviselővel jár el.

9. Felvételkedés a tárgyaláson (Pp. 134/A §.)

A szabályozás követi a büntetőeljárásról szóló 1998. évi XIX. törvény (a továbbiakban: Be.) rendszerét, amely összhangban van a Polgári Törvénykönyvvel és az Alkotmánybíróság személyiségi jogra vonatkozó határozataival is. A módosítás kimondja,

hogy a nyilvános tárgyaláson időbeli korlátozás nélkül készíthető kép-, illetve hangfelvétel a bíróság tagjairól, a jegyzőkönyvvezetőről, valamint az ügyészeiről.

Peres felekről, valamint más perbeli személyekről, és ezek képviselőiről csak hozzájárulásuk esetén lehet kép, illetve hangfelvételt készíteni.

A törvény eltérő rendelkezéseinek hiányában közfeladatot ellátó személyekről hozzájárulásuk nélkül is lehet kép, illetve hangfelvételt készíteni. Fontos tudni, hogy a kép és hangfelvétel lehetősége csak a nyilvános tárgyaláson adott, zárt tárgyalásról nem lehet ilyet készíteni.

Meg kell még jegyezni, hogy a törvényszövegből úgy tűnik, hogy ezek a jogosultságok csak a sajtót illetik meg.

10. A tanúvédelem (Pp. 167. §)

Jelen kérdéskörben az alkotmánybírósági határozat született, amely megállapította, hogy törvényes mulasztás állt fent, mivel a Be. rendelkezik a tanúvédelemről, ezzel szemben a Pp. nem rendelkezett róla, holott a polgári eljárásokban is indokolt lehet a tanúk védelme.

Az új szabályozás szerint a tanúbizonyítási indítvány esetén továbbra is meg kell jelölni a bizonyítani kívánt tényeket és be kell jelenteni a tanú nevét és idézhető címét. A tanú foglalkozását azonban mostantól nem kell bejelenteni. A tanút megidézni kérő félnek a tanút előzőleg nyilatkoztatnia kell arról, hogy a tanú kéri-e az adatainak zártan történő kezelését, és köteles a tanú nyilatkozata szerint eljárni. Ha a tanút a fél nem tudja nyilatkoztatni, úgy zártan köteles kezeltetnie az adatait.

A zártan történő kezelés esetén az írásbeli beadványban úgy kell megjelölni a tanút, hogy csak a tanú nevét kell közölni, a tanú idézhető címét (és amennyiben szükséges egyéb adatait) a beadványhoz egy példányban csatolt külön lapon kell bejelenteni. Különösen indokolt esetben lehetséges az is, hogy a tanú nevének feltüntetése helyett egyéb megjelölést alkalmazzunk a tanúra.

Ha a tárgyaláson szóban történik a tanú bejelentése, úgy a fentieknek megfelelően kell eljárni, de külön rendelkezés, hogy a tanú adatait tartalmazó külön lapot a bíróságnak úgy kell átadni, hogy annak tartalmát a másik fél ne láthassa.

A bíróság köteles úgy kezelni a zártan kezelt tanú személyi adatait, hogy azokat a tanút megidézni kérő fél, és az ügyész kivételével más fél, és egyéb perbeli személyek ne

ismerhessék meg. Így a tanú adatait tartalmazó lapot ezen személyek nem tekinthetik meg, és másolatot sem kaphatnak róla.

Ha azonban a bíróság az eljárás során megállapítja, hogy a tanú adatait ezen személyek megismerték, úgy a zártan történő kezelést megszünteti.

11. A szakértők (Pp. 183. §)

A szakértői tevékenységről szóló törvénnyel összhangban a Pp. tartalmazza a szakértői testületek által adott szakvéleményre vonatkozó eljárási szabályokat. Szakértői testület, kirendelésére csak akkor kerülhet sor, ha a perben már két, egymástól független szakértői vélemény született, és a köztük lévő ellentmondás a szakértők személyes meghallgatása során sem feloldható.

A szakértői testületre vonatkozóan a személyes megjelenésre való kötelezettség nem a teljes bizottságra, hanem csak annak egy - általuk, a szakvélemény előterjesztésekor megjelölt - tagjára vonatkozik.

Fontos módosítás még, hogy a szakértői testület nem a korábbi szakvélemények felülvéleményezésére kerül kirendelésre, hanem önálló szakvéleményt köteles készíteni.

12. A határozatok közlése (Pp. 218. §.)

Továbbra is főszabály, hogy a tárgyalás folyamán hozott végzéseket és az ítéletet a tárgyalás napján ki kell hirdetni, azonban a módosítás értelmében a bíróság szabadon dönthet arról, hogy rögtön kihirdeti-e az ítéletét, vagy elhalasztja az ítélethirdetést (tehát nemcsak bonyolult ügyben halaszthatja el az ítélethirdetést). A korábbi 8 nappal szemben most 15 napra halaszthat a bíróság, azzal, hogy ezen időtartam alatt le is kell írni az ítéletet, és azt az ott lévő feleknek nyomban kézbesíteni kell.

Továbbra is fennmarad az a szabály, hogy a határozatot a meghozatalától számított 15 napon belül írásba kell foglalni, azonban az írásba foglalástól számított eddigi 15 napos kézbesítési határidő 8 napra rövidül.

A fenti módosítás is a perek gyorsítását szolgálja. A rögtön történő kihirdetés, és a halasztás közül tehát a halasztott ítélethirdetés a gyorsabb, hiszen így 15 napon belül megkapja a fél az ítéletet, míg a másik esetben 15+8 nap, azaz 23 nap az időtartam.

13. A fizetési meghagyásos eljárás (Pp. 313. §.)

Fizetési meghagyás kibocsátásának van helye pénz fizetésére vagy ingó dolog kiadására irányuló lejárt követelés érvényesítése esetén, amely egy egyszerűsített nem peres eljárás keretében zajlik.

A korábban a pénz fizetésére irányuló követelés esetére előírt 200.000,-Ft-os határt 1.000.000,-Ft-ra emelte fel a jogalkotó, azaz az 1.000.000,-Ft alatti pénzfizetésre irányuló követelések kizárólag fizetési meghagyás útján érvényesíthetők.

A módosítás bevezeti az automatizált fizetési meghagyásos eljárás fogalmát, eszerint a bíróság a kifejezetten emberi közreműködést nem igénylő eljárási cselekmények esetében számítástechnikai eszköz útján is eljárhat, amelyre vonatkozóan 2009. július 1-jétől egy közös országos számítógépes rendszert fognak létrehozni. 2009. július 1-től a fizetési meghagyás elektronikus úton is beadható lesz a bíróságokra. A módosítás ezen részének célja az, hogy a fizetési meghagyásos eljárás, hasonlóan a cégeljáráshoz, teljesen elektronikus eljárássá alakuljon át. Emiatt eredetileg volt olyan elképzelés is, hogy országosan egy bíróság lesz jogosult eljárni a fizetési meghagyásos ügyek lebonyolításában, de ez valószínűleg nem fog megvalósulni.

Nagy jelentősége van a fizetési meghagyás kibocsátására irányuló kérelmet tartalmazó űrlapnak, amelyet egy külön IM rendelet tartalmaz (az eddigi fizetési meghagyásos kérelem tulajdonképpen szokásjogi alapon alakult ki).

Fontos újítás, hogy a fizetési meghagyás kibocsátása iránti kérelem mellékleteként csak akkor kell okirati bizonyítékot becsatolni, ha az okirat a követelés kötelezett által való beazonosításához szükségesnek tűnik.

A kérelemben megjelölhetőek a másik fél beazonosításához szükséges adatok (pl. születési hely és idő, anyja neve, adóazonosító jele, cégjegyzékszám, adószám, stb.).

A fizetési meghagyásos eljárás esetén a jogi személyű gazdálkodó szervezet felek nem kötelesek egymással egyeztetni és a fizetési meghagyás mellékleteként sem kell becsatolni a per előtti kötelező egyeztetés iratait.

Ha olyan esetben adnak be keresetlevelet (1.000.000,-Ft alatti követelés), ahol kötelező a fizetési meghagyásos eljárás, úgy a bíróság a keresetlevelet fizetési meghagyás kibocsátására irányuló kérelemként intézi el. Ha viszont olyan ügyben adnak be fizetési

meghagyás kibocsátására irányuló kérelmet, ahol a fizetési meghagyás kibocsátásának nincs helye, akkor a bíróság keresetlevélként intézi el a beadványt.

A bíróság az eddigi 30 nappal szemben 15 napon belül köteles kibocsátani a fizetési meghagyást a kérelem beérkezésétől számítva. Ha azonban elektronikus úton történik a beadás, úgy 3 napon belül kell kibocsátania.

A törvény meghatározza azt is, hogy a fizetési meghagyásnak mit kell tartalmaznia. E körben újítás, hogy a bíróságnak arról is tájékoztatnia kell a kötelezettet, hogy a bíróság a meghagyással érvényesített követelés jogalapját és az annak bizonyítására szolgáló tényeket érdemben nem vizsgálta. Köteles továbbá a bíróság a jogi személy azonosító adatait, így az adószámát és nyilvántartási számát feltüntetni a fizetési meghagyáson, akkor is, ha azt a jogosult nem jelölte meg a kérelemben.

A Pp-ben a követelés teljesítése szempontjából eddig a fizetési meghagyás kibocsátása utáni vagy előtti teljesítésnek volt jelentősége, most a módosítással a fizetési meghagyás kézhezvétele utáni vagy előtti teljesítésnek van jelentősége.

Ha a kötelezett az érvényesített követelést a fizetési meghagyás kézhezvételét megelőzően már teljesítette, úgy a bíróság felhívja jogosultat, hogy 15 napon belül nyilatkozzék követelésének fennállásáról. Ha a jogosult elismeri a kötelezettség teljesítésének megtörténtét vagy a felhívásra nem nyilatkozik, a bíróság a pert megszünteti. Ha a jogosult úgy nyilatkozik, hogy a kötelezett nem teljesített, úgy a per folytatódik.

Ha a kötelezett a fizetési meghagyás kézhezvétele után teljesíti az érvényesített követelést és erre hivatkozik, úgy az nem tekinthető a fizetési meghagyás megtámadásának, hanem ebben az esetben a fizetési meghagyás jogerőre emelkedik. Ha a kötelezett a tartozás megfizetését okirati bizonyítékkal valószínűvé teszi, úgy a bíróság felhívja jogosultat, hogy 15 napon belül nyilatkozzon a követelésének fennállásáról. Ha a jogosult a kötelezett állítását elismeri vagy a felhívásra nem nyilatkozik, a bíróság a fizetési meghagyás jogerőre emelkedéséről szóló záradékban feltünteti azt, hogy a követelés ugyan jogerőre emelkedett, de annak tárgyában végrehajtásnak nincs helye.

Fontos újítás, hogy amennyiben a fizetési meghagyás azért emelkedik jogerőre, mert a fizetési meghagyást a kötelezett nem vette át, hanem azt a kézbesítési vélelem alapján tekintik kézbesítettnek, úgy a kötelezett a fizetési meghagyás jogerőre emelkedése után is jogosult ellentmondásra, mégpedig a végrehajtható okirat részére történő kézbesítésétől számított 15 napon belül. Ekkor a kötelezett az ellentmondás előterjesztésével egyidejűleg köteles a

végrehajtás során felmerült és a jogosult által előlegezett költségeket a jogosultnak megfizetni vagy azt bírői letétbe helyezni. Ha ennek megtörténtét a kötelezett nem igazolja, úgy a bíróság az ellentmondást érdemi vizsgálat nélkül elutasítja. Ha ezt igazolja, úgy a bíróság a végrehajtási eljárást felfüggeszti. Ebben az esetben az ellentmondás előterjesztéséig felmerült költségeket mindenképpen a kötelezett viseli, kivéve, ha a kézbesítési vélelmet megdönti. A bíróságnak a jogerőre emelkedett fizetési meghagyásban külön tájékoztatni kell a jogosultat arról, hogy a fizetési meghagyás az átvétel elmulasztása miatt emelkedett jogerőre és tájékoztatja a jogosultat arról is, hogy a kötelezett még ezt követően a végrehajtási eljárás során is élhet ellentmondással.

Az eljárás gyorsítását szolgálja az, hogy a törvény előírja, hogy a bíróságnak a peres eljárás illetékére történő kiegészítéstől, illetve a részletes kereset benyújtásától számított 30 napon belüli időpontra kell kitűznie az első tárgyalást. Abban az esetben, amennyiben a kötelezett a végrehajtató okirat kézhezvétele után tesz ellentmondást, úgy a bíróság legkésőbb az eljárást befejező határozatában pénzbírsággal sújtja az alperest, abban az esetben, ha az alperes a jogi személy joggyakorlás követelményeivel ellentétesen vagy egyébként nyilvánvalóan alaptalanul terjesztett elő ellentmondást az ügyben. A fizetési meghagyással szembeni ellentmondás folytán perré alakult eljárást a Pp. egy külön új fejezetben, mégpedig az V. rész XXIV. fejezetében megjelölt „Kisértékű perek” c. fejezetben szabályozza.

14. A kisértékű perekre vonatkozó szabályok

A törvény miniszteri indokolása alapján a módosítás egyik kiemelt célja a kisperértékű ügyek idő- és költségtakarékosabb elintézésének előmozdítása, egy egyszerűsített gyorsított pertípus - a kisértékű perek szabályainak - bevezetésével. A kisperértékű ügy fogalmának lényege, hogy az igazságszolgáltatás során eldöntendő ügy súlyához képest aránytalanul nagy az eljárás költsége, sok esetben a pertárgy értékével vetekedhet a perköltség mértéke.

Kisértékű perek azok a perek, amelyek a helyi bíróság hatáskörébe tartoznak és amelyek az 1.000.000,-Ft-ot meg nem haladó pénz fizetésére irányuló követelések érvényesítése érdekében benyújtott fizetési meghagyással szemben előterjesztett ellentmondás folytán alakultak át perré. A kisértékű perek lényege a gyorsítás, valamennyi perbeli cselekményre elég rövid határidő van. Azt, hogy egy per kisértékű pernek minősül-e, az dönti el, hogy a per tárgyának mennyi volt az értéke a fizetési meghagyás kibocsátása iránti kérelem

beadásakor. Ha később keresetváltoztatás folytán a pertárgy értéke nő, úgy a pert az általános szabályok szerint kell folytatni.

Nem lehet alkalmazni a kisértékű perek szabályait, ha az iratokat hirdetmény útján kell kézbesíteni, vagy ha bármelyik félnek ügygondnoka van, illetve akkor sem, ha a felek közösen előterjesztett kérelmükben ezt külön kérik. A bíróság a felperes részletes keresetét és bizonyítékait legkésőbb a tárgyalásra szóló idézésben közli az alperessel.

A bíróság külön tájékoztatja a feleket arról, hogy a pert ezen gyorsított eljárás szabályai szerint fogja elbírálni, és ezen szabályokat röviden le is kell írni. A bíróságnak a tárgyalást úgy kell kitűznie, hogy az első tárgyalási nap a felperes részletes keresetének és illetéklerovásának bíróságra történő beérkezésétől számított legkésőbb 45 napon belül megtartható legyen (valószínűleg a bíróságok leterheltsége miatt ez a határidő nem lesz tartható, de az igazságügy miniszter kérésére került ez bele a törvénybe).

A bizonyítás felgyorsítása érdekében a módosítás előírja, hogy a fél a bizonyítási indítványait néhány kivételtől eltekintve legkésőbb az első tárgyalási napon terjessze elő. Kivétel ezalól a keresetváltoztatás, illetve viszontkereset indítás esetén a megváltoztatott keresettel, illetve viszontkeresettel szembeni bizonyítási indítvány, amelyet a fél azon a tárgyalási napon is előterjeszthet, amelyen a keresetváltoztatás vagy viszontkereset indítás történt, vagy ha ennek előterjesztésére 2 tárgyalási nap között került sor, úgy az azt követő tárgyalási napon. Arra is lehetőség van, hogy a bíróság a tárgyalásra történő felkészülésre határidőt biztosítson és ebben az esetben az alperes bizonyítási indítványait ezen határidőn belül kell előterjesztenie. Számítási kifogás előterjesztése esetén a beszámítani kívánt követelés bizonyítására vonatkozó indítványt a kifogás előterjesztésével egyidejűleg kell előterjeszteni. Abban az esetben, amennyiben az ellenfél ebbe beleegyezik, a félnek jogában áll a bizonyítási indítványait a per folyamán bármikor előterjeszteni. Kivétel továbbá az, ha a félnek az első tárgyalási napot követően jut a tudomására az a tény, amelyre bizonyítékként hivatkozni kíván. Ebben az esetben az I. fokú ítélet meghozatalát megelőző tárgyalás berekesztéséig terjesztheti elő a fél a bizonyítási indítványait.

A per gyorsítása érdekében a törvény kimondja, hogy a fenti rendelkezésekkel ellentétesen előterjesztett bizonyítási indítványokat a bíróság köteles figyelmen kívül hagyni. Változik a tárgyalás elmulasztásának jogkövetkezménye is, annyiban, hogy abban az esetben, amennyiben a tárgyaláson egyik fél sem jelenik meg, úgy az eljárás nem szünetelhet, hanem a bíróság a pert megszünteti. A folytatólagos tárgyaláson történő megjelenés elmulasztása sem

gátolja az ügy érdemében való döntést, hanem a bíróság ebben az esetben a rendelkezésre álló adatok alapján dönt. A folytatólagos tárgyalást úgy kell kitűzni, hogy az elhalasztott napját követően legkésőbb 30 napon belül megtartható legyen. Keresetváltoztatásra a felperesnek az alperes érdemi ellenkérelme után csak egy alkalommal, az első tárgyaláson van lehetősége. Ezen időpont után csak akkor változtathat keresetet a felperes, ha ehhez az alperes hozzájárul. A bíróság kivételesen engedélyezheti, hogy a felperes a keresetét az első tárgyalást követően is megváltoztathassa, de legkésőbb a folytatólagos tárgyalásig nyitva álló időköz első harmadában akkor, ha az első tárgyaláson ehhez felkészülési időt kért.

A felperes akkor is megváltoztathatja az első tárgyalás után a keresetét, ha ezt követően jut tudomására olyan adat vagy tény, amely indokolja a keresetváltoztatást. A keresetváltoztatási tilalom azonban nem zárja ki azt, hogy a felperes az első tárgyalást követően az alperes hozzájárulása nélkül az eredetileg követelt dolog helyett más dolgot vagy kártérítést követeljen, ugyanazon jogviszony alapján más jogkövetkezmény alkalmazását kérje, a keresetét felemelhesse vagy leszállíthassa, illetve azt a járulékokra is kiterjeszthesse, vagy megállapítás helyett teljesítést, vagy teljesítés helyett megállapítást követelhessen. Azonban a bíróságnak az ilyen keresetváltoztatást is figyelmen kívül kell hagynia, ha nyilvánvaló, hogy annak előterjesztése a per elhúzását célozta.

Az alperes ellen viszontkeresetet csak az első tárgyaláson indíthat. Ezen időpont után csak akkor, ha az alperes hozzájárult. A bíróság kivételesen engedélyezheti, hogy ezután is előterjeszthessen viszontkeresetet, de csak akkor, ha ehhez felkészülési időt kért és a tárgyalási időköz első harmadában. Ha a felperes a keresetét az alperes hozzájárulásával megváltoztatta, úgy az alperes a határidőn túl a felperes hozzájárulása nélkül is indíthat viszontkeresetet. A bíróság köteles érdemi tárgyalás nélkül elutasítani a viszontkeresetet, ha azt a perelhúzás miatt terjesztették elő. Szintén elutasítja azt a keresetet a bíróság, amelyben nem kizárólag pénzkövetelést érvényesítenek, vagy amelyben olyan pénzkövetelést érvényesítenek, amely az 1.000.000,-Ft-ot meghaladja. Beszámítási kifogást is főszabályként csak az első tárgyaláson lehet előterjeszteni, kivéve, ha a beszámítani kért követelést az ellenfél elismeri, a beszámítandó követelés fennállta közokirattal vagy teljes bizonyító magánokirattal bizonyítható, a beszámítani kért követelés az első tárgyalás után járt le, a követelés fennálltáról vagy lejártáról az első tárgyalás után szerzett a fél tudomást és ezt valószínűsíti.

A bíróság kivételesen itt is engedélyezheti, hogy az első tárgyalás után terjesszen elő a fél beszámítási kifogást, de csak akkor, ha ehhez az első tárgyaláson felkészülési időt kért és ezt a tárgyalási időköz első harmadában meg kell tennie.

A kísértékű perekben a fellebbezés lehetősége is korlátozott. Fellebbezni csak az I. fokú eljárás szabályainak lényeges megsértésére, vagy az ügy érdemi elbírálásának alapjául szolgáló jogszabály téves alkalmazására hivatkozással van helye. A fellebbezési határidő elmulasztása miatt a fellebbezési határidő utolsó napjától számított 60 napon túl nincs helye igazolási kérelemnek. A II. fokú eljárásban új tényt állítani, illetve új bizonyítékot előterjeszteni nem lehet. A II. fokú bíróság az ügyben tárgyaláson kívül határoz, kivéve, ha a felek bármelyike tárgyalás tartását kéri.

A fellebbezési jog korlátozása bizonyos alkotmányossági aggályokat felvet, tekintettel arra, hogy sok embernek az 1.000.000,-Ft is sokat számít és esetükben nem indokolt a fellebbezés ilyen körű korlátozása. Nem lehet továbbá a fenti fellebbezési szabályokat alkalmazni a végzés elleni fellebbezés esetében, valamint tartási vagy járadék jellegű követelésekre irányuló perek esetén az ítélettel szembeni fellebbezés során sem.

A tanulmányomban összefoglaltam a polgári perrendtartás utóbbi időben megvalósított legátfogóbb módosítását, amely hatással van megannyi jogág eljárásjogi szabályaira. Jelen módosítással a jogalkotó a túlterhelt bíróságok és az elhúzódo perek problémáját próbálja orvosolni a külföldi minták figyelembevételével. A jogi szabályozás sokszor előremutató, azonban a gyakorlatba az anyagi források biztosítása miatt gyakran nehezen átültethető. A módosítás alkalmazhatóságának sikeressége a jövő kérdése.

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.¹ 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 bíróságok, a legfőbb bírói fórum, és ezek közé gyakran beékelődik egy fellebbviteli bíróság is. A kétféle bírósági szervezet nem alá-fölrendeltségi, hanem mellérendeltségi viszonyban

* 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.

¹ Posner 2006, 1050. o.

áll egymással, a különbség a hatáskörben,² 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*)³ 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:⁴ 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.⁵ 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.⁶ 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 bíróinak kinevezésében a szakmai háttér mellett az ideológiai elkötelezettséget is figyelembe veszik.

² 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.).

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

⁴ A speciális bíróságokat nem számítva.

⁵ 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.

⁶ Az előbbihez lásd: Sunstein et al. 2006, az utóbbihoz Kennedy 1986.

Természetesen üresedés esetén (ne feledjük, a Supreme Court bíráinak 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.⁷ Ilymódon a Supreme Court – bizonyos igenis létező korlátok mellett – aktív alakítója a politikának.⁸

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

A jogalkotási folyamat szétiláltsága: 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 alaptól 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.⁹

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.¹⁰ 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,

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ Atiyah – Summers 1987, 307-308. o.

¹⁰ Atiyah – Summers 1987, 310-311. o.

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

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.¹² De általában véve is elmondható, hogy a bíróságok egyfajta demokratikus-alkotmányos kontrollt jelentenek a többség túlkapásaival szemben,¹³ valamint háború idején a kormányzat esetleges túlkapásaival szemben.¹⁴

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

¹¹ Church 1990, 1094. o.

¹² Oakes 1980, 183. o.

¹³ 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 akaratával (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).

¹⁴ 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 McCarthyizmus; 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.

alkalmazza a jogot¹⁵ – egy praktikus és rugalmas eljárás. Ha ugyanis az Alkotmány szövegét 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.¹⁶

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 agyműtéteket végez”,¹⁷ 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

¹⁵ Posner 2008, 23. o.

¹⁶ Scalia 1989a, 852. o.

¹⁷ „[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.

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: 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.¹⁸ Mai formájában egyik legkorábbi „hívének” az utilitarista Jeremy Bentham tekinthető.¹⁹ ²⁰ 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.²¹ Mint ilyen, cselekedjen bármit is, célja, hogy tevékenysége a lehető legnagyobb haszonnal járjon számára. A jog mint embertömegek magatartásának irányítója ugyanezt kell, hogy

¹⁸ Posner 2001, 33. o.

¹⁹ 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 kínálatl 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.

²⁰ A Bentham és Posner jogelméleti különbségekhez lásd: Tóth 2004.

²¹ „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.

célozza: a lehető legmagasabb ösztársadalmi haszon elérését. E szemléletmód bírói ítélkezésben való megjelenése egy egyszerű példával érzékeltethető. Tegyük fel, hogy bekövetkezik egy autóbaleset, és a felek bíróság elé viszik az ügyet. A hagyományos szubszumáló szemlélet követője ilyenkor elővenné a vonatkozó magánjogi törvényhelyet, és megvizsgálná, alkalmazható-e a jelen esetben. A jog gazdasági elméletének híve ezzel 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.²² 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).²³

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.”²⁴ 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

²² Posner 2001, 37. o.

²³ Posner 2001, 38. o.

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

lefektetett jogosultságokat annyiban tekinti értékesnek és védendőnek, amennyiben azok további pozitív társadalmi hatások eszközeiként hasznosulnak.²⁵ 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 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 piacán²⁶ – 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 indokoltá 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 beszédidőt 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

²⁵ Posner 2001, 62. o.

²⁶ Posner 2001, 65-66. o.

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

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 terjedelmi 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”,²⁸ mint Dworkin Herkulese, ugyanakkor semmivel nem is rosszabb képességűek elődeiknél.²⁹ Posner alapvetésként kezeli azt is, hogy a hagyományos értelemben vett joganyag (jogszabályszovegek, precedensek) nem alkalmas minden döntésre váró jogvita kétség nélkül való megválaszolására. A bírák több-kevesebb döntési szabadsággal rendelkeznek.³⁰ Ez a szabadság azonban nem önkéntes, hanem a joganyag korlátozott hatékonyságából eredő.

Posner kétféle jogszemléletet különít el: a legalizmust és a pragmatizmust.³¹ 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

²⁷ Posner 2001, 73. o.

²⁸ Posner 2008, 7. o.

²⁹ 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.

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

³¹ Posner 2008, 175. o.

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 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.³² 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 törlik, ha szakad, legalista hozzáállást tanúsítsanak ítélkező tevékenységük folyamán. A törvénytiszteletet³³ 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.³⁴ Gazdaságos lehet ez a megoldás a túlzásba vitt bírói aktivizmus megfékezése okán is.³⁵ Máskor viszont, amikor a társadalmi igény megvan hozzá, az esetleges tranzakciós költségeknél nagyobb a változtatással járó haszon.

³² 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.

³³ 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.

³⁴ Posner 2001, 158. o.

³⁵ Posner 2001, 162. o.

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 demokrata³⁶ bíró nem vindikál magának jogalkotói hatáskört. A *common law*, a bírói jogalkotás ideje lejárt, ez a minta nem egyeztethető össze egy hatalommegosztással működő demokráciával.³⁷ 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

³⁶ 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.

³⁷ Scalia 1997, 10. o.

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.^{38 39} Az amerikai szövetségi bírák kinevezése negyven-ötvenéves korukban történik, tehát azután, hogy évtizedes munka- és élettapasztalatra tettek szert. Ez a tapasztalat alkalmasabbá teszi őket az „alkalmi jogalkotó” szerepére,⁴⁰ 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.⁴¹ 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.⁴² 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.⁴³

A saját élettapasztalat mellett Posner üdvösnek látná, ha a bírák „nagyobb érdeklődést mutatnának a tények iránt”, tekintettel arra, hogy „ebben rendszerben a bírók ugyanúgy

³⁸ Posner 2001, 165. o.

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

⁴⁰ Posner 2008, 161. o.

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

⁴² 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 státuszból (*Associate Justice*).

⁴³ Posner 2006, 1056. o., Posner 2008, 166-169. o.

lesznek jogalkotók, mint ahogy jogalkalmazók is.”⁴⁴ 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 jogászképzés⁴⁵ és az ügyvédek általi tényszolgáltatás.⁴⁶

Az életkor és a tapasztalat taglalásánál érdemes egy pár szót ejteni az intuíció és az érzelmek szerepéről a bírói döntésben. A jogászi közfelfogás ezeket a tényezőket nemkívánatosnak tartja az ítélkezésben, 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 döntésekhez.⁴⁷ 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).⁴⁸ A megérzéseket valós tapasztalatok táplálják, melyek a korral értelemszerűen gyarapodnak.⁴⁹ 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.⁵⁰ Bizonyos érzelmek – például a harag, az undor, a felháborodás, a szeretet – eltorzíthatják a döntést, ezért félretételük – amennyire lehetséges - helyénvaló.⁵¹ 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.⁵²

Az Egyesült Államok legmagasabb szintű bírói fóruma a Supreme Court, mely egyúttal a legszélesebb körű jogalkotó kapacitással is rendelkezik. A Supreme Court a XX.

⁴⁴ „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.

⁴⁵ Pokol 2005, 394. o.

⁴⁶ Posner 2006, 1066-1067. o.

⁴⁷ Posner 2001, 228. o.

⁴⁸ Posner 2006, 1063. o.

⁴⁹ Posner 2008, 107-109. o.

⁵⁰ Posner 2001, 242. o.

⁵¹ Posner 2001, 241. o.

⁵² Posner 2001, 243. o.

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.⁵³ 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 végeessége: míg a választott képviselőket kiterjedt személyzet segíti a társadalomról való információgyűjtésben, addig a főbírókra ez nem igaz. Mindemellett a Supreme Court-nak nincs is elegendő hatalma döntései kikényszerítésére: nincs kapacitása az útmutatásaival ellenkező jogi és nem jogi gyakorlat figyelésére és 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.⁵⁴ 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 keresztül tegyenek a jogalkotónak. „A bírók feltakarítanak a jogalkotó után, ami helyénvaló, bizonyos értelemben még demokratikus is.”⁵⁵ 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*”).⁵⁶ 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

⁵³ Posner 2008, 305. o.

⁵⁴ Posner 2008, 306. o.

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

⁵⁶ Posner 2008, 312. o.

szármottevő többsége a katolikus egyházhhoz 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.⁵⁷ 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, 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.⁵⁸ Felvetésem egy, a *How Judges Think*-ben tett utalás kapcsán merült föl.⁵⁹ 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,⁶⁰ 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 –

⁵⁷ Ezzel azonban semmiképpen sem akarom a Critical Legal Studies fennhangoztatott 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.

⁵⁸ Posner büntetőjogi koncepciójára lásd pl.: Pokol 2007.

⁵⁹ Posner 2008, 181. o.

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

márpedig a Posner-féle gazdasági elmélettel ez a helyzet –, a hatékonyság megítélése vitathatóvá válik.⁶¹ 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 illelhető 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* *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 össztársadalom valós jólétét szolgáló döntéseket hoznak, hanem olyanokat, amelyek egy, akár szűk társadalmi csoport érdekét mozdítják elő – az össztársadalmi jólét leple alatt.⁶² Nem mintha az amerikai egyetemek nem volnának amúgy is kellőképpen átpolitizálva.⁶³

⁶¹ Gondoljunk 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.

⁶² 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.

⁶³ 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

E helyütt érdemes említést tenni Posner azon megállapításáról, hogy jelenleg a bírók kifejezetten számítanak az ügyvédek segítségére a vitás ügy tényeinek meghatározásában.⁶⁴ 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 a tényt leplezni azáltal, hogy a laikusok számára érthetetlen nyelvezetet használnak.⁶⁵ Posner felsorolja azokat a tényezőket, amelyek ezeket a hatásokat enyhítik. A második kifogás ellen az vehető fel, hogy a szakértőnek is érdeke érthetően előadni mondanivalóját, hiszen laikus emberek meggyőzése a célja.⁶⁶ Az első kifogással szemben öt felvetés merült fel.⁶⁷

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.

nem akarnak elesni a támogatásuktól – el kell hallgatniuk a diszkriminációval szembeni ellenérzésüket. Vö. Posner 2008, 221-229. o.

⁶⁴ Posner 2008, 220. o.

⁶⁵ Posner 2001, 401. o.

⁶⁶ Posner 2001, 404. o.

⁶⁷ Posner 2001, 402-404. o.

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.⁶⁸ 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.⁶⁹ Úgy véli, ez a látens értékrend teszi érthetővé, miért engedné az „elit” bírónak, hogy gátat szabjanak az olyan megoldásoknak, amelyeket nem bírnak „megemészteni.”⁷⁰ 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,⁷¹ valamint a családon belüli (feleség elleni) erőszak állami megakadályozásának ellenzését azon az alapon, hogy a nőnek mindig van választása.⁷² West két nézet ütközésére (és helytelenségére) hívja fel a figyelmet Posnernél. Az egyik (a korábbi) 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.

⁶⁸ Dworkin 2006, 75. o.

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

⁷⁰ Dworkin 2006, 93. o.

⁷¹ West 1986, 1449. o.

⁷² Ld. uo.

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*”)⁷³ 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”⁷⁴ 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 rendszerben.⁷⁵ A Supreme Court mégis döntött. Ezzel nem pusztán „egy eset” végére tett pontot, hanem látványosan kiállt egy politikai irányvonal, egy értékrend mellett.⁷⁶ A *Brown*-döntést hasonló ítéletek sora követte, melyek rendkívül kiterjesztő módon értelmezték az

⁷³ 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”).

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

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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.

amerikai Alkotmány szövegét – olykor még a jelentős társadalmi többségi akarát ellenében is.⁷⁷ 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.⁷⁸ 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:⁷⁹ a purpozivizmus a jogszabály objektív célját tartja követendőnek, 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

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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 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. lábj.), 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.

vizsgálja; a hipotetikus intencionalizmus arra kérdez rá, hogy vajon az a jogalkotó, amely megalkotta az adott szabályozást, vajon milyen választ adna a ma problémáira.⁸⁰

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.⁸¹ Ilyen bizonytalanságok esetén a bíró megteheti, hogy a saját értékítéletét állítja be jogalkotói akaratként.⁸² ⁸³ Mindemellett a különböző érdekcsoportok is rájátszottak az originalista gyakorlatra: egy-egy „nekik dolgozó” képviselő útján elérik, hogy olyan nyilatkozatok szerepeljenek a jegyzőkönyvekben, amelyek később az adott csoport javára szóló döntést eredményezhetnek.⁸⁴ 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 Scalia a legkarakterisztikusabb és már csak ítélkező tevékenysége miatt is legbefolyásosabb⁸⁵ 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

⁸⁰ E felosztáshoz lásd: Tóth 2007, 147-148. o.

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

⁸² Scalia 1997, 18. o.

⁸³ 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.

⁸⁴ Scalia 1997, 34. o.

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

feltárását segíti továbbá a jogszabályi kontextus is.⁸⁶ 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.⁸⁷ A *common law* rendszerre jellemző bírói attitűd legitimitása megkérdőjelezhető.⁸⁸ 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.⁸⁹ 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”,⁹⁰ 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.⁹¹ 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 volna akadályozni azt.⁹² Arisztotelészre hivatkozva Scalia is a jog, és nem emberek uralma mellett teszi le a voksot.⁹³ A joguralom nem más, mint egy szabályokból álló jogrendszer.⁹⁴

⁸⁶ Scalia 1997, 37. o.

⁸⁷ Vö. Scalia 1989b, 1176. o.

⁸⁸ Scalia 1997, 13. o.

⁸⁹ Scalia 1997, 12. o.

⁹⁰ „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.

⁹¹ E kitétel természetesen nem mindenki osztja, lásd pl. a 13. lábjegyzetet.

⁹² 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 kifejezést a magyar nyelvben kevésbé használatos, a „materális” 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.

⁹³ Scalia 1989b, 1176. o.

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 foglalata a problémakörnek, a továbbiakban jórészt erre támaszkodva foglalom össze a hozzá kapcsolódó legfontosabb megállapításokat.⁹⁵

A szabályok előnyei közé a következő tulajdonságok sorolhatók:⁹⁶

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

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.

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.

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

⁹⁵ 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).

⁹⁶ Sunstein 1995b, 969-977. o.

⁹⁷ Sunstein 1995b, 971. o.

⁹⁸ Ezt nevezi Jonathan Siegel „koordináló” funkciónak. Vö. Siegel 2001, 323. o.

Kifogásként a következők hozhatók fel a szabályok ellen.⁹⁹

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.¹⁰⁰

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 lepezik 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.

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

⁹⁹ Sunstein 1995b, 978-996. o.

¹⁰⁰ 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 jogpozitivisták 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 gőzösön, 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, Farris pedig gyilkosságért köröztek. 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).

6. A szabályok kiüresítik a tisztességes eljáráshoz való jogot abban az értelemben, hogy bár a *due process* klauzula¹⁰¹ 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.¹⁰²

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.¹⁰³ 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 tünnie, különben sérül az állampolgárok igazságérzete. A bírói jogalkotás ezt a feladatot nem képes ellátni.¹⁰⁴

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).¹⁰⁵ A másik kritika a joganyag egységességét érinti: az esetről esetre történő bírói jogalkotás dominanciája azt jelenti, hogy az adott jogkérdés egységes elbírálása nem fontos cél, hiszen gyakorlatilag tizenhárom szövetségi fellebbviteli bíróság és

¹⁰¹ 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”).

¹⁰² 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.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Scalia 1989b, 1178. o.

¹⁰⁵ Ld. uo.

ötven tagállami legfelsőbb bíróság kezébe kerülhet a végső szó. Végül nem hagyható figyelmen kívül a jobbiztonság, a kiszámíthatóság. Scalia is osztja azt a klasszikus pozitivisták nézetét, miszerint a rossz jogszabály is jobb a szabálynélküliségnél.¹⁰⁶

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 (felsőbbbírói bíró esetén), hanem a sajátját is, hiszen a későbbi hasonló helyzetekben is az adott szabály alapján kell döntenie.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

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.¹¹⁰ Ilyen helyzetben – de csakis ilyenkor – , vagyis ha a pusztán szöveg semmiképpen sem vezet egyetlen eredményre, segítségül hívható a törvényhozási előtörténet is.¹¹¹

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

¹⁰⁶ Scalia 1989b, 1179. o.

¹⁰⁷ Ld. uo.

¹⁰⁸ Scalia 1989b, 1180. o.

¹⁰⁹ Scalia 1989b, 1183. o.

¹¹⁰ Ld. uo.

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

¹¹² 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. lábuj.

¹¹³ 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.¹¹⁴ 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.¹¹⁵ 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.¹¹⁶ 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.¹¹⁷ A Supreme Court megállapította az alapjog sérelmét és az ügy újratárgyalását rendelte el.¹¹⁸ 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.¹¹⁹

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

¹¹⁴ Scalia 1989a, 862. o.

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

¹¹⁶ Scalia 1989a, 962. o.

¹¹⁷ „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”).

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ 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 „vádját”, 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.¹²⁰ A felperes, bizonyos Patterson autójába – mely a kettes

¹²⁰ Siegel 2001, 312-315. o.

számú alperes, a General Motors terméke – belehajtott az első számú alperes, Davis. A baleset 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.”¹²¹ 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, Davisszel 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,¹²² 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.¹²³ 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 szövegekövetés alól mentesít, márpedig ebben az esetben teljesen jogos Scalia azon kritikája, hogy nem határozható meg kétséget kizáróan, mi a követendő mérce.

¹²¹ „[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.

¹²² Lásd: 110. lábj.

¹²³ Siegel 2001, 325-335. o.

Siegel hivatkozik egy 1989-es Supreme Court-döntésre, melyben Scalia a törvényhozási előtörténetre alapozva szűkíti le egy szó jelentését párhuzamos véleményében. Siegel annak bizonyítékát látta ebben, hogy még a textualisták is inkább a második utat választják, a következetlenség 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 esküdszék 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 helyben hagyta 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 elítéltetésének bizonyítása útján, ha a bíróság úgy ítéli meg, hogy az elítéltetés bizonyítása mögött nyomósabb okok állnak, mint a „*defendant*” megóvása az efféle tények hitelrontó hatásától (amely esetleg méltánytalanul növelheti annak esélyét, hogy az esküdszék a „*defendant*” rovására dönt). Ugyanez a jogszabály azonban bírói mérlegelés nélkül kötelezővé teszi az ilyen bizonyítékok figyelembevételét polgári perek felperesei esetén.¹²⁴ 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:¹²⁵

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

¹²⁴ Vö. 490 U. S. 504

¹²⁵ 490 U. S. 529

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

Mennyiben adhatunk igazat Siegelnek a textualizmus gyengeségeiről alkotott meglátásaiban? Azt hiszem, az általa vázolt fiktív – 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 hétköznapiakban 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.¹²⁷ 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.¹²⁸ A *Smith v. United States*-ügyben – melynek előadója Sandra Day O’Connor bírónő volt – egy Smith nevű embert harminc év szabadságvesztésre ítélték bünszövetkezetben 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

¹²⁶ Ld. uo.

¹²⁷ 490 U. S. 528

¹²⁸ Lásd még: Pokol 2005, 417-418. o.

kábítószer-kereskedelemmel összefüggő bűncselekmény során és azzal összefüggésben”¹²⁹ követi el; a legsúlyosabb büntetés akkor helyezhető kilátásba, ha a lőfegyver a törvény 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 ily módon megalapozott. A mélyebb megalapozás érdekében a Supreme Court más jogszabályokat is segítségül hív, azzal a jelszóval, hogy „a jogszabályértelmezés ... egy holisztikus tevékenység.”¹³⁰ 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*”).¹³¹ 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).¹³²

Scalia különvéleménye a következő érveket hozza fel.¹³³

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

¹³⁰ „Statutory construction ... is a holistic endeavor.” 508 U. S. 233

¹³¹ 508 U. S. 231

¹³² 508 U. S. 234

¹³³ Lásd ehhez: 508 U. S. 241-247

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.

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 fenyegetéssel lehetséges. A „kábitószer-kereskedelemmel összefüggő” kitétel később került a jogszabályszövegbe, 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 ellenponton, összevonva az első kettőt.

1-2. Nem látom indokát annak, hogy egyértelműnek tekintsük a „rendeltetésszerű használat” kitélt. 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. Mindemellet az elemzett döntés megerősíti Pokol Béla abbéli kritikáját Scaliát illetően, hogy figyelmen kívül hagyja a jogdogmatikai kategóriarendszert, ami pedig a modern jog elengedhetetlen kelléke.¹³⁴ Pokol arra alapozza kritikáját, hogy egy szó, fogalom jelentését nem elegendő annak a hétköznapi bevetett értelmével meghatározni, a jogi jelentést a jogtudósok dolgozzák ki monográfiáikban.¹³⁵ 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.

Mindemellet 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 perkoltséget rendező jogszabályokban a két fogalom – az ügyvédi költség és a szakértői költség – világosan elkülönül egymástól,¹³⁶ és a bírói gyakorlat („*judicial usage*”) is külön fogalmakként kezeli őket.¹³⁷

David A. Strauss két ponton kritizálja Scalia azon érvét, hogy a szabályok előmozdítják az egyenlő bánásmódot.¹³⁸ 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 panaszait, meghallgatják őket, és a született

¹³⁴ Pokol 2005, 421. o.

¹³⁵ Ld. uo.

¹³⁶ Manning 2006, 93. o.

¹³⁷ 499 U. S. 83

¹³⁸ Vö. Scalia 1989b, 1178. o.

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.^{139 140} Nos, erre 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?¹⁴¹ 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, kívánatosá 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.¹⁴² A jogszabály céljairól, a jogalkotó szándékáról fentebb már szóltunk. 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 halálbüntetési ügyeket. Végülis esküt tett arra, hogy alkalmazza a törvényeket és nem kapott rá felhatalmazást, hogy a saját maga által kreált szabályokkal helyettesítse őket.”¹⁴³

¹³⁹ Lásd ezekhez: Strauss 2008, 999-1000. o.

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

¹⁴¹ 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 végtel fele fordul.

¹⁴² Strauss 2008, 1003. o.

¹⁴³ „[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.

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.¹⁴⁴ Megjelenése – csakúgy, mint korábban az originalizmus esetében – egyenes következménye a korábban domináns jogfelfogás visszásságainak.¹⁴⁵ Ám többen felróják a textualistáknak, hogy még mindig a más irányzatoktól (különösen a purpozivista originalizmustól) való elhatárolódással 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.¹⁴⁶ Ebbe olykor beletartozik az orvosolni kívánt probléma, ebből következően pedig a jogalkotói szándék.¹⁴⁷ 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”,¹⁴⁸ 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.¹⁴⁹ 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.¹⁵⁰ 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

¹⁴⁴ 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 jogszabályszövegből.

¹⁴⁵ Molot 2006, 24. o.

¹⁴⁶ Molot 2006, 35. o., Manning 2006, 78. o.

¹⁴⁷ Manning 2006, 84-85. o.

¹⁴⁸ „Keep the Revolution Alive”, vö. Molot 2006, 44. o.

¹⁴⁹ Molot 2006, 48. o.

¹⁵⁰ Molot 2006, 53. o.

megvalósulásának.¹⁵¹ 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.¹⁵²

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.

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

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

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:¹⁵³

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)

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

*Papp Tekla PhD egyetemi docens,
Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Polgári Jogi és Polgári Eljárásjogi Tanszék*

*Tekla Papp PhD Dozentin,
Lehrstuhl für Zivilrecht und Zivilprozessrecht der Staats- und Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Szeged*

Über den Timesharing-Vertrag

1. Der Timesharing-Vertrag im ungarischen Zivilrecht¹

Der Timesharing-Vertrag gehört zum Kreis der atypischen Verträge, da er über die gruppentypischen Charakteristika dieser Vertragsart verfügt. So ist für ihn charakteristisch:

a) die fremdsprachliche Bezeichnung, deren Entsprechung in der ungarischen Sprache (Vertrag über den Erwerb eines zeitlich geteilten Nutzungsrechtes an Immobilien) ein nicht leicht zu benutzender Ausdruck ist;

b) dass er im Zivilgesetzbuch unter dem Teil „Einzelne Verträge“ (Teil IV, Abschnitt III) nicht zu finden ist und den hier aufgeführten Vertragsarten nicht zugeordnet werden kann;

c) dass bei der Herausbildung und Gestaltung der ungarischen Regelungen die ausländischen praktischen und rechtsgestalterischen Beispiele sowie die einheimischen Gewohnheiten eine wichtige Rolle spielten;

d) dass es sich um einen der auf der Ebene von Regierungsverordnungen geregelten atypischen Verträge handelt;

e) sie sind betroffen von den in der europäischen Rechtsentwicklung zu beobachtenden Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung: in Hinsicht des Verbraucherschutzes durch die Richtlinie 94/47/EU geregelt;

f) sie sind nach 200. § Absatz (1) ZGB im Sinne der Typenfreiheit unter Einhaltung des Verbotes des Verstoßes gegen eine Rechtsverordnung [Regierungsverordnung 20/1999. (II.5.)] mit beliebigem Inhalt abschließbar, wobei die allgemeinen Vertragsvorschriften (ZGB Teil IV, Abschnitt I) auch für diese Vereinbarung maßgeblich sind;

¹ Der Untertitel wurde auf der Grundlage des Hochschulkripts Tekla Papp : Atypische Verträge (Atipikus szerződések). (Palatia, Szeged, 2006., S. 6–14.) erarbeitet.

g) dass den Rechtsvorschriften entsprechend die Schriftform vorgeschrieben ist; nicht unbedingt als Gültigkeitszubehör, eher aus Sicherheits-, aus Beweisbarkeitsgründen (hier Schutz des Verbrauchers);

h) dass die Bestrebung zur ausführlichen und genauen schriftlichen Formulierung die Anwendung der allgemeinen Vertragsbedingungen nach sich zieht;

i) dass als Vertragschließende Partei auf der einen Seite der Vereinbarung im Allgemeinen eine Wirtschaftsorganisation (hier Verkäufer) erscheint;

j) dass sie auf ein dauerhaftes Rechtsverhältnis gerichtet, eine längerfristige Marktbeziehung regeln.

Der Timesharing-Vertrag gehört innerhalb der atypischen Verträge nicht zu den selbständigen (von anderen Rechtsverhältnissen und Tätigkeiten unabhängigen, z.B.: Konzessionsverträgen, Franchise-Verträgen), sondern zur Kategorie der nicht eigenständigen Verträge, weil daran eine bestimmte Tätigkeit – die von einem der Vertragspartner gewerbsmäßig betrieben wird (hier betreibt der Verkäufer eine Fremdenverkehrsdienstleistung) – gebunden ist, deren „Ergebnis“ vermittels des Timesharing-Vertrages an den Verbraucher übertragen wird. Betrachten wir die Vereinbarung von dem Gesichtspunkt aus, ob sich gegenüber den im ZGB typisierten Verträgen in den Neben- oder wesentlichen Zügen Abweichungen zeigen, kann festgestellt werden, dass er zu den atypischen Verträgen mit akzessorischem Charakter gehört (weil ein spezielles nicht im ZGB geregeltes Nutzungsrecht geregelt wird).

2. Die Regulierung des Timesharing-Vertrags

Das Europäische Parlament und der Rat nahm am 26. Oktober 1994 die EU-Richtlinie 94/47/EG an (Zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien) an, da

- im Hinblick auf Timesharing-Verträge die Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen die Funktionstüchtigkeit des Binnenmarktes behindern und den Wettbewerb verzerren können,
- die Erwerber einen hochgradigen Schutz erhalten müssen (Recht zur Informiertheit, mit entsprechender Sicherstellung des Rücktrittsrechts,

- Forderung zur schriftlichen Information, Verbot der Annahme von Vorauszahlungen),
- den Verkäufern Mindestverpflichtungen vorgeschrieben sein müssen, deren Erfüllung zu gewährleisten ist,
 - die Mindestbestandteile der Timesharing-Verträge festzulegen sind (siehe Anhang zur Richtlinie),
 - eine gemeinsame Regelung hinsichtlich der Sprache der Timesharing-Verträge notwendig ist.

Die Richtlinie hat nicht die Absicht, eine umfassende Regelung hinsichtlich der Timesharing-Verträge zu entwickeln, sondern ihre Geltung erstreckt sich nur auf folgende Gesichtspunkte der Rechtsharmonisierung:

- Informationen, die grundlegende Bestandteile des Vertrages bilden,
- Lieferung der Informationen (Zeit, Art und Weise),
- und dem Käufer zustehende Leistungen.²

In den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union traten bei der Kodifizierung der Timesharing-Verträge entweder der Schutz der Verbraucher (siehe Skandinavische Länder, Benelux-Staaten, Vereinigtes Königreich, Deutschland, Österreich) oder Marktumsatz- und steuerrechtliche Gesichtspunkte in den Vordergrund (siehe: Griechenland, Portugal, Spanien, Frankreich).³ Ein gemeinsamer Zug der Regelungen der Mitgliedsstaaten bestand darin, dass die Realisierung der Zielsetzungen der Richtlinie 94/47/EG eine erstrangige Aufgabe darstellte. Die Formulierungen der Richtlinie wurden von den Mitgliedsstaaten fast übereinstimmend übernommen (siehe Punkt 3). Die inhaltlichen Mindestbestandteile des Timesharing-Vertrages (Daten des Verbrauchers, Kennzeichen des Nutzungsrechts, zu Lasten des Verbrauchers gehende Zahlungsverpflichtungen), die formellen Voraussetzungen (einfache Urkunde) und die Festlegung der dem Verbraucher zu übergebenden schriftlichen Informationen [im Zusammenhang mit dem Verkäufer, dem Nutzungsrecht, der Immobilie, der vom Verbraucher zu zahlenden Gegenleistung, der Information über das dem Verbraucher zustehende Rücktrittsrecht und die Schlussklausel (die schriftliche Information ist Teil des Vertrages)] zeigen in dieser Hinsicht bei der Aufnahme in die Landesgesetzgebungen volle Übereinstimmung. Markantere Abweichungen zeigen sich bei der Einstufung des

² Papp z. W. S. 74–75.

³ http://www.timesharingsproblems.org/Timesharing_GB/index.html

Timesharing-Vertrages (siehe Punkt 5) und des Zeitraums der so genannten „cooling-off period“ („Beruhigungsfrist“ des Verbrauchers: Objektives Rücktrittsrecht, das ihm nach Vertragsschluss zusteht). Diesbezüglich

- legen das holländische, finnische, irische, italienische, portugiesische, schwedische und spanische Recht eine 10tägige Rücktrittsfrist fest (gerechnet vom Tage des Vertragsabschlusses und der Übergabe eines Exemplars an den Verbraucher);
- gewährt die österreichische, deutsche und liechtensteinische Regelung dem Verbraucher 14 Tage um von seinem Rücktrittsrecht gebrauch zu machen;
- und die belgische und ungarische Kodifizierung 15 Tage.⁴

Im Bezug auf die Definition der Subjekte des Timesharing-Vertrages, die Formvorschriften, die inhaltlichen Bestandteile (auch hinsichtlich der Information, die einen festen Bestandteil des Vertrages bildet), das Rücktrittsrecht des Verbrauchers, das Verbot der Vorauszahlung/Anzahlung, das anzuwendende Recht besteht Übereinstimmung zwischen der ungarischen Regierungsverordnung und der Richtlinie. Hinsichtlich des Begriffes des Timesharing-Vertrages ist die ungarische implementierende Rechtsvorschrift ausführlicher: sie erstreckt sich auch auf die Nutzung zu Urlaubszwecken und legt für den wiederholten, bestimmten Zeitraum keine Mindestdauer fest (die Richtlinie erlaubt die Feststellung eines Nutzungsrechtes von weniger als einer Woche nicht).⁵

Nach umfassenden Vorbereitungen hat die EU-Kommission am 7. Juni 2007 den Vorschlag⁶ für eine Reform der Timeshare-Richtlinie vorgelegt. Die wesentlichen Inhaltsgrundlagen des Kommissionsvorschlag sind die folgenden

- der Entwurf gibt Möglichkeit für mobiles Timesharing: Teilzeitnutzungsrecht an Unterkünfte in Wohnmobilen, Hausbooten und Kreuzfahrtschiffen;
- die Mindestvertragslaufzeit wird auf ein Jahr geändert;
- die Nutzungszeit wird nicht auf einwöchige Mindestnutzung beschränkt;
- die Dauer der regulären Widerrufsfrist wird auf vierzehn (Kalender)Tage verlängert;

⁴<http://europa.eu.int/youreurope/nav/hu/citizens/factsheets/at/consumerprotection/Timesharings/de.html>

⁵ Papp z. W. S. 75.

⁶ KOM (2007) 303 endg.

- der Richtlinienentwurf erfasst das Anzahlungsverbot während der Widerrufsfrist auch Zahlungen gegenüber Dritten;
- alle akzessorischen Verträge (z. B.: Tauschverträge, Kreditverträge) verlieren ihre Gültigkeit automatisch und entschädigungsfrei im Falle eines Widerrufs des Timeshare-Vertrages;
- der Verwendungsbereich der Richtlinie wird auf Verträge mit timeshare broker (der dem Verbraucher Vermittlung und Beratung beim Verkauf oder Erwerb von Timeshare-Produkten anbietet) ausgedehnt.⁷

3. Die begriffliche Analyse des Timesharing-Vertrages

Unter Timesharing-Verträgen verstehen wir Verträge, die auf die Erlangung eines Teilzeitwohnrechts an Immobilien gerichtet sind. Die Vereinbarung zur Erlangung des Teilzeitnutzungsrechtes von Immobilien ist ein Vertrag auf dessen Grundlage der Verbraucher vom Verkäufer für eine Gegenleistung direkt oder indirekt für einen Zeitraum von wenigstens drei Jahren das Recht zur wiederholten Nutzung einer oder mehrerer Immobilien für einen bestimmten Zeitraum zu Urlaubs- oder Wohnzwecken erlangt. Im Rahmen des Vertrags erlangt der Verbraucher:

- ein festgelegtes (Urlaubs- oder Wohn-) Nutzungsrecht für 3 oder mehr Jahre, jedoch für einen in jedem Fall begrenzten Zeitraum,
- an einem oder mehreren Gebäuden (z.B. Hotel) und dessen Räumlichkeiten einschließlich der zusätzlichen Einrichtungen (z.B. Schwimmbad, Sauna, Tennis-, Golfplatz),
- für einen im Voraus festgelegten Zeitraum des Jahres (z.B. 1 Woche oder 10 Tage) mit sich jährlich wiederholendem Charakter (für jeweils die gleichen Tage des gleichen Monats jeden Jahres),
- vom Eigentümer der Immobilie (das kann auch der Verkäufer sein) direkt bzw. indirekt vom Verkäufer (wenn er nicht identisch ist mit dem Eigentümer der Immobilie) oder von Wiederverkäufern oder

⁷ C. Busch: Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Reform der Timeshare-Richtlinie – ein richtiger Schritt auf dem Weg zur Überarbeitung des Verbraucheracquis? Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht, 1/2008., S. 13-14.

Wiederverkaufsagenturen (Wiederverkaufsgesellschaft mit OTE-Mitgliedschaft – Organisation for Timesharing in Europe –).⁸

Charakteristikum der Teilzeitkonstruktion aus *subjektiver Sicht* ist, dass die Vertragsparteien zur effektiveren Geltendmachung ihrer Interessen regelmäßig eine Organisation gründen, oder sich einer solchen anschließen (siehe Punkt 5):

- die Verbraucher gründen im Allgemeinen einen Verein, Klub oder eine Genossenschaft,
- während die Verkäufer sich in Tauschorganisationen (RCI – Resort Condominiums International, II – Interval International) organisieren.⁹

Der ungarischen Regelung nach ist der *direkte Gegenstand* des Timesharing-Vertrages die Übertragung des Nutzungsrechtes vom Verkäufer auf den Verbraucher.¹⁰ Im deutschen, holländischen, liechtensteinischen und österreichischen Recht verpflichtet sich der Verkäufer zum Überlassen des Nutzungsrechtes. Die spanischen, italienischen, portugiesischen, finnischen und schwedischen Vorschriften nutzen die allgemeine Klausel der „Erlangung des Nutzungsrechtes“. Im irischen Recht ist der direkte Vertragsgegenstand des Timesharing-Vertrages die Übertragung des Eigentumsrechtes an der Immobilie oder eines anderen Rechtes. Im belgischen Recht dagegen kann der Verbraucher einen gemeinsamen Eigentumsanteil (*right of joint ownership*) erlangen.¹¹

Indirekter Gegenstand der Vereinbarung ist nach der ungarischen Regierungsverordnung das Nutzungsrecht, durch welches der Verbraucher die betreffende Immobilie (oder Teilimmobilie) jährlich für eine bestimmte Zeit besitzen, benutzen, möglicherweise nutzen (tauschen) und veräußern kann.¹² Die ungarische Rechtsvorlage bezeichnet einen Zeitraum von wenigstens 3 Jahren und eine wiederholte Nutzungsrechtserlangung. Auch die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union regeln – der Richtlinie entsprechend – einen Zeitraum von mindestens 3 Jahren und eine zeitweise (im

⁸ Papp z. W. S. 62.

⁹ Drábik László – Fábrián Attila: Fremdenverkehrs- und Timesharingtätigkeit in der EU und in Ungarn (Utazásszervezés és time sharing tevékenység az EU-ban és Magyarországon.) Ungarische Handels- und Industriekammer (Magyar Kereskedelmi és Iparkamara), Budapest, 2004., S. 81.
<http://www.tug2.net/advice/Timesharing-101.htm#mKeyTimesharingConcepts>
<http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3>

¹⁰ Papp z. W. S. 65.

¹¹ <http://europa.eu.int/youreurope/nav/hu/citizens/factsheets/at/consumerprotection/Timesharings/de.html>

¹² Regierungsverordnung 20/1999. (II.5.) §7. Abs.(1) Punkt c, und k,
Papp z. W. S. 65.

Allgemeinen jährlich) wiederkehrende Nutzung.¹³ Die weitläufige Formulierung der Rechtsvorschriften hinsichtlich der Periodizität der Teilzeit wurde von der Praxis mit einem „ausgeprägteren“ Inhalt erfüllt: es wurde nicht nur die Möglichkeit der jährlichen Rotation geschaffen, sondern zum Beispiel

- kann das Nutzungsrecht einer im Voraus bestimmten Woche alle zwei Jahre (*biennial*), und zwar in ungeraden Jahren (*odd year usage*), oder in geraden Jahren (*even year usage*) in Anspruch genommen werden;
- oder der sogenannte beschleunigte Verbrauch (*accelerated use*), wenn das Nutzungsrecht in einem kürzeren Zeitraum als erworben, ausgeübt wird (wenn der Verbraucher für 10 Jahre jährlich 1 Woche Urlaubsnutzungsrecht erlangt, dann kann er bei dieser Nutzungsart – abhängig von der freien Kapazität der Ferienanlage - über 5 Jahre 2 Wochen, oder über 2 Jahre 5 Wochen jährlich Urlaub machen);
- oder das jährlich zur gleichen Zeit am gleichen Ort ausgeübte Nutzungsrecht (*fixed unit*).¹⁴

Hinsichtlich der Zeitspanne der jährlichen Ausübung des wiederholten Nutzungsrechts haben die Mitgliedsstaaten der Union im Allgemeinen das in der Richtlinie festgelegte Intervall von mindestens 1 Woche übernommen. Eine Ausnahme bildet hier zum Beispiel die ungarische, liechtensteinische, österreichische, deutsche und spanische Regelung.¹⁵ Die Timesharingpraxis kennt:

- a) ein einwöchiges, jährlich wahrnehmbares Nutzungsrecht, das
 - sich nach der Kalenderwoche richtet (*interval*),
 - ein fester Zeitpunkt ist (*fixed week*),
 - eine variable Wocheneinteilung hat (*floating*), wobei nur die Feriensaison (Haupt-, Vor-, Nachsaison und außerhalb der Saison) innerhalb dieser die Kalenderwoche jedoch nicht im Vorhinein festgelegt ist,
 - eine flexible Einteilung hat: entweder kann der Verbraucher den jährlich wahrnehmbaren Zeitpunkt entsprechend der vorher festgelegten Regeln bestimmen (*flex time*), oder der Wert des vom

¹³<http://europa.eu.int/youreurope/nav/hu/citizens/factsheets/at/consumerprotection/Timesharings/de.html>

¹⁴<http://ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3>

¹⁵<http://europa.eu.int/youreurope/nav/hu/citizens/factsheets/at/consumerprotection/Timesharings/de.html>

Verbraucher erlangten Nutzungsrechts wird in Punkten ausgedrückt und so können Zeitpunkt und Zeitdauer (im allgemeinen auch der Ort) der Wahrnehmung des Rechts nach Bedarf verändert werden (*points*),

- angesammelt ist (*accrued weeks*), weil der Verbraucher sein Nutzungsrecht über Jahre nicht wahrgenommen hat (und die Wochen in der Tauschorganisation „deponierte“) und die angesammelten Wochen auf einmal in Anspruch nehmen möchte;
- b) eine Bonuszeit (*bonus time*), wenn der Verbraucher sein Nutzungsrecht über die bereits in Anspruch genommene einwöchige Nutzungsperiode hinaus – in Abhängigkeit von der freien Kapazität der Ferieneinrichtung – als Mehrberechtigung wahrnehmen kann;
- c) ein vierteljähriges, für 3 Monate geltendes Nutzungsrecht (*quartershare*), das auf Rotationsbasis in Anspruch genommen werden kann: immer in einem anderen Quartal des Jahres.¹⁶

Gemeinsames Charakteristikum der europäischen Timesharing-Regelung ist die Vermarktbarkeit und der entgeltliche Erwerb des den indirekten Vertragsgegenstand bildenden Nutzungsrechts, welches sowohl Wohn-, als auch touristischen Zwecken dienen kann (letzteres ist allgemein verbreitet, weshalb Timesharing auch häufig mit dem Ferien- oder Urlaubsrecht gleichgesetzt und nur so apostrophiert wird).¹⁷

Hinsichtlich des durch den Timesharing-Vertrag erworbenen speziellen Nutzungsrechtes lassen sich neue Tendenzen aufzeigen:

a) einerseits wird Timesharing auch als Teilelement der Gesamtheit mehrerer Fremdenverkehrsdienstleistungen qualifiziert (siehe das Urteil des Europäischen Gerichtshofes zur Travel Vac Sache);¹⁸

b) andererseits kann sich die Rechtspraxis nicht mehr nur auf Immobilien, sondern auch auf bewegliche Dinge richten: dem amerikanischen Beispiel folgend gibt es im Vereinigten Königreich bereits die Möglichkeit zum geteilten, zeitlich periodifizierten Eigentum an einem Luxusauto („*I own a Ferrari/Bentley/Hummer/Rolls-Royce*“), einer Luxusyacht oder einem Flugzeug im Rahmen eines Timesharing-Vertrages (*fractional*

¹⁶ <http://ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3>

¹⁷ <http://ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3>

¹⁸ C-423/97, Travel Vac S.L. v M.J.A. Sanchis

ownership), oder zu deren mit dem in Luxushotels wahrnehmbaren Teilnutzungsrecht verbundenen Nutzung.¹⁹

4. Das Timesharing-System

In Ungarn sind die verbreitetsten Erscheinungsformen der Timesharing-Konstruktion die Genossenschaft (a), die Aktiengesellschaft (b) und die indirekte Formation (c).

a) Die Genossenschaftsform verbreitete sich ab dem Ende der 70-er Jahre (z.B. Hegyvidéki SCH Szövetkezeti Üdülőszálloda-lánc/Genossenschaftliche Ferienhotelkette Bergland). Bei der Genossenschaft steht dem Mitglied ein jährliches Nutzungsrecht an dem im Eigentum der Genossenschaft befindlichen Ferienheim, für einen in den Statuten festgelegten Zeitraum zu. Dieses Nutzungsrecht ist vererbbar, verschenkbar und verkaufbar.²⁰ Die als Beispiel angeführte Genossenschaft (Hegyvidék Üdülőépítő és Fenntartó Szövetkezet, illetve Szövetkezeti Üdülőszálloda-lánc) verkauft zweierlei Ferienheim-nutzungen mit zeitlicher Einteilung: ein inländisches, ewiges Nutzungsrecht sowie ein erweitertes ewiges Nutzungsrecht für mindestens 7 Nächte (zusammen mit einer RCI Klubmitgliedschaft).²¹

b) Die Verwendung der Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft (durch „Timesharing-Aktien“ z.B.: Abbázia Rt., Petneházy Rt.) verbirgt kompliziertere rechtliche Systeme:

ba) Die AG (rt.) ist der Eigentümer der Immobilie (des Feriendorfes) und dessen Mieter ist eine GmbH, die als Mieter berechtigt ist im Rahmen des Mietrechts das Nutzungsrecht mit zeitlicher Einteilung zu verkaufen. Der Verbraucher hat die Möglichkeit zum Erwerb des Nutzungsrechtes im Rahmen des Teilnutzungsvertrages durch den Kauf von Aktien: Der Gegenwert des Nutzungsrechtes wird durch den Erwerb von Dividendenvorzugsaktien entrichtet. Der Aktionär, der Verbraucher kann jedoch die Festlegung und Änderung der Nutzungsgebühr nicht beeinflussen: dies ist

¹⁹ Luxusautos im Teileigentum. Ein gemeinsamer Traum (Luxusautók résztulajdonban. Közös álom.) HVG, 2004. dec. 25., S. 52–53.

Nagy G.: Ferienklubs für Reiche. Teilzeitluxus. (Nyaralóklubok gazdagoknak. Részidős luxus.) HVG, 2005. jun. 11., S. 34–37.

Gemeinsames Privatflugzeug auf Eroberungsfeldzug (Hódít a közös magánrepülő) (<http://www.deluxe.hu/cikk.php?article=591&pat=14>, 2005.jun.15.)

²⁰ Papp z. W. S. 73.

Gesetz CXV/2004, § 13

²¹ 154/1999. VJ

eine nicht in den Geltungsbereich der Hauptversammlung verwiesene Frage, sondern wird vom Vorstand der AG entschieden.²² Die Konstruktion steht aus rechtlicher Sicht auf „schwachen Beinen“, wenn die dem Verbraucher – als Aktionär– durch die Aktie zustehende Dividende das Timesharing selbst ist, weil die Aktie kein Wertpapier ist, welches eine nicht dingliche rechtliche Berechtigung (im gegebenen Fall die Nutzung einer Ferieneinheit), sondern Mitgliedsrechte verkörpert.²³ Eine rechtmäßigere Variante liegt vor, wenn der Betreiber (oder Eigentümer) der Immobilie sein Kapital über den Aktienkauf aufbringt (oder ergänzt) und daneben mit dem Verbraucher auch gleichzeitig einen Nutzungsvertrag (dessen Vorbedingung der Kauf der Aktie ist), abschließt. Die Inanspruchnahme des Timesharings selbst erfolgt im Allgemeinen entsprechend der Regierungsverordnung im Rahmen des Nutzungsvertrages. Es ist rechtlich jedoch beunruhigend, dass die Aktionäre der Aktiengesellschaft (die Timesharing-Berechtigten) keinen Einfluss auf die Arbeit der AG und die Festlegung und Änderung der Timesharing-Bedingungen haben, weil sie über ihre erworbenen Aktien nur begrenzte Mitgliedschaftsrechte in einer „Zwangslage mit Warenkopplung“ (auf eine andere Weise hätten sie keine Berechtigung zur Teilzeitnutzung erwerben können) wahrnehmen können.

bb) Eine einfachere Erscheinungsform der oben beschriebenen rechtlichen Lösung liegt vor, wenn das gleiche Rechtssubjekt (Aktiengesellschaft) der Eigentümer, Besitzer und Betreiber (der Ferienanlage) ist und mit den Verbrauchern, die eine bestimmte Zahl von Aktien zu einem bestimmten Wert zeichnen, oder – nach Abschluss der Zeichnungsfrist – kaufen, direkt (ohne Zwischenschaltung eines „Mieters“) einen ermäßigten Mietvertrag – auf 99 Jahre – abschließt.²⁴

bc) Aus der Sicht des Verbrauchers ist die vielleicht geeignetste Art des Erwerbs von Timesharing, wenn eine Wirtschaftsgesellschaft den ½ ideellen Eigentumsanteil an der Immobilie (am Feriendorf) erwirbt und den anderen ½ ideellen Eigentumsanteil die von ihr zu gründende Aktiengesellschaft von dem aus der Aktienzeichnung stammenden Grundkapital zu einem, dem geplanten gezeichneten Kapital entsprechenden Kaufpreis kauft. Rechtstechnisch ist dies auch ein Vorvertrag

²² 59/2001. VJ

²³ Gesetz CXLIV/1997 § 179
Gesetz IV/2006. § 177

²⁴ 45/1998. VJ

zum Aktienkauf und wird in Verbindung mit einem Immobiliennutzungsvertrag abgewickelt. Nach der Abwicklung des Geschäfts wird die Aktiengesellschaft aufgelöst, ihr Kapital wird unter den Aktionären im Verhältnis zum Nennwert ihrer Aktien aufgeteilt. Gleichzeitig mit der Aufteilung wird mit einer untereinander zu diesem Zweck geschlossenen Vereinbarung gemeinsames Eigentum gebildet und die Appartementanteile werden ins Grundbuch eingetragen. Die Wirtschaftsgesellschaft übernimmt dabei die profitorientierte, hotelgemäße Betreuung und Wartung der Ferienanlage. Um dies zu gewährleisten wird für den Eigentumsanteil der Wirtschaftsgesellschaft zugunsten der Timesharing-Berechtigten eine Hypothek festgelegt.²⁵

c) Im Rahmen der indirekten Formation treten die Timesharing-Verkäufer – die kein Eigentum an der betreffenden Immobilie besitzen – die Agenturen und Agenten in Verbindung mit dem Verbraucher.²⁶ Für die Abwicklung des Timesharing-Verkaufs halten wir den selbständigen Handelsagentenvertrag zwischen Immobilien-eigentümer und Agenten für geeigneter als ein Auftrags- oder Kommissionsrechtsverhältnis.

Die dominanten ungarischen Timesharing-Firmen gründeten 1994 (mit 11 Mitgliedern) den Ungarischen Timesharing Bund, der 2001 in eine Vereinigung mit Informations- und Orientierungszielen umgestaltet wurde.²⁷ Im Rahmen der Europäischen Timesharing Organisation (Organisation for Timesharing in Europe, OTE) nahm die ungarische Fraktion im Herbst 2003 ihre Arbeit auf.²⁸

Das Timesharing-System ist hauptsächlich geeignet Urlaubsansprüche zu befriedigen: im Allgemeinen kann ein Urlaubsrecht für ein Intervall von einer Woche erworben werden, das im Tauschsystem mit maximaler räumlicher und zeitlicher Flexibilität verwendet werden kann. Vor dem Beitritt zum Tauschsystem ist es – im Interesse der besseren „Umtauschbarkeit“ des Tauschwertes – zweckmäßig abzuwägen, wo ein Ferienwohnrecht für eine wie große und welche Dienstleistungen bietende Immobilie für welche Saison, wie oft und für wie viel Zeit jährlich, erworben werden kann. Zur Jahrtausendwende beteiligen sich bereits 5400 Ferienanlagen aus 90 Ländern an dem Tauschnetz. Die beiden größten Tauschorganisationen sind Resort Condominiums International (RCI) und Interval

²⁵ 247/1995. VJ

²⁶ Papp z. W. S. 73.

²⁷ Drábik. – Fábán z. W. S. 79–80.

²⁸ <http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k1=5&nyelvid=1>

International (II); bei diesen wird der Verbraucher durch den Timesharing-Kauf automatisch zum „Klubmitglied“ der Tauschorganisation.²⁹ Sitz von RCI ist London, in Europa werden vier regionale Zentren betrieben. Ungarn gehört – zusammen mit Deutschland, Österreich, der Schweiz, den skandinavischen Staaten, Finnland, Russland, Tschechien, Polen, Slowenien und Kroatien – zur Münchner RCI Consulting Vertretung.³⁰

Der Wunsch der Verbraucher nach größerer Abwechslung hatte zuerst die Entwicklung der Tauschsysteme, später der auf Punkten basierenden Feriensysteme zur Folge.³¹ So kann im Timesharing-System das erworbene Urlaubsrecht auf zwei Arten genutzt werden:

- durch den Urlaubstausch (Klubmitglieder tauschen durch Wahl aus dem Tauschfond ihre Wohnrechte gegen solche an einem anderen Ort und/oder zu einer anderen Zeit),
- oder mit Punkten (den Wert des Ferienwohnrechts ausdrückendes „Zahlungsmittel“), wobei der Verbraucher im Rahmen der ihm zur Verfügung stehenden Punktemenge eine Ferienanlage (Teilanlage) am ihm passenden Ort und zur passenden Zeit reservieren kann. Die Nutzung des Ferienwohnrechts geht auch mit Kosten einher: außer dem einmaligen Eintrittspreis in das System müssen ein jährlicher Mitgliedsbeitrag und Bearbeitungskosten gezahlt werden.³²

Die Timesharing-Branche – in der weltweit bereits 4000 Firmen tätig sind – hat einen Profilwechsel durchgemacht:

- einerseits finden sich unter den 40 bedeutendsten Timesharing-Firmen auch 6 führende Hotelbetriebe (z.B.: Four Seasons, Hilton, Ramada, Hyatt);³³
- andererseits bieten die Tauschorganisationen ihren Klubmitgliedern oft auch vergünstigte Reisedienstleistungen (Reiseversicherungen, Flugtickets, Mietwagen usw.).³⁴

²⁹ Papp z. W. S. 73–74.

³⁰ Drábik – Fábíán z. W. S. 81.

³¹ <http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k1=5&nyelvid=1>

³² Papp z. W. S. 74.

³³ Drábik – Fábíán z. W. S. 14.

³⁴ <http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k1=5&nyelvid=1>

- drittens traten die an Ferienparks und Bäderkomplexen angeschlossenen Timesharings in den Vordergrund.

Das sich immer stärker ausweitende Timesharing-Netz wurde zu einer dominanten Art des Tourismus. Durch seine Flexibilität und die Einhaltung der Rechtsvorschriften wurde es zu einer von den Verbrauchern immer öfter in Anspruch genommenen Möglichkeit.

5. Die Einstufung des Timesharing-Vertrages

Die Richtlinie 94/47/EG stellt sich nicht die Regelung der rechtlichen Grundlagen der Timesharing-Verträge zum Ziel und stellt fest, dass die Rechtsnatur der den Gegenstand des Vertrages bildenden Rechte in den einzelnen Mitgliedsstaaten wesentlich voneinander abweicht. Die Richtlinie ordnet die Timesharing-Vereinbarung – hauptsächlich wegen der Übertragung des Nutzungsrechtes und der Zahlungsarten – nicht den Mietverträgen zu.³⁵

Die mit Timesharing zusammenhängende internationale Fachterminologie erwähnt drei rechtliche Varianten: das Eigentumsrecht (a), das Mietrecht (b) und das spezielle Nutzungsrecht (c). (*The Timesharing is somewhere between ownership and renting ≈ Timesharing bewegt sich irgendwo zwischen Eigentum und Miete*).³⁶

a) Im Wesen des Timesharings werden durch die Gleichsetzung mit dem Eigentumsrecht folgende Unterscheidungen vorgenommen:

aa. *deeded property*, was ein im Land seiner Lage in eine öffentliche, beglaubigte Registratur eingetragenes und marktfähiges (vererbbares, verkaufbares, verschenkbares, vermietbares) Immobilieneigentum darstellt;

ab. *fee simple-*, was für den Berechtigten ein Teilzeitrecht bedeutet, bei dem er für einen bestimmten Zeitraum bezüglich eines bestimmten Appartements über ein marktfähiges Eigentumsrecht verfügt (das ist ein ideeller Eigentumsanteil, der nicht nur hinsichtlich der Fläche – ein Appartement –, sondern auch im zeitlichen Sinne – zeitweise wiederkehrendes Intervall – auf einem gemeinsamen Eigentum basiert);

b) wo der Eintritt und die Eintragung des Timesharing als Eigentumsrecht nicht möglich ist, wird die Nutzung der Immobilie entweder durch Mietrecht (*lease, leasehold*),

³⁵ Papp z. W. S. 63.

Punkte 3., 4., und 5. der Präambel der Richtlinie 94/47/EG

³⁶ <http://www.timesharingsproblems.org/TimesharingGB/index.html>

c) oder durch ein spezielles Nutzungsrecht (*right-to-use*, *RTU*) gewährleistet; diese beiden letzteren Rechte sind ebenfalls marktfähig und können für einen längeren Zeitraum, aber immer für eine bestimmte Zeit (im Allgemeinen für 20–99 Jahre) begründet werden.³⁷

Im Vereinigten Königreich kann Timesharing nicht auf dem Eigentumsrecht beruhen, trotzdem werden die Verbraucher (die Timesharing-Berechtigten) in der Gesamtheit und als Gruppe hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung mit irreführenden Bezeichnungen versehen: *Vacation Ownership* (Ferieneigentum), *Fractional Ownership* (Teileigentum), *Homeowners Association* (Vereinigung/Gruppierung von Haus/Immobilieeigentümern). Die Timesharing-Halter vereinen sich in *Vacation* (Ferien-), oder *Members'* (Mitglieder-), oder *Proprietary* (Eigentümer-) Klubs und übertragen die Verwaltung und Betreuung der Immobilie einem *Trust*.³⁸ In Spanien hat sich das sogenannte *escritura*-System (*Owners Community/ Club* ≈ Gemeinschaft/Klub der Eigentümer) entwickelt, welches auf dem Eigentum am Ferienrecht (*propiedad*) basiert.³⁹ In Belgien gelten die Timesharing-Berechtigten als gemeinschaftliche Eigentümer.⁴⁰ Das deutsche, österreichische und liechtensteinische Recht kategorisiert Timesharing als *Teilzeitwohnrecht/Teilzeitnutzungsrecht*. In allen drei Ländern kann dieses spezielle Nutzungsrecht als dingliches Recht, sonstiges (Schuld-) Recht, Mitgliedschaft in einer Vereinigung und auch als Beteiligung an einer Gesellschaft erscheinen. In Holland kann Timesharing dingliches Recht (Eigentumsrecht oder Nutzungsrecht) und auch Personenrecht sein: Mitgliedschaft in einer Vereinigung oder Beteiligung an einer Gesellschaft. Die irische rechtliche Bestimmung erwähnt das Eigentumsrecht bzw. sonstiges Recht (ohne letztere Kategorie genau zu bestimmen). In Portugal wird zwischen dem zeitweiligen Nutzungsrecht mit Sachenrechtcharakter (*DRHP, direito real de habitação periódica*) und dem Teilzeitnutzungsrecht (*DRT, direito de habitação turística*) unterschieden. In Frankreich ist die Konstruktion der Aktiengesellschaft verbreitet: die Timesharing-Berechtigten sind Vorzugsaktionäre der Gesellschaft. In Schweden, Finnland und Italien wird Timesharing als eine spezielle Berechtigung im dinglichen Recht angesehen.⁴¹

³⁷ <http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3>

³⁸ <http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3>

<http://www.tug2.net/advice/Timesharing-101.htm#KeyTimesharingConcepts>

³⁹ <http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3>

⁴⁰ <http://www.timesharingsproblems.org/TimesharingGB/index.html>

⁴¹ <http://europe.eu.int/youreurope/nav/hu/citizens/factsheets/at/consumerprotection/Timesharings/de.html>

Die ungarische Regierungsverordnung über Verträge zum Erwerb des zeitlich geteilten Nutzungsrechtes an Immobilien lässt die Frage über den Charakter des durch den Vertrag erworbenen Rechts unentschieden: es kann sowohl ein spezielles Nutzungsrecht⁴² als auch ein Eigentumsrecht sein.⁴³

Die Konzeption des neuen ZGB apostrophiert den Timesharing-Vertrag als spezielle Schuld, die neben dem Schuldcharakter auch sachenrechtliche und zivilrechtliche Gesellschaftselemente enthält. Auf dieser Grundlage betrachtet der Gesetzgeber diesen als sowohl unter die Schuldrechtsregelungen als auch unter die speziellen Verordnungen des Sachenrechts einordenbar.⁴⁴

Von anderen Rechtsgebieten treffen nur das Finanzrecht und das Wettbewerbsrecht auf die Timesharing-Konstruktion zu:

- das Finanzrecht qualifiziert das durch den Timesharing-Vertrag erworbene Nutzungsrecht als Recht mit Vermögenswert, ohne dessen Wesen, den Charakter zu klären,⁴⁵
- im Wettbewerbsrecht wird der Versuch gemacht, Timesharing in Zivilrechtskategorien einzupassen: eine Nutzung von Eigentum an Immobilien bei der die Miteigentümer dieses zeitlich untereinander aufteilen, was deshalb als beschränkte Nutzung von Teileigentum gilt.⁴⁶

In der ungarischen Praxis kann der Timesharing-Vertrag zu gemeinsamem Eigentum, Nießbrauch, Miete, Gesellschaftsbeteiligung und auch zu Genossenschafts- oder Vereinsmitgliedschaft führen. In Fremdenverkehrsanzeigen wird Timesharing meistens als „Teilzeitmiete“, „Dauermietvertrag“ bzw. „langfristiges Mietrecht“ bezeichnet.⁴⁷

In der ökonomischen Fachliteratur ist eine Einstufung zu finden, die Timesharing als dingliches Nutzungsrecht behandelt, mit der Begründung, dass es die Befriedigung von Bedürfnissen unterstützt, also an das Ding (als qualitative Eigenschaften des Gebrauchsgegenstandes) gebunden und kein Wertrecht ist, wie das Eigentumsrecht und das Pfandrecht.⁴⁸

⁴² Regierungsverordnung 20/1995. (II.5.) § 2. Punkt a)

⁴³ Regierungsverordnung 20/1995. (II.5.) § 7. Punkt c)

⁴⁴ Papp z. W. S. 63.

⁴⁵ 87/2001. Fragen der Rechnungsführung

⁴⁶ 247/1995. VJ

142/2001. VJ

⁴⁷ Papp z. W. S. 63.

⁴⁸ Drábik – Fábíán z. W. S. 66.

Unsere Meinung stimmt mit dem Standpunkt von Lajos Vékás überein, der die Vertragsseite in den Mittelpunkt stellt (entsprechend der Richtlinie und der Regelung der Regierungsverordnung): das durch den Timesharing-Vertrag abgedeckte Rechtsverhältnis ist eine spezielle Nutzungsschuld, die sowohl sachenrechtliche als auch zivilrechtliche gesellschaftsrechtliche Elemente beinhaltet.⁴⁹

Unserer Ansicht nach:

- ist der sachenrechtliche Charakter des Timesharing stärker, wenn das spezielle Nutzungsrecht auf gemeinsamem Eigentum oder gemeinsamer Nutzung basiert,
- ist der ZGB-Charakter dominanter, wenn die Mitgliedschaft in einer Organisation die Grundlage bildet, so dass die stärkste Betonung immer auf der Vertragsbeziehung der Parteien liegt.⁵⁰

⁴⁹ Papp z. W. S. 63.

<http://www.ajk.elte.hu/TudomanyosProfil/hallgatoztevenysege/tdk/pjerkonyv2001/VekasLajos.html>

⁵⁰ Papp z. W. S. 63.

*Szalai Anikó tudományos segédmunkatárs,
Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Nemzetközi Jogi és Európa-jogi Tanszék*

Gondolatok a polgári és politikai jogokról az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozata megszületésének 60. évfordulója alkalmából¹

Az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozatáról az elmúlt 60 évben az egyértelműen kiderült, hogy az államok nem kívánság-listának írták. Ez az eredetileg kötelező erővel nem bíró, közgyűlési határozat formájában elfogadott nyilatkozat mára a nemzetközi szokásjog része, és az egyetemes emberi jogi védelem alfája. Több mint 360 nyelvre fordították le, ezzel a világ legtöbb nyelvre lefordított dokumentuma.²

Az Egyetemes Nyilatkozat megszületése kompromisszumok sorozatának volt az eredménye, összesen 1400 alkalommal szavaztak az egyes rendelkezéseiről az akkori ENSZ tagállamok. A nyugati hatalmaknak nem tetszett a gazdasági, szociális és kulturális jogok bevétele, ezzel szemben a kommunista-szocialista országok szerint azok nagyon kis mértékben vannak jelen, és a polgári és politikai jogok megint csak az egyén szerepét erősítik, miközben minden állam az emberek közösségén alapul.³ Ennek is volt köszönhető, hogy közvetlenül utána elkezdték kidolgozni a két Egyezségokmányt (egyiket a polgári és politikai jogokról, másikat a gazdasági és szociális jogokról), azonban a végső formájuk megalkotásáig, 1966-ig, majdnem 20 év telt el.⁴ Az emberi jogok ezen két nagy csoportja mára elismerten kiegészítik egymást, valójában egyik sem létezhet a másik nélkül.

¹ A cikk alapját a Magyar ENSZ Társaság 2008. december 10. napján, az emberi jogok világnapja alkalmából tartott panelbeszélgetése képezte, ahol a szerző „Az Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozata és a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya” címmel előadást tartott.

² Lásd: Emberi Jogok Egyetemes Nyilatkozata, hiteles magyar fordítás: www.unhchr.ch/udhr/lang/hng.htm; Az ENSZ emberi jogvédelméről részletesen lásd: www.un.org/rights/; Office of the High Commissioner for Human Rights, www.ohchr.org

³ Universal Declaration of Human Rights, Record of the 183rd Plenary Meeting, Continuation of the discussion on the draft universal declaration of human rights: report of the Third Committee (A/777), 10 December 1948 UN. Doc. No. pp. 912-935.

⁴ Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya, 1966, hatályba lépés: 1976, Magyarországon kihirdette: 1976. évi 8. tvr.; Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya 1966, hatályba lépés: 1976, Magyarországon kihirdette: 1976. évi 9. tvr.; „A[z ENSZ] Közgyűlés ugyanazon a napon, amikor elfogadta az Egyetemes Nyilatkozatot, felkérte az Emberi Jogok Bizottságát, hogy sürgősen készítse el

Másik fejleménye ennek a hat évtizednek, hogy a pusztán egyénre, egyéni jogokra helyezett hangsúly eltolódott, minden állam számára elfogadottá vált, hogy bizonyos emberi jogok igazi értelmet csak a közösség egészére vonatkoztatva nyernek. A Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányába már belekerült az Egyetemes Nyilatkozatból még hiányzó népeket, nemzeteket megillető önrendelkezési jog.⁵ Érdekes fejleményként a polgári és politikai jogok köréből körülbelül 20 éve kezd körvonalazódni egy újabb jog: a békéhez való jog.⁶

A béke az előfeltétele az emberi jogok hatékony és teljes érvényesítésének, ez is a közösségek egészére nézve nyerne igazi értelmet. Azonban mindenképp érdemes lenne azon elgondolkodni, hogy szükséges-e újabb és újabb, igazából valószínűleg soha nem kikényszeríthető jogok megalkotását szorgalmazni addig, amíg a több évtizede létező és ismert tartalmú jogok sem érvényesülnek maradéktalanul.

A közösségek jogaival kapcsolatosan egy máig nem általánosan elfogadott kérdéskör a kisebbségi jogok. Ez a téma nagyon megosztja az államokat, olyan ellentéteket figyelhetünk meg, mint például az, hogy Magyarországra már 1921-ben, a trianoni békeszerződésben rákényszerítették a kisebbségi jogok biztosítását, ezzel szemben annak az egyik aláíró állama, Franciaország azt is tagadja, hogy léteznének kisebbségek.⁷

Szerencsére Európában az emberi jogok, különösen a politikai és polgári jogok magas színvonalon biztosítva vannak, de továbbra is kihívás az államoknak a kisebbségek egyéni és kollektív jogainak, a diszkrimináció tilalmának és a többi emberi jognak a szintézisét, harmóniáját megteremtteni.

az emberi jogok egyezségokmányának és a megvalósítási intézkedéseknek a tervezetét. ... 1950-ben a Közgyűlés kijelentette, hogy a polgári és politikai szabadságok és a gazdasági, szociális és kulturális jogok élvezete egymással összekapcsolódik és összefügg. ... 1952-ben, a hatodik ülészakán tartott hosszú vita után a Közgyűlés felkérte a Bizottságot, hogy fogalmazzon meg két Emberi Jogi Egyezségokmányt, ... az egyik a polgári és politikai jogokat, a másik a gazdasági, szociális és kulturális jogokat tartalmazza.” Az emberi jogok nemzetközi törvénye, szerk.: Gömbös Ervin, Magyar ENSZ Társaság, 2008.

⁵ Mindkét Egyezségokmányban az első cikk tartalmazza.

⁶ Declaration of the Right of Peoples to Peace, ENSZ Közgyűlés 39/11 sz. határozata, UN Doc. No. A/RES/39/11, 12 November 1984; United Nations Millennium Declaration, ENSZ Közgyűlés 55/2 sz. határozata, UN Doc. No. A/RES/55/2, 8 September 2000; Promotion of the right of peoples to peace, Human Rights Council Resolution 8/9, 18 June 2008.

⁷ 1921. évi XXXIII. törvények az Északamerikai Egyesült Államokkal, a Brit Birodalommal, Franciaországgal, Olaszországgal és Japánnal, továbbá Belgiummal, Kínával, Kubával, Görögországgal, Nikaraguával, Panamával, Lengyelországgal, Portugáliával, Romániával, a Szerb-Horvát-Szlovén Állammal, Sziámmal és Cseh-Szlovákiával 1920. évi június hó 4. napján a Trianonban kötött békeszerződés becikkelyezéséről, 54-60. cikk (VI. Cím) A kisebbségek védelme

A nemzetközi jog egységességének és koherens rendszerének szempontjából is jelentős fejlődés az emberi jogok és a humanitárius jog összefonódása. Mára elfogadottá vált, hogy a fegyveres konfliktusok esetén is alkalmazandóak mind az emberi jogok, mind a humanitárius jog, így a szabályozásban megszűntek a hézagok. A hadijog, humanitárius jog és emberi jogok összefonódásának első, és máig legjelentősebb jele volt a népiirtásról szóló egyezmény, amelyet egy nappal az Egyetemes Nyilatkozat előtt, 1948. december 9-én fogadtak el.⁸

Az emberi jogok kikényszeríthetősége is sokat változott, a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának Első Fakultatív Jegyzőkönyve⁹ megteremtette az egyéni panasz lehetőségét. Jelenleg az összes állam több mint fele, tehát 110 állam állampolgárának van lehetősége egyéni panaszt tenni az Emberi Jogi Bizottságnál.¹⁰ Ezt az egyéni panaszlehetőséget beépítették a későbbiekben létrejött emberi jogi egyezményekbe is, így például a kínzás tilalmáról¹¹ és a nőkkel szembeni diszkrimináció tilalmáról szóló egyezménybe¹² is. Mindemellett aggályosnak tartom azt, hogy vannak államok, amelyek nyíltan ellenzik ezt a lehetőséget, így például a magát az „emberi jogok élharcosának” tekintő Egyesült Államok, az Egyesült Királyság, az arab államok többsége, Brazília, India, Izrael, Kína és Svájc is.

Az emberi jogok univerzális védelmének és kikényszeríthetőségének másik akadály, hogy az államok előszeretettel alkalmaznak fenntartásokat. A hatékonyabb védelem szempontjából érdemes lenne elgondolkodni azon, hogy az emberi jogi egyezményekhez, illetve az alapvető rendelkezéseikhez ne lehessen fenntartást fűzni. Az államok fenntartásai némely esetben alapjaiban összeegyeztethetetlennek tűnnek a szerződés céljaival. Így például

⁸ Magyarországon kihirdette: 1955. évi 16. törvényerejű rendelet a népiirtás büntetvényének megelőzése és megbüntetése tárgyában 1948. évi december 9. napján kelt nemzetközi egyezmény kihirdetéséről

⁹ Magyarországon kihirdette: 1988. évi 24. törvényerejű rendelet a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányához kapcsolódó, az Egyesült Nemzetek Közgyűlése által New York-ban 1966. december 16-án elfogadott Fakultatív Jegyzőkönyv kihirdetéséről

¹⁰ Az Első Fakultatív Jegyzőkönyv keretében évente összesen kb. 90 panasz érkezik az Emberi Jogi Bizottsághoz, míg ezzel szemben az ENSZ Emberi Jogi Főbiztos Hivatalának „forró drótjára” évente kb. 200 000 bejelentést tesznek. Forrás: A United Nations Priority: Human Rights in Action, www.un.org/rights/HRToday/action.htm

¹¹ Magyarországon kihirdette: 1988. évi 3. törvényerejű rendelet a kínzás és más kegyetlen, embertelen vagy megalázó büntetések vagy bánásmódok elleni nemzetközi egyezmény kihirdetéséről

¹² Magyarországon az egyezményt kihirdette: 1982. évi 10. törvényerejű rendelet a nőkkel szembeni megkülönböztetés minden formájának felszámolásáról 1979. december 18-án New Yorkban elfogadott egyezmény kihirdetéséről. Az egyéni panaszt lehetővé tevő jegyzőkönyvet kihirdette: 2001. évi LX. törvény a nőkkel szembeni hátrányos megkülönböztetés minden formájának kiküszöböléséről szóló, 1979. december 18-án, New Yorkban elfogadott Egyezmény Kiegészítő Jegyzőkönyve kihirdetéséről.

az USA az Egyezségokmány 1992-es ratifikációja során fenntartotta a jogot, hogy kiskorúakat is halálra ítélhessen.¹³ Érthető az Egyezségokmány keretében működő Emberi Jogi Bizottság döntése, amely szerint ez a fenntartás ellentétes a szerződés céljával és tárgyával. Ennek ellenére a mai napig az USA az egyik listavezető a fiatalok halálraítéltek számában.

Ezek a fenntartások általában tükrözik az adott állam történelmi hagyományait, vallási, erkölcsi értékrendjét, amely alapján a mai napig nem állítható, hogy a polgári és politikai jogok a világ minden pontján ugyanolyan tartalommal bírnának.

A polgári és politikai jogok az emberi méltóságból fakadó jogok, amelyet a világ összes különböző vallási, jogi, társadalmi hagyományokkal bíró népei elismernek, ezzel együtt azonban az is igaz, hogy a jogok mélyebb tartalma még mindig relatív. Olyan alapvető kérdésekben is eltérés látható, hogy az embertelen, megalázó bánásmód melyik kultúrkörben mit jelent.

Európában egy pofon is idetartozik, míg az arab államok egy részében a házasságtörés miatt elítélt nő megkövezése sem számít annak. Ez a relativitás nyilvánul meg a bizonyos jogokhoz fűzött fenntartások jelentős részében, így például az arab államok általános fenntartása, hogy az emberi jogokat csak az iszlám jog, a saría rendelkezéseivel összhangban hajlandóak értelmezni. Ez a nyugati gondolkodásmódban néhol összeegyeztethetetlen ellentéteket szül, például a nőekkel szembeni diszkrimináció vagy a házassággal kapcsolatos azonos jogok élvezetében. Egyiptomban egy férfinak több felesége is lehet, míg egy nőnek sem lehet több férje, vagy például Szaúd-Arábiában a nők semmilyen életkorban sem rendelkeznek teljes cselekvőképességgel.

¹³ United States of America Reservation No. 2, forrás: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/docs/DeclarationsReservationsICCPR.pdf> (letöltés ideje: 2008. dec. 30.) A fenntartással szemben tiltakozott többek között Franciaország, Spanyolország, Németország, Olaszország, Hollandia, Portugália, Svédország, Norvégia és Finnország (lásd: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/docs/ObjectionsICCPR.pdf>). Az Amerikai Egyesült Államok 1977-ben írta alá a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányát, míg a ratifikációra csak 1992. június 8-án került sor. Az Egyesült Államok 1977-ben aláírta a Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Nemzetközi Egyezségokmányát is, amelyet azonban azóta sem ratifikált, a fakultatív jegyzőkönyveket pedig alá sem írta. Az Egyesült Államok történetében nem ritka eset a hosszúra nyúló ratifikáció, például a Népi Pártokról szóló egyezményt 1948-ban írta alá, azonban csak 40 évvel később, 1988-ban ratifikálta azt, a faji megkülönböztetés tilalmáról szóló 1966. évi egyezményt 1966-ban írta alá, majd 1994-ben ratifikálta, a nőkkel szembeni hátrányos megkülönböztetés tilalmáról szóló 1979. évi egyezményt 1980-ban írta alá, de azóta sem ratifikálta.

Ennek a relativitásnak az enyhítésére, illetve a hatékonyabb jogvédelem érdekében a 20. század második felében tematikus egyezmények sora született meg, amelyek az emberi jogok valamely szeletét részletesebben, alaposabban szabályozza és kikényszeríthetővé tette. Pl.: a két Egyezségokmány, a faji, valamint a nőkkel szembeni diszkrimináció elleni, a kínzás tilalmáról, az apartheidről, a gyermekek jogairól.¹⁴ Ezekhez társultak még a regionális jogvédelmi rendszerek, különösen eredményesen Európában és Dél-, illetve Közép-Amerikában.¹⁵ Több mint 60 ilyen egyezmény van hatályban ma.

Az emberi jogok, és különösen a polgári és politikai jogok világméretű elfogadottságát és elterjedését jelentős mértékben befolyásolta a technika fejlődése. Az új kommunikációs és média lehetőségek, először a televízió, majd az internet felbecsülhetetlen mértékben járult hozzá az emberek védelméhez. A civil szervezetek kitartó munkája párosulva az információs forradalom vívmányaival és a globalizációval a legnagyobb kényszerítő erő. Már nem maradhatnak titokban a súlyos, kiterjedt jogsértések, a zsarnok kormányok tettei, és a nemzetközi közösség nyomásgyakorlása is megnőtt.¹⁶

Azonban a nem ennyire direkt jogsértésekkel szemben sokkal nehezebb a fellépés, a világ országainak majdnem felében az infrastruktúra komoly hiánya, a szegénység és gazdasági fejletlenség következtében az államhatalom nem képes betartatni a jogokat. Etiópiában 1957 óta tilos a kiskorú lányok anyagi ellenszolgáltatásért történő kiházasítása, a szülőknek 3-tól 7 évig terjedő szabadságvesztés jár érte, mégis a lányok több mint fele 15 éves kor előtt köt házasságot, és egyes kutatások szerint a jelenlegi árfolyamuk 20 EUR körül van. Ráadásul a lányok $\frac{3}{4}$ -e iskolába sem jár, illetve anyakönyvezve sem volt soha, így a hatóság látókörébe sem kerül bele.¹⁷

¹⁴ Lásd korábbi lábjegyzetek.

¹⁵ Emberi Jogok Európai Egyezménye, Róma, 1950. nov. 4., Magyarországon kihirdette: 1993. évi XXXI. törvény az emberi jogok és az alapvető szabadságok védelméről szóló, Rómában, 1950. november 4-én kelt Egyezmény és az ahhoz tartozó nyolc kiegészítő jegyzőkönyv kihirdetéséről; Az amerikai emberi jogi védelem az Amerikai Államok Szervezetének keretében, az Emberi Jogok Amerikai Nyilatkozatán (1948) és az Emberi Jogok Amerika-közi Egyezményén (1969) alapul.

¹⁶ Az ENSZ Közgyűlés 1999-ben, határozatban hívta fel a figyelmet arra, hogy a magánszemélyeknek, csoportoknak, civil szervezeteknek és a társadalom különböző szerveinek joga és kötelessége is az emberi jogok védelme és elősegítése. Lásd: Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms, UN Doc. No. A/RES/53/144, 8 March 1999.

¹⁷ United Nations Inter-Agency Network on Women and Gender Equality, WomenWatch, http://www.un.org/womenwatch/directory/the_girl_child_3012.htm ; Stop Child Marriage!, International Humanist and Ethical Union, <http://www.iheu.org/node/2563> ; GEO Magazin, 2008. július, 110-127. o.

Az emberi jogok védelme területén a 21. század egyik legnagyobb kihívása a terrorizmus elleni küzdelem és az államok emberi jogi kötelezettségeinek összehangolása.¹⁸

A kormányok mindig nagyon leleményesen találtak kifogásokat arra, hogy miért ne teljesítsék a nemzetközi kötelezettségeiket, és sajnos a terrorizmus újabb kiváló lehetőséget jelent erre. Még az egyébként demokratikus államokban is a törvényhozók bevezetnek olyan jogszabályokat, amelyek súlyosan korlátozzák például a magánélethez való jogot, rosszabb esetben akár a kínzás tilalmát vagy a tisztességes eljáráshoz való jogot. Ezek mindegyikének megvalósulására láthattunk mostanában példát az Egyesült Államokban. Gondoljunk csak a Guantanamo-n évekig mindenféle bírói engedély nélkül őrzött terrorista-gyanús személyekre, akiknek az ügyét katonai bizottságok tárgyalták, amelyek akár halálra is ítélték őket, miközben az információszerzés érdekében a válogatott kínzásoktól sem riadtak vissza.¹⁹

Nincs általánosan elfogadott mértéke annak sem, hogy a saját és idegen állampolgárokról történő adatgyűjtésnek hol van az a szintje, amely már súlyosan beavatkozás a magánélethez való jogba. A személyes adatok, képek, számítógépen és mobiltelefonon őrzött vagy cserélt információk, DNS-minták és ujjlenyomatok megszerzése, őrzése, az adatbázisok hozzáférhetősége és összekapcsolása mind-mind felmérhetetlen veszélyeket rejt magában. Ráadásul ez a probléma minden emberre – a jelen sorokat olvasóra is – vonatkozik, és nem csak a terroristákra.²⁰

A tisztességes eljáráshoz való jog biztosítása sokszor általánosságban is nehézségekbe ütközik, - a terrorizmus és egyéb sürgősségi helyzetekre való hivatkozás nélkül is - elég ha arra gondolunk, hogy Magyarországot is a legtöbbször ezen jog megsértése miatt ítélte el az Emberi Jogok Európai Bírósága.²¹

¹⁸ Bővebben lásd: Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Human Rights Council Resolution No. 7/7, 27 March 2008.; Report of the Special Rapporteur on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, UN Doc. No. A/63/223, 6 August 2008.; Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, UN Doc. No. A/HRC/8/13, 2 June 2008

¹⁹ Lásd például: Report of the Special Rapporteur on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, UN Doc. No. A/63/223, 6 August 2008., 11, 13, 15. o.

²⁰ Pl.: A New York-i Empire State Building kilátójába való feljutáshoz mind a 10 újra kiterjedő ujjlenyomatot vesznek minden oda látogatótól. (Már önmagában az ujjlenyomat-vétel elgondolkodtató egy európai ember számára, azonban ennél még fontosabb kérdés, hogy azokat utána mennyi ideig és milyen körülmények között, milyen feltételekkel őrzik.)

²¹ Az Emberi Jogok Európai Bírósága által 2004. jan. 1. óta (tehát az elmúlt 5 évben) Magyarországgal kapcsolatosan meghozott 76 ítéletből 62 esetben marasztalta el a tisztességes eljáráshoz való jog (Emberi

Szerencsére a nemzetközi szervezetek, kiváltképp az ENSZ egyes szervei egyre nyíltabban hangoztatják, hogy a sikeres terrorizmus elleni harcnak alapfeltétele az emberi jogok tisztelete, mert a tisztelet hiánya egyenesen aláássa a próbálkozásokat, és csak még több ellenséget szerez. A legtöbb állam egyébként mind az emberi jogokat biztosító, mind a terrorizmus elleni egyezményeknek a részese, így a jóhiszemű jogértelmezés eredményeként is csak arra juthatnak, hogy az emberi jogok betartása mindenkor kötelességük.

Tekintettel arra, hogy az emberi jogvédelem átfogó és hatékony rendszerét már megteremtették az államok, a további legfontosabb feladat már nem a jogalkotás, hanem minden állam meggyőzése arról, hogy saját érdekük ezen egyezmények elfogadása és betartása. Jó volna, ha nem lennének olyan államok, mint például Myanmar, amely szinte egy emberi jogi egyezménynek sem részese. És sajnos számos esetben tiporja sárba az állampolgárai jogait, például mostanában azzal, hogy a tavaly békésen tüntetőket fejenként 65 év börtönbüntetésre ítélte.²²

A Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmányának jelenleg 160 részes állama van, amelyek kötelesek az Emberi Jogi Bizottság kérésére jelentéseket készíteni a saját államukban megvalósuló emberi jogvédelemről. Sajnos majdnem 50 állam van több mint 5 éves késedelemben bizonyos jelentéseinek a leadásával. A lista élén 23 év késéssel Gambia szerepel, de „előkelő” helyet foglal el San Marino is a 16 évvel. Az együttműködés hiányának súlyosabb foka, hogy 28 állam még egyetlen jelentést sem készített el.²³

Kölcsönhatás látható a gazdasági jólét és az emberi jogok védelmének foka között, így a szegénység, a klímaváltozás, a terrorizmus, az analfabétizmus elleni harc eredményeként remélhetjük minden ember jogainak fokozottabb tiszteletét.

A veszélyekkel szembeni küzdelem és az emberi jogok biztosítása során az arany középút kereséséről továbbra sem tehetnek le az államok.

Jogok Európai Egyezménye, 6. cikk) megsértése miatt. Pl.: Earl v. Magyarország-ügy, 2004. jan. 20.; Zichy Galéria v. Magyarország-ügy, 2005. ápr. 5.; Kalló v. Magyarország-ügy, 2006. ápr. 11.; Bencze v. Magyarország-ügy, 2006. okt. 31.; Ajzert v. Magyarország-ügy, 2006. nov. 7.

²² Ban voices deep concern at 'severe' prison terms for Myanmar demonstrators, UN News Center, 12 November 2008, Forrás: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=28923&Cr=Myanmar&Cr1=&Kw1=myanmar&Kw2=&Kw3=>

²³ Annual Report of the Human Rights Committee, 1 November 2007, UN Doc. No. A/62/40

Kiss Zoltán PhD hallgató,
Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Nemzetközi Magánjogi Tanszék

Jogfilológia tanulmányok az ókori és a középkori filozófia illetve jogtörténet területéről¹

Nótári Tamásnak a Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar docensének 2007-ben jelent meg *Studia Iuridico-philologica I., Studies in Classical and Medieval Philology and Legal History* címmel egy idegen nyelvű tanulmánykötete, a *Hungarian Polis Studies* sorozat tizennegyedik köteteként, melyet Németh György professzor szerkeszt. A kötet tizenkét az írások témájának hozzávetőleges kronológikus sorrendjét követő, angol, német és francia nyelvű tanulmányból áll, melyek az ókor és a középkor néhány jog és kultúrtörténeti vonatkozásait mutatják be. A szerző a kötetben szereplő tanulmányokat korábban magyar nyelven publikálta, jelen műben ezeket tartalmilag bővítette, az idézett szakirodalmat aktualizálta, és precíz nyelvi ízléssel ültette át idegen nyelvre.

A kötet a *The Scales as the Symbol of Justice in the Iliad*² című tanulmánnyal kezdődik, melyben a szerző a közismert igazság mérlege kifejezés mérleg motívumát vizsgálja az *Ilias* azon soraiban, ahol Zeus a mérleg segítségével mond ítéletet a hősök felett. Az igazság mérlege értelmét keresve először a jognak, illetve az igazságnak a homéroszi eposzokban kialakult fogalmát tisztázza, utána pedig az Akhilleus és Hektór párviadalában döntő mérési jelenet strukturális és összehasonlító elemzését végzi el, mely alapján az igazság mérlegének eredetéhez és jelentéséhez kapcsolódóan rögzít érdekes, a jelkép egyiptomi, görög és római forrását is bemutató megjegyzéseket. A *Munkák és napok* című Hesiodos mű egy didaktikus eposz, tanköltemény, melynek joggal és a jogérvényesítéssel kapcsolatosan

¹ Nótári, Tamás: *Studia Iuridico-philologica I. Studies in Classical and Medieval Philology and Legal History. Hungarian Polis Studies 14.* Debrecen 2007. 313 old.

² Nótári i.m. 9-20. Vö. Nótári T.: *The Scales as the Symbol of Justice in the Iliad.* *Acta Juridica Hungarica* 2006. 249. skk.; *A mérleg mint az igazságszolgáltatás jelképe Homérosznál.* *Collega* 2002/2. 43. skk.; Hamza G.–Nótári T.: *Lélek- és sorsmérés Homerosznál és Vergiliusnál.* In: *Mit hoz a múlt? Jog- és kultúrtörténeti tanulmányok I.* Budapest, 2006. 9. skk.

kialakított nézeteit taglalja a *Hesiod und die Anfänge der Rechtsphilosophie*³ című értekezés. Az *Erga kai hémerai* megírásával Hesiodosnak az volt a célja, hogy testvérét Persést, aki számtalan igazságtalanságot követett el vele szemben a jog és munka tiszteletére tanítsa. A szerző elsőként a munka és a jog feltétlen szükségességéről szóló költői érvelést, majd pedig a *diké* fogalmának a homéroszi eposzokban és a Munkák és napokban betöltött szerepét vizsgálja.

A görög jogbölcselet témájának vizsgálatát lezárva Nótári áttér a római jog- és vallástörténet témakörére, ahol *Numen and Numinosity – On Some Aspects of the Roman Concept of Authority*⁴ című esszéjében a tekintély fogalmának római szemléletét elemzi. A tekintély fogalmának vizsgálata során megállapítható, hogy a rómaiak szinte azonosnak tekintették a vallási és a politikai tevékenységet. Ezen írásában a szerző a *numen* mint a római vallás egyik meghatározó jelenségének különböző aspektusait teszi meg vizsgált témájának, így többek között a *numen* szó etimológiáját, ezután két releváns jelenséget is bemutat a *triumphus* és a *flamen Dialis* funkciójának ismertetésén keresztül, majd a *numen Augusti* problematikával zárja tanulmányát. A *Summum ius summa iniuria – The Historical Background of a Legal Maxim*⁵ című tanulmány a *summum ius* jogértelmezési elv előfordulását veszi sorra a római irodalomban, ezután bemutatja az *interpretatio* fogalmának kialakulását és jelentését, majd a *summum ius* jelentését vizsgálja az *ars boni et aequi* és az igazságosság fogalmának relációjában egyrészt Cicerónál, másrészt egyéb jogi forrásszövegekben. Végezetül Rotterdami Erasmus *Adagia* című művében veszi szemügyre a proverbiumot annak továbbhatása szempontjából. *Die Lanze als Macht- und Eigentumssymbol im antiken Rom*⁶ címmel a lándzsa és a pálca legfőbb hatalmi jelképességét

³ Nótári i.m. 21-44. Vö. Nótári T.: Bürgergemeinschaft und Rechtsgedanke bei Hesiod. In: *Politai et Cives. Epigraphica III. Hungarian Polis Studies 13.* Ed. György Németh–Péter Forisek. Debrecen 2006. 7. skk.; Hésiodos jogkonceptiója. *Jogtudományi Közöny* 2005 328. skk.; Hamza G.–Nótári T.: Hésiodos és a jogbölcselet kezdetei. In: *Mit hoz a múlt? Jog- és kultúrtörténeti tanulmányok I.* Budapest, 2006. 25. skk.

⁴ Nótári op.cit. 45-74. Vö. Nótári T.: On Some Aspects of the Roman Concept of Authority. *Acta Juridica Hungarica* 2005/1-2. 95. skk.; Numen és numinozítás – a római tekintély fogalom vallási gyökerei. *Aetas* 2003/4. 33. skk.; Hamza G.–Nótári T.: A római tekintélyfogalom vallási aspektusai. In: *Jog- és kultúrtörténeti tanulmányok I.* Budapest 2006. 86. skk.

⁵ Nótári i.m. 75-96. Vö. Nótári T.: Summum ius summa iniuria. *Magyar Jog* 2004. 7. 385. skk.; Megjegyzések egy jogértelmezési maxima történeti háttéréhez. *Jogtudományi Közöny* 59. 2004/7-8. 221. skk.; De summo iure summaque iniuria apud Ciceronem. *Vox Latina* 43. 2007. 346. skk.; Summum Ius Summa Iniuria – Comments on the Historical Background of a Legal Maxim of Interpretation. *Acta Juridica Hungarica* 44, 2004/1-2. 301. skk.

⁶ Nótári i.m. 97-128. Vö. Nótári T.: Festuca autem utebantur quasi hastae loco. *Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Budapestiensis de Rolando Eotvos nominatae* 2004. 133. skk.; The Spear as the Symbol of

vizsgálja Gaius és Verrius Festus forrásából kiindulva. Áttekinti a lándzsa előfordulásait mint az *imperium* jelképét, majd a Mars isten lándzsájához és Quiritesnek a lándzsaszimbolikához fűződő viszonyához tesz megállapításokat, ezt követően pedig a *lictorok* által hordozott *fasces* hatalmi jellegét, végül pedig a lándzsa különleges szerepét mutatja be a hadüzenet szertartása során, mely alapján a *ius fetiale* és a *legis actio sacramento in rem* között mutat fel párhuzamokat. A kötet következő darabja a *Remarks on the Origin of the legis actio sacramento in rem*⁷ melyben a szerző a római jog szakirodalmának legvitatottabb kérdései közé tartozó *legis actio sacramento in rem* kapcsán a szakirodalmat figyelembe véve felveti, hogy a szakralitás és a magánharc motívumai nem egymásnak ellentmondó, hanem szerves kiegészítő elemek lehetnek. A *Remarques sur le ius vitae necisque et le ius exponendi*⁸ a *pater familiast* megillető pozitív jogosultságok közül a *ius vitae ac necis* és a *ius exponendi* alakulását vizsgálja. A *ius vitae ac necis* a *pater familias* hatalomalattiak felett gyakorolt joga, amely felöleli a családgyermek élete és halála felőli rendelkezési jogot, melyet kezdetben a *gens* később pedig a *ensor* által a család belső életére vonatkozó szigorú ellenőrzés, és a *iudicium institutum* intézménye korlátozott. A *ius exponendi* az újszülött gyermek kitevésének joga, mely arra szolgált, hogy a közösséget megszabadítsa a *prodigiumtól*.

A középkori bajor histográfiából Virgil, Salzburg ír származású püspökével foglalkozik és a *Comments on Bishop Virgil's Activity in Bavaria*⁹. Virgil püspök számos ponton új fejezetet nyitott püspöksége történetében: nevéhez fűződik a salzburgi historiográfia legkorábbi műveinek, a *Gesta sancti Hrodberti confessoris*, a *Libellus Virgilii* és a *Liber confraternitatum* megalkotása, a 774-ben felszentelt Rupert-dóm megépíttetése, a püspökség és a Szent Péter-kolostor jogainak kiterjesztése és a karantánok közti misszió megszervezése. Az értekezés a VIII. század első felének bajor bel- és külpolitikai viszonyainak bemutatásával

Property and Power in Ancient Rome. Acta Juridica Hungarica 48. 2007/3. 231. skk.; Die Lanzensymbolik der legis actio sacramento in rem. Studia Iuris Caroliensia 2. 2007. 135. skk.

⁷ Nótári i.m. 129-152. Vö. Nótári T.: Jog, vallás és retorika. Szeged 2006. 50. skk.; Duellum sacrum – gondolatok a legis actio sacramento in rem eredete kapcsán. Állam- és Jogtudomány 2006/1. 87. skk.; Comments on the Origin of the legis actio sacramento in rem. Acta Juridica Hungarica 2006/2. 133. skk.

⁸ Nótári i.m. 153-178. Vö. Nótári T.: De iure vitae necisque et exponendi. Jogtudományi Közöny 53. 1998/11. 421. skk.; Remarques sur le ius vitae necisque et le ius exponendi. Studia Iuris Caroliensia 1. 2006. 151. skk.

⁹ Nótári i.m. 192-202. Vö. Nótári T.: A salzburgi historiográfia kezdetei. Szegedi Középkortörténeti Könyvtár 23. Szeged 2007; Virgil és Bonifác – egy konfliktus jogi és irodalmi síkjai a kora középkorban. Jogtudományi Közöny 2007. 3. 100. skk.; Virgil püspök bajorországi jogvitáinak margójára. In: Tanulmányok Máthé Gábor 65. születésnapja tiszteletére. Szerk. Mezey B.-Révész T. M. Budapest 2006. 369. skk.; On Bishop Virgil's Litigations in Bavaria. Acta Juridica Hungarica 2007. 1. 49. skk.; Salzburgi Virgil – püspök és karikaturista. In: Hamza G.–Nótári T.: Mit hoz a múlt? Jog- és kultúrtörténeti tanulmányok I. Budapest, 2006. 217. skk.

kezdődik, ezután pedig Virgil és Bonifác konfliktusát írja le, majd a *Cosmographia* című művet elemzi, mely szerzőjeként Virgilt vélelmezi, zárásul Virgil bajorországi működését tárgyalja részletesen, kitérve a *Libellus Virgiliiben* található egyházi javakra vonatkozó vitáira. A szerző egy kora középkori koncepciók pert mutat be *Tasilo III's Dethronement – Remarks on an Early-Medieval Show Trial*¹⁰ című esszéjében, melyben III. Taszilónak a bajor Agilolfing-dinasztia utolsó hercegének Nagy Károly általi trónfosztását és az ellene indított koncepciók pert ismerhetjük meg. A frank uralkodó kül- és belpolitikailag is elszigetelte III. Taszilót, ezután a vazallusává tette 787-ben, majd 788-ban végleg megfosztotta hatalmától. A szerző áttekinti a Tasziló által tett hűségeskük történeti háttérét, majd magát a pert, ahol a fő vád a hűségesküjének megszegése mellett az volt, hogy Tasziló engedély nélkül hagyta el a királyi hadat a 757-es aqtániai hadjárat során, zárásul pedig a per jogi háttérét és indokolását elemzi. *The Trial of Methodius in the Mirror of the Conversio Bagoariorum et Carantanorum*¹¹ című írás a karantánok közti, majd a pannóniai misszió koncepcióját mutatja be, majd Konstantin és Metód moráviai és pannóniai működésének áttekintése után kitérőt tesz a pápa, a bizánci császár és a keleti-frank uralkodó bulgáriai missziós törekvéseire. Ezután Metód regensburgi perét ismerteti, a *Conversióban* megfogalmazott vádak alapján, majd Metód tanításának további sorsát tárja elénk a pápaság, a frank király és a morva fejedelem politikai viszonyainak tükrében.

*A Die Geschichte des Ingo bei Enea Silvio Piccolomini*¹² az 1458-ban Enea Silvio Piccolomini által írt *De Europában* szereplő Ingo herceg létezését vizsgálja, illetve azt, hogy a *Conversio* valóban herceggént említi-e Ingót, és amennyiben nem, akkor minek köszönheti

¹⁰ Nótári i.m. 203-232. Vö. Nótári T.: III. Tasziló trónfosztása – adalék egy koraközépkori koncepciók perhez. Jogtudományi Közlemények 2005. 503. skk.; Tassilo III's dethronement – contributions to an early-middle-age show trial. Publicationes Universitatis Miskolciensis. Sectio Iuridica et Politica 2005. 65. skk.; Személyállapot és társadalomszerkezet a kora középkori Bajorországban. Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Budapestinensis 42. 2005. 163. skk.; Egy kora középkori koncepciók per – III. Tasziló trónfosztása. In: Hamza G.–Nótári T.: Mit hoz a múlt? Jog- és kultúrtörténeti tanulmányok I. Budapest, 2006. 261. skk.

¹¹ Nótári i.m. 233-282. Vö. Nótári T.: Források Salzburg kora középkori történetéből. Szeged 2005; *Conversio Bagoariorum et Carantanorum*. Aetas 2000/3. 93. skk.; On the Avar-related chapters of the *Conversio Bagoariorum et Carantanorum*. Chronica 2005. 26. skk.; *Conversio Bagoariorum et Carantanorum – Document of an Early Medieval Show Trial*. Publicationes Universitatis Miskolciensis. Sectio Iuridica et Politica 25. 2007. 95. skk.

¹² Nótári op.cit. 283-304. Vö. Nótári T.: Szemelvények Aeneas Sylvius Piccolomini „Európa” c. művéből. Documenta Historica 42. Szeged 1999; A török terjeszkedés állomásai Aeneas Sylvius Piccolomini „Európa” című művében. Aetas 1999/4. 149. skk.; Aeneas Sylvius Piccolomini szónoki művészete. Középkortörténeti tanulmányok, A III. Medievisztikai PhD-Konferencia előadásai. Szerk. Weisz B. Szeged 2003. 103. skk.; A kereszténység és az iszlám harca Enea Silvio Piccolomini (II. Pius pápa) világképében. In: Hamza G.–Nótári T.: Mit hoz a múlt? Jog- és kultúrtörténeti tanulmányok I. Budapest, 2006. 392. skk.

hercegi létét, illetve hercegekénti bevonulását az irodalomba. Végül bemutatja, hogy milyen irodalmi előzményekre vezethető vissza az Ingo-féle lakoma, és ennek szerepét a *Conversióban*. A kötetet záró *Portrait zweier ungarischer Mediävisten, Gyula Kristó und Samu Szádeczky Kardoss*¹³ című írásában a szerző megemlékezik mestereinek munkásságáról. A középkorász Kristó Gyula és a nemzetközileg elismert klasszika-filológus és bizantológus Szádeczky-Kardoss Samu életműve példaértékű és ehelyütt Nótári portréiból precízen felvázolt pályaképükkel ismerkedhet meg az olvasó.

Kiemelendő, hogy a kötet az ókortól a középkorig bezárólag tág időintervallumot ölel fel és ezekben a téma kutatói illetve laikusok számára is érdekes és izgalmas kérdéseket tárgyal. Az átlátható szerkezet és a tipográfiai segítik az eligazodást és a szerkesztés mintaszerűségéről tanúskodnak. A jegyzetek, valamint az irodalom és forrásjegyzékek példaértékű gazdagsága, precíz megszerkesztése jelzi számunkra, hogy a szerző több éves és alapos kutatómunkájának gyümölcsét tarthatjuk kezünkben. A kötet minden érdeklődő számára értékes kézikönyvként, illetve forrásgyűjteményként szolgálhat.

¹³ Nótári op.cit. 305-313. Vö. Nótári T.: Emlékezés Szádeczky-Kardoss Samu professzora. *Jogtörténeti Szemle* 2005. 1. 44. skk.; In *memoriam Samuelis Szádeczky-Kardoss piissimam*. *Vox Latina* 2005. 142. sk.; En *memoire de Professeur Samuel Szádeczky-Kardoss*. *Acta Antiqua* 46. 2006/3. 209. skk.; Szádeczky-Kardoss Samu (1918–2004). *Aetas* 2005. 4. 182. skk.; In *memoriam Kristó Gyula*. *Jogtörténeti Szemle* 2004/2. 63. sk.; Kristó Gyula emlékezete. *Jogelméleti Szemle* 2004/2.

Szép Árpád Olivér PhD hallgató,
Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Közigazgatási Jogi Tanszék

Bócz Endre: Kriminálisztika a tárgyalóteremben¹

Kriminálisztika és kriminológia. E két fogalmat gyakran és tévesen használjuk, nem tudván és ismervén pontos jelentésüket. A kriminológia a megfigyelés tudománya, ennek gyakorlati oldalát pedig kriminálisztikának hívjuk.

Bócz Endre hiánypótló műve egy egészen egyedi aspektusból veszi megfigyelés alá a tárgyalóteremben lejátszódó folyamatokat, könyve megalkotásához a kriminálisztikát, mint a bűnügyi nyomozástant hívta segítségül.

A munka nyolc fő részre tagolódik, melyből látszik, hogy egy mélyen átgondolt, és logikusan felépített szerkezetet vehet kezébe az olvasó. A kriminálisztika a tárgyalóteremben nyomdai kivitele és igényes tipográfiája a kiadó ízlését dicséri. A könyv tanulmányozása során megbizonyosodhatunk arról, hogy az első látszatra soknak tűnő fejezeti tagolás nem ment gondolatív rovására, hiszen egy percig sem éreztem, hogy darabos vagy széttagolt lenne az írás.

Az első fejezet egy egyszerű kérdésre keresi a választ: mi a kriminálisztika. Ezen belül létrejöttéről, a magyar büntetőeljárásban betöltött szerepéről és rendszertani szempontokról ír, ahol kell ott részletekbe menő fogalom magyarázatot ad. Olyan triviálisnak tűnő terminus technikumot magyaráz, mint „ügyfél” vagy éppen „vizsgálat - nyomozás”. De ugyanakkor ezeknek a szakszavaknak az ismerete elengedhetetlen a könyv témájának pontos megértéshez. A kriminálisztika magyar kialakulásánál egészen a szovjet gyökerekig nyúl vissza, és innen építi fel országunkban kialakult hagyományait, a sorok között megemlékezvén a szebb napokat is látott Országos Kriminálisztikai Intézetről. A fejezet lezáró alpont (több későbbi fejezethez hasonlóan) már egy új témára irányítja figyelmünket: a bizonyításra. Röviden magyarázza az alcímet, majd feszes precizitással meghatározza a téma jelentőségét, gyakorlati szerepét, nem megfélemlítvén a bizonyítási rendszerekkel kapcsolatos elméletekről.

¹ Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, Budapest, 2008. 162 old.

Bócz előszeretettel használ irodalmi alkotásokból vett idézeteket és anekdotákat. Ezek az irodalmi műveken keresztül tovább ismertet fogalmakat, amelyeket így az olvasó egészen egyedi aspektusból láthat. Példa erre a Vörösmartytól vett jelent is, melynek keretében a „tény, történés, tényállás” hármásra ad magyarázatot.

A nyomozás és a kriminalisztika című szakasz már érezhetően szakít az első fejezet könnyedségével, de annyiban azonban hasonlít hozzá, hogy itt is történeti áttekintéssel kezd. A nyomozást, mint a büntetőeljárás egy szakaszát több szinten tárja elénk, nem feledkezik meg a hétköznapi értelemben vett magánszemélyek által végzett nyomozás bemutatásáról, de hangsúlyozza, hogy a nyomozás egy jogilag szigorúan szabályozott, tudományos alapokon nyugvó állami tevékenység. Kifejti, hogy ez az eljárás legalább annyira bürokratikus tevékenység, mint amennyire intellektuális tevékenység, és elhatárolja a gyakran tévesen használt felderítéstől. Minderre az angolszász szakirodalomból hoz példát. A fejezetben részletesen szól az ún. nyomozati iratokról, és megmagyarázza a laikus olvasóközönség számára érthető módon ezek eljárásjogi jelentőségét, a nyomozásban és a későbbi eljárás(okban) betöltött szerepét. Az érthetőség kedvéért saját életpályájából hoz példát: egy-egy jegyzőkönyv vagy nyomozati irat árulkodó „nyomairól”, ezek összekapcsolását azokkal a személyekkel, akik készítették és nyomoztak az ügyben.

Mindezek után egy bő fejezeten keresztül a vádiratszerkesztés kérdéseit boncolja, melyben kitér az ártatlanság vélemények problematikájára is és hangsúlyozza az ügyész egyik fontos szerepét: kötelessége megakadályozni az ártatlanok meghurcolását. Előadja személyes véleményét, miszerint a „vádemelés az ügyészi munka egyik legfontosabb eleme”, viszont egyben azt is jelzi, hogy ezt a tevékenységet a vád képviselőjének (főleg egy kezdő fogalmazónak és ügyésznek) szinte csak az elsajátítás autodidakta eszközével van lehetősége megismerni. Talán ebben a fejezetben érezhető legjobban, hogy a szerző majd fél évszázados tapasztalatát adja át, és mintegy megoldást keres azokra a problémákra, amelyekkel ez idő alatt találkozott. Sarokkőnek tekinti a bizonyítottság - bizonyíthatóság körüljárását, amely nélkül a vád egyszerűen összeomlik. Ahogy az egész munkát áthatja gyakorlati elemekkel való példálózás természetesen ebben az alcímben is találunk ilyen: ügyészi ismereti alapján leírja a jó tanú – rossz tanú esetét, és gyakorlati „felhasználását”. Különösen találó a fejezetet záró példa, amelyben a jogász pályától kissé távol álló tudomány, a matematika segítségével „magyarázza” a vádirat szerkezeti felépítését.

A hatodik fejezet leíró stílusban született, a bíróság előtti eljárásról és a bírósági vitáról beszél Bócz. Ügyészi látásmódján keresztül vázolja a tárgyalóteremnek és az itt folytatott munkának különös logikáját és egyben kriminalisztikáját. A vád-védelem kettősét mint vitát indukáló felekként jellemzi, és kitér a tényvita illetve a bizonyítékokkal kapcsolatos vita egymással való kapcsolatára. Itt már nem azon van a hangsúly, hogy mi történhetett, hanem hogy a vádiratot alátámasztó bizonyítékok hálója mennyire erős vagy gyenge ahhoz, hogy megtartsa a vád súlyát. Bemutatja és részletesen kifejti a bíróság előtti felszólások módját, alakját és következményeit, beszél az indítványról (kitérve a bizonyítási indítványra is), az észrevételről. Külön hangsúlyozza a felek felkészültségének szükségességét, mert az ügy ismerete nélkül szinte lehetetlen (és véleményem szerint felesleges) a tárgyalótermi munka.

Bócz Endre több tíz oldalt szentelt a kényszerintézkedések bemutatására. Hangsúlyozom, itt nem arra kell gondolni, hogy az eljárási szabályokat magyarázza oldalakon keresztül, hanem ismét előtérbe kerül egyéni látásmódja. Ezen keresztül ír többek között a személyi szabadság elvonásának körülményeiről és az erre vonatkozó indítványt megalapozó bizonyítékok csoportjáról. Foglalkozik a „megalapozott gyanú” deklarálásával, és a sokszor használt fogalom jelentését abban látja, hogy a gyanút hordozó gondolat nem lehet pusztán spekuláció terméke. Megalapozottan feltehető, hogy meglévő ismereteinkből kiindulva a múlt történései elegendő okot adnak arra, hogy higgyük az esemény ismételt bekövetkezésében. Az alkalmazható kényszerintézkedések közül az előzetes letartóztatás feltételeit tekinti át, és részletesen kitér az eljárásjogi rendelkezések kriminalisztikai elemzésére. A szökés, az elrejtőzés, a tanúk megfélemlítése és befolyásolása éppúgy előkerül, mint a hatalommal való „befolyásolás” vagy a pusztán fizikai erőszak. Ezekre az „eseményekre” mintegy képletet kínál, ami bemutatja a lehetőségeket, és megvalósulásuk valószínűségét. Mindez azért fontos, mert így végig követhetjük az ügyész logikáját, amivel egy ilyen intézkedést fogantatosít. Tehát, ha ismerjük és megértjük az ügyészi logikát, akkor ezzel szemben könnyebb az ellenérvek felsorakoztatása. A legsúlyosabb jogkorlátozás után az „enyhébb lehetőségekkel” is foglalkozik, úgymint: lefoglalás, kutatás (elválasztva a házkutatástól, mint műkifejezéstől).

A következő fejezet a tárgyalással és az elsőfokú eljárással foglalkozik, amelyet a szerző további három alcímre oszt: az első rész a védekezés típusairól és eszközeiről szól, majd a vallomások helyes értékelését és értelmezését mutatja be, végül a szakértői bizonyításról ír. A védekezés típusait nem szokványos módon írja le, hanem modellszerűen

tárja elénk, és ezzel mintegy több alternatívát biztosít a jogeset megoldására a váddal szemben való védekezésben. Itt szól még a vallomásokkal szemben támasztott követelményekről is, illetve arról, hogy milyen bizonyítási eszköz nyerhető ezen kijelentésekből. A hitelesség kimondása több szempont egybeesésén múlik, úgymint az „élmény” helyes érzékelése, a történések átélésének intellektuális feldolgozása és a kommunikáció primer eszköze a metakommunikáció. Jacob W. Ehrlich amerikai védőügyvéd sorait idézi miszerint: „ritka az olyan ember, aki képes jól hazudni” és nehéz a bűnösség érzésének külső megnyilvánulásait elrejtteni.

A szakértő igénybevételét több, egymástól teljesen eltérő esettel támasztja alá, majd végül konzekvenciát vonva elénk tárja a szakértői bizonyítás érzékeny pontját: a korszerűség, a célravezetőség és a hatékonyság triászát. Ezek mellett természetesen más fontos szempontoknak is meg kell felelni, például nem elég megbízható és hiteles szakvéleményt nyújtani, de fontos szempont a „validity”, a sikeresség is.

A szerző munkáját a bírósági eljárás általában „leglátványosabb” elemének részletes bemutatásával zárja, a szóbeli indítványok egy sajátos csoportját, a perbeszédet ismerteti az érdeklődővel. Mint minden indítvány tartalmi sajátosságai folytán ez is befolyásoló közlés, amelynek rendeltetése egy bizonyos cselekvési folyamat elindítása. Két ismert típusa van: a vádbeszéd és a perbeszéd (természetesen megjegyzi, hogy létezik még ún. nyitóbeszéd is, de az főként angolszász területeken jellemző). Mivel szóbeli indítványról beszélünk, ezért kapcsolódnak hozzá bizonyos retorikai sajátosságok, amelyeket előszeretettel alkalmaznak mind a vád mind a védelem képviselői. Hangvételében mindig igazodnia kell az ügyhöz és az elkövetett bűncselekményhez. Megjegyzi, hogy a perbeszéd elsődleges megszólítottja a bíróság, nem pedig a hallgatóság vagy a média. Fő vezérlő elv egy ilyen beszédben a szakmaiság és a racionalitás megmutatása, ugyanakkor mellőzni érdemes az érzelmi viharokra való kisarkítottságot, mivel mindez az igazságszolgáltatás érdekében hangzik el. Egy találó Napóleon mondást idéz, miszerint: „a fenségest és a nevetségest csak egy hajszál választja el”. A szerző a perbeszéd időtartalmát tág intervallumban adja meg, hiszen a bűnügyek terjedelmét illetően is szélsőséges különbségek tapasztalhatóak. Kezdő ügyész korából megemlíti egy 40 vádlottat tartalmazó, több mint 90 vádpontból álló ügyet, melyben a vádbeszéd több mint nyolc órán át tartott. A védő ezzel szemben előnyösebb helyzetben van, hiszen a védőbeszéd tartalmát nem szabályozzák kötelező előírások, amíg a vádbeszédnek

egy sor olyan kérdést kell indítványoznia, amelyek akarva – akaratlanul megtörik a szónoklat ívét és drámai hatását.

E fejezeten belül beszél még a vád tárgyát képező tények és bizonyítékok értékeléséről, amelyet az ügyész szemszögéből, a vádbeszéden keresztül mutat be. Több anomáliát említ a gyakorlatból, amelyekre alternatív megoldásokat kínál. A könyv zárásaként egy „formulát” ír le, amely egy „peres” jogász számára fontos információkat tartalmaz az eddig tárgyalt perbeszéd elkészítését és előadását illetően. Olyan kérdésekre ad választ, ami mindannyiunk fejében legalább egyszer megfordult. Hogy építsük fel a perbeszédet, leírjuk-e gondolatainkat, milyen nyelvezettel érjük el a legmegfelelőbb hatást stb.

A *Kriminalisztika a tárgyalóteremben* című monográfia egy olyan munka, amelyet mind a laikus, mind a hozzáértő ember szívesen vesz a kezébe, hiszen a precizitás, a szakszerűség párosul a szerző szakmai vallomásával és elkötelezettségével, de ugyanakkor az érthetőség dominanciája sosem kerül a háttérbe. Bócz Endre életpályáját ismerve a tudományos megalapozottsághoz kétség sem férhet, ugyanakkor ez a mű remek alkalom számára, hogy megcsillogtassa a világirodalomban való jártasságát és a már többször említett „különleges látásmódját”.

A könyvhöz Bárándy Péter által írt előszóban érdemes egy mondatot figyelemmel elolvasni: „Dr. Bócz Endrével együtt töltött tárgyalási napokra visszaemlékezve állíthatom, hogy ezen tudás elemeit a szerző nem csupán leírta és tanítja, hanem a gyakorlat során érvényre is juttatta.”

Vértesy László PhD egyetemi tanársegéd,
Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Kereskedelmi Jogi Tanszék

Zinner Tibor: A magyarországi németek kitelepítése¹

Zinner Tibor a Legfelsőbb Bíróság Tudományos Kabinetjének fősztályvezetője, emellett kiváló jogtörténész is. A szerző munkássága során számos történeti és egyaránt jogi témát dolgozott fel.² Jelen könyve a második világháborút követően történt számos megrázó és embertelen eseményei közül a Magyarországon élő német kisebbség jelentős részének kitelepítését dolgozza fel.

A mű egyik legnagyobb érdeme, amely már a borítóra történő első ránézésre, kétszeri címéből is kiderül, kétnyelvűsége, azaz egyaránt olvasható magyarul és németül is. A német fordítást dr. Sulányi Péter készítette. Az írás nemzetközi jellegét tovább erősíti a színvonalas és részletező képet adó, több mint húszoldalas angol összefoglalás. (Zinner Judit)

Tekintettel arra, hogy a téma két nemeztet is érint ezért a művet két, az akkori magyar és a német igazságügy-miniszter: Bárándy Péter és Brigitte Zypries, előszava nyitja meg. Mindketten ugyanabból, Georges Santayana-tól származó, alap gondolatból indulnak ki: „*Aki elfelejti a tegnapot, arra ítéltetik, hogy újra átélje azt.*” Továbbá hangsúlyozzák, hogy e sajnálatos történelmi esemény mennyire és milyen sokáig rányomta bélyegét a két ország közötti nemzetközi kapcsolatokra.

Az első fejezet címe: *A „fasiszta maradványok” felszámolása.* A történelmi előzmények is itt szerepelnek, a népszámlálási adatok szerint 1920-ban 551 221 német élt Magyarországon, legtöbbjük a Budapest környékén a svábgyűrűben, míg 1942-ben számuk 720 291-re emelkedett, amelyhez az hozzájárult a magyar külpolitika alakulása, illetve egyes területek visszacsatolása. Körülbelül felük aktív kapcsolatban állt valamilyen német politikai, katonai szervezettel (SS, Hitler Jugend, Volksbund, Deutsche Jugend). Érdekesség, hogy már

¹ Magyar Hivatalos Közlönykiadó, Budapest, 2004. 284 oldal

² Ezek közül néhány a teljesség igénye nélkül: *Rajk László és társai a népbíróság előtt.* Magyar Eszperantó Szövetség, 1989; *XX. századi politikai perek - A magyarországi eljárások vázlata 1944/1945-1992.* Rejtjel Kiadó, 1999; *A kádári megtorlás rendszere.* Károlyi Palota – Hamvas Intézet, 2001; *Koronatanúk jeltelen sírgödörökben – Dokumentumok Nagy Imre és társai pertörténetéhez.* Magyar Hivatalos Közlönykiadó, 2004. (társszerző: Horváth Miklós); *Megfogyva és megtörve – Évtizedek és tizedelések a jogászvilágban 1918-1962.* Magyar Hivatalos Közlönykiadó, 2005.

a világháború utolsó évében megfogalmazódott a kitelepítés gondolata, amelyet végül a magyarországi német lakosságnak Németországba való áttelepítéséről szóló 12 300/1945. M. E. sz. rendelet realizált. A túlzásba vitt jogérvényesítés során számos visszaélés történt főleg a szovjet csapatok részéről, akik német nevű magyarokat is elvittek malenkij robotra, illetve ez alapján deportáltak. 1944 decembere és 1945 februárja között mintegy 60-65 ezer embert hurcoltak el a kárpátaljai területekről; jórészüik német, német nevű magyar és zsidó volt. Az ország többi részéről még ugyanennyit, így összesen 120 ezren kerültek csak emiatt a Szovjetunió táboraiba. A földreform nevében 33 308 volksbundista mintegy 176-200 ezer kat. h. földtulajdonát osztották szét. Az Ideiglenes Nemzeti Kormány népbíráskodást bevezető 81/1945. M. E. sz. rendelete a politikai vagy katonai szerepet vállalt németeket automatikusan népellenes bűnösöknek minősítette, és velük szemben 2-5 év közötti börtönbüntetés kiszabását tette lehetővé. Az egypártrendszer kiépítése érdekében a politikai erők szorgalmazták „minden fasiszta és reakciós párt vagy szervezet végérvényes” betiltását.

A határokon túli jövőformáló tervek (második fejezet) nemzetközi szinten foglalkoztak a kisebbségek kitelepítésével, amelyet sokszor, mint antifasiszta célt fogalmazták meg. Az áttelepítésekkel – már 1942-43-ban – Beneš, Rooseveltt és Sztálin is egyetértett, ez a későbbiekben különösen súlyosan érintette az Erdélyben, Kárpátalján és Csehszlovákiában élő német kisebbség mellett a magyar nemzetiséget is. Ezt később jól példázza, hogy az 1945. április 5-i, ún. kassai kormányprogram a magyarok kitelepítését hivatalos szintre emelte. 1941-ben a német támadás hatására a szovjet vezetés a Volgai Német Autonóm Köztársaságot megszüntette, a lakosságot deportálta. A Baltikumból és környezetéből 1945 tavaszáig 8,5 millió németet evakuáltak vagy üldöztek el. A közép-európai térségben a németek (svábok, szászok) kitelepítésének igénye összekapcsolódott a magyarok kitoloncolásával, helyzetük ellehetetlenítésével.

A magyar politika (Kállai Gyula, Rajk László, Gerő Ernő, Révai József, Kovács Imre, Supka Géza) a sváb-kérdés (harmadik fejezet) középpontjába a kollektív felelősséget és felelősségre vonás szükségességét tette: „a minden sváb volksbundista volt” alapon, hozzátéve: „harminckilós csomaggal és ötven pengővel menjenek”. (Kovács Imre) Ezt a moszkvai vezetés (Sztálin, Vorosilov, Molotov) is támogatta. Az akkori földművelésügyi miniszter, Nagy Imre is szorgalmazta a „hazaáruló volksbundista svábok” eltávolítását, akiknek át kell adniuk gazdaságaikat az élő és holt felszerelésekkel együtt (vagyonelkobzás).

A Népgondozó Hivatal felállításáról az 1710/1945. M. E. sz. rendelet rendelkezett. (negyedik fejezet) A Hivatal feladata a hazatelepülő magyarság (csángók, székelyek) letelepítése mellett a németek kitelepítésének előkészítése és részben végrehajtása lett. 1945 májusára a politikai vezetés finomított álláspontján, mivel a trianoni határokon túl élő magyarokra tekintettel taktikailag „nem célszerű a teljes sváb kitelepítés mellett hírt verni, mert könnyen visszaüthet ránk.” (dr. Erdei Ferenc) Tehát a sváb-kérdés nem faji kérdés, hanem a fasiszta németek ügyének rendezése. A „minimális” megoldás szerint a német-kérdést összekapcsolják a földreformmal, egy részüket gyűjtőtáborokba viszik, másokat büntetőeljárásoknak vetik alá, illetve kitelepítik az országból elsősorban a szovjetek által megszállt Németországi területekre vagy esetleg Ausztriába. A kitelepítendőök száma 1945. május 15-én még 200-250 ezer fő volt, május 26-ára a létszámot 100 ezerrel csökkentették.

A nemzethűségi vizsgálatokat a Népgondozó Hivatal járási bizottságai fojtatták le a 16 évnél idősebb fasiszta németekkel szemben. (ötödik fejezet) Az eljárás eredményeként különböző kategóriákba sorolhatták őket (pl. hitlerista szervezetben vezető szerep, hitlerista szervezet tagja), amelyekhez szinte automatikusan kapcsolódott retorzió, tipikusan vagyonek kobzás, kitelepítés.

A magyarországi németek elűzéséről Moszkvában és Prágában is készítettek terveket. (hatodik fejezet) 1945 júliusában a SZEB budapesti ülésén Vorosilov 500 ezer svábról beszélt, akik közül 200 ezret kell kitelepíteni. 1945 augusztusára körvonalazódtak a hazai kitelepítés feltételei: 1) kb. 400 ezer németről lehet szó, 2) 22 gyűjtőtáborot kell felállítani, 3) vasúti vagonok keresztül történik, 4) csak megengedett súlyú ingóságot lehet vinni, 5) honvédség, Népgondozó Hivatal közreműködése, 6) szeptember 1-ével megkezdhető a végrehajtás, 7) sajtó megfelelő beállítottsága. A magyar kormányzat 200-300 ezer főt tartott reálisnak, de Szviridov altábornagy 400-450 ezret követelt. Ezt a magyar vezetés, Rákosi is elfogadta, sőt mondta: „az volna a kívánatos, hogy 400 ezer fön felül menjünk”. A kormány a kitelepítést kimozdításként eufemizálta. Ezt követően a sajtóban sváb-ellenes hangvételű cikkek jelentek meg. 1945. november 3-ára elkészült egy 303 419 fő nevét tartalmazó részletes kimutatás. A kitelepítési kérdések rendkívül foglalkoztatták a moszkvai vezetést, mert Csehszlovákia 3 millió szudétanémet és 400 ezer magyar áttelepítését követelte. Beneš – mögötte a háromhatalmi támogatottsággal – úgy gondolta, hogy a magyarországi németek helyére telepíti az ottani magyarokat. Tehát a német-kérdés összefüggött a határontúli magyarok helyzetével. Szviridov folyamatosan nyugtatgatta a magyar vezetőket, hogy

Csehszlovákiában rendeződni fog a magyarok ügye és a magyarországi kitelepítés nem lesz precedens értékű, azonban a valóságban más történt. A csehszlovák politika is élt az átnevezés eszközével, és kitelepítés helyett lakosságcsereéről beszélt. 1945 májusában megkezdődött a program és 20 ezer telepes került Magyarországra. Később a magyarság egy részét a Szudéta-vidékre deportálták. 1946. november 19. és 1947. február 25. között, közel 100 nap alatt kb. 46 000 főt hurcoltak el.

A kollektív felelősségre vonás (hetedik fejezet) a magyar kormány számára kényelmetlen volt. Ráadásul Beneš számára is egyre kedvezőbb helyzetet teremtett, ugyanis később majd hivatkozási alap lehet, hogy azokat a magyarokat, akiket a lakossági csereprogram keretében nem tud áttelepíteni, majd kitelepítheti. Vorosilov egyre inkább sürgette a kitelepítést, napi egy vonattal, negyven vagonnal és 1000 emberrel számolt, akik 50 kg-os csomagot vihetnek magukkal. A magyar vezetés 100 kg-ra kívánta emelni a poggyászok súlyát. Az 1945. december 22-i kormányülés sorsdöntő jelentőségű volt, a hosszas viták során végül (Gerő, Rákosi, Tildy, Révai) leszögezték a németek a kollektív felelősségét (ezt hallgatólagosan vagy kifejezetten a nagyhatalmak is támogatták), ennek eredménye a 12 340/1945. M. E. sz. rendelet a magyarországi német lakosságnak Németországba áttelepítésével kapcsolatos bünvádi eljárási rendelkezések tárgyában. Végül is 200 ezer „fasiszta sváb” helyett – Vorosilov kijelentése és a berlini állásfoglalás alapján – 500 ezer elűzendő németet érintett a kérdés.

A kitelepítés (nyolcadik fejezet) csak 1946-ban kezdődött meg. Az első vonat január 19-én indult meg Budaörsről. Az év eleje a Dunántúlt, május-június a Duna-Tisza közét és a Tiszántúlt érintette. Alig volt olyan német család Magyarországon, amelyiket jogtalan vagyonelkobzás, összeköltöztetés vagy egyéb sérelem ne ért volna. Annak ellenére, hogy a nemzetközi hatalmak is akarták a kitelepítést az anyagi terhek Magyarországot sújtották, ehhez a kormány februárban 12,2 milliárd és márciusban újabb 9 milliárd pengő hitelt vett fel. A svábok tíznapit éllelmet kellett, hogy kapjanak és végül 100 kg-os csomagot vihettek magukkal. 1946 júniusában az amerikaiak leállították a kitelepítést, a rossz élelmiszerellátás, átszállítási körülmények és a törvénytelenlégek miatt. Június 27-én a Népgondozó Hivatal is megszüntették és munkáját a Belügyminisztérium folytatta. Rajk javaslatára a 7970/1946. M. E. sz. rendelet kimondta, hogy a kitelepítettek állampolgársága megszűnik és vagyonuk az államra száll. 1946 novemberéig 116 783 fő hagyta el az országot. A kitelepítés azonban tovább folytatódott 1947-ben, de még 1948-ban is, ennek háttérében a nemzetközi viták és

politikai alkudozások álltak, amelyek eredményeként olykor hónapokig szünetelt a deportáció. Kezdetben csak az amerikai zónába vittek embereket, de 1947 közepén a magyar kormányzat moszkvai segítséget kért, így ezt követően a szovjet zóna is fogadott kitelepítetteket. 1947. július 18-tól már csak a németországi szovjet zónába indultak vonatok egészen 1948. szeptember végéig, főleg Baranya, Bács-Bodrog, Fejér, Komárom-Esztergom, Pest-Pilis-Solt-Kiskun, Somogy, Tolna és Veszprém megyékből. Magyarországról, a Szovjetunióba elhurcolt 64 ezer fővel együtt, összesen 225-230 ezer németet telepítettek ki, ezek közül 16 ezer a kényszermunka táborokban hunyt el.

A jogfosztás felszámolásának kezdete (tizeik fejezet) 1949-re tehető, ekkor fogadták el az 1949 évi XX. törvényt, az Alkotmányt, amelynek 49. §-a az ország valamennyi nemzetisége számára biztosította az egyenjogúságot és a meghatározott nemzetiségi jogokat. Ez azonban a korábban történeken semmit sem változtatott, az itt maradt németek továbbra is ki voltak téve meghurcolásoknak, ugyanis, ha 10 kat. holdnál több földdel rendelkeztek, akkor kulákként kezelték őket.

A könyv végén található „Egy kiállítás képei” című melléklet szemléltető betekintést nyújt a kitelepítés rideg valóságába.

A mű átfogó és leíró képet ad a magyarországi német nemzetiségűek, főleg svábok kitelepítéséről. Olvasmányosságát érthető nyelvezetének és logikus felépítettségének köszönheti. Hiteltérdemlősege vitathatatlan, amit a részletező és pontos lábjegyzetek (355 db) erősítenek meg. Az így felhasznált irodalom és kutatómunka alapján a szerző kimerítően feldolgozta a németek kitelepítésének történetét, körülményeit. Izgalmas, megrázó és elgondolkoztató könyv.