



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

Melvin Aron Eisenberg: The Nature of the Common Law

A *common law* kifejezés több jelentéssel bír. Egyfelől jelentheti az angolszász, illetve angolszász mintára létrejött jogrendszerek joganyagának egy (elsősorban magánjogi) részét, melyet az *equity law*-val (a merev keresetformulák */writek/* alkalmazásából eredő méltánytalanságok enyhítésére létrehozott kancelláriai bíróságok döntésösszessége, mely aztán Angliából készen került a gyarmatokra) és a *statute law*-val (törvényi jog) állíthatunk szembe. Másrészt, jogösszehasonlítási szempontból a *common law* jogcsaládba tartozónak nevezünk azokat a jogrendszereket, melyekben a bírói precedensek kiemelkedő jogforrási jelentőséggel, s így a bírók a jog meghatározásában központi szereppel rendelkeznek – a mintaadóként szolgáló angol jogrendszeren túl több-kevesebb eltéréssel e körbe sorolható az Egyesült Államok, továbbá (egyebek közt) Kanada, India, Ausztrália, vagy éppen Dél-Afrika jogrendszere is. A vezető *common law* országoknak mindenképp Nagy-Britanniát és az Egyesült Államokat tekinthetjük.¹

Látható, hogy bármelyik meghatározást is vesszük alapul, a bíró központi szerepe szembeötlő. Ezt tartja szem előtt Melvin Aron Eisenberg is, amikor meghatározza 1988-as elemzésének tárgyát: „[a] *common law* ... a jognak azon része, amelynek létrehozása maguknak a bíróságoknak a rendelkezési körébe tartozik.”² Elemzésében az Egyesült Államok jogrendszerét veszi alapul. Közismert tény, hogy az Egyesült Államok jogrendszere az angol jogon alapul, melyet a telepések hoztak magukkal, s ez akkor is meghatározó jelentőségű, ha – különösen a függetlenségi háború után – több államban egyenesen tiltották az angol precedensek idézését.³ Az Egyesült Államok jogrendszere azonban el is tér sok

¹ E két ország jogrendszerének rövid bemutatásához lásd pl.: Badó 2007, Badó – Bóka 2007!

² „The common law ... is that part of the law that is within the province of the courts themselves to establish.” Eisenberg 1988, 1. o.

³ Érdekes fordulat, hogy mintegy száz esztendővel a függetlenségi háború után az angol joggyakorlat és jogtudomány esetenként már komoly befolyással bírhatott a meghatározó fórumok döntéseire. A

mindenben az angol jogrendszerrel. Két vonatkozás külön kiemelendő. Az egyik alapvető különbség a szövetségi és a tagállami jogalkotás különválásából ered: az Egyesült Államok alkotmánya meghatározza, melyik szinten mi szabályozható. A másik kiemelkedő jelentőségű eltérést a *statute law* fontossága adja. Természetesen ma már egyik nyugati országban sem hagyhatjuk figyelmen kívül a központi jogalkotást, ám ez az Egyesült Államokban hamarabb vált elismerten jelentőssé, mint Angliában, még akkor is, ha olykor egy jogszabály értelmének kibontása nyilvánvalóan a bíróságokra várt.⁴

A bírók e kiemelkedő szerepe kiváltképp érdekessé teszi a *common law* rendszert, melynek magyarázatára, s ezen belül a bírói szerep meghatározására sokféle elmélet született. Eisenberg viszonylag vékony munkáját⁵ nyolc fejezetre tagolva fejti ki nézeteit a *common law* működéséről. A bevezetesként szolgáló első fejezetben elkülönít két alapfogalmat: az ún. doktrinális és társadalmi propozíciót. Az előbbi alatt a szerző a jogi szabályokat keletkeztető, szövegszerű forrásokból megismerhető propozíciókat érti (ezek tipikus esetei a jogszabályok és a precedensek, de Eisenberg ide sorolja például a jog szakpublikációkat is), az utóbbi alatt pedig minden egyéb propozíciót, amely nem tartozik az első kategóriába (tipikusan a morál, a társadalompolitika és a tapasztalat). Ugyane fejezet alatt a szerző három elméleti alapállást határol el aszerint, hogyan határozzák meg a „könnyű” és a „nehéz” eseteket, illetve milyen jelentőséget tulajdonítanak az általa megfogalmazott propozícióknak. Az első szerint a könnyű esetek azok, amelyekben a bíró csak jogalkalmazó, (a szerző terminológiája szerint: eldönthetők kizárólag a doktrinális propozíciók figyelembevételével), a nehéz esetek pedig azok, amelyekben a bíró jogalkotó (szükséges a releváns társadalmi propozíciók figyelembevétele is). A második minden esetben jogalkalmazóként tekint a bíróra, és az esetek „nehézségét” a szabályozás részletessége, avagy általánossága alapján méri. A harmadik értelmében a bíró, ha nehéz eset kerül elé, végiggondolja az ügy – bizonyos minimális intézményi küszöbnek megfelelő – lehetséges megoldásait, és ezen „eredmények” közül választja ki a neki tetszőt.⁶ Eisenberg mindezeketől elhatárolja saját elméletét, és

monopóliumok elleni küzdelem „fekete bárányának” tekintett *The Slaughterhouse Cases*ben a szövetségi Legfelsőbb Bíróság, a jogelvek alapján való bírói döntés iskolapéldájának számító (vö. pl. Dworkin 2001!) *Riggs v. Palmer*-ügyben pedig New York állam Legfelsőbb Bírósága többek között brit jogtudósok, bírók álláspontját is segítségül hívja.

⁴ Az 1890-es Sherman-féle trösztellenes törvény az egyik legkézenfekvőbb példa erre. A rövid, mindössze nyolc szakaszból álló jogszabály akár „teljes terjedelmében” is idézhető egy-egy indokolásban, mint tette azt a szövetségi Legfelsőbb Bíróság például az 1904-es *Northern Securities Co. v. United States*-ügyben.

⁵ A könyv érdemi része, az azt megelőző előhang és tartalomjegyzék, valamint az azt követő jegyzetapparátus és tárgymutató nélkül 161 oldalt tesz ki (az oldalszámozás az első fejezettel kezdődik).

⁶ Voltaképpen hasonló nézetet fejt ki például Duncan Kennedy a *Journal of Legal Education* lapjain megjelent tanulmányában, azzal az árnyalatnyi különbséggel, hogy Kennedy szerint a bíró kifejezetten a neki tetsző döntés meghozatala érdekében tesz szellemi erőfeszítéseket. Vö. Kennedy 1986!

alaptézisként leszögezi, hogy a bíró egyfelől nincs kizárólag autoritatív szövegekhez kötve, másfelől viszont nem is élvez teljes körű szabadságot: csak bizonyos minimális kritériumoknak megfelelő társadalmi proposíciók, illetve a bírászkodás intézményi elveinek megfelelő szabályok alapján hozhat döntést.

A könyv második fejezete a bíróságok társadalmi funkcióját elemzi. A szerző két funkciót tart kiemelkedően fontosnak. Az első a vitarendezés. Ez a funkció nem kerül alaposabb részletezésre: a szerző utal rá, hogy a bíró passzív, csak igénybejelentés alapján jár el, s ilyenkor a múltba tekint. A második funkció kifejtésére több tér jut: ez a jogiszabály-tartalék gazdagítása.⁷ ⁸ A mai társadalom szabályozása tetemes mennyiségű jogi szabályt igényel, s e követelés kielégítésére a jogalkotó kapacitása sokszor nem elég, ráadásul a rugalmas bírói jog gyakran alkalmasabb szabályozóeszköz a merev jogszabályoknál.⁹ A bíróságok e második társadalmi funkciójuk ellátása során a jövőbe tekintenek. Eisenberg a bírói jogalkotásnak két modelljét különíti el. Az első szerint a bírói jog csak az igazságszolgáltatás „mellékterméke.” Egy-egy nehéz eset folyamán a bírók elkerülhetetlenül létrehozhatnak új doktrinális proposíciókat, autoritatív szövegeket, ezek mennyiségét azonban célszerű minél inkább redukálni. A második modell szerint kifejezetten kívánatos a társadalom működését irányító új szabályok születése. A szerző ez utóbbi modellt véli a valósággal nagyobb összhangban állónak.

A könyv harmadik fejezete azokkal az alapelvekkel foglalkozik, amelyek a szerző álláspontja szerint meghatározzák, hogyan alkotják és változtatják a jogot a bíróságok. Ezek az utóbbiak társadalmi funkciójából eredeztethetők, s alapul szolgálnak annak meghatározására is, milyen feltételek mellett juthat szerep a társadalmi proposícióknak a *common law*-érvelésben.

E fejezetben négy ilyen alapelvről olvashatunk. Az első az objektivitás (*objectivity*) elve. Ebből fakad a bíróságok mint harmadik személyek legitimációja arra, hogy a két fél

⁷ Az általam használt kifejezés nem elírás: szándékosan a különféle autoritatív szövegeket (így például a bírói precedenseket is) magában foglaló „jogi szabályt” alkalmaztam a „jogszabály” helyett, melyről az olvasó könnyen a központi jogalkotás termékeire asszociál (az alapul vett angol kifejezés: *supply of legal rules*).

⁸ William Landes és Richard Posner 1976-os közös tanulmányukban hasonló elképzelést jártak körbe a jog gazdasági elméletének fogalmi keretében. Eszerint a bírói precedens voltaképpen a jogrendszerbe beleadott input, mely későbbi döntések alapjául szolgál, és a „hétköznapi” befektetett eszközökhöz hasonlóan amortizálódik is (vagyis kevésbé alkalmazható az új szituációkra). Ebből a szempontból a peresedésnek kifejezetten kedvező hatása van a jogra, hiszen friss, a megváltozott körülményekhez jobban illő szabályozást generál. A tanulmány egyik módfelett érdekes elméleti felvetése az, hogy azt a felet – illetve, feltehetően, jogi képviselőjét –, akinek érvelését a precedensalkotó bíróság elfogadta, kvázi jogdíj kellene, hogy illesse, valahányszor az ügyében hozott döntésre egy későbbi ügyben precedensként hivatkoznak (ld. általában: Landes – Posner 1976, az imént kiemelt elgondoláshoz: 272. o.).

⁹ Az egyesült államokbeli bírósízerezep-felfogás egyes jellemzőiről jómagam is tettem rövid összefoglalást. Ld.: Molnár 2009, 30-33. o., valamint a kapcsolódó lábjegyzetekben feltüntetett forrásmunkákat!

között fennálló jogvitában állást foglaljanak. Több eszmény levezethető belőle, így például a pártatlanság (*impartiality*; bármely félhez való bármilyen kötődés hiánya), vagy az egyetemesség (*universality*; a hasonló helyzetben lévőkre ugyanazon szabályokat kell alkalmazni).

A második alapelv a támogatás (*support*) elve. Eszerint a bírói jog legitimitásához szükséges az is, hogy összhangban álljanak a társadalom általános, vagy a jogrendszer speciális mércéivel. A szerző ebben a törvényhozó és a bíróságok közti egyik alapvető különbséget látja. A törvényhozót ugyanis nem köti a fenti korlát. Ez az eltérés abból fakad, hogy míg a törvényhozó reprezentatív intézmény, mely a polgárok felé közvetlen elszámolással tartozik, addig ez a bíróságokról nem mondható el.

A harmadik alapelv nagyjából a „megismételhetőség” vagy a „reprodukálhatóság” kifejezéssel adható vissza (az angol eredeti a *replicability*). A kiindulópont az, hogy sokszor hatékonyabb, gyorsabb és olcsóbb, ha az ügyfél nem egyből bíróságra megy „megtudni”, milyen jogi rendelkezések alkalmazhatók az ő helyzetére, hanem előzetesen szakemberhez (ügyvédhez, egyéb, jogi tanácsadással foglalkozó személyhez) fordul. Ilyenkor természetesen felmerül annak igénye, hogy a véleményt adó személy képes legyen megállapítani, mi az adott esetre alkalmazandó jog. Vagyis annál optimálisabb a helyzet, minél inkább ugyanazt a jogi következtetést vonja le a bíróság és az ügyvéd is. Ezzel az ún. retroaktivitás dilemmája (*retroactivity dilemma*) is enyhíthető, vagyis az a probléma, hogy a jogszabály értelmezésével tulajdonképpen „új” jogszabály születik, ami persze méltánytalan a perveztes félre nézve. A megismételhetőség alapelvének fontos aspektusa a következetes bírói módszertan alkalmazása. Ugyanakkor a szerző felhívja rá a figyelmet, hogy a megismételhetőség nem egyenértékű a kiszámíthatósággal, azt ez az alapelv nem képes biztosítani.

A negyedik alapelvre magyarul talán mint a szakmai párbeszéd (*responsiveness*) elve utalhatunk. Bár fentebb megállapította a szerző, hogy a bíróságok – szemben a törvényhozóval – nem reprezentatív, s így a polgárok felé elszámolással nem tartozó intézmények, itt rámutat, hogy egy társadalmi intézménnyel mégiscsak elszámoltatható – ez pedig a jogász szakma. Ez két fő „küzdőterem” történik: a tárgyalóteremben (beadványok, intítványok, *amicus curiae* levelek¹⁰, stb. révén), illetve az átfogó szakmai párbeszéd keretei

¹⁰ Az *amicus curiae* levél (*amicus curiae* brief; a latin kifejezés önmagában annyit tesz: „a bíróság barátja”) „olyan szakértői vélemény, amely egy-egy bonyolultabb jogi, társadalmi, politikai vagy szaktudományos kérdésben igyekszik a bíróság számára információt közvetíteni, illetve az ítélkező testület figyelmét felhívni olyan fontos vonatkozásokra, amelyek a felek perbeli cselekedetei és nyilatkozatai alapján egyébként rejtve maradnának” (Simon 2003). Ez a fajta érdekérvényesítési mód különösen a XX. században, az Egyesült

közt. A bírói döntés értékelését a jogászi szakmai szervezetek, a tanulmányok, monográfiák szerzői, valamint a hasonló eseteket elbíráló bíróságok végzik. Az ügyvéd dolga a legfrissebb szakirodalom ismertetése a bíróval, akinek nincs kapacitása annak folyamatos nyomon követésére. A szélesebb közönség és a bíróságok között pedig az esküdtszék látja el a közvetítői szerepet, tudtára adván az utóbbiaknak, milyen társadalmi propozíciókat tart követendőnek a társadalom.

Eisenberg a negyedik fejezetben részletezi, mik azok a tipikus társadalmi propozíciók, amelyek megjelenhetnek a *common law* folyamataiban. Három társadalmi propozíciót vesz alaposabban górcső alá: a morális normákat (*moral norms*), a társadalompolitikát (*policy*) és a „tapasztalati propozíciókat” (*experiential propositions*).

A morális normák taglalása elején a szerző leszögezi, hogy azok igen sokféleképpen megjelenhetnek a jogi érvelésben. Előfordulhat, hogy egy jogszabály hivatkozik rájuk. Olykor a nagyon absztrakt jogi rendelkezések tartalommal való megtöltése morális mércék igénybevételével lehetséges. Máskor pedig az új szabályok formálásánál veszik őket figyelembe. A szerző alapvetésként kezeli, hogy a *common law*-érvelésben fontos szerepe van annak, mit tekint a közösség jogosnak, illetve jogtalanak. Ebből következően a bírónak a társadalmi morálhoz kell folyamodnia. Ezt követelik meg a fentebb felsorolt intézményi alapelvek is, illetve ily módon is enyhíthető a már szintén említett retroaktivitási dilemma. Eisenberg szerint a következő források segítségével határozhatók meg ezek a közösségi morális normák: hivatalos források, nem hivatalos források, a bíró saját értékítélete, valamint a megfelelő társadalmi támogatottsággal bíró normák kiterjesztése. Ha vitás egy morális norma társadalmi támogatottsága, társadalmi vita alakul ki róla, és a bíró annak eredménye szerint köteles eljárni. Kiemelendő, hogy a bíró nem alkalmazhatja a saját értékítéletét a társadalomé helyett, hiszen az sérelmes azokra nézve, akik a bírótól eltérő, általuk tapasztalt normákhoz akarnak igazodni, és fokozza a retroaktivitás problémáját is. E cím alatt felel Eisenberg két másik szerző, John Ely és Kent Greenawalt morállal kapcsolatos ellenvetésére is.

Államok bíróságai előtt virágzott. Ennek egyik válfaja a kifejezetten társadalmelemzésre, az újfajta szabályozást igénylő társadalmi változások bíró elé tárására „szakosított” *Brandeis*-levél (Vö. Pokol 2005, 128. o.). Névadója Louis Brandeis, aki az Egyesült Államok szövetségi Legfelsőbb Bíróságának tagja volt; egyik leghíresebb alkalmazása az 1908-as *Muller v. Oregon*-ügyhöz köthető, amelyben a még ügyvédként praktizáló Brandeis sikerrel érvelt amellett, hogy a nők munkaidejének korlátozása bizonyos munkahelyeken egészségük védelme érdekében nem sérti a 14. Alkotmány-kiegészítés *due process*-klauzuláját. Figyelemreméltó érdekesség, hogy az ügy előadója az a David Josiah Brewer bíró volt, aki tíz évvel korábban látványosan a *Holden v. Hardy*-ügy (a Legfelsőbb Bíróság többsége alkotmányosnak tartotta Utah állam azon törvényét, mely a bányákban dolgozók munkaidejét korlátozta) többségi ítélete ellen szavazott, méghozzá Rufus Wheeler Peckhammal, a híres-hírhedt *Lochner v. New York*-ügy indokolásának megfogalmazójával.

A társadalompolitikáról Eisenberg azt emeli ki, hogy az élet jelenségeit az általános jólét szempontjából jónak vagy rossznak értékeli. Egyebekben megjelenése hasonló a morális normákéhoz: történhet rá utalás jogszabályban, segítségével konkretizálhatók az absztrakt normák, és szerepet játszik az új szabályok alkotásában. A társadalompolitika megismerése ez esetben is a fentebb felsorolt négy forrás alapján történhet. A társadalompolitika bíróság általi figyelembevételének elsődleges kritériuma az, hogy az adott társadalompolitika ne legyen túlságosan időszakos, illetve – az objektivitás követelményének megfelelően – visszavezethető legyen egyetemes szabályokra. Fontos az is, hogy a bíróság rendelkezzen az érvényesítésükhöz szükséges jogi eszközökkel. A cím hátralevő részében Eisenberg vitatja Dworkin azon két tézisének, hogy a társadalompolitikai kérdéseknek nem szabadna megjelennie egy nem reprezentatív intézmény érvelésében, mert a mérlegelés a jogalkotó és nem a bíróság dolga, valamint két magánfél jogvitájába igazságtalan bevonni a közérdeket. Álláspontja szerint már az egyes (szövetségi és tagállami) alkotmányok szövegezői is szem előtt tartották, hogy a bíróságok társadalompolitikai szempontokat is szem előtt tartanak ítélező tevékenységük során, semmi nem támasztja alá, hogy a bíróságok ne lennének képesek ugyanúgy mérlegelni, ahogy a törvényhozó is. Ráadásul a legtöbb esetben rendelkezésre áll valamilyen vezérlőelv, tehát valódi, körültekintő mérlegelésre nincs is szükség. Eisenberg fontosabbnak tartja azt, hogy a bíróságok kiszámítható módon döntsenek.

A társadalompolitikai megfontolások három speciális csoportja külön kiemelésre kerül: 1. a hatékony ügyintézés (*administrability policy*; azaz a jogi szabály alkalmazása nem függhet olyan információtól, amelyre a bíróság nem tud kellő bizonyossággal támaszkodni), 2. a szűken vett információk aszimmetria (*closely related informational-asymmetry policy*; azaz a jogi szabály alkalmazása nem függhet olyan információtól, amely jellemzően az egyik fél rendelkezésének tárgya), 3. az opportunizmus (*opportunism policy*; azaz a jogi szabályok nem vezethetnek túlzásokhoz).

A tapasztalati propozíciók a világ működéséről alkotott felfogást jelentik, vagyis jórészt a tudomány által feldolgozott és osztályozott jelenségek összességét. A tapasztalati megfontolások segítségül szolgálhatnak a bírónak például egy adott társadalompolitikai irányvonal támogatottságának megítélése tekintetben. Az Eisenberg által felhozott illusztratív példa a következő. Egy rendelkezés értelmében a hanyag (vagyis a *negligentiának* nevezett tudatállapotban meghozott) döntésért a cégvezető nem vonható felelősségre. E rendelkezést az a társadalompolitikai megfontolás támasztja alá, hogy nem célszerű a jó képességű embereket eltántorítani a cégvezetői posztok betöltésétől. A társadalompolitikai megfontolás

figyelembevételét két tapasztalati (pszichológiai) propozíció teszi indokolttá: egyrészt a felelősségi szabály alkalmazása ténylegesen eltántorít sokakat a cégvezetéstől, másrészt ez a hatás számottevő mértékű, még a poszt betöltésére motiváló tényezők fennállása ellenére is. Egy másik lehetséges társadalmpolitikai megfontolás az, hogy nem célszerű elrettenteni a cégvezetőket a kockázatos döntésektől – e megfontolás viszont csak azzal a tapasztalati propozícióval együtt meggyőző, hogy a cégvezetői döntések ilyen felülvizsgálata a jelzett elrettentő hatást gyakorolja. A hatékony ügyintézésből eredő megfontolás szintén fontos szerepet játszhat – amennyiben ténylegesen kimutatható az a tapasztalati propozíció, hogy nehéz és nem hatékony annak jogalkalmazói megállapítása, hogy vajon tényleg a cégvezető hanyag döntése vezet-e a cég helyzetének rosszabbodásához.

Az ötödik fejezetben azt taglalja a szerző, hogy a fentebb kifejtett társadalmi propozíciók milyen kritérium teljesülése esetén jelenhetnek meg a *common law*-érvelésben, illetve milyen kapcsolatban állnak a doktrinális propozíciókkal. Eisenberg két modellben vizsgálja meg ezeket a mércéket.

A kettős koherencia modellje (*model of double coherence*) szerint a *common law*-t meghatározó propozícióknak kétféle módon kell összhangban állniuk. Egyrészt a jogi szabályok összességének meg kell felelnie a társadalmi propozícióknak, illetve teret kell adniuk azok érvényesülésének. Ezt Eisenberg társadalmi kongruenciának (*social congruence*) hívja. Másrészt pedig a jogi szabályoknak egymással is összhangban kell állniuk – a könyv terminológiája szerint ez a rendszertani konzisztencia (*systemic consistency*). A szerző álláspontja szerint a társadalmi propozíciók mindkettő megvalósulásában fontos szerepet játszanak.

A *common law* valóság-hű modellje (*real-world model of the common law*) az előbbieken túl az alkalmazott jogtétel időbeli tartósságát is figyelembe veszi. E megfontolás szem előtt tartása figyelhető meg a *stare decisis* elvének érvényesülése során is. Ez az elv teszi lehetővé azt, hogy egyáltalán legyen értelme a jogtételek tartósságáról beszélni, hiszen a bírák a *stare decisis* elvére hivatkozva vonakodnak olyan döntést hozni, amelyet feltehetően nem hoznának meg más hasonló esetben. A *stare decisis* elvére alapul a bírók fentebb említett „jogiszabály-ellátást” biztosító funkciója is. Végül ez az elv teszi lehetővé azt is, hogy a polgárok jó okkal hagyatkozzanak a bírói precedensekre (Eisenberg erre a *justifiable reliance* /tükörfordításban: „indokolt ráhagykozás”/ kifejezést használja).

A hatodik fejezet a jogi érvelés öt válfaját fejt ki, ezek: a precedens alapján való érvelés (*reasoning from precedent*), az alapelvek alapján való érvelés (*reasoning from*

principle), az analogikus érvelés (*reasoning by analogy*), a szakirodalomban lefektetett tanok szerinti érvelés (*reasoning from doctrines established in the professional literature*) és a hipotetikus esetek segítségével történő érvelés (*reasoning from hypotheticals*).

A precedens alapján való érvelés vizsgálatánál a szerző a precedensszabály keletkezésének három elméletét sorolja fel és vitatja. Az első kettőt együtt is tárgyalja. A minimalista megközelítés (*minimalist approach*) szerint a precedens kötelező részét a döntés indokolásában kinyilvánított szabály azon része képezi, amely nélkülözhetetlen az adott döntéshez. Az eredményközpontú megközelítés (*result-centered approach*) nem az indokolásban foglalt kijelentésekre, hanem arra összpontosít, hogy az eset mely tényei bizonyultak nélkülözhetetlenek az adott döntés megszületéséhez. Mindkét állásponttal szemben az Eisenberg fő kifogása, hogy szegényesen írják le a bírói döntés folyamatát, és jogbizonytalanságot eredményeznek. Ez utóbbi érvét Julius Stone Arthur Goodhart híres cikkével szembeni kritikájával támasztja alá.¹¹ A harmadik megközelítés a kihirdetés-alapú megközelítés (*announcement approach*), melynek értelmében a precedens kötelező része a benne tételesen kinyilvánított szabály, feltéve, hogy az a jogvitában felmerült kérdések tekintetében releváns. Ezzel szemben azt hozza fel a szerző, hogy bár valóságosabb, még mindig nem jellemzi általában a bírói döntési folyamatot, mivel sok eset igazolja a másik két megközelítést is. Néhány, a valós joggyakorlatból vett példát követően számba veszi a precedens formális és tartalmi kényszereit; az előbbi összetevői: a precedensben lefektetett szabálynak összeegyeztethetőnek kell lennie az eredménnyel, illetve a precedens alapján döntő bíróságnak vagy a precedens alapján kell döntenie, vagy el kell választania tőle az adott esetet. A tartalmi korlátok kapcsán Eisenberg négy tételt rögzít: 1. Ha a precedensben lefektetett szabály minden tekintetben megfelel a kettős koherenciának, azt következetesen alkalmazni és fejleszteni kell. 2. Ha a precedensben lefektetett szabály minden tekintetben megfelel a kettős koherenciának, de egy újonnan felmerülő eset, ami a precedens hatókörébe esik, eltérő megítélést igényel, a bíróságnak azt át kell alakítania. 3. Ha a precedensben lefektetett szabály lényegét tekintve megfelel a kettős koherenciának, azt következetesen

¹¹ Arthur Goodhart *Determining the Ratio Decidendi of a Case* című tanulmánya 1930-ban jelent meg a Yale Law Journal decemberi számában. A rövid mű azóta a precedensjog tanulmányozásának megkerülhetetlen sarokköve. Goodhart alaptézise az, hogy a *ratio decidendi* a döntéshez nélkülözhetetlen tények meghatározásával nyerhető ki. Julius Stone a Goodhart által is meghivatkozott, közismert *Donoghue v. Stevenson*-ügy segítségével illusztrálja kifogásait. Abban látja a problémát, hogy a konkrét eset releváns tényei különböző absztrakciós síkokon is meghatározhatók. Így például a gyömbérsörben oszladozó csiga lehet döglött csiga, bármilyen csiga, bármilyen káros, idegen, fizikai test, bármilyen káros, idegen elem, bármilyen káros elem. Ha tekintetbe vesszük, hogy egy jogesetben általában egynél több releváns tény játszik szerepet, láthatjuk, hogy a *ratio decidendi* Goodhart módszerével nem állapítható meg kétséget kizáróan. Vö. Goodhart 1930, ill. Stone 1959!

alkalmazni és fejleszteni kell. 4. Ha a precedensben lefektetett szabály lényegét tekintve nem felel meg a kettős koherenciának, a bíróságnak el kell állnia következetes alkalmazásától.

Egy elv lehet jogi és morális jellegű egyaránt, a kettő pedig nem feltétlenül esik egybe. E megfontolásból Eisenberg hangsúlyozza, hogy a jelen fejezetben csak a jogelvekkel kíván foglalkozni. Utal az elvek és a szabályok között meghúzható határvonalra, melyet általánosságuk mértéke képez. Eisenberg az elvekben a társadalmi proposíciók kifejeződését látja, melyek alkalmazásukkal folyamatosan fejlődnek, hatókörük kibővül, illetve a társadalmi proposíciók változásával új elvek is színre lépnek – ez utóbbi jelenséget az új tudományos paradigmák Thomas Kuhn által felvázolt megjelenéséhez hasonlítja. Végző soron az elvek tartóssága társadalmi kongruenciájuk mértékétől függ.

Az analogikus érvelés Eisenberg szerint nem egyenlő pusztán két eset hasonlóságainak összevetéssel – vagyis ha két eset tíz releváns tényéből kilenc egyezik, akkor azok szükségképpen „hasonlók” –, illetve a példák alapján való érveléssel. Alapjában véve az analógia az elkülönítés (*distinguishing*) tükörképe, amikor a bíróság nem azt állapítja meg, hogy az eset eltérő elbírálást igényel, hanem épp ellenkezőleg: a precedensben foglalt szabály alá vonandónak ítéli az első ránézésre nem odaillő esetet. Az analogikus érvelés egyik módja a konzisztens kiterjesztés (*consistent extension*). Ilyenkor a bíróság a precedensbe foglalt szabály alá vonja az újonnan elé kerülő esetet annak ellenére, hogy a formális logika szerint az utóbbi nem tartozik az előbbi deklarált hatókörébe, mert sem a társadalmi proposíciók, sem az elméleti különbségtételek nem indokolják a két eset eltérő megítélését. Egy másik mód az, amikor a bíróság a rendszertani konzisztenciára (*systemic consistency*) hivatkozva terjeszti ki egy precedens hatókörét.

A szakirodalom az érvelés azon forrásai közé tartozik, amely formálisan nem kötelezi a döntéshozó fórumokat, mégis hivatkoznak rájuk alkalmanként. Egy jogtétel lehet a szakirodalom által támogatott (*supported in the literature*), vagy a szakirodalomban meghonosodott (*established in the literature*). Az előbbiről akkor beszélhetünk, ha a jogtételt csak néhány szakmai forrás fogadja el jogként, még ha az nem is ütközik másokkal, vagy a jogtételt rögzítő forrásoknak nem tulajdonít nagy jelentőséget a szakma, avagy viszonylag nagy számú forrás fogadja el jogként a jogtételt, de sok más forrás vitatja is jogi jellegét. Az utóbbiról akkor beszélhetünk, ha sok jogesetben és jelentős másodlagos forrásokban (például döntvénytárakban, értekezésekben) jogként fogadják el a jogtételt, és e források között nem áll fenn érdemi konfliktus.

A hipotetikus esetek segítségével történő érvelés során segítségül hívott eset három jellegzetességgel bír Eisenberg szerint: 1. A hipotetikus eset eltér a konkrét esettől. 2. A hipotetikus eset eldöntése valamely versengő szabály alapján egyszerűbbnek tűnik, mint a konkrét eseté. 3. A konkrét eset nem különíthető el a hipotetikustól a társadalmi propozíciók alapján. A hipotetikus eset segítségül hívása történhet avégett, hogy a két eset (a hipotetikus és a konkrét) közötti hasonlóságot, és ekképpen a mindkettőre érvényes szabály alkalmazását alátámasszák, vagy a hipotetikus esetnek az adott szabály alkalmazása által születő eredményének abszurdításával alátámasszák a szabály konkrét esetben való alkalmazásának indokolatlanságát – vagyis ez utóbbi lényegében megfelel az *argumentum ad absurdum* érvének.

Könyve hetedik fejezetében Eisenberg a precedensek elkerülésének, felülbírálatának módozatait ismerteti. E fejezetben belül az első címet az *overruling*nak¹² szenteli. Az *overruling* egy precedens felülbírálatának legsúlyosabb esete: ilyenkor a korábbi precedenst érvénytelennek deklarálják, és újjal váltják fel. Az *overruling* alkalmazásának két konjunktív alapelve van a szerző megfogalmazásában: 1. A régi jogtétel nem felel meg a kettős koherencia követelményének. 2. A doktrinális stabilitás és a *stare decisis* szem előtt tartását megalapozó értékek érvényesülését nem segíti elő jobban a jogtétel életben tartása, mint érvénytelenítése. Az *overruling* igénybevételenek tipikus esete az ún. „csorbult jogtételek” (*jagged doctrines*) megjelenése: ilyenről akkor beszélhetünk, ha egy jogtételhez az idők folyamán sok kivételes eset kapcsolódott, melyek egymásnak is ellentmondanak. A kivételek halmozódása annak jele, hogy az alapul szolgáló tétel egyre kevésbé felel meg a kettős koherencia követelményének, s így érvénytelenítése egyre indokoltabbá válik. Természetesen az *overruling* akkor is alkalmazható, ha a kérdéses jogtétel nincs teletűzdelve kivételekkel, ám annak idejétmúltsága, s a belőle fakadó éles szakmai kritika e radikális bírői lépést kívánja (ez az ún. „nem csorbult jogtételek”, azaz a *nonjagged doctrines* esete). Ám még ilyenkor is előfordulhat, hogy a kiszámíthatóság igénye felülírja a kérdéses jogtétel kettős koherenciájának való megfeleltetésének szükségességét. Ebben az esetben a bíróságok a „jeladás” (*signaling*) technikájával élnek: követik a régi precedenst, de jelzést adnak a szakma felé annak problémás voltáról.¹³ Végül Eisenberg szót ejt azokról az esetekről is, amikor a

¹² Az angol szó leginkább a magyar „felülbírálat” vagy „érvénytelenítés” szavakkal fordítható le, ám jelen esetben az előbbi egy tágabb kategóriát jelöl, az utóbbi pedig kifejezetten negatív tartalmú: csak egy érvényes jogtétel eltörlésére utal, míg az *overruling* magában foglalja az új jogtétel állítását is a régi helyébe. E megfontolásokból kiindulva az eredeti angol szót használom a magyar szövegben is.

¹³ Hasonló történt például az 1949-es *Gibbs v. Burke*-ügyben. A Legfelsőbb Bíróság ebben az ügyben a Tizennegyedik Alkotmány-kiegészítés sérelmét állapította meg, amiért az alsóbb szinten eljáró bíróság nem

régi precedens társadalmi kongruenciája már csorbát szenvedett, de rendszertanilag még konzisztens – ilyenkor a bíróságok követik a precedenst, az azonban idővel természetesen erodálódik, és átadja helyét az újnak.

Az előrettekintő *overruling* (*prospective overruling*) az imént vázolt technika egy speciális válfaja: a bíróság ilyenkor kimondja a régi jogtétel érvénytelenségét, ám az új alkalmazhatóságát időben eltolja, tipikusan az új jogtétel kimondását követően létrejött tényállásokra. E módszer csak rendkívüli esetekben vehető igénybe, tekintettel a deklaráció előtti és utáni tényállások eldöntése közötti inkonzisztenciára – ennek megfelelően a gyakorlatban is csak kivételesen fordul elő.

Az átalakítás (*transformation*) lényegét tekintve hasonlít az *overruling*hoz. Arról van szó, hogy a bíróság gyökeresen megváltoztatja egy jogtétel tartalmát, annak érvénytelenségét ugyanakkor nem deklarálja.

Az „átlépés” (*overriding*) technikájának lényege abban áll, hogy a bíróság leszűkíti egy precedens alkalmazhatósági körét.

Inkonzisztens különbségtételre (*drawing of inconsistent distinctions*) főleg akkor kerül sor, ha a bíróság a doktrinális stabilitás miatt nem akar az *overruling* lehetőségével élni, vagy bizonytalan egy magatartás megítélésében, és óvatosságból csak részleges kivételt tesz az arra alkalmazható precedens alól. E technika azok védelmére is szolgálhat, akik az adott jogtétel gyökeréről szolgáló megfontolás alapján cselekedtek.

A fejezet zárásaként a szerző az egységesség (*integrity*) Dworkin-féle fogalmából következő két állítást vesz górcső alá: 1. A bíróságok jogokat és kötelezettségeket állapítanak meg, döntéshozataluk nem a klasszikus jogalkotói döntésekhez hasonlítható (vagyis nem azt mondják: „A mai nap ezt és ezt a szabályt rögzítjük, és felelősségre vonunk, amiért tegnap nem eszerint cselekedtél”, hanem azt: „a jog szerint így és így kellett cselekedned, és mivel nem így tettél, felelősségre vonunk”). 2. A bíráskodás alapvetően értelmező tevékenység (ez az állítás általános aspektusa), illetve a bíró a döntéshozatal során megvizsgálja, milyen döntés illeszkedik az előzetesen lefektetett intézményi keretekbe, majd ezek közül kiválasztja

rendelt ki védőt a lopással vádolt terhelt számára, aki így nyilvánvalóan hátrányos helyzetbe került, s ezzel sérült az eljárás tisztességességének követelménye. A Legfelsőbb Bíróság e döntése a *Betts v. Brady*-ítélet *holding*-jában megfogalmazott doktrína alóli kivétel. Ez utóbbi ítélet azt mondja ki főszabályként, hogy az ügyvédi költségeket állni nem tudó terheltet nem illeti meg alanyi jogon a védőhöz való jog, vagyis a tagállam nem köteles számára védőt kirendelni, mert a Tizennegyedik Alkotmány-kiegészítés nem teszi automatikusan alkalmazhatóvá a tagállamokra nézve a – védőhöz való jogról rendelkező – Hatodik Alkotmány-kiegészítést. A *Gibbs*-ügy érdekessége az, hogy Hugo L. Black és William O. Douglas bírók párhuzamos véleményt nyújtottak be, melyben kifejezésre juttatták, hogy az ítélettel való egyetértésük mellett azon álláspontjukat, miszerint a *Betts*-ítéletet felül kellene bírálni.

azt, amelyik a politikai moralitásról alkotott felfogása szerint a leghelyesebb (ez az állítás különös aspektusa). Eisenberg ez utóbbi állítás mindkét aspektusát vitatja.

Könyve utolsó fejezetében a szerző elméletének lényegi összefoglalását adja, előtte azonban kritikával illeti Hart és Raz elméletét. Mindkét gondolkodó esetében azt a tézist vitatja, hogy a jog alapját autoritatív szövegekben kinyilatkoztatott doktrinális proposíciók képezik, e szövegek szükségképpen hézagosak, s ily módon beszélhetünk „könnyű”, illetve „nehéz” esetekről, attól függően, hogy a szöveg ad-e egyértelmű iránymutatást, vagy hézagossága miatt a konkrét eset megítélése bizonytalan. Eisenberg ezzel szemben leszögezi, hogy a könnyű és nehéz esetek közti különbség nem egyszerűen abból fakad, hogy szabályozottak-e vagy sem, hanem abból, hogy az esetre alkalmazható-e olyan szabály, mely megfelel a kettős koherencia követelményének.

Végül Eisenberg rátér a *common law* meghatározására. Eszerint „a *common law* olyan szabályokból áll, amelyek egy adott pillanatban a bírászkodás intézményi elvei alkalmazása révén jönnek létre.”¹⁴ Ez a *common law* ún. „generatív felfogása” (*generative conception of the common law*). Ezek az intézményi elvek részben a társadalmi proposícióktól is függővé teszik a jogot. Azt az ellenvetést, hogy ez súlyos jogbizonytalanságot eredményez, Eisenberg három pontban hárítja el: 1. Az emberek sok esetben nem ismerik explicite a jogot, hanem saját meggyőződésüket követik, melynek forrását a társadalmi elvárások képezik. 2. Ha az ember a tételes jog szerint cselekszik is, az élet bizonytalanságai bármikor eredményezhetnek váratlan helyzetet – a jog bizonyossága tehát szintén nem eredményez tökéletes kiszámíthatóságot. 3. Bármilyen magatartás kifejtése során nem a hozzá kapcsolódó szabályok, hanem az eredmény bizonyossága az elsődleges.

A szerző szembeállítja saját felfogását a szövegalapú, a joghézag létét valló felfogással. Álláspontja szerint nincs joghézag, a *common law* minden felmerülő élethelyzetre szolgál jogi válasszal – a bírászkodás elveinek megfelelő alkalmazása, a kettős koherencia figyelembevételére. Ez pedig a bíró erkölcsi kötelessége, mely hivatásából következik.

Eisenberg professzor könyve jól beilleszthető abba az egyesült államokbeli elméleti vonulatba, mely a bírónak aktív jog- és társadalomalakító szerepet szán.¹⁵ Ennek megfelelően elsősorban azok számára jelenthet inspiratív olvasnivalót, akik maguk is elvárják a bírótól bizonyos „társadalomközeliséget”, és vitatják azt a tételt, hogy a bíró a jog alkalmazója, így

¹⁴ „[The common law] consists of the rules that would be generated at the present moment by application of the institutional principles of adjudication.” Eisenberg 1988, 154. o.

¹⁵ Az aktív jogalakító szerep az értelmezési lehetőségek széles tárházát jelenti, s ily módon nem tévesztendő össze a passzív eljárásbeli szereppel.

ítéletét is semleges jogi technikák igénybevételével kell meghoznia. Világos, átlátható fogalomhasználata azon egyetemi hallgatók számára is élvezetessé teheti a művet, akik szeretnék némi betekintést nyerni az Egyesült Államok jogi gondolkodásába,¹⁶ illetve az esetjogi bírászkodás működési mechanizmusába.

Nem hagyható ugyanakkor figyelmen kívül, hogy bár a könyv mondanivalójának magját képezi a társadalmi proposíciók központi szerepe, azok pontosabb meghatározására nem kínál módszert, így vele szemben joggal hozhatjuk fel Scaliának a nem formalista irányzatok elleni kritikáját, miszerint azok még abban sem tudnak közös nevezőre jutni, mi alapján döntsenek a bírók, ha nem a jogszabályok szövege alapján.¹⁷

Eisenbergnek a *stare decisis* és az *overruling* viszonyáról alkotott nézete jól egybevág Posnernek e kérdéskörre adott válaszával is. Ez utóbbi természetesen a gazdaság nyelvén fogalmazta meg a régi precedens *overruling* útján történő felülbírálatának megengedhetőségét – röviden szólva azt mondja, hogy a régi precedens felülbíráható a jelzett módon, ha annak tranzakciós költségei nem haladják meg a régi hatályban hagyását.¹⁸ A két elmélet összehasonlításaképpen általában elmondható, hogy mindkettő a bírói döntés számára a pusztá jogszabálysövegen túli forrásokat is tételez. Posner elmélete azonban „előnyben van” a jelen recenzióban tárgyalt munkával szemben a tekintetben, hogy megragadhatóbb módon konkretizálja ezeket a forrásokat, mivel általában számszerűsíti is a hatékony eredményt. Természetesen felvethető a kérdés, mennyiben számszerűsíthetjük az élet bármely területét,¹⁹ az azonban kétségtelen, hogy Posner elmélete egy precíz, semleges módszert nyújt,²⁰ míg Eisenberg nem határozza meg közelebbről, miként értesülhet a bíró arról, vajon elfogadható-e a közfelfogás szerint adott magatartás adott időpontban, egyáltalán beszélhetünk-e egységes közfelfogásról – hacsak nem fogadjuk el annak közvetítőjeként az esküdtszéket, illetőleg az ügyvédet;²¹ természetesen mindkettő ilyenén szerepköre okkal ébreszt kifogásokat. Ezen észrevételektől megítélésem szerint nem lehet eltekinteni a könyv olvasása kapcsán.

¹⁶ Feltétlenül érdemes megjegyezni, hogy „az” Egyesült Államok jogi gondolkodásáról mint egységes egészről semmiképpen sem beszélhetünk, hiszen e közel 300 milliós országban a legkülönbözőbb elméleti irányzatok fejtik ki hatásukat. A jog- és társadalomalakító, a törvény betűjén túllátó bíró toposza azonban sok tekintetben áthatja a gyakorlatot, így legalábbis az Egyesült Államok jogi gondolkodásának egy markáns aspektusáról beszélhetünk.

¹⁷ Scalia 1989, 862. o.

¹⁸ Posner 2001, 158. o.

¹⁹ E megfontolásokhoz, valamint a gazdasági jogelmélet egyes jogterületeken való alkalmazásához röviden lásd pl.: Tóth 2004!

²⁰ Mint 2001-es munkája elején hangoztatja: „A közgazdász egyik oldalnak sem fogja pártját, csak a hatékonyságot tartja szem előtt.” („The economist favors neither side, favors only efficiency.”) (Posner 2001, 37. o.)

²¹ Ez utóbbiaknak a bírókat kiegészítő szerepéről Posner is írt nemrégiben megjelent munkájában: Posner 2008, 220. o.

Felhasznált irodalom

- Badó Attila*: Az angol jog vázlata, in: Badó Attila – Bencze Mátyás (szerk.): Betekintés a jogrendszerek világába, Studio Batig, 2007, 18-47. o.
- Badó Attila – Bóka János*: Az Egyesült Államok jogrendszere, in: Badó Attila – Bencze Mátyás (szerk.): Betekintés a jogrendszerek világába, Studio Batig, 2007, 58-89. o.
- Ronald M. Dworkin*: Vajon szabályok rendszeréből áll-e a jog?, in: Varga Csaba (szerk.): Jog és filozófia – Antológia a XX. század jogfilozófiai gondolkodása köréből, Szent István Társulat, 2001, 383-416. o.
- Melvin Aron Eisenberg*: *The Nature of the Common Law*, Harvard University Press, 1988
- Arthur L. Goodhart*: Determining the Ratio Decidendi of a Case, in: Yale Law Journal, Vol. 40, No. 2, 1930, 161-183. o.
- Duncan Kennedy*: Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, in: Journal of Legal Education, Vol. 36, 1986, 518-562. o.
- William M. Landes – Richard A. Posner*: Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis, in: Journal of Law and Economics, Vol. 19, 1976, 249-308. o.
- Molnár András*: Pragmatizmus és legalizmus – Richard Posner és Antonin Scalia a bírói szerepről, in: De iurisprudencia et iure publico (www.dieip.hu²²), 2009/1
- Pokol Béla*: Jogelmélet – Társadalomtudományi trilógia II., Századvég Kiadó, 2005
- Richard A. Posner*: *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001
- Richard A. Posner*: *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008
- Antonin Scalia*: Originalism: the Lesser Evil, in: Cincinnati Law Review, Vol. 57, 1989, 849-865. o.
- Simon Zoltán*: Érdekérvényesítés a bírói hatalmi ágban: az amicus curiae levelek, in: Jogelméleti szemle (jesz.ajk.elte.hu²³), 2003/3
- Julius Stone*: The Ratio of the Ratio Decidendi, in: The Modern Law Review, Vol. 22, No. 6, 1959, 597-620. o.
- Tóth J. Zoltán*: Richard Posner és a gazdasági jogelmélet, in: Jogelméleti szemle, 2004/1

²² Utolsó látogatás ideje: 2009. VIII. 4.

²³ Utolsó látogatás ideje: 2009. VIII. 4.

Felhasznált jogesetek

House of Lords:

Donoghue v. Stevenson, AC 562 (1932)²⁴

Court of Appeals of New York:

Riggs v. Palmer, 115 NY 506 (1899)²⁵

United States Supreme Court:

Betts v. Brady 316 U. S. 455 (1942)

Gibbs v. Burke, 337 U. S. 773 (1949)

Holden v. Hardy, 169 U. S. 366 (1898)

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

Muller v. Oregon, 208 U. S. 412 (1908)

Northern Securities Co. v. United States, 193 U. S. 197 (1904)

The Slaughterhouse Cases, 83 U. S. (16 Wall.) 36 (1872)²⁶

²⁴ <http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/donoghue.htm> (Utolsó látogatás ideje: 2009. IX. 25.)

²⁵ http://www.courts.state.ny.us/REPORTER/archives/riggs_palmer.htm (Utolsó látogatás ideje: 2009. IX. 25.)

²⁶ Az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának döntéseinek a <http://supreme.justia.com> oldalon néztem utána (utolsó látogatás ideje: 2009. IX. 25.).