

Ficsor Krisztina (ME ÁJK, konzulens: Dr. Bódig Mátyás egyetemi docens)
Szabályok és erkölcsi megfontolások bírói döntést meghatározó szerepe
Ítélezéseméleti vizsgálódások különös tekintettel Ronald Dworkin, Frederick Schauer
és Duncan Kennedy elméleti megoldásaira[1]

Debreceni Jogi Műhely, 2005. évi (II. évfolyam) OTDK Különszám, (2005. július)

I. Bevezetés

„Minden modern állam joga ezernyi ponton mutatja mind az elfogadott társadalmi erkölcs, mind az általánosabb erkölcsi eszmények hatását. Az ilyen hatás vagy hirtelen és bevallottan a törvényhozáson keresztül érvényesül, vagy csendesen és lépésről lépésre az ítékezésben.”[2]

(Herbert Hart)

A jogelméleti vizsgálódások egyik legérdekesebb és egyben legvitatottabb tárgya a bírói tevékenység, pontosabban a bírók által hozott döntés. Köztudott, hogy a bíró felelősségteljes és összetett tevékenysége során születő ítéletek, döntések, értelmezések alapját nem alkothatják akármilyen érvek, indokolások, magyarázatok. Széles körben elterjedt az a felfogás, hogy döntések alátámasztásául mindenki számára elfogadható, politikai és erkölcsi meggyőződésektől független indokolások kell szolgáljanak. Ez lenne az általános elvárás a bírói döntéssel kapcsolatban, így a továbbiakban ezzel a problémával szeretnék foglalkozni, azokra a kérdésekre koncentrálni, hogy helyes-e ennek az elvárásnak eleget tenni, mindig jó-e az, ha erkölcsi kategóriák vizsgálatának a bíró soha nem engedhet teret, és mereven ragaszkodik az előre lefektetett szabályokhoz, továbbá arra, hogy meddig mehet el a bíró a döntést alátámasztó érvek felsorakoztatása során. A későbbiekben majd amellet szeretnék érvelni, hogy a fent megfogalmazott elvárás nem mindig vezet helyes eredményre, sőt, kifejezetten jó döntések is születhetnek erkölcsi megfontolások figyelembevételével. Vizsgálat tárgyává tesszük tehát, hogy mivel támasztja és támaszthatja alá a bíró a döntését, milyen mögöttes igazoló indokok húzódnak a döntés hátterében. Véleményem szerint ez a vizsgálat képezheti az ítékezés-elmélet alapját.

A bíraskodás lényegét Bragyova András is megfogalmazza (az alkotmánybíraskodás elemzésére helyezve a hangsúlyt), melyben különös jelentőséget tulajdonít a bíróságok igazolásában a jogi érvelésnek. A jogi érvelés folyamata az, melyen egy bírói döntés áll, vagy bukik. A bíróság az, mely a jogi norma tartalmát meghatározza, „a bíróság az az állami szerv, amelynek szerepe a jogrendszer jogi érvényességének és egyben legalitásának fenntartása.”[3] A bírói döntést igazolni kell, ezért húzódik mögötte a bírók indoklási kötelezettsége.

Vizsgálódásaim tehát az ítélezésemélet területére esnek, én azonban nem egy általános és átfogó ítélezéseméletet fejtek ki. Ennél szerényebbek a célkitűzéseim: azt fogom elemezni, hogy jelen lehetnek-e, s ha igen, milyen relevanciával bírhatnak az erkölcsi megfontolások egy bírói döntésben. Ehhez vezérfonalként három szerző álláspontját szeretném vizsgálat tárgyává tenni. Ennek megfelelően három fő irányból közelíthetnék meg a témát. Az első politikai filozófiai megközelítés lesz, az ebből a szempontból legjelentősebb szerző, Ronald Dworkin segítségével. Ebben a gondolkörben az ún. „nehéz esetek” kapják majd a domináns szerepet, és az a probléma, hogy hogyan döntse el a bíró az ilyen esetet. A második a jogi realizmus irányzata, mely „szabályszeptikus” hozzáállásával kapcsolódni fog a harmadik témakörhöz, a szabályelméleti megközelítéshez. A jogi realizmus szabályszeptikus oldala általában arra a problémára koncentrálni, hogy a szabályok jelenléte a jogban szinte felesleges, hisz úgylis a bíró saját elképzelései érvényesülnek a döntés során, a szabályok

ebben aligha kapnak jelentős szerepet. E felfogás ismertetéséhez Duncan Kennedy elméletét vizsgáljuk meg. Utóbbi irányvonalat azért vesszük górcső alá, mert a fent említett elvárásnak, azaz annak, hogy a bíró kerülje a „politikai döntéshozatalt”, úgy tehet a legegyszerűbben eleget, hogy kizárólag az előre lefektetett, „konklúzív erővel bíró” szabályt veszi figyelembe, kizárva minden erkölcsi, politikai megfontolást. Ennek keretében kitérünk annak elemzésére is, hogy mennyiben szükségeszerű a szabályok jelenléte, mennyire töltenek be konstitutív szerepet a jogban, és milyen tulajdonságokkal bírnak a szabályok egyáltalán, továbbá milyen érvek szólnak a szabályalapú döntéshozatal mellett. A szabályok jellemző tulajdonságainak elemzése azért fontos, mert látni fogjuk, hogy e tulajdonságoknak köszönhetően nem vagyunk képesek pusztán szabály alapú döntéshozatalra, ha a helyes döntés a célunk. A szabályelméleti gondolatmenet rekonstruálásához Frederick Schauer elméletét veszem alapul. Az elemzésben fontos szerepet kap majd az erkölcsi érvelés joguralommal fennálló kapcsolata.

II. Politikai filozófiai megközelítés

Kiindulópontként egy kis kitérőt tennék, és azt kellene megnézni, hogy milyen kapcsolatban áll egymással jog és a politika. Meg lehet-e oldani a fent megfogalmazott ítélkezés-elméleti kérdést egy konceptuális elemzési szinten, jog és a politika kapcsolatának vizsgálatával? Először jelöljük meg annak a bírónak a véleményét, akinek vezetése alatt az amerikai Legfelsőbb Bíróság befolyásának megszilárdulása köszönhető. Nála jelenik meg a jog és a politika olyan ábrázolása, mely a jogászokra általában jellemző. Ő volt Marshall bíró, aki szerint „az új nemzetnek szilárd alapokon álló jogintézményekre van szüksége (...), és el kell választani a jog uralmát a politikától, mert a jog politikai meggyőződéstől független értékek hordozója. Ezért is kell a bírónak politikai következményekkel járó, alkotmányjogi jogvitákban is döntést hozniuk.”[4]

A jog és politika kérdéskörével felmerülő problémák megosztottságot eredményeznek a bírói tevékenységről véleményt alkotók között, de a leggyakoribb és általános véleménynek tekinthető, hogy e területről számúzzuk a politikát, a bíró nem dönthet politikai és erkölcsi meggyőződésének befolyása alatt. A legtöbb jogász ebből indul ki, de mégis meghúzódik e mögött az a gondolat, hogy a bírók „sajnálatos módon” legtöbbször politikai döntést hoznak.

Ahhoz, hogy a döntés politikai természete világosabb legyen számunkra, tisztázni kell, hogy milyen esetekben fordulhat elő. Ha nagyon egyszerűsítve próbáljuk megvilágítani, azt mondhatjuk, hogy a bíró elé kétféle „eset” kerülhet: az egyértelmű útmutatást nyújtó úgynevezett paradigmatis vagy könnyű eset, ahol is a bíró számára adott a szabály, melyet minden kétséget félretéve tud alkalmazni az előtte álló esetre. A szabály tehát konklúzív erővel bír. A másik az úgynevezett „nehéz eset”, mely során a szabály nem nyújt elég segítséget, mert például a konkrét eset több norma alá is besorolható, vagy nem található rá norma, a normába foglalt fogalom túl homályos. Lényeg, hogy ezen esetek körében merül föl a bírók politikai, erkölcsi meggyőződésének döntést befolyásoló jellege, és a legfontosabb kérdés, ha megadjuk a jogot, hogy eldöntsék a nehéz eseteket, nem ütközünk-e abba a problémába, hogy a bírók ezáltal a jogalkotó és nem a jogalkalmazó szerepét veszik fel? (Az, hogy egy esetre konklúzív erővel bíró szabály létezik, véleményem szerint ritkán fordul elő, hisz ilyen esetben is értékelő munkát kell végeznie a bírónak. Ezt a problémát majd a szabályelméleti áttekintés során vesszük részletesebben.)

A jog és a politika kapcsolatának az előbb ismertetett felfogástól eltérő, másfajta álláspontjával is találkozhatunk, mely elvetve a fent megfogalmazott, a „jogászi intuíció” forrásából táplálkozó véleményt, mely szerint válasszuk szét a jog és a politika tartományát, politikai filozófiai alapokra helyezve a hangsúlyt, a jog autoritásigényének vizsgálatából és jogi kötelezettségből kiindulva próbálja bebizonyítani, hogy a jog igenis politikai fogalom, a

politika tartományán belül helyezkedik el.[5] Ezt az álláspontot képviseli például Bódig Mátvás.

Abból a megállapításból érdemes kiindulni, hogy a jog legjellegzetesebb tulajdonsága, hogy autoritásigénnyel lép fel. A jog autoritatív indokokat szolgáltat címzettjei számára. (Ezzel még nem állítjuk egyben azt is, hogy a jog kizárólag autoritatív döntésekből áll, azonban aligha nevezhetnénk jognak egy olyan társadalmi gyakorlatot, melyre nem jellemző, hogy autoritatív döntések születnek benne.) Az autoritás és kötelezettség egymással szorosan összefüggő fogalom: az autoritásigénnyel való fellépés engedelmisségi kötelezettséget feltételez a címzettjeivel szemben. Ez problematikus két szempontból is. Egyrészt ugye azért, mert az autoritásnak joga van kötelezettséget megállapítani, másrészt, hogy joga van a kötelezettségnek kényszerrel is érvényt szerezni. Ehhez az igényhez viszont erkölcsi igazolást kell „benyújtania.” Vagyis az autoritás nem alapozhat pusztán kényszerhatalomra, az erkölcsi igazolás háttérében létezhet autoritásvé. Ezzel Bódig Mátvás szembeszáll a normativizmus azon felfogásával, mely szerint a jog önmagában hordozza az érvényességi alapját, kötelezettséget ezáltal teremt. Ez a megoldás nem képes választ adni a jog autoritásigényére. Vagyis a moralitás először is úgy lép be a jog színterébe, hogy a jog engedelmisségi kötelezettségre benyújtott igényét morálisan igazolni kell. Magyarán mindenkinek megvan a joga ahhoz, hogy rákérdezzen, miért is kell engedelmességre. A politikai intézmények (nyilvános autoritások) úgy lépnek be a fogalomkörbe, hogy kötelezettséget teremtenek, azaz autoritással rendelkeznek. Az autoritásvé a politikai intézmények konstitutív tulajdonsága. Az idézett tanulmány pedig politikainak tekinti azt a fogalomkört, amely a nyilvános autoritások működéséhez, létrejöttéhez kapcsolódik, és a „nyilvános autoritások legjellegzetesebb megnyilvánulásai gyakran éppen azok az intézmények, amelyeket joginak szeretünk nevezni. Vagyis például a bíróságok.”[6] Tehát megdőlt az a felfogás, hogy jog és politika következetesen szétválasztható.

Eddig a jog természetének vizsgálatával foglalkoztunk, mely során arra jutottunk, hogy elfogadtunk egy sajátos álláspontot a jog és a politika közötti viszony minőségéről: nem érdemes kitérni amellett az álláspont mellett, hogy elkülönítsük a jog és politika fogalmát. Mindez az elemzés azonban még nem mond semmit arról, hogy helyes-e, ha a szabályokon kívül más indokok is szerepet játszhatnak a bírói döntésben. A jog természetéről adott rövid elemzés még nem mond semmit arról, hogy a bírónak miként is kellene dönteniük. Ettől még fennáll az az elvárás, hogy szabály alapú, objektív döntés születjen, és a bírók zárjanak ki mindenféle más indokot a döntés igazolási folyamatából. Ebből akár az a konklúzió is levonható, hogy a jog autoritásvé nem tűri, hogy a bírók saját erkölcsi, politikai meggyőződésük által vezérelve hozzák meg a döntést. „A jog ugyanis olyankor is engedelmisségre tart igényt, amikor nem értünk egyet a szabályaival.”[7]

2.1 A jog autoritásvé és erkölcsi érvelés kapcsolata

A jog autoritásvvének több tulajdonsága is van. Ezek áttekintéséhez a gyakorlati indokok elméletét vehetjük alapul.[8] Abból indulok ki, hogy a jog gyakorlati indokokat szolgáltat cselekvéseink meghatározására. Milyen gyakorlati indokokat? A jog először is arra tart igényt, hogy az általa szolgáltatott indokokat ne csak az egyik szempontként vegyük figyelembe cselekvéseinket alátámasztó egyéb indokok mérlegelésekor, hanem minden más, cselekvésünket meghatározó elsődleges indokaink helyébe kíván lépni, tehát azt követeli meg, hogy akkor is a jog által szolgáltatott indokokat vegyük figyelembe, ha történetesen lenne egy elsődleges indokunk is rá nézve: „...amennyiben a bíró egyedi döntésében a törvény mellett azokra az eredeti érvekre is hivatkozna, melyek a törvény mellett szóltak, akkor úgy éreznék, valamilyen hibát követ el, mert valójában kétszer venné figyelembe a rendelkezésre álló érveket.”[9] Továbbá az autoritás tartalomfüggetlen indokokat szolgáltat számunkra, mely a jog szempontjából azt jelenti, hogy kizárólag azért kövessük az utasításait, mert a jog kívánja ezt. A jog nem csak elsődleges indokokat szolgáltat címzettjeinek, hanem egyben kizáró

indokokat is, tehát a döntéshozó számára nem enged további mérlegelést. A kizáró jelleg azonban nem abszolút: az autoritás választ ad arra, hogy mit kell tennem, de hogy mindent egybevetve és mérlegelve mit kellene tennem, arra nem. Azaz vannak olyan esetek, amikor nyomós indokok alapján nem vesszük figyelembe az autoritatív utasítást, annak valamilyen súlyt tulajdonítunk a mérlegelésben. (például, ha figyelmen kívül hagyjuk a sebességkorlátozó szabályt, mert súlyosan sérült személyt szállítunk a kórházba.)

Az autoritásigény (a jog autoritásigénye) ítélkezéseméleti szempontból két speciális címzettel szemben nyilvánul meg: az állampolgárok és a bírókkal szemben. Mindkét címzettel kapcsolatban kérdéses azonban, hogy a szabályok minden esetben kizáró indokként való kezelése helyes-e. Az autoritás viszont ténylegesen akkor autoritatív, ha a döntéshozónak nem enged további mérlegelési lehetőséget, hiszen, ha minden esetben csak egy bizonyos súlyt tulajdonítunk a szabályoknak a többi mérlegelés alapját szolgáló indok között, megeshet, hogy a szabályokon kívüli indokok minden esetben győzni is fognak a döntés alátámasztásában.[10] Látjuk tehát, hogy a jog autoritásigényével nem nagyon fér össze, hogy szabályokon kívüli indokokat mérlegeljünk a döntés során. Később viszont Dworkin, vagy Schauer elméletében ennek cáfolatával találkozunk, sőt, a jogi realizmus kétségbe is vonja, hogy a szabályok szerepet játszhatnak bírói döntés alátámasztásában.

2.2 A joguralom problémája

A jog autoritásigényének konceptuális vizsgálatával úgy tűnik, nem oldottuk meg a problémát. Más oldalról is közeledhetünk azonban a kérdéskörhöz. Nézzük meg a gyakorlati elvek egy csoportját magába foglaló komplex felfogást, a joguralom problémáját! Az igazi politikai filozófiai súlypontot ez a vizsgálat képezi. E téma tárgyalása azért fontos, mert a joguralom egy bizonyos felfogásának nevében ellenérveket fogalmazhatunk meg az erkölcsi érveket magába foglaló bírói döntéssel szemben. A joguralom eszméje (mint az ítélkezés „vezéreszméje”), pontosabban egy felfogása támaszt bizonyos követelményeket azzal kapcsolatban, hogy ne születhessen önkényes döntés. E felfogásban „az autoritatív felhatalmazásoknak törvényes korlátai vannak.”[11]

A joguralom nagyon sok értéket foglal magába, például az egyéni szabadság védelmezője, lehetőség arra, hogy megválasszuk életformánkat, és az önkényes hatalom elleni legfontosabb korlát, mely a bíróktól elvárja, hogy, „csakis a jognak vessék alá magukat, és meglehetősen szigorú eljárási szabályokat kövessenek.”[12]

Úgy tűnik, hogy a joguralom e felfogását követve ki kell állnunk egy olyan gondolatmenet mellett, mely arra törekszik, hogy a bíró döntését korlátokkal bástyázzuk körül, annak érdekében, hogy elkerüljük saját erkölcsi meggyőződésének befolyásoló jellegét. Úgy tűnik, ez a felfogás a szabályalapú döntéshozatalt preferálja, és úgy tűnik, a joguralom lényegét a kiszámíthatóság, jogbiztonság követelményében ragadja meg. Joseph Raz valójában arra figyelmeztet minket, hogy vigyázzunk azzal, hogy a joguralmat a jog egyetlen értékes tulajdonságának tüntetjük fel, hisz előfordulhat olyan zsarnoki rendszer is, mely tökéletesen megfelel a joguralom követelményeinek.[13] Azaz ebből az következtethető ki, hogy a joguralom által megkívánt követelmények inkább formális jellegűek, mint tartalmiak. „Abban általában mindenki egyetért, hogy a joguralomnak való megfelelést nagy becsben kell tartani. Értékes voltában ugyanakkor nem szabad megbízni, vagy minden előfeltétel nélkül elfogadni azt.”[14]

Nem biztos azonban, hogy problémánkat a joguralom eszméjének kifejtése ilyen egyszerűen megoldja. Ennél azért alaposabban kell áttekinteni a joguralom kérdését. Lehet egy olyan értelmezését is nyújtani, mely nem a szabályalapú döntést preferálja, hanem a jogosultságokra helyezi a hangsúlyt. Arra, hogy az embereket megilletik bizonyos erkölcsi jogok, és a bírónak ezek figyelembe vételével kell döntenie. Ez már nem látszik ellentétnek az erkölcsi és politikai érveléssel a bírói gyakorlatban. Ezt a felfogást Ronald Dworkin képviseli.

2.3 Ronald Dworkin által kínált megoldás

Dworkin elmélete azokra az esetekre koncentrál, melyekben a jogszabály nem nyújt kielégítő segítséget az eldöntésükhöz. Ezek ugye a nehéz esetek. Azonban ezeket az eseteket is meg kell valahogy oldani, kérdés, hogy hogyan. A fenti joguralom-felfogásból következően a nehéz eseteket lehetőleg politikai, erkölcsi meggyőződések befolyásától mentesen kellene eldönteni. Erre „megoldásokat” is ajánl, melyeket lentebb megvizsgálunk.

Dworkin a joguralom-felfogásának kifejtésekor megkülönbözteti a joguralom jogkönyv és jogokra épülő felfogását. A jogkönyv felfogás azt jelenti, hogy a bírók csak és kizárólag a jogkönyvben lefektetett szabályok alapján kötelesek a döntésüket meghozni. Ez a felfogás a jogkönyvben szereplő szabályok tartalmára nem fektet hangsúlyt, ezt a kérdést az igazságosság körébe tereli, amely viszont nem tartozik a joguralom tárgyalási körébe. Ez tehát az előbb ismertetett, Raz által is képviselt joguralom-felfogás lényege. Dworkin jogokra épülő felfogása ennek az ellentéte. Azt mondja, hogy az emberek rendelkeznek bizonyos erkölcsi jogokkal, mind egymás, mind a kormánnyal szemben. „E felfogásban a joguralom az egyéni jogok pontosan megfogalmazott közfelfogása révén megvalósuló uralom eszménye.”[15] Az igazságosság itt nagyon fontos szerepet játszik, ez a felfogás elvárja, hogy az embereket megillető bizonyos erkölcsi jogok a bíróságon is érvényesíthetők legyenek.

Ám ez a megközelítés nem problémamentes, ugyanis arra épít, hogy vannak erkölcsi jogaink, és ez a felfogás eléggé vitatott. Az erkölcsi jogok fogalma ellentmondásos, mindig kérdéses volt, hogy vannak-e olyan jogaink, melyekkel nem a szabályok ruháztak fel minket. Lehet azt mondani, hogy erkölcsi jogainkat a törvényhozó által lefektetett jogkönyv, alkotmány fogalmazza meg, „de nem dől el, hogy az alkotmány a polgárok összes erkölcsi jogát elismeri-e, s nem dől el, hogy- mint sokan feltételezik- akkor is kötelességük-e a polgároknak engedelmeskedniük a törvénynek, ha az megsérti erkölcsi jogaikat.”[16] Az is kérdés lehet, hol húzzuk meg ezen jogok határait, valamint az erkölcsi jogok pontos meghatározása is lehetetlen. Ezért a jogkönyv felfogás azt követeli, hogy az objektív döntés meghozatala érdekében az előre lefektetett szabályokat lehet kizárólag figyelembe venni.

A két felfogás sok tekintetben eltérő, amely az igazságossághoz való viszonyukban viszont sajátosan alakul. Úgy vélem, az igazságosság követelményéhez mindkét felfogás hozzájárul. Nem létezik igazságos politikai közösség, melyben legalább minimális szinten nem veszik figyelembe a jogkönyvben foglaltakat, nem létezik igazságos politikai közösség, melyben „nem veszik komolyan a jogokat.” „Egy igazságos társadalomban szükséges, hogy számottevő (bár pontosan meg nem határozható) mértékben eleget tegyenek a jogkönyv felfogásban foglalt követelményeknek.(...) A jogkönyvben foglaltak betartása persze az igazságossághoz nyilvánvalóan kevés, maradéktalan betartásuk pedig, ha a szabályok igazságtalanok, nagy igazságtalansághoz vezet.”[17]

A két felfogás eltérő abban is, hogy a nehéz esetekben történő döntésre különböző megoldást ajánlanak. A jogkönyv felfogás azt követeli, hogy a bírók valósítsák meg az objektív döntéshozatalt azáltal, hogy a jogkönyvben foglalt jogalkotói szándékot hozzák felszínre, vagyis azt kell feltárni, ami ténylegesen a jogkönyvben benne van (pozitív követelmény). Továbbá a nehéz eseteket ne a politikai meggyőződésük alapján döntsék el, mert ez nem azt fejezi ki, ami a jogkönyvben benne van, hanem azt, aminek benne kellene lennie (negatív követelmény).[18] Tehát az objektív értelmezés biztosítására, politikai meggyőződések kizárására többféle értelmezési modell alakult ki, melyek történetieknek nevezhetők. Ezek lényege, hogy az értelmezés során a norma alkotójának azon szándékát kell felszínre hozni, melyet a norma megalkotásakor akart kifejezni. Ilyen például, ha jelentéstani kérdéseket teszünk fel, ami azt tárná fel, hogy mit értett a törvényhozó a szavak általánosan elfogadott jelentése szerint a kérdéses szón. A másik, hogy „csoportlélektani” kérdéseket teszünk fel: azt kell vizsgálni, hogy mi volt a törvényhozó szándéka, vagy érdekesebb azzal próbálkozni,

hogy kitaláljuk, miként döntött volna a törvényhozó, ha döntött volna akkor, mikor a kérdéses törvényt alkotta.[19] Ezek a megoldások valójában nagyon problematikusak. A törvényhozónak általában több szándéka van, melyek strukturáltak, továbbá vannak absztraktabb és konkrétabb szándékai, és azt sem tudjuk, „kinek a fejében lévő adatok után kutassunk”[20]

A három megoldási lehetőség közül az utolsó az, ami fontos, mert ez elismeri, hogy a konkrét esetre nézve esetleg nincs szabály. De: azt mondja, hogy ilyenkor mégis helyesebb az objektív döntés biztosítása érdekében, ha azt kérdezzük, miként döntött volna a jogalkotó, ha abban a bizonyos esetben döntenie kellett volna, mert ez a megközelítés arra épít, hogy a törvényhozó joga és feladata, hogy mérlegeljen, a bíró csak maradjon a saját feladatánál, és a törvényhozó akaratának megfelelő döntést hozzon. Probléma viszont, hogy ezekre a kérdésekre a bírók eltérően válaszolnak, tehát semmi sem garantálja, hogy a bírók ezekben a kérdésekben is egyet fognak érteni, sőt azt mondanám, hogy a fenti kérdésre adott válasz esetén is politikai döntés fog születni, hiszen a bírónak saját megfontolásaira kell alapoznia, mikor a jogkönyv úgynevezett kiigazítására törekszik, vagyis arra, hogy a jogalkotó akaratát próbálja feltárni. Azaz véleményem szerint a történeti vizsgálódás eredménye sem lesz más, mint politikai döntés. Azonban nem az a lényegi kérdés itt, hogy eltérő válaszok fognak születni, hanem az a fontos, hogy a döntés politikailag semleges legyen. A politikailag semleges döntésnek mondhatnánk, „önértéke” van, az a döntés erénye, hogy semleges, mert egyszerűen helytelen politikai kérdésfeltevést alkalmazni, ez nem a bíró feladata.

A jogokra épülő felfogás viszont kimondja, egy politikai kérdést a nehéz eset tárgyalásakor mindenképpen fel kell tenni: megilleti-e az a bizonyos erkölcsi jog a szemben álló feleket? A jogkönyv ebben a vonatkozásban nagyon fontos szerepet játszik. A jogokra épülő felfogásban kapnak jelentőséget a Dworkin által „A szabályok modelljében” kifejtett „elvek”, melyek a nehéz esetekben jutnak dominanciához, mert a bírók ezek segítségével fogják eldönteni a nehéz esetet. A jogkönyv szellemiségének befolyása viszont hatni fog az elvek kiválasztására. „A jogokra épülő felfogást követő bírónak tehát egy nehéz esetben sem szabad semmilyen olyan elvre hivatkozva dönteni, ami a jelzett módon összeegyeztethetetlen a bíróság ítélkezési területén érvényes jogkönyvvel.”[21] A döntés viszont mindenképpen politikai döntés lesz. Most megvizsgáljuk, miért.

Dworkinnak el kell háritani egy erős érvet, mely a joguralom jogkönyv felfogása és a történeti érvelés mellett áll ki, ez pedig a „demokráciára hivatkozó érvelés.” Lényege, hogy a politikai döntéseket a nép által választott törvényhozónak van joga meghozni, és nem a bíróknak, akik nem választott tisztségviselők. Fent azt állítottuk, hogy a történeti kérdésfeltevésből is politikai döntés fog származni, mert a bíró saját meggyőződése alapján fog dönteni arról, vajon mi lehetett a törvényhozó szándéka, vagy mit érthetett a szavak általános jelentése alapján a kérdéses szón. Dworkin erre bővebb magyarázatot ad. Azon kívül, hogy az általa említett háromféle történeti kérdésfeltevés elég problematikus,[22] egy jobb demokrácia-elmélet segítségével mutatja be, hogy miért is lesz politikai döntés, ha történeti érvelést alkalmaznak is. E szerint a törvényhozó nem „csak” törvényeket alkot, hanem elfogadja az általa követendő politikai „irányvonalakat/célkitűzéseket” (policies), és „az állam által tiszteletben tartandó általános elveket (principles).”[23] Valójában, amikor egy bíró azt vizsgálja, hogy hogyan döntött volna a jogalkotó, ha döntenie kellett volna, azt vizsgálja, milyen követendő irányvonalakat/célkitűzéseket, elveket tűzött ki maga elé a törvényhozó. Ezek az elvek segítik majd a bírót a nehéz eset eldöntésében. Ha több olyan elv is létezik, mely összeegyeztethető a törvénnyel, azt fogja kiválasztani, amely a legtermészetesebb módon illeszthető össze a törvénnyel. Ennek során pedig saját erkölcsisége fog megjelenni, vagyis politikai döntés fog születni.[24] Dworkinnak igaza van akkor, mikor „Az Alkotmány morális értelmezése és a többségi elv” című munkájában is kimondja, hogy nem kellene

történeti kérdésfeltevésként álcázni, ami úgysem az. A bírónak nyíltan fel kellene vállalniuk, hogy politikai döntést hoznak. „Az Alkotmányhoz és a joghoz való hűség egyszerűen megköveteli, hogy a bírók modern ítéletet hozzanak a politikai morálról, és ezzel bátorítják őket, hogy nyíltan fedjék fel, valójában mire alapozták az ítéletet. Teszi ezt abban a reményben, hogy a bírók így őszintébb elvi érvelést fognak felépíteni, ami lehetővé teszi, hogy a nyilvánosság is bekapcsolódjon a vitába.”[25]

További három érv is van, melyek mellett szólnak, hogy a törvényhozóra kell bízni a politikai döntéseket:

1) Az első demokrácia eszményét védő érv, hogy jobb megoldás, ha a többségi úton választott törvényhozóra bízunk az ilyen döntések meghozatalát, mert az ilyen törvényhozói testület pontosabb döntést képes hozni, mint a bíró. Egy bizonyos jog meghatározásához ténybeli ismeretekre van szükség, azt viszont nem lehet bizonyítani, hogy a törvényhozó pontosabb ténybeli ismeretekkel rendelkezne, mint a bíró. Sőt! Továbbá Dworkin említi ellenérvként a gondolati konzisztenciát, mely „a jogok elméletét olyan körülmények elképzelésével ellenőrzi, amelyek közt az elmélet elfogadhatatlan eredményhez vezetne.”[26] Ezt a módszert viszont a bírók jobban ismerik, mint a törvényhozó.

2) A második érv a bírók politikai döntése ellen, hogy ha a törvényhozó rossz döntést hoz, megvan rá a lehetőség, hogy elmozdítsák, a bíróval szemben viszont nincs ilyen lehetőség. Azonban ha a bíró rossz döntést hoz, „csökkeni fog a jog iránti tisztelet.”[27] Itt nem arról van szó, hogy a történeti kérdések nem politikai jellegűek, „csupán úgy gondolják, hogy ezek nem fognak politikai jellegűeknek tűnni.”[28] Ezzel az a probléma, hogy amikor politikai jellege miatt bíraltak egy döntést, a bíró történeti érveket hozott fel mellette, tehát itt a döntés tartalma az, ami miatt enyhül a jog iránti tisztelet, nem pedig az, hogy politikai alapon született-e, vagy sem.

3) A harmadik érvet a bírói politikai döntés ellen Dworkin „méltányossági megfontolás” eredményének tartja. Ez azt jelenti, ha a bírónak engedjük, hogy a törvényhozó helyett ők hozzák a politikai döntéseket, a törvényhozót megválasztó polgárok politikai hatalma fog csökkenni.[29] Ezen állítás igaz voltát nehéz ellenőrizni, de a joguralom jogokra épülő felfogásának előnyös oldalát bemutatva lehet válaszolni: „Az egyéneknek ugyanis a joguralom jogokra épülő felfogása alapján olyan lehetőségeik is vannak, amilyenekkel a jogkönyv szerinti felfogás alapján nem rendelkeznek. Mójukban áll, hogy a jogok kérdésében – egyénileg – új döntést követeljenek. Ha a bíróság elismeri jogaikat, ezek annak ellenére is valóságossá válnak, hogy érvényesítésükre egy parlamentnek nem lenne ideje vagy esetleg nem is állna szándékában.”[30]

Ez lenne Dworkin válasza a politikai döntés problémájára. Elméletének központjában itt a „nehéz eset” áll, vagyis az a helyzet, amikor nem találunk jogszabályt a konkrét esetre nézve, vagy találunk, de az túl homályos, nem egyértelmű, ezért nem vagy csak részben segíthet az eset megoldásában.

A bírói döntést más oldalról is lehet vizsgálni. Abból a szempontból, amikor létezik az esetre nézve konklúzív erővel bíró szabály, de a bíró úgy határoz, hogy nem vagy nem csak a szabályt fogja figyelembe venni a döntés során, tehát ilyenkor is szóba jöhet erkölcsi kritériumok vizsgálata. A következőkben nem a politikai filozófiai vonásokat nézzük meg, hanem szabályelméleti oldalról vizsgálódunk.

A dolgozat következő részében azzal foglalkoznánk, hogy a szabály milyen relevanciával bír a jogban, és ennek hatására milyen szerepet kellene betöltenie a bíró döntésében, és megismerkednénk a szkeptikus jogi realista véleménnyel, Duncan Kennedyével, utána rátérünk Frederick Schauerre, aki Dworkin elméletét kritikai élel közelíti meg.

III. A szabályok tulajdonságai és jelentőségük a jogban

A dolgozat ebben a részében tehát rátérünk a szabályelméletre, melynek során kiderül, a jogrendszer leírható-e pusztán szabályok rendszereként, vagy több annál, illetve betekintünk a szabályok belső tulajdonságaiba.

3.1 Szükségszerű-e szabályok jelenléte a jogban?

Itt olyan szabályelméleti szempontok szerepelnek, amelyekre a dolgozat a későbbiekben támaszkodik. Ez visszakapcsolható a politikai filozófiai megközelítéshez, mert a szabályalapú döntéshozatalt általában egy gyakorlati elvre, a jogbiztonság igényére alapozzák. A gyakorlati elveknek itt jelentős szerepe lesz. Bár ugye nem nagyon tudnánk olyan jogrendszert említeni, mely nem szabályok útján fejezi ki a közte és a címzettjei közötti sajátos viszonyt, később látni fogjuk, hogy a szabályok nem feltétlenül szükségszerű alkotóelemei a jognak. A szabályok általi cselekvésvezetés igazolásra szoruló gyakorlati döntés a jog esetében.

Induljunk ki abból a nézőpontból, hogy a jogbiztonság követelményei elvárják, a jog legyen kiszámítható, nyilvános, mindenki által hozzáférhető, ezért legyenek általános, világosan megfogalmazott, mindenkire érvényes szabályok.

Úgy tűnik a szabály léte ebből a szempontból nagyon fontos, hisz a szabály-formátum a legalkalmasabb a jogbiztonság követelményeinek kielégítésére.

Ezt az összefüggést úgy tűnik erősíti az a felfogás, hogy a jog autoritásigénnyel lép fel, gyakorlati indokot szolgáltat emberek cselekvéseinek meghatározására, tehát a jogot „autoritatív döntésként”[31] kell felfogni, mely kötelező jelleggel határozza meg cselekvéseinket, és ezt úgy tudja a leghatékonyabban teljesíteni, ha a fenti elvárásoknak eleget tesz, vagyis kiszámítható, nyilvános, mindenki által hozzáférhető. (Tehát itt a kapcsolódási pont a jogbiztonság és politikai filozófiai megközelítés között.) Van még egy követelmény: a cselekvési indokokat csakis nyilvános autoritás szolgáltatathat,[32] hogy elkerüljük az önkényes döntést. „Az állításom az, hogy a szabály analitikai szerkezete többek között éppen azt a nyilvánosságot teszi lehetővé, ami megakadályozza, hogy a jog önkényes legyen (vagy legalábbis nagyban csökkenti az esélyét).”[33] Úgy tűnik, a szabály jelenléte a jogban a jogbiztonság szempontjából (amely nem elhanyagolható követelmény) szükségszerű.

Azt is figyelembe kell vennünk azonban, hogy az autoritásigény igazolásához nem elég, ha teljesítjük a nyilvánosság, kiszámíthatóság követelményeit, mivel ezzel még nem válaszoltuk meg, hogy miért kötelezettségünk engedelmeskedni a szabálynak. Arra, hogy a szabály nyilvános, és teljesíti a többi, fent említett követelményeket, nem alapozhatjuk engedelmisségi kötelezettségünket. Ha mélyebb politikai filozófiai oldalról vizsgáljuk a kérdést, a szabály-formátum veszít jelentőségéből, másodlagos kérdéssé válik, mert megelőzi az engedelmisségi kötelezettség problematikájának vizsgálata. Ebből következik, hogy a jogrendszer konstitutív tulajdonsága elsődlegesen nem az, hogy szabályokból áll (ahogy például Hart felfogta), hanem az, hogy autoritásigénnyel lép fel.

Kérdés az, hogy az autoritatív döntés és címzettjei közötti viszonyt szabályoknak kell-e kifejeznie. Az önkényes döntés elkerülése érdekében mindenképp „jó szolgálatot” tesznek a szabályok, tehát előnyei mindenképp vannak, de látni fogjuk, hogy például a bíró sem támaszkodik minden esetben a konklúzív erővel bíró szabályra. Jobb, ha a szabályokat úgy fogjuk fel, hogy „a jogi gyakorlat normatív szabályok nélkül nem lenne képes kielégíteni egy modern társadalom igényeit. Nem lehetne 'jó' egy modern társadalom számára.”[34] Tehát úgy tűnik, nem konceptuális feltétele a jognak, hogy szabályok rendszeréből épüljön fel. A szabályok jelenléte ahhoz szükséges, hogy a jog megfelelően tudjon működni.

Megállapítottuk, hogy nincs szükségszerű kapcsolat a jog és szabályok között (többek között Frederick Schauer is ezen a véleményen van[35]), de csak egy bizonyos szempontból, mely a jog autoritásigényére koncentrál. Itt nem az a fontos, hogy milyen formában közvetíti a jog az autoritatív döntését, hanem az, hogy engedelmességi kötelezettséget feltételez, melynek igazolására nem elégséges, hogy szabályokból áll. Nem szabad megfedkezünk azonban a szabály-formátum előnyeiről sem és arról, hogy létezik egy bírókkal szemben támasztott követelmény, hogy csak az előre lefektetett szabályok alapján kellene döntenie a szubjektív döntés elkerülése érdekében. Én arra szeretném felhívni a figyelmet, hogy ez a követelmény nem bírhat abszolút érvénnyel.

Hegy Szabolcs kettéosztotta a szabályok szerepéről szóló diskurzust: „A jogdogmatika kérdése úgy hangzik, hogy hogyan dönt, illetve döntsön a bíró a jog alapján. A jogelmélet kérdésföltevése analitikusan vagy logikailag megelőzi a 'Hogyant?-t': arra kérdez rá, hogy egyáltalán miért a jog alapján dönt, miért kell a jog alapján döntenie, illetve miért azt tekinti jognak, ami alapján dönt.”[36] Én most a „Hogyan?” kérdésre szeretnék koncentrálni, és azt áttekinteni, hogy van a szabályoknak egy bizonyos jellegzetessége (illetve több is), mely azt jelzi, hogy a bírónak nem elég (és talán nem is lehetséges) csak a szabályt követnie döntése során. Tekintsük most át ezeket!

3.2 A szabályok jellegzetességei

A szabályoknak sok fajtáját különböztethetjük meg, vannak olyanok melyek pusztán egy viselkedés szabályszerűségére utalnak, de nem rendelkeznek normatív erővel. A szabályok másik típusának lényeges tulajdonsága, hogy autoritatívak, cselekvési indokot szolgáltatnak, és számunkra utóbbiak vizsgálata lesz jelentős, mert a jogi szabályok, ahogy már említettük autoritásigénnyel lépnek fel.

A szabályok egyik legfontosabb jellemzője, hogy általánosításokat (generalization) tartalmaznak, ezért sok esetben nem nyújtanak segítséget a helyes döntéshez. A szabályok általánosító jellege miatt sem érdemes a jogrendszert úgy kezelni, mint szabályok összességét. Nézzük meg bővebben, mit jelent az általánosítás a szabályok szempontjából! Frederick Schauer dolgozta ki az egyik legátfogóbb szabályelméletet a *Playing by the Rules* című munkájában, a továbbiakban az ő segítségére szeretnék támaszkodni.

Schauer is túllépett azon a ponton, hogy a jogrendszert szabályrendszerként kezelje, és kiindulópontja az, hogy a jog több, mint pusztán szabályösszesség, vannak olyan esetek, melyek során ésszerű eltérni a szabályban foglaltaktól valamilyen más kritériumot figyelembe véve. Ezt pedig véleményem szerint akkor láthatjuk be, ha alaposabban megvilágítjuk a szabályba foglalt általánosítás természetét.

Első lépésként különbséget tehetünk deskriptív és preskriptív szabály között. Előbbi általános tapasztalatokon alapul, nem nyújt cselekvést alátámasztó indokot, nincs normatív ereje. Ilyen például az a kijelentés, hogy „a német bor édesebb a francia bornál.” Az utóbbi cselekvést alátámasztó indokként szolgál, normatív erővel rendelkezik. A jogi szabályok legnagyobb része ilyen jellegű, tehát a későbbiekben a preskriptív, regulatív szabályok elemzése lesz számunkra fontosabb. A kétféle szabály között hasonlóság van, ez pedig az általánosítás. Nézzük meg, mit jelent ez a deskriptív (nem normatív) szabály szempontjából: röviden ez annyit jelent, hogy egyetlen szabály sem íródott egyedi, partikuláris esetre. Minden partikuláris eset egy átfogóbb kategória részét alkotja. A dolog egyébként nem ilyen egyszerű. Schauer arra az esetre koncentrál, amikor egy partikuláris létező egyidejűleg több átfogó kategóriába is besorolható. Ezek a kategóriák nem zárják ki egymást, hanem egymásba hajlanak úgy, hogy a partikuláris eset egyidejűleg mindegyiknek tagja lehet. Schauer kedvenc példája erre az Angus nevű kutya. Angus mind beletartozik a „kutya”, valakinek a tulajdona, 3 éves skót terrier kategóriákba. Az általánosítás azonban tovább bonyolítható. Vannak olyan

kategóriák, melyek egymást metszik, mégis más szempont alapján hozzuk létre az adott kategóriát. Ha vesszük azt a példát, hogy Angus egy 3 éves skót terrier és Angus egy kutya, az utóbbi általánosítás magába foglalja az előbbi összes elemét, további elemeket is befogadhat, de nem zár ki egyetlen elemet sem az előbbi halmazból. Ezáltal egyre nagyobb halmazokat képzünk, melyek magukba foglalják az előzőek összes elemét. Ebből következik, hogy az általánosítás viszonylagos fogalom, mindig a partikuláris eset adott tulajdonságai, körülményei fogják meghatározni, hogy mely kategóriába soroljuk, és az általánosításkor ki kell választani a kategorizálás szempontját, illetve az általánosítás egy szintjét.[37]

Az általánosítás több szempontból problematikus. Egyrészt azért, mert szelektív jellegű: ha kiválasztjuk a partikuláris eset egy tulajdonságát a kategorizálás alapjául (például „kutya”), ezáltal elnyomjuk, figyelmen kívül hagyjuk a partikuláris esetnek olyan tulajdonságát, körülményeit, mely esetleg releváns lenne egy másik megfigyelő szempontjából. Ez a probléma a preskriptív általánosítás tárgyalásánál lesz fontos. Eddig tehát a deskriptív általánosítást vizsgáltuk, mely alapján elemezni lehet a preskriptív szabály által képviselt általánosítást.[38]

Schauer a preskriptív szabályt olyan formában képzei el, mely egy hipotetikus szerkezettel írható le. Ebben a keretben a szabály áll egy „szabályba foglalt állításból” (factual predicate) és egy „következményből” (consequence), mely lehet például a szankció. A szabályba foglalt állítás az a deskriptív állítás, melynek igazsága szükséges és elégséges feltétele a szabály alkalmazhatóságának. A következő szabály tartalmazza mindkét elemet: „Aki az 55 mérföldes sebességet túllépi, 50 dollárt köteles fizetni.”[39] Nem minden szabály tartalmazza egyébként expliciten ezt a hipotetikus szerkezetet, de a preskriptív szabályba foglalt állítás foglalja magába majd az általánosítást, mely problémát okozhat a bíró számára a döntés során.

Nagyon fontos, hogy Schauer úgy tekint a szabályokra, melyeknek célja van, valamilyen cél érdekében jönnek létre, ezért a szabály mögött áll egy igazolás, igazoló érv (justification), pontosabban a szabályt az a cél fogja igazolni, melynek érdekében létrejött. Ez a cél lehet például egy nem kívánatos eredmény elkerülése. Schauer másik kedvenc példája erre, hogy „Kutyákat az étterembe bevinni tilos.” (No dogs allowed.) Itt az igazoló érv az lesz, hogy a kutyák esetleg bosszantóan viselkednek, mellyel zavarják a vendégeket. Ennek elkerülése érdekében jött létre az említett szabály.

A preskriptív általánosítás tehát egy egyedi esetből indul ki, majd megkeresi az egyedi eset azon tulajdonságát, mely a szabály mögött álló igazolás (jelen esetben a kutyák bosszantó magatartásának elkerülése) szempontjából releváns. (Például az, hogy a kutya színe fekete, az igazolás szempontjából nem releváns.)

Hogy ne legyen egyszerű a dolgunk, a preskriptív általánosítást tovább bonyolíthatjuk azzal a problémával, hogy általában csak valószínűsíthető kapcsolatot áll fenn a szabályba foglalt állítás és következménye között.[40] Ez azt jelenti, hogy a partikuláris eset releváns tulajdonsága csak valószínűsíti a szabály által elkerülendő eredmény bekövetkezését, illetve az sem szükségszerű, hogy az eredmény a releváns tulajdonság meglétének köszönhető. Magyarán: nem minden kutya jellegzetes tulajdonsága, hogy bosszantó módon viselkedik. Csak azt mondhatjuk, hogy az igazolás alapjául szolgáló releváns tulajdonság megléte esetén nagyobb a valószínűsége annak, hogy a szabály által elkerülendő nemkívánatos cselekvés megtörténik, mintha nem lenne ez a tulajdonság.

Eddig Schauer nyomán azt vehetjük észre, hogy a szabályok nem okoznak mást, csak problémát, és megbízhatatlanok. Sajnos szembesülnünk kell még egy zavaró tényezővel. Ritkán előfordulnak olyan általánosítások, melyek univerzális igazságértékkel rendelkeznek. A szabályokról ez aligha mondható el. Ez pedig a szabályoknak az igazoló érvükhöz viszonyított „túl szűk” (under-inclusive) vagy „túl tág” (over-inclusive) voltuknak

köszönhető. Ennek eredményeként, hogy a szabályba foglalt általánosítás figyelmen kívül hagyja a partikuláris eset azon tulajdonságait, melyek az igazolás szempontjából relevánsak lehetnének, vagy olyan tulajdonságot vesz alapul, mely a konkrét esetben az igazolás szempontjából irreleváns, a szabály kiterjed olyan esetekre, melyekre a mögötte álló igazolás nem, vagy nem terjed ki olyan esetekre, melyekre az igazolás viszont igen. Ebből következőleg szinte alig találkozunk olyan szabállyal, mely nem „nyitott szövedékű” (open texture).

Ezt a kifejezést Hart használta azokra az esetekre, amikor a jog határozatlan, vagyis a nehéz esetekre.[41] Szerinte a nehéz eseteknél szemantikai problémák merülnek fel, mert ilyenkor nem tudjuk eldönteni, hogy az előttünk álló konkrét esetet a szabályba foglalt általánosítás tartalmazza-e vagy sem. Hart ennek kapcsán megkülönbözteti a jelentés magját (core of meaning) és a jelentés félárnyékát (penumbra of meaning). A jelentés magja az, mely egyértelmű, tehát biztosan tudjuk, hogy a konkrét eset a szabály alá tartozik. (Ez a paradigmatis eset.) A félárnyék a vitatható esetet jelzi.[42]

Ez a gondolatmenet Schauer-nél is megtalálható a szemantikai autonómia tételénél. Schauer Harthoz hasonlóan magyarázza a jelentést, azaz megerősíti a harti álláspontot: a jelentést nem pusztán a partikuláris szándék határozza meg, a jelentés nem pusztán annak kifejezése, ahogy az adott beszélő használja a nyelvet, és nem is csak a partikuláris szövegösszefüggés határozza meg. Van a jelentésnek egy tartománya, mely akontextuális, melyben minden az adott nyelvet beszélő ember osztozik. Ez képessé teszi az adott nyelvet beszélőt, hogy megértesse magát egy másik, ugyanazt a nyelvet beszélővel olyan körülmények között is, hogy semmi közös nincs a két beszélőben, csak az általuk beszélt nyelv. A jelentés ezen akontextuális tartománya lehetne a jelentés magja, a vitatható esetek az akontextuális tartományon kívülre kerülnének. A szemantikai autonómia tétele nem állítja egyébként, hogy az akontextuális jelentés idővel ne változhatna,[43] a partikuláris beszédhelyzet is gazdagíthatja, de a „szemantikai autonómia teszi lehetővé azt, hogy a szabály szövege által hordozott értelem önálló, még a szabály céljával is szembeállítható normatív erővel rendelkezzen.”[44]

A nyitott szövedékűség nem egyszerűen a jog határozatlanságát jelenti. Azt, hogy körülhatárolt a képességünk a jövő előrelátását illetően, azt, hogy a látszólag legpontosabb fogalom is határozatlanná válik, ha a fogalom/általánosítás megalkotásának idején előre nem látott esettel találkozunk.[45] Sosem lehetünk biztosak abban, hogy tökéletes, univerzális igazságértékkel rendelkező fogalmat alkottunk, mert nem vagyunk képesek a jövőt előrelátni.

Az eddigiekből kiderült, hogy a szabályok nyitott szövedékűsége bizonyos szabadságot jelent a bíró számára a döntés meghozatalakor. Találkozhatunk azonban egy olyan elméleti irányzattal, mely a nyitott szövedékűség eredményeként még nagyobb szabadsággal járó döntési lehetőséget tulajdonít a bírónak. Olyan mértékű szabadságot, hogy a szabály döntést alátámasztó szerepét meg is kérdőjelezi. Ez az irányzat a jogi realizmus.

IV. A jogi realizmus mint szabályszeptikus elmélet

A szabályok fenti tulajdonságai is szerepet játszottak abban, hogy létrejött az a szabályokkal szemben fellépő septicus hozzáállás, melyet a jogi realizmus irányzatának nevezünk. Ez az irányzat tipikusan az amerikai jogi gondolkodásban vert gyökeret. A septicus megnyilvánulás egyébként mind az eset tárgyalása során megállapított tényekkel, mind pedig az esetre alkalmazható normákkal szemben jelentkezik, ebből kitűnik, hogy a jogi realista szerzők célpontját a bírói tevékenység jelenti. Ezen belül is az elemzések központi tárgya, hogy hogyan válik ketté a bíró által hozott döntés és annak racionalizálási folyamata. Itt egy erősen pszichológiai mozzanat nyilvánul meg, hisz a jogi realisták álláspontja a bírói döntésről összefoglalható úgy, hogy szerintük a bírók mielőtt a szabályt megvizsgálnák az előttük álló konkrét esetre vonatkozóan, hoznak egy előzetes döntést az eset

végeredményéről. Miután kialakult bennük az előzetes döntés, utólag támasztják alá a megfelelő szabállyal. Ebből az következik, hogy ugyanazon esetre vonatkozó, egymásnak ellentmondó lehetséges döntések bármelyikét alátámaszthatja a bíró megfelelő szabállyal.[46] Karl Llewellyn például sajátos véleményt alkotott a jogról: „Valamit tenni a viták kapcsán, s ezt ésszerűen tenni: ez a jog feladata. Azok az emberek pedig, akiknek ez a kötelessége, legyenek akár bírák, seriffek, hivatalnokok, börtönőrök vagy jogászok, ők a jog hivatalos személyei. Mindebben a szabályok pedig annyira fontosak csupán, amennyiben segítenek előrelátni, vagy megjósolni, hogy a bírák mit fognak tenni, oly mértékig, ameddig a szabályok segítenek önöknek rávenni a bírót, hogy egyáltalán tegyen valamit.[47]

A jogi realizmus szabályszeptikus oldala – amennyit ismerek belőle különböző elemzések alapján – legalább kétféle felfogásban is megjelenhet. Az egyik, hogy a szabályok nyitott szövedékük miatt annyira bizonytalanok, egymásnak annyira ellentmondanak, hogy a bíró számára mindig ott a lehetőség, hogy bármely egymásnak ellentmondó lehetséges döntést igazolni tudjon valamilyen szabállyal. Ez az álláspont a klasszikus jogi realista szerzőknek tulajdonítható (Frank, Llewellyn). A másik, a „modernebb” felfogás nem a szabályok nyitott szövedékéből eredezteti a jog határozatlanságát, hanem abból, hogy a bírón múlik, milyen jelentőséget tulajdonít a szabálynak. A bíró szándékán múlik, hogy a szabályt, vagy helyette más, szabályon kívüli indokot használ-e a döntése alátámasztásául (Bár ez a felfogás is összefügghet a szabályok nyitott szövedékének problematikájával). Ez utóbbi felfogás jelenik meg Duncan Kennedynél. Most az ő álláspontját vesszük szemügyre, mert jobban beágyazódik abba a vitába, melyben a két kulcsszerzőm, Dworkin és Schauer álláspontja is kifejlődött.

Kennedy elméletének fő célpontját az igazságosságnak azon - általa liberálisnak nevezett - felfogása képezi, mely szerint a jogra vonatkoztatott igazságosság lényege a szabályok elfogulatlan alkalmazása, ahol a szabályok a nekik alávetett személyek előzetes beleegyezése által nyerik el igazolásukat. Ez a felfogás szerinte az úgynevezett jogi formalizmus elméletében nyilvánul meg.[48] Úgy értelmezem az álláspontját, hogy a jogi formalizmus kiindulási alapjának a klasszikus hatalommegosztás problematikáját tekinti. Ez két alap gondolatot feltételez: az egyik, hogy az állam kizárólag akkor alkalmazhat az egyénnel szemben kényszert igazoltan, ha az állami cselekvés a legitim jogi szuverén akaratát képviseli. A másik, hogy legitim jogi szuverenitás kizárólag olyan kormányzati mechanizmusban rejlik, mely az állampolgárok alapvetően független és konfliktusban álló akaratát reprezentálja. Ebben a rendszerben a bíróság szerepe pedig az lenne, hogy a legitim jogi szuverén (törvényhozó) által alkotott szabályokat mechanikusan alkalmazza az előtte álló esetre, a bírónak a szuverén közvetítőjeként kell megjelennie.[49]

A jogi formalizmus gondolatrendszerét Kennedy elég komplex felfogásként tünteti fel. Az általa említett három, formalizmus elméletét képező alkotóelem közül az elsőt, a hobbes-i és locke-i értelemben vett szerződéselméleti megközelítést vizsgálnám majd meg közelebbről. Lényeg, hogy Kennedy elutasítja azt a felfogást, hogy a bíró kizárólag a szabály mechanikus alkalmazója lenne, bár elismeri, hogy az erős értelemben vett szabályalapú döntéshozatal lehetséges: „Az érv kedvéért elfogadom, hogy néha vannak olyan szituációk, amikor a szabály nyilvánvalóan alkalmazható a partikuláris esetekre, így a bíró jóhiszeműen nem kételkedhet abban, mit kíván meg tőle az elmélet. Én viszont azt állítom, hogy még e legkedvezőbb feltételek között sem gondolhat úgy magára a bíró, mint egyszerű szabályalkalmazóra.”[50]

Egy formalista rendszerben kétféle döntéshozatali módszer létezhet. A szabályalkalmazás (rule application) és az egyéni racionalitásra vagy célokra épülő döntés (substantive rationality). Az egyéni racionalitásra épülő döntéshozatal megengedi az eset összes körülményeinek vizsgálatát, ellentétben a szabályalkalmazással, melyben kizárólag a szabály

lehet döntést alátámasztó indok. Kennedy jogi formalizmusra vonatkozó felfogását valahogy úgy értelmezem, hogy a formalizmus (a szabályok mechanikus alkalmazása) arra szolgál, hogy kiküszöbölje az egyéni racionalitáson alapuló döntéshozatalban rejlő, a döntéshozó által képviselt értékek, célok konfliktusát, egymással való szembenállását. Ugyanis az egyéni racionalitáson alapuló döntéshozatalban a döntéshozónak különböző konfliktusban álló értékek, célok között kell súlyoznia, az értékek összevetésével pedig olyan eredményt próbál elérni, mely „maximalizálja” a mérlegelést az értékek, célok lehető legjobb „elegyítésével” (‘mix’).[51] Kennedy szerint úgy fogják fel általában az ilyen eljárást, melyben az eredmény olyan konfliktusban álló értékeket képvisel, ahol az eredményt egyik érték sem korlátozza. „Az eredmény tehát nem ’természetes’ abban az értelemben, hogy nem vonható senki ellenőrzése alá, de nem is szándékolt abban az értelemben, hogy egy menedzser vagy egy diktátor előre eldöntötte volna.”[52] Úgy gondolom, ez azt jelenti, hogy ez a fajta döntéshozatal a legjobb eredmény elérésére törekszik, ésszerűségi megfontolásokra helyezi a hangsúlyt.

Igen ám, de a formalizmus is arra törekszik, hogy az egyéni racionalitással elérhető eredményhez jusson, csak éppen másként, mint a fenti eljárás: a szabályok mechanikus alkalmazásával. A leglényegesebb jelző, mellyel a jogi formalizmust leírhatnánk, a mechanikus szabályalkalmazás. Sémája pedig úgy néz ki, hogy a törvényhozó testület racionalitásra épülő eljárással (az értékek, célok mérlegelésével) megalkotja szabályainkat, a bírónak nem más a feladata, mint mechanikusan alkalmazza azokat az előtte álló esetekre.

A fentiekben említettük, hogy Kennedy a formalizmus-konceptió első elemének tekinti a szerződéselméleteket. Nézzük meg, hogyan érvényesül ez az elem!

A formalista gondolatmenet valamiféle hobbes-i értelemben felfogott természeti állapotban („mindenki harca mindenki ellen”) képzeletben az embereket, akik azért hoznak létre államot, hogy az a szabályalkotással úrrá legyen a sokféle értékfelfogás léte miatti konfliktuson. E mellett két érvet tud megemlíteni. Az első, hogy az ember alapvetően gonosz módon viselkedik, mert attól fél, ha helyesen cselekszik, más emberek kihasználják, és ellene fordítják, hátrányba kerülhet másokkal szemben. Az állam által alkotott szabályok a szankciókkal visszatartják az embereket, hogy másoknak kárt okozzanak. A második, hogy az emberek cselekedeteit a véges mennyiségű javakért folyó küzdelem határozza meg. Az állami szabályozás abban segít, hogy kikényszerítse a „kompromisszumot”, mely annak érdekében jött létre, hogy elkerüljük a konfliktusokat. A „kompromisszum” tehát abban áll, hogy az emberek lemondanak bizonyos jogaikról a szuverén javára, melynek elég ereje van a kompromisszum kikényszerítésére, a béke fenntartására: „a specifikus szabályok nem érvként jelennek meg, hanem a konfliktusban álló érdekek kompromisszumát reprezentálják.”[53]

Kennedy-nél nagy szerepet játszik az objektív és szubjektív közötti megkülönböztetés. Értékeink, céljaink, vágyaink a szubjektív, tehát önkényes kategóriába tartoznak. Az értékek átélése, érzése nemcsak, hogy az emberi lét konstitutív eleme, hanem ezek az értékmeggyőződések motiválják is az embert a cselekvésre. Azért cselekszünk, hogy céljainkat megvalósítsuk. Mivel a cselekvés az értékmeggyőződéseink eredménye, az emberekkel való kapcsolatunkban ez bizonytalanságot hordoz, mert nem kell osztoznunk mások meggyőződéseiben, és nem is korlátozhatjuk őket érvekkel. A másik csoport az objektív tények léte, melyek a szubjektumtól függetlenül léteznek, és ezek köre mindig szabályos, rendezett. Ennek megfelelően az említett két döntéshozatali eljárás is leképezhető erre a megkülönböztetésre. Az egyéni racionalitásra épülő döntés sokféle érték mérlegelését foglalja magába, így kiszámíthatatlan, bizonytalan. A pusztán szabályalkalmazás mindig kiszámítható, biztos. Utóbbi döntéshozatal ezért a legmegfelelőbb a jogi eljárás számára, mert az állam legfőbb célja a „polgárháború” elkerülése, azaz a konfliktusban álló preferenciák közötti egyensúlyozás. A formalizmus ezért jellegzetes tulajdonságokkal rendelkezik: a

szabályok meg sem kísérlik a helyes vagy igazságos megoldást meghatározni a konfliktusra, csakis az elfogadott kompromisszum képviselői, ezért a nekik való engedelmesség nem függ a tartalmuktól, a bírónak sem szabad a szabály mögé tekintenie. A szabályalkalmazás esetén tehát nincs miért foglalkoznunk az igazságosság vagy helyesség kérdésével, ezt az árat kell fizetnünk azért, hogy a béke megőrzése érdekében a szabályoknak szántuk a legfontosabb szerepet.[54]

A formalizmus e kissé hosszúra nyúlt elemzéséből kiderül, hogy miért erős Kennedy szabályokkal szembeni ellenállása. Ilyen körülmények között elképzelhetetlen az ítélezés, a formalizmus feltételezi ugyanis, hogy nehéz esetek nem léteznek. A fő probléma, hogy a formalizmus képtelen megfelelni a mellette felhozott igazságosságra vonatkozó érveknek.

Kennedy is többek között azzal érvel a formalizmus ellen, hogy a bíró előtt álló fél hivatkozhat arra, hogy a törvényhozási folyamat racionalitáson alapuló döntés eredménye, azaz hipotéziseken, pusztán feltevéseken alapul az a döntés, hogy különböző szituációkra milyen szabályozás lesz megfelelő. A fő problémát az jelenti, hogy nem jósolhatjuk meg előre a jövőbeli eseményeket, feszültség keletkezik a szabály és a partikuláris eset között.

A bíró viszont vonakodhat a formális eljárás figyelmen kívül hagyásától, mert mondhatja, hogy nem adódik számára más igazolható alternatíva. Annak megállapításában, hogy hogyan döntse el, hogy a konkrét eset eltér a törvényhozó által előre jelzett szituációtól, az eljárás résztvevőinek (a feleknek) az elvárásai szubjektívek. Ha el is fogadjuk, hogy a konkrét eset eltér az előre megjósolttól, hogyan döntse el ezt az esetet a bíró az eredeti „kompromisszummal” összhangban? Az, hogy a szabály „szellemiségéhez” (spirit), értelméhez fordulunk segítségért, nem jó megoldás, hisz a formalizmus szerint a szabály semmi más értelmet, célt nem hordoz, mint az érdekek kompromisszumát, melyben annak elfogadása is benne van, hogy a szabályok esetenként az elvárásainknak nem megfelelően működnek.

Az is lehet, hogy a bíró elfogadja, hogy a szabály alkotása óta változások következtek be, de a fejlődéssel nem az ő feladata foglalkozni, hanem a törvényhozónak.

A formalizmus „ideális” elképzeléseibe viszont beleszól a szabályok határozatlansága, bizonytalansága, mely alapján megállapíthatjuk, hogy a szabályok inkább a „kompromisszum” ellen dolgoznak, mint szolgálnák azt. A bírónak két választási lehetősége van: vagy meggondolja a lehetőséget, hogy figyelmen kívül hagyja a szabályt, és feladja a formális eljárást, vagy inkább nem vállalja az ezzel járó felelősséget, és marad a mechanikus szabályalkalmazásnál.[55] Itt jelentkezik Kennedy azon központi állítása, hogy a bírónak mindig van választási lehetősége a szabályalapú és nem szabályalapú döntéshozatal között.[56] Igen, de felmerül a kérdés, hogyan döntse el a bíró, hogy olyan esettel áll szemben, melyben fennáll a választási lehetősége. Van-e a bírónak akkor is „jogalkotó” hatásköre, ha az aktuális esetben a mechanikus szabályalkalmazás megállná a helyét? Ha van, hogyan döntse el, mikor gyakorolja azt? Van-e arra valamilyen szabály, hogy mikor kell szabályt alkalmaznia, és mikor nem? Kennedy válasza, hogy a bírónak minden előtte álló esetben súlyoznia, mérlegelnie kell a szabály mechanikus alkalmazásának figyelmen kívül hagyásából származó értékvesztést (például a bizonyosságot) és az előnyeit is.[57] Ezek szerint a szabály csak az egyik szempontként fog szerepelni a döntést alátámasztó lehetséges szempontok vizsgálatában.

Kennedy egy konkrét eset megoldásában nyújtott módszere[58] véleményem szerint, hasonlít a Joseph Hutchenson bíró által illusztrált módszerre: „ha nehéz esettel állok szemben, ... szabadjára engedem képzelőerőmet, elmerengek az eset fölött, várok az érzésre, a megérzésre – a megértés intuitív felvillanására, a kisülésszerű kapcsolatra a kérdés és a döntés között.”[59] Kennedy ugyanis úgy vázolja a jogalkalmazást, mint amelyben ellentétben állhat

a bírónak a jogra/törvényre vonatkozó első benyomása és az első azon megérzése, hogy ő hogyan szándékozik megoldani a konkrét esetet („how-I-want-to-come-out”). Utóbbi mindenféle megfontoláson alapul, kivéve jogszabályon, vagy legalábbis olyan eredmény származik belőle, mely eltérő ahhoz képest, amit a szabály megkíván. Azaz előfordulhat, hogy a jogszabály által kínált eredmény eltér attól az eredménytől, amit a bíró szeretne elérni. Az általa vázolt eset is konkrét példája annak a problémának, mely akkor jelentkezik, ha a kiindulópontnál konfliktus keletkezik a bíró szándéka és a szabály által megkívánt követelmények között. A szabályalkalmazás egy diszkréciót nélkülöző, szükségszerű, kötelező eljárás. Ha létezik szabály a konkrét esetre nézve, nem lehet megkérdőjelezni. Kennedy viszont úgy ábrázolja belső nézőpontból a jogalkalmazást – mely tartalmaz mind pszichológiai, mind argumentatív tényezőket –, melyben mindig megvan a lehetősége annak, hogy a szabály problematikusvá válhat. A jogi formalizmus nem állja meg a helyét, azonban Kennedy nem áll ki azon álláspont mellett, mely a bírói döntéshozatalt teljesen korlátozásmentesnek tekinti. Számít az is például, hogy más emberek hogyan tekintenek a bíró által meghozott döntésre.[60]

Probléma akkor adódik, ha a szabály ellentétben áll a bíró szándékával. A bírónak, ahhoz, hogy elérje célját, mindenképpen jogi érveléshez kell folyamodnia. A szabályokra Kennedy ezért úgy tekint, mint amelyek jelentését a konkrét esetek töltik ki, a jog területének (field) meghatározásában a konkrét esetek is jelentőséggel bírnak.[61] A jogi érvelés tehát úgy néz ki, hogy az eset körülményeit újrafogalmazzuk, míg az a jog területének egy másik részére kerül. A jogi érvek egyfajta „manipulálását” végzi a bíró, hogy a jogot a saját szándékainak megfelelő irányba terelje.[62]

Összességében Kennedy elhatárolja álláspontját attól a felfogástól, mely a szabályok mechanikus alkalmazását próbálja igazolni, de attól is, mely teljesen szabadnak tünteti fel a bírói érvelés mechanizmusát. A bírónak a jogi érvelés határain belül kell maradnia, azaz igazolnia kell a döntését. Azonban annak köszönhetően, hogy a jogi érvelés belső nézőpontjából tekintve a bírónak lehetősége van arra, hogy a szabály által megkívánt eredményt problematikusnak tartsa, a bíró lesz az, aki a szabály felől dönteni fog. A bírón múlik, hogy a szabályt alkalmazza-e, vagy sem: „Mi határozza meg a jog területe és a bíró szándéka közötti interakció végeredményét? A jogi érvelés belső nézőpontjából tekintve az egyetlen lehetséges válasz a kérdésre, hogy én határozom meg a végeredményt.”[63]

Frederick Schauer úgy értelmezi Kennedy elméletét, mint amely azt állítja, a bírónak mindig van választási lehetősége, hogy a szabályt alkalmazza-e, vagy sem. Kennedy szerint tehát mindig szerepet fognak játszani szabályokon kívüli egyéb indokok a döntéshozatalban. Schauer, ahogy a Dworkin elleni kritikájában is látni fogjuk majd, a „határolt terület” tézisét pártolja, mely szerint a normáknak van egy olyan körülhatárolt tartománya, melyek „joginak” tekintendők. A szabályok jelentőségét, szerepét a jogi döntéshozatalban egyáltalán nem hanyagolja el. A Kennedy-féle és más realista álláspontok nem nyújtanak megfelelő magyarázatot „azokban az esetekben, melyekben első ránézésre szabályok alkalmazása történik.”[64] Nagyon sok olyan eset van, melyekben a bíró úgy dönt, a szabályt alkalmazza döntést alátámasztó indokként. Schauer kitüntetett szerepet szán a szabályoknak a bírói érvelésben, de semmiképp nem formalista értelemben vett kizárólagosságot. Itt van jelentősége annak a kérdésnek, hogy ha a bíró minden egyes esetben mérlegeli, hogy a szabályt figyelmen kívül hagyja-e, akkor a szabály csak egy lehetséges érv lesz a döntés alátámasztásában. Azonban a bíró úgy is dönthet, hogy a jövőben meghatározott számú esetben, vagy akár minden esetben a szabályt fogja alkalmazni, még ha a szabály által megkívánt eredmény elfogadhatatlan is lesz.[65] Azaz minden esetben ott van annak is a lehetősége, hogy a bíró a szabályt kívánja döntést alátámasztó érvként alkalmazni. A különbség Kennedy és Schauer között, hogy Schauernél a bíró egyáltalán nem törekszik arra, hogy a szabályt minden esetben figyelmen kívül hagyja, csak nyitott az eset összes

körülményeinek vizsgálatára. Továbbá, ha nyitott is a szabály kényszerítő ereje melletti vélelem megdöntésére, ezt a szabály mögött húzódó igazoló érvekre tekintettel teszi. A szabály alapú döntéshozatal nem iktatható ki a jogi döntéshozatalból teljesen, mert „a bírók és még egy Legfelsőbb Bíróság tagjai is mindig egy olyan rendszerhez tartoznak, amelynek szabályai elég meghatározottak ahhoz, hogy a legtöbb esetben mintákat nyújtsanak a helyes bírói döntés számára. E mintákat a bíróságok úgy tekintik, mint amiket nem vehetnek semmibe hivatalos tevékenységük gyakorlása során, vagyis amikor a rendszeren belül megkérdőjelezhetetlen döntésüket meghozzák.”[66] A szabályalkalmazás formalista módszere valóban elfogadhatatlan, viszont a szabályok teljes figyelmen kívül hagyása sem jó megoldás.

Azonban érdekes és fontos problémaként merül fel az, amit Kennedy az értékmeggyőződések pluralitásáról, és ennek jogra irányuló hatásáról mondott. Ezért a későbbiekben még foglalkoznunk kell ezzel a problémával. Egy olyan demokrácia-felfogást vizsgálunk majd röviden, mely szintén jelentőséget tulajdonít a pluralizmusra, az értékek sokféleségének problematikájára adott válaszként a szabályok koordinációs szerepének.

V. A nyitott szövedékűség problémájára adott válaszlehetőségek

5.1 Dworkin és az interpretívizmus

Eddig a szabályoknak olyan elemzését vettük figyelembe, mely azt állítja, a szabályok szükségszerű tulajdonsága a nyitott szövedékűség, tehát a jog szinte mindig határozatlan. Van viszont egy olyan álláspont is, mely elutasítja, hogy a jog határozatlan lenne, csak annyit mondhatunk rá esetleg, hogy bizonytalan. Pontosabban: „Miért kéne azt gondolnunk, hogy az osztályozó terminusok [azaz a szabályba foglalt általánosítások, kategóriák] alkalmazási körének részleges meghatározatlansága a jog határozatlanságát vonja maga után?”[67] Tehát ez az álláspont, amit Dworkin képvisel, elutasítja, hogy a szabályok határozatlanságából szükségszerűen következne a jog határozatlansága is, tehát a bírónak nem kell kétségbeesnie, ha egy „szerencsétlen” szabállyal kerül szembe. Nézzük meg, milyen válaszok születtek a nyitott szövedékűségre!

Vegyük például Györfi Tamás egy jó illusztrációját a „nehéz esetre”, mely egy skót válóperről szól! Ebben a férfi azért jelölte meg válókként a házasságtörést, mert a nő több mint egy évvel utolsó találkozásuk után szült gyermeket. A nő viszont azt állította, hogy nem követett el házasságtörést, mert mesterséges megtermékenyítés útján esett teherbe, melyről egyáltalán nem egyértelmű, hogy a házasságtörés fogalma alá esik-e vagy sem. Két lehetőség van, igen vagy nem, és két egymást teljesen kizáró eredmény jön létre.[68]

Herbert Hart szerint a bíró az ilyen és hasonló esetekben szabad mérlegelése alapján dönt. Dworkin egy korai munkájában, „A szabályok modelljében” erős kritikával illette a Hart által felfogott diszkréciót. Szerinte Hart az úgynevezett erős diszkréció mellett áll ki, mely azt jelenti, ha a jog nem nyújt megfelelő segítséget, a bíró „ahelyett, hogy pusztán a már létező jogot alkalmazná, meg kell alkotnia az ügyre vonatkozó jogot,”[69] tehát a bíró szabadon választ a lehetséges megoldások közül, ilyenkor „semmilyen autoritás által alkotott sztenderd nem köti.”[70] Dworkin e Hartot érintő sok szempontból is hibás kritikájában[71] rámutatott, hogy a szabályokon kívül, más sztenderdek is léteznek, melyek segíthetik a bírókat a döntésben. Ezek az elvek/irányvonalak, melyek a jog részei, tehát a bírónak semmi esetre sem kell erős diszkréciót gyakorolnia. Az elvek és szabályok megkülönböztetésének nagy jelentőséget tulajdonított, melyben a szabályok szerint „mindent vagy semmit” elven működnek, vagy érvényesek, vagy nem (a fenti elemzésből is látható, hogy ez valójában nem így van), az elvek viszont sosem járulnak hozzá kötelező jelleggel az ügy eldöntéséhez, csak „súlyuk” van, valamilyen irányba terelik a döntést.[72] Dworkin kissé eltúlozta a szabályok és elvek megkülönböztetésének jelentőségét „A szabályok modelljében”. Maga Hart is rámutatott arra, ha fennáll a lehetősége, hogy az elvek a szabályokkal ütközzenek és lerontsák

azokat, akkor a szabályok semmi esetre sem működhetnek „mindent vagy semmit” jelleggel.[73] Talán jobb, ha a Dworkin-féle elveket úgy fogjuk fel, mint a szabály mögött álló igazoló érveket, vagy úgy, mint ahogy A politikai bírók és a joguralomban jeleníti meg: a törvényhozót a szabály megalkotásakor vezérlő célkitűzésekként, irányelvekként, melyek a bírót nagyban segíthetik a döntés kialakításában. Dworkinnak egy később kidolgozott elméletével kell foglalkoznunk, melyben megmutatja, mi is az a harti elméletből, ami nem alapozza meg a bírói kötelezettséget.

A szabályok tulajdonságainak fenti áttekintéséből láttuk, hogy Hart és Schauer is szemantikai problémaként kezeli a nyitott szövedékűséget, azaz ahogy ott láttuk, mindketten azt mondják, a szabályba foglalt általánosításoknak van egy „paradigmatikus” jelentéstartománya, bizonyos konkrét esetekről biztosan tudjuk, hogy a szabály alá sorolhatók, de vannak vitatható esetek, melyeknek a szabályok a nyitott szövedékűségüket köszönhetik. Dworkin ugye a pozitivisták elméletek ellen indított általános támadást „A szabályok modelljétől” kezdve. Válasszuk akkor szét, milyen megoldást talál a „pozitivisták tábor” és az antipozitivisták (dworkiniánus) oldal!

Dworkint erősen foglalkoztatja az a kérdés, hogy mit mond a jog, azaz mit jelentenek a jogi állítások (propositions of law), és mikor tekinthetők igaznak vagy hamisnak.[74] Ilyenkor a jog alapjaira (grounds of law) kérdezzük rá. E kérdés tárgyalása Dworkin érett (Law's Empire-ben kifejtett) elméletének központi eleme, pozitívizmus-kritikájának igazi alapja. Szerinte a pozitivisták elméletek azt a téves meggyőződést vallják magukénak, hogy annak megállapítására, hogy a jogi állítások mikor igazak vagy hamisak, léteznek közös szabályok, melyek függetlenek a jogászok erkölcsi vagy politikai meggyőződésétől.[75] Ezeket az elméleteket szemantikai elméleteknek nevezi, melyek történeti alapra helyezik a jogi állítások igaz vagy hamis voltának eldöntését, azaz arra, hogy „bizonyos társadalmi vagy pszichológiai események megtörténtek-e vagy sem.[76] „A szemantikai elméletek feltételezik, hogy a jogászok és a bírók túlnyomórészt azonos kritériumokat alkalmaznak (bár ezek rejtettek és általuk fel nem ismertek) annak eldöntésében, hogy a jogi állítások mikor igazak és mikor hamisak, feltételezik, hogy a jogászok valóban egyetértenek a jog alapjainak kérdésében.”[77] Vizsgáljuk meg közelebbről ezt a problémát!

Kulcskérdés, hogy vannak-e közös szabályok, melyek segítségével meg lehet állapítani egy jogi állítás igaz vagy hamis voltát. A harti illetve a pozitivisták álláspontja szerint a jog konvencionális gyakorlat.[78] A bírói kötelezettségnek, hogy a jog szerint döntsön, az úgynevezett elismerési szabály képezi az alapját. Az elismerési szabály az, mely alapján el tudjuk dönteni, mely norma jogi és mely nem, mely jogi norma érvényes, mely nem. Az elismerési szabály tehát az a „végső” szabály, melyen a jogi normák érvényessége alapul. Mivel „saját magát azonban értelemeszerűen nem érvényesítheti, ezért nem lehet sem érvényesnek, sem érvénytelennek tekinteni.”[79] Az elismerési szabály ezért konvención alapul, azon hivatalos személyek (például bírók) konvencióján, akik részt vesznek az adott gyakorlatban. Az elismerési szabály tehát a hivatalos személyek egyező gyakorlatából épül fel. Ebből az következik, hogy a jog elemeit konvenció segítségével határozhatjuk meg. Egy ilyen konvenció azonban csak akkor létezhet, ha a jog alapjait illetően nincs véleménykülönbség a jogászok között. A véleménykülönbség kizárólag empirikus lehet. Mint például az, hogy nem tudják, a törvényhozó megalkotott-e egy bizonyos törvényt, mert nem néztek utána a törvénykönyvben.[80]

Dworkin egészen más álláspontot képvisel. Szerinte igenis létezik véleménykülönbség a jogászok között a jog alapjait illetően. Ezt nevezzük teoretikus véleménykülönbségnek.[81] Dworkin elméletének kulcsfontosságú pontja, hogy a szemantikai elméletek helyébe azt a meglátást helyezi, hogy a jog interpretív igényt támaszt, azaz a jogot mint gyakorlatot kell értelmezni. A jog olyan társadalmi gyakorlat, melynek sem

a terjedelmét, sem az elemeit illetően nincs egyetértés a jogászok illetve a bírók között. Ha nincs egyetértés a jog alapjait illetően, a jogot mint gyakorlatot konstruktív értelmezés segítségével kell feltárni: „a jogi proposíciók akkor bizonyulnak igaznak, ha szükségszerűen helyük van a jogi gyakorlatot igazoló leghelytállóbb politikai és erkölcsi elméletben.”[82]

Dworkin elmélete tehát abból indul ki, hogy a társadalmi gyakorlatok értelmezésére helyezi a hangsúlyt, nem pedig a jogi szövegre, melynek során az értelmezés tárgyának (a gyakorlatnak) valamilyen célt tulajdonít. Így különbséget tesz társalgási és alkotó értelmezés között. A társalgási értelmezésnél a beszélő szándéka a fontos. Ezt rávetíthetjük arra a szituációra, amikor a törvényhozó akaratát kutatjuk a történeti értelmezésnél. Az alkotó értelmezés esetén az értelmező szándéka válik fontossá.[83] Az alkotó értelmezésben úgy jár el az értelmező, hogy próbálja meghatározni a gyakorlat célját, majd ehhez olyan illeszkedő értelmezést nyújt, amely a “legjobb színben tünteti fel” a gyakorlatot. Ennek felel meg a három szakaszból álló eljárás, ahogy Dworkin képzei az értelmezést:

(1) Előértelmezési szakasz: ebben határozzuk meg, mi a konkrét társadalmi gyakorlat, vagyis “legalább fő vonalakban meg kell, hogy egyezzenek abban, mi is az a társadalmi gyakorlat, amit értelmeznek.”

(2) Tulajdonképpeni értelmezés: megállapítjuk, mi a gyakorlat célja, minél jobban illeszkedik a gyakorlathoz a konkrét értelmezés, annál jobb lesz. Ha több jó értelmezés is van, azt kell figyelembe venni, amelyik minél jobb színben tünteti fel a gyakorlatot.

(3) Utóértelmezési szakasz: a gyakorlatot az előzőekhez kialakított igazoláshoz igazítjuk. Ha a gyakorlat olyan szabályokkal is rendelkezik, melyek a céljához nem szükségesek, ezeket mellőzhetjük, a gyakorlat a cél érdekében ki is egészíthető. [84]

Dworkin számára a bírók által követendő értelmezés “arra irányuló tevékenység, hogy egységességet, koherenciát írjon elő az emberek magatartására, ami azt társadalmi gyakorlattá teszi.”[85] Ennek első lépése, hogy bizonyos magatartásnak meghatározzuk a lényegét, megállapítjuk a “paradigmatikus esetet.” Ha a lényegét nem tudjuk pontosan meghatározni, az értelmezés arra szolgál, hogy az értelmezett gyakorlatot a lehető “legjobb színben tüntesse fel.” Amikor a bírók között nincs egyetértés, valójában abban nincs egyetértés, hogy mi az ítélkezési gyakorlat legjobb értelmezése, vagyis hogy a „gyakorlat mely leírása tünteti azt fel a legjobb színben a politikai moralitás szempontjából.”[86] Az értelmezések közös mércéje itt nem valamely szabályok bírók általi közös elfogadása, hanem a gyakorlat, mivel az értelmezéseknek ehhez kell illeszkedniük. Így ezt az értelmezési szakaszokra rávetítve: az előértelmezési szakaszban meg van a gyakorlat lényeges elemeiben való egyetértés, a tulajdonképpeni értelmezésben a gyakorlat különböző értelmezései közül kiválasztjuk, amelyik azt a legjobb színben tünteti fel, és legjobban illeszkedik a gyakorlathoz. De: amikor a bíró egyetért a többi bíróval abban, mi a jog, vagy mely kritériumok képezik a jog alapját, nem azért van, mert egyező gyakorlatot követnek. A többitől függetlenül, a saját megfontolásai alapján áll ki egy kritériumrendszer mellett,[87] tehát nem azért, mert vannak közös szabályok, amit mindannyian elfogadnak.

Dworkinnál az a fontos, hogy az integritást biztosítsuk az értelmezéssel, a múltbeli politikai döntések kötőerejétől nem vonatkoztathatnak el a bírók, ezekhez igazodniuk kell úgy, hogy az Alkotmány értelmezésekor „nem olvashatják bele saját meggyőződésüket az Alkotmányba.”[88] Olyan értelmezést kell nyújtani, amely összeegyeztethető a múltbeli politikai döntésekkel, “az Alkotmány mint egész logikájával”[89]

Dworkin tehát nem szemantikai oldaláról közelíti meg a kérdést, hanem arról, hogy a jogot interpretív gyakorlatként kezeli. Ez tehát azt jelenti, hogy az adott gyakorlat rendelkezik valamilyen értékkel vagy céllal, melyet nem szükségszerűen szabályoknak (főleg nem konvencionális szabályoknak) kell kifejeznie. Ebből következik, hogy a gyakorlat követelményei „nem okvetlenül azonosak a hagyomány által közvetített szabályok

előírásaival.”[90] A dworkini felfogásban a gyakorlat résztvevői és megfigyelői interpretíven viszonyulnak az adott gyakorlathoz, azaz értelmezik, és ahogy fent megfogalmaztuk, az értelmező szándéka a fontos. A konstruktív értelmezés lényege, hogy az értelmező milyen értelmet tulajdonít a gyakorlatnak. Így szinte mindenki más-más értelmet ad a gyakorlatnak, mely jelentésének sosem lesz olyan (konvencionális) magja, mint ahogy Hart felfogja a szavak jelentésénél. Egy biztos pont azonban mégis kell, hogy az, ami a különféle értelmezések „áradatából” kiemelkedik, ne legyen pusztán szubjektív meggyőződések egy halmaza. Ezért kell az „illeszkedés” (fit) követelményéhez is igazodni[91], azaz a „fennálló gyakorlat jellemző vonásait”[92] nem szabad figyelmen kívül hagyni. Az interpretív hozzáállást a jogra vetítve az előzőek alapján véleményem szerint úgy tekinthetjük, hogy a „fennálló gyakorlat jellemző vonásait” a jogban a múltbéli politikai döntések képezik, melyektől az értelmezés során nem tekinthetünk el, másrészt az Alkotmány integritásának megőrzése sem maradhat el, sőt, helyet kap a történeti kérdések vizsgálata is, ha a törvényhozók által lefektetett elveket/célkitűzéseket vesszük figyelembe, nem pedig azt a kétséges eredménnyel járó módszert választjuk, hogy azt kutatjuk, vajon a törvényhozó hogyan döntött volna a kérdéses esetben.[93]

Fontos látni, hogy Dworkin mit ért szemantikai elméleten, és valójában mi az, ami ellen támadást indít, mert nem egyértelmű, hogy pontosan mit ért „közös szabályok” funkciója alatt.[94] Ugyanis a Dworkin által felfogott szemantikai elméletekben a közös szabályok adhatnak bizonyos kritériumokat bizonyos szó jelentésének meghatározására vagy megadhatják a jogi állítások igazságfeltételeit, azaz azokat a feltételeket, melyek meghatározzák, hogy mikor igaz egy jogi állítás. Dworkin számára utóbbi a meghatározó, hisz erre építi a szemantikai elméletek elleni kritikáját. Szemantikai elméletnek tartja ugyanis ahogy láttuk, a jogpozitivistá elméleteket, ezen kívül a természetjogi és jogi realista elméleteket is, mert ezek közös pontja, hogy mindhárom elmélet konceptuális igazságfeltételektől teszi függővé a jogi állítások igazságát, mely igazságfeltételek a jog természetéből adódnak.[95] Ha Dworkin elmélete meggyőzően állítja, hogy a jog interpretív gyakorlat, egyidejűleg bizonyítja azt is, hogy nincsenek konceptuális igazságfeltételek, melyek a jogi állítások igazságát meghatároznák. Ha a jogot interpretív gyakorlatként fogjuk fel, a „szemantikai vagy inkább a konceptuális megfontolások nem bizonyulnak döntőnek.”[96] Szemantikai vizsgálódások nem segítenek a jog elemeinek meghatározásában.

5.2 Schauer és a prezumpatív pozitívizmus

Itt az ideje, hogy megvizsgáljuk, találunk-e olyan álláspontot, mely nem veti el az erkölcsi kritériumok jogi érvelésben szerepet játszó jelentőségét, azonban a segítségével meggyőző ellenérveket fogalmazhatunk meg Dworkin felfogásával szemben. Úgy gondolom, erre Schauer elmélete az egyik legalkalmasabb. Schauer Dworkin elméletének egyik kritikusa, és létrehozott a bírói döntéssel kapcsolatban egy másfajta elméletet, melyben a szabályoknak fontos szerepet szán, de nem kizárólagosat. Ez lesz majd a prezumpatív pozitívizmus.

Ahogy az előzőekben is kifejtettük, a joguralom eszményének központi követelménye, hogy nyilvános szabályok alapján szülessenek a normatív döntések. Ezek a szabályok pedig kizárólagos döntést alátámasztó indokként akarnak működni. Schauer felveti, azzal, hogy Dworkin interpretív gyakorlatként kezeli a jogot, és teret enged az elvek, célkitűzések döntést alátámasztó szerepének, melyek a szabály helyét át is vehetik, nem veszi figyelembe a joguralom és jogbiztonság követelményeit, illetve egy bizonyos pozitivistá tétel fontosságát. Ezzel majd később foglalkozunk, előtte Schauer elméletét „tárjuk föl.”

A szabályok elemzésénél ott hagytuk abba, hogy a szabályok általánosításokat tartalmaznak, ezek okozzák túl szűk vagy túl tág voltukat. Attól függően, hogy az általánosítás mennyire engedékeny a változtatás irányába, azaz hogy mennyire rugalmas az általánosítás, megkülönböztet kétféle modellt. Az egyik a „társalgásbeli” modell (model of conversation),

melyben a társalgásban résztvevő felek képesek alkalmazkodni a nyelv szükségszerű tökéletlenségéből adódó átmeneti „zavarokhoz,” képesek leküzdeni a megértésbeli akadályokat, tudják pontosítani a fogalmakat. A nyitott szövedék lehetősége szinte kizárt.[97] A másik modell az általánosításokat merevnek, rugalmatlannak tekinti (model of entrenchment), mely nem kíván reagálni a világ változásaira. Az előíró általánosítások ilyen tulajdonságokkal bírnak, köztük a szabályok is. A „társalgásbeli” modell engedi, hogy az általánosításon változtassanak, a merev általánosítás nem. Az utóbbi miatt a szabályt akkor is alkalmazni kellene, ha ez nem szolgálná a szabály mögött álló igazoló elvet.[98]

E két modell eltéréseit alapul véve, kétféle döntéshozatali módszert különböztethetünk meg. A „társalgásbeliből” következik a „partikularisztikus” döntéshozatali módszer (particularistic decisionmaking), a merev általánosításból a „szabályalapú” döntéshozatal (rule-based decisionmaking). A kétféle döntéshozatali struktúra bizonyos értelemben két szélsőséges megoldást jelent. Ez azt jelenti, hogy köztes lehetőségek is jelen vannak.

A partikularisztikus döntéshozatal célja, hogy a lehető leghelyesebb, legjobb döntés szülessen. Elvárja a bírótól, hogy ennek érdekében az előtte álló esetre vonatkozó minden körülményt vizsgáljon meg. Ekkor a szabály alkalmazásától akár el is tekinthet, mert a szabály, ha a belőle következő eredmény eltér az őt igazoló elvre tekintettel meghatározható eredménytől, nem szolgáltat számára perdöntő indokot. (Tehát a fenti „étermes” példa alapján a vakvezető kutyát beengedhetjük az étterembe.) Schauer azért figyelmeztet, hogy attól, hogy a döntéshozó egy szabály igazoló elvét veszi figyelembe, még nem jelenti, hogy az eset összes körülményét vizsgálja.[99]

A szabály alapú döntéshozatal lényege, hogy kizárólag a szabályt veheti a döntéshozó figyelembe döntést alátámasztó indokként, akkor is, ha az túl szűk vagy túl tág az igazoló elvéhez képest. (Tehát a vakvezető kutya is ki va zárva az étteremből.) Ezt jelenti a merev általánosítás.

A két modell között Schauer a „szabály-érzékeny partikularizmust” (rule-sensitive particularism) helyezi el,[100] mely már közelít a prezumpatív pozitívizmus megoldásához. A szabály-érzékeny partikularizmus „a szabályokat hozzávetőleges szabályokként kezeli abban az értelemben, hogy átjárhatóak, rugalmasak a mögöttük álló igazolás céljának elérése érdekében,”[101] de a szabály létét értéként fogja fel, azaz e szerint a szabályt egyik szempontként figyelembe kell vennie a döntéshozónak.[102] Ettől különbözik a Schauer által prezumpatív pozitívizmusnak nevezett megoldás, melyben fontos szerep jut a szabályoknak is, de nem konstitutív. Ebben a rendszerben a szabály mögött álló kényszerítő erő mellett vélelmet (presumption) állítunk föl. A szabály kényszerítő erővel rendelkezik a döntéshozó számára, de e mellett ott van a lehetősége, hogy nyomós indokok alapján ne alkalmazza rendelkezéseit.

Schauer is túllép azon a tételen, hogy a pozitívizmus lényege a jog és erkölcs következetes szétválasztása: „...a pozitívizmus nem arról mond valami speciálisat, hogy lényegét a jog és erkölcs szétválasztása képezi, hanem a rendszerszintű elkülönítés (systemic isolation) fogalmán alapul. A pozitivisták számára létezhet olyan rendszer, melynek a normáit olyan azonosító tényezőre hivatkozva lehet azonosítani, mely alapján képesek vagyunk megkülönböztetni a jogi normát más normáktól, mint a politika, erkölcs, gazdaság vagy az etikett normáitól. Ez az azonosító tényező, melyet Hart ’elismerési szabálynak’ nevez, Dworkin ’pedigrének’ címkéz, elkülöníti a jogi normákat a normák univerzumán belül, és biztosítja a jogi érvényesség egy tesztjét.”[103] (Úgy gondolom, ez lesz majd Schauer Dworkin-kritikájának alapja.) Ebből látszik, hogy Schauer is az elismerési szabályból eredezteti a jogi érvényességet, szerinte a pozitívista rendszer alapja, hogy van a normáknak egy jól körülhatárolható területe, melyet ’joginak’ tekinthetünk.[104] A prezumpatív

pozitivizmus olyan döntéshozatali mechanizmus, mely ahogy már többször említettük, nem a szabály kizárólagos döntést alátámasztó jellegére épít, hanem a szabály a vizsgálat elsődleges szempontját képezi. Abban különbözik a szabály-érzékeny partikularizmustól, hogy a szabály nem egyszerűen az egyik szempontot képezi a sok döntést igazoló indok között, hanem ő az elsődleges kiindulópont. A prezumpatív pozitivizmusban a szabályok vizsgálata megelőzi az eset összes körülményeinek vizsgálatát, de nem biztos, hogy a végén perdöntő érv lesz. Gyórfi Tamás a prezumpatív pozitivizmusra a nyitott, a szabály alapú döntéshozatalra pedig a zárt érvelés fogalmát használja, melyben tehát a nyitott érvelés arra utal, hogy a szabály kiindulópontot jelent, de ha az igazolásához képest túl szűknek vagy túl tágak bizonyul, akkor a bíró eltérhet tőle, a zárt érvelés megnevezés pedig azt mutatja, hogy mindenképpen a szabály alapján kell döntést hozni.[105] A prezumpatív pozitivizmus lényege tehát az, hogy a bírónak elsődlegesen a szabályt kell figyelembe vennie, és ha valamilyen fontosabb érték merül föl, eltérhet a szabálytól. A szabály melletti vélelemnek (megdönthető vélelem) az a relevanciája, hogy „különböző erejű érveket kell mérlegelni”[106] Egy bizonyos cselekedet mellett szólhatnak erősebb vagy gyengébb érvek. A vélelem lényege tehát így néz ki: „Ha az 'Sz' szabályból 'A' döntés következik, önnek 'A' döntést kell meghoznia, hacsak és amíg nincsenek igen nyomós indokai az 'A' döntéstől való eltérésre.”[107] Ezen indokok nem lehetnek bármilyen indokok, valóban elég súlyosaknak kell lenniük a szabálytól való eltérés lehetőségéhez. Ezt jelenti a Schauer által „igazolási célú vélelemnek” nevezett fogalom.

Ebből az érvelésből az következne, hogy a bírónak minden egyes esetben mérlegelnie kell a szabályokon kívüli ismérveket (például elveket), hogy a vélelem megdönthető legyen, vagyis ezek szerint nincs a szabálynak „prezumpatív” ereje. (Ahogy Kennedynél láttuk.) Mi viszont nem abból indultunk ki, hogy a bíró minden áron arra törekszik, hogy a szabályt felülbírálja. Ezt nem teheti. Azt teszi, hogy egyszerűen „nyitott” a szabály megdöntésére.

5.3 Schauer Dworkint érintő kritikája

Röviden összegezzük, mire jutottunk eddig! Kennedy elméletét elvetettük, hisz nem adja megfelelő igazolását az általa elképzelt bírói tevékenységnek. A számunkra két releváns szerző tehát Dworkin és Schauer. Mindkettőjük elmélete teret enged erkölcsi kritériumok bírói mérlegelésének, de Schauer Dworkin megoldását „merésznek” tartva más lehetőséget kínál, ez pedig a prezumpatív pozitivizmus. Érdekes ezért Schauer Dworkin elméletére irányuló kritikáját értékelni.

A Dworkin által „A szabályok modelljében” példaként említett két esetet, a Riggs v. Palmert[108] és a Henningsen v. Bloomfield Motorst[109] veszi alapul. Az előbbiben azt az elvet vette figyelembe a bíróság, hogy „senki sem húzhat hasznot saját felróható magatartása révén,” az utóbbiban arról kellett döntenet, hogy egy autógyár korlátozhatja-e felelősségét a szerződésben a hibás autók esetén.[110] (Ebben az esetben szerintem a magyar jogban is meglévő, a jóhiszeműség és tisztességesség elvéhez hasonló elvet részesített előnyben a bíróság.)

Tudjuk, hogy Schauer az elismerési szabályból eredezteti a jogi érvényességet, a „rendszerszintű elkülönítés” értelmében, azaz van a normáknak egy csoportja, mely az elismerési szabály alapján joginak tekintendők és megkülönböztethetők más normáktól. Véleményem szerint ezt jelentené a pozitivizmus egy tétele, a „határolt terület tézise” (limited domain thesis),[111] mely alapján Schauer egy olyan pozitivistá elméletet képvisel, melyben a jogi normák kitüntetett szerepet kapnak, tehát fontos számára, hogy a 'joginak' kinyilvánított normák megkülönböztethetők legyenek egyéb normáktól, például az erkölcsi normáktól, és ez a bírói döntésben is érvényesüljön. Ez a prezumpatív pozitivistá hozzáállásban tükröződik. Ennek az alapállásnak a lényegét részben az a meggyőződés képezi

Schauernél, hogy más eredménye lesz annak a döntésnek, mely kizárólag jogi szabály alapján születik, és más, ha minden körülményt figyelembe véve hozzák.

Schauer először a Riggs ügyet vizsgálja, melyet szerinte Dworkin olyan eset példaként mutat be, melyben egy elismerési szabály által nem azonosított elv rontotta le az érvényes szabály erejét. Hiszen mindkét ügy (a Riggs és Henningsen is) „könnyű eset” volt, mert létezett rájuk érvényes szabály, csak a szabályok által kínált eredmény morálisan elfogadhatatlannak tűnt. A pozitivisták Schauer szerint felléphetnének azzal, hogy a Riggs ügy során alkalmazott „senki sem húzhat hasznot saját felróható magatartása révén” elv igenis elismerési szabály által azonosított jogelv. Így az „elismerési szabály fogalma és a pozitivizmusnak, mint a szabályok körülhatárolt tartományának tana érintetlen marad.”[112] Ekkor léphetne fel Dworkin a Henningsen esettel, mert az itt alkalmazott elv tényleg nem volt része a jogrendszernek. Ebből tehát az következne, hogy a bírók nemcsak a normák egy lehatárolt tartományát, hanem a normák teljes készletét igénybe vehetik minden egyes előttük álló esetben. Schauer szerint ennek nem szabadna így lennie, és nincs is így. Valóban fontos számára a határolt terület tézise: „ha kiderülne, hogy a bírók meglehetősen gyakran nem jogi normák alapján hozzák meg a döntést, akkor milyen célt szolgálunk azzal a törekvéssel, hogy azonosítsunk egy olyan területet, melyet joginak nevezhetnénk?”[113] Nem lenne jó, ha minden esetben „semmilyen korlátozásnak alá nem vetett”, nem jogi normákon alapulna a döntés, sőt, a bírók legtöbbször az „egyszerűbb” megoldást, tehát a szabály alapú döntést választják. Azaz a helyzet úgy jellemezhető, hogy volt egy sor olyan eset, melyekben a szabályok bírtak konstitutív jelentőséggel, de volt néhány olyan is, ahol az elvek, illetve a célkitűzések lerontották a szabály erejét. Ez pedig pontosan megfelel annak, ahogy a prezumpatív pozitivizmus ábrázolja a jog működését. Schauer tehát egyrészt az azt kifogásolja Dworkin elméletében, hogy a jogrendszer működéséről nem ad valós képet, ugyanis a legtöbb esetben a bíró a szabályt veszi figyelembe döntése során. Másrészt pedig azt, hogy nem lenne igazolható, ha a bírók úgy járnának el, mint ahogy Dworkin állítja, azaz ha minden esetben jelentőséggel bírnának szabályokon kívüli indokok a döntés alátámasztásában, hiszen ekkor nem lenne értelme a határolt terület tézisééről beszélni.

Mindezekből az következik, hogy Schauer szerint Dworkin nem vesz tudomást a határolt terület pozitivisták tételéről, azaz nem képes megkülönböztetni jogi és erkölcsi normákat. Így Dworkin elméletének az az eredménye, hogy minden esetben lehetséges, hogy figyelmen kívül hagyjuk a jogi normákat. Ez nem csak a jog leírásaként elfogadhatatlan, de a jogalkalmazás normatív programjaként is. Ezért ajánlja Schauer a prezumpatív pozitivizmust, hogy számot tudjunk adni a jogi szabályok kitüntetett szerepéről a jogi döntéshozatalban.

Azonban Bódig Mátyás érvei alapján be kell ismernünk, hogy Schauer kritikájának egyetlen pontja sem állja meg a helyét. Egyrészt Dworkin sosem mondta, hogy nincs különbség jogi és nem jogi normák között: Dworkin azt állítja, hogy az elvek és célkitűzések a jog részét képezik, „a jogból kell őket értelmezés útján feltárni.”[114] Másrészt az értelmezésnek illeszkednie kell a „fennálló gyakorlat jellemző vonásaihoz” és nemcsak ehhez, hanem az Alkotmány integritását is fenn kell tartani. Továbbá arról is beszéltünk a dolgozat elején, hogy Dworkin az erkölcsi jogok figyelembe vételén túl egyáltalán nem hanyagolja el a jogkönyvben foglaltakat, azaz a szabály alapú döntést. Hogy Schauer fogalomhasználatával éljünk, Dworkin szerint mindig a szabály mögött álló igazoláshoz legtermészetesebben illeszkedő értelmezését kell adni a jognak. Lényeg, hogy az igazságos döntés eléréséhez nem elég pusztán a szabályok mechanikus alkalmazása. Ezt pedig Schauer is elismeri.

Attól függetlenül, hogy Schauer rossz Dworkin-kritikát fogalmazott meg, számomra továbbra is használhatónak és vonzóknak tűnik az elmélete, mert nem ragaszkodik mereven a szabályokhoz, hanem pusztán elsőbbséget szán nekik a bírói vizsgálatban, ezáltal elismeri,

hogy a bírói érvelésben konstitutív szerepet játszhatnak morális érvek, sőt ez a helyes döntés érdekében szükséges is.

Mindent egybevéve talán Schauer az, aki a legjobb ellenérveket fogalmazta meg Dworkinnal szemben, igazából azonban azt is felvethetnénk, hogy a két elmélet nagyon is összeegyeztethető lenne. Az elismerési szabály tézise viszont Schauernél is fontos szerepet kap. Az elismerési szabály védelembe vételével különbözik igazán a schaueri elmélet a Dworkinétól.

Ha pedig megengedjük, hogy a szabály kötelező, tartalomfüggetlen ereje mellett megdönthető vélelmet állítunk fel, azt a módot is meg kellene adni, ahogyan a bírók az erkölcsi érvek bevonásával leronthatják a szabályt. Szerintem a Schauer-féle megoldás inkább hasonlít a Hart-féle diszkréciós megoldáshoz (és ezt csak bizonytalanul állítom), hisz a prezumpatív pozitivizmus „csak” annyit állít, ha nyomós indokaink vannak rá, megdönthetjük a szabály mellett szóló vélelmet (a szabály mögött álló igazolás fényében). Talán ezért foglalkozik Schauer a bírói érvelési mechanizmus megfékezésének módozataival – melyet majd később ismertetek - , hogy a bírók e „diszkrucionális”, szabályt figyelmen kívül hagyó döntésükkel minél kevesebb erkölcsi hibát kövessenek el, minél megfontoltabb döntést hozzanak. Ez a feladat pedig a döntéshozó szervet létrehozó szervre hárul majd, hogy kialakítsa a döntéshozók mérlegelési kereteit. Ennél jobb megoldás lenne a Dworkin által kidolgozott konstruktív értelmezés, mely megfelelő érvelési mechanizmust biztosítana a szabály kötelező ereje mellett álló vélelem megdöntése esetére a megfelelő erkölcsi objektivista hozzáállással.

VI. A szabályalapú döntés erényei

Eddig jelentős szerepet tulajdonítottunk azon kérdéskör vizsgálatának, hogy erkölcsi kritériumok bírói figyelembe vétele lehetséges illetve helyes-e. A kérdést igennel válaszoltuk meg, azonban azt is megállapítottuk, hogy a szabályok mindenképpen jelentőséggel bírnak a döntés alátámasztásában, sőt! Valamilyen formában mindig döntést alátámasztó tényezőként kell szerepelniük. Így fontos, hogy megvizsgáljuk a szabályalapú döntéshozatalban rejlő értékeket is. Ezért visszakanyarodunk a politikai filozófiai elemzéshez, ugyanis attól függetlenül, hogy helyesnek tartjuk, a szabályoktól való eltérés nagy hatalmat ad a bírók számára, mégis csak úgy tűnik, a bíró először a szabályról dönt, tehát arról, hogy helyes-e, ha alkalmazza azt a konkrét esetre. Sok olyan érveléssel kell megbirkóznia a morális érvelés mellett állónak, mely a szabályalapú döntéshozatal előnyei mellett foglal állást. Ezen előnyöket Schauer a szabály erényeinek nevezi.[115] Dworkinnál már találkozhattunk néhány ilyen érveléssel. A „Playing by the Rules-ban”[116] is számos ilyen „erénnyel” találkozhatunk.

Az első, amivel érvelni szoktak, az igazságosság vagy méltányosság (fairness), ezen belül is a „hasonló eseteket kezeljük hasonlóan” elv. Azonban ez a legszerencsétlenebb érvelés, hisz pont a szabályok azok, ahogy a fenti elemzésből is kiderül, melyek gyakran az igazságosság útjában állnak. A szabályba foglalt általánosítás első látásra úgy tűnik, a „hasonló eseteket kezeljük hasonlóan” elv szolgálatában áll, de ha pontosabban megnézzük, a merev általánosítás nem vesz figyelembe az eset szempontjából releváns tulajdonságokat, és olyan eseteket kezel hasonlóan, melyek nem hasonlóak, így igazságtalan döntések sora születhet. Itt pont az egyedi esetek különbözőségén van a hangsúly.

A második a kiszámíthatóság érve (reliance). E szerint szabály alapú döntéshozatal a legmegfelelőbb a kiszámíthatóság követelményének biztosítására. A szabály címzettjei képesek lesznek előre látni, hogy mi lesz a döntés eredménye. Azonban ahhoz, hogy ez érvényesüljön, egy „ideális közeg” kell, melyben közös egyetértés van a szabály címzettjei és kikényszerítője között, azaz ugyanúgy kell értelmeznie az adott partikuláris esetet a címzettnek és a döntéshozónak, hogy az a szabályba foglalt kategória eleme. Ha maga a szabály nem egyértelmű, a kiszámíthatóság sem működik.

A következő a hatékonyság (efficiency). Ha a döntéshozó kizárólag a szabályra hagyatkozik, mentesül attól a teherrel, hogy az eset összes körülményét vizsgálgassa, időt, pénzt takaríthatunk meg vele. A hatékonyság érve kapcsolatban áll azzal az érveléssel, hogy azáltal, hogy a bírót szabály alapú döntéshozatalra kényszerítjük, elkerülhetjük, hogy ostoba döntéseket hozzon. Hogy ne legyen egyszerű a dolgunk, Schauer kétféle döntéshozatali hibát különböztet meg, ugyanis „kettős csapdába” kerülünk: az egyik döntéshozatali hiba az, mely abból származik, hogy vakon követjük a szabályt. Az általánosítás szabály mögött álló igazoláshoz viszonyított túl szűk vagy túl tág volta miatt rossz döntések születhetnek, viszont akkor is születhetnek hibás döntések, ha a bírónak engedjük az összes körülmény vizsgálatát. Tehát mindkét fajta módszer tartalmazza azt a rizikót, hogy rossz döntés születik.[117]

A stabilitás (stability) elérése is a szabály alapú döntéshozatalt kívánja meg, mert a status quo-tartja fenn, meggátolja a változtatásokat, amelyek szükségesek lehetnének. A túlzásba vitt jogi stabilitás politikai, társadalmi destabilizációt produkálhat.

Györfi Tamás a „Normatív pozitivizmusban” hasonló érveket említ a szabály alapú döntéshozatal mellett: (1) Episztemológiai érv, mely nem az ideális döntéshozóból indul ki, vagyis azt mondja, semmi garancia nincs arra nézve, hogy a bíró helyesebb döntést képes hozni a szabály mellőzésével, viszont arra sincs garancia, hogy a törvényhozó bölcsőbb. Itt nyitva marad a kérdés. (2) Hatalommegosztás érve, mely szerint a bírónak nem az a feladata, hogy a szabályt felülbírálja, a törvényhozó vizsgáljon meg minden körülményt. Szerintem itt az az ellenérv, hogy a törvényhozó képtelen minden élethelyzetet leszabályozni. (3) Kiszámíthatóság érve: lényege, hogy a szabály minél kevesebb mérlegelést megengedő fogalmat tartalmazzon, de „minél kevesebb szempontot mérlegel a döntéshozó, annál jobban nő annak a veszélye, hogy a szabály szuboptimális lesz az igazolásához képest.”[118] (4) Igazságosság érve: az igazságosság azt követeli, hogy a hasonló eseteket kezeljük hasonlóan, erre pedig a szabályok alkalmasak. Az előbb viszont kimondtuk, hogy legtöbbször szuboptimálisak.(5) „A szabály léte fontosabb, mint a tartalma” érv: itt a szabály maga az igazságosság mércéje. Igazságos az eljárás, ha a bíró minden olyan esetre alkalmazza a szabályt, melyre az vonatkozik, melyre nem vonatkozik, nem alkalmazza. Megsemmisítő ellenérv: attól, hogy a bíró minden zsidóra alkalmazza a zsidótörvényeket, még nem gondoljuk, hogy az igazságos. [119] Azonban Györfi Tamás említ néhány esetet, ahol esetleg tartható lenne „a szabály léte fontosabb, mint a tartalma” elv, melyeknek a dolgozat későbbi részében lesz relevanciája.

6.1 A hatalommegosztás problémája

Az igazán politikai filozófiai problémát a hatalommegosztás kérdése okozza, melyet már Dworkinnál is tárgyaltunk a demokráciára hivatkozó érvelés keretében. Ez az érv nem annyira arra a félelemre épít, hogy a bírók hibázni fognak, ha engedjük, hogy részt vegyenek a nem egyértelmű esetek eldöntésében, hanem hogy az tartalmi (substantive) értékek kérdésében történő állásfoglalás felelősséggel jár, mely felelősség a törvényhozót terheli.[120]

Schauer kétféleképpen látja a szabályok hatalommegosztásban jelenlévő szerepét. Az egyik az időbeli megosztás múlt, jelen és jövő között. A merev általánosítás a 'múltnak' tulajdonít jelentőséget a jövőre irányultan. Ilyenkor a hatalom „időbeli” megosztásáról beszélünk. Itt arról van szó, hogy: „A jövőben felmerülő akaratgyengességünktől tartva gyakran alkotunk saját magunk számára szabályokat.”[121] Azaz a szabály-formátum alkalmas lehet arra is, hogy a jövőre nézve megkíméljük magunkat a helytelen döntésektől.[122] Ez gyakran működik is, azonban számunkra fontosabb a hatalommegosztás horizontális modellje, azaz a törvényhozó-bíró „harca.” „Ha a hatalommegosztás perspektívájából vizsgáljuk meg a kérdést, nem tűnik sem magától értetődően igaznak, sem magától értetődően hamisnak az az állítás, hogy a bírónak részt kellene venniük a szabályok felülbírálatában.”[123] Mindkét megoldásnak megvannak a maga előnyei és hátrányai, sem a tisztán szabály alapú

döntéshozatal, sem a tisztán partikuláris döntéshozatal érvényre juttatása nem vezet jó eredményre. Ezt a problémát leginkább egy demokrácia-elmélet keretében világíthatjuk meg. Korábban említettük, hogy Dworkin egy „jobb” demokráciaelméletet képvisel, melyben mindenképpen helyet kap a morális érvelés. Ez a demokrácia-felfogás pedig a demokrácia alkotmányos felfogása. A klasszikus hatalommegosztásra hivatkozó érv ugye az, hogy a politikai döntéseket a polgárok által választott törvényhozónak kell meghoznia, nem pedig a nem választott tisztségviselőknek, mint a bírónak. Dworkin szerint a demokrácia lényegét általában a többségi elvben határozzák meg, azaz abban, hogy a többség által helyeselt döntéseket el kell fogadnunk. A többségi elv nem utasítja el az egyéni erkölcsi jogokat, de ha ezek érdekében a többség akaratát figyelmen kívül kell hagyni, a többségi elv szerint „valami erkölcsileg sajnálatos történt, erkölcsi kár keletkezett.”[124] Dworkin ezért ajánl egy olyan demokrácia-felfogást, mely tiszteletben tartja az egyének jogait anélkül, hogy azt éreztetné, valami kár keletkezett azok érvényesítésekor. Az alkotmányos demokrácia alapján a „kollektív döntéseket olyan politikai intézmények hozzák, amelynek szerkezete, összetétele és gyakorlata garantálja, hogy a közösség minden tagját mint egyént egyenlő gondossággal és tisztelettel kezelje.” A demokrácia lényege Dworkinnál tehát az állampolgári egyenlőség, melyet az intézményeknek (melyek legnagyobb részt a többségi elv alapján működnek), tiszteletben kell tartaniuk. Ha a bíróság a döntésével ezt követve és tiszteletben tartva lépi át a többség akaratát, nem gondolhatjuk komolyan, hogy valami „erkölcsileg sajnálatos” dolog történt.[125] Ebből látszik, hogy erősen csökkenti a szabályalapú döntéshozatal jelentőségét.[126]

Dworkin a demokrácia egy nagyon vonzó felfogását kínálja számunkra. Lehetnek azonban olyan demokrácia-értelmezések is, melyek esetleg meggyőzőbb érvekkel léphetnek fel az erkölcsi érvek bírói döntésbe vonásával szemben.

Gyórfi Tamás említi a demokráciának két olyan felfogását is, mely a szabályalapú döntéshozatal mellett áll ki, sőt a többségi döntést előnyös megoldásként tünteti fel.[127] Kiindulópontja a Joseph Raz által „plurális társadalomnak” nevezett probléma. Schauer-nél azt mondtuk, hogy a szabályok mögött igazolás áll, melynek elérésére a szabály létrejött. Raz azt a problémát veti fel, hogy egy szabály mögött nemcsak egy, hanem több háttérigazolás is állhat, vagy ahogy Schauer mondja, „egy előírás mögötti igazolás maga is valamilyen még alapvetőbb igazoló elv követelménye,”[128] azaz lehet, hogy ugyanazt a szabályt más-más igazoló elv miatt fogadjuk el. Ilyenkor a „szabályok olyan középszintű általánosításokként működnek, melyek lehetővé teszik az egyetértést bizonyos kérdésekben olyan körülmények között is, amikor nem értünk egyet a végső értékekben.”[129] Ez a felvetés teszi relevánssá a demokrácia két alternatív felfogását, melyek abban hasonlítanak, hogy a szabály szerepének nagy jelentőséget tulajdonít a sokféle preferencia ütközésének feloldásában.

Az egyik a piaci modell, a másik a deliberatív, melyeknek az a közös álláspontja, hogy a demokrácia központi tétele olyan döntéshozatali folyamat, mely célja az állampolgárok preferenciáinak aggregálása. A piaci modell szerint ezek a preferenciák eleve adóttak a politikai folyamattól függetlenül, melyek aggregálása kompromisszum eredménye. A deliberatív modell szerint a preferenciáink alakulnak a politikai folyamattal együtt, itt érvelési mechanizmus eredménye a preferenciák aggregálása: „A közjónak létezik a felek preferenciáitól elválasztható fogalma, úgy az nem okvetlenül egyezik meg azzal, amit a legtöbben akarnak, hanem azzal lesz azonos, ami mellett a legjobb érvek szólnak.”[130] A deliberatív modell szerint, ha azt akarjuk, hogy a különböző preferenciákkal rendelkező emberek megegyezzenek, zárójelbe kell tennünk azokat a kérdéseket, melyekben nem értenek egyet, és olyan „középszintű” szabályokat kell előnyben részesíteni, melyekben egyetértenek.

A piaci modell a többségi döntést és a szavazást tartja legmegfelelőbbnek, mert a preferenciák sokfélesége miatt szükséges az „összehangolt cselekvés”, fontos, hogy a közösség döntése megfelelő autoritással rendelkezzen.[131] Erre a szavazás (többségi döntés) a legalkalmasabb, mert azzal, hogy mindenki szavazata egyenlő súlyú, minden embert egyenlőként kezel. Ez a modell a plurális társadalomban a jog, ezáltal a szabályok koordinációs szerepét emeli ki. „Ha azonban belátjuk, hogy a szabályok mögött gyakran sokféle módon súlyozható háttérigazolás áll, akkor a bírónak a szabályoktól való eltérése kevésbé tűnik vonzó alternatívának: a pluralizmus körülményei miatt legitimációs aggályokat vet fel, hogy a bíró a háttérigazolások helyes értelmezésére és súlyozására vonatkozó törvényhozói vélekedést miért válthatja fel a saját vélekedésével.”[132]

Kétségtelen, hogy a szabályok koordinációs szerepére szükség van egy plurális társadalomban, de nem biztos, hogy minden esetben a többségi elv alkalmazása eredményezi a legmegfelelőbb közösségi döntéseket. Az is kétségtelen, hogy a többségi elv több szempontból biztosítja a polgárok egyenlőként való kezelését, de ha a Dworkin által ajánlott demokrácia-felfogást részesítjük előnyben, meggyőzőbb érveket kapunk a többségi elv nyers alkalmazása ellen. Ugyanis nem mindegy, milyen értelemben fogjuk fel a kollektív cselekvést: statisztikai vagy közösségi értelemben.[133] Ha statisztikai, akkor a közösség tagjai egymástól függetlenül cselekszenek, ha közösségi értelemben nézzük, a közösség tagjai egymásra tekintettel cselekednek, úgynevezett morális tagsággal rendelkeznek. Itt valójában a többségi elven alapuló gyakorlat egy olyan változata jelenik meg, ahol a közösség minden tagjának érdekeit egyformán figyelembe veszik, „amely alapján méltányos, hogy az egyént felelősként kezeljék, és ami alapján ésszerűen ő is felelősnek érzi magát a csoport tetteiért.”[134] A többségi elv nyers alkalmazása nem tartalmazza ezt a lehetőséget. Továbbá az egyéni jogok maximális érvényre juttatásának érdekében sokszor igazolhatónak tűnik az „összehangolt cselekvés” és többségi elv háttérbe szorítása, még akkor is, ha a törvénnyel összeegyeztethető háttérigazolások vagy erkölcsi elvek közötti választás során valamilyen mértékben érvényesül a bíró saját erkölcsi felfogása.

Ez a „saját erkölcsisége” kifejezés azt tükrözheti, hogy a morális érvelés erősen szubjektív meggyőződések felszínre hozását jelenti. Schauer talán ezért is foglalkozik azzal, hogy kidolgozza azt a módot, ahogyan megfékezhetnénk a bírói érvelés önkényességét. Schauer arra a következtetésre jut, hogy a döntéshozó szervet létrehozó szervnek (melynek autoritása alá tartozik az adott döntéshozó szerv) kell gondoskodnia arról, hogy a döntéshozó minél kevesebb erkölcsi hibát kövessen el. Ez nem jelenti azt, hogy olyan normákat alkot, amelyek a döntés tartalmát minden oldalról meghatározzák. Alapvetően két megoldás lehetséges: (1) ha a bíró erkölcsi hibát vét, szankciót alkalmaz vele szemben a föllette autoritást gyakorló szerv, (2) ha valóban helyes döntést hoz, jutalmazza a bírót. Szankció nem mindig alkalmas e cél elérésére. Ha a bíró tényleg helyes döntést hozott a szabály figyelmen kívül hagyásával, „pszichológiailag nehézséget okozhat”, hogy szankciót alkalmazzunk vele szemben. Ettől jobb megoldás, ha nem a szabálytól való eltérést, hanem a helytelen döntést szankcionáljuk. Ezzel a megoldással arra kényszerítjük a bírót, hogy az adott esetben a lehető leghelyesebb eredményre törekedjen. Schauer egy harmadik utat is képbe hoz, ez pedig az, hogy „kioktatjuk” a bírót a szabály értékeiről, hogy ne becsülje alá a szabályok jelentőségét a döntés meghozatalakor.[135]

Érdekes még egy tényezőre utalni. Az erkölcsi érvelés kizárását, a merev szabálykövető modell melletti elkötelezettséget az erkölcsi szubjektivizmus valamelyik változata is motiválhatja. Ugyanis szinte kínálja magát az a felfogás, hogy a morális meggyőződések pusztán szubjektív érzelmi megnyilvánulásoknak tekintsük, melyek, ha bekerülnek a jogi érvelésbe, lehetetlenné teszik az objektív döntést. (Például John Mackie is vádolja Dworkint, hogy azzal, hogy a morális érvelés mellett áll ki, szubjektivizálja a jogot.[136]) Korábban magam is hajlottam volna arra, hogy amellet, hogy egyetértek a morális érvelés

helyességével, egyetértsek a fenti, szubjektivizmus által hangoztatott felfogással is, és a morális érvelés egyfajta korlátok közé szorítását hangsúlyozzam. Ez azonban hibás megfontolás lenne, hiszen számolni kell az erkölcsi objektivizmus jelenségével, melynek egy változatát Dworkin is képviseli, elmélete szolgálatába állítja[137]. Ez a fajta objektivizmus nem a Michael Moore által képviselt naturalista erkölcsi realizmust jelenti, mely szerint az erkölcsi tények ugyanúgy léteznek, mint a többi kemény tény[138], hanem amellel áll ki, hogy ha valaki erkölcsi ítéletet, kijelentést tesz, hiszi, hogy erkölcsi tartalmi érvei elég meggyőzőek, hiszi, hogy az általa képviselt érvek a leghelyesebbek, ezáltal az erkölcsi érvelés számára interszubjektív érvényességigényt támaszt. A szubjektivista kihívás ellen (mely azt állítja, nincsenek olyan tartalmi erkölcsi érvek, melyek objektív igazságértékkel rendelkezhetnének), egyebek közt a Bódig Mátyás által „prezumpatív objektivizmusnak” nevezett stratégiával léphetnénk fel, mely szerint „mindaddig hiszünk a tartalmi erkölcsi érvek interszubjektív relevanciájában, amíg a szubjektivista nem bizonyította igazát.[139] Azaz a legjobb stratégia, ha az objektívnek „kinyilvánított” erkölcsi kijelentés igazsága mellett (megdönthető) vélelmet állítunk fel, mely addig érvényes, míg „igaz voltát” meg nem cáfolják. Gondolom, erre utal, mikor Bódig Mátyás azt mondja, hogy Dworkin számára a szubjektivista kihívás akkor jelent tényleg kihívást, ha a „tartalmi igazolás kimenetelére van hatással.” Ha az előbb említetthez hasonló stratégiák működőképesek, értelmesen beszélhetünk az erkölcsi kijelentések objektivitásigényéről. Ha pedig mindenképpen korlátokat akarunk állítani a szubjektív erkölcsi meggyőzések elé, ilyen korlátokat épp eleget találunk Dworkinnál is: például a konstruktív értelmezéssel szemben támasztott illeszkedés követelménye, mely megakadályozza, hogy a bírók az Alkotmányba saját erkölcsi meggyőződésüket olvassák bele.

VII. Jogalkalmazási modellek

Az elemzésbe bevonhatunk még egy kérdéskört. Nevezetesen azt, hogy van-e a fentiekben kifejtett álláspontnak ítélkezéselméleti vonatkozása. Nem fejtettünk ki egy átfogó ítélkezéselméletet, ezért kérdéses, hogy van-e olyan ítélkezéselmélet, mellyel összeférnek a bírói döntéssel kapcsolatos nézeteim. Azaz a kérdés az, hogy választhatunk-e a fenti megállapításokhoz egy ítélkezéselméleti modellt, melybe beleilleszthetjük a morális érvelést. Ugyanis az erkölcsi érvelés megengedhetősége és szükségessége melletti érvek akkor válhatnak tarthatóvá, ha beilleszthetjük őket a megfelelő jogalkalmazási modellbe. Két fontos modellt veszünk figyelembe, melyek közül az egyik a szabály alapú döntéshozatal követelményének felel meg.

Mindenki számára egyértelmű, hogy a bírói döntéshozatal számára is nagyon fontos színvonal a jogbiztonság követelménye. Minden döntésnek szolgálnia kell a kiszámíthatóság, egyértelműség, pontosság elérésének követelményét úgy, hogy a bírók mindenféle szubjektív meggyőződése kikerüljön ebből a szférából. Erre a legcsábítóbb megoldás a deduktív döntéshozatali módszer, amely a logikai következtetés egy formáját, a szillogisztikus módszert hívja segítségül. Ez alapján a döntés úgy nézne ki, hogy adott egy felső tétel (a jogszabály) és egy alsó tétel (a konkrét tényállás), ezáltal a felső, valamint alsó tétel segítségével vonjuk le a következtetést. „A jogi következtetés ebben a felfogásban nem jogi döntéshozatal, azaz valakinek-, pl. a bírónak- a döntése arról mi legyen, hanem demonstráció, azaz annak bemutatása, levezetése, hogy mi következik a premisszákból, amely esetben nem döntés, hanem megismerés és felismerés eredményeként áll elő.”[140] Ebből következik, hogy az eredmény minden körülmények között előrelátható, kiszámítható, biztos, nem kell félnünk szubjektív meggyőzések döntést befolyásoló jellegétől, hiszen a klasszikus kétértékű, formális logika (a kifejezések igazak vagy hamisak, a következtetés a kifejezések tartalmától függetlenül érvényes), mindezt garantálja.

Ám ez a módszer, ha tisztán alkalmazzuk (mint azt Schauer-nél is láttuk), elfogadhatatlan. „Valójában a bírói döntések soha, még a legegyszerűbbnek tűnő esetekben sem mechanikusak vagy automatikusak abban az értelemben, hogy ne követelnének emberi hozzájárulást, emberi ítélőerőt.”[141] Röviden a probléma ezzel a módszerrel az, hogy a jogi normák nem egyszerűen igazak vagy hamisak, azaz nem kezelhetőek magától értetődően a kategorikus szillogizmusok premisszáiként, másrészt pedig az, hogy a normák legfontosabb tulajdonsága, vagyis az, hogy általános formában vannak megfogalmazva, megnehezíti, hogy a valóságban felmerülő tényeket besoroljuk a normák alá. Vagyis a bírói mérlegelésnek, mint azt fentebb is elmondtuk, mindenképpen nagy szerepe van, még ha ebből nem is következik, hogy teljesen száműznünk kellene a logikai műveleteket a döntési folyamatból. A deduktív érvelési módszer teljesen figyelmen kívül hagyja, hogy a szabály mechanikus alkalmazása helytelen döntésekhez vezethet, kizárja az igazságosság, méltányosság figyelembe vételét. A deduktív módszer súlyos hibái maguk is rámutatnak arra, hogy szabály alapú döntéshozatal tiszta alkalmazása nagy igazságtalanságokhoz vezethet.

A másik modell, ami relevanciával bír, a jogi érvelés és értelmezés fogalmához kapcsolódó argumentatív módszer,[142] melyben a deduktív módszer hibái feloldódnak, enyhülnek. Az argumentatív módszer a deduktív ellen irányul, és kifejezésre juttatja, hogy nem lehet azt állítani, hogy mind a tények, mind a normák objektíve adottak, nekünk pedig csak le kell vonni belőlük a következtetéseket. Érvelés által dől el, hogy melyek az eset tényei, és melyek a rájuk vonatkozatható normák. Sőt, ami számunkra még ennél is fontosabb: bizonyos esetekben lehet amellet érvelni, hogy az elvileg konklúzív erővel bíró norma ne nyerjen alkalmazást, vagy térjünk el a rendelkezéseitől az igazságosabb megoldás érdekében. Következésképp ebben a modellben helyet kapnak mind az igazságosság, mind a méltányosság elvei. Itt nem állnak rendelkezésre objektív igazságok, „egyedül az érvek felkutatása és felsorakoztatása áll rendelkezésünkre, amelyek latolgatásával valamilyen következtetésre juthatunk. E következtetés lehet ésszerű, lehet indokolt, lehet egyedül helyesnek látszó – csak bizonyosan jó nem lehet.”[143] Az érvelés sikeressége azon múlik, hogy sikerült-e meggyőző erővel hatnia a döntéshozóra. Ez már egy elfogadható döntéshozatali modell, melyben Dworkin erkölcsi objektivizmusa is helyet talál, hisz ott is arról van szó, hogy bizonyos feltételek mellett képesek vagyunk meggyőző érveket felsorakoztatni erkölcsi meggyőződéseink mellett, és ha sikerült meggyőznünk az erre kijelölt személyeket érveink helyességéről, interszubjektív érvényességet is tulajdoníthatunk meggyőződéseinknek. Nem kizárt azonban, hogy szintén meggyőző erővel rendelkező ellenérvek segítségével bizonyítsuk az ellenkezőjét, azaz itt érvényesül az az „engedmény”, hogy interszubjektív érvényességre igényt tartó erkölcsi érveinkről nem állítjuk egyben azt is, hogy objektíve igazak.

VIII. Összefoglalás

Végül össze kellene foglalnunk, és világosabb képet adnunk, hogy mi is tekinthető a dolgozat céljának, és mit sikerült belőle megvalósítani. A cél az volt, hogy áttekintést nyújtsak – természetesen nem a legteljesebb áttekintést – arról, hogy milyen elméleti megközelítései lehetnek a bírói érvelésnek, ezek pedig hogyan látják a szabályok és szabályokon kívüli indokok döntést alátámasztó szerepét. Legfőképp az angolszász jogterületen érvényesülő felfogásokat tettem vizsgálat tárgyává.

Az első oldalakon láthattuk, hogy a jog autoritásigénye és a joguralom egy bizonyos felfogása elméletileg nem tűri, hogy szabályokon kívüli indokok jelen legyenek a bírói érvelésben. Ezért is kellett megvizsgálni, hogy a szabályok konstitutív elemét adják-e a jogrendszernek, mert ha bebizonyosodik, hogy nem – e mellett pedig jó érvek szólnak -, akkor újra kell gondolni a joguralom azon felfogását, hogy a bírók a kiszámíthatóság és jogbiztonság

érdekében pusztán az előre lefektetett szabályok alapján dönthetnek. Ennek a nézetnek a megcáfolására használtam Dworkin jogosultságokra épülő joguralom-felfogását.

Ahogy észrevehető, a dolgozat gerincét Dworkin és Schauer ítélkezésről alkotott elmélete képezi. (A jogi realizmus is felmerült, mellyel az a probléma, hogy kialakított egy sajátos képet a jogi döntéshozatalról, mely gondolom, felháborítóan tűnik számukra, viszont az általuk elgondolt mechanizmus hibáinak kiküszöbölésére nem nyújtanak semmiféle stratégiát, nem tudjuk, hogy véleményük szerint a szabály alapú döntéshozatal hibáit egyáltalán ki kell-e küszöbölni. A jogi realizmus keretében tárgyaltam Duncan Kennedy véleményét, mely bár ellentmondásosnak tűnt számomra, de felhívta a figyelmünket arra, hogy a formalizmus szigorú követelményei valóban elfogadhatatlanok és teljesíthetetlenek.) Egyebek közt azért választottam az említett két szerzőt, mert Dworkin erősen antipozitivistá indíttatással vágott neki elméletének kidolgozásához, Schauer pedig a pozitivistá tábor képviselője, azaz így mindkét oldal álláspontjából megismerhetünk egy szeletet.

Dworkin pozitivistákat érintő kritikájának eredménye az a felfogás, hogy a jogot interpretív gyakorlatnak érdemes tekinteni. Az első, főleg Hartot érintő kritikája még ha lényegében sikertelennek is tekinthető, véleményem szerint azért teljesen nem kell figyelmen kívül hagyni, mert felhívta a figyelmet arra, hogy pusztán a szabályok tartalma nem határozza meg a joganyag tartalmát, a jogi érvelés nem fulladhat kudarcba, ha a szabályok nem nyújtanak segítséget.

Későbbi kritikájában a pozitívizmus lényegét az elismerési szabály és a konvencionalitás-tézis elfogadásában látta, és elutasította, hogy konvenció létezne a bírók között a jog alapjainak azonosításában, és azt is, hogy konvenció normatív kötelezettséget alapozhatna meg. Ekkor mutatott rá az interpretív gyakorlat jelentőségére.[144] A pozitívizmust (konceptuális elméleteket) szemantikainak tartva – mely néhol téves megállapításokon nyugszik[145] - és megcáfolva, hogy lennének közös szabályok a jog elemeinek azonosításához, a jogot mint interpretív gyakorlatot fogja fel. Ennek lényege ugye, hogy minden gyakorlat, a jogi gyakorlatok résztvevői is interpretíven viszonyulnak a gyakorlat kialakult hagyományaihoz. Ennek során valamilyen értéket, célt tulajdonítanak a gyakorlatnak, melynek értelmezése során olyan előírásokat is feltárhatnak, melyek korábban nem képezték a gyakorlat részét, de a gyakorlat céljait megfelelően szolgálnák. Az interpretív hozzáállás eredményeként a gyakorlat kiegészülhet, változhat. Mindenki maga értelmezi a gyakorlatot, és ad annak jelentést, tehát az értelmező szándéka lesz a meghatározó.[146] Valamennyire érthető is azok támadása, akik szerint Dworkin ezzel szubjektíválja a jogot, de hogy ne legyen szubjektív meggyőződések eredménye, minden értelmezésnek illeszkednie kell a gyakorlat egyetértés alapját képező „jellemző vonásaihoz.” Ezzel összefüggésben merült fel az is, hogy Dworkinnak e felfogását hogyan támogatja egyfajta erkölcsi objektívizmus, mely arra hivatott, hogy az értelmezést megvédje a szubjektivisták támadásától.

Az interpretív hozzáállás minden gyakorlathoz és jogi gyakorlathoz is véleményem szerint a legjobb módszer, hogy a „világ változásairól” számot tudjunk adni. Bár valóban „furcsának” tűnhet a magyar jogelméletben a Dworkin-féle megközelítés,[147] hisz mi inkább a jogszabályokra koncentrálunk az értelmezés során, azaz inkább az úgynevezett rendszertani, logikai vagy nyelvtani értelmezésre hivatkozunk, mely magába foglalja a törvényhozó szándékára való rákérdezést is. Dworkinnál a jogot értelmező az értelmezés tárgyát a politikai moralitás szempontjából próbálja a legjobb színben feltüntetni. A bíró feladatát is ez határozza meg, melynek eredményeként elkerülhetetlen lesz a politikai döntéshozatal. Ennek ellenére mégsem idegen a magyar értelmezési gyakorlattól ez a felfogás.

A magyar alkotmánybíráskodás is arról tanúskodik, hogy a morális érvelést nem teljesen vetjük el, sőt. Mint ahogy a Sólyom Lászlóval készített egyik interjúból is kiderül, az Alkotmánybíróság működésének első éveiben azt hangsúlyozta, hogy az Alkotmány

„semleges jogi szöveg”, azaz „az Alkotmány mint pozitív jog mindennek keretét szab, és nem lehet – nyíltan vagy erkölcsi mezben megjelenő – politikai célokat az Alkotmány ellenében érvényesíteni. (...) Viszont amikor az egyes jogokat kezdtük el kibontani, akkor persze már teret adhattunk morális tartalomnak. (...) Ahol alapvető bíráskodás folyik, ott a pozitívizmus soha nem igazi, hanem mindig értelmezett pozitívizmus, ahol az értelmezésben szükségképpen sok morális elem bukkan elő.”[148]

A Dworkinétól természetesen eltér Schauer elmélete, mert ő pozitivistaként védelmébe veszi a határolt terület téziséét, és a szabály normatív erejét azzal „erősíti”, hogy ha nem is kizárólagos döntést alátámasztó indokként szerepelteti, de elsőbbséget biztosít számukra a többi, például erkölcsi érvek vizsgálatával szemben. (Ezért lehet Schauer elmélete „tetszetősebb” a magyar jogelmélet nézőpontjából.) Schauernél is teret kaphat erkölcsi érvek bírói vizsgálata, de nem a dworkini értelemben, hanem abban, hogy a szabály vizsgálatánál a bíró támaszkodhat a szabály mögött álló igazolási érvekre. Ennek következtében elmélete Dworkin felfogása ellen irányul. A dworkini elméletet úgy értelmezi, mint amely nem tud számot adni a szabály kötelező erejéről. Viszont Dworkinről a legkevésbé sem mondható el, hogy a szabályoknak nem tulajdonítana jelentőséget, hisz az értelmezés során egyáltalán nem vonatkoztathatunk el sem a múltbeli politikai döntésektől, sem az Alkotmánytól. Schauer elméletének javára inkább az szolgál, hogy a jogot nem pusztán szabályrendszerként kezeli, „felfigyel arra, hogy a szabály alapú döntés jelentőségét igazolási célú érveknek kell megvilágítaniuk.”[149] Ugyancsak Schauer javára írható, hogy megfelelő alapot teremtett a szabály alapú döntés melletti érvek felsorakoztatásához, de kiderült, hogy e megfontolások közül egyik sem tudott kényszerítő erejű érvet felhozni amellett, hogy kizárólag szabályok szolgálnak döntést alátámasztó indokként.

Mivel mindkét szerző szolgál helyes meglátásokkal, nehéz kizárólag az egyik szerző mellett állást foglalni. Végül a mérleg Dworkin oldalára dől, mert ő az egyik, aki a legteljesebb, legátfogóbb képet dolgozta ki az ítélkezés lényegéről. Dworkin javára szolgál továbbá, hogy ítélkezéseméletét beágyazta egy vonzó demokrácia-elméleti keretbe. Dworkin és Schauer elmélete között az elismerési szabály tézisének védelembe vétele jelenti a különbséget. Ezt leszámítva, a pozitivisták megoldások közül Schaueré tekinthető a legelfogadhatóbbnak, még akkor is, ha téves Dworkin-kritikát fogalmazott meg.

Remélem valamennyire sikerült alátámasztását nyújtani annak, hogy a bíró munkássága nem meríti ki pusztán a szabályok mechanikus alkalmazását, hanem többről van szó: kreatív munkáról, mely nem nélkülözheti az „emberi hozzájárulást”, mert „amióta az alkotmányozók szándékát vizsgáló elméletet elutasították, nem létezik semleges értelmezés.”[150]

Felhasznált irodalom:

1. Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitívizmus. Egy jogelméleti módszertani szempontú elemzés'. In: 5 (2004) 1. Jogelméleti Szemle, (www.extra.hu/joges)
2. Bódig Mátyás: 'A szabály és a jog. Egy kontingens fogalmi kapcsolat analitikai dimenziói'. In: Szabó Miklós (szerk.): Regula Iuris. Szabály és/vagy norma a jogelméletben. Miskolc: Bíbor Kiadó, 2004
3. Bódig Mátyás: 'A jog és a politika közötti fogalmi kapcsolat. Egy tisztázási kísérlet'. In: 45 (2004) 1-2. Állam-és Jogtudomány
4. Bódig Mátyás: 'Szuverenitás és joguralom'. In: Bódig-Györfi (szerk.): Államelmélet. A mérsékelt állam eszméje és elemei II. Alapelvek és alapintézmények. Miskolc: Bíbor Kiadó, 2002
5. Bódig Mátyás: 'Szabadság-hatalom-törvény'. In: Bódig-Györfi (szerk.): Államelmélet. A mérsékelt állam eszméje és elemei II. Alapelvek és alapintézmények. Miskolc: Bíbor Kiadó, 2002

6. Bragyova András: Az alkotmánybíráskodás elmélete. Budapest, KJK- MTA Állam-és Jogtudományi Intézete, 1994
7. Ronald Dworkin: 'A szabályok modellje'. In: Szabadjfalvi József (szerk.): Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések. Miskolc: Bíbor Kiadó, 1996
8. Ronald Dworkin: 'A politikai bírók és a joguralom'. In: Takács Péter (szerk.): Joguralom és jogállam. Budapest, 1995
9. Ronald Dworkin: 'Az Alkotmány morális értelmezése és a többségi elv'. In: 1 (1997) 1. Fundamentum
10. Ronald Dworkin: 'Vegyük komolyan a jogokat!' In: Huoranszki Ferenc (szerk.): Modern politikai filozófia. Budapest: Osiris, Láthatatlan Kollégium, 1998
11. Ronald Dworkin: 'Legal Theory and the Problem of Sense'. In: Ruth Gavison (ed.): Issues in Contemporary Legal Philosophy. Oxford: Clarendon, 1987
12. Ronald Dworkin: Law's Empire. London: Fontana. 1986
13. Gönczi Katalin: 'Amerikai alkotmány- és jogtörténet'. In: Horváth Pál (szerk.): Egyetemes jogtörténet. Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó, 1997
14. Győrfi Tamás: Az alkotmánybíráskodás politikai karaktere. Budapest, Indok, 2001
15. Győrfi Tamás: 'Normatív pozitivizmus'. In: Szabó Miklós (szerk.): Natura Iuris. Természetjogtan és jogpozitivizmus. Miskolc. Bíbor Kiadó, 2002
16. Győrfi Tamás: 'A szabály alapú döntéshozatal melletti érvek'. In: Szabó Miklós (szerk.) Regula Iuris. Szabály és/vagy norma a jogelméletben. Miskolc: Bíbor Kiadó, 2004
17. Győrfi Tamás-Hegyí Szabolcs: 'Autoritás és legitimitás'. In: Bódig-Győrfi (szerk.): Államelmélet. A mérsékelt állam eszméje és elmei II. Alapelvek és alapintézmények. Miskolc: Bíbor Kiadó, 2002
18. H. L. A. Hart: A jog fogalma. Budapest: Osiris, 1995
19. Hegyi Szabolcs: 'A szabályfogalom jogelméleti jelentősége'. In: Szabó Miklós (szerk.): Regula Iuris. Szabály és/vagy norma a jogelméletben. Miskolc: Bíbor Kiadó, 2004
20. Duncan Kennedy: 'Legal Formality'. In: 2 (1973) 2. The Journal of Legal Studies, 351-398. o.
21. Duncan Kennedy: 'Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology'. In: 36 (1986) 4. Journal of Legal Education, 518-562. o.
22. Joseph Raz: 'A joguralom értéke'. In: Takács Péter (szerk.): Joguralom és jogállam. Budapest, 1995
23. Frederick Schauer: Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decisionmaking in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 1991
24. Frederick Schauer: 'Rules and the Rule of Law'. In: Tom D. Campbell (ed.): Legal Positivism. Aldershot: Dartmouth, 1999
25. Szabó Miklós: 'Jogi metodológia'. In: Uő. (szerk.): Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből. Miskolc: Bíbor Kiadó, 1998
26. H. Szilágyi István: 'Karl Llewellyn'. In: Szabó Miklós (szerk.): Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből. Miskolc: Bíbor Kiadó, 1998

[1] A dolgozat lezárásának ideje: 2004. december 10.

[2] H. L. A. Hart: A jog fogalma. Budapest: Osiris, 1995, 235-236. o.

[3] Bragyova András: Az alkotmánybíráskodás elmélete. Budapest: KJK - MTA Állam-és Jogtudományi Intézete, 1994, 159. o.

[4] Gönczi-Horváth-Stipta-Zlinszky: Egyetemes jogtörténet. Budapest: Nemzeti Tankönyvkiadó, 1997, 304. o.

[5] Lásd Bódig Mátyás: 'A jog és a politika közötti fogalmi kapcsolat: Egy tisztázási kísérlet'. In: 45 (2004) 1-2. Állam-és Jogtudomány. 51-86. o

[6] Uo. 56. o

- [7] Györfi Tamás: 'Normatív pozitivizmus'. In: Szabó Miklós (szerk.): *Natura Iuris. Természetjogtan és jogpozitivizmus*. Miskolc: Bíbor, 2002, 180. o.
- [8] Vö. Joseph Raz: *Practical Reason and Norms*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1990
- [9] Lásd Györfi Tamás - Hegyi Szabolcs: 'Autoritás és legitimitás'. In: Bódig –Györfi (szerk.): *Államelmélet. A mérsékelt állam eszméje és elemei II. Alapelvek és alapintézmények*. Miskolc: Bíbor Kiadó, 2002, 45. o.
- [10] Lásd Györfi Tamás: 'Normatív pozitivizmus'. 182-185. o.
- [11] Lásd Bódig Mátyás: 'Szuverenitás és joguralom'. In: Bódig-Györfi (szerk.): *Államelmélet II*. 111. o.
- [12] Joseph Raz: 'A joguralom értéke'. In: Takács Péter (szerk.): *Joguralom és jogállam*. Budapest, 1995, 123. o.
- [13] Lásd *uo.* 117. o.
- [14] Lásd *uo.* 125. o. Bár Raz arról próbál meggyőzni minket, hogy a joguralom fogalmát nem szabad összekeverni például az igazságosság fogalmával, Finnis más véleményen van. Szerinte a joguralom éppen az igazságosság és méltányosság követelményeit valósítja meg, hisz egy zsarnoki rendszernek nincs indoka arra, hogy eleget tegyen a joguralom elvárásainak, mert a joguralom egyik legfontosabb értéke, hogy az egyének számára önazonosságot teremt, és meggátolja, hogy a hatalmon lévők a saját érdekeiket érvényesítsék. [John Finnis: 'A joguralom határai'. In: Takács Péter (szerk.): *Joguralom és jogállam*. 157-163. o.] Inkább Razzal értenék egyet, mert nem történhet meg, hogy a joguralom követelményeinek azért tesz eleget egy zsarnoki rendszer, hogy fenntartsa az igazságtalan rendszert?
- [15] Ronald Dworkin: 'A politikai bírók és a joguralom'. In: Takács Péter (szerk.): *Joguralom és jogállam*. Budapest, 1995, 134. o.
- [16] Ronald Dworkin: 'Vegyük komolyan a jogokat'. In: Huoranszki Ferenc (szerk.): *Modern politikai filozófia*. Budapest: Osiris, Láthatatlan Kollégium, 1998, 59. o.
- [17] Dworkin: 'A politikai bírók és a joguralom'. 135. o.
- [18] Lásd *uo.* 136. o.
- [19] Lásd *uo.* 137-138. o.
- [20] Györfi Tamás: 'Ronald Dworkin'. In: Szabó Miklós (szerk.): *Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből*. Miskolc: Bíbor, 2004, 265. o.
- [21] Dworkin: 'A politikai bírók és a joguralom'. 140. o.
- [22] Bővebben lásd *uo.*: 144-145. o.
- [23] *Uo.* 145. o.
- [24] *Uo.* 145-146. o.
- [25] Ronald Dworkin: 'Az Alkotmány morális értelmezése és a többségi elv'. In: 1 (1997) 1. *Fundamentum* 25. o.
- [26] Dworkin: 'A politikai bírók és a joguralom'. 147. o.
- [27] Lásd *uo.* 148. o.
- [28] *Uo.*
- [29] Lásd *uo.* 149-150. o.
- [30] *Uo.* 150. o.
- [31] Lásd Hegyi Szabolcs: 'A szabályfogalom jogelméleti jelentősége'. In: Szabó Miklós (szerk.): *Regula Iuris. Szabály és/vagy norma a jogelméletben*. Miskolc: Bíbor Kiadó, 2004, 83. o.
- [32] Lásd Bódig Mátyás: 'Szabadság – hatalom – törvény'. In: Bódig-Györfi (szerk.): *Államelmélet. A mérsékelt állam eszméje és elemei II. Alapelvek és alapintézmények*. Miskolc: Bíbor, 10-12. o.
- [33] Hegyi Szabolcs: *i. m.* 88. o.

- [34]Lásd Bódig Mátyás: 'A szabály és a jog. Egy kontingens fogalmi kapcsolat analitikai dimenziói'. In: Szabó Miklós (szerk.): Regula Iuris. Szabály és/vagy norma a jogelméletben. Miskolc: Bíbor, 2004, 107. o, 43. lábjegyzet
- [35] Lásd Schauer: Playing by the Rules. 10. o.
- [36] Hegyi Szabolcs: i. m. 84. o.
- [37] Lásd Frederick Schauer: Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 1991, 18-21. o.
- [38] Lásd uo. 18-22. o.
- [39] Uo. 23. o.
- [40] Lásd uo. 27-31. o.
- [41] Lásd H. L. A. Hart: A jog fogalma. VII. fejezet
- [42] Lásd Bódig Mátyás: 'Herbert Hart'. In: Szabó Miklós (szerk.): Fejezetek a jogbölcséleti gondolkodás történetéből. Miskolc: Bíbor, 2004, 254-255. o.
- [43] Lásd Schauer: i. m. 53-62. o. Igaz az úgynevezett KP-szemantika fellépett ez ellen a felfogás ellen, nem tartja elégségesnek a jelentés megragadására, más alapokra helyezi a szemantikai vizsgálódást. Ezt az álláspontot azonban nem tárgyaljuk.
- [44] Gyórfi Tamás: Az alkotmánybíráskodás politikai karaktere. Budapest: Indok, 2001, 20. o.
- [45] Lásd Schauer: i. m. 36. o.
- [46] Vö. Jerome Frank: 'A jog és a modern értelem.' In: Varga Csaba (szerk.): Modern polgári jogelméleti tanulmányok. Budapest, MTA, 1977
- [47] Lásd Karl Llewellyn: The Bramble Bush. New York: Oceana, 1930, 14-15. o. Idézi: H. Szilágyi István: 'Karl Llewellyn'. In: Szabó Miklós (szerk.): Fejezetek a jogbölcséleti gondolkodás történetéből. Miskolc, Bíbor, 1998, 249-250. o. (Llewellyn azonban később kritika alá vetette e korábbi álláspontját, enyhített felfogásának erején, és beismerte, hogy a jog mégsem ennyire kiszámíthatatlan.)
- [48] Duncan Kennedy: 'Legal Formality'. 2 (1973) 2. The Journal of Legal Studies 351-391. o.
- [49] Lásd uo. 352. o.
- [50] Uo. 354. o.
- [51] Uo. 356. o.
- [52] Uo. 357. o.
- [53] Lásd uo. 362. o.
- [54] Uo. 361-370. o.
- [55] Lásd uo. 387-388. o.
- [56] Lásd Frederick Schauer: 'Rules and the Rule of Law'. In: Tom D. Campbell (ed.): Legal Positivism. Aldershot: Dartmouth, 1999, 100. o.
- [57] Kennedy: i. m. 394. o.
- [58] Lásd Duncan Kennedy: 'Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology'. In: 36 (1986) 4. Journal of Legal Education 518-562. o.
- [59] Joseph Hutchenson: 'The Judgement Intuitive: The Function of the >>Hunch<< in Judicial Decision'. In: 14 (1929) Cornell Law Quarterly 278. o. Idézi: Szabó Miklós: 'Történeti és szociológiai jogelméletek'. In: Szabó Miklós (szerk.): Fejezetek a jogbölcséleti gondolkodás történetéből. Miskolc: Bíbor, 1998, 62-63. o.
- [60] Lásd Kennedy: 'Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology'. 521. o
- [61] Uo. 530. o.
- [62] Uo. 557.o
- [63] Uo.
- [64] Lásd Schauer: 'Rules and the Rule of Law'. 105. o.

- [65] Uo. 93. o
- [66] Lásd Hart: A jog fogalma. 170. o.
- [67] Lásd Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitivizmus: Egy jogelméleti módszertani szempontú elemzés'. In: 5 (2004) 1. Jogelméleti Szemle (www. extra.hu/joges) 43. §.
- [68] Lásd Győrfi Tamás: Az alkotmánybíráskodás politikai karaktere. 20. o.
- [69] H. L. A. Hart: Utószó. In: Uő: A jog fogalma. Budapest: Osiris, 1995, 314. o.
- [70] Lásd Ronald Dworkin: 'A szabályok modellje'. In: Szabó Miklós (szerk.): Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések. Miskolc: Bíbor, 1996, 40. o.
- [71] Lásd Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitivizmus'. 8-10. §.
- [72] Lásd Ronald Dworkin: 'A szabályok modellje'. 30-35. o.
- [73] Lásd Hart: 'Utószó'. 297-303. o.
- [74] Lásd Ronald Dworkin: Law's Empire. London: Fontana, 1986, 4. o.
- [75] Lásd Ronald Dworkin: 'Legal Theory and the Problem of Sense'. In: Ruth Gavison (ed.): Issues in Contemporary Legal Philosophy. Oxford: Clarendon, 1987, 10. o.
- [76] Lásd uo.
- [77] Ronald Dworkin: Law's Empire. 33. o.
- [78] Vö. Ronald Dworkin: Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, 53-57. o. Law's Empire 122-123. o.
- [79] Lásd Bódig Mátyás: 'Herbert Hart'. In: Szabó Miklós (szerk.): Fejezetek a jogbölcseleti gondolkodás történetéből. Miskolc: Bíbor, 2004, 252. o.
- [80] Lásd Ronald Dworkin: 'Legal Theory and the Problem of Sense'. 11. o.
- [81] Uo. Lásd még Law's Empire 5. o.
- [82] Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitivizmus'. 23. §.
- [83] Lásd Dworkin: Law's Empire. 63-67. o.
- [84] Győrfi Tamás: 'Ronald Dworkin'. 264. o. Vö. Dworkin: Law's Empire. 65-68. o.
- [85] Lásd Dworkin: 'Legal Theory and the Problem of Sense'. 13-14. o.
- [86] Uo. 14. o.
- [87] Győrfi Tamás: 'Ronald Dworkin'. 268. o.
- [88] Lásd Dworkin: 'Az Alkotmány morális értelmezése és a többségi elv'. 12. o.
- [89] Uo.
- [90] Lásd Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitivizmus'. 24. §.
- [91] Lásd Dworkin: Law's Empire. 66-67. o.
- [92] Uo.
- [93] Lásd Dworkin: 'Az Alkotmány morális értelmezése és a többségi elv'. 12. o.
- [94] Lásd Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitivizmus'. 31. §.
- [95] Lásd Dworkin: Law's Empire. 31-46. o.
- [96] Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitivizmus'. 29. §.
- [97] Lásd Schauer: Playing by the Rules. 38-41. o.
- [98] Uo. 42-52. o.
- [99] Lásd Schauer: 'Rules and the Rule of Law'. 80. o, 6. lábjegyzet
- [100] Lásd Schauer: Playing by the rules. 97. o.
- [101] Uo.
- [102] Győrfi Tamás egyébként kifogást emel a partikularisztikus és szabályalapú döntéshozatal megkülönböztetése kapcsán, mert szerinte a partikularisztikus megnevezés „azt sugallja, hogy a partikuláris döntés csak az adott esetre vonatkoztatható érveket ad, holott a morális érvek mindig univerzálisak.” Ezért helyesebb a nyitott érvelés fogalom használata. /Győrfi Tamás: 'Normatív pozitivizmus'. In: Szabó Miklós (szerk.): Natura Iuris. Természetjogtan és jogpozitivizmus. Miskolc, Bíbor, 2002, 188. o, 28. lábjegyzet./
- [103] Lásd Schauer: Playing by the Rules. 199. o.
- [104] Uo.

- [105] Lásd Györfi Tamás: 'Normatív pozitivizmus'. 187-188. o.
- [106] Lásd Schauer: 'Rules and the Rule of Law'. 107. o.
- [107] Uo.
- [108] Ebben az esetben arról kellett a bíróságnak döntenie, hogy az a személy (Elmer Palmer), aki avégett ölte meg nagyapját, hogy örökölhessen, valóban örökölhet-e.
- [109] Ebben az ügyben Henningsen a Bloomfeld Motors autógyárral olyan szerződést kötött, melyben az autógyár pusztán arra korlátozta felelősségét, hogy kijavítja az autóban felmerült hibákat. Henningsen szerint ez méltánytalan, és az autógyárat a hibákból eredő károk megtérítésére is kötelezni kellene.
- [110] Lásd Dworkin: 'A szabályok modellje'. 28-29. o.
- [111] Vö. Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitivizmus'. 78. §.
- [112] Lásd Schauer: 'Rules and the Rule of Law'. 101. o.
- [113] Lásd Schauer: Playing by the Rules. 200. o.
- [114] Lásd Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitivizmus'. 79. §.
- [115] Lásd Schauer: Playing by the Rules. 117. o.
- [116] Uo. 135-166. o.
- [117] Problémát jelent az is, hogy általában engedékenyebben kezelik azt, aki a szabályt követve hibázik, mint aki a szabály megsértésével. Így a szabály alapú döntés mellett szólhat ez az érv is, hisz ha valaki szabályt követve hoz hibás döntést, arra a stratégiára adhat alapot, hogy a szabály alkotójára hárítja a döntéshozó a felelősséget.
- [118] Lásd Györfi Tamás: 'Normatív pozitivizmus'. 190. o
- [119] Uo. 186-196. o.
- [120] Lásd Schauer: Playing by the Rules. 159. o.
- [121] Lásd uo. 161. o.
- [122] Jól illusztrálja ugyebár ezt a problémát magát az árbochoz kötött Odüsszeusz, amikor feltehető a kérdés: „Odüsszeusz akkor hoz-e optimálisabb döntéseket, ha maga mérlegeli a rendelkezésre álló indokokat”, vagy az általa előre megalkotott szabályhoz alkalmazkodik. Lásd Györfi Tamás: A szabály alapú döntéshozatal melletti érvek. 117. o.
- [123] Lásd Schauer: 'Rules and Rule of Law'. 118-119. o.
- [124] Lásd Dworkin: 'Az Alkotmány morális értelmezése és a többségi elv'. 15. o.
- [125] Uo. 14-17. o.
- [126] Egy vélemény szerint azonban a Dworkin-féle morális egyenlőségen alapuló demokrácia-felfogás kielégíti ugyan a többségi elv elleni kifogásokat, de nem elégséges, hisz egy jóságos despotikus uralkodó is kezelheti egyenlően a közösség tagjait. ['A „nehéz eseteknél” a bíró erkölcsi felfogása jut szerephez’. Sólyom Lászlóval, az Alkotmánybíróság elnökével Tóth Gábor Attila beszélget. In: 1 (1997) 1. Fundamentum. 34.o.] Ha viszont így fogjuk fel a dolgot, akkor elveszne a demokrácia „lényeges tartalma,” a részvételi elv: „A morális egalitarizmus ugyanis aligha válik kézzelfoghatóvá, ha nincsenek döntések, amelyeket úgy hoztak meg, hogy azokban mindenki személyes választása azonos súllyal szerepelt. Enélkül az emberek nehezen élhetik át, hogy valóban egyenlőként kezelték őket.” [Bódig Mátyás: 'Demokrácia'. In: Bódig-Györfi (szerk.): Államelmélet. A mérsékelt állam eszméje és elemei II. Alapelvek és alapintézmények. Miskolc: Bíbor, 2002, 120.o.]
- [127] Lásd Györfi Tamás: 'A szabály alapú döntéshozatal melletti érvek'. 119-124. o.
- [128] Lásd Schauer: 'Rules and the Rule of Law'. 80. o, 6. lábjegyzet
- [129] Lásd Györfi Tamás: 'A szabályalapú döntéshozatal melletti érvek'. 119. o.
- [130] Lásd uo. 120. o.
- [131] Uo. 123. o.
- [132] Uo. 124. o.
- [133] Lásd Dworkin: 'Az Alkotmány morális értelmezése és a többségi elv'. 17. o.
- [134] Lásd uo. 19. o.

- [135] Lásd Schauer: 'Rules and the Rule of Law'. 124-126. o.
- [136] Lásd Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitivizmus'. 51. §. Vö.: John L. Mackie: 'The Third Theory of Law'. In: Marshall Cohen (ed.): Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence. London, Duckworth, 1983
- [137] Vö. Ronald Dworkin: 'Objectivity and Truth: You'd Better Believe It'. In: 25 (1996) 2. Philosophy and Public Affairs. 87-139. o.
- [138] Vö. Michael S. Moore: 'Law as Functional Kind'. In: Robert P. George (ed.): Natural Law Theory. Contemporary Essays, Oxford: Clarendon, 1992
- [139] Lásd Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitivizmus'. 58. §.
- [140] Lásd Szabó Miklós: 'Jogi metodológia'. In: Uő. (szerk.): Jogbölcseleti előadások. Miskolc, Bíbor Kiadó, 1998, 53. o.
- [141] Lásd Győrfi Tamás: Az alkotmánybírászkodás politikai karaktere. Budapest, Indok, 2001. 18. o.
- [142] Lásd Szabó Miklós: i.m. 60. o.
- [143] Uo. 60-66. o.
- [144] Lásd Dworkin: Law's Empire. 48-53. o.
- [145] Lásd Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitivizmus'. 19-22. §. és 29-31. §.
- [146] Uo. 24. §.
- [147] Uo. 2. §.
- [148] 'A „nehéz esetekben” a bíró erkölcsi felfogása jut szerephez'. Sólyom Lászlóval, az Alkotmánybíróság elnökével Tóth Gábor Attila beszélget. In: 1 (1997) 1. Fundamentum 31-32. o.
- [149] Lásd Bódig Mátyás: 'Ronald Dworkin és a jogpozitivizmus'. 80. §.
- [150] Ronald Dworkin: 'Az Alkotmány morális értelmezése és a többségi elv'. 26. o.