

A jog deklaratív elmélete

Allan Beaver*

Összefoglaló - Ez a cikk a jog deklarációs elméletét vizsgálja, és megvédi az ellene irányuló legjelentősebb modern támadással szemben. Kifejti, hogy a valódi deklarációs elmélet nem a modern írásokban kritizált karikatúrája, és hogy valójában a helyesen értelmezett elmélet figyelemre méltóan közel áll ahhoz az állásponthoz, amelyet az elmélet legnevesebb ellenfelei közül néhányan képviselnek. A cikk továbbá megvizsgálja a common law folyamatos elkötelezettségét a deklarációs elmélet mellett, amely elkötelezettség az akadémia jelentős ellenségessége ellenére továbbra is erős. Kifejti, hogy ez az elkötelezettség a common law természetét tükrözi.

Kulcsszavak: common law, jogfilozófia, jogelmélet, jogi érvelés, jogtörténet

[E] a törvények állandóan érvényesek és soha nem változnak, ahogyan az általános törvények sem (mert azok természetesen), míg az írott törvények gyakran igen...¹
Könnyű gúnyolódni őkünk felett ... de sokkal hasznosabb megpróbálni kideríteni, hogy ők, akik valójában egy cseppet sem voltak kevésbé értelmes emberek, mint a mi kiváló énünk, miért jutottak olyan nézetekre, amelyek nekünk abszurdnak tűnnek.²

1. Bevezetés

Blackstone híres álláspontja szerint a bírő feladata, hogy a jogot "ne saját magánvéleménye szerint, hanem az ország ismert törvényei és szokásai szerint" határozza meg. Szerinte a bírónak "nem az a feladata, hogy új törvényt hirdessen, hanem hogy a régit fenntartsa és kifejtse".³ Ezt úgy ismerjük, mint a jog deklarációs elméletét, azt az elképzelést, hogy a bírák nem alkotják a jogot, hanem csak kimondják, ami mindig is volt. Talán a lehangsúlyosabb kijelentés

* Jogászprofesszor, Dél-Ausztráliai Egyetem. Email: Allan.Beever@unisa.edu.au. E cikk egy változatát a Durhemi és a De Montfort Egyetemen, valamint az Ontario állambeli Londonban megrendezett Sixth Biannual Conference on the Law of Obligations című konferencián mutatták be vitacsoportoknak. Köszönet minden résztvevőnek.

¹ Arisztotelész, *A retorika művészete* (HC Lawson-Tancred tr, Penguin 2004) 1.15.

² Thomas Henry Huxley, "The Rise and Progress of Paleontology in *Collected Essays Volume 4: Science and the Hebrew Tradition* (CUP 2011) 27-28.

³ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, kötet (1Cavendish 1766) 69.

© A szerző 2013. Kiadja az Oxford University Press. Minden jog fenntartva. Engedélyekért kérjük, írjon a következő e-mail címre: journals.permissions@oup.com

Lord Esher MR *Willis kontra Baddeley* ügyben hozott ítéletében található: "Valójában nem létezik olyan, hogy bíró által alkotott jog, mivel a bírák nem alkotják a jogot, bár gyakran kell alkalmazniuk a meglévő jogot olyan körülményekre, amelyekre vonatkozóan korábban nem állapították meg jogilag, hogy ilyen jog alkalmazandó."⁴

Ezt az elméletet John Austin emlékezetes módon "gyerekes kitalációként" utasította el,⁵ és nehéz elképzelni, hogy a modern jogászok ennél jobban megvetették volna ezt a nézetet. Ma már rutinszerűen abszurditásként utasítják el;⁶ a legjobb esetben a jogi döntéshozatal valóságával való szembenézés önámító elutasításának eredménye, talán a politikai hatalom elfogadásában való féltékenység, vagy a legrosszabb esetben a bírák politikai hatalmának és felelősségének a nyilvánosság elől való elrejtésére irányuló öntudatos kísérlet.⁷ Ezt úgy foglalthatnánk össze, hogy a kijelentésmélet az alkalmatlanság (a nyilvánvaló igazság meg nem értése), a gyávaság (a nyilvánvaló igazság elfogadásának vonakodása) vagy a fondorlatosság (a nyilvánvaló igazság elrejtésére tett kísérlet) eredménye.

A két legsúlyosabb ítéletet az igazságszolgáltatás hozta. Lord Reid szerint:

Volt idő, amikor szinte illetlenségnek tartották azt sugallni, hogy a bírák jogot alkotnak - ők csak kihirdetik azt. Úgy tűnik, a mesékre fogékonyak azt hitték, hogy Aladdin barlangjában rejtőzik a Common Law teljes pompájában, és hogy a bíró kinevezésével a bíró a Nyílt szezám című varázsszavak ismeretét kapja meg. Rossz döntések születnek, amikor a bíró összekeverte a passzszót, és rossz ajtó nyílik ki. De mi már nem hiszünk a mesékben.⁸

Az elméletet Oliver Wendell Holmes J. is kigúnyolta, mivel a törvényt olyan tulajdonsággal ruházta fel, mintha "az égben merengő mindenhatóság" lenne.⁹

A múlt század közepén Lord Denning megjegyezte, hogy "a bírák minden nap jogot alkotnak, bár ezt mondani szinte eretnokség."¹⁰ De még abban a kétséges feltételezésben is, hogy ez az állítás akkoriban pontos volt - és nem egyes Law Lordsra célzott -, ma már mindenképpen furcsán hangzik. A deklarációs elmélet kortárs elutasítása messze nem eretnokség vagy illetlenség (ahogy Lord Reid fogalmazott). Éppen ellenkezőleg, ezt egyszerű józan észnek tekintik. Ma már az elmélet támogatása az, ami eretnek és, ha nem is illetlen, de legalábbis némileg botrányos. Ez a cikk eretnek és kissé botrányos. Érvelése szerint a jog deklaratív elmélete nem érdemli meg a rá zúduló szidalmakat. Ez nem azért van így, mert a modern jogászok tévednek, amikor elutasítják az általuk kritizált elméletet. Hanem

⁴ [1892] QB (2324CA) 326.

⁵ John Austin, *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Law* (J Murray 1895) 321.

⁶ Pl. Peter Cane, *Responsibility in Law and Morality* (Hart Publishing 2002) n 7.21.

⁷ Az említett és szélesebb körű kérdések befolyásos tárgyalását lásd: PS Atiyah, "Judges and Policy" (1980) *Israel* 15 L Rev., 1980. 346.

⁸ Lord Reid, "The Judge as Lawmaker" (1972-73) *J12 Soc Public Teachers L* 22.22.

⁹ *Southern Pacific Co kontra Jensen* US (244205,1917222).

¹⁰ Lord Justice Denning, "Reform of Equity" in CJ Hamson és mások (szerk.), *Law Reform and Law Making: A Reprint of a Series of Broadcast Talks* (Heffer 1953). 31.

mert a modern jogászok által kritizált elmélet nem a kijelentő elmélet. A ma nevenségesse tett elmélet nem több, mint a valódi elmélet karikatúrája. Sőt, mivel a karikatúra annak az eredménye, hogy nem figyelünk arra a jogfelfogásra, amelyet azok osztottak, akik az elméletet előállították, és amely figyelem rávilágítana arra, hogy az elmélet minden, csak nem abszurd, ez arról a zavaró hajlandóságról árulkodik, hogy elődeinkről a legrosszabbat higgyük el. Ez a kulturális sovinizmus egy formája.

A helyesen értelmezett deklarációs elmélet immunis a vele szemben megfogalmazott, fentebb vizsgált kritikákra. Mi több, az elméletet kísérő jogalkotásról alkotott felfogás figyelemre méltóan közel áll az elmélet legádázabb ellenzőinek némelyikéhez. Ez, mint látni fogjuk, nem véletlen. A kijelentő elmélet kortárs elítélése ellenére a modern jog továbbra is elkötelezett a kijelentő elmélet mellett.

2. A deklarációs elmélet modern elutasítása

Amint láttuk, a modern nézet szerint a jog deklarációs elmélete abszurd. Miért van ez így? Miért nem pusztán téves, hanem miért abszurd?¹¹ A rövid válasz az, hogy könnyen megfigyelhető tény, hogy a jog folyamatosan változik, részben a bírák döntései miatt. Ez a cikk a kijelentő elmélet elutasítását vizsgálja. A lényege világos, de vitánkat segíti, ha egy példán keresztül tárjuk fel.

A *Donoghue kontra Stevenson* ügyben¹² Lord Atkin megvizsgálta a hatályos jogot a gondossági kötelezettség gondatlanság esetén. Kifejtette, hogy a már eldöntött ügyek különböző és egymásnak ellentmondó szabályok foltját mutatják.¹³ Mivel nem elégedett meg ezzel a helyzettel, óméltósága ragaszkodott ahhoz, hogy "a felelősség megállapítása során felmerülő valamennyi esetre közös kötelességnek logikusan valamilyen közös elemen kell alapulnia azokban az esetekben, ahol a felelősség fennállását megállapítják".¹⁴ Ezért - állította - "az angol jogban léteznie kell és létezik a gondossági kötelezettséget keletkeztető viszonyok valamilyen általános felfogásának, amelynek a könyvekben található egyedi esetek csak példái".¹⁵ Ahogyan ezt kifejtette, ez az általános felfogás a felebaráti elv:

Megfelelő gondossággal kell eljárnia annak érdekében, hogy elkerülje az olyan cselekményeket vagy mulasztásokat, amelyekről ésszerűen előre láthatja, hogy valószínűleg kárt okozhatnak a szomszédjának. Ki tehát a jog szerint a szomszédom? A válasz a következő: azok a személyek, akiket a cselekedetem olyan szorosan és közvetlenül érint, hogy ésszerűen úgy kell tekintenem rájuk, mint érintettekre, amikor a kérdéses cselekedetekre vagy mulasztásokra összpontosítok.¹⁶

¹¹ Ez az a kérdés, amellyel ez a cikk küzd. A kijelentő elmélettel szemben más ellenvetések is léteznek, de ezeket itt nem vizsgálom meg.

¹² [1932] AC (562HL Sc).

¹³ ibid 579-80.

¹⁴ ibid 580.

¹⁵ ibid.

¹⁶ ibid.

Vegyük észre, hogy Lord Atkin a kijelentő elméletnek megfelelően fogalmazta meg érvelését: "az angol jogban kell lennie, és van" és "A válasz úgy tűnik, hogy" (hangsúlyok hozzáadva). Ennek ellenére azonban egyértelmű, hogy a szomszédsági elv új volt az angol és a skót jogban.¹⁷ Abszurd lenne ezt tagadni. De úgy tűnik, hogy a kijelentő elmélet éppen ezt követeli meg.

Az érvelés szerint tehát el kell utasítanunk a megállapítási elméletet, és el kell ismernünk, hogy a bírák alkotnak jogot. Könnyű belátni, hogy miért tekintik ezt széles körben nyilvános gondolkodású realizmusnak, az alternatívát pedig zavaros, homályos fikciónak.

Ahelyett azonban, hogy elhamarkodottan elvetnénk az elméletet, célszerű lenne először megkérdezni, hogy ha az elmélet ennyire nyilvánvalóan abszurd, miért terjesztette elő évszázadokon keresztül a szokásjog számos vezető elemzője. Láttuk a modern választ: ügyetlenség, gyávaság vagy fondorlatosság. De ezt lehetetlen elfogadni. Természetesen a múlt elméletalkotói elkövettek olyan hibákat, amelyek számunkra nyilvánvalónak tűnnek, mert mi sok mindent tudunk, amit ők nem, mert ragaszkodtak olyan hagyományos hiedelmekhez, amelyek nélkül megtanultunk élni, vagy mert olyan rendszereket vagy körülményeket próbáltak igazolni, amelyekhez mi nem kötődünk. Ez a hiba azonban egészen más jellegű. Ha ma már nyilvánvaló, hogy a bírák jogot alkotnak, akkor ez akkor is ugyanolyan nyilvánvaló volt.

Ebben az összefüggésben különösen fontos felismerni, hogy a kijelentéselmélet nem volt megkérdőjelezhetetlen dogma az olyan teoretikusok, mint Austin, előtérbe kerülése előtt. Éppen ellenkezőleg, időnként kritizálták a ma elfogadottakhoz nem hasonló okokból.¹⁸ Az elméletet azonban e kritikával szemben mindig újra megerősítették. Érdemes elgondolkodni azon, hogy az állítóokra emlékszik az utókor, míg az elutasítók nagyrészt feledésbe merültek.

Miért javasoltak akkor a jog vezető elemzői egy abszurdnak tűnő elméletet? A legvalószínűbb válasz az, hogy nem. Valószínű, hogy a kijelentő elmélet azért tűnik abszurdnak számunkra, mert félreértjük, mert nem vagyunk hajlandók az elméletet azok szemével látni, akik azt vallották.

Vegyük újra Lord Atkin ítéletét a *Donoghue kontra Stevenson ügyben*. Amint fentebb említettük,

Őrldsága egyszerre tartotta magát a kijelentő elmülethez és fogadta el, hogy megváltoztatja a jogot. Emiatt azt mondják, hogy disszidált.¹⁹ Tekintettel azonban arra, hogy ítéletének egyik aspektusát sem próbálja elrejtteni, bizonyára valószínűbb, hogy Lord Atkin úgy gondolta, hogy ezek összeegyeztethetők: vagyis úgy gondolta, hogy van egy olyan út, amelyen megváltoztatja a jogot, és van egy másik, amelyen úgy hagyja a jogot, ahogyan azt találta.

¹⁷ Ez nem jelenti azt, hogy a *Donoghue kontra Stevenson ügyben* nem voltak fontos előzmények. Brett MR *Heaven kontra Pender* (1882-83) 11 QBD 503 (CA) ügyben hozott ítélete természetesen a legfontosabb előzmény. Brett MR álláspontja azonban jelentősen különbözött attól, amit Lord Atkin a *Donoghue kontra Stevenson* ügyben kifejtett, és mindenesetre a *Heaven kontra Pender* ügyben a többség nem fogadta el.

¹⁸ Lásd pl. Lord Ellesmere in TB Howell (szerk.), *A Complete Collection of State Trials*, 674. kötet (2London 1809); William Hakevill in Thomas Hearne (szerk.), *A Collection of Curious Discourses* (London, 1771). 28.

¹⁹ vö. Lord Diplock, *The Courts as Legislators* (Holdsworth Club, University of Birmingham 1965) 2 (idézetek kihagyva): "Egyetlen jogász sem feltételezi, hogy az olyan döntések, mint ... *Donoghue kontra Stevenson*... nem változtatták meg a jogot."

Ez a kulcs a kijelentő elmélet megértéséhez.²⁰ Ennek feltárásához hasznos megvizsgálni JH Baker beszámolóját erről az elméletről a középkori méltányosság kontextusában.

3. A valódi deklarációs elmélet

Baker megjegyzi, hogy a Court of Chancery olyan módon döntött, amely megváltoztatta azokat az eredményeket, amelyeket a common law önmagában eredményezett volna. Azonban, ahogy Baker megjegyzi:

Az ilyen rendeletek meghozatalakor a középkori tanácsosok vagy kancellárok nem tekintették magukat az angliai jogtól eltérő jogrendszert irányítóknak. A törvényt erősítették azzal, hogy gondoskodtak arról, hogy igazságot szolgáltatassanak azokban az esetekben, amikor a szabályos eljárás hiányosságai vagy emberi mulasztások akadályozták annak megfelelő eljárás útján történő elérését. Nem azért jöttek, hogy lerombolják a törvényt, hanem hogy beteljesítsék azt.²¹

A modern szemlélet szerint ez a szakasz a középkori tanácsosoknak és kancellároknak olyan pozíciót tulajdonít, amelynek semmi értelme. Egy bíróság nem tudja egyszerre megváltoztatni és teljesíteni a törvényt. De hogyan tűnhetett ugyanez a gondolat intuitívnak a középkori tanácsosok és kancellárok számára?

A válasz az, hogy ők nem úgy használták a "törvényt", mint mi. Legalábbis a vonatkozó kontextusokban mi a kifejezést olyan dolgokra használjuk, mint a törvények és bírósági határozatok; más szóval a pozitív jog. És ha a pozitív jog az egyetlen jog, akkor lehetetlen, hogy egy bíróság megváltoztassa a jogot, és ugyanakkor teljesítse is azt. A kifejezés középkori használata azonban sokkal szélesebb körű volt. A természetjogra is használták.²² Ezt figyelembe véve teljesen logikus volt számukra az az állítás, hogy a bíróság megváltoztathatja a törvényt, hogy teljesítse azt.²³ A bíróság megváltoztathatja a pozitív jogot annak érdekében, hogy beteljesítse a törvény célját, azaz a természeti törvény megvalósítását. A vizsgált konkrét nézet szerint tehát a méltányosság nem a pozitív jog, hanem a természetjog megvalósításával teljesítheti a jogot.

²⁰ Hasonló nézetet képvisel John Finnis, "The Fairy Tale's Moral" (1999) 115 LQR 170, lásd különösen 174-75. Talán a fő különbség Finnis és az itt kifejtett nézet között az, hogy csak az előbbi fogadja el azt az alább vizsgált javaslatot, hogy a kijelentéselméletet újra kell értelmezni.

²¹ John Hamilton Baker, *An Introduction to English Legal History* (4. kiadás, Butterworths 2002) 102. Lásd még Dennis R Klinck, *Conscience, Equity and the Court of Chancery in Early Modern England* (Ashgate 2010) 9: "nincs radikális szakadás a jog és a méltányosság között, az utóbbi annak a teljesebb kiteljesedése, ami az előbbiben már benne rejlik". Hasonlítsuk össze a római jogra a praetoriánus és a polgári jog közötti kapcsolatot, amelyet Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (Clarendon Press 1962) 26-27-ben tárgyal.

²² A ma már természetjogi elméletként ismert elmélet és a jogi pozitívizmus összefonódása a témája Norman Doe, *Fundamental Authority in Late Medieval English Law* (CUP 1990) című könyvének. Fontos, hogy Doe azt írja: "A késő középkori jogász minden bizonnyal a bevett gyakorlathoz fordult. Kezdett a könyvekben szereplő joghoz fordulni, nagyjából ugyanúgy, ahogyan a modern jogász a "tekintélyért" precedensekhez és a törvények hiteles szövegeihez fordul. A középkori jogász emellett azonban szokásosan az ész alapvetőbb tekintélyéhez fordult, mint meghatározó tényezőhöz a hétköznapi ügyek eldöntésében" (130). Ez az "alapvetőbb tekintély" "az absztrakt helyes és helytelen nagy eszméből" állt, olyan eszmékből, amelyeket jogként azonosítottak (108). A vitát lásd különösen az 5-6. fejezetben. Lásd még: JM Kelly, *A Short History of Western Legal Theory* (OUP 1992) 102-4, 134-37, 141-46. Egyes deklarációs teoretikusok a "jog" kifejezést kizárólag a természetjogra és/vagy a jogelvre való utalásra használták. Számukra a pozitív jog nem volt a helyesen ígnyezett jog. Az egyszerűség kedvéért általában figyelmen kívül hagytam ezt a kérdést. Nyilvánvaló lesz, hogy érveim ugyanolyan erővel érvényesek erre az álláspontra is. Lásd még a kisérő szöveget n 77.

²³ Lásd még Atiyah (7. sz.) 347.

Ezen a ponton azt állíthatnánk, hogy keveset nyertünk, mivel ez az elemzés a kijelentő elméletet egy másik diszkreditált nézetre, a természetjogi elméletre alapozza. De ez a válasz minden bizonnyal alaptalan. Egyrészt, bár a modern jogászok jelentős többsége legalábbis bizonyos értelemben jogpozitivista, a természetjogi elmélet messze van attól, hogy legyőzték volna. Másrészt, még ha a természetjogi elmélet tévedne is, nem abszurd, ahogyan azt a deklarációs elmélet ellenzőői állítják ezzel az elmélettel kapcsolatban. Végül, és ez a legfontosabb, a válasz nem a deklarációs elmélettel mint olyannal szembeni kifogás. Ezért még azoknak is, akik hajlanak a természetjogi elmélet elutasítására, látniuk kellene, hogy a deklarációs elmélet olyannyira távol áll attól, hogy abszurd legyen, hogy a jog természetéről egykor uralkodó felfogás szerint valójában jó értelme van. Ezek a megfontolások legalábbis megkövetelik a tan újraértékelését. Legrosszabb esetben az elmélet a jog téves értelmezésének természetes következménye. Nem abszurd.

A deklaratív jogelmélet és a természetjogi elmélet közötti kapcsolat nagyon fontos, és ennek feltárása biztosan tanulságos lesz. De ezt itt nem fogom megtenni. A deklaratív elmélet e stratégián alapuló védelmének egyszerre kellene vállalnia az elmélet és a jogi pozitívizmus elutasítását; de egyelőre elég egy eretnokség. Ehelyett a deklarációs elmélet egy szorosan kapcsolódó, bár elkülöníthető aspektusára összpontosítok: az elmélet és a jogelvek elismerése közötti kapcsolatra.

Baker egy példával illusztrálja a megállapítási elmélet elemzését a méltányossággal kapcsolatban. Ez a "részvénypélda"²⁴ egy olyan adósról szól, aki egy hitelezőnek pecsétes kötvényt adott, aki később visszafizette a pénzt, de nem gondoskodott arról, hogy a kötvényt érvénytelenítsék. Képzeljük el, hogy *A* pénzt vett kölcsön *B*-től, és hivatalos írásos bizonyítékot adott *B*-nek erről a tartozásról, később visszafizette a pénzt, de nem érvénytelenítette a *B*-nek adott okiratot. Ilyen körülmények között a szokásjog szerinti bíróságok a kötvényt úgy kezelték, mint annak megdönthetetlen bizonyítékát, hogy a tartozás még mindig fennáll. Ennélfogva, még ha *A* be is tudta volna bizonyítani, hogy visszafizette a tartozást, a common law bíróságok ezt a bizonyítékot irrelevánsnak tartották. Itt lépett közbe a Court of Chancery, biztosítva, hogy az adósnak ne kelljen kétszer fizetnie, megváltoztatva ezzel azt az eredményt, amelyet a common law egyedül hozott volna. Hogyan értelmezhető ez a törvény teljesítéseként?

Ahogy Baker érvel, "nem arról volt szó, hogy a szokásjog szerint a tartozás kétszeresen.. esedékes . egy ilyen tételt ... abszurdumként utasítottak volna el."²⁵ Más szóval, a szokásjog elve volt, hogy az adósságot csak egyszer kell megfizetni, vagy inkább az, hogy egy (egyszer) megfizetett adósság már nem létezik. A common law azonban nem tudta érvényesíteni saját elvét, mert ragaszkodott a bizonyosság magas fokához is, ami azt jelentette, hogy az írásos okiratok felülmúlták a szóbeli bizonyítékokat, függetlenül attól, hogy ez utóbbiak mennyire bizonyító erejűek. Ezért a méltányosság a common law-t azáltal teljesítette, hogy

²⁴ Baker (n 21) 102.

²⁵ *ibid.*

azt az eredményt hozta volna, amit a common law produkált volna, ha a bizonyítási szabályok kevésbé lennének pedánsak. Ezt nem azzal érte el, hogy azt állította, hogy a tartozást megfizették, és így nem áll fenn kötelezettség. Ez túlságosan közvetlen konfrontációt jelentett volna a szokásjoggal. Ehelyett ragaszkodott ahhoz, hogy bár a kötelezettség fennállt, a hitelező számára lelkiismeretlenség lenne azt érvényesíteni.

Itt tehát azt látjuk, hogy a méltányosságot a common law elvei által megkövetelt eredmények elérése érdekében alkalmazzák, ahol a common law valamilyen akadály miatt nem tudta elérni ezeket az eredményeket. Bár e méltányossági szabály megalkotása megváltoztatta a pozitív jogot, ezt a jog elveivel összhangban tette, és ebben az értelemben megőrizte és beteljesítette a jogot. Bizonyára ebben az értelemben a középkori tanácsosok és kancellárok úgy vélték, hogy azt hirdetik ki, ami a jog már volt. Természetesen tudatában voltak annak, hogy a pozitív jogot változtatják meg. Tudták, hogy az ő ítéleteik nélkül B. érvényesíthetné az adósságot, és hogy az ő ítéleteik voltak azok, amelyek ezt megakadályozták. Tudták, hogy ez annak a megváltoztatását jelenti, amit most törvénynek nevezünk. Valójában az ítéleteiket egészen öntudatosan hozták annak érdekében, hogy ezt a változást előidézzék. De úgy vélték, hogy ezt a törvény elveivel összhangban tették. Kiszavait megismételve: "Azzal erősítették a törvényt, hogy gondoskodtak arról, hogy igazságot szolgáltatassanak azokban az esetekben, amikor a szabályos eljárás hiányosságai vagy emberi mulasztások akadályozták annak megfelelő eljárás útján történő elérését. Nem azért jöttek, hogy lerombolják a törvényt, hanem hogy beteljesítsék azt."²⁶

Ugyanezek a gondolatok érvényesülnek a fent említett *Willis kontra Baddeley* ügyben is. Ebben az ügyben a Bíróság kimondta, hogy ha egy felperes *qua* megbízottja perel egy alperest, akkor az alperes jogosult a megbízóval szemben a felfedezésre, még akkor is, ha a megbízó nem fél a perben. E határozat alátámasztására Lord Esher MR a következőket mondta:

E végzés meghozatala során a *Costa Rica Köztársaság* kontra *Erlanger* ügyben megállapított szabály értékelése alapján járunk el. Ott James, L.J., amikor egy külföldi kormány által indított perben hozott ítéletet, a következőket mondta: "A bíróság az igazságszolgáltatás érdekében azt mondhatja az eredeti felperesnek: "Megállítjuk az eljárást, amíg nem nevez meg egy megfelelő személyt, aki megadja az alperes által Öntől kért felvilágosítást." Az ott megfogalmazott elvnek kell irányadónak lennie a jelen ügyben."²⁷

A *Costa Rica Köztársaság kontra Erlanger* ügyben ²⁸a Costa Rica-i Köztársaság beperelte az Erlangert, aki viszont ellenkeresetet nyújtott be. Erlanger ezután kérte a Costa Rica-i Köztársaság perének felfüggesztését azzal az indokkal, hogy Erlanger nem tudott felfedezést szerezni ellene a viszontkeresetével kapcsolatban. Ezt a Bíróság elutasította, és úgy ítélte meg, hogy az eredeti keresetet csak akkor függeszti fel, ha az

²⁶ *ibid.* Ez természetesen csak egy példa. Az állítás természetesen nem az, hogy a méltányossági bíróságok beavatkozásai mindig pontosan ilyen jellegűek voltak.

²⁷ *Willis kontra Baddeley* (4. sz.) (326idézet kihagyva).

²⁸ (1875) Ch 1D (171CA).

A Köztársaság nem tett felfedezést az alperesnek ezzel a követeléssel kapcsolatban. Ezt jelenti a fent idézett passzus. A Bíróság azonban nem függesztette fel az eredeti keresetet azért, mert Erlanger nem tudott felfedezést szerezni a viszontkeresetével kapcsolatban.

A legfontosabb pont itt az, hogy a James LJ által a *Costa Rica Köztársaság kontra Erlanger* ügyben hozott ítéletből vett passzus csak azt jelenti, hogy az alperes jogosult a felperestől való felfedezésre. Ez nem jelenti azt, hogy az alperes jogosult a megbízó megbízottjaként eljáró felperes megbízójától való megismerésre. Ennek megfelelően a *Willis kontra Baddeley* ügyben hozott határozat nem a *Costa Rica Köztársaság kontra Erlanger* ügy egyszerű alkalmazása.

Lord Esher tagadta, hogy a *Willis kontra Baddeley* ügyben törvényt alkotott volna.

e tény tagadásaként értelmezhető. De ez nem így van. Éppen ellenkezőleg, Lord Esher nem tett úgy, mintha csupán James LJ szabályát alkalmazná. Azt mondja, hogy nem alkalmazza, hanem "a szabály értékelése alapján cselekszik...".²⁹ Mint azt továbbá kifejtette, bár a bírák nem alkotnak jogot, "gyakran kell alkalmazniuk a meglévő jogot olyan körülményekre, amelyekre vonatkozóan korábban nem állapították meg tekintélyes módon, hogy az ilyen jog alkalmazandó".³⁰ Ez történt a *Willis kontra Baddeley* ügyben. Lord Esher átvette a *Costa Rica Köztársaság kontra Erlanger* ügyben hozott szabályt, megállapította, hogy az azon az elven nyugszik, hogy az alperesek jogosultak a felfedésre azokkal szemben, akik ellenük vannak, és ezt az elvet alkalmazta a *Willis kontra Baddeley* ügy tényállására, és úgy döntött, hogy mivel a felperes *qua* ügynök járt el, az alperes ellen valójában a felperes megbízója volt, és így a megbízót terheli a felfedés joga.

A harmadik példa Coke híres ítéletében található, amelyet a *Calvin-ügyben* hozott.³¹ Az alperes azzal érvelt, hogy neki kellene győznie, mert az a szabály, amelyre a felperes hivatkozott, veszélyes változást hozott a jogban.³² Coke CJ válaszul azt válaszolta, hogy egyáltalán nem történt valódi változás:

ez az ítélet ... a tiszteletteljes bírák és törvénybölcsek ítéleteinek és cenzusainak megújítása volt oly sok elmúlt korszakban, mint minden újítás, amint az az előbb említett könyvből és könyvecskékből kitűnik: a bírácoknak sincs hatalmukban aszerint ítélni, amit ők jónak tartanak, hanem amit a törvényekből helyesnek és a törvénynek megfelelőnek ismernek.³³

Az érv nem az volt, hogy a szóban forgó szabály változatlanul hagyta a pozitív jogot. Hanem az, hogy a szabály elismerése megváltoztatta a pozitív jogot, hogy az megfeleljen a tényleges jognak. Nyilvánvalóan ennek csak akkor lehet értelme, ha a jog nem merül ki a pozitív jogban, és ezt a nézetet Coke CJ mint természetes jogász boldogan elfogadta volna. Ennek megfelelően e nézet szerint a változatlanul maradó jog nem a pozitív jog, hanem valami elvontabb, és

²⁹ *Willis kontra Baddeley* (4. o.) (326kiemelés hozzáadva).

³⁰ *ibid.*

³¹ (1609) 7 Co Rep 1, 77 ER 377.

³² *ibid* 408.

³³ *ibid* 409.

tartós. A törvény teljesítése a pozitív törvények pontosabbá tételét jelenti, hogy azok jobban tükrözzék ezt az elvont és tartós törvényt.

Ezt a vitát szem előtt tartva most már megérthetjük Sir Matthew Hale egyébként látszólag homályosnak tűnő jogi elemzését. A jogban bekövetkezett, mára a ködbe veszett változásokkal kapcsolatban Hale így érvelt:

Használat és szokás, és bírósági határozatok és határozatok, és a Parlament törvényei, tho' nem most fenn, lehet, hogy bevezet néhány új törvények, és megváltoztatja néhány régi, amely most úgy vesszük, hogy a maga Common Law, tho' az idők és pontos időszakok az ilyen változások nem kifejezetten vagy egyértelműen ismert: De tho' ezek a konkrét változások és csatlakozások történtek a törvények, mégis csak részleges és egymást követő, mi lehet az igazságos okkal azt mondják, Ezek ugyanazok az angol törvények most, hogy voltak évekkel600 ezelőtt az általános. Mint ahogy az Argonauták hajója ugyanaz volt, amikor hazatért, mint amikor elindult, bár a hosszú út során többször is módosult, és alig tért vissza korábbi anyagából; és mint ahogy Titius ugyanaz az ember, aki évekkel40 ezelőtt volt, bár az orvosok azt mondják, hogy hét év alatt a test alig rendelkezik ugyanazzal az anyaggal, mint korábban.³⁴

A részletekre összpontosítva, a hajó, amelyen az argonauták visszatértek, nem ugyanaz volt, mint amin elindultak, minden deszkát kicseréltek, és Titius sem az az ember volt, aki hét évvel korábban, minden molekulát kicseréltek. Elvontabb szinten azonban a hajó és az ember ugyanaz maradt.³⁵

Tekintsük most Baker vitáját magáról a kijelentő elméletéről:

A tizenkilencedik század előtti jogászok szerettek úgy gondolni a jogukra, mint a józan ész és a józan érvelés változatlan gyűjteményére, amely az angol nép örökségének része. Ha az emberi ész nem változik, a jog sem változhat; csak a régi eszmék új körülményekre való alkalmazása kelti a változás látszatát. A bírák feladata nem a jog megváltoztatása: "hivataluk a *jus dicere*, és nem a *jus dare*". E nézet szerint a bírói döntések nem alkotnak jogot, hanem csupán kijelentik, hogy mi is az; a jogtörténet fejlődése pedig az alapvetően megváltoztathatatlan eszmék lassú feltárása és finomítása.

A common law-nak és a jogalkotáshoz való viszonyának ez a felfogása inkább a jogászok hozzáállását tükrözi, mintsem a történelmi tényeket. Az a felfogás, hogy a szokásjog elvei valahogyan már léteznek, mielőtt bárki felfedezte volna, hogy mik azok, kényelmes szófordulat, de aligha a valóságot tükrözi. A common law soha nem állt meg. Ha nem változott volna, nem lenne történelme. A jog változásai néha alig észrevehető módosítások és pontosítások révén történtek esetről esetre; máskor pedig gyorsan és szándékosan, merész bírói döntések vagy reformalkotó jogszabályok révén történtek. De soha nem történt

³⁴ Matthew Hale, *Az angliai szokásjog története és elemzése. Written by a Learned Hand* (J Nutt, 1713) 59-60.

³⁵ Természetesen a kérdések itt nem azonosak. Az argonauták és Titius hajójára vonatkozó kérdés a személyazonosságra vonatkozik. Újoggal kapcsolatos állítása erősebb, mint a pusztán identitásé. Mindazonáltal a metafora rendkívül hasznos. Ha úgy használjuk, ahogy Hale teszi, az csalás. De ez a csalás egy olyan fajtája, amely zseniálisan fordítja meg modern kritikusaik csalását.

a törvény mentesült attól a szüntelen változástól, amelynek minden emberi alkotás alá van vetve.³⁶

Az első bekezdésben Baker a kijelentő elméletnek egy olyan értelmezését vázolja fel, amely meglehetősen eltér a cikk második részében kifejtettektől. E nézet szerint a jog látszólagos változása nem illuzórikus, a változás valóban létezik, de mégis létezik egy olyan "jogerzet", amelyben a jog változatlan marad. A jogban bekövetkező változás "a régi eszmék új körülményekre való alkalmazása", "lassú kinyilatkoztatás és finomodás". Ennek sokatmondó visszhangja van a második bekezdésben, ahol Baker azt állítja, hogy értelmetlen a jogi elvek létezéséről beszélni, "mielőtt bárki felfedezte volna, hogy mik azok". Valójában azonban csak azt lehet felfedezni, ami már létezik.

A második bekezdésben azonban Baker a modern felfogást alkalmazza. a kijelentő elméletet, mint amely azt állítja, hogy a jog nem változik, és elveti azt, mint ami nincs összhangban az empirikus tényekkel. Most azonban láthatjuk, hogy ezzel félreértelmezzük azt, amit ez az elmélet jelentett. Mint ilyen, az első bekezdésről a másodikra való áttéréssel Baker nem a kijelentő elmélet bemutatásáról a kijelentő elmélet kritikájára tér át, hanem inkább témát vált. Az argonauták és Titius hajójának története volt, változtak, de ugyanazok is maradtak.³⁷

4. Alapelvek és jog: A deklarációs elmélet újbóli feltalálása

Ugyanabban a beszédben, amelyben Lord Reid bírálta a kijelentő elméletet, őrlordsága azt mondta:

meg kell szabadulnunk attól az elképzeléstől, amely még mindig élénken élénkülni látszik néhány gyalogos társunkban, miszerint a jog egymástól független szabályok összessége. Ez azt a sivár érvelést eredményezi, hogy az ügy hasonló az *A.* kontra *B.* és a *C.* kontra *D.* üggyhöz, de megkülönböztethető a következőktől

X. v. Y. és *In re Z.* Ez az út a zűrzavar és a bizonytalanság útja. Meg kell próbálnunk kideríteni, hogy mi volt az elv vagy ok, amiért *A.* kontra *B.* az egyik irányba, *X.* kontra *Y.* pedig a másik irányba ment.³⁸

Lord Reid pedig amellet érvelt, hogy az új törvények megalkotásakor a bírának a már eldöntött ügyek alapjául szolgáló elvek és indokok alapján kell eljárniuk.

Azonnal láthatjuk, hogy Lord Reid öntudatlanul újra feltalálta azt az elméletet, amelynek kigúnyolásával kezdte beszédét. Lord Reid számára, amikor egy bíró törvényt alkot a

³⁶ Baker (21. o.) 195-96. o. (az idézeteket nem idézi).

³⁷ Az *OJLS* egyik recenzense szerint Baker álláspontja nem az, hogy a deklarációs elmélet el kell vetni, mert az nem áll összhangban a jogi változásokkal, hanem inkább az, hogy az elmélet nem támogatható, mert nem lehet absztraktabb és tartósabb jogot találni. Állítólag Baker ugyanis azt állítja, hogy nemcsak a pozitív jog, hanem a jogelv is állandóan változik. Állítom azonban, hogy nyilvánvalóan nem ez az érv szerepel a fent idézett passzusban. Nincs olyan érv, amely azt mutatná, hogy a jogelvek változóban vannak.

³⁸ Reid (n 8) 26.

a megfelelő módon, a pozitív jogot a hatályos jogelveknek megfelelően, azaz a eldöntött esetek mögött meghúzódó indokoknak megfelelően változtatja meg.

Helyes lenne-e úgy jellemezni egy bírót, aki ezt tette, mint aki azt hiszi, hogy birtokában van "a varázsszavaknak: Nyisd ki a szezámot", az "Aladdin barlangjához", amelyben "a szokásjog teljes pompájában rejtőzik"? Vajon ez Lord Reid tündérmesék iránti ízlését mutatja? Helyénvaló lenne kigúnyolni ezt a nézetet úgy, mintha a törvényt akár részben is 'az égben merengő mindenhatóságnak' képzelnénk el? Természetesen nem. De a gúnyolódás nem helyénvalóbb a deklaratív elméletre irányul.

A különbség Lord Reid és a deklarációs teoretikus között e tekintetben csupán annyi, hogy csak az utóbbi hajlandó a vonatkozó elveket és indokokat törvénynek nevezni. Ez a különbség azonban nem lényegi. Mi több, jó okunk van arra, hogy a deklarációs teoretikus megközelítését részesítsük előnyben. Ha a *Costa Rica Köztársaság kontra Erlanger* ügyben kimondott elv az, ahogyan azt leírtam, és ha erre az elvre támaszkodtak a *Willis kontra Baddeley* ügyben az ottani eredmény elérése érdekében, akkor természetes, hogy azt jognak nevezzük. Végül is miért akarnánk tagadni, hogy a jogelvek jognak minősülnek?³⁹

5. Politika és jog

Lord Reid ugyanabban a beszédben, amelyet mi is vizsgáltunk, a következőket mondta a bírósági jogalkotás és a politika kapcsolatáról:

Most pedig hadd térjek rá az igazi nehézségre a bírókkal kapcsolatban, akik törvényt alkotnak. Mindenki egyetért abban, hogy a pártatlanság az első számú alapkövetelmény minden bíró esetében. És ez nem csak azt jelenti, hogy nem szabad úgy tűnnie, hogy egyik félnek sem kedvez. Azt is jelenti, hogy nem foglalhat állást politikai kérdésekben. Amikor a közvélemény élesen megosztott bármilyen kérdésben - függetlenül attól, hogy ez a megosztottság pártvonalakon alapul-e vagy sem -, véleményem szerint egyetlen bírónak sem szabadna az egyik vagy a másik oldalra hajlania, ha ez elkerülhető. De néha adódik olyan eset, amikor ezt nagyon nehéz elkerülni. Ilyenkor azt gondolom, hogy biztosra kell mennünk. Az ügyben a létező hatóság túlsúlya alapján kell döntenünk. A Parlament a megfelelő hely az olyan kérdések rendezésére, amelyeket az átlagember ellentmondásosnak tart.⁴⁰

Két döntő állítás szerepel ebben a szövegben. Az első az, hogy a bírácoknak nem szabad politikai kérdésekben állást foglalniuk, ezeket a kérdéseket a Parlamentre kell bízniuk. A második az, hogy politikai kérdés az, amelyről a közvélemény élesen megoszlik. A következtetés az, hogy a bírácoknak nem szabad állást foglalniuk olyan kérdésekben, amelyekkel kapcsolatban a közvélemény megosztott.⁴¹

³⁹ Lásd még a kérdéssel kapcsolatos vitát Allan Beever, "Formalism in Music and Law" (2011) U61 Toronto L J 227-29213.

⁴⁰ Reid (n 8) 23.

⁴¹ vö. Lord Devlin, *The Judge* (OUP 1979) ch 1.

Az első állítás teljesen hihető. A második nem. Sok, de nem minden politikai kérdés élesen megosztja a közvéleményt. Hogy egy nyilvánvaló példát vegyünk: a brit parlament 1914-ben hadat üzent Németországnak. Ez nem olyan kérdés volt, amely élesen megosztotta volna a közvéleményt. Ennek ellenére egyértelműen politikai kérdés volt. Természetesen a politikai és a nem politikai kérdés pontos megkülönböztetése vitatható, de a közvélemény megosztottsága szempontjából nem azonosítható.

Az, hogy a bírának "nem szabad politikai kérdésekben állást foglalniuk", azt mutatja, hogy nem szabad olyan ügyekbe avatkozniuk, amelyekben a közvélemény élesen megosztott, de ez azért van így, mert ilyen körülmények között a bíróság beavatkozásának helytelensége különösen nyilvánvalóvá válik. Ebből nem következik, hogy a beavatkozás csak ilyen körülmények között lesz helytelen.

Lord követelése, hogy a bírák tartózkodjanak a politikai kérdésektől, sokkal mélyebbre hatol, mint gondolta. Úgy tűnik, hogy - hacsak a deklarációs elmélet valamelyik változata nem igaz - szinte minden bírói döntéshozatal politikai jellegű - akár a bíró változtatja meg a jogot, akár nem, akár - mivel lehetősége van a jog megváltoztatására - nem hajlandó ezt megtenni. Így Lord Reid elkötelezettsége a politikamentes bírói döntéshozatal mellett a helyesen értelmezett deklarációs elmélet felé tolja őt.

6. A deklarációs elmélet és a retrospektivitás: a deklarációs elmélet "újraértelmezése".

A tárgyalt beszéd egy másik passzusában Lord Reid megjegyzi, hogy "Amikor a Parlament elfogad egy törvényt, mindig van ellenvetés minden olyan javaslat ellen, amely visszamenőleges hatályúvá teszi azt. De a bíró által alkotott törvény mindig visszamenőleges hatályú. Nem mondhatjuk, hogy a törvény tegnapig egy dolog volt, holnapról pedig valami más lesz. Ez valóban jogalkotás lenne."⁴² Két nagyon furcsa vonása van ennek a passzusnak.

Az első a két különálló kérdés, a bizonyosság és a visszatekintés összekapcsolása, és az a nyilvánvaló sugallat, hogy a visszatekintés csak azért problematikus, mert bizonytalansághoz vezet. Ez nyilvánvalóan helytelen. Kétségtelen, hogy a visszatekintés bizonytalanságot eredményezhet, és emiatt problémás lehet. De "a visszamenőleges hatályúvá tételre irányuló javaslatok ellen mindig van ellenvetés" nem a bizonytalanság miatt. Hanem azért, mert a visszamenőleges hatályú jogalkotás az adott esetben a jogállamiság megsértését jelenti.

A passzus második furcsasága abban rejlik, hogy azt sugallja, hogy a bírák nem hozhatnak törvényt jövőre nézve, mivel ez jogalkotás lenne. Ez azért különös, mert az érvelés jelen formájában úgy tűnik, mintha azt sugallná, hogy a prospektív bírói jogalkotás (bírói jogalkotás) azért lenne problematikus, mert prospektív. Ezt a benyomást erősíti meg Lord Reid ezzel összefüggő ragaszkodása, miszerint a common law működési módját tekintve a bírói jogalkotásnak a következőkre kell törekednie

⁴² Reid (n 8) 23.

visszamenőlegesen.⁴³ A probléma az, hogy ez első látásra visszás. Mivel *prima facie* könnyebb igazolni a prospektív, mint a retrospektív jogalkotást, annak hangsúlyozása, hogy a bírósági jogalkotás visszamenőleges hatályú, inkább növeli, mintsem megszünteti a nehézséget.

Így az álláspontnak az kell lennie, hogy a bírói jogalkotás valamilyen módon megfelelően visszamenőleges hatályú. Ha ez a valami nem a jog megállapító elméletére vonatkozik, akkor mi lehet az?

Lord Wállítása, miszerint a bírósági jogalkotás megfelelően visszamenőleges hatályú, nem csupán azt jelenti, hogy a bírósági jogalkotás már olyan régóta visszamenőleges hatályú, hogy ezt nem lehet könnyen megváltoztatni. Az állítás alapvetően arról szól, hogy a jog a bírósági jogalkotás visszaható hatályára épül, így a jogalkotás e formájának elhagyása nagymértékben sértené a jog szerkezetét.⁴⁴ És mint most látjuk, Lord Reidnek igaza volt.⁴⁵

A *Kleinwort Benson Ltd kontra Lincoln City Council* ügyben a felperes olyan kamatláb-swap-megállapodások alapján⁴⁶ fizetett pénzt az alpereseknek, amelyeket valamennyi résztvevő jogilag érvényesnek tekintett. *Abban az időben* a pozitív jog ezt sugallta. A kifizetések teljesítését követően azonban a Lordok Háza a *Hazell kontra Hammersmith and Fullham Borough Council ügyben hozott olyan* ítéletet, amely azt eredményezte, hogy a megállapodások *eleve* semmisek.⁴⁷ A felperes a pénzt vissza akarta kapni.⁴⁸ Azzal érvelt, hogy visszakövetelheti a pénzt, mivel tévesen fizette ki az alpereseknek, azaz abban a téves meggyőződésben, hogy a megállapodások jogilag érvényesek.

Különvéleményében Lord Browne-Wilkinson azzal érvelt, hogy a felperes nem térülhet meg, mivel nem tévedett. A felperes abban a hitben fizette ki a pénzt, hogy a megállapodások érvényesek, és Lord Browne-Wilkinson fenntartotta, hogy a kifizetés időpontjában a megállapodások valóban érvényesek voltak. Ez volt az, amit a pozitív jog jelzett. Ennek megfelelően nem volt tévedés, nem volt jogalap nélküli gazdagodás, és ezért nem lehetett visszatérítésre jogosult.⁴⁹ A megállapítási elmélet modern elutasítása szempontjából ez az érvelés kifogástalan.

⁴³ Például: "Az emberek a jogbiztonságra támaszkodnak ügyeik rendezése során, különösen a szerződések vagy egyezségek megkötése során. Nagyon helytelen lenne, ha a bírák figyelmen kívül hagynák vagy újítanak meg azt, ami az ilyen jellegű ügyekben joggal tekinthető állandó jognak."

⁴⁴ Ez nem jelenti azt, hogy a bírósági jogalkotás soha nem lehet jövőbe mutató, lásd pl. *Biggs kontra Somerset County Council* [1996] ICR Lásd 364.374.még *Re Spectrum Plus Ltd* [2005] UKHL [41,2005] AC 2680.

⁴⁵ Ez nem jelenti azt, hogy a megközelítéstől való alkalmi kivételek nem lehetnek megfelelőek. Ebből nem következik az sem, hogy a visszamenőleges hatályú bírói jogalkotás a jog minden területén megfelelő. A büntetőjoggal, illetve a közjoggal kapcsolatos vitát lásd: Peter Mirfield, "A Challenge to the Declaratory Theory of Law" (2008) LQR124 190; Richard McManus, Predicting the Past: The Declaratory Theory of the Common Law -From Fairytale to Nightmare" (2007) JR 228.

⁴⁶ [1999] AC (2349HL).

⁴⁷ [1992] AC (231HL).

⁴⁸ Az egyszerűség kedvéért itt figyelmen kívül hagyom az 1980. évi elévülési törvény (Egyesült Királyság) által felvetett kérdéseket.

⁴⁹ *Kleinwort Benson* (46. o.) 357-58. Talán lehetne azzal érvelni, hogy a felperes is abban a hitben volt, hogy a megállapodásokat továbbra is érvényesnek fogják tekinteni, de ez nem lenne tévedés a releváns értelemben. Ez inkább a jövőre vonatkozó téves előrejelzés lenne, és az ilyen tévedések nem elegendőek a jogalap nélküli gazdagodásra vonatkozó követelés megalapozásához. Peter Birks, "Tévedések a jogban" (2000) CLP 205.

A probléma az, hogy ez egy nyilvánvalóan igazságtalannak tűnő következtetést eredményez: a felperes nem kaphat kártérítést.

A többség ettől az intuíciónál vezérelve úgy ítélte meg, hogy a felperes tévesen alkalmazta a jogot, az alperes jogalap nélküli gazdagodásban részesült, és ezért a felperes megtérülhet. Ez tűnik helyes eredménynek, de a mai szemlélet szerint lehetetlen igazolni. Nyilvánvaló, hogy a központi kérdés a felperes tévedésére vonatkozik. Mi lehetett az?

A bírák e kérdésre adott válasza - amennyiben van ilyen - a megállapítási elmélet kezelésével függ össze, mondhatnánk, hogy az elhomályosítja azt. E tekintetben megvizsgálom Lord Goff ítéletét.

Őrdsága megvizsgálta a kijelentő elméletet, ahogyan azt mi feltártuk, és egy "realisabb megközelítés" javára elvetette azt a már vizsgált és alább részletesebben kifejtett okokból.⁵⁰ De nem követelte az elmélet *tout court* elutasítását. Éppen ellenkezőleg, úgy érvelt, hogy "nyitott szemmel kell tekintenünk a bírói döntés deklaratív elméletére, és újra kell értelmeznünk azt annak fényében, ahogyan ma minden bíró - a common law és a méltányossági jog - ténylegesen dönt az ügyekben."⁵¹

Ez meglepő következtetés. Ha a kijelentő elmélet "fikció",⁵² akkor miért *értelmezzük újra*? Miért nem utasítjuk el egyszerűen a jogi döntéshozatal pontosabb leírása javára, ahogyan azt a legtöbb akadémikus állítja? Mint most látjuk, a válasz erre a kérdésre az, hogy Lord Goff álláspontja az elmélet egyszerre való megtartására és elvetésére tett kísérleten alapul. Másképpen fogalmazva, az elméletet inkább "újraértelmezik", mintsem elvetik, mert Lord Goff az elmélet elítélése ellenére sem tudott meglelni nélküle.

Miért nem? Mert - valószínűleg már világos okokból, amelyeket a következőkben hangsúlyozni fogunk - Lord Goff *Kleinwort Benson* ügyben hozott döntése a bírói döntéshozatal visszamenőleges hatályára támaszkodott, nevezetesen arra, hogy a *Hazell kontra Hammersmith* ügyben hozott döntés a *Kleinwort Benson* ügyben szóban forgó ügylet megkötésekor hatályos jogot képviselte, annak ellenére, hogy ez utóbbi előbb történt. Ezért Lord Goff ezt követően így folytatja:

A bírói döntés történeti elmélete [azaz a kijelentő elmélet], bár a múltban szolgálhatta a célját, valóban fikció volt. De ez azt jelenti, hogy amikor a bírák kimondják, hogy mi a törvény, akkor a döntéseiknek az általam leírt értelemben visszaható hatálya van.⁵³

⁵⁰ (n 46) 377.

⁵¹ *ibid.*

⁵² *ibid.* 378.

⁵³ *ibid.* Az elmélet értelmezését lásd Finnis (20. o.) 172-73. o. Finnis szerint a kijelentő elméletet "jobb úgy felfogni, mint a bírói kötelesség egy fontos elemének megállapítását, egy olyan elemet, amelyet Lord Goff hítképpen hangsúlyozott, és amelyet Lord Goff itt jól kifejtett, amikor jóváhagyta az "újraértelmezett" kijelentő elméletet: a bírák kötelessége, hogy megkülönböztessék hatáskörüket és felelősségüket, és így gyakorlati érvelésüket a törvényhozóktól". Egyetértek azzal, hogy Lord Goff érzékeny erre a kötelességre, de - amint az itt világossá válik - nem látom, hogy ennek eleget tesz.

Láthattuk tehát, hogy Lord Goff elutasítja a deklarációs elmélet legalábbis egy változatát, és amellet érvel, hogy az elmélet egy felülvizsgált változatát kellene előnyben részesítenünk. Más azonban nemigen derül ki. Két fő nehézség van. Először is, pontosan mit utasít el? Kifejezetten a deklarációs elmélet Hale-hez és Blackstone-hoz kapcsolódó változatát⁵⁴ (bármi is legyen ez pontosan, Lord Goff ezt nem teszi világossá), vagy a deklarációs elmélet egészét? Másodsor, az "újrértelmezett" deklarációs elmélet az elmélet valódi változata, vagy az "újrértelmezett" elméletéről való beszéd az elmélet elutasításának egy módja, miközben a common law bíraskodásra jellemző folytonosság látszatát kelti? Röviden: Lord Goff *valóban* támogatja a deklarációs elméletet (annak egy változatát)?

Lord állítása, miszerint újrértelmezi az elméletet, erre utal, de az a javaslata, hogy ennek az újrértelmezésnek egy "réálisabb megközelítésen" kell alapulnia, amely elfogadja, hogy a jogot "kitalálják, módosítják, javítják és finomítják", mást mutat.⁵⁵ Az a javaslata, hogy a bírák interstitúciósan fejlesztik a jogot, alátámasztja a kérdésünkre adott igenlő választ, de azt is állítja, hogy ezt a bírák csak "általános szabályként" teszik.⁵⁶ Kitart amellet is, hogy a jogi változásokat *fejlődésnek* kell tekinteni, ami a deklarációs elmélet melletti elkötelezettséget jelzi, de ugyanilyen könnyen értheti úgy is, hogy a jogi változásokat *fejlődésnek kell tekinteni*, ami arra utal, hogy ez csak látszat.⁵⁷

És mi a felülvizsgált nyilatkozatelmélet? A legközelebb a fent idézett passzusban olvasható: a bírósági határozatok visszaható hatályúak.⁵⁸ Tanúi lehetünk annak az állításnak is, miszerint: "Nem tekintem a bírói döntés deklaratív elméletét, ahogyan azt leírtam, a common law aberrációjának. Mivel a bírói döntéshozatal elkerülhetetlen tulajdonságának tekintem, elképzelésem szerint valamilyen ilyen elméletet kell alkalmazni a polgári jog országaiban, mint ahogyan a common law országaiban is."⁵⁹ Mire vonatkozik ez a "ez"? E passzus szerint az újrértelmezett deklarációs elméletre. De mit nevez Lord Goff ítéletében "a bírói döntéshozatal elkerülhetetlen tulajdonságának"? A jog visszaható hatályát. Ez tehát ismét azt jelzi, hogy az újrértelmezett deklarációs elmélet éppen azt az elképzelést jelenti, hogy a jogi döntéshozatal visszaható hatályú.

De ez az álláspont nyilvánvalóan nem lesz elég. Amint azt rövidesen látni fogjuk, a felülvizsgált nyilatkozatelmélet a bírói döntéshozatal visszamenőleges hatályát hivatott *igazolni*. Ezt nem teheti meg, ha a felülvizsgált elmélet egyszerűen azt a nézetet képviseli, hogy a bírói döntéshozatal visszamenőleges hatályú.

Emiatt valószínűleg nem tanácsos megpróbálni meghatározni Lord álláspontját ebben a kérdésben. Egyszerűen túl sok minden mutat különböző irányokba. Mindössze annyit lehet tenni, hogy megállapítjuk, mi őlordsága álláspontja.

⁵⁴ ibid 377.

⁵⁵ ibid.

⁵⁶ ibid 378.

⁵⁷ ibid.

⁵⁸ ibid.

⁵⁹ ibid. (379kiemelés hozzáadva).

kellett volna, hogy legyen, tekintettel egyéb kötelezettségvállalásaira, különösen a jogi döntéshozatal visszamenőleges hatályára. Ezt a kérdést most megvizsgáljuk.

Lord Goff fenntartotta, hogy amikor a bírák a jogot fejlesztik, akkor új szabályokat alkotnak, amelyek minden olyan személyre vonatkoznak, aki a jelen esetben a felekhez hasonló helyzetben van.⁶⁰ Ez vezette őt a következő kijelentésre:

Láthatjuk, hogy valójában [az "újraértelmezett" deklarációs elmélet] nem feltételezi a szokásjog ideális rendszerének létezését, amelyet a bírák időről időre felfednek döntéseikben. A bírói döntés történeti elmélete, bár a múltban talán szolgálta a célját, valóban fikció volt. De azt jelenti, hogy amikor a bírák kimondják, hogy mi a jog, a döntéseiknek az általam leírt értelemben visszamenőleges hatása van. Ez, úgy vélem, elkerülhetetlen.⁶¹

Mivel a felülvizsgált nyilatkozatelmélet tartalma átláthatatlan, nem egyértelmű, hogy mit kell ebből kiindulni. Pontosan miért is elkerülhetetlen a retrospektivitás?

Az egyik lehetőség, hogy a következtetés abból következik, amit Lord Goff már elmondott. Ez az volt, hogy a bíróságok döntését általánosan, azaz minden hasonló helyzetben lévőre alkalmazni kell.⁶² A következtetés azonban nem ebből az állításból következik. A jogi döntéseknek mindenkire vonatkozniuk kell, aki hasonló helyzetben van. Ez abból az elvből következik, hogy a hasonló eseteket egyformán kell kezelni. Ez azt mutatja, hogy a jelenben hozott precedensnek a jövőben hasonló helyzetben lévő felekre is vonatkoznia kell.

Ez azonban nem mutatja, hogy a jelenben hozott precedensnek a múltban hasonló helyzetben lévő felekre is vonatkoznia kell. Az a tény, hogy a (pozitív) jog megváltozott, döntő aszimmetriát eredményez a múlt és a jövő között. Ha ez nem így lenne, akkor nem lenne probléma a visszamenőleges hatályú jogalkotás.

Ebben az olvasatban Lord Goff álláspontja két fontos egyenlőtlenséggel is kereskedik: az elkerülhetetlenség két különböző jelentése és a kijelentő elmélet igazságába vetett hit és annak igaz volta között.

Az érvelés szerint természetes kapcsolat áll fenn a deklarációs elmélet és a bírói jogalkotás visszaható hatálya között. Ez nyilvánvalóan helyes. Ha a bíróságokról azt hiszik, hogy csak a jogot úgy nyilvánítják ki, ahogy az mindig is volt, akkor az a nézet lesz az, hogy amikor kimondják, a jog mindig is ilyen volt.⁶³ Ez azt mutatja, hogy kapcsolat van a deklarációs elméletbe vetett hit és a visszamenőleges hatályú bírói jogalkotás jogosultságába vetett hit között. Ez azzal jár, hogy a bírói jogalkotás visszamenőlegessége elkerülhetetlen *volt abban* az értelemben, hogy elődeink hiedelmeinek természetes következménye volt.

Lord Goff azonban azt állítja, *hogy* a bírói jogalkotás visszamenőleges hatálya elkerülhetetlen, vagyis megfelelő. Az érvelés bemutatásra kerül, mint egy

⁶⁰ ibid 378.

⁶¹ ibid. 378-79.

⁶² ibid 378.

⁶³ A deklarációs teoretikus nem állítja, hogy mivel a jog változatlan marad, a jogfejlődés nem visszamenőleges hatályú. Sokkal inkább azt, hogy a jogfejlődések egyfelől (a pozitív jog tekintetében) visszamenőlegesek, másfelől (a jogelv tekintetében) nem.

indoklás. Ezt nem lehet a pusztán hitre való hivatkozással megállapítani. Amint láttuk, a deklarációs elméletbe vetett *hit* csak ahhoz a *hithez* vezet, hogy a visszamenőleges hatályú bírói jogalkotás indokolt. Az, hogy indokolt, csak az elmélet igazságából következik. Következésképpen, bármilyen szándékkal is rendelkezik, Lord Goffnak szüksége van a deklaratív elméletre, és szüksége van arra, hogy igaz legyen.

Ennek fényében kell megvizsgálnunk, hogy Lord Goff miként rendelkezett a felperes tévedésének kérdéséről:

Számomra egyértelmű, hogy a pénzt valóban tévedésből fizették ki, a tévedés pedig jogi tévedés volt. A kifizető a pénz kifizetésekor azt hitte, hogy a jog szerint köteles azt kifizetni. Most azt mondják neki, hogy a kifizetés időpontjában alkalmazandó jog szerint nem volt köteles azt kifizetni. Egyértelmű tehát, hogy a pénzt tévesen fizette ki, és ennek megfelelően - az esetlegesen alkalmazandó védekezésekre is figyelemmel - jogosult a pénz visszafizetésére.⁶⁴

Ha a megállapítási elmélet hamis, akkor a felperesnek fizetési kötelezettsége volt, és így nem követett el hibát. A visszamenőlegesség semmit sem változtat ezen. Ahogyan Lord Browne-Wilkinson állította, "a visszatekintés nem hamisíthatja meg a történelmet".⁶⁵ Lord Goff álláspontja a kijelentő elméletre támaszkodik: arra a nézetre, hogy a jog akkor volt az, amikor a felperes a pénzt kifizette, amikor a Lordok Háza később kijelentette, hogy az volt. Ebből következően tehát azt a következtetést kell levonnunk, hogy bár Lord Goff egyfelől úgy tűnt, hogy elutasítja a deklarációs elméletet,⁶⁶ végül mégis elfogadta azt. Abban az értelemben fogadta el, hogy álláspontja csak akkor igazolható, ha az elmélet igaz.

És megjegyzendő, hogy nem válasz arra, hogy a felperes tévedése fikció volt, ahogy Lord Hoffmann állította a *Deutsche Morgan Grenfell Group kontra Inland Revenue* ügyben.⁶⁷ Egyrészt ez az állítás teljesen ellentmond a fenti passzus hangvételének. Másrészt a tévedés az alperesnek a pénz visszafizetésére való kötelezésének indoklása. Ha ez fikció lenne, akkor nem játszhatná ezt a szerepet.

Másrészt talán Lord Goff állítását, miszerint a visszamenőlegesség elkerülhetetlen, alátámasztja az, ami az állítás után következik. Ez az anyag azonban rendkívül problematikus. Közvetlenül azután, hogy azt állította, hogy a visszaható hatály elkerülhetetlen, Lord Goff tagadta azt. Azt állította, hogy "[a]z egyetlen alternatíva ... a prospektív felülbírálat rendszerének elfogadása. De egy ilyen rendszernek, bár alkalmanként máshol már elfogadták ... nincs helye a mi jogrendszerünkben".⁶⁸

⁶⁴ ibid. Lásd még Finnis (20. sz.) 171.

⁶⁵ *Kleinwort Benson* (n 46) 358.

⁶⁶ ibid 377.

⁶⁷ [2006] UKHL 49, [2007] 1 AC 558 [23]. Azt sugallták nekem, hogy ebben az ügyben Lord Hoffmann nem érdekelte a jogállamiság és a bírói döntéshozatal visszamenőleges jellege közötti összeütközés, és ez aláássa azt az állítást, hogy ez az összeütközés valós. Valójában azonban ebben az ügyben Lord Hoffmann tagadja, hogy a szóban forgó döntéshozatal visszamenőleges hatályú lenne. Ragaszkodik ahhoz, hogy a felperes "vélelmezhetően" hibázott, nem pedig ahhoz, hogy a felperes hibázott. És mindenesetre, még ha ez nem is lenne így, ez csak azt bizonyítaná, hogy Lord Hoffmann nem foglalkozott kellőképpen egy nagyon is valós összeütközéssel.

⁶⁸ ibid 379.

Ez azt jelenti, hogy a retrospektivitás nem elkerülhetetlen, mivel nemcsak elképzelhetőek alternatív rendszerek, hanem egyesek már utalnak is rájuk. Az, hogy ennek az alternatívának "nincs helye a mi jogrendszerünkben", nem tagadja, hogy lehetséges egy olyan rendszer, amelyben a bírák csak prospektív módon alkotnak jogot, csak azt vonja maga után, hogy egy ilyen rendszer megvalósítása a common law keretein belül lehetetlen. Továbbá fontos felhívni a figyelmet arra a kijelentésre, hogy "nem tudom elképzelni, hogyan működhethet másként egy common law rendszer, vagy akármilyen jogrendszer, ha a jogot mindenkire egyformán kell alkalmazni, és mégis képesnek kell lennie a szerves változásra".⁶⁹ Mivel a státútumjog ilyen rendszert alkot, nem nehéz elképzelni.

Mit értett Lord Goff azon az állításán, hogy a visszamenőleges hatályú bírói jogalkotásnak "nincs helye jogrendszerünkben"?⁷⁰ Úgy tűnik, a válasz az, hogy a visszaható hatály túlságosan is része a common law-nak ahhoz, hogy elvethessük, nemcsak abban az értelemben, hogy hosszú ideje létezik, hanem abban a fontosabb értelemben is, hogy a common law számos doktrínája és eljárása kötődik hozzá. A *Kleinwort Benson* példát szolgáltat erre. Az általános álláspont, amelyet képvisel, a következőképpen foglalható össze.

Rendszerünk természetéből fakad, hogy a common law bírák nem mondják a feleknek: "Igen, a hatályos jog, ahogyan az önök ügyére vonatkozik, igazságtalan. Ezt a jogot most alkalmazzuk, de a jövőre nézve megváltoztatjuk". Beszédes, hogy sem a *Kleinwort Benson* ügyben sem a többség, sem az ellenvéleményt megfogalmazók nem voltak hajlandók ezt az utat választani. Az utóbbiak úgy vélték, hogy az igazságosságot csak a Parlament által lehet elérni. Tehát még a nemmel szavazók is elismerték, hogy a visszamenőleges hatály a common law bírói jogalkotás természetéhez tartozik.

Hasonlóképpen, a *Re Spectrum Plus Ltd. ügyben* Lord Nicholls azt mondta, hogy "A leendő a felülbírálat megfosztja a döntést a bírói aktus alapvető hitelességétől",⁷¹ bár ez nem akadályozta Őlordságát abban, hogy elfogadja, hogy rendkívüli esetekben helyénvaló lehet a jövőre nézve felülbírálni a döntést, a "soha ne mondd, hogy soha" "elve" szerint.⁷² Itt ismét azt a nézetet látjuk, hogy a visszaható hatály a bírói jog "lényegéhez" tartozik. Mi több, a *Kleinwort Benson-ügyben* Lord Goff azt állította, hogy a visszaható hatály szükségszerűen hozzátartozik minden olyan rendszerhez, amelyben a bírák irányítják a jogot, és őméltósága a kijelentő elméletet egyetemesnek minősítette.⁷³ Ebben a tekintetben azt állítom, hogy Lord Goffnak igaza volt. Ennek eredményeképpen a jog a következő dilemma szarvára került.

A common law elkötelezett a bírói jogalkotás visszaható hatálya mellett.⁷⁴ Ez vagy azt jelenti, hogy a common law rendszeresen visszamenőleges hatályú kötelezettségeket és kötelezettségeket ró ki az egyénekre a jogállamiság kirívó megsértésével, vagy azt, hogy a jog deklaratív elmélete igaz. A lényeg, hogy válasszuk a

⁶⁹ *ibid.*

⁷⁰ Lásd még *Re Spectrum Plus* (44. sz.) [13].

⁷¹ *ibid* [28].

⁷² *ibid* [41].

⁷³ *Kleinwort Benson* (n 46) 379.

⁷⁴ Még akkor is, ha lehetnek rendkívüli kivételek. Lásd *Re Spectrum Plus* (44. o.).

darabok egy ilyen méltán kiváló bíró ítélete, hogy feltárja ezt a dilemmát és annak legalább részleges felismerését. Ez egy olyan dilemma, amelyből nem tudunk kibújni.

7. Az alkalmazott elmélet

De ez nem olyan, ami elől menekülnünk kell. Egyszerűen csak el kell fogadnunk a második szarvát. Sőt, amint azt most megmutatom, legalábbis majdnem ez történt a *Kleinwort Benson* esetében.⁷⁵

Ennek belátásához hasznos részletesebben megvizsgálni a "nem módosított" nyilatkozatelmélet elutasítását az említett ügyben. Bár ez átfut néhány már érintett területen, értékes, mert egyrészt megmutatja, hogyan működhet a kijelentő elmélet, másrészt pedig bevezeti az utolsó témánkat.

Lord Goff szerint "mindannyian tudjuk, hogy a valóságban a törvény a tárgya a bírák általi fejlesztés ... Vezető ügyeknek nevezzük azokat a döntéseket, amelyek e fejlődés főbb állomásait jelzik".⁷⁶ Közvetlenül e passzus előtt azonban Őlordsága helyesen jegyezte meg, hogy a deklarációs elmélet szerint 'a bíróságok határozatai nem alkotják a törvényt, ahogyan azt helyesen nevezik, hanem a törvény bizonyítékai, és mint ilyenek nagy súlyuk és tekintélyük van annak kifejtésében, nyilvánításában és közzétételében, hogy mi a Királyság törvénye'.⁷⁷ Ha ez így van, akkor a deklarációs elmélet nem hamisítható meg a bíróságok határozataira való hivatkozással, ahogyan Lord Goff látszólag megpróbálta.⁷⁸

Sőt, Őlordsága azt is állította, hogy:

Általánosan elismert tény, hogy a szokásjog bírósági fejlődése elkerülhetetlen. Ha ez soha nem történt volna meg, a common law ma ugyanolyan lenne, mint II. Henrik király uralkodása idején; ennek köszönhető, hogy a common law egy élő jogrendszer, amely reagál az új eseményekre és az új eszmékre, és így képes arra, hogy az ország polgárai számára a gyakorlati igazságszolgáltatás olyan rendszerét biztosítsa, amely megfelel annak a kornak, amelyben élnek.⁷⁹

Ezek a kritikák a nyilatkozatelmélet (bármelyik változat) fentebb feltárt félreértésén alapulnak. Természetesen a jog fejlődik. Természetesen a jog változott II. Henrik uralkodása óta. És ugyanilyen nyilvánvaló, hogy ezt soha senki sem vonta kétségbe. A kérdés az, hogy létezik-e a "jognak" egy másik értelme, amely nem változik a leírt módon.

Tekintsük meg a következő passzust Őlordsága ítéletéből a *Re F (Mentális beteg: sterilizáció) ügyben hozott ítéletéből*, amely a testi sértés deliktumára vonatkozik:

A régi időkben azt mondták, hogy ahhoz, hogy egy másik személy megérintése testi sértésnek minősüljön, "haragban" kell történnie (lásd *Cole v. Turner*); és a közelmúltban az is előfordult, hogy

⁷⁵ És, bár ezt itt nem tudom bizonyítani, az *ibid.*

⁷⁶ *Kleinwort Benson* (n 46) 377.

⁷⁷ *ibid.* Idézet Hale-től (34. o.) Az itt kifejtett gondolat 68. megvitatására lásd: n 22.

⁷⁸ *Kleinwort Benson* (n 46) 377.

⁷⁹ *ibid.* Lásd még *Re Spectrum Plus* (44. sz.) [32].

azt mondják, hogy az érintésnek "ellenségesnek" kell lennie ahhoz, hogy ez a hatás érvényesüljön (lásd *Wilson kontra Pringle ...*). *Tisztelettel kételkedem abban, hogy ez helytálló.* Egy kicsúszó csíny; egy túlságosan barátságos hátha veregetés; sebészeti beavatkozás egy sebész által, aki tévesen azt hiszi, hogy a beteg beleegyezett - *mindezek a dolgok átléphetik a jogszerűség határait* anélkül, hogy ellenségesnek minősülhének. Valójában a javasolt minősítés *nehezen egyeztethető össze azzal az elvvel*, hogy más testének bármilyen érintése törvényes mentség hiányában testi sértésnek és birtokháborításnak minősülhet.⁸⁰

Itt Lord Goff nyíltan a jog megváltoztatása mellett érvelt, ezért utasította el a *Cole kontra Turner*⁸¹ és a *Wilson kontra Pringle* ügyeket.⁸² Ólordsága mindazonáltal úgy mutatta be következtetéseit, mint amelyek a jogból következnek. A *Cole v Turner* és a *Wilson v Pringle* ügyek "helytelenek", vagy ahogyan mondhatnánk, "rosszul döntöttek". Nem pusztán rossz politikán alapulnak. (Egy rossz politikán alapuló szabályt nem lehet megfelelően helytelennek vagy tévesen eldöntöttnek, csak rossznak nevezni.) Az ezekben az esetekben a szabályok nem ragadják meg azokat a cselekményeket, amelyek "túllépi a jogszerűség határait", nem csupán azt, hogy a jogszerűség határainak milyennek kellene lenniük, és nem állnak összhangban a fennálló elvekkel. A deklarációs elmélet híveinek nem okozott volna nehézséget az érvelésnek ez a formája. A valóságban a pozitív jogban bekövetkező változások tökéletesen összhangban vannak a deklaratív elmélettel, amennyiben a változás láthatóan összhangban van az absztraktabb jogi elvekkel.

Visszatérve a *Kleinwort Bensonra*, Lord Goff úgy érvelt, hogy a jog megváltoztatásakor

a bírónak biztosítania kell:

hogy az így végrehajtott változtatás a ... meglévő elv továbbfejlesztésének tekinthető, és így a common law egészének kongruens részeként foglalhat helyet. Ebben a folyamatban az, amit Maitland a "varrat nélküli hálónak" nevezett, és én magam ... a "mozaiknak" neveztem, a szokásjogot állandó alkalmazkodás és javítás.. állapotában tartják.⁸³

Lord Goff ezután megkülönböztette a fejlesztést a jogszabálytól, és hangsúlyozta, hogy csak az előbbi felel meg a bírónak.⁸⁴

Mindez azt jelenti, hogy a kijelentő elméletnek komoly érvei vannak. Mi a különbség a jog jogalkotási úton történő megváltoztatása és a jog fejlesztése között, a jog zökkenőmentes szövedékének adaptálásával és javításával? A válasz úgy tűnik, hogy a változtatás akkor fejlesztés, ha beleillik a jog hálójába vagy mozaikjába, vagy ha azt valamilyen módon a jog hálójának vagy mozaikjának figyelembevétele vezérli. A jog a vonatkozó tekintetben tehát nem csak az, amit a vonatkozó ügyekben eldöntöttek, hanem a háló vagy mozaik eme elvontabb képében is megtalálható.

Hasonló véleményt találunk Lord Hoffmann *Kleinwort-ügyben* hozott ítéletében is.

Benson. Annak mérlegelése során, hogy meg kell-e szüntetni a régi szabályt, miszerint a jogban való tévedés nem alapozhat meg egy jogalap nélküli gazdagodásra⁸⁵ irányuló keresetet, vagy lehetővé kell-e tenni a követelést a

⁸⁰ *Re F (elmebeteg: sterilizáció)* [1990] AC (21HL) (a 73hangsúlyok hozzáadva).

⁸¹ (1704) Holt KB ER 108,90958.

⁸² [1987] QB 237 (CA).

⁸³ *Kleinwort Benson* (n 46) 378.

⁸⁴ *ibid.* 378-79.

⁸⁵ *Bilbie kontra Lumley* (1802) East2 ER 469,102448.

azon az alapon, hogy a felperes az akkori "bevett jogfelfogás" - az úgynevezett "bevett jogfelfogás szabálya" - alapján járt el - mondta Lord Hoffmann:

Az "állandó álláspont" szabályának elfogadása olyan értelemben jogalkotási aktus lenne, hogy a tévedés szabályának hatályon kívül helyezése nem. Ez utóbbi szabály nem alapozza meg

bármilyen védhető logika vagy elv alapján. A bírói minőségben bíró uraknak az a feladata, hogy a közös jogot tisztázzák és fejlesszék a szabályok elvekkkel összhangban történő újrafogalmazásával, még akkor is, ha ez ősiretnekségek korrekcióját teszi szükségessé. A "bevett nézet" szabály elfogadása azonban pusztán politikai alapokon nyugszik; az ügyletek biztonságának megőrzéséből származó előnyök haszonelvű értékelésén az elkerülhetetlen anomáliákkal, igazságtalanságokkal és értelmezési nehézségekkel szemben, amelyeket egy ilyen szabály okozna. Úgy vélem, hogy őrlordsága nem ezt az irányt kellene követnie.⁸⁶

Itt is azt a nézetet láthatjuk, hogy a jog a vonatkozó tekintetben nem korlátozódik a bírósági határozatokra. Ez elvben megtalálható.

Ezt úgy foglалhatjuk össze, ahogyan a skót jogi bizottság is elfogadta, hogy 1996, a jog deklarációs elmélete "valójában nem elmélet, hanem a jogrendszer alapvető munkafeltevése vagy alapja".⁸⁷

8. Realizmus⁸⁸ kontra deklarációs elmélet

Ez a cikk megvédte a kijelentő elméletet az ellene irányuló legjelentősebb modern támadással szemben. Ez csak egy védekezés. Különösen, bár felvettem, hogy az elmélet szerint a jogi döntéshozatalt jogosan elvont elvek vezérlik, nem fejtettem ki részletesen, hogy ez mit jelenthet, és nem védtem meg azt az elképzelést sem, hogy ezek az elvek megváltoztathatatlanok.

Valójában nem is szeretném az elméletnek pontosan ezt a változatát védeni. A cikk nem a legjobb deklarációs elmélet ismertetése. Csupán amellettt érvel, hogy a deklaratív elméletek lehetségesek, és azokat követni kellene (bár természetesen átnevezhetjük őket). Nyilvánvaló, hogy ennek a kérdésnek és a kapcsolódó kérdéseknek a teljes körű bemutatása itt nem lehetséges, de mégis szükséges egy kicsit többet mondani. Amint e cikk második részében láttuk, a

Donoghue kontra Stevenson ügyben Lord Atkin megvizsgálta a hatályos jogot, egymásnak ellentmondó szabályok sokaságát fedezte fel, azt állította, hogy a vizsgált ügyekben mégis kell lennie egy közös elemnek, és azt állította, hogy a szomszédság elve megragadja ezt az elemet. De - ellenkezőténk - ez az elv nem volt megtalálható a már eldöntött ügyekben. Ezt Lord Atkin találta ki (vagy legalábbis fejlesztette ki). Az eldöntött ügyek a következők voltak

⁸⁶ *Kleinwort Benson* (46. sz.) 401. Az állítás nem az, hogy Lord Hoffmann következetes volt ezekben a nézetekben. De a mi érdeklődésünk nem Lord Hoffmann életrajzára vagy bírói megnyilatkozásaira, *mint* megnyilatkozásaira irányul. Minket ez a kijelentés önmagáért érdekel.

⁸⁷ Skót Jogi Bizottság, *A jogban való tévedés szabályának bírói eltörlése és annak következményei* (DP No 199699).

3.14.

⁸⁸ Itt a realizmusról általános értelemben beszélünk, abban az értelemben, ahogyan néha mondják, hogy "Most már mindannyian realisták vagyunk", és nem egy konkrét teoretikusra vagy álláspontra utalva. Amit támadni akarok, az az, amit a modern akadémián uralkodó realista légkörök nevezhetünk.

a Lord Atkin által elfogadott elvtől eltérő elvek bármelyikével összhangban áll. Hasonlóképpen, a *Costa Rica Köztársaság kontra Erlanger ügyben hozott ítélet* mögött meghúzódó elv nyilvánvalóan nem az az elv volt, amelyre Lord Esher a *Willis kontra Baddeley* ügyben támaszkodott. Ezt a szabályt úgy is lehetett volna értelmezni, hogy az valami sokkal szűkebb alapon nyugszik; például azon az elképzelésen, hogy a Costa Rica-i igénylőkre a felfedezésnek ki kell terjednie. Hasonlóképpen, a középkori szokásjog nem egy, hanem két releváns alapelvet tartalmazott: azt, hogy a kifizetett tartozások már nem léteznek, és hogy az írásbeli bizonyíték felülmúlja a szóbeli bizonyítékot. A Court of Chancery az elsőt részécsítette előnyben a másodikkal szemben.

Bár igaz, ezek az észrevételek nem cáfolják a megállapítási elméletet. Csupán rámutatnak arra, hogy milyen módon kell fejleszteni a jogértelmezést, ha valamilyen deklaratív elméletet el akarunk fogadni. Ennek a megértésnek nem szabad kizárólag a jogszabályokra és a bírósági határozatokra összpontosítania: Lord "összefüggéstelen szabályok gyülekezete", Tennyson "precedensek kódolatlan sokasága ... az egyes esetek pusztasága, ... amelyeken keresztül néhányan, az ész vagy a szerencse vezette őket".⁸⁹ Ehelyett arra kell törekednie, hogy olyan általános jogértelmezést alakítson ki, amely olyan elveket biztosít, amelyek alkalmasak arra, hogy a fentiekben vizsgált típusú megfontolásokat irányítsák (ne pedig meghatározzák). Az ilyen elvek fényében még az olyan újszerű döntések, mint a *Donoghue kontra Stevenson*, is a hatályos jognak megfelelően születnek és fognak születni - Lord Atkin szándéka szerint.

Természetesen lesznek olyan esetek, amelyekben az értelmes emberek nem értenek egyet. Néhány ügy gondolja, hogy egy újszerű ügyet rosszul döntöttek el, mert az elvek helyes megértése más irányba mutat. Az ilyen jellegű vita elkerülhetetlen és egészséges. De ez a vita a jogról (jogelvről) szól, úgy, ahogy van.

Röviden, újra fel kell fedoznünk azt, amit Henry Maine méltányosságnak nevezett, amely - mint mondja - abban különbözik a törvényhozástól, hogy "tekintélyigényét nem valamely külső személy vagy testület előjogán, még csak nem is az azt kimondó bírő előjogán, hanem elveinek különleges természetén alapszik, amelyeknek állítólag [a pozitív] jognak meg kell felelnie".⁹⁰ Ha ezt megtettük, képesek leszünk a szükséges húst a csontokra húzni John Finnis állításának, miszerint:

a bíraskodás magában foglalja azt a kötelezettséget, hogy ne állapítson meg és ne alkalmazzon egy szabályt, hacsak nem mondható el tisztességesen, hogy az mindvégig jogilag megfelelő, az alternatíváknál megfelelőbb mérce volt a felek ügyleteinek érvényességének és helyességének értékelésére. Ha ez joggal állítható [és különös tekintettel a *Kleinwort Benson* által felvetett kérdésre], akkor ugyanaz a szabály, miután kihirdették és alkalmazták, nyilvánvalóan az egyetlen jogilag megfelelő mérce a felek ügyleteik jogi érvényességébe és helyességébe vetett hitének *helyességének* értékelésére. És ugyanígy ez lesz a megfelelő mérce a jogilag hasonló ügyletekben részt vevő felek hasonló meggyőződésének helyes vagy téves megítélésére a *legalább* olyan messzire visszanyúló időszakban, amennyire ésszerű lenne.

⁸⁹ Tennyson, "Aylmer's Field" (1793).

⁹⁰ Henry Sumner Maine, *Ősi jog: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas* (első kiadás 101861., kiadás, John Murray, 1920) ch para 26.

a befejezett, de érvénytelen vagy helytelen tranzakciók eredményeinek megzavarása.⁹¹

Bár természetesen voltak kivételek, a 20. század akadémiaja határozottan szembefordult az ilyen jellegű elemzésekkel, és a jogi realizmus egyik vagy másik formájának zászlaja alá tömörült - különösen az az elképzelés, hogy a jog, *minden jog*, apróságokban található meg: a jogszabályok egyes pontjaiban, a bírósági határozatok konkrét megfogalmazásában, vagy akár csak az ügyek kimenetelében (ahogy Lord Reid fogalmazott, mások nyomán: "a jog az, amit a bíró mond"⁹²).

Ennek a gondolatnak az öröksége jól látható a legtöbb tankönyvünkben, amelyek méretük és tartalmuk miatt sokkal inkább hasonlítanak más tudományágak szakkönyveire, mint azok tankönyveire. Valójában a modern szokásjog tankönyveinek sajátos jellege talán akkor tárul fel a leglátványosabban, ha összehasonlítjuk őket a legismertebb és legbefolyásosabb jogi tankönyvvel, Jusztiniánusz *Institutióival*. A mi tankönyveink jobban hasonlítanak a *Digestumra*.

Ez a mozgalom önfenntartó és önbeteljesítő. Például az a ragaszkodás, hogy a jog csak a forrásokban található meg, a deklarációs elmélet elutasításához vezet, ami ahhoz az elképzeléshez vezet, hogy a bírói jogalkotás jogalkotás, ami ahhoz az elképzeléshez vezet, hogy a jogalkotás politikai, ami azt vonja maga után, hogy a jogról szóló általános beszámolók lehetetlenek, ami visszavezet ahhoz az elképzeléshez, hogy a jogot a forrásokban kell megtalálni. E lánc minden egyes láncszeme - és még néhány, általam nem említett láncszem - megtartja a többi, és lehúzza őket. Ez egy olyan örökség, amelyből a 21. század csak most kezd kitörni.

De ami a legfigyelemreméltóbb az egészben, hogy a modern szemlélet holizmusa és az agresszivitás ellenére, amellyel azt képviselik - az alternatívákat, ne feledjük, abszurd tündérmeséknek és hasonlóknak nevezik -, a szokásjog olyan teljes mértékben ellenáll neki.⁹³ A jogról szóló általános beszámolóknak nem csupán a modern felfogás dominanciája miatt nem várt erejük van, hanem ez az erő a jog természetéből fakad. Ebben az értelemben a kijelentő elméletet a jog lelkiismeretének is nevezhetnénk: ha a jog nem tud hű lenni az elmülethez, akkor nem tud hű lenni önmagához sem. A jognak ezt a tulajdonságát gyakran érzékeli a bírók, még azok is, akik egyébként szilárdan a modern táborhoz tartoznak. Ebben a cikkben két példát láttunk erre: Lord újralfelfedezését és Lord újraráértelmezését a kijelentőelméletől.

Ennek fényében a két bíró írásaiban található nehézségek, amelyekre itt felhívtam a figyelmet, pozitívan tükrözik a szerzőket. Álláspontjaik problematikusak, de a problémák

⁹¹ Finnis (n 20) 175.

⁹² Reid (n 8) 22.

⁹³ Amint Atiyah (7. sz.) 347 megjegyezte, a deklarációs elméletre "még mindig gyakran hivatkozik az angol bírói kar, különösen a bírói székben tett nyilatkozatokban, annak ellenére, hogy az elmélet általában véve intellektuálisan rossz hírbe került". Természetesen nem fogadom el Atiyah elemzését ennek okairól (gyávaság vagy fondorlatosság). Lásd még a 368. pontot, ahol Atiyah mintha elismerné az itt kifejtett nézetek legalább egyik változatának vonzerejét.

annak köszönhető, hogy kellően éleslátóak ahhoz, hogy észrevegyék, hogy a szokásjog eltér a modern leírástól. Bár a kérdések kezelése tökéletlen, az, hogy munkájukban - a nagy nyomás ellenére, hogy ezt figyelmen kívül hagyják - még részben is elismerik azt, ami valóban döntő fontosságú ezen a területen, azt mutatja, hogy - ahogyan azt mindenképpen sejtettük volna - koruk két legnagyobb common law bírója voltak.