

Jogelméleti Szemle 2020/1. szám

TARTALOM

Tanulmányok

Balássy Ádám Miklós: A hatalommegosztás és a hatalomfelosztás doktrínája	3
Gát, Ákos Bence: La genèse et la relation des différents instruments de la politique publique européenne de l'État de droit	17
Gyekiczky, Tamás: Rechtssystem und Digitalgesellschaft. Transformationsmuster im deutschen Recht.....	34
Ouk Varinic: Az alapjogvédelem eszköze: A magyar, német és a spanyol jogrend összehasonlító elemzése	59
Pokol Béla: Jurisztokrácia és alkotmányi joglépcső	79
Pongrácz Alex: A globális kormányzásról való gondolkodás az államelméleti narratívában.....	119
Prugberger Tamás: A munkavégzési szerződésekkel és azon belül a munkavállalással összefüggő jogalanyiség, különös tekintettel a munkavállalói jogalanyiségra	130
Schultz, Márton: Commercial value and manifestation of personality rights in Hungary.....	144
Szmodis Jenő: Adalékok az állami beavatkozás problematikájához	157

Vita

Nagy Zsolt: Megjegyzések – Pokol Béla „A jogrendszer duplázódása” című tanulmányához	169
Prugberger Tamás: A szak-jogágak alkotmányjogi problémái a jogrendszer-tagozódás tükrében.....	177
Szmodis Jenő: Hozzászólás Pokol Béla jogrendszer-kettőződésével kapcsolatos elgondolásához ...	184
Tóth J. Zoltán: A többrétegű jogelméletről	195

Szemle

Csirszki Martin Milán: Az Amerikai Egyesült Államok versenyjogi szabályozásának történeti áttekintése, különös tekintettel a mezőgazdasági szövetkezetek helyzetére	212
Fantoly, Zsanett – Budaházy, Árpád: Introduction to the New Hungarian Criminal Procedure (Part I.)	222
Zámbó Károly: Az ember mint a jogi, vallási és erkölcsi normák címzettje	248

Recenzió

Csatlós, Erzsébet: Integrity of Administrative Law: Polish Perspective (ed. by Jan Zimmermann).....	256
---	-----

A hatalommegosztás és a hatalomfelosztás doktrínája

“Government is like fire, a dangerous Servant and a Fearful Master”²

George Washington

A demokratikus berendezkedésű államoknak elvi alapját a hatalmi ágak megosztásának elmélete konstatálja. A (*materiális*) jogállamiságnak (*Rechstaat*),³ mint fogalomnak – egyaránt mint eszmerendszernek – legalább három pilléren kell nyugodnia: az államhatalom megosztásán (*divison of powers*), amely a hatalmi ágak felosztásának fogalmából alakult át (*separation of powers*),⁴ a törvények feltétlen uralmán (*rule of law* vagy *rule by law*) és – ennek a kettő elvrendszernek alapvető követelményéből eklatánsan következően – az állam önkorlátozásán.⁵ Az állam önkorlátozásának kitétele pedig felöleli a közigazgatási aktsok feletti feltétlen kontrollt (Alaptörvény XXVIII. cikk (7) bekezdés)⁶ is, amely magában hordozza a közigazgatási bíróságok – szervezetileg meghatározatlan – létjogosultságát.⁷ A közigazgatási aktusok felülvizsgálata, kétséget kizáróan legalább olyan nagy hatással van a társadalom mindennapi cselekedeteire, mint az Alkotmánybíróság pusztá létezése. Az Alkotmánybíróságokat ugyanis Kelsen a hatalommegosztás egyik szereplőjeként képzelte el, mint egy *negatív* törvényalkotót.⁸ Ezek alapján pedig megállapítható, hogy az Alkotmánybíróságok valójában nem is a rendes bírósági rendszerekbe tagozódnak be, mint az egyedi esetek, zárt rendszerében történő határozathozatalra alkalmas fórumok, hanem a hatalom felosztása szerint a törvényhozó hatalom másik letéteményese is, mert nem individuális, hanem *erga omnes* hatállyal hozza meg ítéleteit. Ennek alapján feltehetjük a

¹ Doktorandusz, tudományos segédmunkatárs, KRE ÁJK.

² „Az államhatalom olyan, mint a tűz, mert amennyiben nem őrzik megfelelően, elhatalmasodhat, s könnyen tűzvésztt okoz”

³ Robert von MOHL: *Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, H. Laupp, 1832. (s.n.)

⁴ Vö: TÓTH J. Zoltán – OUK Varinic: *Alkotmánybíráskodás és népszuverenitás* in Acta Caroliensia Conventorum Scientiarum Iuridico-Politicarum XXIV.-szám, Budapest, 2018, 76. oldal. Lásd: TÓTH J. Zoltán: *A jogállamiság tartalma* in Jogtudományi Közlöny, 2019 5. szám 197-212. oldal

⁵GYÖRGYI Kálmán, és Deák Ferenc Továbbképző Jogakadémia Budapest. *A Jogállamiság útján - Felzárkózás Európához a Deák Ferenc Továbbképző Jogakadémia Megalakulása Alkalmából Rendezett Tudományos ülés Előadásai* Budapest, 1992. december 1. Budapest: Külkereskedelmi Oktatási és Továbbképző Kft., 1993. Petrik Ferenc: *A Jogállamiság és a Közigazgatási Bíráskodás*. 31. oldal.

⁶ Mindenkinek joga van ahhoz, hogy jogorvoslattal éljen az olyan bírósági, hatósági és más közigazgatási döntés ellen, amely a jogát vagy jogos érdekét sérti.

⁷ Megjegyzés: Magyarországon is még kiforratlan, hogy milyen formában kívánja az államhatalom meghatározni a közigazgatási aktusok feletti kontrollt. Ugyanis a rendszerváltozást követően (az 1991. évi XXVI. törvénnyel) „átmenetileg” rögzítésre került, a közigazgatási aktusok felülvizsgálati szerepének szervezeti meghatározása. Az átmeneti megoldás a rendes bírósági rendszerbe telepítette a közigazgatás feletti aktus vizsgálatot, szemben a történeti hagyományokon nyugvó különálló közigazgatási fórum lehetőségével (1883. évi XLIII, 1896. évi XXVI.). Ezt követően majd harminc év kihagyás után a hetedik Alaptörvény módosítással került beiktatásra a közigazgatási bíróságok különálló fórumának történeti felállításának kitétele (2018. évi CXXX., 2018. évi CXXXI.). Ennek ellenére a jogalkotó engedett a politikai nyomásnak, és a (2019. évi LXI és a T/6295 törvényjavaslat indoklása alapján) a nyolcadik Alaptörvény módosítással ismételen kikerült – a politika eredeti kommentálása szerint átmeneti jelleggel – a magalkotmányból a különálló közigazgatási felsőbíróság megvalósításának realizálása.

⁸ PACZOLAY Péter. *Alkotmánybíráskodás, Alkotmányértelmezés. Jogfilozófiák*. Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 1995. 16. oldal.

kérdést, hogy az Alkotmánybíróság, az a „rendes” bíróságok közé betagozódó, a szó szoros értelmében vett „bíróság” – és ezzel elhelyezve azt a hatalmi ágak triászának, igazságszolgáltatási csapásvonalába, – vagy inkább a kelsen-i gondolat szerinti (negatív) törvényhozó szerepkörben feltűnő jogalkotó?⁹ Vagy esetleg egy olyan testület (tanács),¹⁰ amely az államhatalmi ágaktól függetlenül örökös, a jogállam eszméje felett, ezzel új hatalmi szerepkört konstatálva az állam működésébe.¹¹

Mindezek alapján megállapíthatjuk, hogy a hatalommegosztás csak akkor képes érvényesülni, amennyiben a hatalmi ágak hatáskörét képesek vagyunk élesen elválasztani egymástól és megállapítani azoknak a különböző hatásköreit. Ennek a sikeres megállapítása után – követve a standard montesquieu-i tanokat¹² – tudunk csak a hatalmi ágak funkcionális megosztásáról beszélni. Ugyanis Kelsen is azt mondta, hogy a hatalommegosztásnak a belső lényege – és egyben a funkciója – a hatalommal való visszaélés megakadályozásában rejlik.¹³ Ebből értelmezhető az, is, hogy „a hatalommegosztás, mint a hatalomgyakorlás korlátja maga is korlátozott”¹⁴ és azt is, hogy [a] jogállam... egyaránt forma (a jog elsőbbsége a hatalommal szemben) és tartalom (a hatalommal szembeni szabadság biztosítása).¹⁵ Ezt a logikát követve érdemes visszatekinteni Spártára és a spártai polgárokra, ugyanis ők szabadabbak voltak, mint bármely másik állam polgárai a világon, de a rabszolgák is jobban voltak rabszolgák, mint bárki az adott korban.¹⁶ Az egyéneknek szinte korlátlan szabadsága, így ugyanúgy megjelent a jog belső rendszerében, mint a rabszolgaság legitím intézménye. Így, pedig a jog, amely a polgárokat szabaddá tette, nem különbözött attól a jogtól sem, amely egy másikat szolgátságba taszított.¹⁷ Mivel az állami főhatalom a szuverén része, így a megosztott hatalmi ágaknak egyensúlyban kell lenniük a főhatalom birtokosával.

⁹ Vö: VARGA Zs. András: *Ombudsman, ügyész, magánjogi felelősség. Alternatív közigazgatási kontroll Magyarországon* in Jogtudományi Monográfiák 3. in Iustum Aequum Salutare, Budapest 2012 29. oldal Lásd: PATYI András: *Közigazgatási bíráskodásunk modelljei*. Budapest, Logod, 2002. 49-50. oldal. SZAMEL Katalin – BALÁZS István – GAJDUSCHEK György – KOI Gyula (szerk.): *Az Európai Unió tagállamainak közigazgatása*. Budapest, Complex, 2011. 249. oldal, Lásd: Neville BROWN – John S. BELL: *French Administrative Law*. Oxford, Oxford University Press, 2003. 279–287. oldal.

¹⁰ A francia igazságszolgáltatási modellt elemezve megállapíthatjuk azt, hogy a normák alkotmányosságának vizsgálata nem az Alkotmánybíróság kizárólagos terrénuma, hanem az alkotmánybírósági feladatokat ellátó *Consil Constitutionnel* és a közigazgatási bíráskodást ellátó *Conseil d'État* együttesen látja el. Lásd: KILÉNYI Géza: *A közigazgatási bíráskodás néhány kérdése* in Magyar Közigazgatás 1991/4-es szám 303. oldal. Lásd: VARGA Zs. András: *A közigazgatás jogvédelemi rendszere* in JAKAB András – FEKETE Balázs (szerk.): *Internetes Jogtudományi Enciklopédia (Közigazgatási jog rovat, rovatszerkesztő: BALÁZS István) (2017) [52]*

¹¹ Alaptörvény 25. cikk (1) bekezdése alapján a bíróságok igazságszolgáltatási tevékenységet látnak el. A legfőbb bírósági szerv a Kúria. Ebből következik, hogy Magyarországon az Alkotmánybíróság nem a legfőbb bírósági fórumot tölti be, hanem 24. cikk (1) bekezdés szerit az Alkotmánybíróság az Alaptörvény védelmének legfőbb szerve, tehát ebből sem kapjuk meg a keresett válaszunkat a kérdésre, csak azt, hogy nem a legfőbb bírói fórum az Alkotmánybíróság. Vö: VARGA Zs. András: *Hatalommegosztás, az állam- és a kormányforma* in Pázmány Law Working Papers 2013/5 Az igazságszolgáltatáshoz tartoznak a bíróságok, törvényszékek, ítélőtáblák, a Kúria, valamint – hacsak hibásan nem tekintjük önálló államhatalmi ágnak – az Alkotmánybíróság.

¹² Vö: ALOIS Riklin: *Montesquieu's so Called 'Separation of Powers' in the Context of the History of Ideas* in Collegium Budapest Publications, Discussion Paper, Budapest, 2000, 61 sorozat 1-18. oldal

¹³ KARL Korinek: *A hatalommegosztási tan aktualitásáról (1995)* in *Államtan írások a XX. századi általános államtudomány köréből* (szerk. TAKÁCS Péter), Budapest Szent István Társulat; 2003, 678. oldal.

¹⁴ VARGA Zs. András: i.m. 2013/5

¹⁵ VARGA Zs. András: *Eszményből bálvány*, Századvég Kiadó, 2015, 10. oldal.

¹⁶ Plutarch. Lycurgus 28. 5. *"In Sparta the freeman is more a freeman than anywhere else in the world, and the slave more a slave."*

¹⁷ Vö: ALBERT Soboul: *Annales historiques de la Révolution française*, 23 évfolyam, 124.-szűm (október-december) 1951, 321-359. oldal Un manuscrit inédit de Saint-Just: "De la Nature, de l'État civil, de la Cité, ou les Règles del'indépendance du Gouvernement: 342. oldal „Dans les républiques même la force est le droit, la liberté était à Sparte un droit de la constitution à Sparte l'ilotie était aussi un droit de la constitution. Il en est de même de nos métropoles et des gens de couleur o hommes le droit par lequel vous êtes libérés est le même que celui par lequel vous opprimez. »

A hatalmi ágak megosztásánál a hatáskör meghatározás nem csak azt jelenti, hogy az egyik hatalmi ág nem von el hatáskört a másiktól, hanem azt is, hogy egy jogállamban korlátlan és korlátozhatatlan hatalom nem létezik.¹⁸ „Összességében kijelenthető, hogy az egyes államhatalmi ágak egymásra hatása nem zárható ki teljesen, azaz az államhatalmi ágakat nem elég elválasztani, hanem ki is kell egyensúlyozni.”¹⁹

I. A demokráciában az erő joga uralkodik

A (nép)szuverenitás – csakúgy, mint egy állam alkotmányos önazonossága – átruházhatatlan, elidegeníthetetlen és oszthatatlan, mely sem fokozást, sem kisebbitést nem tűr.²⁰ A társadalom azért rendelkezik a birtoklás jogával, mivel vele szemben megjelenő erő ellenében nincs más lehetősége, mint a törvény(ek) alkalmazásának kikényszerítése, ami maga az erő, az erőszak alkalmazása pedig csak a társadalom egészének a joga lehet. Ennek a jognak a legitim alkalmazása folytán tudunk „szuverénról” beszélni. John Locke koncepciójában megjelenő szuverén maga a *jog*, így *jog* csak ott lehet, ahol az absztrakt szabályok uralkodnak az embereken, nem pedig fordítva.²¹ A szuverenitás ilyen típusú megközelítése azonban, „csak” a külkapcsolatokban nyerhet értelmet, mert az erőszakot csak erővel lehet visszaterelni az eredeti medrébe. A szuverenitás *külső* oldala ezek alapján nem más, mint képesség arra, hogy egy adott nép ellenállni legyen képes a külső elnyomásnak.²² Megállapítható, hogy a szuverén külső oldalának alapján egyszersmind a hatalom is, erre való tekintettel a főhatalom alkalmazását jelenti. A szuverenitás *belső* oldala pedig az állami hatalommegosztást jelenti, hogy az adott országon belül milyen módon oszlik meg a törvényhozó, az igazságszolgáltató és a végrehajtó hatalom.

II. A hatalom megosztása

A modern hatalommegosztás elmélete alapján, az államnak három megosztott funkciója van; *a törvényhozás, az igazságszolgáltatás és a végrehajtás* (azaz más néven ezt hívjuk funkcionális hatalommegosztásnak).²³ E három funkció, a mai ismert formájában a folyamatos gyakorlati kikényszerítésével nyert magának teret, nem pedig elvi konstatálásával. Ezért fontos felismerni azokat a behatásokat, hogy mik képezték az elmélet alapját, annak a papírra vetésekor, mert csak ennek elemzése során vagyunk képesek a kormányzás természetével kapcsolatos kezdetleges problémákat feltárni. John Locke munkáiban is az

¹⁸ 62/2003. (XII. 15.) ABH. 28/1995 (V. 19.) ABH.

¹⁹ VARGA Zs. András: i.m. 2013/5 2. oldal.

²⁰ „Ha osztható lenne, akkor nem egyetlen főhatalom lenne, ha pedig több lenne, akkor az nem lenne főhatalom. Ez nem jelenti azt, hogy a kormányzat, mint a főhatalom gyakorlója szükségképpen egységes lenne, vagy hogy ne lehetnének különböző szervek, akik a szuverenitásból származó feladatokat külön-külön, saját felelősségi körükben gyakorolhatnák; de ha több állami szerv is létezik, ezek akkor is az egységes főhatalom gyakorlását összeségükben végző szervezetrendszer (a kormányzat) részei.” in TÓTH J. Zoltán: Állam- és jogelméleti előadások, Patrocinium, Budapest 2018,97-101. oldal.

²¹ BALÁSSY Ádám Miklós: *Jogállam, joguralom vagy jogállami joguralom* in KRE-DIt 2019/1-es szám. 9. tanulmány 1-4. oldal Lásd: John LOCKE: *Essay concerning the true Original, Extent, and End of Civil Government*. Preceded by Robert Filmer's „Patriarcha.” With an Introduction by Henry Morley. London. Routledge. (1884). 320. oldal.

²² ALBERT Soboul: i.m. 1951, 338. oldal. *Il est une autre souverainité qui n'est point indivisible, incommunicable, inalienable, c'est la souverainité particulière de tous les hommes par laquelle[...].*

²³ TÓTH J. Zoltán: A jogállamiság tartalma in Jogtudományi Közlöny 2019/5.-szám 197-212 <http://real.mtak.hu/100573/1/A%20jog%C3%A1llamis%C3%A1g%20tartalma.pdf>

államhatalom egyfajta elválasztásáról – és nem megosztásosról – olvashatunk,²⁴ azaz arról, hogy a hatalmi ágak elválasztása a törvényes normákkal való „tevékenység behatárolása, annak a pontos megszabása, hogy kinek mi jár és hol kell megállnia.”²⁵ Ezek a kormányzati funkciók mutatják meg számunkra a legjobban, hogy milyen problémákra kellett és kell reagálnia nyugati társadalomnak. Ezek az értékek, amelyek a nyugati gondolkodást jellemzik, nem tartoznak azok közé az elvek közé, amelyek maguktól képesek lennének az önpredestinációra. Ugyanis amikor a hatalommegosztásról beszélünk (*division of power*),²⁶ akkor azt szükséges meghatároznunk, hogy egy kormányzati technikát vagy egy hatalomelméleti felépítést értünk-e ezalatt. A kormányzati technika pedig azt jelenti-e, hogy a különböző hatalmi funkciók úgy vannak megosztva egymás között, hogy a törvényhozást a társadalom által megválasztott egyének alkotják, a végrehajtást a kormány és az igazságszolgáltatást pedig független – bírói – szerv gyakorolja, vagy azt, hogy a fékek és egyensúlyok (*checks and balances*) rendszerébe a hatalmi ágak nem kerülnek mereven szétválasztásra.²⁷

A hatalommegosztás doktrínája korántsem egyszerű, egyértelmű és azonnal felismerhető fogalmi készlettel operál. Éppen ellenkezőleg, a politikai gondolkodás olyan területét képviseli, amelyben rendkívül zavaros fogalmakat használ az államapparátus. Ezenkívül a XXI. századot megelőző évszázadok forrásainak következtetései nem felelnek meg a jelenkori hatalommegosztással összefüggő problémákra. A hatalommegosztás fontosságának – vagyis korábban hatalmi ágak elválasztásának – szerepe ugyanis az ókorig vezethető vissza, ahol a „kormányzati” funkciók fogalmait, valamint a vegyes és kiegyensúlyozott kormányzás módszereit fejlesztették ki,²⁸ amelyek vitathatatlanul nélkülözhetetlen elemei voltak az „állam” irányításának.

A kormányok szerepvállalásával kapcsolatos feltevések strukturális változása együtt járt a szuverenitás természetének hangsúlyos átalakulásával is, ugyanis a XIX. századot megelőzően egyetlen, mindenható hatalomforrás szükségességét hangsúlyozta a jogirodalom.²⁹ Így általában az abszolutisztikus teóriák kerültek előtérbe, szemben a liberális államberendezés képviselőivel.³⁰ Ezzel szemben pedig a Rousseau által kialakított korlátlan szuverenitás elmélet alapján a népet kell felruházni a hatalom gyakorlásával, s nem a monarchát.³¹ Azaz a főhatalom letéteményese mindig a nép marad, legyen szó bármilyen

²⁴ Lásd: TAKÁCS Albert: A hatalommegosztás elvének alkotmányelméleti értelmezése. In Hatalommegosztás és jogállamiság. (szerk.: MEZEY Barna), Budapest, 1998, 98. oldal.

²⁵ ZLINSZKY János: *Keresztény erkölcs és jogászai etika* in Szent István Társulat, Budapest 2002, 79. oldal.

²⁶ STUMPF István: Rule of Law, Division of Power, Constitutionalism in *Acta Juridica Hungarica* 55, évfolyam 4. szám. 303. oldal

<https://akademiai.com/doi/pdf/10.1556/AJur.55.2014.4.1> (letöltve: 2020.03.03)

²⁷ CSERVÁK Csaba: *The distribution of Power in Europe and in Central Europe – Separation of Power, Checks and Balances of the Power. Central European Political Science Review*, Winter 2014, 83–87. Lásd: Sári János: *A hatalommegosztásról, Bibó István államtudományi felfogásáról* in *Társadalmi Szemle* 1989. 5-szám 5-11. oldal.

²⁸ VARGA Zs. András: i.m. 2013/5 2. oldal.

²⁹ Lásd: Thomas HOBBS: *Leviatán* Kossuth Kiadó: *És noha az emberek esetleg azt képzelik, hogy egy ilyen korlátlan hatalomnak sok rossz következménye van, de a hiányának következménye, vagyis az ember és ember közti örökös háborúskodás, még sokkalta rosszabb.* 210. oldal.

³⁰ Lásd: Jean BODIN: *Les six livres de la République* első könyv II fejezet L. oldal 1576 „*Un petit Roy(al) est autant souverain que le plus grand monarche du monde*”. Bodin már ebben a művében is megfogalmazta az állami szuverenitás abszolutisztikus ideáját. Lásd még: VARGA Csaba: A törvényhozó közbenső döntése és a hézagproblematika megoldása a francia jogfejlődés tükrében in *Jogtudományi Közöny* 1971. január első szám 43. oldal *Már a XVI. század derekán Bodin határozott különbséget tett az uralkodó s a bíró által gyakorolt méltányosság között, megjegyezve, hogy „egy törvény méltányosság nélkül úgyszólván nem más, mint egy test lélek nélkül”, és alkalmazásának csupán annyiban szabott határt, amennyiben véleménye szerint „nem szabad a bírónak oly erősen meghajlítani a törvényt, hogy az megrontódjék”.*

³¹ DÉKÁNY István: *A mai társadalom: Bevezetés a társadalomtudományokba*, Budapest, 1943, 319. oldal: *a „nép” minden de minden tagja ég az állami ügyekben való részvétel hevétől, nincs sehol egy szemernyi állam*

kormányzati formáról.³² Mert, ha a hatalom a nép kezében összpontosul – vagy azoknak a képviselőiben (közvetett vagy közvetlen módon) – akkor a zsarnoki, önkényes kormányzásról nem tudunk beszélni. A XIX. században pedig már ennek a korlátozására is találunk példát Alexis de Tocqueville munkájában,³³ ahol kifejtésre került az az elképzelés, hogy a népszuverenitást, mint egyenlőségi elvet is korlátozni szükséges annak érdekében, hogy az egyéni szabadságjogok ne kerüljenek veszélybe az alkotmányos hatalommegosztás érvényesülése során.³⁴ Amennyiben a választójogot csak a közösségben érdekeltkre korlátoznánk, akkor a korlátlan oszthatatlan szuverén hatalom gondolata a liberális egyénközpontú gondolkodók számára nem fenyegetést, hanem garanciát jelenthetné - írja Tocqueville.

Paul Laband a XIX. századi Német filozófus a szuverenitást újszerűen közelítette meg: véleménye szerint, amennyiben a szuverenitás megfogható egy társadalmi rétegben, akkor maga az állam – mint a szuverén – egy személy képben is materializálódhat, amely azt jelenti, hogy az állam maga is egy *jogi személy*.³⁵ Ezt abból a német császári államberendezkedésből vezette le, hogy a birodalom egyes tartományai – közjogi vetületben – ún. tanácsokként viselkednek, mint egy jogi személy grémiuma, a császár pedig ennek a jogi személynek az irányítója.³⁶ Így *”lényegileg ez miben sem különbözik azoktól a jogoktól és köteleességektől, amelyeket a magánjogi jogi személyek igazgatói gyakorolnak a jogi személy ügyeinek vitelekor.”*³⁷ Laband logikájából levezethető az is, hogy amennyiben az állam egy jogi személy képében is képes szuverén akaratot nyerni, akkor – jogi értelemben – egy természetes személy alakjában is materializálódhat az. A birodalmi elgondoláshoz hasonló gondolatmenetet fogalmazott meg Yatsuka Hozumi, amikor leírta a japán császári berendezkedés (*Tenno*) rendszerét.³⁸ Hozumi szerint a császár nem egy meghatározott hatalmi ága az államnak, hanem a császár maga az állam.³⁹ A császár abszolút és oszthatatlan hatalommal bírt Japánban, a hatalommegosztás pedig csak azt jelentette, hogy a császár (természetes személy) a szuverén akaratának érvényesülése (és gyakorlásának) érdekében különféle kormányzati szerveket hív segítségül.⁴⁰ Mindebből véleményem szerint következik, hogy a szuverén hatalom – legyen az jogi vagy természetes – személyiségi jogokkal van felruházva.⁴¹

iránti közönység, illetve ráér is mindenki (mint ő!), és így gondolatban az egész népet (peuple) teljesen elpolitizálja.

³² ROUSSEAU, Jean-Jacques: *Értekezések és filozófiai levelek*. Magyar Helikon, Budapest, 1978, 463-791. oldal

³³ Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique, Première édition historico-critique revue et augmentée par Eduardo Nolla*, Paris, I. kötet, Librairie Philosophique J. Vrin, 1990, 196-198. oldal.

³⁴ Vö: HALMAI Gábor: *Sajtónyilvánosság és politika* in *Kritika* 1994 3. szám 18-19. oldal

³⁵ Harald KLEINSCHMIDT: *People on the Move: Attitudes Toward and Perceptions of Migration* in *Medieval and Modern Europe*. USA, 2003, 217. oldal

³⁶ Paul LABAND: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Tübingen 1876, V-VI. fejezet (s.n.)

³⁷ EREKY István: *Közigazgatás és Önkormányzat* in MTA Jogtudományi Bizottság kiadvány sorozatának 10. száma, Budapest, 1939, 88. oldal

³⁸ Megjegyzés: Hozumi elmélete a Japán alkotmányosságról és a császár személyéről, mint történelmi önazonosságot biztosító egységről megállapítható, hogy nagy hasonlóságot mutat a magyar Szent Koronatanával és az Alaptörvény R.) cikkével, történelmi alkotmányával.

³⁹

日本国憲法:

天皇は、日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であつて、この地位は、主権の存する日本国民の総意に基

The Emperor shall be the symbol of the State and of the unity of the People, deriving his position from the will of the people with whom resides sovereign power.

⁴⁰ Joseph PITTAU: *Minobe Tatsukichi no shisōshiteki kenkyū* in *Monumenta Nipponica*, 1965, 20 évfolyam 3-4. szám 469.-470.o.

⁴¹ Megjegyzés: Ugyan ezt a gondolatmenetet Concha Gyöző vitatná, mert szerinte az állam személyisége – mint

III. A hatalom felosztása: Donato Giannotti

Jogállamiságról akkor tudunk beszélni, amennyiben a politikai hatalom meg van osztva, pontosabban, ha van valós biztosíték arra, hogy a jog nem egy kézben összpontosul.⁴² Ez az elképzelés már Arisztotelész által használt „*nomarchia*” kifejezésben is, megjelent, de magának a hatalom felosztásának az elvi alkalmazhatósága először a XVI. század hajnalán Donato Giannotti (*Della Repubblica di Firenze 1534*)⁴³ olasz államférfi írásaiban fogalmazódott meg. A korai műveiben az államhatalmi funkciók négyes felosztásban jelentek meg amelyben különbséget tett a,

- választással foglalkozó,
- külpolitikával foglalkozó,
- törvényalkotással foglalkozó és
- az igazságszolgáltatással foglalkozó

hatalmi ágak között.⁴⁴

Ezzel a gondolattal mintegy két évszázaddal megelőzve Montesquieu „*A törvények szelleméről*” szóló 1748-as munkáját. Az államhatalmi funkciók diszkrecionális felosztásán túl Giannotti még egy politikai eljárási szakaszt is beiktatott az államhatalmi mechanizmusba, ezzel biztosítva a jog uralmát (*Principio di legalità*). Ez a politikai eljárási szakasz három fogalommal operál. Elsődlegesen beszél javaslatvételi (*consultazione*), másodlagosan döntési (*deliberazione*) és végül végrehajtási (*esecuzione*) szakaszról. A javaslatvételi szakasznak le kell fednie az előzetes konzultációk kidolgozását és a (törvény)javaslatok benyújtását. Ezt követi a döntéshozásnak a fázisa, amelyben megvitatásra kerülnek az előző fázisban elfogadott javaslatok. Végül pedig, amennyiben egy javaslat az összes szakaszban pozitív elbírálást kapott, akkor az átkerül az utolsó – végrehajtási – szakaszba.

Giannotti nem csak a különböző hatalmi funkciókat különítette el egymástól, hanem még egyfajta distinkciót bevezetett a polgárság felosztására is.⁴⁵ Így négy különálló szférába helyezte el az állam lakosait. Az első szinten a pornép (*plebei*), akiknek nincsenek javaik, de kívánják a békét és a nyugalmat mégsem szólnak bele annak a kivitelezésébe. A második szinten, a köznép (*popolari*), akiknek már vannak apróbb javaik és szintén kívánják a békét és a nyugalmat, de azon felül a szabadságra áhítoznak. A harmadik szinten a – középszerű – polgárok (*mediocri*), akik már felül emelkedtek a béke, a nyugalom, a szabadság ideáján és már a minél nagyobb megbecsülést óhajtják (*desirous of honour*). A legfelső szinten pedig a nemesek (*grandi*) helyezkednek el, akik a békén, a nyugalmon, a szabadságon és a megbecsülésen túl a nagyságot és azzal járó hatalmat kívánják elérni.

a szuverén – nem azt jelenti, hogy az állam fölött egy személy uralkodik, hanem hogy az állam a maga egészével (terület, személyek és azok fölött gyakorolt főhatalom) lép a személyi lét állapotába...” *E személyi létezésnek nyilvánulása az állami öntudat, az ennek megfelelő elhatározás, vagyis belső akarat s a belső, akaratot valósító cselekvés.*” Lásd: CONCHA Győző: *Politika I. kötet Alkotmánytan* második kiadás, Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, Budapest, 1907, 230. oldal.

⁴² THOMAS Carother: *The Rule of Law revival in Foreign Affairs* 1998, 77 kiadás, 2.-szám 95-106. oldal

⁴³ Az első (befejezetlen) publikálásra szánt változat csak 1721-ben került kiadásra. A könyvet eredetileg négy részre osztva. Az első részt Arisztotelész és Polübiosz munkásságaira alapozta, amelyben megállapítja, hogy a vegyes alkotmányok lehetnek a legjobb forrásai egy állam kormányzásnak. A második részben a firenzei köztársaság 1494-1512 majd 1527-30-as időszakát kritizálja politikai szempontból egyfajta tükröt tartva az uralkodó réteg elé. A harmadik részben pedig megalkotja a tökéletes vegyes alkotmány koncepcióját, azaz a hatalom felosztásának doktrínáját. Az utolsó fejezetben végül leírja, hogy milyen a várost körül ölelő földeken milyen védelmi intézkedéseket szükséges elvégezni a szuverén védelmének érdekében, majd bemutatja, hogyan lehet végrehajtani az elképzelt programot.

⁴⁴ ALOIS Riklin: *Division of power „avant la lettre”*: Donato Giannotti in *History of Political Thought* 28. szám második kiadás 2008, 264. oldal.

⁴⁵ Megjegyzés: amely hasonlóságot mutat Platón és Arisztotelész által megalkotott társadalom-felosztásra.

A lakosság eme felosztása alapján tisztán kivehető, hogy a *plebei*-nek nincsen államformáló ereje, ellentétben a három másikkal, akiknek különböző módon megfogható társadalmi vágyaik, kívánságaik vannak.⁴⁶ Ezek alapján, pedig Giannotti meghatározza a különböző államhatalmi szervezetek intézményesítései összetételei, azaz személyi körét is:

A Nagy Tanács (*Grande Council*) tagjai a teljes lakosság közül kerülnek megválasztásra, kiváltképp azok közül, akiknek az a célja, hogy a jogait érvényesítse a közgyűlésben, ezzel egy demokratikus elemet iktatva a „vegyes alkotmány” elképzelésébe. A Parlament (*Senate*) tagjai egy évre a két felsőbb osztály (*mediocri, grandi*) tagjai közül kerülnek megválasztásra, így képviselve az oligarchikus elemet a vegyes alkotmányban. A Kormány (*Collegio*) tagjai, a legfelsőbb (*grandi*) rétegből kerülhettek csak megválasztásra. A kormány a kormányfőből (*Gonfaloniere*),⁴⁷ a prokurátorokból, a legfelsőbb végrehajtói tanácsból (*Signoria*), a kül-és belbiztonsági „tíz miniszterből” (*Dieci*)⁴⁸ és a parlament első négy elnökéből áll. A kormányfőt és a prokurátorokat életre szólóan választják meg, ezzel a monarchikus elemet biztosítva a vegyes alkotmányba, míg a többiek egy évre választanak meg ún. képviselőnek a kormányba.

Giannotti a hatalom felosztását, úgy képzelte el, hogy: a külpolitikai hatalomban, a kormánynak javaslattevési és az abból eredő felelőssége is van. A javaslattevést a kormányon belül a Dieci látja el. Ezen felül a Dieci döntési jogkörrel is rendelkezik a parlamentben (*senate*) – kivéve a háború indításának joga, ami a Nagy Tanács privilégiuma. A javaslatok – mérlegelés utáni – végrehajtása pedig a kormányon belül a Dieci-re van bízva. A törvényhozó hatalomban a kormánynak van javaslattevési jogköre, bár itt elsődlegesen a közvádlók feladata, hogy az állampolgárokat érintő kérdésekben egy előzetes konzultációt is lefolytassanak, mielőtt az törvényhozó hatalom elé kerülne az. A döntési jogkör a törvényhozó hatalomban két szinten oszlik meg. Elsődlegesen a parlament dönt majd azt követően a Nagy Tanács. A végrehajtást szintén a kormány (*Signoria*) kezében összpontosul, akit, a *magistrati* támogat adminisztratív oldalról.

Az igazságszolgáltatási rendszernek az eljárását, *de facto* nem osztja fel három részre – a többi hatalmi ággal szemben – de ennek ellenére, *de iure* ugyanúgy megtalálhatóak a felosztások. A javaslattevési eljárás így a kereset vagy a vád megfogalmazásában valósul meg, míg a döntést a legfelsőbb bíróságra (*Quarantia*) bízva. A *magistrati* pedig végrehajttatja a bíróság által hozott ítéleteket.

Az első két eljárási (külpolitikai, törvényhozói) forma, ugyanúgy alkalmazható a választásokkal kapcsolatos hatalmi ágra is még, ha Giannottinál nem is jelenik meg szó szerint ennek a lehetősége. Ez alapján, pedig a jelölteknek a jelölése (javaslattevése) a jelölők feladata. A választás pedig a Nagy Tanács vagy a Parlament döntésétől függ. A többlépcsős választási eljárást egy racionálisan szabályozott választáson útján határozza meg – ellentétben a régi államok által használt gyakorlattal, ahol sorsolás módján történtek a választások.

Giannotti a hatalom felosztásának doktrínája alapján két rendet különít el. Elsődlegesen azt, amelyben a javaslattevési és a végrehajtási hatalmak összpontosulnak. Másodlagosan pedig azt, amelyben az adott javaslat mibenléte felelő döntést hoznak. Az előbbit, a társadalom korlátozott – azaz a meghatározott igény érvényesítésben érdekelt – rétegére szabta, míg az utóbbit a társadalom – pontosabban az adott városállam lakosságának – egészére bízta. Giannotti a montesquieu-i hatalommegosztással kapcsolatos kiritkák megelőzve, azzal érvel,

⁴⁶ Megjegyzés: Mindebből kitűnik, hogy Tocqville-i gondolata nem volt *nóvum*, mert, amennyiben a választójogot csak a közösségben érdekeltkre korlátoznánk, akkor a korlátlan oszthatatlan szuverén hatalom gondolata a liberális egyenközpontú gondolkodók számára nem fenyegetést, hanem garanciát jelenthetné. A későbbiekben J. Sturat Mill ezt a felosztást azonosítja a többség zsarnokságával (*tyranny of the majority*) in John Stuart Mill: *On Liberty*, The Library of Liberal Arts edition, 7. oldal.

⁴⁷ GESZTELY-HEGYVÁM: A Pallas nagy lexikona, 1894, 8 kötet 109. oldal.

⁴⁸ „Tízek” tanácsa

hogy amennyiben ugyanazok az egyének hajtják végre az adott normákat, akkor azok támogatni, segíteni fogják annak a javaslatnak a gyakorlati alkalmazását. Ennek okán – írja a szerző – nem valószínűsíthető az, hogy a hatalom ilyen típusú gyakorlása zsarnoki lenne.

IV. A törvények uralma Magyarországon

Hazánkban a – montesquieu-i tanoknak megfelelő, azaz a – klasszikus hatalommegosztásról szóló doktrínát – a parlamenti többség és a kormány összefonódása révén – már nem tudjuk alkalmazni, szögezte le az Alkotmánybíróság még 1993-ban.⁴⁹ A döntést megelőzően a XIX. század közepére a közjogi gondolkodásnak már megvolt az a tapasztalata, amely nyomán egyértelművé vált az államapparátus szervezőinek számára, hogy a XVIII. századi hatalommegosztási doktrína alkalmazása a XIX. századot követő - parlamenti berendezkedésű – államokban már nem alkalmazható, mert a „*miniszeri felelősség intézménye nem zárta ki a hatalomkoncentrációt, nem akadályozta meg az alkotmányos többség túlhatalmi törekvéseit.*”⁵⁰ Így, a parlamenti berendezkedésű országokban, az alkotmány szintű hatalommegosztás „strict” konstatálása, ideáltipikus. Magyarországon a végrehajtó hatalom fejének (miniszerelnök) személyéről a törvényhozó hatalom (Országgyűlés) hozza meg a döntést, addig a törvények jelentős részét a végrehajtó hatalom (kormány) kezdeményezi a törvényhozó hatalom (Országgyűlés) mellett.⁵¹ Ennek az oka, hogy a parlamenti kormányformák gyakorlati érvényesülése során egyfajta „fúzió” jön létre a különböző hatalmi ágak között azzal, hogy a különböző tisztségek betöltéséhez nem szabnak meg összeférhetlenségi szabályokat.⁵² Így egy kormánytag, aki a végrehajtó hatalom tagja, ugyanúgy lehet képviselő is, ezzel alapvetően figyelmen kívül hagyva a hatalom szó-szoros értelmében vett elkülönülését, amennyiben pedig ez alkalmazásra kerülne, akkor egy *ilyen összeférhetlenség a törvényhozó és a végrehajtó hatalom relatív függetlenségének...a példája lehetne.*⁵³

Manapság a hatalom megosztása alatt azt értjük, hogy a bírói hatalmi ágat elszeparáljuk a politikai jellegű törvényhozó és a végrehajtó hatalomtól, amelyet jelen elemzés keretein belül Magyarország vetületében is szorosán összekapcsoltunk. Ebből pedig az is következik, hogy a joguralom funkciója nem feltétlenül abban nyilvánul meg, hogy mind a három hatalmi ágat szigorúan elkülönítjük egymástól, hanem hogy a bírónak biztosítjuk ítélezésük során a teljes függetlenséget, pártatlanságot és elmozdíthatatlanságot.⁵⁴ A jog uralmából következik az is, hogy a megalkotott normának mindenki alá van vetve, azaz a jog

⁴⁹ 38/1993. (VI.11.) AB határozat, [2] *Az Alkotmánybíróság a hatalmi ágak elválasztása elvének (mint a jogállamiság alkotóelemének) értelmezése során abból a helyzetből indul ki. törvényhozó és a végrehajtó hatalom "elválasztása" ma lényegében a hatáskörök megosztását jelenti a parlament és a kormány között, amelyek azonban politikailag összefonódtak. A parlamenti többséget alkotó pártok alakítanak kormányt, a parlament zömmel kormány törvényjavaslatait szavazza meg.* Továbbá folytatja, hogy a bíróság (mint hatalmiág) szempontjából az ítékezés függetlensége [...] is megköveteli, hogy a bíróságok és a másik két hatalmi ág között ne jöjjön létre olyan politikailag meghatározott függés, mint a parlament és a kormány között.

⁵⁰ STIPTA István: *A közigazgatási bíráskodás történeti modelljei* in Jogtörténeti szemle, 2015 évi 3.szám 40. oldal.

⁵¹ TÓTH J. Zoltán: *Állam- és Jogelméleti előadások* in Patrocinium, Budapest, Patrocinium, 2018, 187. oldal.

⁵² Megjegyzés: Az összeférhetlenségi feltételek szigorú alkalmazásának fellágyulása a törvényhozó és a végrehajtó hatalom személyeiben látható igazán.

⁵³ SZALAI András: *A hatalmi ágak relatív függetlenségéről, avagy a köztársasági elnök újra a végrehajtó hatalomban?* in Jogelméleti Szemle 2013/1. szám (letöltve: 2020. 01. 20.)

<http://jesz.ajk.elte.hu/szalai53.pdf>

⁵⁴ Ahogy WLASSICS Gyula mondta biztosítani kell a bírók „magna chartáját”. In Jogtudományi közlöny 1917-évi 3. szám Wlassics Gyula báró évnyitó beszéde a közigazgatási bíróság teljesülésében.

uralma abszolút, ami nem jelent mást, mint hogy a bíróságnak „joga” van arra, hogy minden jogellenes aktust megítéljen, bárki is követi azt el.

A kérdés az, hogy mi történik akkor, ha a normák a zsarnokiak? A joguralom pozitivista felfogása szerint a bírónak alkalmazni kell a legitim jogot, ugyanis a bírák *a törvény szájai*.⁵⁵ A pozitivista jogfelfogás hiátusa kétségtelen, ahogy már ezt az ókori drámákból is tudhatjuk Phaedra esetén, hogy – írja Albert Soboul: „*Phaedra ártatlan, mert a törvény alkalmazása volt a vérfertőző. Így, mielőtt vádat emelnénk az emberek ellen, a törvényeket kell vádlottak padjára ültetnünk*”,⁵⁶ E újkeletű doktrína alapján pedig a bírói hatalom különválása garantálja az állampolgárok szabadságát, mert „*nem kényszeríthető olyasmire, amire a törvény nem kötelezi, és nincs eltiltva annak megtételétől, amit a törvény megenged*”.⁵⁷

V. Az önkorlátozás

Az államhatalom meghatározott értéke az, hogy szabadságot biztosít mindenki számára. Ez nem jelent mást, minthogy államnak kötelessége a hatáskörét –, illetve eljárási készségét a negatív-szabadság elvének meghatározás alapján – korlátozni, annak érdekében, hogy nagyobb szabadságot biztosítson polgárainak, mert a szabadság nem más, mint a külső akadályok távolléte.⁵⁸ Amennyiben az államhatalom ezt nem ismeri fel, és szisztematikusan egy túlzott-paternalista jogrend alapján kíván eljárni, akkor az állam alapvető funkciói – a hatalom összpontosulása okán – zsarnokiak lesznek.⁵⁹ Ennek az oka, hogy aki saját ügyeiben kényszerül ítéletet mondani könnyen kényúrrá válhat, ezért elengedhetetlen, hogy a szuverén akart – azaz maga az államapparátus egésze is – önkorlátozásnak vesse alá magát, meghatározott esetekben.⁶⁰ Az önkorlátozás nem az állam passzivitását jelenti, hanem azt, hogy meghatároz olyan hatásköröket, amelyeket nem kíván belsőleg szabályozni. Ez pedig pontosan az állam aktivitását feltételezi azzal, hogy olyan plusz garanciák beépítését biztosítja az államhatalmi rendszerbe, amellyel az egyének az állammal szemben, érvényre tudja juttatni a jogos vagy jogosnak vélt igényeit. Az állampolgárok elismerik azt, hogy az államnak alá vannak vetve, de ebből az is következik, hogy az állam az uralmát az individuummal szemben korlátozza meghatározott esetekben. Ezeknek a jogosítványoknak pedig nem máson, mint az állam önkorlátozásán kell alapulnia.

Az önkorlátozás elsődlegesen értelmezhető úgy is, hogy a törvényhozó megalkot egy olyan független garanciákkal felruházott (bírói) fórumot, amely (a klasszikus hatalmi ágak hármas rendszerébe nem tagozódik be és) kimondja egy – a jogalkotó által megalkotott – normáról, hogy az a hierarchia csúcsán álló alkotmányos szabályokkal összhangban kerültek-e megalkotására vagy sem. Az önkorlátozás ezen a szinten abban fogható meg, hogy a

⁵⁵ „*Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” Montesquieu: A törvények szelleméről XI. könyv, VI. fejezt, 1748.

⁵⁶ ALBERT Soboul: i.m. 1951, 351. o. *On est surpris quand il lit phèdre qu'il ne le trouve pas coupable et être intéressé par son malheur. Je crois en la loi C'était de l'inceste, le phèdre était innocent*

⁵⁷ MONTESQUIEU: A törvények szelleméről XI. könyv 4. fejezet (s.n.)

⁵⁸ Thomas Hobbes: *Leviatán vagy az egyházi és világi állam formája és hatalma*. I. kötet. Kossuth Kiadó, Budapest, 1999. Fordította: Vámosi Pál, 171. oldal

⁵⁹ Vö: John Emerich Edward DALBERG-ACTON, Mandell CREIGHTON anglikán érseknek írt levelében írottakkal: *Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely. Great men are almost always bad men, even when they exercise influence and not authority: still more when you superadd the tendency or the certainty of corruption by authority*

<https://history.hanover.edu/courses/excerpts/165acton.html> (letöltve: 2020.03.15)

⁶⁰ Vö: Arisztotelész: *Nikomakhoszi etika* V. könyv (s.n.)

(alkotmány)bírói fórum eljárási képességének a jogalkotó miképpen húz adekvát határt.⁶¹ Tehát a hatáskör – és az intézmény – megalkotásával biztosításra kerül a törvényhozói hatalom által megalkotott normák ellenőrzése, amely által a fórum nem engedi a törvényhozást zsarnoki módon működni. Az önkorlátozás másik aspektusa, hogy ezeket a fórumokat is korlátozni szükséges annak érdekében, hogy ne egy bírósági-állam jöjjön létre. Ezt a korlátozást abban látható, hogy az Alkotmánybíróság a bírói döntéseket csak alapvető alkotmányjogi jelentőségű kérdés vagy bírói ítéleteket érdemben kapcsolódó alkotmány(alaptörvény)-ellenesség esetén vizsgálja csak meg. Másodlagosan pedig tudunk beszélni az államapparátuson belül meghozandó – elsődlegesen nem alkotmányos szintű – aktusok felülvizsgálatának hatásköri modelljének elképzeléséről. Az államigazgatáson belüli aktusok felülvizsgálatát, amennyiben a jogalkotó az egyénnel szembeni hatalom korlátozásban képzelel ezt el, akkor biztosítani kell ennek a fórumnak a bírói szervezeteket megillető biztosítékokat is, annak érdekében, hogy az állampolgárok érvényesíteni tudják az állammal szemben az egyéni (jogilag védett) érdekeiket is.

Ezek alapján a jogállamnak korlátoznia kell a saját hatáskörét annak érdekében, hogy a társadalomban érvényre tudjanak jutni az alapvető alkotmányos alapelvek – amelyek a jogrendből táplálkoznak. A jogrend kelsen-i koncepciója szerint a tiszta norma (*Sollen*) fogalmi körében értelmezhető csak, amely mentes minden empirikus (*Sein*) valóságalemtől. Az államhatalom eljárása során megfogalmazható a jogeszmé absztrakt létezése is, amely a jogbiztonság, célszerűség és igazságosság koncepciójában képes csak elvi alkalmazhatóságot nyerni. A jogrend pedig a „tiszta” normákban érvényesül, amely minden egyéni önkényen túl és minden egyéni belátás fölé emelkedő érvényességgel bír.⁶² Tehát az nem lehet a jogrend része, amely bizonytalan alapokon nyugszik, és a betartása is csak a szubjektumon múlik. Ez pedig abban is megnyilvánul, hogy az állami önkorlátozás a hatalom oldaláról kezdeményezett hatalommegosztásnak minősül azzal, hogy körülhatárolja azokat a területeket, amelyekben nem kíván eljárni.⁶³ A jogállami biztosítékként funkcionáló önkorlátozásról pedig csak ott tudunk beszélni, ha az a társadalmi beágyazottság alkotmányos (alaptörvényi) alapon nyugszik. Az államhatalom szervezetében és annak a tárgyaihoz való viszonyában az államjognak tárgyát képezi minden, ami az államjog az államhatalomról, annak szerveiről, működéséről, határaitól, jogairól és kötelességeiről szóló tanok magában foglalnak.

VI. Checks and balances

A hatalomkoncentráció elleni küzdelemnek a gyakorlati érvényesülése, az amerikai „*systems of checks and balances*” (fékek és ellensúlyok vagy fékek és egyensúlyok)⁶⁴

⁶¹ Megjegyzés: Magyarországon ezt a határt a jogalkotó átlépte és a negyedik alaptörvénymódosítással egyfajta negatív taxáció révén, korlátozta az Alkotmánybíróság, az Alaptörvényre és annak módosítására vonatkozó eljárási lehetőségét. Alaptörvény 24. cikk (4) - (5) bekezdés: Az Alkotmánybíróság a jogszabály felülvizsgálni nem kért rendelkezését csak abban az esetben vizsgálhatja, illetve semmisítheti meg, ha az a felülvizsgálni kért jogszabályi rendelkezéssel szoros tartalmi összefüggésben áll. Az Alkotmánybíróság az Alaptörvényt és az Alaptörvény módosítását csak a megalkotására és kihirdetésére vonatkozó, az Alaptörvényben foglalt eljárási követelmények tekintetében vizsgálhatja felül. E vizsgálatot. Azaz burkolt megfogalmazása annak, hogy az Alkotmánybíróság, maradjon a kaptafánál. (*Sutor ne ultra crepidam*). Vö: LUKONITS Ádám: *A demokrácia eszközeivel a demokrácia ellen Lengyelországban és Magyarországon* in *Közjogi Szemle* 2016/1 37-38. oldal.

⁶² Lásd: KUN József: Gróf Tisza István képviselőházi beszédei VII. Az 1910/15. évi országgyűlés 919. oldal.

⁶³ Vö: PIRITYI Ottó: *Érdekegyeztetés és politika* in *Kereskedelmi Szemle*, 1991. 32. évfolyam 2.-szám 12-13. oldal. (s.n.)

⁶⁴ CSERVÁK Csaba: *A hatalommegosztás elmélete és gyakorlati megvalósulása* in *Jogelméleti Szemle* 2002-évi 1. szám (letöltve 2020. 01. 22.) <http://jesz.ajk.elte.hu/cservak9.html> Lásd: CSERVÁK Csaba: *Gondolatok a*

kifejezésben fogható meg. Az államhatalom „strict” értelemben vett gyakorlati „elválasztása” a „*checks and balances*” kifejezéssel került ugyanis megalkotásra. Ez nem jelent mást, mint hogy a rendszerben a hatalmi ágak mind szervezetileg és helyileg, mind személyileg el kell különíteni. Azaz, hogy az állam „általános szuverén akaratát” képviselő törvényhozó hatalom, nem csak az igazságszolgáltató hatalomtól kerül elkülönítésre, hanem magától a végrehajtó hatalomtól is. A fékek és ellensúlyok biztosítéka egy alkotmányos rendszerben arra kívánja ösztökélni az uralkodó réteget, hogy minden államhatalmi ág ellenőrizhesse a másikat. A hatalmi ágak felosztása és a fékek és egyensúlyok⁶⁵ rendszerének egyszerre kell megvalósulnia annak érdekében, hogy ne beszélhessünk túlzott centralizált hatalom gyakorlásról. Az alapelv úgy járul hozzá a demokratikus államforma működéséhez, hogy megakadályozza a hatalmi ágak egymásra való bármilyen kizárólagos funkció gyakorlását. Azonban beszélhetünk olyan kivételes állapotokról egy állam életében,⁶⁶ amikor ezeket a fékeket – a demokrácia alapját képző egyéneknek a védelmében – szükséges feloldani, annak okán, hogy a kivételes állapot ne váljon általánossá. Ugyanis, amennyiben nem képes az államhatalom bizonyos különleges szituációkban a felhatalmazás adta teljes apparátussal – a fennálló helyzethez mérten megfelelően – valós – legyen az jogi vagy fizikai – erővel fellépni az állampolgárokat veszélyeztető, vagy veszélyeztetőnek vélt helyzettel szemben, akkor nem, hogy nem illetik meg a hatalom gyakorlásának a jogosítványai az uralkodó réteget, hanem annak azonnali lemondására is köteles, mert annak nem teljesítése esetén saját maga taszítja az államot a pusztulásba.

A kivételes állapot önmagában meghatározza azokat a – jogilag szabályozott – minősített időszakokat, amelyek megkülönböztetendők az anarchiától,⁶⁷ (mint a jogrendszer teljes kiiktatásától,) ugyanis, az országok túlnyomó többségében pozitív jogi normákban – többnyire alkotmányos szinten megtalálhatóan – vannak meghatározva annak az alkalmazásuk, ellentétben az anarchiával.⁶⁸ A kivételes helyzet ugyanis önmagában feltételez egy különleges jogrendet. Ebből következik, hogy a kivételes állapot egy olyan helyzetet materializál, amikor vannak követendő érvényes normák, – amelyeknek csak elvi alkalmazhatóságuk van, de gyakorlati alkalmazandóságuk nincs, azaz a norma érvényes és hatályos is, de nem alkalmazandóak – másfelől vannak olyan aktusok, amelyeknek a betartása, követése a törvény alapján nem lehetségesek.⁶⁹

hatalommegosztás tényezőiről az alapjogvédelem nézőpontjából In Az adekvát alapjogvédelem, Budapest, Postra Historica, 2017 73-82. oldal. Lásd még: CSINK Lóránt: *Mozaikok a hatalommegosztáshoz*. Pázmány Press, Budapest, 2014, 82

https://jak.ppke.hu/uploads/collection/205/file/Csink-L%C3%B3r%C3%A1nt_Mozaikok-a-hatalommegosztashoz_Pazmany-Press-2014.pdf (letöltve 2020.03.01.)

⁶⁵ Kenneth JANDA – Jeffrey M. BERRY – Jerry GOLDMAN: *Az amerikai demokrácia*, in Osiris Kiadó, Budapest. 1996, 70-71. oldal

⁶⁶ Ezekről a kivételes állapotokról három esetben tudunk beszélni. Elsődlegesen amikor az ország határait fenyegető, annak állami rendjének megváltoztatására törekvő külső erő behatására rendelik azt el (tömeges veszélyeztetés, terrortámadás). Másodlagosan veszélyhelyzetről, amikor az államot és annak állampolgárait ipari, természeti vagy járványveszély fenyegeti. Harmadlagosan pedig, beszélhetünk az állam alkotmányos rendjének megdöntésére, támadására irányuló állapotokról, amelyeket együttesen hívunk szükségállapotnak. Lásd: KELEMEN Roland: Az Alaptörvény szükségállapot szabályozásának kritikai áttekintése az egyes európai uniós tagállamok alkotmányainak figyelembevételével – Különös tekintettel a visegrádi államok alkotmányaira in A terrorizmus elleni küzdelem aktuális kérdései a XXI. században 2019, 10. oldal

⁶⁷ BANGHA Béla S. J. (szerk.): *Katolikus Lexikon*, Budapest 1931: Az anarchia görög eredetű szó, melynek a jelentése az uralomnélküliség kormány nélküli állapot, melyben az individuum kerül előtérbe és minden kormány beavatkozása ki van zárva. *Az anarchia az egyén önkormányzatának megvalósítása a legszélsőbb határig, melyben mindenki maga uralkodik és saját törvénye szerint él. Az anarchia a világháború előtt, különösen a latin népek körében különböző merényletekben adott életjelt (Kinley, Carnot köztársasági elnökök, Erzsébet magyar királyné, Umberto olasz király meggyilkolása).*

⁶⁸ Vö: Carl Schmitt: *Politikai teológia* in ELTE ÁJK, Budapest, 1992. 5. oldal

⁶⁹ Vö: Giorgio Agamben *Ausnahmestand*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2004,

A fékek és egyensúlyok rendszere tehát, nem más, mint egy „limitáló” az államgépezetben, amely nem engedi azt mindig százszázalékosan működni, nehogy kárt okozzon saját magában.⁷⁰ Mert amennyiben ez a belső korlátozás nem létezne, vagy nem lenne megfelelő, akkor félő lenne, hogy az államapparátus hatalomgyakorlása diktatórikus lenne – amely ellentétben *magister populi* intézményével szemben, nem rendelkezik lejáratási idővel.⁷¹ Ebből következtethető ki az is, hogy a rendkívüli jogrend, egy, a pozitív jog általi alkotott határoknak az áttörését jelenti. A pozitív jogilag szabályozott minősített jogrend pedig így nem lehet a jogállamiság alapelveinek korlátozását jelentő alkotmányon kívüli állapot, mellet az alkotmányos (alaptörvényi) szinten szabályozva van.⁷² Amennyiben pedig ezek egy államban nincsenek szabályozva – pozitív jogi értelemben – akkor egy *politikai-természeti jogi* okfejtés alapján lehet legitimálni az íratlan szükségjog elméletét és annak bevezetésre kerülő minősített idejét.⁷³

VII. Hatalomkimentés

Az Alkotmánybíróságok – és legfelsőbb bíróságok – a törvényhozó hatalom által megalkotott normákat vizsgálják meg annak érdekében, hogy azok az adott ország Alkotmányával – Alaptörvényével – összhangban kerüls-e megalkotásra és azok nem sértik-e a demokratikus jogállam fogalmának egyik alkotóelemét sem.⁷⁴

A probléma akkor adódik, amikor ezek a végső felülvizsgálatot végző testületek túllépnek a saját hatáskörükön, és a törvényhozói hatalomtól elragadva az uralkodás jogarát, saját bírói talárjukban kívánják azt alkalmazni. Amikor az alkotmányozó hatalom kezéből el kezd kifolyni a tényleges államhatalom, akkor az általunk ismert demokrácia fogalma megszűnik létezni, és azt felváltja az ún. *jurisztokrácia*, ami jelen megfogalmazás szerint, nem jelent mást, mint hogy az Alkotmánybíróságok (common law típusú jogrendszerek esetén a „Supreme Court”) átveszik az irányítást a törvényhozói hatalomban, és úgynevezett „Szuperlegfelsőbb bíróságokat” hoznak létre.⁷⁵

Az ebből eredő dilemma önmagáért beszél; a parlamentek eredeti célja – azaz a törvényhozó apparátusi szerepkör – megszűnik, és átalakul egy választási bizottsággá. A politikai viták átkerülnek a parlamentekből az Alkotmánybíróságok terembe,⁷⁶ és megkezdődik az ellenőrzés nélküli törvényalkotás. Mindez pedig abból adódik, hogy a demokratikus országok többségében a törvényhozó hatalom delegálja, választja az Alkotmánybíróságok tagjait.⁷⁷ Ennek okán, hogy az Alkotmánybíróságnak hatásköre van

⁷⁰ Adolf MERKL írja, hogy az „állami szükségjog... egy a közigazgatás jogtudománya által szolgáltatott hatásköri szelep olyan igények számára, amelyek a jogra nem jellemzőek” (Jakab András fordítása)

⁷¹ Lásd: Mommsen. R. St. R. 2, 1, 132. 133.

⁷² Friedrich KOJA: *Allgemeine Staatslehre*, Bécs, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1993. 20 §: *Staatsnotstand und Notstandsrecht* 397-413. oldal. Fordította: Jakab András in Takács Péter (szerk.): *Államtan* in Szent István Társulat, Budapest, 2003. 799. oldal

⁷³ Uo. 798. oldal

⁷⁴ Az Alkotmánybíróság célja a 2011. évi CLI. törvény preambuluma alapján nem más, mint a *demokratikus jogállam, az alkotmányos rend és az Alaptörvényben biztosított jogok védelme, a jogrendszer belső összhangjának megőrzése, valamint a hatalommegosztás elvének érvényre juttatása*... Lásd: VARGA Zs. András: *From Ideal to Idol* in Dialóg Campus, Budapest, 2019, 32-33. oldal. Lásd még: TAKÁCS Imre: *Az Alkotmány és az alkotmányosság fogalma* in *Alkotmánytan I.* Osiris Kiadó, Budapest, 2008, 27-28. oldal.

⁷⁵ Ran HIRSCHL: *Juristocracy – Political, not juridical* in *The Good Society* 2004, 13. évfolyam 3.-szám, 6-11. oldal

⁷⁶ POKOL: *A jogrendszer duplázódása* 16 oldal (s.n.)

⁷⁷ Lásd: BALÁSSY Ádám Miklós: *A közigazgatási bíróság, mint a jogállamiságot biztosító intézmény* in *Jogelméleti Szemle* 2019/3-as szám 115-117. oldal. A testület tagjainak megválasztása, minden országban egyedi módon zajlik, de az egységes, hogy a kiválasztást a hatalmon lévő politikusok teszik. Ennek a kérdéskörnek a

megsemmisítenie a normákat – az Alaptörvény ellenesség megállapítása esetén, amely Magyarország Alaptörvényének nyílt megfogalmazása (üressége) révén, (szinte minden esetben) lehetséges –, a hatalmon lévő törvényhozó, olyan egyének jelölését és választását célozza meg, akiknek az értékrendje egyezik az őket megválasztók többségével.⁷⁸ Amennyiben pedig, kellő mennyiségű hasonló gondolkodású embert képes a hatalmon lévő politika bejuttatni a testületben, akkor egyértelmű, hogy politikai hatalomkimentés történik.⁷⁹

VIII. Összegzés

Mindezek alapján megállapíthatjuk azt, hogy a jogállamiságnak az alapvető része a hatalommegosztás, pontosabban, ahogy Tóth J. Zoltán írja, az „*a jogállamiság egyik fajtájának, az ún. materiális jogállamiságnak a része, mely nélkül tartalmi értelemben vett jogállamról nem beszélhetünk.*”⁸⁰ Továbbá a jogállamiságnak része a jog feltétlen uralma is, amely abban nyilvánul meg, hogy a különleges jogrendek esetén is alkotmányos felhatalmazást kap a végrehajtó hatalom a közérdek megóvásának érdekében. A joguralom során pedig az egyéneknek engedelmessé kell a pozitív jogi normáknak – amelyeknek az érvényesülését a végrehajtó hatalomnak kell kikényszerítenie. Az állam egésze, pedig – annak érdekében, hogy jogállamról tudjunk beszélni – köteles a megfelelő jogvédelmi garanciákat biztosítani az egyéneknek az állam aktusaival szemben, azért, hogy az alkalmazandó normák ne legyen zsarnokiak, ez pedig nem jelent mást, mint, hogy az államhatalom korlátozza saját magát. Az önkorlátozás, kérdéskörébe beletartozik az is, hogy milyen típusú garanciákban látjuk ennek az érvényesülését – ugyanis nem a hatalom érvényre juttatása, hanem a hatalom korlátok közé szorítása a végső cél. Így, ezt a garanciát az Alkotmánybírósági fórumokban is megfoghatjuk, de Pokol Béla által kifejtett személyi kritikákkal szemben, további biztosítékként funkcionálhatna a Közigazgatási Bírói fórumok hatáskörének kiterjesztése, úgy, hogy az Alkotmánybírósággal karöltve – és nem attól elragadva Jupiter villámát⁸¹ – végezné a normák feletti kontrollt.⁸² Általánosan az fejezhető ki, hogy az egyes országok fundamentumát képező írott – vagy íratlan – alkotmányi szerepkört betöltő norma együttes, nem tudja önmagában kialakítani azt a „jogbiztonsági szelepet”, amellyel bizonyosan kikényszerítésre kerülhet az emberi jogokkal kombinált természetjog. Hiszen a szuverén akart

boncolgatása kapcsán eljutunk egészen odáig, hogy kiemelkedő fontossága van az alkotmánybírák személyének, pontosabban, hogy kit milyen kritériumoknak az alapján, mennyi ideig, és hogyan választanak meg, mert ennek a tükrében vagyunk képesek görcsö alá venni az egyes államok jurisztokratikus berendezkedését. Vö: POKOL Béla: *A jurisztokratikus kormányforma és szerkezeti kérdései* in Iustum Aequum Salutare, Pázmány Law Working Papers, 2016/8. 3. oldal

⁷⁸ Uo. POKOL: 2016. Lásd: POKOL Béla: *Az alkotmányi jog kérdéseiből* in Jogelméleti Szemle Journal of Legal Theory Law Working Papers, 2019, No.2. „Ám, ha az alkotmányszöveg nagy része deklarációkból, elvekből és szélesen nyitott alapjogokból áll, akkor az alkotmány értelmének a meghatározása ténylegesen átmegy az alkotmánybírákra, és döntéseikkel ők mondják meg, hogy mi is az ország alkotmánya.” 4. oldal.

⁷⁹ Ran HIRSCHL: *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. Boston. 2004. Lásd: I.m.: Pokol: Journal of Legal Theory Law Working Papers ,2019, No.2. 3. oldal.

⁸⁰ TÓTH J. Zoltán: *A népszuverenitás és az alkotmánybíráskodás viszonya a hatalommegosztás szempontjából* (s.n.)

https://jogaszkepzes.kormany.hu/admin/download/9/74/32000/Rezume_nepszuverenitas_tanulmany.pdf (letöltve 2020.03.21.) Lásd: I.m. TÓTH – OUK: 2018

⁸¹ *Eripuitque Iovi fulmen viresque tonandis*” Manilius: *Astronomicum libri V. I 104.*

⁸² Megjegyzés: Hasonlóan a francia berendezkedésű modellhez, ahol az Alkotmánybíróság az előzetes normakontrollra (és a bírói kezdeményezésre), míg a Közigazgatási Bíróság pedig a végrehajtó hatalom normatív aktusait vizsgálhatná felül.

önkorlátozása elsődlegesen a törvényeknek való engedelmeskedésen nyugszik. Az államhatalom tehát kevésbé a jog pozitíválódását, mintsem a hatalmi ágak ún. hierarchiáját kívánja megvalósítani.

La genèse et la relation des différents instruments de la politique publique européenne de l'État de droit²

De nos jours, dans la vie des institutions européennes, l'évaluation de la situation de l'État de droit au sein des États membres et sa protection par l'Union européenne sont devenues un sujet évoqué chaque jour. Des procédures basées sur l'article 7 du Traité sur l'Union européenne sont actuellement engagées contre la Pologne et la Hongrie. Dans les négociations du budget pluriannuel de l'Union, l'insertion d'une clause de conditionnalité « État de droit » est revendiquée par un certain nombre d'États membres. Encore plus remarquable, la Commission Juncker sortante a fait savoir son intention de créer un mécanisme de surveillance global de l'État de droit qui examinera chaque année tous les pays européens, incluant dans une procédure unifiée un grand nombre d'acteurs, dont le Conseil, la Commission et le Parlement européen.³ La tendance va dans le sens d'une politique de plus en plus ample et de plus en plus concentrée. Dans ce contexte, il est intéressant de nous arrêter pour un moment, et examiner quels sont les différents instruments en place actuellement, quand et comment ils ont été créés, et quels sont les rapports caractérisant leur interactions.

I. Les incitations pour une politique publique de l'État de droit

Peu de gens s'en souvient que les contours qu'une politique européenne de l'État de droit devrait prendre ont été d'abord dessinés par une lettre adressée au Président de la Commission par quatre ministres des affaires étrangères. Cette incitation politique a été renforcée davantage par le Parlement sous forme de recommandations formulées dans le Rapport Tavares.

Il y a maintenant plus de six ans, le 6 mars 2013, une lettre a été adressée au Président de la Commission européenne par les ministres des affaires étrangères allemand, danois, finlandais et néerlandais. Cette lettre, dont l'un des signataires étaient Frans Timmermans, à l'époque ministre néerlandais, a marqué une étape importante dans la mise en place d'une politique européenne de l'État de droit. La façon dont les quatre ministres ont formulé leur lettre est particulièrement éclairante : « *L'Union européenne devrait placer un plus grand accent sur la promotion de la culture du respect de l'État de droit dans les États membres. [...] Ni les procédures consacrées par les Traités, ni la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne fournissent des instruments suffisamment ciblés. En conséquence, nous croyons qu'un mécanisme nouveau et plus effectif pour la protection des valeurs fondamentales dans les États membres est nécessaire. [...] Un tel mécanisme devrait être prompt et indépendant de l'opportunisme politique. Nous proposons que la Commission en tant que gardien des Traités dispose d'un rôle plus important ici. Il devrait lui être permis*

¹ Nemzeti Közszolgálati Egyetem, Eötvös József Kutatóközpont, Európa Stratégia Kutatóintézet.

² Ce texte est issu du mémoire de master intitulé « L'émergence d'une politique publique européenne de l'État de droit à travers le cas hongrois » rédigé par le même auteur, défendu devant le jury commun de l'École nationale d'administration (ENA) et de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne le 17 décembre 2017.

³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Renforcement de l'état de droit au sein de l'Union Plan d'action. Commission européenne, Bruxelles, 2019. Disponible sur: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0343&from=EN> (consulté le 24 mars 2020)

d'aborder à un stade précoce les déficits dans un pays donné et d'exiger – s'il y a suffisamment de support de la part des États membres – que le pays en question remédie à la situation. [...] Plusieurs options pourraient être explorées pour favoriser la conformité, y compris l'introduction d'un dialogue politique structuré, la présentation des questions devant le Conseil à un stade précoce ou la conclusion des accords contraignants entre la Commission et l'État membre en question. En dernier recours, la suspension des financements de l'Union européenne devrait être possible. [...] L'objectif du mécanisme serait de renforcer les valeurs fondamentales tout en respectant complètement les traditions constitutionnelles nationales. Il serait non discriminatif et applicable à tous les États membres de la même façon. »⁴

Cette lettre a été beaucoup plus qu'une déclaration symbolique. Par cet acte, les quatre gouvernements ont entendu montrer une direction claire à la Commission européenne. L'institution devrait désormais œuvrer d'une manière proactive pour protéger l'État de droit et les valeurs fondamentales dans les États membres. La promotion des valeurs fondamentales ne devrait pas être simplement théorique. Il faut que l'Union se dote d'un arsenal d'instruments permettant de rendre effectif ce nouveau contrôle au-dessus des pays membres. La lettre a aussi désigné les contours de ce nouveau mécanisme contraignant pour les États. La contrainte devrait être non seulement politique mais également matérielle. L'introduction de sanctions pécuniaires est exigée par la revendication d'une potentielle suspension des financements européens. La lettre décrit tout un programme d'action pour l'Union européenne en matière de protection de l'État de droit. Elle pose ainsi les fondements d'une nouvelle politique publique européenne.

Quelques mois plus tard, c'est le Parlement européen qui a posé un nouveau pilier pour une potentielle politique de l'État de droit par sa résolution adoptée le 3 juillet 2013 sur la base du rapport préparé par Rui Tavares⁵. Il s'agit d'un député du Bloc de gauche, un parti portugais de gauche radical.⁶ Bien que son nom soit vite devenu connu en Hongrie, son pouvoir d'influence sur le rapport doit être nuancé par son enracinement faible au Parlement européen. Il n'a réalisé qu'un seul mandat européen, entre 2009 et 2014. Il a d'abord siégé en tant qu'indépendant au groupe confédéral de la Gauche unitaire européenne/Gauche verte nordique (GUE/NGL) pour rejoindre ensuite le Groupe des Verts/Alliance libre européenne (Verts/ALE). Ce rapport a été avant tout le fruit d'une alliance entre les groupes de gauche de l'échiquier politique. Il a été adopté avec 370 votes pour, 249 votes contre et 82 abstentions.⁷ Ce document a eu un double apport. Premièrement, il a établi un réquisitoire exhaustif contre les développements politiques, législatifs et constitutionnels hongrois entre 2010 et 2013. Il a regroupé les critiques en dix chapitres principaux:

- Réformes en Hongrie
- La Loi fondamentale et ses dispositions transitoires
- Recours fréquent aux lois cardinales

⁴ Traduit en français par l'auteur. Lettre des ministres des affaires étrangères allemand, néerlandais, finlandais, danois au Président de la Commission européenne. 6 mars 2013. Disponible en version originale anglaise sur : https://www.eerstekamer.nl/eu/documenteu/_brief_nederland_duitsland/f=vji8oh6slx9o.pdf (consulté le 19 janvier 2017)

⁵ Résolution du Parlement européen du 3 juillet 2013 sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012). Parlement européen, Strasbourg, 2013. Disponible sur: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONGML%2bTA%2bP7-TA-2013-0315%2b0%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fFR> (consulté le 20 décembre 2016)

⁶ Une présentation du Bloc de gauche est disponible sur: https://fr.wikipedia.org/wiki/Bloc_de_gauche (consulté le 10 novembre 2017)

⁷ Résultats du vote au Parlement: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/sda.do?id=23165&l=fr> (consulté le 10 novembre 2017)

- Procédures législatives accélérées, pratique des projets de loi d'initiative parlementaire individuelle et des débats parlementaires
- Affaiblissement de l'équilibre des pouvoirs : la Cour constitutionnelle, le Parlement, l'autorité chargée de la protection des données
- Indépendance du pouvoir judiciaire
- Réforme électorale
- Législation relative aux médias
- Respect des droits des personnes appartenant à des minorités
- Liberté de religion ou de conviction et reconnaissance des Églises

Deuxièmement, la résolution a réaffirmé qu'elle ne traitait pas seulement de la Hongrie (article 59). A la manière de la lettre des quatre ministres des affaires étrangères, la résolution a proposé la mise en place d'un mécanisme européen de surveillance des États membres en matière des droits fondamentaux. Le 12 décembre 2012, dans un rapport annuel sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2010 - 2011), le Parlement avait déjà mentionné l'idée d'un mécanisme de surveillance de l'État de droit dans les États membres.⁸ Néanmoins, ce n'est que par la résolution du 3 juillet 2013 que la proposition a été clairement détaillée. Non seulement la résolution a renforcé l'idée d'un tel mécanisme mais elle en a davantage développé les contours. Dans son article 70, elle a notamment recommandé à la Commission européenne « *de se concentrer non seulement sur les violations spécifiques du droit européen qui doivent être redressées notamment par le biais de l'article 258 du TFUE, mais également de réagir comme il se doit à un changement systémique du système constitutionnel et juridique et de la pratique d'un État membre [...]* » qui ne serait pas conforme à l'article 2 du TUE. Selon cet article, l'approche de la Commission devrait être « *plus exhaustive afin de pouvoir faire face à tout risque potentiel de violation grave des valeurs fondamentales* ». Faisant une référence explicite à la lettre des quatre ministres des affaires étrangères, le Parlement a également recommandé à la Commission de créer une « *stratégie d'alerte relative à l'article 2 du TUE, [...] un mécanisme de surveillance des valeurs de l'Union, [...] coordonné au niveau politique le plus élevé* » ainsi que « *d'élaborer une proposition détaillée de mécanisme de contrôle rapide et indépendant et de système d'alerte précoce* ».

Le Parlement a aussi formulé des « *recommandations à l'intention des institutions européennes concernant l'établissement d'un nouveau mécanisme permettant d'appliquer efficacement l'article 2 du TUE* ». L'article 74 « *demande fermement que les États membres soient régulièrement évalués quant à la manière dont ils assurent le respect permanent des valeurs fondamentales de l'Union et des critères de la démocratie et de l'État de droit* ».

La résolution a également nommé les acteurs principaux du mécanisme de surveillance de l'État de droit : en plus des institutions européennes, une coopération plus étroite était à rechercher avec les organes du Conseil de l'Europe dont la Commission de Venise (article 75). Les avis de la Commission de Venise ont été cités explicitement par la résolution. Le Parlement a essayé de mettre la pression sur le Conseil en déplorant qu'il soit « *la seule institution politique européenne à avoir gardé le silence, alors que la Commission, le Parlement, le Conseil de l'Europe, l'OSCE et même le gouvernement américain ont exprimé des inquiétudes quant à la situation en Hongrie* » (article 67). Il a considéré que l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne pourrait aussi jouer un plus grand rôle dans le nouveau mécanisme (article 80). Le Parlement a souhaité que le mécanisme soit indépendant

⁸ Résolution du Parlement européen du 12 décembre 2012 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne (2010-2011). Parlement européen, Strasbourg, 2012. Disponible sur: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0500+0+DOC+XML+V0//FR> (consulté le 30 octobre 2017)

de toute influence politique (article 81) et applicable à tous les États membres sans différence de traitement (article 77).

Finalement, le Parlement a également prévu de publiciser davantage le débat sur l'État de droit en organisant avant fin 2013, une conférence réunissant « *des représentants des États membres, des institutions européennes, du Conseil de l'Europe, des Cours suprêmes et constitutionnelles nationales, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme.* (article 84).

II. Un nouveau cadre controversé de l'État de droit

Manifestement, la Commission a tenu compte des appels qui lui ont été adressés. Le 11 mars 2014, elle a publié une communication sur un nouveau cadre de l'État de droit contenant le descriptif du mécanisme qu'elle envisageait de mettre en place. La Communication a provoqué des réactions mitigées. Le 24 mai 2014, le Service juridique du Conseil est venu exprimer son scepticisme par rapport à la légalité du mécanisme proposé par la Commission. Cela a abouti à la mise en place d'une solution alternative au Conseil sous forme d'un dialogue annuel sur l'État de droit. Le Parlement s'est penché sur les détails d'un mécanisme européen de l'État de droit plus tard. Ayant jugé que le cadre de la Commission n'était pas suffisamment ambitieux et qu'il risquait d'être partial, le Parlement a proposé dans sa résolution du 25 octobre 2016 un troisième mécanisme alternatif à propos de l'État de droit. Dans l'état actuel des choses, la politique publique européenne de l'État de droit dispose encore d'un arsenal d'instruments concurrents.

II.1. Un mécanisme mis en place par la Commission

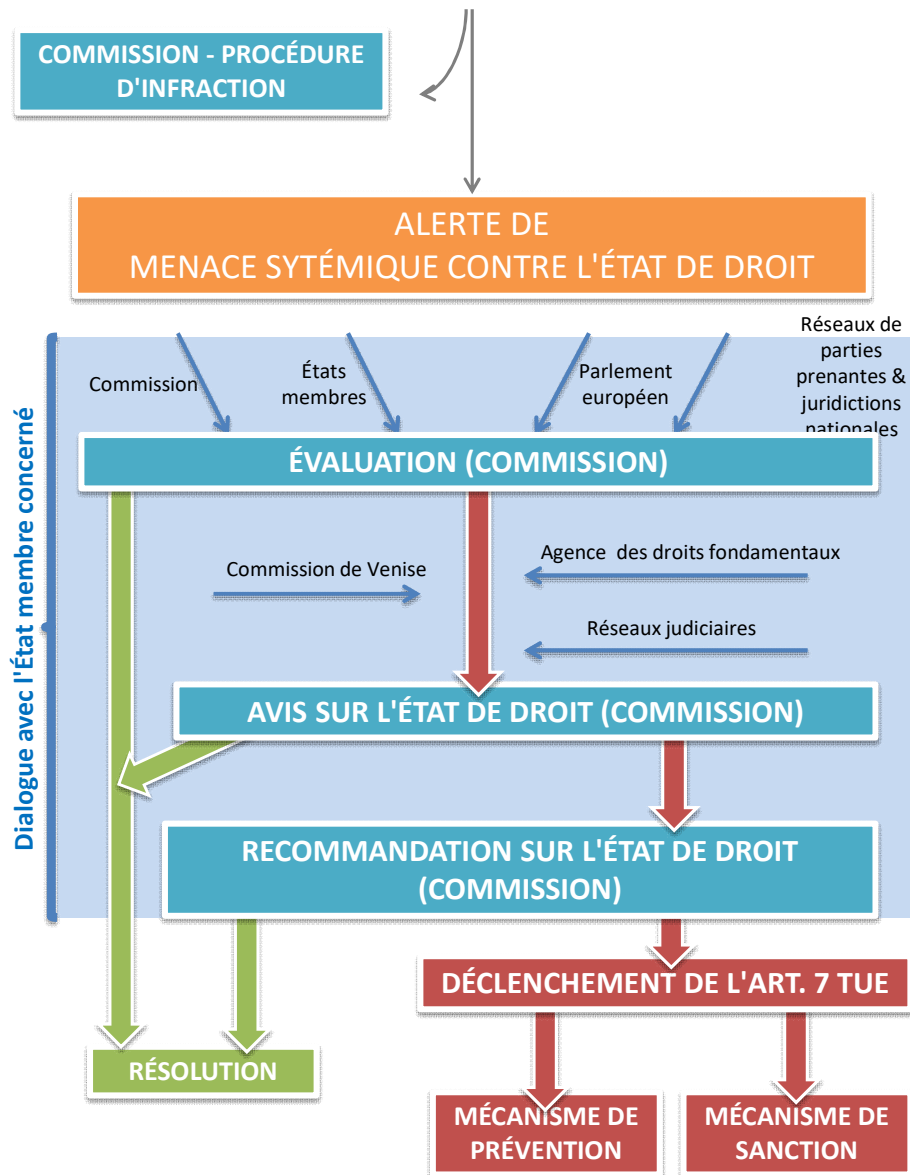
Le 11 mars 2014, la Commission a franchi une étape importante pour la mise en place d'une politique européenne de l'État de droit. Elle a publié une communication sur « *Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit* ». ⁹ L'institution européenne a justifié son intervention par « *des événements récemment survenus dans certains États membres [qui] ont montré que le mépris de l'État de droit et, par conséquent, des valeurs fondamentales qu'il a vocation à protéger, peut devenir très préoccupant.* » Pour légitimer sa proposition, elle a souligné qu'« *au cours de ces événements, les citoyens se sont clairement exprimés en faveur d'une intervention de l'UE, et notamment de la Commission.* » Elle a également présenté son action comme une réponse aux demandes exprimées par le Conseil et le Parlement européens. En réitérant la lettre des quatre ministres des affaires étrangères et le rapport Tavares, la Commission a estimé que dans le passé, elle devait « *trouver des solutions ad hoc, puisque les mécanismes et procédures actuellement prévus par le droit de l'UE n'ont pas toujours été adaptés pour réagir efficacement et au bon moment aux atteintes portées à l'État de droit.* (page 2) [...] Elle a constaté qu'« *il y a des situations dans lesquelles les menaces visant l'État de droit ne peuvent être combattues efficacement par les instruments existants. Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit, valeur commune essentielle de l'UE, est dès lors nécessaire en plus des procédures d'infraction et des mécanismes de l'article 7 du TUE.* » (page 6) Selon l'idée de la Commission, le mécanisme

⁹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit. Commission Européenne, Bruxelles, 2014. Disponible sur: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A52014DC0158> (consulté le 10 novembre 2017)

ne viserait que les menaces systémiques à l'État de droit et « *complètera tous les mécanismes déjà en vigueur au niveau du Conseil de l'Europe pour protéger l'État de droit.* » (page 7).

Le schéma¹⁰ ci-bas illustre la place de ce nouvel instrument dans l'arsenal à disposition de la Commission, ainsi que ses étapes procédurales.

Un cadre pour l'état de droit dans l'UE



En cas de suspicion de menace à l'État de droit, la Commission peut choisir entre deux voies d'action. Une de ces voies est l'application de la procédure d'infraction habituelle prévue à l'article 258 du TFUE lorsque le comportement national viole une disposition du droit européen. Cette voie d'action a été utilisée en 2012 contre la Hongrie dans les affaires liées à l'indépendance de la banque centrale, aux mesures concernant le pouvoir judiciaire et à l'autorité de la protection des données.

¹⁰ Source: European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A new EU Framework to strengthen the Rule of Law. European Commission, Brussels, 2014. Disponible sur: http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/com_2014_158_en.pdf, et son annexe: eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0011.02/DOC_2&format=DOC (consulté le 10 novembre 2016)

Dans l'arsenal de la Commission, le nouveau cadre de l'État de droit vise à constituer un nouvel instrument pour résoudre « *des situations préoccupantes qui ne relèvent pas du champ d'application du droit de l'UE et ne peuvent donc pas être considérées comme une violation des obligations prévues par les traités.* » (page 6)

En fait, la seule disposition des traités permettant à la Commission d'agir en cas d'une violation de l'État de droit se situant hors du champ du droit européen est l'article 7 du TUE. La Commission fait partie des trois autorités qui peuvent déclencher l'une des procédures politiques prévues par cet article. À tout moment, la Commission peut choisir d'activer d'abord la procédure de prévention (paragraphe 1, article 7 du TUE), ou directement la procédure de sanction (paragraphe 2, article 7 du TUE). Du point de vue politique, cette disposition ne confère pas un pouvoir important à la Commission, parce qu'après avoir lancé l'une des procédures, elle ne peut plus intervenir dans les événements en tant qu'autorité de décision. En cas d'activation de l'article 7 du TUE, ce sont les États membres et le Parlement européen qui prennent le relais pour jouer le rôle principal. En plus, en raison des seuils de vote exceptionnellement élevés dans ces deux institutions, les procédures peuvent facilement échouer. Cela explique pourquoi en réalité, pendant longtemps, la Commission n'a pas eu d'intérêt politique à activer l'article 7.

C'est pour cela que dans sa communication, la Commission a d'abord fait une interprétation habile de l'article 7 du TUE. D'une part, elle s'est appuyée sur cet article pour légitimer son action en matière de l'État de droit. Elle a évoqué son pouvoir d'initiative pour lancer l'une des procédures de l'article 7. D'autre part, elle s'est créée une marge d'action politique considérable. Ne pouvant pas intervenir dans les procédures de l'État de droit en aval, elle a préféré établir tout un nouveau terrain de jeu politique en amont. Ainsi, elle a mis en place une procédure préalable à l'activation de l'article 7 du TUE.

Cette nouvelle procédure comprend trois phases. La première phase est celle de l'évaluation de la situation dans un État membre « *fondée sur des indications provenant des sources disponibles et d'institutions reconnues, dont notamment les instances du Conseil de l'Europe et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.* » (page 8) Dès cette étape préliminaire, un dialogue est recherché avec les autorités de l'État membre. À la fin de cette première évaluation, la Commission peut décider d'abandonner la procédure ou d'adresser à l'État membre un « avis sur l'État de droit » expliquant ses préoccupations. L'information sur l'engagement de la procédure sera publique, mais le contenu des échanges restera confidentiel pour aider à trouver un compromis. Si l'État membre ne se conforme pas aux demandes de la Commission, la procédure passe en deuxième phase.

La deuxième phase est déjà plus publicisée, la Commission européenne adressera à l'État membre une « recommandation sur l'État de droit », dont les principaux éléments seront également rendus publics. La recommandation indiquera les motifs de ses inquiétudes et communiquera à l'État membre « *un certain délai* » pour résoudre la situation. Dans sa recommandation, la Commission pourra donner des conseils sur les mesures politiques à prendre au niveau national pour remédier à la situation. (page 9)

Si l'État membre ne satisfaisait toujours pas les demandes de la Commission, la procédure entrerait dans sa troisième phase, celle du suivi de la recommandation. Il s'agit d'une dernière chance pour un dialogue afin de trouver une solution aux problèmes soulevés. Si l'État membre n'obéit toujours pas, la Commission peut décider de lancer l'une des deux procédures de l'article 7.

Juridiquement, la Commission a essayé de justifier la mise en place de ce nouveau mécanisme en arguant qu'il s'agissait d'une procédure interne à la Commission. Le nouveau mécanisme devrait permettre notamment de mener une évaluation préalable nécessaire pour décider ou non de l'activation de l'article 7 du TUE. Politiquement, il serait difficile de soutenir qu'il ne s'agit que d'une simple question procédurale interne à la Commission.

L'observation des étapes de la procédure montre qu'il s'agit en réalité d'une tentative de la Commission d'accroître son influence politique dans un domaine où elle n'en disposait pas encore.

Par le nouveau cadre de l'État de droit, la Commission européenne a entendu se transformer en maître du jeu de la politique européenne de l'État de droit. Il est vrai qu'à aucun moment de la procédure, la Commission ne peut exercer une contrainte juridique formelle sur l'État membre qui reste libre d'accepter ou de refuser ses recommandations. L'État membre n'encourt pas non plus un plus grand risque juridique avec la mise en place de cette procédure, parce que de toute façon, la Commission dispose du pouvoir d'activer l'article 7 du TUE, et cela indépendamment du mécanisme qu'elle vient d'introduire. Cependant, pouvoir entraîner un État membre dans une nouvelle procédure signifie que la Commission a créé une zone tampon avant l'article 7. Il s'agit d'un nouveau champ de bataille lui permettant de réaliser une pression politique importante sur l'État membre choisi. La procédure permet par exemple d'attirer l'attention de l'opinion publique nationale et européenne sur les défaillances supposées d'un État membre en matière du respect de l'État de droit et des autres valeurs européennes. De cette manière, la procédure pourrait aussi contribuer à l'isolement d'un État sur la scène politique européenne et internationale. Du fait de leur nature, les accusations en matière de l'État de droit sont politiquement très lourdes. Elles peuvent ainsi sérieusement contribuer à une remise en cause de la crédibilité politique de l'État membre qu'elles visent. Cela pourrait provoquer des préjudices à l'État membre dans bien des domaines nécessitant la confiance des partenaires européens et internationaux. Par exemple, lors de la négociation d'un nouveau dispositif européen, l'État discrédité pourrait avoir plus de mal à trouver des alliés pour défendre sa cause, même si la question n'a rien à voir avec les questions de l'État de droit. Les autres États pourraient notamment chercher à éviter de se retrouver sur la même plateforme que l'État membre à mauvaise réputation.

Le nouveau mécanisme de la Commission est d'autant plus puissant qu'il entraîne dans le jeu un grand nombre d'acteurs comme par exemple les « *membres des réseaux judiciaires existant dans l'UE, tels que le Réseau des présidents des Cours suprêmes de l'UE, l'Association des Conseils d'État et des Juridictions administratives suprêmes de l'UE ou encore les conseils de la justice, [...] l'Agence des droits fondamentaux de l'UE* » (page 9). La liste ne reste pas réservée aux seuls acteurs de l'Union européenne. La proposition de la Commission prévoit de solliciter le Conseil de l'Europe et la Commission de Venise (page 10), ainsi qu'en général des experts extérieurs.

En plus, pendant toute la procédure, la Commission européenne peut maîtriser l'agenda. Elle est libre de décider si elle lance la procédure ou non, à quel moment elle l'abandonne ou elle la fait entrer dans les différentes étapes. Puisque la déclaration n'indique pas de délai précis, la Commission reste maître du temps. Elle peut garder à l'agenda les défaillances d'un État membre comme elle le souhaite, elle peut adapter la dynamique et le timing comme elle le veut.

Le nouveau mécanisme à propos de l'État de droit comporte beaucoup de similitudes procédurales avec les procédures classiques d'infraction. Or, dans la plus grande partie de ces procédures, la Commission réussit à faire corriger les pratiques nationales qu'elle juge contraires au droit européen encore en phase de négociation plus ou moins formelles. Ce n'est qu'une minorité d'affaires qui va jusqu'à un procès devant la Cour de Justice de l'Union européenne. Ce fait renforce encore plus les observations précédentes sur le pouvoir d'influence politique de la Commission à travers des processus basés sur un dialogue structuré.

Deux différences importantes avec la procédure d'infraction doivent être soulignées. La première est que dans la procédure classique d'infraction, en cas de manque d'accord entre

la Commission européenne et l'État membre, l'affaire est renvoyée devant un organe judiciaire, la Cour de Justice. Dans le cadre du nouveau mécanisme de l'État de droit, en dernier ressort, l'affaire est renvoyée devant le Conseil et le Parlement européen, c'est-à-dire, devant deux organes politiques. Malgré toute déclaration explicite soulignant le contraire, ce facteur rend difficile la conception de ce nouveau mécanisme en tant qu'un mécanisme politiquement indépendant.

La deuxième différence majeure réside dans la nature de la sanction possible intervenant à la fin de la procédure. En cas de procédure d'infraction, des sanctions pécuniaires importantes sont envisagées sous forme d'amende et d'astreinte. En ce qui concerne le nouveau mécanisme de l'État de droit, il faut rappeler que la lettre des quatre ministres des affaires étrangères a indiqué à la Commission qu'il fallait envisager la suspension des financements européens d'un État membre ne respectant pas l'État de droit et les valeurs européennes. En revanche, la Commission est restée silencieuse sur la question des sanctions. L'activation de l'article 7 du TUE peut être appréhendée en tant qu'une sanction intervenant à fin du nouveau mécanisme de l'État de droit de la Commission. En conséquence, les sanctions ultimes indirectes ne peuvent être différentes que celles prévues par le même article. Selon le paragraphe 3 de l'article 7, il peut être décidé de « *suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil.* » La formulation ne vise pas explicitement la suspension des financements européens, mais la « suspension de certains droits » pourrait éventuellement être interprétée dans ce sens. Il en reste que, dans le cadre du nouveau mécanisme de l'État de droit, l'application d'une sanction pécuniaire est beaucoup plus difficile à atteindre que dans le cas d'une procédure d'infraction. Et en tout état de cause, une telle sanction ne saurait intervenir sans passer par la procédure de l'article 7, demandant un consentement du Conseil et du Parlement, dans des conditions de vote extraordinaires.

II.2. Un mécanisme illégal pour le Conseil

Bien que la Communication du 11 mars 2014 de la Commission a constitué une étape importante dans la construction d'une politique publique européenne de l'État de droit, sa pertinence a été aussitôt remise en question. Un peu plus de deux mois après la communication, le 27 mai 2014, le Service juridique du Conseil a émis un avis très critique¹¹ sur le nouveau mécanisme envisagé par la Commission. Selon le Service juridique, la Commission ne disposait ni d'une base légale, ni de la compétence pour établir ce nouveau mécanisme.

Les experts juridiques du Conseil ont notamment souligné « (qu') *aux termes de l'article 5 du TUE, "le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union". En conséquence, "toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres".* » (point 15). L'expertise a continué en estimant que « *l'article 2 du TUE ne confère pas de compétence matérielle à l'Union. [...] En conséquence, une violation des valeurs de l'Union, y compris de l'État de droit, ne peut être invoquée à l'encontre d'un État membre que lorsque celui-ci agit dans un domaine dans lequel l'Union est compétente sur la base des dispositions spécifiques des traités fixant ses compétences en la matière.* (point 16) [...] *Le respect de l'État de droit par les États membres ne peut pas,*

¹¹ Avis sur la compatibilité avec les traités de la Communication de la Commission intitulée "Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit". Service juridique du Conseil, Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 27 mai 2014. Disponible sur: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10296-2014-INIT/fr/pdf> (consulté le 20 juillet 2017)

selon les traités, faire l'objet d'une action des institutions de l'Union, indépendamment de l'existence d'une compétence matérielle spécifique dans laquelle s'inscrirait cette action, la seule exception étant la procédure décrite à l'article 7 du TUE. (point 17).

Face à cette considération, le principal contre-argument de la Commission était qu'elle n'avait pas mis en place une nouvelle procédure européenne, mais elle avait tout simplement organisé son mécanisme interne lui permettant de prendre une décision quant à l'activation ou non de l'une des procédures de l'article 7 du TUE. Aussi, elle a souligné le caractère non contraignant des recommandations qui pouvaient être formulées dans le cadre de la procédure. Manifestement, cet argument n'a pas convaincu le Service juridique qui a trouvé que *« premièrement, le caractère non contraignant d'une recommandation n'autorise pas les institutions à agir en délivrant ce type d'actes dans des domaines ou sur des sujets qui ne relèvent pas de leurs compétences au titre des traités. Deuxièmement, même si les recommandations ne visent pas à produire des effets contraignants et ne sont pas en mesure de créer des droits que les particuliers peuvent invoquer devant un juge national, elles ne sont cependant pas dépourvues de tout effet juridique (point 19). [...] L'instauration d'un cadre permanent prévoyant un mécanisme de réalisation d'études et de soumission de propositions en matière d'État de droit géré par la Commission sur la base de l'article 7 du TUE et de l'article 241 du TFUE porterait atteinte au caractère spécifique de la procédure visée à l'article 7, paragraphe 1, et notamment en ce qui concerne la manière dont elle peut être lancée. (point 21)*

La conclusion du Service juridique a été très claire : *« Il n'existe pas dans les traités de base juridique habilitant les institutions à créer un nouveau mécanisme de contrôle du respect de l'État de droit par les États membres, en plus de ce qui est prévu à l'article 7 du TUE, qui viendrait modifier ou compléter la procédure qui y est établie. Si le Conseil agissait en ce sens, il courrait le risque d'être accusé d'avoir abusé de ses pouvoirs en statuant sans base juridique. » (point 24)*

Le Service juridique n'a laissé ouverte qu'une seule porte pour le développement d'une politique européenne de l'État de droit, certainement peu satisfaisante pour les partisans de la construction de cette nouvelle politique publique. Il a estimé qu'une solution compatible avec les traités *« consisterait pour les États membres – et non le Conseil – à s'entendre sur un système de contrôle du fonctionnement de l'État de droit dans les États membres, auquel la Commission et d'autres institutions pourraient être autorisées à participer si nécessaire (point 26).* La solution envisagée devait relever d'un accord intergouvernemental et non pas du droit européen.

Cet avis a eu pour effet de diriger le Conseil vers la création de sa propre solution pour surveiller la situation des droits de fondamentaux et de l'État de droits dans les États membres. Dans son communiqué de presse du 16 décembre 2014¹², le Conseil de l'Union européenne (formation Affaires générales) a annoncé la création d'un dialogue annuel sur l'État de droit. Le Conseil a insisté sur son propre rôle qu'il joue *« pour favoriser une culture du respect de l'État de droit au sein de l'Union européenne. »* Manifestement, ces conclusions prennent en compte les points soulevés par l'avis du Service juridique. Le Conseil a mis l'accent *« sur les principes d'objectivité, de non-discrimination et d'égalité de traitement entre tous les États membres (page 21, article 2) »*. Particulièrement, il a souligné que son mécanisme *« sera sans préjudice du principe d'attribution des compétences, ainsi que du respect de l'identité nationale des États membres, qui est inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles [...] » (page 21 article 4)* Ce communiqué a également suggéré que le Conseil ne prenne pas en compte le nouveau mécanisme de la

¹² Communiqué de presse n° 16936/14, 3362e session, Affaires générales. pp. 20-21. Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 16 déc. 2014. Disponible sur: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16936-2014-INIT/fr/pdf> (consulté le 11 octobre 2017)

Commission en tant qu'instrument possible pour faire respecter l'État de droit. L'article sept des conclusions est particulièrement éclairant. En fait, le Conseil n'a reconnu que deux instruments existants permettant à l'Union européenne d'intervenir à l'encontre d'un État membre : la procédure d'infraction et les mécanismes de l'article 7 du TUE. Aucune référence n'a été faite au nouveau mécanisme de l'État de droit ayant été établi par la Commission: « *Le dialogue qui est établi dans ces conclusions vient compléter les moyens existants auxquels l'UE peut recourir dans le domaine de l'État de droit, à savoir la procédure d'infraction en cas de violation de la législation de l'UE et la procédure dite de l'article 7 prévue par le traité de Lisbonne, qui permet la suspension des droits de vote en cas de violation grave et persistante des valeurs de l'UE.* » Pour ceux qui souhaitaient que la Commission puisse avoir un rôle prépondérant dans le contrôle de l'État de droit, la réaction du Conseil a suscité du pessimisme.¹³

II.3. Un mécanisme insuffisant pour le Parlement

Alors que le Service juridique du Conseil a remis en cause la légalité du nouveau cadre de l'État de droit, le Parlement venait quant à lui de critiquer la Commission en partie pour ne pas être allée suffisamment loin. Le 25 octobre 2016, le Parlement européen a adopté une résolution contenant des recommandations à la Commission sur la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux (DEF).¹⁴ Le rapport¹⁵ servant de base pour la résolution a été préparé par Sophia in't Veld, vice-présidente néerlandaise du groupe libéral (ADLE). La résolution a été adoptée avec une plus grande majorité que les résolutions présentées précédemment. Elle a obtenu 405 votes en faveur, 171 contre et 39 abstentions.

Par cette résolution, le Parlement a formulé son propre concept de politique européenne de protection de l'État de droit. Il n'a plus essayé de se justifier en s'appuyant sur les actualités politiques de ses États membres. Le texte ne mentionne plus explicitement la Hongrie, ni la Pologne, ni aucun pays européen. Seule une référence aux « *évolutions politiques récentes dans certains États membres* » (considérant AI) et une autre à « *certaines gouvernements* » (Considérant AD) demeurent dans la résolution. Cependant, elles sont vite contrebalancées par l'idée que le nouveau mécanisme devrait également permettre que les instruments de l'État de droit ne soient pas « *perçus comme motivés politiquement, arbitraires ou ciblant certains pays de manière injuste* » (Considérant AA).

Cette approche évitant de former des critiques frontales face à des pays concrets est plus prudente. Elle a contribué à ce que le rapport puisse acquérir l'appui d'une plus grande majorité au Parlement, mobilisant également une partie de la droite. Aussi, elle montre que le

¹³ Pech, Laurent – Kochenov, Dimitry : Renforcer le respect de l'État de droit dans l'UE : Regards critiques sur les nouveaux mécanismes proposés par la Commission et le Conseil. Article paru sur le site internet de la Fondation Robert Schuman le 11 mai 2015. Disponible sur: <https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0356-renforcer-le-respect-de-l-etat-de-droit-dans-l-ue-regards-critiques-sur-les-nouveaux> (consulté le 10 octobre 2017)

¹⁴ Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2016 contenant des recommandations à la Commission sur la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux. Parlement européen, Strasbourg, 2016. Disponible sur: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0409+0+DOC+XML+V0//FR> (consulté le 30 octobre 2016)

¹⁵ In 't Veld, Sophia : Rapport contenant des recommandations à la Commission sur la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux. Parlement européen, Bruxelles, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, 2016. Disponible sur: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bREPORT%2bA8-2016-0283%2b0%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fFR> (consulté le 30 octobre 2016)

sujet du respect de l'État de droit au sein de l'Union européenne a considérablement muri depuis 2011. La mise en place d'un contrôle européen de l'État de droit a été suffisamment thématisée pendant les années précédentes pour pouvoir constituer un enjeu politique autonome en 2016.

L'objectif de la résolution est d'appeler la Commission à présenter une proposition pour « *la création d'un mécanisme global de l'Union pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux* » (article 1 de la résolution). Le Parlement semble avoir tenu compte de l'assaut ayant eu lieu entre la Commission et le Service juridique du Conseil. Le texte adopté reconnaît implicitement la difficulté de trouver une base juridique européenne en se contentant de proposer « *jusqu'à une éventuelle modification des traités* », un accord interinstitutionnel en tant que cadre juridique pour le nouveau mécanisme (article 1 de la résolution). Cet accord devrait porter le nom du pacte de l'Union pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux (« pacte DEF de l'UE »).

Tout comme le cadre de l'État de droit de la Commission, le mécanisme du Parlement constituerait une procédure pré-article 7 du TUE. Cette procédure tiendrait compte des instruments mis en place par la Commission (cadre de l'État de droit) et le Conseil (dialogue sur l'État de droit), qu'il souhaiterait intégrer et compléter. Par contre, dans ce nouveau mécanisme, le Parlement et les Parlements nationaux auraient un *rôle clé tant dans l'analyse du respect des valeurs européenne que « dans le maintien d'un débat continu »* (article 9 de la résolution). Contrairement au cadre de l'État de droit de la Commission, le mécanisme de contrôle ne concernerait pas seulement les États membres, mais également le Parlement, la Commission et le Conseil. Cet élément pourrait susciter du scepticisme chez les institutions européennes qui deviendraient elles-mêmes objets du contrôle. Bien que ce point constitue une innovation, la résolution et son annexe détaille beaucoup moins le mécanisme de contrôle visant les institutions que la procédure à laquelle les États membres seraient soumis.

Encore à la différence du mécanisme de la Commission, le contrôle européen de l'État de droit serait annuel et concernerait tous les États membres. La proposition est ambitieuse parce qu'elle entend mettre en place un monitoring permanent des États. La justification donnée par le Parlement est la volonté d'éviter qu'un État membre puisse se sentir l'objet d'une discrimination négative. La neutralité est censée être garantie également par la mise en place « (d') un panel d'expert DEF », chargé de préparer des analyses pour les projets de rapport DEF et les projets de recommandation par pays.

La procédure prévue par le Parlement est extrêmement complexe et devrait mobiliser beaucoup de nouvelles ressources tant en termes humains qu'en termes de financement institutionnel. Elle vise également à coordonner dans le temps la préparation et le débat des différents rapports des institutions en lien avec le respect des droits fondamentaux. Ainsi, la politique de l'État de droit pourrait peser plus lourd sur l'agenda politique européen annuel.

A la manière du cadre de l'État de droit de la Commission, la première phase du mécanisme envisagé par le Parlement serait aussi consacrée à l'évaluation. Par contre, le lancement d'une évaluation ne relèverait plus du droit discrétionnaire de la Commission ou d'une autre institution. A la manière du semestre européen, l'évaluation devrait être réalisée chaque année et pour tous les États membres. La Commission n'aurait pas non plus la même autonomie d'appréciation de la situation politique des États membres. Celle-ci serait évaluée d'abord par un panel d'experts indépendants dont la Commission ne ferait qu'assurer le secrétariat.

La composition du panel d'experts DEF obéirait à des règles strictes. Les membres seraient nommés par deux voies différentes. Premièrement, le parlement national de chaque État membre nommerait un expert indépendant qui doit être un membre qualifié de la Cour constitutionnelle ou d'une cour suprême et qui ne se trouve actuellement pas en service actif (28 membres). Deuxièmement, dix autres experts seraient nommés par le Parlement européen

à la majorité des deux tiers. Un élément nouveau de la résolution est la consécration officielle d'un rôle majeur des représentants de la société civile et des institutions internationales.

Le pouvoir de nomination des dix experts serait attribué à dix organisations explicitement identifiées. Il s'agit d'une part des réseaux européens, à savoir la Fédération européenne des académies nationales des sciences et des sciences humaines (ALLEA), le réseau européen des institutions nationales des droits de l'homme (REINDH) et le Conseil des barreaux européens (CCBE). D'autre part, des organisations internationales interviendraient également dans la procédure de nomination. Le texte nomme explicitement la Commission de Venise, le GRECO, le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), ainsi que l'ONU, l'OSCE et l'OCDE.

Les sources sur lesquelles le panel d'experts DEF pourrait s'appuyer lors de son analyse renforcerait encore plus le pouvoir d'influence des organisations de la société civile et des organisations internationales. La liste non exhaustive des sources potentielles énumérées par le projet est particulièrement éclairante. Les sources mentionnées peuvent être divisées en plusieurs groupes.

Dans le premier groupe appartiennent les sources provenant de la société civile, à savoir des experts, des universitaires, des organisations de la société civile, des associations professionnelles et sectorielles, notamment de juges, d'avocats et de journalistes, ainsi que les index et critères existants développés par des ONG.

Au deuxième groupe appartiennent les documents préparés par des organisations internationales, précisément par la Commission de Venise, le groupe d'États contre la corruption (GRECO), le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), les Nations unies, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). La liste reste ouverte en portant la mention de tout autre organisme créé par des traités.

Le troisième groupe est formé par les documents produits par les institutions européennes. En plus d'une mention générale des contributions des institutions de l'Union, le projet d'accord mentionne explicitement un grand nombre de sources européennes concrètes. Il s'agit en fait de toute résolution ou autre contribution pertinente du Parlement européen, des documents produits par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), en particulier son instrument EFRIS, ou par d'autres agences spécialisées de l'Union, notamment le Contrôleur européen de la protection des données, l'Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes, la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail (Eurofound) et Eurostat.

Un quatrième groupe englobe non seulement la jurisprudence de la Cour de justice, mais aussi celle de la Cour européenne des droits de l'homme, et d'autres juridictions internationales créées par des traités.

Un cinquième groupe réunit les contributions des autorités compétentes des États membres en matière de respect de la démocratie, de l'État de droit et des droits fondamentaux.

Il est à noter que les sources officielles nationales susceptibles de représenter les positions gouvernementales ne sont pas mentionnées par la liste présentée dans le projet d'accord. Malgré l'objectif de neutralité souligné dans la résolution, en pratique, ce phénomène limite les chances d'aboutir à des observations politiquement équilibrées. Selon les promoteurs de la proposition, le panel d'experts DEF serait une garantie de neutralité. Il est vrai que dans la première phase d'évaluation, les acteurs politiques nationaux classiques (gouvernements, représentants d'oppositions nationales, parlements nationaux, partis politiques, etc.) n'interviendraient pas officiellement. En même temps, le Parlement européen en tant qu'institution politique, disposerait d'un pouvoir d'influence dès le début de la

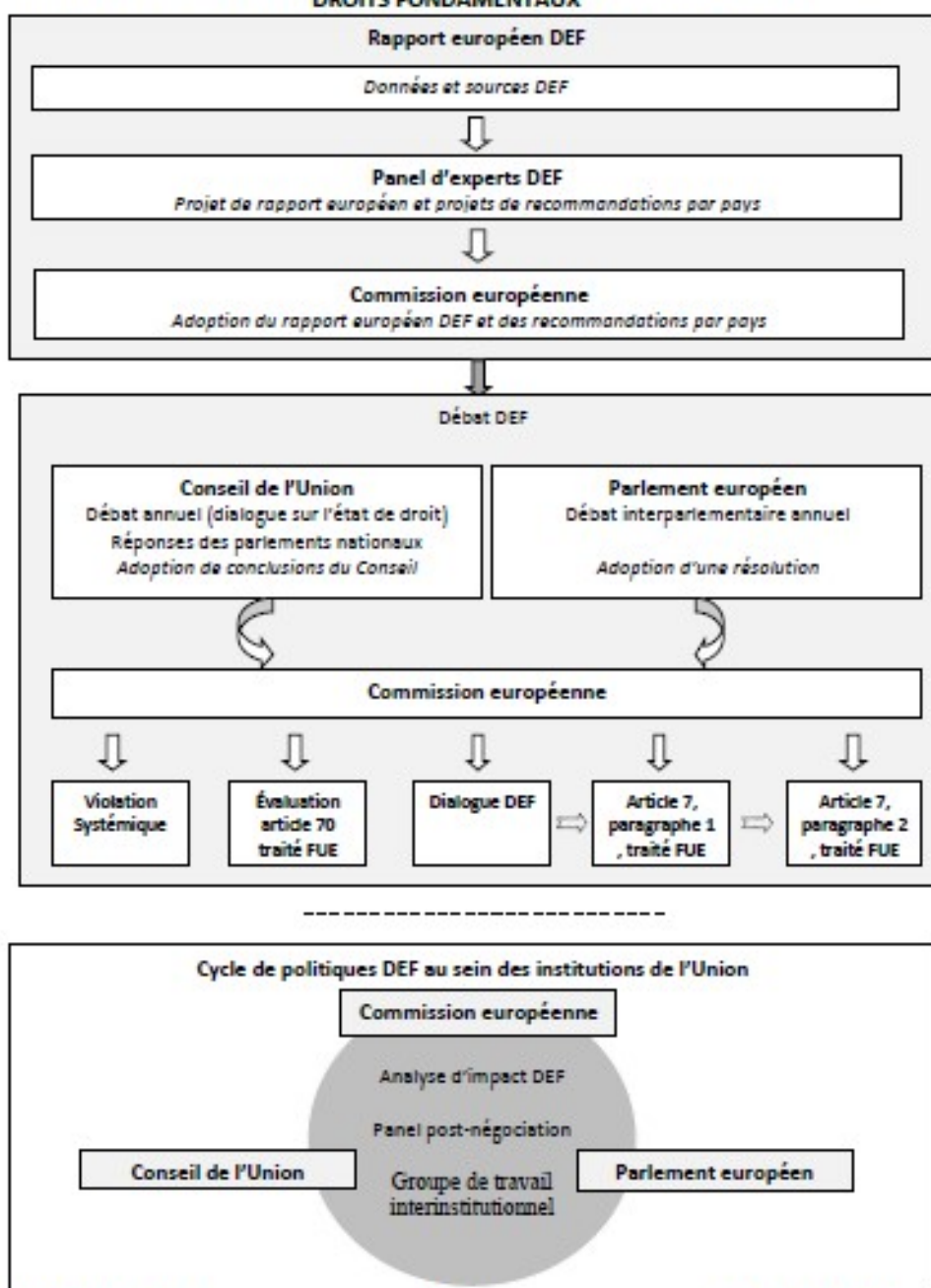
procédure. Le projet d'accord stipule que les documents fournis par le Parlement pourraient alimenter la phase d'évaluation. Aussi, le panel d'expert DEF travaillerait en collaboration étroite avec la Commission, institution de l'Union qui s'est également proclamée politique. Finalement, les organisations de la société civile mentionnées en tant que sources ne peuvent pas non plus être considérées comme politiquement neutres. Bien qu'elles ne fassent pas de la politique au sens classique de la politique des partis, elles représentent également des intérêts de groupe. Aussi, leurs missions consistent rarement à conforter l'action gouvernementale. Ainsi, dès le départ, le mécanisme envisagé par le Parlement placerait en situation de désavantage les acteurs politiques classiques nationaux.

A la fin de la première étape d'évaluation, à la base des projets préparés par le panel d'experts DEF, la Commission adopterait son rapport DEF et ses recommandations DEF par pays. La procédure rentrerait alors dans sa deuxième phase ouvrant la place à des débats se déroulant parallèlement devant le Parlement et le Conseil. Le débat interparlementaire organisé par le Parlement serait conclu par une résolution. Le débat au Conseil reprendrait la forme du dialogue annuel sur l'État de droit, suivi de ses conclusions.

Dans la troisième phase, plusieurs voies d'action seraient possibles. Premièrement, si selon les observations du rapport DEF, l'État membre se conforme aux exigences de l'État de droit, aucune mesure ne serait prise. Deuxièmement, le projet d'accord stipule que « *sur la base du rapport européen DEF et après avoir consulté le Parlement européen et le Conseil, la Commission pourrait décider de présenter une proposition d'évaluation de la mise en œuvre par les États membres des politiques de l'Union dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice au titre de l'article 70 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.* » Troisièmement, « *sur la base du rapport européen DEF, la Commission pourrait décider d'intenter une action pour violation systématique, au titre de l'article 2 du traité sur l'Union européenne et de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en regroupant plusieurs dossiers d'infractions* ». Quatrièmement, si l'État membre obtenait une note rouge sur un ou plusieurs aspects, la Commission commencerait un dialogue avec lui. Si le rapport incluait une analyse du panel d'experts constatant un risque clair de violation grave, le Parlement, la Commission et le Conseil feraient chacun leur analyse et prendraient une décision motivée sur l'activation de la procédure du paragraphe 1, de l'article 7 du TUE. Si le rapport incluait une analyse du panel d'experts constatant une violation grave et persistante, le Parlement, la Commission et le Conseil feraient chacun leur analyse et prendraient une décision motivée sur l'activation du paragraphe 2, de l'article 7 du TUE.

En ce qui concerne la question des sanctions, la résolution du Parlement n'a pas apporté de clarifications. Au contraire, elle a reconnu implicitement que les traités étaient ambigus en la matière. Il a conclu que dans une modification du traité, il faudrait préciser davantage l'article 7 en ce qui concerne les sanctions et notamment en ce qui concerne la possibilité des sanctions financières ou la suspension des financements européens.

PACTE DE L'UNION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE, L'ÉTAT DE DROIT ET LES DROITS FONDAMENTAUX



RR\1106592FR.docx

27/37

PE376.988v02-00

II.4. Le rapport des instruments concurrents

La présentation en haut a permis de voir qu'il existait un consensus parmi les trois institutions européennes sur le fait qu'il fallait identifier un programme d'action européenne pour contrôler le respect de l'État de droit dans les États membres. Par contre, chaque institution a proposé sa propre solution. Ainsi, la politique européenne de l'État de droit dispose actuellement d'un ensemble d'instruments concurrents, voire incompatibles entre eux.

Ni l'avis du Service juridique, ni la prise de position officielle du Conseil n'ont pu empêcher que la Commission continue sa politique de l'État de droit sous la forme qu'elle avait envisagée dans sa communication de 2014.

En fait, les évolutions politiques polonaises ont donné l'opportunité à la Commission de mettre en œuvre son nouveau mécanisme. En novembre 2015, les débats sur la situation de l'État de droit en Pologne ont commencé avec le conflit autour de la composition du Tribunal constitutionnel. Le 13 janvier 2016, le collège des commissaires européens a fait part d'un premier débat d'orientation sur la situation polonaise. Plusieurs échanges de vue ont eu lieu entre la Commission et les autorités polonaises et le Vice-Président Frans Timmermans s'est rendu en Pologne plusieurs fois. Le 1^{er} juin 2016, la Commission a décidé d'adopter un avis sur l'État de droit en Pologne¹⁶, ce qui a constitué la première étape formelle de mise en route du nouveau mécanisme.

Cet avis s'est concentré sur trois sujets : la nomination des juges du Tribunal constitutionnel et l'exécution des arrêts rendus par ce dernier les 3 et 9 décembre 2015 sur ces questions ; la loi du 22 décembre 2015 modifiant la loi sur le Tribunal constitutionnel, l'arrêt du Tribunal constitutionnel du 9 mars 2016 relatif à cette loi et le respect des arrêts rendus par le Tribunal constitutionnel depuis le 9 mars 2016 ; l'effectivité du contrôle constitutionnel des nouvelles lois. Les autorités polonaises ont été appelées à remédier à la situation dans un délai raisonnable.

Faute de remède satisfaisant de la part de la Pologne, le 26 juillet 2016, la Commission a adopté sa recommandation sur l'État de droit suivant la procédure prévue par le mécanisme de 2014.¹⁷ Les recommandations portaient sur quatre actes législatifs en lien avec l'indépendance du pouvoir judiciaire. Elles concernaient la Cour suprême et le Conseil national de la magistrature, l'organisation des juridictions de droit commun et l'École nationale de la magistrature.

La Commission a mis un accent particulier sur son inquiétude quant à la possible révocation des juges de la Cour suprême. Elle a appelé les autorités polonaises à éviter de prendre des mesures de ce type, sous peine de déclencher directement la procédure de l'article 7, paragraphe 1 du TUE. Cette fois-ci, les autorités polonaises ont reçu un mois pour satisfaire les demandes de la Commission. Par ailleurs, la Commission a également annoncé qu'elle utilisera la méthode classique de la procédure d'infraction en matière de la loi sur les tribunaux de droit commun.

Le 21 décembre 2016, la Commission a adressé une seconde recommandation sur l'État de droit à la Pologne en estimant que certaines préoccupations avaient été résolues, alors que d'autres perduraient et que de nouvelles menaces sont apparues. Cette décision de la Commission peut avoir différentes interprétations. Manifestement, ce choix d'adopter une recommandation « complémentaire » sort de la procédure prévue par la communication de 2014. L'étape prochaine devait être la phase de suivi et puis l'activation de l'article 7. De ce point de vue, ce choix de la Commission peut être considéré comme un signe de faiblesse. Mais il est vrai que la décision pouvait s'inscrire également dans la logique de dialogue continu.

La situation n'ayant toujours pas satisfait la Commission, le 19 juillet 2017, le Vice-président Frans Timmermans a lancé un discours passionné à la Pologne où il a aussi évoqué

¹⁶ La Commission adopte un avis sur la situation de l'État de droit en Pologne. Communiqué de presse, Commission européenne, Bruxelles, 1er juin 2016. Disponible sur: https://www.google.hu/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjYmYGGZ6bvXAhURJewKHxN5AOoQFggvMAE&url=http%3A%2F%2Feuropa.eu%2Frapid%2Fpress-release_IP-16-2015_fr.pdf&usq=AOvVaw3-6YyuIHiiR15k2VpyVYNI (consulté le 10 octobre 2017)

¹⁷ La Commission européenne agit pour sauvegarder l'État de droit en Pologne. Communiqué de presse, Commission européenne, Bruxelles, 27 juillet 2017. Disponible sur: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2161_fr.htm (consulté le 10 octobre 2017)

les attaques personnelles qu'il a reçues. Il a affirmé vouloir émettre un message politique clair. Il a souligné que compte tenu des derniers développements il était « *très proche de déclencher l'article 7* ». Finalement, il a annoncé qu'une troisième recommandation sera adressée à la Pologne ce qui a été fait le 27 juillet 2017, un an après la première recommandation. Le mécanisme n'ayant pas abouti à la solution qu'elle a souhaité, le 20 décembre 2017, la Commission a lancé la procédure de l'article 7 contre la Pologne.

Jusqu'à nos jours, le mécanisme prévu par la résolution du 25 octobre 2016 du Parlement européen est resté lettre morte. En fait, la proposition a pris la forme d'un rapport d'initiative. L'appellation est trompeuse, parce que dans le système institutionnel de l'Union européenne, c'est la Commission qui dispose elle seule du monopole d'initiative législative. Le rapport d'initiative ne permet au Parlement que d'effectuer une pression politique sur la Commission, en lui demandant de présenter une initiative sur un sujet donné. Si la Commission est d'accord avec le Parlement, elle peut soumettre l'initiative législative demandée. Mais elle est également libre de refuser la proposition en communiquant les raisons du rejet.¹⁸

Le Parlement a assorti sa demande d'un délai expiré en septembre 2017. Le 17 janvier 2017, la Commission a coupé court le débat. Elle a communiqué son refus de présenter la proposition législative demandée par le Parlement. Elle a considéré que la modification éventuelle des traités n'était pas réaliste à court ou à moyen terme. Le fragment suivant éclaire les tensions entre l'instrument de la Commission et celui proposé par le Parlement.

« À ce stade, la Commission émet de sérieux doutes quant à la nécessité d'établir un rapport annuel et un cycle de politiques en faveur de la démocratie, de l'État de droit et des droits fondamentaux élaborés par une commission « (d') experts » et à sa faisabilité. Elle émet également de sérieux doutes quant à la nécessité de conclure un accord interinstitutionnel à ce sujet ainsi que sur la faisabilité et la valeur ajoutée d'un tel accord. Certains éléments de la démarche proposée dont, par exemple, le rôle central que la proposition de pacte attribue à un panel d'experts indépendants, soulèvent de sérieux problèmes en matière de légalité, de légitimité institutionnelle et d'obligation de rendre compte. À cela s'ajoutent des inquiétudes d'ordre pratique et politique qui pourraient augmenter la difficulté pour l'ensemble des institutions concernées à trouver un terrain d'entente. La Commission considère qu'il convient tout d'abord de tirer le meilleur parti des instruments existants, tout en évitant les doublons. En effet, toute une série d'outils et d'acteurs fournissent déjà un ensemble de moyens complémentaires et efficaces pour promouvoir et défendre les valeurs communes. La Commission restera attachée à ces moyens et continuera à travailler sur cette base. »¹⁹

Pour le moment, le Parlement n'a donc pas réussi son coup. Pour autant, cela ne veut pas dire qu'il a abandonné ses tentatives d'influer sur la politique européenne de l'État de droit. Le 17 mai 2017, il a adopté une nouvelle résolution sur la situation en Hongrie²⁰ dans laquelle il a confié la mission à la Commission parlementaire LIBE de préparer un rapport permettant de lancer directement le mécanisme du paragraphe 1 de l'article 7 du TUE. En

¹⁸ Plus d'information sont disponibles sur le site du Parlement européen: <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/fr/20150201PVL00004/Pouvoir-l%C3%A9gislatif> (consulté le 10 novembre 2017)

¹⁹ Suite donnée à la résolution du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission sur la création d'un mécanisme de l'Union pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux. Commission européenne, Bruxelles, le 17 janvier 2017. Disponible sur: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/spdoc.do?i=27630&j=0&l=fr> (consulté le 10 novembre 2017)

²⁰ Résolution du Parlement européen du 17 mai 2017 sur la situation en Hongrie. Parlement européen, Strasbourg, 2017. Disponible sur: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2bTA%2bP8-TA-2017-0216%2b0%2bDOC%2bPDF%2bV0%2F%2FR> (consulté le 10 septembre 2017)

jouant préparant l'activation de cet article, le Parlement est revenu au cœur du jeu politique autour de l'État de droit tout en vidant de son sens le mécanisme prévu par la Commission.

Les interactions entre les institutions européennes en matière du contrôle de l'État de droit sont une bonne illustration des relations politiques complexes au sein de l'Union européenne. Dans ce système compliqué, il n'est pas toujours clair qui influence qui. La Commission a été certainement influencée par les appels provenant des États membres et du Parlement européen pour pousser sa politique de l'État de droit. Par contre, une fois qu'elle a identifié un mécanisme qui lui convient, elle a refusé catégoriquement de suivre toute indication de la part du Parlement.

Le rôle du Conseil est également intéressant. Malgré que l'idée du contrôle européen de l'État de droit ait été formulé par certains États membres d'une manière non équivoque, le Conseil, en tant qu'institution, s'est contenté d'organiser un simple dialogue de l'État de droit. Il a également refusé de reconnaître la légitimité du mécanisme mis en place par la Commission. En même temps, certains pensent que la politique de la Commission arrange les États membres influents au Conseil.

Finalement, la lutte des institutions pour imposer leurs solutions et leur rôle clé en matière d'État de droit éclairent aussi une dynamique propre à l'Union après 2009. Le Traité de Lisbonne est entré en vigueur en 2009 apportant des modifications juridiques essentielles dans la répartition du pouvoir entre les institutions. Le texte des traités n'était qu'une base pour établir les futurs rapports de force. Les institutions savaient qu'après Lisbonne, leur pouvoir dépendrait de l'application pratique qu'elles feraient des traités. Ainsi, les batailles en matière d'État de droit s'inscrivent également dans une logique plus générale de lutte des institutions pour renforcer leur position dans la hiérarchie institutionnelle de l'Union.

En conséquence, la mise en place de la politique européenne de l'État de droit ne peut pas être analysée comme la réalisation de la volonté politique d'un seul acteur. Elle est le résultat d'une lutte entre un grand nombre d'acteurs, organisés en coalitions dynamiques présentant une multitude d'intérêts.

**Rechtssystem und Digitalgesellschaft.
Transformationsmuster im deutschen Recht**

I. Historischer und theoretischer Hintergrund der Rechtssystemänderung

Die Geschichte der Digitalgesellschaft hat – im Grunde genommen – in den Siebziger Jahren des XX. Jahrhunderts angefangen. Vorher kann man allerdings schon von Computerisierung oder Informatisierung sprechen, obwohl eine klare Vorstellung von dem Trend, um den es ging, damals weitgehend fehlte. Einige Analysen sprechen über diese Zeit als Vorspiel zur Digitalisierung¹, aber diese Meinungen und wissenschaftliche Zusammenfassungen können als nachträgliche Vermutungen bezeichnet werden. Heute ist es unstrittig, dass eine bedeutende Innovation in allen Bereichen der deutschen Gesellschaft vorangeschritten ist und die Informatisierung ins Zentrum des Innovationstrends gehört. Informatisierung bedeutet nicht nur mehr Computernutzung und zahlreiche von Computern gesteuerte Netzwerke, sondern massive Veränderungen der Arbeitsbeziehungen und Dienstleistungen in allen Wirtschaftssektoren. Die computerbezogene Arbeit hat auch das Alltagsleben der Gerichte erreicht, verlangt nach revidierter Fachausbildung und Weiterbildung.

Wesentliche Entwicklungen haben in allen Wirtschaftssektoren stattgefunden, ob beispielsweise bei den Banken, in den betrieblichen Produktionsorganisationen oder bei den Dienstleistungen. Die Lokomotive des Innovationszuges wurde die IT-Industrie selbst, und deswegen spricht man seit dem späten XX. Jahrhundert nicht nur über eine technologische, sondern auch über eine wissensstrukturelle Veränderung der Gesellschaft. Die Logik und die Methoden der Wissensproduktion haben sich durch die neue Softwareproduktion verändert. Die Zeit der Digitalisierung hat also die wissensmethodologische Konstruktion der Wirklichkeit durch eine künstliche Intelligenz verändert. Heute kann über ein digitales Zeitalter der Gerichtsbarkeit gesprochen werden, sofern die Gerichtspraxis von der Anwendung verschiedener Algorithmen geprägt wird.²

Der digitale Ausbau wurde von der Politik der Bundesregierung unterstützt. Zahlreiche Projekte und politische Aktionen haben die Digitalisierung als eine Phase der Modernisierung vorangetrieben. Die Modernisierungspolitik der Bundesregierung hat zu neuer Gesetzgebung geführt, wodurch teilweise deutliche Rechtsveränderungen ausgelöst wurden. Maßgebliche Faktoren sind auch – neben den innerstaatlichen Projekten – die entwicklungspolitischen Programme der EU gewesen. So haben die EU-Verordnungen oder Richtlinien (und auch

¹ Hans Bösch (Hrsg.): *Wege in die Digitale Gesellschaft. Computernutzung in der Bundesrepublik 1955 – 1990*. Wallstein Verlag, Göttingen, 2018.

² Indra Spieker spricht über eine „Systematische Digitalisierung“. „Systemische Digitalisierung ist ein qualitativer Sprung ausgelöst von vorrangig quantitativer Veränderung. Sie speist sich aus zwei Entwicklungen. Zum einen ist Treiber die Digitalisierung als solche: Sie wandelt die Beschreibbarkeit und in der Folge die Beschreibung der Welt in eine binäre Struktur um. Dies erlaubt schnelle, preiswerte und von Orten unabhängige Speicherung, Transfer, Vervielfältigung und Rekombination von Daten und den darauf basierenden Informationen. Der zweite Treiber ist die umfassende Vernetzung oder auch embeddedness unserer Umgebung. Digitale Anwendungen finden nicht mehr dezentral statt, sondern werden – wie es gerade typisch für den Einsatz von Plattformen ist – in einer möglichst weitreichenden und umfassenden Vernetzung angeboten. Diese Vernetzung umgreift sämtliche Ebenen des Internets: Eine Trennung von zugrunde liegender Infrastruktur, Transport und Inhalten ist nicht mehr möglich.“ Indra Spiecker genannt Döhmann: *Digitale Mobilität: Plattform Governance*. GRUR 2019, 341. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?> 13.08.2019.

EuGH-Urteile) oft eine bedeutende Rolle bei der Gesetzgebungsinnovation gespielt.

In den deutschen Sozialwissenschaften wurde der aktuelle Gesellschaftszustand immer anhand mehrerer Bezeichnungen beschrieben. In den sechziger Jahren des XX. Jahrhunderts beherrschte der Begriff der „Arbeitsgesellschaft“, dann derjenige der „Tätigkeitsgesellschaft“ die öffentlichen Diskussionen.³ In den neunziger Jahren trat der Begriff der sog. „Risikogesellschaft“ auf, dann die „Bildungsgesellschaft“ und „Wissensgesellschaft“. Heute wird die Bezeichnung „Mediengesellschaft“ genauso wie der Begriff der „Informationsgesellschaft“ genutzt. Trotz der Popularität des Begriffes der Digitalgesellschaft wird diese Bezeichnung in der Wissenschaft eher weniger in Anspruch genommen. Digitalgesellschaft wird häufig parallel mit der Bezeichnung der Informationsgesellschaft benutzt, obwohl die begrifflichen Inhalte nicht deckungsgleich sind.⁴

In der letzten Zeit ist die Verwendung des Begriffes der Digitalgesellschaft zwar häufiger und genereller geworden, allerdings nutzen viele Autoren bevorzugt weiter den Begriff der Informationsgesellschaft. Die Zweideutigkeit und Unsicherheit der begrifflichen Darstellung trägt in der Rechts- und Justizpolitik zu einer gewissen Verwirrung bei. Die Regierungs- und Wirtschaftsprojekte zielen nämlich auf die Ausbreitung der Digitalgesellschaft ab, hingegen strebt die Justizpolitik nach Verbesserung der Informationsgesellschaft. Diese Vorstellung passt zu dem – unten genannten – Adaptationsmodell sehr gut, oder – wie es anderswo thematisiert wurde – die Industrie 4.0 trifft auf die Justiz 1.5.⁵

³ Der Begriff der Arbeitsgesellschaft spiegelte die gesellschaftlichen Beziehungen und die Industrialisierung der Nachkriegszeit in der BRD wieder. Es geht um eine Gesellschaft, die auf die (organisierte) Arbeit konzentriert, und wo die Arbeitsbeziehungen die Hauptaktoren und Hauptorganisationsfaktoren des alltäglichen Lebens sind. Soziologische Analyse und Kritik: Claus Offe: *Arbeitsgesellschaft: Strukturprobleme und Zukunftsperspektiven*. Frankfurt/Main, Campus-Verlag, 1984. Wolfgang Bonß (Hrsg.): *Arbeitslosigkeit in der Arbeitsgesellschaft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984. Dann: Jost Krippendorf - Bernhard Kramer - Ralph Krebs: *Arbeitsgesellschaft im Umbruch - Konsequenzen für Freizeit und Reisen*. Bern, Verl. Forschungsinstitut für Fremdenverkehr, 1984. Tätigkeitsgesellschaft ist eine Gesellschaft, wo viele nicht vom Arbeitsmarkt zentrierte Handlungen stattfinden können, aber jede Einzelne kann etwas Zusätzliches für die Gesellschaft beitragen. Hermann Glaser: *Das Verschwinden der Arbeit, die Chancen der neuen Tätigkeitsgesellschaft*. Düsseldorf, Econ-Verl., 1988. Über die Risikogesellschaft: Ulrich Beck: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986. Katharina Reus: *Das Recht in der Risikogesellschaft, der Beitrag des Strafrechts zum Schutz vor modernen Produktgefahren*. Berlin, Duncker & Humblot, 2010. Gunnar Duttge (Hrsg.): *The law in the information and risk society*. Göttingen, Univ.-Verl. Göttingen, 2011. Alfons Bora (Hrsg.): *Rechtliches Risikomanagement: Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft*. Berlin, Duncker & Humblot, 1999. Über die Informationsgesellschaft und ihre Kritik: Manuel Castells: *Das Informationszeitalter. Wirtschaft. Gesellschaft. Kultur.*, 1- 3. Band. 1.: *Jahrtausendwende*, 2.: *Die Macht der Identität*, 3.: *Der Aufstieg der Netzwerkgesellschaft*. Wiesbaden, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2017 (Zweite Auflage): Oliver Haut: *Die Informationsgesellschaft. Anatomie einer Lebenslüge*. Frankfurt am Main, Lang, 1996. Nikola Zilien – André Schüller – Zwierlein: *Informationsgerechtigkeit. Theorie und Praxis der gesellschaftlichen Informationsversorgung*. Berlin, De Gruyter, 2012. Cary Steinmann: *Evolution der Informationsgesellschaft: Markenkommunikation im Spannungsfeld der neuen Medien*. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften / Springer Fachmedien, Wiesbaden GmbH, Wiesbaden, 2011. Jochen Steinbicker: *Zur Theorie der Informationsgesellschaft. Ein Vergleich der Ansätze von Peter Drucker, Daniel Bell und Manuel Castells*. Wiesbaden. VS Verlag für Sozialwissenschaften / Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, Wiesbaden, 2011.

⁴ Kritik über Digitalgesellschaft: Sascha Dickel und Jan – Felix Schrape: *Dezentralisierung, Demokratisierung, Emanzipation. Zur Architektur der digitalen Technikutopie*. Leviathan, 43. Jg. 3/2015. S. 442 – 463.

⁵ Die Differenzen zwischen industriellen und rechtlichen Entwicklungen hatte Reinhard Gaier mit einem Bonmot sehr gut dargestellt. Er spricht über Industrie 4.0 – Justiz 1.5 in einem NJW Editorial. „Die aktuelle Untersuchung hat erstmals auch Informationstechnologien einbezogen und dabei für die deutsche Justiz eher enttäuschende Ergebnisse dokumentiert. Verglichen wurde insbesondere der elektronische Zugang zu speziellen Verfahren für geringfügige Forderungen (Online small claim proceedings). Deutschland belegt hier Platz 22 unter den 28 Mitgliedstaaten. Diese Position ist für die führende Wirtschaftsnation in Europa und ein Land, das auf eine

II. Rechtstransformation

Wenn wir die prozessrechtlichen Entwicklungen als Trend präsentieren wollen, sollten wir vorerst die von der Digitalisation berührten Rechtsgebiete analysieren.

II.1. Rechtsgebiete unter dem Einfluss der Digitalisierung

II.2. Materielles Recht

Auf seinen Rechtsgebieten herrschen pragmatische, praxisorientierte Reformvorschriften. Die Herausforderung der Digitalgesellschaft wurde hier ohne besondere oder theoretische Thematisierungsarbeit durchgesetzt, aber es war trotzdem eine wirksame Strategie. Die rechtlichen Veränderungen sind durch einfache Gesetzes-, oder Rechtsvorschriftenänderungen umgesetzt worden, die eine hochgradige Kontinuität aufweisen. Die Methodologie der Wandlung beruhte entweder auf Überlegungsanalogien oder komplexer Analysis der Rechtsfälle. Die Rechtsanalyse kann aber den Mangel des fehlenden generellen Transformationsmodells nicht beseitigen. Juristische Selbstreflexionen können einen stabilen Hintergrund für die Rechtstransformation bilden, aber sie können auf viele Probleme keine Antworten geben.

II.3. Verbraucherschutzrecht

In erster Linie ist die Entwicklung der Verbrauchertätigkeit im Online-Bereich darzustellen. In diesem Bereich ist der Innovationsschwerpunkt im letzten Jahr auf den EuGH gefallen, weil das Verbraucherschutzrecht durch maßgebende EuGH-Urteile geformt wurde.⁶ Die Urteile weiteten das Verfahrensrecht etwa zugunsten von Facebook-Nutzern oder Fluggästen aus. [EuGH. C 2018/37, EuGH C 2018/258.] Dem leitenden Tenor zufolge gehören die Rechtsprobleme der Facebook-Nutzung zum Verbraucherschutzrecht, da der Vertrag zwischen Facebook und dem Account-Inhaber als ein spezieller Verbrauchervertrag zu qualifizieren ist.

Der BGH hatte eine Internetwerbung als rechtswidrig erachtet, da die streitgegenständliche Staubsaugermarke von den Geräten einer bestimmten anderen Staubsaugermarke nicht zu unterscheiden war. [BGH Aktenzeichen I ZR 236/16.] Das zusätzliche Problem war, dass die Domainnamen der Anbieter sehr ähnlich waren und somit durch einen Klick verwechselt werden konnten. Obwohl die Rechtssache viele Rechtsgebiete berührte, hat die Entscheidung eine eindeutige verbraucherschutzrechtliche Bedeutung. In das Zentrum der höchstrichterlichen Argumentation wurde das Problem der Nutzung von Domainnamen gestellt, da der Beklagte eine solche Kette von Domainnamen (Links) ausgebaut hat, wo am Ende der Verbraucher seine Orientierung verloren hatte.⁷ Der Fall beleuchtet sehr gut, dass im Internet komplexe

innovative, leistungsfähige Technologie angewiesen ist, mehr als nur blamabel.“ NJW. 2015. 25. Heft.

⁶Helmut Hoffmann: *Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2018.* NJW. 2019.481. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>. Der Autor konzentrierte sich auf die richterliche Rechtsentwicklung, so er hatte 24 Rechtsfälle thematisiert. Den Schwerpunkt bildeten Fälle aus dem Bereich des Immaterialgüterrechtes. Frank Montag, Andreas von Bonin: *Die Entwicklung des Unionsrechts bis Mitte 2018.* NJW.2019.193. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>.

⁷„Wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, kann der angesprochene Verkehr diesem Domainnamen allenfalls entnehmen, dass der Beklagte nicht der Vertriebsstruktur der Klägerin angehört. Der Inhalt der Domainbezeichnung sagt jedoch nicht aus, dass unter der Domain keine Originalwaren der Klägerin angeboten

Rechtsbeziehungen herrschen, und deswegen die alte Arbeitsteilung des Rechtssystems in Frage gestellt wird.

In den letzten Jahren sind IT- und Internetdienstleistungen Gegenstand von Verfahren zum Verbraucherschutzrecht gewesen.⁸ Die richterliche Rechtsentwicklung versuchte nämlich die neue Rechtsfälle in das Verbraucherschutzrecht zu integrieren. Z.B. hat der BGH in einem Urteil [BGH, NJW 2019, 47] thematisiert, dass eine pauschale „Servicegebühr“ für die elektronische Übermittlung einer Eintrittskarte unzulässig ist.

Viele Tatbestände können aber im Verbraucherschutzrecht gar nicht adaptiert und integriert werden. Diese Tatbestände wurden im Schrifttum von mehreren Artikeln thematisiert. Die ungelösten Probleme wurden dann einem anderen Gebiet zugeordnet, das ein neues Rechtsterritorium bildet. (Siehe unten 3.2.2). Als Beispiel dient die neue Marketingstrategie, das sog. „Behavioral Microtargeting“⁹. Jedenfalls wird hinsichtlich der neuen Tendenzen der Verbraucheraktivitäten klargestellt, dass das „*vom EuGH und in der UGPL proklamierte Leitbild des Durchschnittsverbrauchers, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist*“, problematisch geworden ist.¹⁰ Aus einem anderen Aspekt wurden die hier aufgetauchten Probleme von Nadine Schawe dargestellt, welche sie in den Regelungsproblemen von Blockchain und den dazu gehörigen Smart Contracts sieht.¹¹ Constantin Willems hat den Einfluss der Influencer untersucht, insbesondere vor dem Hintergrund der Fragestellung, wann Influencer als Unternehmer eine bedeutende Wirkung auf Verbraucher ausüben, um diesen etwas zu verkaufen.

Letztlich weist der Autor auf Folgendes für die Beurteilung der einzelnen Fälle hin: „*Ob ein Influencer vor dem Hintergrund der §§ 13, 14 Abs. 1 BGB als Verbraucher oder als Unternehmer zu klassifizieren ist, muss in einer Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls eruiert werden.*“¹² Für jeden Fall versucht er folglich die häufig diskutierten Konflikte im Rahmen des vorgegebenen Rechtssystems zu lösen ohne zu einem generellen Modell vorzustoßen.

II.4. Bürgerliches Recht (BGB)

Digitalisierung als allgemeiner Veränderungsdruck wurde von Christiane

werden. Die vom Berufungsgericht in revisionsrechtlich unbedenklicher Weise gesehene Möglichkeit, der Verkehr nehme an, unter der Domainbezeichnung angebotene Produkte seien von einem freien Händler angebotene Originalprodukte der Klägerin, reicht für die Annahme einer gedanklichen Verbindung aus.“ (Entscheidungsgründe 20.cc.)

⁸ BGH (I. Zivilsenat), *Zugang von Dritten zum Internet über den WLAN – Router des Kunden*. Urteil vom 25.04.2019 – I. ZR. 23/18. BeckRS. 2019.8526. Louisa Specht: *Die Entwicklung des IT Rechtes im Jahr 2018*. NJW. 2018.3686. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>.

⁹ Martin Ebers: *Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioral Microtargeting. Verhaltensteuerung durch Algorithmen aus Sicht des Zivilrechtes*. MMR.2018.423. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 13.06.2019>.

¹⁰ Martin Ebers: *Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioral Microtargeting. Verhaltensteuerung durch Algorithmen aus Sicht des Zivilrechtes*. MMR.2018.423. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 13.06.2019>.

¹¹ Nadine Schawe: *Blockchain und Smart Contracts in der Kreativwirtschaft – mehr Probleme als Lösungen?* MMR 2019, 218. „*Aus Verbraucherschutzgesichtspunkten ist es zudem denkbar, dass mit zunehmender Verbreitung von Smart Contracts de lege feranda eine Programmanbindung an die staatliche Justiz verpflichtend wird, um auch beim Einsatz von Smart Contracts einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.*“ <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 13.06.2019>.

¹² Constantin Willems: *Influencer als Unternehmer. Überlegungen zu § 2 Abs 1 Nr 6 UWG und §§ 14, 112 BGB*, MMR 2018, 707. Siehe noch: Christina-Maria Leeb – Marc Mais: *Social-Media-Stars und –Sternchen im Rechtsfreien Raum?* ZUM 2019, 29. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>.

Wendehorst schon im Jahre 2016 lokalisiert.¹³ Sie schreibt, dass die Digitalisierung die Rechtsregeln des BGB vor eine komplexe Herausforderung stellt. Die Argumentation der Autorin zielt auf ein, wie ich argumentiere, Anpassungsmodell ab: *„Privatrechtsordnungen, deren Strukturelemente vor Jahrhunderten konzipiert wurden, könnten im digitalen Zeitalter einer Anpassung bedürfen.“* Der Anpassungsbedarf ergibt sich für sie aus der Frage, wo der Anpassungsbedarf auftaucht.

Zusammengefasst: Es sind Bereiche der E-Person, der künstlichen Intelligenz, der Maschine zu Maschine (M2M) Kommunikation, der elektronischen Selbsthilfe, von Netzverträgen, des Datenschuldrechts, der digitalen Inhalte, der Haftung für den Einsatz neuer Technologien, der Eingriffe in fremde Daten, des Dateneigentums sowie des digitalen Nachlasses. Zu einigen Problemen macht die Autorin eindeutige Vorschläge. Ansonsten werden Thesen und Ausgangspunkte für die juristische Bearbeitung herausgearbeitet.

Wenn wir diese vorliegenden Themen untersuchen, wird sofort augenfällig, dass einige von ihnen im Laufe der Zeit obsolet geworden sind (z.B. das Problem des digitalen Nachlasses oder einige Fragen des Datenschutzrechtes), einige stellen jedoch nach wie vor ungelöste Probleme dar. Das Gesamtbild der Veränderungen wird aber deutlicher, weil die realisierten Rechtsveränderungen zahlreiche neue Themen aufgenommen haben, die 2016 noch nicht erkannt werden konnten. Festzuhalten ist, dass sich seit 2016 das bürgerliche Recht (BGB) in vielen Bereichen verändert hat und dass im Fokus der Veränderung die starke Strömung der Digitalisierung steht. Ich möchte noch hinzufügen, auch die der Globalisierung.

Ein Überblick über die betroffenen Rechtsgebiete des bürgerlichen Rechtes soll diese Einschätzung untermauern:

a.) Erbrecht

Aus der Entwicklung des Erbrechtes muss die Klarstellung hinsichtlich des digitalen Nachlasses hervorgehoben werden. Nach der Entscheidung des BGH sind digitale Benutzerkonten vererblich [BGH 12.07.2018 AZ III ZR 183/17].

Das Revisionsgericht hat einen Schlussstrich unter einen langen Prozess gezogen. Das LG Berlin hat die Beklagte (Facebook) verurteilt, der Erbengemeinschaft der Erblasserin Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto und den darin enthaltenen Kommunikationsinhalten zu gewähren [LG Berlin 17.12.2015 – 20 O 172/15]. Das Berufungsgericht (KG) hat indes konstatiert, dass den Eltern eines minderjährigen verstorbenen Kindes kein Zugang zu dessen Facebook-Account zu gewähren ist [KG, Urt. v. 31.5.2017 – 21 U 9/16]. Das Revisionsgericht hatte klargestellt, dass beim Tod des Kontoinhabers eines sozialen Netzwerks der Nutzungsvertrag grundsätzlich nach § 1922 BGB auf dessen Erben übergeht. Dem Zugang zu dem Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten stehen weder das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers noch das Fernmeldegeheimnis oder das Datenschutzrecht entgegen. *„Im Unterschied zum Berufungsgericht entscheidet sich der Senat eindeutig für die uneingeschränkte Vererblichkeit der Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis bezüglich des Benutzerkontos.... Die Vererbbarkeit sei... auch nicht durch die Nutzungsbedingungen der Beklagten ausgeschlossen worden.“* Der rechtliche Grund betrifft das Vertragsrecht, weil der rechtliche Kontakt zwischen Kontoinhaber und Facebook (Dienstleister) wie eine vertragliche Beziehung anzusehen ist. Übrigens: *„Mit wünschenswerter Deutlichkeit verneint der Senat jede Differenzierung zwischen digitalem und analogem Nachlass bezüglich der Universalsukzession im Erbrecht. Diese dient der Rechtssicherheit und vermeidet einen „Datenfriedhof“ bei allen Anbietern digitaler*

¹³ Christiane Wendehorst: *Die Digitalisierung und das BGB*. NJW 2016, 2609. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 03.06.2019>.

Dienste.”¹⁴

Die richterliche Urteilspraxis folgte der Linie des BGH im unmittelbaren Anschluss. Das LG Münster hatte zuungunsten von Apple entschieden, und ausgesagt, die Beklagte habe den Zugang „zu dem vollständigen Benutzerkonto des Erblasers (Apple ID) in der iCloud und den darin vorgehaltenen Inhalten des Erblasers zu gewähren.“¹⁵ In den Entscheidungsgründen nimmt das Landgericht Bezug auf das dargestellte BGH-Urteil.

Obwohl die leitende Richterpraxis auf die Entwicklung der Digitalisierung sehr schnell reagiert, sind einige Fragen weiterhin offen. Es gibt keine Einlassungen darüber, was mit den verteilten Informationen und persönlichen Daten passieren wird; wie können diese überhaupt *vererblich* sein? Das Problem offenbart die Grenze des Anpassungsmodells sehr gut und zeigt die Grenze des richterlichen Konfliktauflösungsprozesses ganz klar auf. Die Richter können nur darüber entscheiden, was im Prozess thematisiert wird. Darüber, was nicht Prozessgegenstand ist, darf keine richterliche Entscheidung getroffen werden. Das Beispiel beleuchtet somit auch die Grenze der einzelfallorientierten Entwicklungsmöglichkeit des Rechts im Zeitalter der Digitalisierung.

b.) Pauschalreiserecht: Haftung für Netzwerkstörung

Der Ausgangspunkt der Veränderung des BGB war die neue „Pauschalreiserichtlinie“.¹⁶ Der europäische Gesetzgeber hatte vorgelegt: *Zusätzlich zu den traditionellen Vertriebswegen hat das Internet als Mittel zum Angebot oder Verkauf von Reiseleistungen erheblich an Bedeutung gewonnen. Reiseleistungen werden nicht nur in der herkömmlichen Form vorab zusammengestellter Pauschalreisen angeboten, sondern häufig nach den Vorgaben des Kunden zusammengestellt. Viele dieser Kombinationen von Reiseleistungen befinden sich rechtlich gesehen in einer „Grauzone“ oder sind eindeutig vom Anwendungsbereich der Richtlinie 90/314/EWG nicht erfasst.*

Demzufolge hat die Richtlinie vorgeschrieben: *Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Unternehmer für Fehler aufgrund technischer Mängel im Buchungssystem, die diesem Unternehmer zuzurechnen sind, haftet, und in dem Fall, dass er sich bereit erklärt hat, die Buchung einer Pauschalreise oder von Reiseleistungen, die Teil verbundener Reiseleistungen sind, zu veranlassen, auch für Fehler, die er während des Buchungsvorgangs macht, haftet. Ein Unternehmer haftet nicht für Buchungsfehler, die dem Reisenden zuzurechnen sind oder die durch unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände verursacht werden.* (Art. 21 der Richtlinie, Haftung für Buchungsfehler)¹⁷

Der deutsche Gesetzgeber hat am 17.07.2017 die Änderung der §§ 651a ff. BGB in seinem Umsetzungsgesetz veröffentlicht [Drittes Gesetz zu Änderung reiserechtlicher Vorschriften, BT-Drucksache 18/010822]. In Kraft getreten ist die Novellierung zum 01.07.2018. Nach vielen Veränderungen wurde in § 651x BGB die Haftung für

¹⁴ Wolfgang Litzenger: *BGH: Digitale Benutzerkonten sind vererblich. Anmerkungen.* JZ. 2019. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?> 03.06.2019.

¹⁵ Landgericht Münster, 014. O. 565/18 Urteil, (Nicht rechtskräftig)

¹⁶ RICHTLINIE (EU) 2015/2302 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates)

¹⁷ Die Richtlinie hat noch eine erweiterte Informationspflicht eingeführt und es wurde die vorvertragliche Verantwortung des Vermittlers vorgeschrieben: *„Haftung des Vermittlers für die Erbringung der vorvertraglichen Informationspflichten: Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Reisende, bevor er durch einen Pauschalreisevertrag oder ein entsprechendes Vertragsangebot gebunden ist, von dem Reiseveranstalter und, wenn die Pauschalreise über einen Reisevermittler verkauft wird, auch von dem Reisevermittler über Folgendes informiert wird, sofern diese Informationen für die betreffende Pauschalreise relevant sind.“* (Art. 5)

Buchungsfehler geregelt¹⁸, wobei § 651c BGB das Online-Buchungsverfahren definiert.

Nach der Meinung des BGB-Kommentars: „*Der Anwendungsbereich des § 651x erstreckt sich auf Unternehmer im reiserechtlichen Sinne und erfasst Reiseveranstalter, Reisevermittler, Vermittler verbundener Reiseleistungen und Leistungserbringer*“.¹⁹ Die Einschränkung des Rechtssubjektes, welches die Verantwortung trägt, ist eindeutig erkennbar. Weitere Einschränkungen bestehen für die technischen Bereiche, unabhängig davon, ob ein Systemfehler, Programmzusammenbruch oder Datenübertragungsproblem auftritt. Der technische Fehler hat eben einen Fehler des Buchungssystems und nicht einen Zusammenbruch eines anderen Kommunikationssystems zwischen dem Reisenden und dem Reiseveranstalter zu bedeuten.²⁰ Die wesentliche Einschränkung ist die Struktur des BGB selbst, da sich die kodifizierte Lösung lediglich auf reisevertragliche Beziehungen beschränkt. Wenn eine Netzwerkstörung bei einer Hotelzimmerbuchung (z.B. über Booking.com) oder Bahnfahrkartereservierung (DB Online-Website) auftritt, erfolgt die Durchsetzung des rechtlichen Anspruches weiterhin über den gewohnten zivilrechtlichen Weg.²¹ Die Haftung der Dienstanbieter ergibt sich nicht lediglich auf Grundlage des BGB, sondern auch aus speziellen sonderrechtlichen Tatbeständen. Offenbar liegt eine Unterscheidung zwischen folgenden Varianten vor: Entweder erfolgt die Revision und Umsetzung der Rechtsnormen im Rahmen der speziellen Rechtsgestaltung weiter, oder es wird eine neue Regelungsstrategie ausgearbeitet, welche die allgemeinen Tatbestände mit der Herausforderungen der Digitalgesellschaft vereint.²²

Die alte zivilrechtliche Auffassung bleibt von den neuen digitalen Ansprüchen manchmal unberührt, obwohl die Störung der digitalen Netzwerke große wirtschaftliche Schäden bewirken können (z.B. Gesellschaftsgründung).²³

¹⁸ *Der Reisende hat Anspruch auf Ersatz des Schadens, 1. der ihm durch einen technischen Fehler im Buchungssystem des Reiseveranstalters, Reisevermittlers, Vermittlers verbundener Reiseleistungen oder eines Leistungserbringers entsteht, es sei denn, der jeweilige Unternehmer hat den technischen Fehler nicht zu vertreten, 2. den einer der in Nummer 1 genannten Unternehmer durch einen Fehler während des Buchungsvorgangs verursacht hat, es sei denn, der Fehler ist vom Reisenden verschuldet oder wurde durch unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände verursacht.*

¹⁹ Kommentar zu § 651x BGB. Beck-online. <https://beck-online.beck.de/Search?PAGENR>. 21.05.2019.

²⁰ „*Unter einem technischen Fehler sind technische Mängel im Buchungssystem zu verstehen, also jegliche Funktionsbeeinträchtigungen oder Funktionseinschränkungen des Buchungssystems.*“ Kommentar zu § 651x BGB. Beck-online. <https://beck-online.beck.de/Search?PAGENR>. 21.05.2019.

²¹ Christoph Giebel, Marc Marten: *Schadensersatz bei Ausfällen von TK Netzen. Haftung des Dienstanbieters gegenüber Unternehmenskunden.* MMR 2014, 302.

²² Die Doppeldeutigkeit ist vom Autor des Kommentars gut thematisiert: „*§ 651x BGB enthält eine Spezialregelung für Buchungsfehler; die ergänzend neben die reiserechtliche Gewährleistungshaftung nach §§ 651i ff. BGB und die allgemeine schuldrechtliche Haftung für Pflichtverletzungen tritt. Die Vorschrift schließt eine Haftung wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten oder vorvertraglicher Pflichten nicht aus. Eine Konkurrenz zu deliktischen Ansprüchen wird regelmäßig nicht in Betracht kommen, da durch § 651x BGB typischerweise Vermögensschäden verursacht werden, die deliktsrechtlich nur in besonderen Fällen (zB bei einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung iSv § 826 BGB) geschützt sind.*“ Kommentar § 651x BGB. Beck-online. <https://beck-online.beck.de/Search?PAGENR>. 21.05.2019.

²³ Dazu: „*Für den Fall technischer Störungen hat der Gesetzgeber mittlerweile Vorkehrung getroffen. Eine auf technischen Störungen beruhende Verletzung von elektronisch wahrgenommenen Teilnahmerechten berechtigt nur dann zur Anfechtung, wenn der Gesellschaft grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorzuwerfen sind. Das rechtliche Risiko derartiger Störungen sollte damit beherrschbar sein.*“ Christoph Teichmann: Digitalisierung und Gesellschaftsrecht, ZfPW 2019, 247. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?> 03.06.2019.

III. Rechtsschutz der Persönlichkeit

In erster Linie werden hier die Urteile zitiert, welche die vorgegebenen Rechtsfälle als „normale“ Persönlichkeitsrechtsverletzung behandelt haben, obwohl deren Tatbestände entweder eine Internetnutzung oder eine Frage der sog. Social Media umfasst haben. Das LG Frankfurt am Main hat in seiner rechtskräftigen Entscheidung ausgesagt: *„Wer an einem gemeinsam genutzten Computer eingeloggt bleibt und dadurch die Nutzung des Facebook-Accounts für die Abgabe persönlichkeitsrechtverletzender Äußerungen für einen Dritten ermöglicht, haftet für diese Äußerung als Störer. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dies in der Vergangenheit bereits mehrfach passiert ist und dem Facebook-Nutzer bekannt war.“*²⁴ Das LG Hamburg hat thematisiert, dass *eine unberechtigte Nutzung eines Fotos auf der Internetseite* rechtswidrig ist, auch wenn das Foto von einem freiberuflichen Fotografen hergestellt wurde.²⁵ Unbedeutend ist, wer das Foto ins Internet hochgeladen hat – der Firmenleiter, ein Mitarbeiter oder ggf. ein Hacker. Unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung des BGH hat das LG Hamburg klargestellt, dass der illegale Nutzer für die Störung haftet.

Die Persönlichkeitsrechtsverletzung war damals ein Problem der Politiker und Prominenten. Allerdings gibt es heute keinen Unterschied zwischen Prominenten und alltäglichen Menschen bzw. Privatpersonen. Die Internetnutzung ist eine allgemeine Praxis geworden. Facebook und andere soziale Netzwerke haben das Problem des Persönlichkeitsschutzrechtes zu einer Grundsatzfrage entwickelt. Neben der Foto- ist die Wortberichterstattung auch problematisch geworden, da im Falle der Berichterstattung das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person auch verletzt sein kann. Unabhängig von der neuen Entwicklung ergeben sich Zusammenhänge zwischen Meinungsfreiheit, der Duldungspflicht der Politiker und dem Recht auf Privat- und Intimsphäre. *„Das Internet stellt den Gesetzgeber und die Rechtsprechung vor neue Herausforderungen ... Neben dem Bildnisschutz gewinnen neue Formate von Persönlichkeitsrechtsverletzungen als Massenerscheinungen im Netz zunehmend an Bedeutung. Neben dem analogen Markt ist ein Online-Markt entstanden, der den geringen Schutz des Persönlichkeitsrechts eines Politikers und Prominenten offenbart. Deshalb ist ein Umdenken hinsichtlich eines immateriellen und materiellen Schadensersatzes angebracht, um der Präventionsfunktion besser gerecht werden zu können.“*²⁶

Die Adaptation der neuen Fälle stellt eine komplexe Aufgabe dar. Der Persönlichkeitsrechtsschutz steht nicht nur in Verbindung mit dem BGB oder den speziellen Gesetzen, sondern er ist eine wesentliche Frage des vom GG garantierten Grundrechtes. Im Hinblick auf das Internet können jedoch die Rechtsverletzungen durch gepostete Inhalte oder anonyme Blogmeinungen nur sehr schwer innerhalb des traditionellen Lösungsmodells des Rechts eingepasst werden. Neben der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit taucht ebenso die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit auf.²⁷

²⁴ LG Frankfurt/aM., Urteil vom 13.9.2018 – 2-03 O 127/18; rechtskräftig.

²⁵ LG Hamburg (10. Zivilkammer), Internetauftritt, einstweiliger Rechtsschutz, Ordnungshaft, Unterlassungsklage Urteil vom 22.01.2019 – 310 O 219/18. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>.

²⁶ Arthur Axel Wandtke: *Persönlichkeitsschutz versus Internet. Politiker, Prominente im Fadenkreuz der Persönlichkeitsrechte*, MMR 2019, 142.

²⁷ Philip Hacker: *Mehrstufige Informationsanbieterverhältnisse zwischen Datenschutz und Störerhaftung*, MMR 2018, 779. Es wird darauf hingewiesen, dass der BGH die Frage des Übergangs eines Nutzungsvertrages mit einem sozialen Netzwerk im Todesfall des Kontoinhabers als eine Persönlichkeitsrechtsverletzungsfrage ausschließt. BGH (III. Zivilsenat) Urteil vom 12.7.2018. BGH Aktenzeichen III. ZR 183 /17.

III.1. Urheberrecht

Das Urheberrecht impliziert vielleicht das größte Spannungsfeld des Internetzeitalters. Fremde Texte werden geteilt, übernommene Zitate verschickt und anonyme Programme verwendet. Dazu kommen die zweckmäßigen Programmanbieter wie etwa Linux oder die Programme unbekannter IT-Firmen oder die Fortentwicklung von Programmen durch einzelne Nutzer (open source). Das Urheberrecht hat immer schon zu Diskussionen angeregt. Aus diesem Grund verwundert es wenig, dass es im Digitalzeitalter zu vielen brennenden Frage führt.²⁸

Das Urheberrecht versucht die neuen Probleme als klassische urheberrechtliche Probleme zu behandeln und den Konfliktpartnern mit allen Rechtsmitteln zur Verfügung zu stehen. Die richterliche Urteilspraxis erstrebt die Verhinderung von Verdoppelungen des Rechtsverfahrens. So thematisierte das OLG München: „Die bei urheberrechtlichen Eilverfahren übliche werkspezifische Betrachtung des Verfügungsgrunds ist nicht anzuwenden, wenn wegen im Internet begangener Urheberrechtsverletzung gem. 7. Abs. 4 TMG ein Sperrenanspruch gegen einen Access – Provider geltend gemacht wird.“²⁹ Die Rechtssache stellt eindeutig klar, dass die Adaptation der neuen Fälle im „alten Rechtssystem“ eine Eindeutigkeit des Rechtsverfahrens erfordert.

Die Literatur ist jedoch gegenüber der einfachen Adaptationsmöglichkeit sehr skeptisch. „Das Urheberrecht hat dabei immer schon auf die technische Entwicklung reagiert, die die tradierten Möglichkeiten der Werkwertung durch neue Arten ersetzt oder neue Möglichkeiten der Werkwertung anreicht und auf die Legislative und Judikative Antwort finden müssen. So war es bei der Verbreitung von Magnettonbandgeräten zur Aufzeichnung von Rundfunksendungen und so ist es heute durch die Möglichkeiten von Linking und Framing, für die EuGH und BGH in jüngster Vergangenheit (neue) Wege der rechtlichen Bewertung finden müssten.“³⁰ Um die aktuelle Lage zu verändern, fordern viele Autoren (z.B. Ohly und Hoffman) ein techniksensitives Urheberrecht oder eine technikneutrale Formulierung des Rechtsbegriffes in Bereich des Urheberrechtes. Jedenfalls sollte ein duales System eingeführt werden, in dem nicht nur ein techniksensitives Recht, sondern eine rechtsintensive Technik gestaltet wird. Nur in dem Fall, so wird vertreten, vermag man wenn überhaupt die IT-Prozesse als einfache technikintensive Prozesse darzustellen. Künstliche Intelligenz oder die selbstlernenden Plattformen seien nämlich mehr als einfache technische Geräte wie etwa Magnettonbandgeräte.

III.2. Arbeitsrecht

Die rechtlichen Rahmenbedingungen der Arbeitswelt wurden nicht nur von den Arbeits- und Arbeitsrechtswissenschaften, sondern auch von Management- und Sozialrechtswissenschaften tiefgehend analysiert. Deren Grund war eindeutig: „Die technische Entwicklung durch Vernetzung, Roboterisierung und Computerisierung verändert die Arbeitswelt und -wirklichkeit in einem Maße, dass nicht zu Unrecht von einer neuen industriellen Revolution gesprochen wird. Das Arbeitsrecht, dessen Entstehung und heutige Gestalt in den Grundlagen auf die erste industrielle Revolution

²⁸ Paul T. Schrader: *Wissen im Recht*. Mohr – Siebeck, Tübingen, 2017.

²⁹ OLG München: *Dringlichkeitsanforderung beim Sperrenanspruch gegen Access – Provider*, MMR 2019, 317. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?> 04.06.2019. Kurzer Sachverhalt: Jemand hat einen fremden Vortrag ohne die Erlaubnis des Autors im Internet veröffentlicht.

³⁰ Louisa Specht: *Zum Verhältnis von (Urheber) Recht und Technik. Erfordernis eines Dualismus von techniksensitivem Recht und rechtssensitiven technischen Durchsetzungsbefugnissen*, GRUR 2019, 253.

zurückgeführt werden kann, steht dadurch vor einer grundlegenden Bewährungsprobe.“³¹ Neben den Rechtswissenschaften und der Managementforschung haben insbesondere Soziologen die Veränderungen analysiert.³²

Die Digitalisierung hat nicht nur die Arbeitsplatzstruktur sowie die technischen und manuellen Elemente der Arbeitstätigkeit, sondern auch die sozialen und gesellschaftlichen Beziehungen zwischen Management und Belegschaft, Arbeitnehmern und Arbeitgebern verändert.³³ Der Anteil der mobilen Internetnutzung, also Arbeit mithilfe des Internets ist im Arbeitsprozess in sehr großem Maße angestiegen. Die Arbeitnehmer können ferner nicht lediglich an ihren Arbeitsplätzen, sondern auch von zu Hause aus in den maßgeblichen Plattformen eingeloggt werden.³⁴ Neue, internetbasierte Arbeitsformen sind entstanden und die traditionelle betriebliche Arbeitsstruktur hat sich geändert, wurde umstrukturiert und führte nicht häufig zu isolierten Arbeitsprozessen. Die Entwicklung der Robotik und ihre Anwendung hat den früheren Hauptdarsteller im Arbeitsprozess – den Menschen – in vielen Fällen in eine Nebenrolle gedrängt, jedoch nicht in allen Bereichen der Arbeitswelt. Gelegentlich ist auch eine Aufwertung der menschlichen Arbeitskraft zu beobachten.

Diese Veränderungen waren eine große Herausforderung für alle Bereiche des Arbeitsrechts. Das Arbeitsschutzrecht, das Mitbestimmungsrecht und das internationale Arbeitsvertragsrecht unter anderem mussten auf die Herausforderung antworten.³⁵ Wenn man an die Arbeitszeit oder Urlaubsverteilung denkt, so erscheint ebenfalls eine rechtliche Restrukturierung notwendig. Der Druck auf die Gesetzgebung hat deswegen sehr stark zugenommen, obwohl die Lösungskompetenz in dem Zusammenhang häufig bei den Tarifpartnern liegt.

Eine grundlegende Neuregelung verlangen indes trotz aller Forderungen nach Veränderung weder das wissenschaftliche Schrifttum noch die Fachpolitiker. Sie halten eine Adaptation für hinreichend. Die nötige Umstrukturierungsarbeit könne vielmehr im Rahmen der existierenden Regelungsstruktur verwirklicht werden. Zudem wurden viele arbeitsrechtliche Probleme einfach in die neuen oder modernen Rechtsgebiete verlagert oder zu diesen neuen Gebieten einfach verschoben. So gehören mittlerweile z.B. die Probleme mit privaten Daten am Arbeitsplatz zurzeit zum Regelungsgegenstand des Datenschutzrechtes. Einige Stimmen in der Literatur sprechen sich allerdings dafür aus, dass die Digitalisierung „neue arbeitsrechtliche Kategorien“ schaffen solle und müsse oder sie verlangen die neuen Entwicklungen wie Big Data, Marketing 4.0 und Gesundheit

³¹ Martine Benecke: *Vorwort*. In.: Martina Benecke (Hrsg.): *Unternehmen 4.0. Arbeitsrechtlicher Strukturwandel durch Digitalisierung*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Siehe noch: Wolfgang Däubler: *Digitalisierung und Arbeitsrecht*. Soziales Recht. Sonderausgabe, 2016 Juli.

³² Georg Aichholzer, Alfons Bora, Stephan Brächler, Michael Decker, Michael Latzer (Hrsg.): *Technology Governance. Der Beitrag der Technikfolgenabschätzung*. Edition Sigma.

³³ Während der Forschungszeit haben sich die deutschen Zeitungen mehrmals mit den Folgewirkungen auf dem Arbeitsmarkt durch die Digitalisierung beschäftigt. So wurde etwa über ein neues Kurzarbeitergeld aufgrund des technologischen Wandels (*Die Zeit*, 27. Juni 2019.) und über den Zusammenhang zwischen täglichem Arbeitslohn und Nebenjob (*Die Zeit*, 2. Mai, 2019.) diskutiert. Der digitalisierte Arbeitsmarkt ist ein alltägliches Problem geworden.

³⁴ Wolfgang Däubler: *Digitalisierung und Arbeitsrecht*. Soziales Recht. Sonderausgabe, 2016 Juli. Die Daten des Autors beziehen sich auf: Statistisches Bundesamt: *Unternehmen und Arbeitsstätten, Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien in Unternehmen*, Wiesbaden 2013, S. 10. und <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=524> (9.5.2016)

³⁵ „Welche Rechtsordnung ist anwendbar, wenn ein Vertrag mit einer US-amerikanischen oder einer australischen Plattform geschlossen wird? Wird die Arbeit in Deutschland geleistet, besteht dann (wenigstens) eine Zuständigkeit deutscher Gerichte? Dies ist nicht nur aus Gründen der leichteren Zugänglichkeit sondern auch deshalb wichtig, weil dann möglicherweise gewisse Schutznormen anwendbar bleiben, die in einem anderen Land nicht existieren.“ Wolfgang Däubler: *Digitalisierung und Arbeitsrecht*. Soziales Recht. Sonderausgabe, 2016 Juli, S. 12.

4.0. aus einem neuen Blickwinkel zu betrachten.³⁶

Zusammengefasst kann man sagen, dass das Arbeitsrecht trotz der heftigen und speziellen Herausforderungen dem Adaptationsmodell folgt.

III.3. Datenschutzrecht

Das Rechtsgebiet des Datenschutzes bekam eine klare Priorität in den letzten Jahren. Nicht nur die Gesetzgebung hat auf die Datenverarbeitung und die Datennutzung reagiert, sondern auch die Gerichtsentscheidungen haben ein innovatives Datenschutzprofil konturiert. Die bisher größte Errungenschaft der EU-Gesetzgebung auf dem Gebiet ist die neue Datenschutzgrundverordnung, welche neben die ältere Richtlinie getreten ist.³⁷

Die Verordnung hat eine spezielle Vorgeschichte, welche offenbart, dass Datenschutzprobleme keine neuen Probleme darstellen.³⁸ Sie sind schon in der Mitte der neunziger Jahre des XX. Jahrhunderts entstanden. In dem Zeitraum basierten die rechtlichen Lösungen zum Großteil auf der Richterpraxis. Die Entwicklung war so stark, dass das System der Regelungsnormen des Datenschutzes als ein selbständiges (autonomes) Rechtsgebiet organisiert werden konnte. Der Bereich des Datenschutzrechtes hat mehrere Teilgebiete der gesamten Rechtsordnung tangiert, sodass innere Probleme mit den verschiedenen sachlichen Untersystemen des Rechtes entstanden. Das öffentliche Recht war genauso betroffen wie das Zivilrecht oder das Zivilprozessrecht. In den letzten Jahren aber hat sich der Trend in Richtung der Vollautonomie des Datenschutzrechtssystems verstärkt und die EU-Verordnung hat diese Herausforderung der Verselbständigung des Themas zu einem selbständigen Rechtszweig verstärkt und bestätigt. Die Verordnung hat eigene Rechtsinstitutionen des Datenschutzrechtes hervorgebracht und sie hat neue Rechtsbegriffe internalisiert. Viele frühere ungeregelte Konstellationen wurden außerdem in die Welt der Rechtsnormen einbezogen.

Obschon die DSGVO als Verordnung in allen Mitgliedstaaten Geltung beansprucht, hat sie den Erlass einer Reihe von neuen Nationalgesetzen zum Datenschutzrecht ausgelöst. In der BRD trat das völlig reformierte Bundesdatenschutzgesetz 2018 in Kraft.³⁹ Das Gesetz hat seinen eigenen Anwendungsbereich sehr präzise festgelegt.

Das neue Regelungssystem hat sich aber mit einer anderen, veränderten Welt auseinanderzusetzen. Seit einigen Jahren muss man von Internetzeit, sozialen Medien, Facebook, Digitalisierung, selbststeuernden Autos, künstlicher Intelligenz, Plattformnutzungen usw. sprechen. In der Literatur taucht deshalb auch immer wieder die Frage auf, ob das Schutzniveau der Datenschutzregelungen genügt. Kann in Zeiten von

³⁶ Dietmar Wolff, Richard Göbel: *Digitalisierung Segen oder Flucht? Wie die Digitalisierung unsere Lebens-, und Arbeitswelt verändert*. Springer-Verlag, 2018.

³⁷ DSGVO Datenschutz-Grundverordnung. Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG 1995 L 281, 31.

³⁸ Alexander Dix: *Daten und Persönlichkeitsschutz im WEB 2.0*. Dieter Klumpp, Herbert Kubicek, Alexander Roßnagel, Wolfgang Schulz (Herausgeber): *Netzwelt - Wege, Werte, Wandel*. Springer Verlag, 2010, S. 195.

³⁹ Das erste Gesetz wurde 1990 verabschiedet aber verglichen mit der späteren EU Richtlinie war seine Struktur und Zuständigkeit ganz anders geartet. Jedenfalls kann seine eigene Geschichte die Vorgeschichte des Datenschutzrechtes ganz gut symbolisieren. Das BDSG wurde noch in vielen Sektoren durch speziellere Datenschutzgesetze ergänzt (TMG, TKG)

Big Data ein neues, jedoch trotzdem eine lange Tradition währendes Regelungssystem wirkungsvoll aufgebaut werden?

Die Rechtsregelungsstruktur beruht auf der Vorstellung, dass Dateien personenbezogenen Charakter haben. Die Beziehung zwischen dem Informationsdateneigentümer und seinem Eigentum (Daten) kann nach dem Modell der altrömischen juristischeren Institutionen reguliert werden. Aus diesem Aspekt hat die DSGVO solche Begriffe geschaffen, wie „betroffene Person“, „Verarbeitung“, oder „biometrische Daten“.⁴⁰ Die Frage, was mit diesen Daten passieren wird, die nicht personenbezogenen sind, hängt weiter in der Luft. Entweder kann die mitgliedstaatliche nationale Gesetzgebung die Regelung erweitern (wie BDSG) oder es muss das Schicksal der personenabhängigen und personenneutralen Dateien nochmals überdacht werden. Big Data bedeutet nämlich eine personenlose Datenaufarbeitung und Datennutzung, wo die Kontakte und Beziehungen zwischen Dateneigentümern und ihren Daten nicht mehr erkannt werden können oder nicht eindeutig identifizierbar sind.⁴¹ Die Daten verlieren ihren rechtlichen (und individuellen) Charakter und gehören damit nicht mehr zu dem vom GG geschützten Rechtsraum der Persönlichkeit.

Die richterliche Rechtsentwicklung versuchte der Linie der DSGVO zu folgen, um die Probleme des Datenverkehrs zu regulieren und die neuen Rechtsfälle im Rechtssystem anzupassen. Der EuGH hat im Dezember 2017 den Begriff personenbezogener Daten präzisiert⁴², und legte vor, dass die Vorschriften sich auf jede Person, „*die direkt oder indirekt identifiziert werden kann*“, beziehen. In einem anderen Urteil hat er sich zur Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung bei Betreiben einer Facebook-Fanpage im Sinne der Datenschutz-RL geäußert.⁴³

Das Datenschutzrecht ist bislang nicht mit der IT-Sicherheit verbunden. Wegen der pluralen Regulation und gesetzlichen Struktur des Datenschutzrechtes ist es nicht so einfach, IT-Sicherheit zu schaffen. Manche Autoren halten die Auseinandersetzungen durch die „*überkomplizierten und ungeklärten Nebeneinander verschiedener Regelungssysteme (DSGO – TMG, TKG, BDSG)*“ folglich für vorprogrammiert. „*Aber auch unter Geltung der DS-GVO steht zu befürchten, dass die Rechtsanwendung von einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit geprägt sein wird.*“⁴⁴ Manche Autoren

⁴⁰ DSGVO Art. 4, Begriffsbestimmungen.

1. „*personenbezogene Daten*“ alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann;

2. „*Verarbeitung*“ jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung....

14. „*biometrische Daten*“ mit speziellen technischen Verfahren gewonnene personenbezogene Daten zu den physischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen einer natürlichen Person, die die eindeutige Identifizierung dieser natürlichen Person ermöglichen oder bestätigen, wie Gesichtsbilder oder daktyloskopische Daten;

⁴¹ Darüber: Rouvem Kober: *Digitalisierung und Datenschutz*, ZfgG 2017, 67 (3) 161 – 182, Maria Cristina Caldarola, Joachim Schrey: *Big Data und Recht. Einführung für die Praxis*. C.H. Beck. München, 2019.

⁴² Rechtssache Nowak. EuGH, ECLI:EU:C:2017:994. NJW 2018, 767.

⁴³ Frank Montag; Andreas von Bonin: *Die Entwicklung des Unionrechtes bis Mitte 2018*. NJW 2019, 193. Louisa Sprecht: *Die Entwicklung des IT – Rechts im Jahr 2018*. NJW 2018, 3688.

⁴⁴ Benedikt Buchner: *Datenschutz im Internet*. (Silke Jandt – Roland Steide (Hrsg.)). Nomos, Baden - Baden 2018. ZD – Aktuell 2019, 04358.

vertreten andere Meinungen und verweisen auf die Effektivität der DSGVO. Es handle sich um eine plattformbezogene Internetnutzung. Wieder andere thematisieren etwa, dass die IT-Systeme „unter den Bedingungen der systemischen Digitalisierung das Recht ganz grundsätzlich infrage stellen... Die Plattform verfügt über die entscheidenden datenbezogenen Kenntnisse und Steuerungsmöglichkeiten; sie ist die zentrale Datenverarbeitungsstelle.“⁴⁵ Die bedeutenden Entscheidungen würden auf die Metaebene verschoben, auf welcher die Steuerungsmöglichkeiten der IT sowie des Internets sehr kompliziert, komplex und differenziert geworden seien. Die Einflussmöglichkeit des Menschen sei auf ein Minimum reduziert und es scheine, dass der Mensch seine Steuerungsfähigkeit verloren habe. Demzufolge seien IT-Sicherheit und die Kontrollierbarkeit über IT-Systeme auch fragwürdig geworden. Festzuhalten sei, dieser Bereich gehöre nicht zum Datenschutzrecht, da dieses den einzelnen Datenverarbeiter und nicht das IT-System selbst in das Zentrum der Regelungsstruktur gestellt habe.

Hier steht m. E. die Grenze des traditionellen Datenschutzrechtes im Vordergrund. Der nächste Schritt muss in die Richtung der Welt der plattformbezogenen Systemregulation gemacht werden. Aber diese zukünftige Fragestellung gehört zu einem anderen Problemfeld.

IV. Ein Beispiel der zukünftigen Probleme: Das vernetzte Auto

Die Entwicklung der Autoherstellung und -planung ist ein sehr gutes Beispiel für die Illustration der Möglichkeiten und Grenzen der BGB- bzw. zivilrechtlichen Problembehandlung. Die autonomen Fahrzeuge lösen viele rechtliche Probleme aus, unter anderem die Weiterentwicklung des Datenschutzrechts oder die Haftung für den Verkehrsunfall.

Um auf die Datenschutzprobleme reagieren zu können, müssen zunächst die Herausforderungen im Rahmen des Datenschutzes beim vernetzten Auto aufgezeigt werden. Diese liegen darin, „dass es sich bei Sensordaten um personenbezogene Daten handelt, aus denen hochdetaillierte Profile des Fahrers, des Mitfahrers und ggf. anderer Personen im Fahrzeugumfeld erstellt werden können. Die Datenerhebung und -verarbeitung findet zudem unmerklich und allgegenwärtig statt. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass der spätere Datenumgang nicht vom ursprünglichen Erhebungszweck gedeckt ist. Schließlich bringt die umfassende Vernetzung erhebliche Risiken für die Datensicherheit mit sich.“⁴⁶ So können etwa Netzwerklücken oder Programmfehler ein Einfallstor für Hacker bieten. Solche Konstellationen gehören nicht mehr in die Welt von Science Fiction oder Kriminalserien sondern sind real.

Eine aktuelle Diskussion der deutschen Juristen bezieht sich auch auf die Probleme der autonomen Fahrzeuge. Im Zentrum der Diskussion steht die Haftung bei Verkehrsunfällen, welche von solchen Autos verursacht werden. Das Versicherungsvertragsgesetz hat die Unfallsituation klar reguliert. Nach §115 VVG (Versicherungsvertragsgesetz) kann der Dritte einen Direktanspruch auf Schadensersatz auch gegen den gegnerischen Versicherer geltend machen. Jedoch ist der Fahrer nicht identisch mit dem Versicherungsnehmer, da das Auto selbststeuernd fährt. Eine direkte Klage gegen den Fahrer oder gegen die Versicherungsgesellschaft des Fahrers kann nicht erhoben werden. Es verbleiben somit die Autohersteller oder Autohändler aber in diesen

⁴⁵ Indra Spieker genannt Döhmman: *Digitale Mobilität: Plattform Governance. IT-sicherheits- und datenschutzrechtliche Implikationen.* GRUR 2019, 341.

⁴⁶ Lüdemann: *Connected Cars - Das vernetzte Auto nimmt Fahrt auf, der Datenschutz bleibt zurück,* ZD 2015, 247.

Fällen fehlen die rechtlichen Gründe. Der Autohersteller könnte die Autos in einem anderen Staat, welcher möglicherweise kein Mitgliedstaat ist, herstellen, womit Fragen der internationalen Gerichtsbarkeit entstehen. Ein Ergebnis der Diskussion ist zurzeit noch nicht absehbar, obwohl immer mehr Verkehrsplanungen und Realutopien fordern, autonome Autos im Stadtverkehr einzuführen. Nach dem Modell der Adaptation im Rahmen der traditionellen Rechtsstruktur und der Anwendung der Rechtsanalogie dürfte eine juristische Lösung der kursorisch aufgezeigten diffizilen und hoch komplexen Probleme kaum möglich zu sein.

V. Gerichtsbarkeit und Zivilprozessrecht

Das Zivilprozessrecht wurde in den letzten Jahren vor eine doppelte Herausforderung gestellt. Einerseits sollte die Kontinuität der Rechtsprechung gegen den dynamischen Umbruchprozess des materialen Rechtes gewährleistet werden, andererseits musste es selbst auf die veränderte Regelungsumgebung reagieren. Die Selbstreferenz des Zivilprozessrechtssystems hat dann zu neuen Rechtsinstitutionen geführt, wonach sich die Beziehungen unter den Hauptakteuren des Zivilprozesses sehr rapide verändert haben. Die Gesetzgebung hat die Kommunikation zwischen den Parteien und dem Gericht oder die formalen Bedingungen des Prozesses reformiert. Parallel mit diesen Prozessen wurde die gerichtsinterne Aktenaufarbeitung in Richtung auf Digitalisierung verschoben. Allerdings kann die Geschichte der Digitalisierung in der Gerichtsorganisation heute noch nicht als abgeschlossen gelten.

Im BGB wurden die §§ 125a und 126b eingeführt, um die elektronische Art der Schriftformen zu legitimieren. Das BGB konnte vor diesem Hintergrund die Reformen der ZPO unterstützen und damit die Einführung der digitalen Methoden des Gerichtsprozesses ermöglichen.⁴⁷ Die Erweiterung der Schriftform hat weitere Reformfortschritte gefordert, z.B. die Ausarbeitung der Regelung der elektronischen Unterschriften, was sich letztlich als ein langes und kompliziertes Unterfangen herausstellte. Noch komplizierter war die Entwicklungsgeschichte der E-Akte, was zurzeit noch immer ein Reformplan bzw. eine zu verwirklichende Idee ist.

Eine historische Betrachtung kann jedenfalls hilfreich sein, um diese Probleme zu verstehen. Die Idee der Reformen der Justizkommunikation ist in den ersten Jahren des neuen Jahrtausends entstanden. Nicht auf den Ebenen der Mitgliedstaaten, sondern auf EU Ebene sollte nach einer völlig intensiven Reformbemühung gesucht werden. Zum Stand der Entwicklung Folgendes: *„In der Europäischen Union sind bereits mehrere Projekte zu E-Justice gestartet, die im „Aktionsplan 2014–2018“ festgelegt wurden. Die Projekte umfassen diverse Themengebiete von der Vereinheitlichung und Vernetzung bestimmter Register (Handelsregister, Insolvenzregister etc) über die Entwicklung*

⁴⁷ § 126a Elektronische Form

(1) Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen.

(2) Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.

§ 126b Textform

Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben 1.

einheitlicher Standards zur sicheren Informationsübermittlung (e-Delivery) bis zur Standardisierung bei grenzüberschreitenden Rechtsfällen im Straf- und Zivilrecht (e-CODEX). Das Pilotverfahren e-CODEX (e-Justice Communication via Online Data EXchange) hat zum Ziel, mithilfe von Softwarelösungen sowohl den grenzüberschreitenden elektronischen Zugang zum Recht für Bürger und Unternehmen in Europa zu verbessern als auch die elektronische Zusammenarbeit von Justizbehörden innerhalb Europas zu fördern.“⁴⁸

Aus dieser Perspektive könnte die deutsche Gesetzgebung eine Umsetzung der E-Justice Politik der Europäischen Union sein. In Wirklichkeit aber ist etwas ganz Anderes passiert.

Das Kommunikationssystem der deutschen Justiz hat sich verändert. Davis Jost und Johann Kempe haben über die Struktur der E-Justiz in Deutschland die folgende



Grafik erstellt:

Das Bild illustriert, welche systeminternen und -externen Problembereiche entstanden sind. Eine Digitalisierung oder Informatisierung der Justiz kann viele Elemente der Systemkommunikation transformieren, nicht nur zwischen den Parteien und Gerichten, oder den Amtsgerichten und Landgerichten sondern auch unter Rechtsanwälten und Gerichten und Staatsanwälten.⁴⁹ Die Veränderungen haben eine Reform der Handlungsnormen erforderlich gemacht; deswegen wurden die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) und die Gesetze der öffentlichen Verwaltung ebenfalls neu geregelt. Über die Reformen haben sich die Bundesländer in zwei Lager aufgespalten. Einige gehören zu dem sog. „forumStar-Verbund“, andere zum „e2-Verbund“. Beide vertreten die Grundelemente der E-Justice, aber es gibt wesentliche Unterschiede zwischen den Systemen.

⁴⁸ David Jost, Dr. Johann Kempe: *E-Justice in Deutschland*, NJW 2017, 2705.

⁴⁹ Dieter Kesper, Dr. Stephan Ory: *Der zeitliche Fahrplan zur Digitalisierung von Anwaltschaft und Justiz*, NJW 2017, 2709.



Im März 2017 hat der E-Justice-Rat beschlossen, ein einheitliches System einzuführen und damit sollen in den „16 Bundesländern gemeinsam ein einheitliches Fachverfahren für diejenigen Bereiche entwickelt werden, in denen bisher noch keine solche Entwicklung stattfindet.“⁵⁰ Die Geschichte der E-Justiz offenbart, dass die einfachen Reformen der Informatisierung eine breite Reformbedürftigkeit ausgelöst haben.

Informatisierung und Digitalisation führen zu gesellschaftlichen Anpassungsproblemen. Dies kann die Geschichte der E-Akte belegen. Die ZPO Reformen⁵¹ haben neue Aktenführungsmöglichkeiten in das Gesetz auf der Basis des

⁵⁰ David Jost, Dr. Johann Kempe : *E-Justice in Deutschland*, NJW 2017, 2705.

⁵¹ § 130a ZPO: Elektronisches Dokument, § 130b ZPO Gerichtliches elektronisches Dokument, § 169 ZPO, Abz. (4) – (5) Schriftstück als elektronische Abschrift, § 186 ZPO Bewilligung und Ausführung der öffentlichen Zustellung, § 298 ZPO Elektronische Akte; Verordnungsermächtigung. Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs. Vom 5. Juli 2017. Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2017. Teil I. Nr. 45. Früher: Gesetz zur Förderung des elektronischen

BGB eingeführt, wonach die Innovation in allen Gerichtsprozessen (in Familien- und Sozialgerichtprozessen oder im Vollstreckungsverfahren) stattfindet. Ab dem 1. Januar 2026 werden die Prozessakten elektronisch geführt, aber die konkreten Verordnungsnormen sind heute noch immer ungeklärt.

Die direkte Kommunikation zwischen dem Gericht und den Parteien wird sich aufgrund der elektronischen Aktenführung verändern bzw. erweitern. Nach § 299 ZPO wird die Akteneinsicht sichergestellt. Aus diesem Grund können die Berechtigten genauso die Plattform benutzen, wie die Richter oder die Gerichtsadministration.

Obwohl nicht der gesamte Problembereich dargestellt wurde, ist augenfällig, dass die Idee der Digitalisierung zu komplexen Reformen der Gerichtsorganisation führen kann.⁵² Es sollte aber die grundsätzliche Frage aufgeworfen werden: Ist die Justizorganisation überhaupt grundlegend reformierbar? Welche Rolle spielt die Gerichtsorganisation in der Terminverschiebung bei der Einführung der modernen Kommunikation und der gerichtlichen Digitalisierung?

Die Digitalisierung berührt die komplexe soziale Umgebung der Gerichtsorganisation. Sie hat sich auf den Bereich der Rechtsdienstleistungen erweitert.⁵³ Die Probleme der Gerichtsorganisation erscheinen als gänzlich offene Fragen. Im Rahmen meiner aktuellen Aufarbeitung bin ich weder auf ein bedeutendes Forschungsprojekt noch auf überzeugende Forschungsergebnisse gestoßen. Einige allgemeine soziologische Beiträge versuchen sich diesen Fragen anzunähern, ansonsten jedoch ist die Modernisierung oder gar Digitalisierung der Gerichtsorganisation eine Blackbox.⁵⁴ Aus der soziologischen Literatur lässt sich ableiten, dass die Struktur der organisationsinternen Machtbeziehungen, die Kontrolle über die systemgesteuerten Informationen und die monopolisierten Entscheidungen diejenigen sind, welche die Modernisierung der Justizorganisation verhindern können. Organisation und Digitalisierung sind miteinander nicht vergleichbar. Digitalisierung zielt auf eine Justizmodernisierung ab. Entsprechende, nötige Kommunikationsveränderungen verlangen eine Veränderung in den Beziehungen zwischen der operativen Methode des Gerichtssystems und seiner Umwelt. Internationale Erfahrungen deuten darauf hin, dass eine Computerisierung der Gerichte mehr als eine bloß technische Modernisierung darstellen wird und darstellt.⁵⁵

VI. Neue Rechtsgebiete der IT-Zeit

Während der Veränderung des traditionellen Rechtssystems haben sich neue

Rechtsverkehrs mit den Gerichten. Vom 10. Oktober 2013. (ERVGerFögG) BGBl. I S. 3786 Elektronischer-Rechtsverkehr- Verordnung vom 24. November 2017. BGBl. I S. 3803. (Geändert am 9. Februar 2018.)

⁵² Eine Nebengeschichte ist die Entwicklung der digitalen Unterschrift. Christopher Brosch, Christoph Sandkühler:

Haftungsfragen rund um das beA, NJW- Beil 2016, 94.

⁵³ Über der Gefahr der digitalen Rechtsdienstleistungsmöglichkeit: Prof. Martthias Kilian: *Trojanische Pferde im Rechtsdienstleistungsrecht?* NJW 2019, 1401. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine?> 04.06.2019. Oder: BeckOK Kommunalrecht Bayer, Dietlein/ Suerbaum. 2. Edition: *Namenschutz und Internetdomains*. Stand: 01.05.2019.

⁵⁴ Stefanie Büchner: *Zum Verhältnis von Digitalisierung und Organisation*, Zeitschrift für Soziologie 2018, 47 (5) 332 – 348. Judith Muster, Stefanie Büchner: *Datafizierung und Organisation*. Daniel Houben, Bianka Prietl (Hrsg.) Datengesellschaft. Einsichten in die Datafizierung des Sozialen. Transcript Verlag, Bielefeld, 2018, S. 253

– 277.

⁵⁵ Alan Vajda: *Modernising the Courts, Land Register and Cadastre*. Croatian International Relations Review UDC 347. 9 : 681. 3 (497.5.) June 2001.

Rechtswerte herausgebildet.⁵⁶ Ihre Entwicklung kann nicht aus der Kontinuität des alten Rechtes abgeleitet werden, obwohl ihre „neuen“ Normen in den traditionellen Rechtsgebieten gründen. Meistens sind sie ein Produkt von Gesetzgebungen, teilweise aber sind sie wesentliche Ergebnisse des Richterrechtes. An der Spitze der Innovation geht der EU-Gesetzgeber voran, aber die autonome Rechtsschaffung in den einzelnen Mitgliedstaaten hat auch eine wesentliche Rolle gespielt.

Die Objekte des neuen Rechtes operieren in den Bereichen des Internets, Facebooks, der sozialen Medien oder repräsentieren selbst den weiterentwickelten Regelungsbedarf der IT- Zeit. In diesen Gebieten sind neue europäische und nationale Gesetze entstanden. Auf europäischer Ebene etwa die Rechtsakte: EUVO 2018/302, EUVO 2015/2120, 2017/1953 bzw. die EU-Richtlinien 2019/770, 2018/1808.⁵⁷ Die verschiedenen Gesetzesvorschläge zeigen die zukünftige Entwicklung auf, etwa mit Blick auf die Regelmäßigkeit des Schutzes des Privatlebens oder die Neuregelung hinsichtlich Roaming.⁵⁸ Die zivilrechtliche Regelung des Bereiches Robotik ist ebenfalls geplant.⁵⁹

Der EUGH hat über einige Fälle der Digitalzeit entschieden, u.a. über den Verbraucherstatus im Zusammenhang mit der Facebook-Nutzung. Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass Art. 15 der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auszulegen ist, dass ein Nutzer eines privaten Facebook-Kontos die Verbrauchereigenschaft im Sinne dieses Artikels nicht verliert, wenn er Bücher publiziert, Vorträge hält, Websites betreibt, Spenden sammelt und sich die Ansprüche zahlreicher Verbraucher abtreten lässt, um sie gerichtlich geltend zu machen.⁶⁰ Das Richterrecht hat weitere Grundprinzipien im Hinblick auf

⁵⁶ Über die neuste Rechtsentwicklung: Frank Montag und Andreas von Bonin: *Die Entwicklung des Unionsrechtes bis Mitte 2018*, NJW 2019, 193. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>.

⁵⁷ VERORDNUNG (EU) 2018/302 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG. VERORDNUNG (EU) 2015/2120 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union. VERORDNUNG (EU) 2017/1953 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. Oktober 2017 zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1316/2013 und (EU) Nr. 283/2014 im Hinblick auf die Förderung der Internetanbindung in Kommunen. RICHTLINIE (EU) 2019/770 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen. RICHTLINIE (EU) 2018/1808 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten.

⁵⁸ Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation). Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 in Bezug auf Vorschriften für Roamingvorleistungsmärkte.

⁵⁹ P8_TA(2017)0051 Zivilrechtliche Regelungen im Bereich Robotik. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103(INL)).

⁶⁰ URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer) 25. Januar 2018. „Vorlage zur Vorabentscheidung – Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts – Verordnung (EG) Nr. 44/2001 – Art. 15 und 16 – Gerichtliche Zuständigkeit bei Verbrauchersachen – Begriff ‚Verbraucher‘ – Abtretung von Ansprüchen, die gegenüber demselben Unternehmer geltend zu machen sind, zwischen Verbrauchern“ In der Rechtssache C-498/16. betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Obersten Gerichtshof (Österreich) mit Entscheidung vom 20. Juli 2016, beim Gerichtshof eingegangen am 19.

soziale Medien aufgestellt. So wurde etwa die Frage der internationalen Zuständigkeit des Gerichtes geklärt. Demnach ließe sich „... Art. 16 Abs. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auslegen, dass er keine Anwendung auf die Klage eines Verbrauchers findet, mit der dieser am Klägergerichtsstand nicht nur seine eigenen Ansprüche geltend macht, sondern auch Ansprüche, die von anderen Verbrauchern mit Wohnsitz im gleichen Mitgliedstaat, in anderen Mitgliedstaaten oder in Drittstaaten abgetreten wurden.“

In der BRD wurde das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ (NetzDG) verabschiedet, was ein neues Mittel gezielt gegen Hasskommentare und Fake News in sozialen Netzwerken darstellen soll. Das Gesetz enthält mehrere Vorschriften über rechtswidrige Situationen und sieht ferner Bußgelder vor. Das Schrifttum hat das Gesetz stark kritisiert. So hat z.B. ein Gutachterbericht ausgesagt, dass der Entwurf des NetzDG sowohl formell als auch materiell gegen das Grundgesetz verstößt.⁶¹ Andere Autoren bezeichnen das Gesetz als ein solches, welches nicht realisiert werden kann. „Völlig unklar bleibt, wie die Anbieter sozialer Netzwerke – oder mit Blick auf § 4 V das zuständige Gericht gegebenenfalls ohne mündliche Verhandlung – den subjektiven Tatbestand dieser Strafnormen und eventuelle Rechtfertigungsgründe angemessen beurteilen sollen.“⁶² Das Ziel und die Notwendigkeit des Gesetzes wird indes akzeptiert. Auf Kritik stoßen lediglich das Gesetzgebungsverfahren und die Inhomogenität der Gesetznormen. Anderen Meinungen zufolge kann die „regulierte Selbstregulierung“ gar nicht in der Praxis umgesetzt werden, weil die Vorhaben des Gesetzes völlig idealistisch sind.⁶³ Jörn Lüdemann thematisierte, dass im Falle des NetzDG die Meinungsfreiheit nicht in Gefahr sei. Vielmehr würden lediglich die Äußerungsformen der Nutzer verändert werden.⁶⁴ Während der aktuellen Diskussion hat sich die Zahl der schädigenden Äußerungen sogar vermehrt. Einem Bericht der Zeitung „die Zeit“ zufolge wurden wesentlich mehr Hassreden in den letzten Monaten des Jahres 2018 im Internet publiziert als in der Vergangenheit.⁶⁵

Ich möchte das Problem der Hassrede in diesem Bericht nicht weiter analysieren. Nach meiner Meinung liegen die Gründe für den Misserfolg des Gesetzes darin dass hier ein Gesetz ohne erweiterte Kenntnisse und ohne fundierte Forschung im Bereich des Internet entstanden ist. Das Internet muss als komplexes System betrachtet werden, das nicht auf die eine oder andere Seite der Systemkommunikation reduziert werden darf. Zuletzt bleibt anzumerken, dass die Unterschiede zwischen dem Internet und WEB nicht geklärt wurden.

Die Gesetzgebung geht allerdings weiter. Ein zukünftiges Projekt wird die Regulierung der intelligenten Techniksysteme betreffen. Sie befindet sich in der letzten Phase.⁶⁶ „Neue rechtliche Fragestellungen können sich jedoch ergeben, wenn ein System

September 2016, in dem Verfahren Maximilian Schrems gegen Facebook Ireland Limited.

⁶¹ Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Heinz Ladeur, Prof. Dr. Tobias Gostomzyk, *Zur Verfassungsmäßigkeit des "Netzwerkdurchsetzungsgesetzes"* Ergebnisse eines Gutachtens. Zusammenfassung der Ergebnisse eines Gutachtens im Auftrag des Bitkom. Die Vollversion des Gutachtens erschien 2017.

⁶² Professor Dr. Nikolaus Guggenberger: *Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht.* ZRP 2017, 98. beck-online <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata\zeits\zrp\2017>

⁶³ Joerg Heidrich, Brian Scheuch: *Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Anatomie eines gefährlichen Gesetzes.* in: Jürgen Taeger (Hrsg.): *Recht 4.0 – Innovation aus den rechtswissenschaftlichen Labore.* OLWIR Verlag, Oldenburg. Sonderdruck, 2018.

⁶⁴ Jörn Lüdemann: *Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken. Private Ordnung digitaler Kommunikation unter dem Grundgesetz,* MMR 2019, 279. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>.

⁶⁵ <https://www.zeit.de/digital/internet/2018-07/hate-speech-internet-soziale-medien-hasskommentare-studie>. 24.17.2019. AG Mannheim: Strafbare Störung des öffentlichen Friedens durch Fake News, MMR 2019, 341.

AG Mannheim, Urteil vom 7.1.2019 – 20 Cs 806 Js 10181/18.

⁶⁶ Zwischenbericht zum Projekt ZivILRiT. Intelligente Techniksysteme – Ausgewählte zivilrechtliche Fragen, und

nicht nur ohne Zutun des Menschen agiert, sondern dabei zudem nicht ausschließlich auf zuvor einprogrammierte Algorithmen zurückgreift, sondern stattdessen mit seiner Umwelt interagiert und darauf basierend die ihm zugrunde liegenden Programmcodes anpassen und weiterentwickeln kann.“⁶⁷ Es geht also um den Regelungsbedarf bei selbstlernenden Systemen, Algorithmen, automatischen und autonomen Systemen sowie bei der Robotik. Die alten Rechtsinstitutionen müssen erneut reformiert werden. In einigen Fällen jedoch (wie der Robotik) scheinen die aktuellen Haftungsvorschriften hinreichend zu sein.

Die neuen Rechtsgebiete entwickeln sich schrittweise und fordern manchmal radikale, sprich grundlegende, manchmal aber auch nicht so ausführliche Rechtsveränderungen. Bei den Reformentscheidungen sollte im Zentrum der Regelung die Kommunikation zwischen Mensch und (IT, Info) Maschine stehen. Solche Kommunikationsprobleme sind bereits jahrelang bekannt. Luftfahrtkatastrophen und alltägliche Anwendungsprobleme der neuen Technologien haben diese Problematik augenfällig gemacht.⁶⁸ Die Entwicklung hat die Probleme der unterschiedlichen Kommunikationskultur mitverursacht und die Sozialisation sowie die Wissensstruktur der Beteiligten hat in den Unglücksfällen eine bedeutende Rolle gespielt.

Die IT-Anwendung hat alte, rechtliche Grenzen überschritten. Ein Internetzugang kann auch einen Dritten tangieren. Ferner ist die IT der Gegenstände als eine neu eingeführte Kommunikationsstruktur zu verstehen.⁶⁹ Die künstlichen Intelligenzen oder die Plattformnutzung können die Rechtsinstitutionen zwar erodieren. Allerdings dienen sie auch als ein neuer Ausgangspunkt der Rechtsinnovationen. Die neuen Rechtsgebiete sind einerseits Nachfolger der alten Normenregelung, andererseits können sie aber einen radikalen Regelungsbedarf verkörpern.⁷⁰

VII. Nicht oder nur schwach thematisierte Probleme

Neben den neuen Regelungsgebieten existieren weitere im Bereich der IT, die radikalen Innovationsbedarf besitzen. Dazu gehören einige Teile des Internets (oder WEB), besonders die Seiten, welchen die Vollstreckbarkeit – im soziologischen Sinne von Max Weber – eindeutig fehlt.⁷¹

Im Hinblick auf digitale Währungen besteht ebenso eine Regelungslücke. Obwohl die EuGH-Rechtsprechung virtuellen Währungen eine umsatzsteuerliche Einordnung beimisst, gibt es bisher noch keine gesetzgeberische Äußerung zu dem Thema. Nach Ansicht der Autoren Thomas Stein und Maximilian Lupberger ist das Gesamtbild in diesem Kontext völlig unklar.⁷² Die strafrechtliche Behandlung scheint jedenfalls im Vordergrund der Diskussion zu stehen im Gegensatz zur zivilrechtlichen, aber das ist eine andere Geschichte. Vermutlich ist das Kernproblem der globalen digitalen Netzwerke

Abschlussbericht zum Projekt ZivilRit. 9. Oktober 2017. Manuskripte. Forschungsgruppe ZivilRiT. UNI Bielefeld. 2017.

⁶⁷ Es wurde zitiert: Reichwald, Pfisterer, CR 2016, 208, 210 unter Verweis auf Margaret Boden: *Autonomy and Artificiality*, 1996.

⁶⁸ Über die Flugzeugkollision von Oberling: https://de.wikipedia.org/wiki/Flugzeugkollision_von_%C3%9Oberling.

⁶⁹ BGH (I. Zivilsenat), *Zugang von Dritten zum Internet über den WLAN – Router des Kunden*. Urteil vom 25.04.2019 – I. ZR. 23/18, BeckRS 2019, 8526. Louisa Specht: *Die Entwicklung des IT Rechtes im Jahr 2018*, NJW 2018, 3686. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.07.2019>.

⁷⁰ Über Youtube Chanell, als Werbekanal. EuGH, GRUR 2018. 621. BGH, GRUR 2017, 412., Über Werbeblocker: BGH, NJW 2018, 3640., Markenverletzung durch Amazon-Suchfunktion: BGH, GRUR 2018, 924

⁷¹ Weber thematisierte, dass ohne Vollstreckbarkeit kein Recht ist

⁷² Tomas Stein, Maximilian Lupberger: *Bitcoins in der Erbschaftsteuer. – Gibt es am Ende eine Bitcoin GmbH?* DStR 2019, 311. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019..>

weder auf der Ebene der EU, noch auf derjenigen der Mitgliedstaaten lösbar. Die Juristen sind mit Blick auf die Digitalwährung von Facebook heute genauso ratlos, wie damals, als die digitalen Währungen entstanden sind.

In den deutschen Haushalten sind kommunikative Roboter wie Alexa sehr populär. Die Vorzüge der Technologie sind den meisten aus der Werbung bekannt. Über die Nachteile der Anwendung von Alexa sprechen allerdings einige Juristen, die sich mit IT-Sicherheit oder Plattformproblemen beschäftigen.⁷³ Ihre Kritik richtet sich einerseits auf den Datenschutz, andererseits auf die Internetsicherheit. Alexa kennt nämlich die Geheimnisse der Familie, sie hat ständigen Kontakt mit den Anwendungsplattformen. Daten über die Familientätigkeit oder den Haushalt strömen ganz frei durch das digitale Netzwerk. Die Nutzungsmöglichkeit und das Schicksal der dabei erfassten Daten sind nicht bekannt. Sie können im System der Big Data verschwinden. Das Gebiet heißt Internet der Dinge und man kann die Relevanz dieses Bereiches zurzeit durchaus erkennen. „So zeigt sich, dass im Rahmen von allgemeinen IoT Geräten nicht mehr nur um den Schutz der Informationssysteme und der darauf verkörperten Daten geht, sondern um die Lebenswelt, in welche sie eingebettet sind.“⁷⁴

VII.1. Innovationsmodelle

Die dargestellten Veränderungen des Rechtes lassen sich unter drei theoretische Modelle subsumieren:

1. *Adaptationsmodell.* Die Rechtsveränderungen können im Rahmen des funktionierenden Rechtes eingepasst werden. Dazu dienen die richterlichen Entscheidungen oder die Gesetzesveränderungen, u.a. die Reformen von BGB oder ZPO.⁷⁵ Diese Lösung beherrscht die deutsche juristische Reformpolitik und folgt aus den Rechtstraditionen des deutschen Rechtes.

2. *Transformationsmodell.* Wenn das Adaptationsmodell nicht funktioniert, oder nicht erfolgreich ist, werden statt der alten Methoden neue Gesetze und Rechtsnormen geschaffen. Die neuen Rechtsvorschriften werden in das Rechtssystem juristisch eingeführt, folgen dabei jedoch nicht mehr dem alten Weg. Die Rechtsbegriffe und Grundprinzipien harmonisieren mit den traditionellen rechtlichen Grundnormen, deshalb passt sich die Sprache des neuen Rechtes an die Rechtstraditionen und eben nicht an die Sprache der IT-Technik an. An den Grenzen des neuen Rechtes könnte eine Rechtsanalogie angedacht werden, allerdings ist diese Herangehensweise nicht Teil der heute üblichen Rechtspraxis.

3. *Trennungsmodell.* Dieses Modell impliziert eine völlig neue Rechtsinnovation. Ganz wenige Rechtsnormen gehören zu diesem Modell, weil die Trennung zwischen alten und neuen Methoden und Strukturen des Rechtes noch nicht stattgefunden hat. Die Zukunft des Modells hängt in der Luft. Möglicherweise kann das Trennungsmodell auch in die Rechtskultur integriert werden. Jedenfalls erfordert die neue technische und digitale

⁷³ Indra Spieker genannt Döhm: *Digitale Mobilität: Plattform Governance. IT-sicherheits- und datenschutzrechtliche Implikationen*, GRUR 2019, 341.

⁷⁴ Christian Djefal: *IT-Sicherheit 3.0: Der neue IT-Grundschutz. Grundlagen und Neuerungen unter Berücksichtigung des Internets der Dinge und Künstlicher Intelligenz*, MMR 2019, 289. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>

⁷⁵ Über die Entwicklung und den Adaptationstrend: Helmut Hoffmann: *Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2018*, NJW 2019, 491. <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>. „Gegenstand des Beitrags ist im Anschluss... die im zweiten Halbjahr 2018. veröffentlichte höchstrichterliche Rechtsprechung einschließlich EuGH – Entscheidungen zur Beantwortung von Vorabentscheidungsersuchen im Rahmen Zivilgerichtlicher Auseinandersetzungen zum Internet.“, 481.

Entwicklung – theoretisch – eine radikale Trennung zwischen den alten und neuen Rechtssystemen, weil die neuesten Regelungsprobleme aus dem Blickwinkel des alten Rechtes nicht mehr gelöst werden können.

Die Rechtsentwicklung wurde durch viele wissenschaftliche Erfahrungen transportiert. Die Ausbreitung des Rechtes der Digitalzeit hat ihre eigene Vorgeschichte, welche nicht nur in den Rechtseinrichtungen, sondern auch in der Wissensstruktur der juristischen Traditionen erkennbar ist. Die neue Geschichte des Rechtes beruht nicht auf juristischer Willkür, sondern sie war ein Zusammenspiel zwischen den heterogenen Entwicklungspfaden. In der modernen Gesellschaft repräsentiert die Rechtsentwicklung keine homogenen Vorgänge. Systeminterne Isolationen und strukturelle Spätintegrationen können in derselben Zeit im Rechtssystem beobachtet werden. Die Akteure der Modernisierung sind verschiedene Institutionen. Die Geschäftswelt oder die Bundesregierung sind ebenso bedeutende Faktoren der Integration der juristischen Vorschläge.

Das Recht hat sich „step by step“ verändert. Das moderne Rechtssystem ist (nach Niklas Luhmanns Theorie) komplex und ausdifferenziert. Die Systemveränderungen können nicht mehr durch direkte Aktionen der äußerlichen Umweltelemente gesteuert werden. Die Systemkommunikation zwischen Umwelt und Recht, die inneren Innovationsstrukturen des Rechtssystems und die Innovationsmöglichkeiten der inneren Organisationsstrukturen des Rechtssystems sind die bedeutenden Elemente in dem Prozess der systeminternen Reaktion auf die Herausforderung der Digitalgesellschaft. Welches der oben dargestellten Modelle dominiert, wird eine Frage der komplexen Systemsteuerung des Rechtes sein. In einem hochkomplizierten Rechtssystem kann ein homogener Weg der Reformen nicht gewährleistet werden.

Es sollen zwei Innovationselemente hervorgehoben werden. Erstens die Aktivität der Politik der EU und zweitens der bedeutende Druck der Geschäftswelt. Im Hintergrund kann auch die Herausforderung der globalisierten Wirtschaft erkannt werden. Es scheint so, als würde dort die Adaptation und die Innovation schneller und wirksamer stattfinden, wo ein freier Raum der Auslegung des Rechtes gegeben ist, und wo die Rechtskultur ein autonomes Gebiet der Juristen gestaltet hat.

VII. 2. Leerräume der Regelungspolitik

In der Fachliteratur und in der Rechtspraxis werden die Fragen der künstlichen Intelligenz (KI) immer häufiger thematisiert.⁷⁶ Es ist kein Zufall, dass die KI in allen Gebieten der Gesellschaft immer bedeutender und umfangreicher geworden ist. Nach einer Arbeitsdefinition können unter der KI solche Systeme verstanden werden, die selbstständig sind und effizient Probleme lösen können.⁷⁷ Im Falle des vernetzten Autos wurden diese Probleme schon in Kürze dargestellt, allerdings muss betont werden, dass die KI nicht lediglich auf das Gebiet des Autos oder der modernen Technik und Technologie begrenzt ist, sondern auch das politische System sowie die richterlichen Entscheidungen tangiert.⁷⁸ Der Grund hierfür ist, dass die KI stets mit Algorithmen und autonomem Lernen von Maschinen zu tun hat. Die Beziehungen in den

⁷⁶ Z.B. In der Wirtschaft: *Potenziale der künstlichen Intelligenz im Produzierenden Gewerbe in Deutschland*. Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (bmwi) im Rahmen der Begleitforschung zum Technologieprogramm Paice – Platforms | additive manufacturing | imaging | communication | engineering IIT – Institut für Innovation und Technik in der VDI/VDE Innovation + Technik GmbH. Berlin 2018.

⁷⁷ Klaus Mainzer: *Künstliche Intelligenz – wann übernehmen die Maschinen?* Springer Verlag, 2016.

⁷⁸ Arne Klaas: *Demokratieprinzip im Spannungsfeld mit künstlicher Intelligenz*. MMR 2019, 84.

Anwendungsbereichen der KI sind kompliziert, weil komplex. So ist selbst die begriffliche Darstellung nicht so einfach: „Der Begriff der künstlichen Intelligenz lässt sich losgelöst von einem konkreten Anwendungsbereich nur schwer allgemeingültig und mit hinreichender Eindeutigkeit definieren. Möchte man dennoch den Versuch einer abstrakten Bestimmung wagen, kann der Ausdruck als eigenständige Entscheidungsfindung einer Maschine umschrieben werden, die sich isoliert von humaner Einflussnahme strukturell an der menschlichen Denkweise orientiert. Sog. „maschinelles Lernen“ umfasst als Komponente von KI auch das beständige Hinzulernen der Anwendung, also die selbstständige Erweiterung des Wissens- und Erfahrungsschatzes durch die Ausführung der übertragenen Aufgaben. Im Kontext juristischer Anwendungen ist im weitesten Sinne die Übernahme kognitiver Leistungen durch Software gemeint, die gewöhnlich durch einen juristisch vorgebildeten Menschen vorgenommen werden. Hierzu zählen z.B. das autonome Herstellen von übertragbaren, juristischen Zusammenhängen bei einem Abgleich von zwei unterschiedlichen Gerichtsentscheidungen oder das eigenständige Lösen einer unbekanntenen Rechtsfrage auf der Grundlage von juristischen Grundsätzen und Prinzipien.“⁷⁹

Es scheint so, als könnte nicht die KI selbst, sondern nur Anwendungsbereiche der KI reguliert werden.⁸⁰ Demzufolge sind tiefgreifende Unterschiede der Regelungsqualität und Gesetzgebung entstanden. So haben etwa die Roboter viel Berücksichtigung erfahren. Für Betriebssysteme wie WAZE oder Google-Maps besteht indes kein Regelungsbedarf. Mauro Martini schreibt, dass die Funktionen der Algorithmen eine Blackbox sind. Mittlerweile gehören alle zentralen Steuerungsinstanzen der digitalen Gesellschaft zu den Anwendungsbereichen der Algorithmen.⁸¹

Andere Autoren haben dargestellt, dass KI den Verhandlungsspielraum des menschlichen Subjekts aufgrund der autonomen Lernfähigkeit der Algorithmen erodieren kann. Aus dem Grund könne das Rechtssubjekt seine Vertragsautonomie verlieren.⁸² Katharine Zweig und ihre Mitarbeiter haben über die Möglichkeit der Fehlentscheidung des Prozesses der algorithmischen Entscheidungsfindung ein Arbeitspapier vorgelegt, in dem sie argumentieren, dass *der Prozess, den ein Entscheidungssystem von seiner Entwicklung bis zur Evaluation durchläuft, lang und an vielen Stellen von zahlreichen Entscheidungen abhängig [ist].* „Die beteiligten Akteure verfügen jedoch häufig nicht über die eigentlich für ihre verantwortungsvolle Aufgabe notwendigen Kompetenzen... Die hohe Anzahl an Entscheidungen sowie unterschiedlicher Beteiligter macht den Prozess anfällig für Fehler, die in allen Phasen auftauchen können. Sie unterscheiden sich in ihrer Tragweite sowie in ihrer Auffindbarkeit und Vermeidbarkeit. ... So können etwa Fehler in der ersten Phase des Algorithmen-Designs dazu führen, dass ein Algorithmus nicht immer das korrekte Ergebnis berechnet. Solche Fehler sind jedoch für Informatiker relativ leicht zu entdecken und zu beheben, wenn klar ist, was der Algorithmus leisten soll und der Quellcode zugänglich ist.“⁸³

⁷⁹ Arne Klaas: *Demokratieprinzip im Spannungsfeld mit künstlicher Intelligenz*. MMR 2019, 84.

⁸⁰ Oliver Keßler: *Intelligente Roboter – neue Technologien im Einsatz*. MMR 2017, 589. Gerhard Wagner, Horst Eidenmüller: *In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen: Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen*. ZfPW 2019, 220, 224.

⁸¹ Mario Martini: *Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung*. Juristische Zeitung (J.Z.) 3. November 2017. 1017 – 1072.

⁸² Justin Grapentin: *Die Erosion der Vertragsgestaltungsmacht durch das Internet und den Einsatz Künstlicher Intelligenz*, NJW 2019, 181, <http://beck-online.beck.de/Print/CurrentMagazine? 04.06.2019>.

⁸³ Katharina Zweig, Sarah Fischer, Konrad Lischka: *Wo Maschinen irren können. Fehlerquellen und Verantwortlichkeiten in Prozessen algorithmischer Entscheidungsfindung*. Arbeitspapier. Bartelsmann Stiftung, 2018.

Die juristischen Regelungsfragen bezüglich KI sind also absolut offen. Weder in der Literatur, noch in der Rechtspraxis wurden bislang akzeptablen, abschliessenden Lösungen gefunden. Vielleicht ist es aber auch nicht notwendig solche Lösungen zu finden, weil die Rechtsentwicklung selbst keine abgeschlossenen Antworten braucht.

Situation und Erfahrungen sind ähnlich im Bereich von Big Data (BD). Bei der Darstellung des Datenschutzrechtes wurde thematisiert, dass das BD-System nicht ein personenbezogenes Datensystem ist. Die Eigentümer der Daten sind nicht mehr bekannt, obwohl der EuGH sich an einer indirekten Depersonalisierung versuchte.⁸⁴ Vielmehr erfolgt die Datenübergabe willkürlich oder freiwillig, deshalb können die meisten Vorschriften der DSGVO nicht angewendet werden. *“Daten „gehören“ jedoch im klassischen Sinn niemandem, sie sind nicht eigentumsfähig, es gibt derzeit kein übertragbares Ausschließlichkeitsrecht an Daten, obwohl man jedenfalls personenbezogenen Daten einen ökonomischen Wert beimessen muss.”*⁸⁵

In einigen Anwendungsbereichen des Rechtes wurde versucht mit Blick auf BD (oder KI) Regelungsreformen voranzutreiben.⁸⁶ Während dieser juristischen „Humpelei“ nutzten Unternehmen die Regelungslücke aus und etablierten Kundenmanipulationen, wie z.B. Behavioral Microtargeting oder Preispersonalisierungen.⁸⁷

Die richterliche Urteilspraxis hat versucht einige der hier diskutierten Probleme im Rahmen des gültigen Rechtssystems zu klären. Das OLG Frankfurt z.B. bestimmte, dass eine unlautere Veröffentlichung "gekaufter" Kundenbewertungen auf Internetplattformen rechtswidrig ist.⁸⁸ Das OLG Dresden hat über die Indizwirkung des Impressums einer Website geurteilt. Das Gericht führte aus, dass ein Impressum eines Onlineangebots aussagen soll, dass der Anbieter wirtschaftlicher Träger und damit zivilrechtlich Unterlassungspflichtiger ist.⁸⁹ Das LG Düsseldorf hat klargestellt, wann das Framing gegen Wettbewerbsregelungen verstößt. In diesem Fall ist der Geschäftsführer des Seitenbetreibers aufgrund einer eigenen wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht verpflichtet, die konkrete Übernahme von fremden Inhalten auf der eigenen Internetseite zu verhindern.⁹⁰ In diesen Rechtsfällen haben die Gerichte nach den alten integrativen Modellen gehandelt, um eine Integration der technologischen Innovationen in die Rechtspraxis zu finden.

Trotz der intensiven Auseinandersetzung im Steuerrecht mit Blick auf digitale Währungen bleiben diese aus der Regelungspolitik der digitalen Zeit ausgespart. Die Ausarbeitung einer Konzeption der Finanzregelung ist nicht so einfach, da die digitalen Währungen zum einen keine feste territoriale Zuständigkeit der Zahlungsmöglichkeiten besitzen und zum anderen es sich um staatenunabhängiges Geld handelt.

Auf der realen Funktionsebene existieren nichtsdestotrotz Regeln und

⁸⁴ Der EuGH im Dezember 2017 hat den Begriff personenbezogener Daten präzisiert, und legte vor, dass die Vorschriften sich auf jede Person, „die direkt oder indirekt identifiziert werden kann“ bezieht. Die „indirekte Beziehung“ kann als eine Depersonalisierung beobachtet werden. EuGH, ECLI:EU:C:2017:994. NJW 2018.767

⁸⁵ Oliver Keßler: *Intelligente Roboter – neue Technologien im Einsatz*, MMR 2017, 589.

⁸⁶ Heinz-Uwe Dettling, Stefan Krüger: Digitalisierung, *Algorithmisierung und Künstliche Intelligenz im Pharmarecht*, PharmR 2018, 513., Rupprecht Podszun, Christian Kersting: *Modernisierung des Wettbewerbsrechts und Digitalisierung*, NJOZ 2019, 321.

⁸⁷ Gerhard Wagner, Horst Eidenmüller: *In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen: Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen*, ZfPW 2019, 220, 224.

⁸⁸ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.02.2019 - 6 W 9/19.

⁸⁹ OLG Dresden, Urteil vom 24.8.2018 – 4 U 873/18 (LG Dresden); rechtskräftig.

⁹⁰ LG Düsseldorf: *Wettbewerbsverstoß durch Framing*. MMR 2019, 335. LG Düsseldorf, Urteil vom 14.11.2018– 12 O 69/18.

Vorschriften, die außerrechtliche Verhandlungsnormen sind. Wer an der „Bauarbeit“ der digitalen Währungen teilnimmt, kennt diese Regeln, passt sich der Situation an. Folglich handelt es sich nicht um einen regelungsfreien Raum. Nur die Normen des Rechtes sind nicht vorhanden. Dieser Zustand wird voraussichtlich noch lange Zeit fortbestehen.

Das Feld des Dark Net (Black Side of the Internet) ist ein völlig unbekanntes Gebiet. Es gibt einige vereinzelte Informationen über die Funktionen des Dark Net, aber fundierte Forschungen oder komplexes Wissen fehlen. Gewalt, Drogenhandel und Waffenverkäufe dominieren in den Nachrichten. Die Beobachtung des gesamten Internetdatenaustausches ist unmöglich, da ihre Plattformen und Websites versteckt sind. Trotzdem sind einige faktische Regeln und Verhandlungsnormen erkennbar wie z. B. bei den klandestinen Verhaltensweisen der Mafia, die eines der am besten regulierten Systeme verkörpern. Die öffentlichen, demokratiebezogenen Rechtsvorschriften funktionieren auch hier nicht und folglich fällt dieses Gebiet aus der Regulationspolitik des Internet heraus.

Diese Konstellation und ihre Probleme können mit dem Trennungsmodell sehr gut illustriert werden. Abgesehen davon, dass die Möglichkeit der rechtlichen Regulierung eine Illusion ist, versucht das Richterrecht nichtsdestotrotz Grundfragen in die legislative Jurisdiktion einzubeziehen. Einerseits werden dabei manchmal Antworten auf die alltäglichen Probleme der Internetnutzung gefunden, andererseits manchmal solche Urteile (oder Rechtsnormen) die die Innovationen grundlegend steuern. Einige Probleme sind aber unreflektiert geblieben. So funktioniert etwa in den routinierten Mahnverfahren KI genauso, wie in den Dienstbereichen des öffentlichen Dienstes. Zwar können auf diese Weise einzelne Funktionsbereiche des Internet als Technikprobleme behandelt werden, aber die eigentlichen Konflikte des digitalen Zeitalters bleiben juristisch unbearbeitet.

**Az alapjogvédelem eszköze:
A magyar, német és a spanyol jogrend összehasonlító elemzése**

I. Bevezetés

Jelen tanulmánynak az a célja, hogy szemügyre vegye a hazai, a német területek és az Ibériai-félsziget alapjogvédelmének specifikus sajátosságait. Ezen belül is az elsődleges célkitűzésem az lenne, hogy ezeknek a területnek az alkotmányjogi panaszait részletesen megvizsgáljam és elemezzem, valamint az itt található aktuális tendenciák bemutatására is törekszem. A kutatásom sarokpontja főként ezekre a területekre összpontosul. Azért is választottam ezen államok alkotmányosságának részletes elemzését, mert egyrészt Németország és Spanyolország közel helyezkedik el Magyarországhoz, így célszerű, ha megvizsgáljuk a környező államok alkotmányossági sajátosságait, másrészt rengeteg tanulmány, elemzés igazolja azt a tényt, hogy az előbb említett országok jogfejlődése között rengeteg hasonlóság található. Nem csupán a földrajzi közelség, hanem a párhuzamos jogi fejlődés és jogi oktatás,² továbbá az egyes időszakokon érvényesülő perszonalunió, illetve az egyes jogintézmények egyidejű átvétele is indokolja, hogy elemezzem e térség sajátosságait.³

Ebből adódóan jelen tanulmányomban, összességében azt mutatom be, hogy milyen specifikus jellemzői vannak egy adott országnak, milyen eltérő sajátosságok figyelhetők meg egyes országok alkotmányjogi panaszos ügyeiben. Mik azok a pontok, amikben találhatunk közös vonásokat, és mik azok a főbb különbségek, ami csak specifikusan az adott országra jellemző. Mindenhol találhatunk ok-okozati összefüggéseket. Alapvetően, ha megnézzük az egyes országok egyedi jogdogmatikai tulajdonságait, akkor arra az álláspontra juthatunk, hogy némi részletszabályozástól eltekintve szinte ugyanaz a logikai jogi konstrukció figyelhető meg a kontinentális jogrendszer összes országa között.

A nemzetközi kitekintéseim során már foglalkoztam a német jogrendszerrel. A német alkotmányjogi panaszt vettem górcső alá. Ebben a tanulmányban folytatni szeretném a német rendszer elemzését, emellett pedig szeretném bemutatni az ibériai jogalkotás jellemzőit is. Az ibériai jogalkotás fontos attribútuma, hogy a német magánjogtudomány és a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) komoly nyomott hagyott rajta.⁴

A német alkotmánybíróság nem csupán a tevékenysége és a kialakított doktrínái, hanem szervezetrendszere, hatásköre szempontjából is példaadó más alkotmánybíróságok számára.⁵ Kutatásom hipotézise az a kérdés, hogy mire hivatkozással lehet alkotmányjogi panaszt benyújtani, összefügg az alkotmánybíráskodás jellegével. Nevezetesen minél inkább az egyéni jogvédelemre helyezi a hangsúlyt az alkotmánybíráskodás, annál szélesebb körben nyújtható be panasz, míg a mások oldalról minél szélesebb lehetőség van absztrakt normakontrollra, annál szigorúbban lehet ragaszkodni ahhoz, hogy csak az alkotmányban szövegszerűen biztosított jogok sérelmére hivatkozással lehet alkotmányjogi panaszt benyújtani.

¹ Doktorandusz, KRE ÁJK.

² A jogi oktatásról ld. NAGY Zsolt: A jogi oktatás fejlődése és aktuális kérdései, Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2007, különösen 38-42.

³ CSERVÁK Csaba: https://epa.oszk.hu/03500/03515/00003/pdf/EPA03515_kre-dit_2019_01_10.pdf [letöltve: 2019.12.23]

⁴ HAMZA Gábor: Az európai magánjog fejlődése, Nemzeti tankönyvkiadó, Budapest, 2002, 157-162

⁵ CSINK Lóránt – FRÖHLICH Johanna: Mire lehet alkotmányjogi panaszt alapítani? MTA Law Working Papers 2017/25.

II. Az alkotmányjogi panasz fogalma és funkciói

Általánosságban véve igaz az a megfogalmazás, hogy a modern alkotmányok alapvető lényege abban rejlik, hogy kellenek biztosítékok az alkotmány érvényesülésének garantálására. E védelmet egyfelől az alkotmánybíróság, mint szervezet létrehozása biztosítja. Az alkotmánybíráskodás fogalma azonban nem egy szervre vonatkozik, hanem egy funkcióra: a jogrendszer normáinak az alkotmány alapján történő megítélésére.⁶ E körben szeretném idézni Kilényi Géza frappáns megfogalmazását: „*az alkotmánybíráskodás lényege az, hogy sem a törvényhozó, sem a végrehajtó hatalom nem rendelkezik ellenőrizetlen jogi szabályalkotási felhatalmazással.*”⁷ Az ellenőrzés eszközüül az alkotmányjogi panasz szolgál.

Jelen fejezetben az alkotmányjogi panasz nemzetközileg is elfogadott általános megítélését mutatom be. Az alkotmányjogi panaszok központi terében helyezkedik el az alapjogvédelem funkcionalitása. Ennek alapján elmondható, hogy az alkotmányjogi panasz az alkotmánybírói alapjogvédelem legfontosabb eszköze, hiszen ez a legkönnyebben hozzáférhető az állampolgárok részéről. Az alapjogok hagyományosan az emberek jogai az állammal szemben, ennek megfelelően az alapjogok állam általi megsértése áll az alapjogi dogmatika középpontjában.⁸ Az alapjogok védelmének egyik sajátos, az eseti jogalkalmazói döntésekhez kapcsolódó eszközeként tekintenek rá.⁹ A jogalkalmazás alkotmányos kontrolljának ismerik el.¹⁰ Az alkotmányjogi panasz mind a jogirodalomban, mind a gyakorlatban az alkotmányos jogok (elsődlegesen az alapjogok) védelméhez fűződő jogintézményként jelenik meg.¹¹ Az alapjogoknak az a funkciója, hogy védje a saját tárgyi védelmi körébe tartozó magatartásokat. A védelem az alkotmányjogi panasz révén tud megvalósulni.¹² Az alapjog védelmi köre az alapjogot tartalmazó rendelkezés tényállását jelenti, amely meghatározza mindazokat a feltételeket, amelyek fennállása esetén beáll a jogkövetkezmény.¹³

Az alkotmányjogi panasz egy olyan intézmény, amely világszerte elterjedt az alkotmánybíráskodást meghonosító országok körében. E jogintézmény előfordulása Európában a leggyakoribb.¹⁴ Alkotmányjogi panasz alatt alapvetően az alapjogaiban sérelmet

⁶ TRÓCSÁNYI László – SCHANDA Balázs: Bevezetés az alkotmányjogba. Az Alaptörvény és Magyarország alapintézményei. HVG-ORAC, Budapest 2014. 377.

⁷ KILÉNYI Géza: Az Alkotmánybíróság helye az állami szervek rendszerében. In: Kilényi Géza (szerk.): Alkotmánybíráskodás. Budapest, Unió Lap- és Könyvkiadó, 1993. 11.

⁸ PEINE, Franz-Joseph: § 57 Das Grundrechtseingriff. In: MERTEN, Detlef – PAPIER, Hans-Jürgen (szerk.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. III. Heidelberg: C. F. Müller, 2009, 8

⁹A teljesség kedvéért itt utalni kell arra, hogy alkotmányjogi panasszal általában a közhatalom, így az igazságszolgáltatás, a közigazgatás és a törvényhozás aktusai támadhatók [lásd: Alkotmánytan 446, Az Alkotmány kommentárja (szerk: Jakab András) I. kötet, Századvég Kiadó, Budapest, 2009 (a továbbiakban: Az Alkotmány kommentárja), 1143. o.]. A törvényhozás aktusai a jogalanyok vonatkozásában ugyanakkor tipikusan az eseti jogalkalmazás eredményeként válnak kikényszeríthetővé. Ezért a törvényhozás aktusainak alkotmányjogi panasszal történő támadása rendszerint az azt realizáló igazságszolgáltatás és közigazgatás aktusai alapján történhet meg.

¹⁰ SCHMIDT Péter: Az Alkotmánybíróság és a központi államszervezet. In: Alkotmánybíráskodás. Unió Kiadó, Budapest, 1993 (a továbbiakban: Schmidt), 191.; Halmi Gábor: Az alkotmányjogi panasz – jelen és jövő? Bírák Lapja 1994/3–4. sz. (a továbbiakban: Halmi), 46.

¹¹ RÁCZ Attila: Az alkotmányos jogok védelme és az alkotmányjogi panasz. Acta Humana 1992. No 8., 32.; Tilk Péter: Az alkotmányjogi panasz, mint a bíróságok és az alkotmánybíróság eljárásának kapcsolódási pontja. Bírák Lapja 2002/2. sz. (a továbbiakban: Tilk), 59. o., Alkotmánytan (szerk.: Kukorelli István), Osiris Kiadó, Budapest, 2007 (a továbbiakban: Alkotmánytan), 459. o., Bragyova 71; 65/1992. (XII. 17.) AB határozat (ABH 1992, 289, 291.)

¹² GRAF VON KIELMANSEGG, Sebastian: Grundfälle zu den allgemeinen Grundrechtslehren. JuS, 2009/1. 20.

¹³ ZAKARIÁS Kinga: Az emberi méltósághoz való alapjog. Összehasonlító jogi elemzés a német és magyar alkotmánybírói gyakorlat tükrében. In: Pázmány Press, Budapest 2019. 39.

¹⁴ TÓTH Judit – LEGÉNY Krisztián (szerk.): Összehasonlító alkotmányjog. Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft., Budapest 2006. 271.

szenvedett egyén vagy szervezet által benyújtott - az alkotmánybíróság eljárásának megindítására szolgáló - eszközt értjük, amely valamely egyedi vagy normatív állami aktus ellen irányul, és adott esetben az aktus alkotmányellenességének megállapításához, valamint a benyújtó egyéni jogsérelmének orvoslásához vezethet. A panasz tárgya valamilyen állami cselekmény vagy mulasztás lehet, a törvényhozó, végrehajtó vagy igazságszolgáltatási hatalmi ágba tartozó szerv egyedi vagy normatív aktusa ellen.¹⁵

Georg Jellinek álláspontja szerint az egyén az államhatalommal szembeni státusza alapján különböző közjogi igényeket támaszthat az államhatalommal szemben. Ezzel összefüggésben Jellinek két különböző státuszt határoz meg, amelyek az egyénnek az állammal szembeni pozícióját jelentik. A *status negativus* az egyén szabadságát jelenti, azt a szabadság területet, ahova az állam nem léphet be. Itt nem érvényesülhet az állam hatalma, a közhatalom nem avatkozhat be. Ezzel szemben a *status positivus* arra vonatkozik, hogy az egyén nem képes az állam pozitív cselekvése nélkül biztosítani szabadságát, önálló létezésének fenntartásában az állam szerepvállalására, állami szolgáltatásokra, állami védelemre van szükség.¹⁶

III. Az alkotmányjogi panasz nemzetközi és intézménytörténeti áttekintése

Az alkotmánybíráskodás modelljeinek ismertetésekor a decentralizált amerikai és a centralizált kelseni (osztrák) modellt szokta a szakirodalom párhuzamba állítani. A kettő közötti tipikus különbség, hogy az amerikai modell az egyéni panaszok vizsgálatát folytatja le, a kelseni modell pedig – legalábbis annak eredeti formája – absztrakt normakontrollt gyakorol.¹⁷

Az európai centralizált alkotmánybíráskodás elvi megalapozása és gyakorlati kezdetei Hans Kelsenig és az 1920-ban létrehozott osztrák alkotmánybíróságig nyúlnak vissza, mai meghatározó modellje azonban az 1951-ben a Német Szövetségi Alkotmánybíróság lett. A német alkotmánybíróság újdonsága az volt, hogy egyesítette a normakontrollt az alapjogok egyéni védelmével, amire az alkotmányjogi panasz intézménye szolgált.¹⁸

Fontos kiemelni, hogy a német alkotmány már 1947-ben rendelkezett az alkotmánybíróság felállításáról, azonban az csak 1951-ben kezdett el működni. A német alkotmánybíróság két különböző tevékenységi körrel felruházott ikerbíróságra tagolódik. Az alapjogi szenátus az alapjogok értelmezésével kapcsolatos normakontroll eljárásokat és alkotmányjogi panaszokat vizsgálja, az alkotmányjogi szenátus pedig a közjogi, állambírói, hatásköri, pártbírói kérdésekben illetékes.¹⁹

Az alkotmánybíráskodás esztétikájának egyik legismertebb alakja az osztrák Hans Kelsen. A Kelsen nevéhez fűződő „joglépcső” – vagy alapszabály-elmélet végkövetkeztetése, hogy egy alapszabállyal (ti. az alkotmánnyal) ellentétes norma érvényességét mindaddig vélelmezni kell, amíg azt egy erre a célra külön létrehozott szerv (ti. az alkotmánybíróság) ki nem mondja.²⁰ Kelsen fogalmazta meg az osztrák alkotmány alkotmánybíráskodásra vonatkozó rendelkezéseit és 1920 és 1929 között maga is a Verfassungsgerichtshof (a

¹⁵ BODNÁR Eszter: Az alkotmányjogi panasz – intézménytörténet és nemzetközi kitekintés In: BITSKEY Botond – TÖRÖK Bernát (szerk.): Az alkotmányjogi panasz kézikönyve. Budapest, HVG – ORAC, 2015. 19.

¹⁶ PIEROTH – SCHLINK 21. hivatkozással JELLINEK munkájára: JELLINEK, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1919, 87, 94.

¹⁷ CSINK Lóránt – FRÖHLICH Johanna: Mire lehet alkotmányjogi panaszt alapítani? MTA Law Working Papers 2017/25.

¹⁸ SÓLYOM László: Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon, Osiris Kiadó, Budapest, 2001. 227-228.

¹⁹ JAKAB Dénes Barna: Az alkotmánybíróság helye a hatalommegosztás rendszerében. A magyar Alkotmánybíróság az európai modellek tükrében, In: Jogelméleti szemle, 2003/2. szám

²⁰ lásd bővebben: CHRONOWSKI Nóra: Az alkotmánybíráskodás (JURA, 7. évf. 2. szám)

továbbiakban: VfGH) tagja volt.²¹ A Német Szövetségi Alkotmánybíróság a jogorvoslatok kimerítésének követelményét kiszélesítette a szubszidiaritás elvével, ami azt jelentette, hogy a panaszosnak minden olyan intézkedést meg kell tennie, amely a jogsértés megszüntetéséhez vagy megakadályozásához vezethet.²²

Az alkotmányjogi panasz nemcsak a Német Szövetségi Köztársaságban nyert teret. Az mindenképpen elmondható, hogy itt valósult meg legelőször, de azt követően számos ország is bevezette az egyéni jogvédelem ezen formáját.²³ Példaként megemlíthető Spanyolország vagy Portugália második generációs alkotmánybíróságai. A kommunista rendszerek bukása után kialakultak a harmadik generációs alkotmánybíróságok is, amelyeknél az figyelhető meg, hogy csak kivételesen fordul elő önálló hatáskörként az egyéni szabadságjogok közvetlen védelme.²⁴

Ennek magyarázata a szocialista jogrendszerekben gyökerezhet. A szocialista jogi gondolkodás számára ugyanis elfogadhatóbb volt a normakontroll, amit a túlszabályozásból fakadó ellentmondások kiküszöbölésének szükségességével magyaráztak.²⁵ Az Európa Tanács országai közül ma Magyarországon kívül még számos ország alkotmánybírósága rendelkezik alkotmányjogi panasz – vagy ahhoz hasonló jogintézmény – elbírálására hatáskörrel. Ilyen országok például Albánia, Andorra, Ausztria, Azerbajdzsán, Ciprus, Csehország, Grúzia, Horvátország, Lengyelország, Svájc, Szlovákia, Szlovénia és Ukrajna.²⁶

IV. A német alkotmányjogi panasz és hatása

A történelem során a német jogi fejlődés hagyományosan példaként szolgált a magyar jog előtt. A magyar kodifikátorok előszeretettel vették át a német jogtudósok által kidolgozott, és alkalmazott elméleti konstrukciókat, alapvető elveket és értéktartalmakat, továbbá szabályozási strukturákat.

Németországban 2016-ban az ügyek több mint 97%-a alkotmányjogi panasz volt (5754 ügyből 5610). Maga a Grundgesetz nem határozza meg az alkotmánybíróság szerepét, de az általános megítélés szerint az alkotmánybíróság az alkotmány őre, ami egyrészt a centralizált alkotmánybíráskodásból és az alkotmány autentikus értelmezésének jogából vezethető le.²⁷

A német szabályokat az Alaptörvény tartalmazza, a normák erejét és kisugárzását is elsődlegesen ez adja. A felhívott rendelkezések az Alaptörvény 1. cikk 3. bekezdése, 20. cikk 3. bekezdése és a később keletkezett 93. cikk. 1. bekezdés 4a alpontja, valamint a Szövetségi Alkotmánybíróságra és eljárására vonatkozó részletes törvényi szabályozás.

Az Alaptörvény normatív rendelkezései eltérőek. Többek közt alaki jogként helyet kapott sui generis az egyéni jogsérelem esetén alanyi jogként érvényesíthető alapjog.

A jelenleg irányadó német jogelméleti meghatározás szerint – mely szakított a korábbi, túlzottan szűkítő értelemmel – a német alkotmányjogi panasz olyan rendkívüli jogorvoslat, amely a panaszos alapjogaiba történt közhatalmi beavatkozás elhárítására szolgál. Ebből adódóan az alkotmányjogi panasz nem egyfajta meghosszabbítása a rendes jogorvoslati rendszernek, tehát nem az feladata, hogy kikerülhetővé tegye a rendes jogorvoslati eszközök

²¹ SULYOK Tamás: Az osztrák Verfassungsgerichtshof és a magyar Alkotmánybíróság utólagos normakontrollt érintő hatáskörei In: *Alkotmánybírósági Szemle, 2011/1. szám*

²² PIEROTH i.m. 46.

²³ Például: Spanyolország, Portugália, Szlovénia, Horvátország, Csehország

²⁴ BODNÁR i.m. 27.

²⁵ SÓLYOM i.m. 227-228.

²⁶ Arne MAVCIC: *The Constitutional Review*. Vandeplas Publishing, LLC, Lake Mary, 2013. 226-228.

²⁷ CSINK Lóránt – FRÖHLICH Johanna: Mire lehet alkotmányjogi panaszt alapítani? MTA Law Working Papers 2017/25

igénybevételét, hanem azokon kívül helyezkedik el, egy másik térben.²⁸

Az alapjogi védelem, mint közjogi alanyi jog kikényszeríthetőségét az Alaptörvénybe 1969. január 29-én beillesztett 93. cikk 1. bekezdés 4a pontja, mint eljárási szabály teszi lehetővé („4a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein”)

A munkajog találkozott először azzal a problémával, hogy a magánjogi jogvitákban alkotmányos értékszemlélet kapott szerepet.

Az alkotmányjogi panasz viszonylag korai megjelenésében közrejátszhatott az is, hogy a nemzetszocializmus éveiben a C.H. Nipperdey által kialakított gyakorlat révén – miután Őt a Szövetségi Munkaügyi Bíróság elnökévé kinevezték – az alapjogok által átszőtt alapjogi jogalkalmazás a munkaügyi bíróság ítélezésében szinte mindennaposá vált. Nagyon hamar megjelent az alapjogi bíraskodás.²⁹

Nipperdey azt a felfogást vallotta, hogy az alapjogi normák, ugyanolyan relevanciával rendelkeznek, mint más jogszabályok. Ebből adódóan érvényesülést kívánó normák, amelyek kikényszerítése a jogállam számára kötelező.³⁰

Ez az idea napjainkban ugyanolyan aktuális, mint születése idején. A kérdés egyszerű: vajon magánjogi viszonyokban van-e lehetőség közvetlen alapjogi kontrollra? A kérdés megválaszolása viszont nem olyan egyszerű. A Nipperdey-féle alapjogi bíraskodás jelentős veszéllyel járhat, hiszen teljes egészében közjogiasítja az élet viszonyait, valamint az államra újabb és újabb feladatokat ró.³¹

A hatályos német joganyag áttekintésével megállapítható, hogy az alkotmányjogi panasz két nagy specifikus változata van. A normatív alkotmányjogi panasz és az individuális alkotmányjogi panasz.³² Más kategorizálása is létezik az alkotmányjogi panasz, mint például az érintett magánszemély által benyújtott normakontrollra irányuló kérelem, és a bírósági határozatok felülvizsgálatára irányuló alkotmányjogi panasz. E kétféle alkotmányjogi panasz létének indokoltságát egyrészt az alkotmányjogi panasz kettős, jogorvoslati (alanyi jogot érvényesítő) és az objektív jogrend védelmét szolgáló természete adja.³³

Kiemelendő, hogy a jogintézmény Szövetségi és Tagállamok szintjén is megtalálható, habár szövetségi szinten a Szövetségi Alkotmánybíróság, addig tartományi szinten a tartományi alkotmányjogi ügyekben a tagállami alkotmánybíróságok rendelkeznek kompetenciával.³⁴

Továbbá érdekességként említhető meg, hogy a normakontrollra irányuló alkotmányjogi panasz elsősorban az objektív jogrend védelmét szolgáló eljárás, míg az egyedi határozat elleni alkotmányjogi panasz elsősorban az alanyi jog védelmére szolgál.³⁵

²⁸ARATÓ Balázs: Alkotmányjogi panasz a német jogrendben, különös tekintettel a befogadhatóság kérdésére. In: Alkotmányjogi panasz – a hatáskörrel kapcsolatos kérdések tanulmánykötet. Budapest, 2019. 502-516.

²⁹CSEHI Zoltán: Kérdések és felvetések a német típusú alkotmányjogi panasz magyarországi bevezetése kapcsán. https://alkotmanybirosag.hu/uploads/2017/05/absz_2011_01.pdf [letöltve: 2019.12.26]

³⁰CSEHI Zoltán: A német nemzetközi magánjog és az alapjogi octroi, in Horváth A., Koltay A., Máthé G. (szerk.): Sapientia iniuria non potest fieri. Ünnepi tanulmányok Zlinszky János tiszteletére. Budapest 2009, 97–135

³¹CSEHI Zoltán: Kérdések és felvetések a német típusú alkotmányjogi panasz magyarországi bevezetése kapcsán. https://alkotmanybirosag.hu/uploads/2017/05/absz_2011_01.pdf [letöltve: 2019.12.26]

³²NASZLADI Georgina: A német alkotmányjogi panasz hatása a hazai szabályozásra és az alkotmánybírósági joggyakorlata Pécs, JURA 2014. 1. szám

³³ZAKARIÁS Kinga: A bírósági határozatok ellen irányuló alkotmányjogi panasz a Német Szövetségi Alkotmánybíróság Esra-határozatának tükrében. https://alkotmanybirosag.hu/uploads/2017/05/absz_2011_2.pdf [letöltve: 2020.01.03]

³⁴TÓTH – LEGÉNY: i.m. 271-272.

³⁵Dieter C. Umbach/Thomas Clemens/Franz-Wilhelm Dollinger (Hrsg.): Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005. 1122.

Tág körrel beszélhetünk az indítványozási jogosultság tekintetében. Ebből adódóan természetes személyek mellett a privát jogi személyek, az alapvető jogokkal rendelkező politikai pártok, tartományok és községek, illetve utóbbiak szövetségei is beletartoznak.³⁶

IV.1. A bírósági határozatok alkotmányossági felülvizsgálata a német jogrendben

Hasonlóan a magyar jogrendhez a német jogrendben is lehetőség van a bírósági határozatok alkotmányossági felülvizsgálatára.

A német jog kimondja, hogy a bírói jogalkalmazás, a bírói jog kötve van az alapjogokhoz.³⁷ Az alapjogok a jogalkalmazást közvetlenül kötelezik. A német Alaptörvény elsődlegességét megfogalmazó egyik szabály az, hogy a bíró a törvénynek és jognak alárendelten működik „Vorrang der Verfassung.”³⁸ A Lüth³⁹-féle ítélettel indult⁴⁰ el a német Szövetségi Alkotmánybíróság azon az úton, amely során a teljes magánjogi joggyakorlatot az alapjogi meritumok védernyője alá helyezte és a mindennapi gyakorlatának részévé tette.⁴¹

Az alapjogi kontroll számos elméleti kérdést vetett fel. Nem volt meghatározható, hogy a felülvizsgálandó bírói döntéseket milyen perspektívák szerint kell alapjogi megközelítésben vizsgálni? Mit kell érteni azon bírói határozat alatt, amely alapjogot sért? Az alkalmazandó norma alkotmányellenességén túlmenően mit lehet vagy kell alkotmányos szempontból vizsgálni?⁴²

Egy 1957-es bírósági döntésben⁴³ megszületett az úgynevezett Elfes-elv, amely szerint a bíróságok bármely hibája okozhat alapjogi sérelmet. Kiemelendő, hogy ennek a döntésnek nem magánjogi ügy volt az alapja, hanem egy útlevélkérelemmel kapcsolatos hatósági eljárás, majd annak bírósági felülvizsgálata. Ennek a döntésnek a kapcsán került megfogalmazásra a „totális felülvizsgálat” doktrínája, amely doktrína átfogja mind a lefolytatott eljárás, mind az alapügy tényállásának megállapításait, sőt akár jogalkalmazási hiba is megalapozhatja az alkotmányjogi panaszt. A jogsérelemnek természetesen kellő súlyúnak kell lennie ahhoz, hogy az alapjogi sérelem megállapítható legyen.⁴⁴

³⁶ NASZLADI Georgina: *A német alkotmányjogi panasz hatása a hazai szabályozásra és az alkotmánybírósági gyakorlatra, JURA, A Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának tudományos lapja 20. évfolyam 2014. 1. szám 236.*

³⁷ „(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.”

³⁸ Rainer WAHL: Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NJW 1984, 401 és skk
³⁹ „... Lüth-ítélet: a magánjogi viszonyok alapjogi felülvizsgálatát legitimáló ítélet: politikai kérdés. A náciizmus éveiben kompromittálódott filmrendező személyét illetően, és az alapjogok közül is a véleménynyilvánítás szabadságának alapjogával való konfrontálás kapcsán született meg az ismert alkotmánybírósági döntés. A véleménynyilvánítás szabadsága – amely az alapjogok közül is messze kitűnik kéréllhetetlen karakterével – az a további elem, amely a véletlenszerűségek ezen találkozását tovább erősítette. Egy politikai kérdés, amely a német közelmúlt tragédiájával való szembenállás talaján fogant, és a jogállamiság kikezdhetetlen professzionalizmusára törvő alkotmányos igyekezetben került megítélésre, mindez a véleménynyilvánítás szabadságának zászlaja alatt hozta meg a nevezetes Lüth-döntést. Sarkított megfogalmazásában inkább a véletlenek sorsszerű egybeesésének eredményeként értékelhető a döntés, és enyhén túlzó a magánjogi bírói döntések alkotmányos kontrollját megalapozó gyakorlat nagy kezdetének beállítani ezt a határozatot még akkor is, ha magában a határozatban találunk ilyen irányú megfogalmazásokat.” In: Csehi Zoltán: *Kérdések és felvetések a német típusú alkotmányjogi panasz magyarországi bevezetése kapcsán.* (link) ab szemle

⁴⁰ POKOL Béla: Az alapjogi bíraskodás elméleti kérdései, JOGÁLLAM 1993/1.10.

⁴¹ Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.” – BVerfGE 7, 198.

⁴² CSEHI Zoltán: *Kérdések és felvetések a német típusú alkotmányjogi panasz magyarországi bevezetése kapcsán.* https://alkotmanybirosag.hu/uploads/2017/05/absz_2011_01.pdf [letöltve: 2020.01.04]

⁴³ 1 BvR 253/56, 1957. Jan. 16, BVerfGE 6, 32

⁴⁴ CSEHI Zoltán: *Kérdések és felvetések a német típusú alkotmányjogi panasz magyarországi bevezetése*

A német valódi alkotmányjogi panasz tekintetében a következőket fontos megemlíteni. A német alkotmánybíróságnak nem az a feladata, hogy fellebbviteli bíróság legyen, vagyis szuperbíróság. A német AB hasonlóan a magyar AB-hoz, a rendes bíróságok territóriumán kívül van. Az eljárás lefolytatása, a tényállás megállapítása és értékelése, a törvények értelmezése és egyedi esetre alkalmazása kizárólag az arra illetékes bíróságok kompetenciájába tartozik. Ennélfogva a német AB csak akkor avatkozhat be egy adott ügybe, ha annak az ügynek van valamilyen alkotmányjogi relevanciája.⁴⁵

A bírósági határozatok felülvizsgálatának a „különös alkotmányjog” (spezifisches Verfassungsrecht) sérelmének vizsgálatára kell korlátozódnia.⁴⁶

Ezekből a nézetekből alakult ki a jogszabálysértés azon értelmezése, amely szerint az ún. „egyszerű jog” nem képezi alapjogi vizsgálat tárgyát, hanem csak a „különös alkotmányjog” szerinti felülvizsgálat. A gyakorlat tovább finomította ezen elgondolást azzal, hogy a felülvizsgálat oka csak különös alkotmányjogsértés lehet („Heck”-sche formula).⁴⁷

Tehát a bírósági ítéletek felülvizsgálatakor, vagyis a valódi alkotmányjogi panasz eljárásban – a német alkotmánybíróság azt vizsgálja, hogy az a norma, ami az ügy alapjául szolgál, alapjogot sért-e, továbbá a bíróság az ítélet meghozatalakor megsértette-e az eljárási alapjogokat, az ítélet objektíve elfogadhatatlan-e az önkényesség és egyenlőség elvének megsértése miatt, valamint hogy a bíróság figyelembe vette-e az alapjogokat a jog értelmezésekor, vagy azokat esetlegesen rosszul vette-e figyelembe.⁴⁸

A bírói döntésnek olyan hibában kell szenvednie, amely az alapjogok mellőzésében áll. Az egyes esetek különlegességei folytán mégis a bírói mérlegelés az, amely dönt az alapjogi sérelem súlyát, jellegét illetően, és abban, hogy a jogsérelem kimeríti-e a „különös alkotmányjog” megsértését.⁴⁹

A bírósági határozatok alkotmányossági felülvizsgálata tekintetében fontos tényező a már említésre került szubszidiaritás elve, ebből adódóan a bíróságok hatáskörébe tartozó tevékenységet az AB nem látja el.⁵⁰ Ami az ún. szakbíróságok hatáskörébe tartozik, azt a tevékenységet és munkát az Alkotmánybíróság nem kívánja átvenni. Fontos kiemelni, hogy a Német Szövetségi Köztársaságban szövetségi szinten nemcsak egy Legfelsőbb Bíróság van, hanem vannak úgynevezett szakmai bíróságok is munkajogi, közigazgatási,

kapcsán. https://alkotmanybirosag.hu/uploads/2017/05/absz_2011_01.pdf [letöltve:2020.01.04]

⁴⁵ BVerfGE 18, 85 (92)

⁴⁶ Fiedler, Christoph: BVerfGE 18, 85 – Különös Alkotmányjog. Korlátozott alapjogi vizsgálat az alkotmányjogi panasz keretében. In: Jörg Menzel (szerk.): Verfassungsrechtsprechung, Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive (Alkotmánybírói joggyakorlat. A Szövetségi Alkotmánybíróság 100

⁴⁷ Gerichte haben bei der Auslegung und Anwendung von einfachem Recht, insbesondere von Generalklauseln, den grundgesetzlichen Wertmaßstäben Rechnung zu tragen. Verfehlt ein Gericht diese Maßstäbe, so verletzt es als Träger öffentlicher Gewalt die außer acht gelassenen Grundrechtsnormen; sein Urteil muß auf eine Verfassungsbeschwerde hin vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben werden (BVerfGE 7, 198 [207]; 12, 113 [124]; 13, 318 [325]).; Andererseits würde es dem Sinn der Verfassungsbeschwerde und der besonderen Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts nicht gerecht werden, wollte dieses ähnlich wie eine Revisionsinstanz die unbeschränkte rechtliche Nachprüfung von gerichtlichen Entscheidungen um deswillen in Anspruch nehmen, weil eine unrichtige Entscheidung möglicherweise Grundrechte des unterlegenen Teils berührt. Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen; nur bei einer Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht durch die Gerichte kann das Bundesverfassungsgericht auf Verfassungsbeschwerde hin eingreifen (vgl. BVerfGE 1, 418 [420]). Spezifisches Verfassungsrecht ist aber nicht schon dann verletzt, wenn eine Entscheidung, am einfachen Recht gemessen, objektiv fehlerhaft ist; der Fehler muß gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen.” BVerfGE 18, 85 (2) 1964. június 10., 1 BvR 37/63

⁴⁸ Bundesverfassungsgericht 62, 338 (343, 347), Bundesverfassungsgericht 7, 198 (230)

⁴⁹ Hänlain i. m. (25. lj.) 3134.

⁵⁰ CSEHI Zoltán: *Kérdések és felvetések a német típusú alkotmányjogi panasz magyarországi bevezetése kapcsán. Alkotmánybírói Szemle 2011. 1. sz. 105.*

társadalombiztosítási és a pénzügyi területeken, amelyek egymás mellett szakírósgként működnek⁵¹.

A német alkotmánybíróság minden esetben azt vizsgálja, hogy történt-e specifikus alkotmány sértés. Egyértelmű a német gyakorlat abban, hogy a bírói önkény, akár eljárási, akár anyagi jogi szabályok alkalmazását illetően megengedhetetlen, és alapjogi revízió alapjául szolgálhat. A bírói önkényeskedés ezen kontrollja messzemenően kihatott a rendes bíróságok napi gyakorlatára.⁵²

Az önkényesség tekintetében elmondható, hogy a bírói önkény nem feltétlenül a bíró mulasztását jelenti, sokkal inkább a megfogalmazott gondolatok, az indokolás önkényességét.⁵³

VI. Az alkotmányjogi panasz a hazai jogrendben

A rendszerváltás során az egyik legfőbb célkitűzés az alapvető jogok érvényesülésének biztosítása volt, hiszen a demokratikus átalakulás hívei jól tudták, hogy valódi demokrácia csak ott létezik, ahol az egyén olyan jogokkal rendelkezik, melyet az államhatalom sem hághat át.⁵⁴

Azonban e jogok tényleges érvényesülését a megfelelő intézményi garanciák hiánya akadályozta. Ezért az egyik legfontosabb feladat e garanciarendszer (alkotmánybíráskodás) megteremtése volt.⁵⁵

A magyar alkotmánybíráskodás az 1989-es rendszerváltással kezdődött meg. Az Alkotmánybíróság létrehozásáról 1989-ben hozott határozatot az Országgyűlés. Még abban az évben megválasztotta első öt tagját, és a testület 1990. január 2-án meg is kezdte működését. Ezzel egyidejűleg jelent meg Magyarországon az alkotmányjogi panasz. Ennek a panasznak elég szűk volt az alkalmazási köre, kizárólag abban az esetben volt lehetőség a benyújtására, ha az indítványozó ügyében alkotmányellenes jogszabályt alkalmaztak.⁵⁶

Ebből adódóan a régi szabályozás csak a tételes jog alkotmányossági felülvizsgálatra adott lehetőséget, azonban példaként felhozható egy kivételes eset a 2012-es év előtt, amikor az Alkotmánybíróság élt a valódi alkotmányjogi panasz lehetőségével. Az 57/1991. (XI. 8.) AB határozat meghozatalakor élt ezzel a lehetőséggel, az úgynevezett Jánosi-ügyben.⁵⁷

Alkotmánytörténeti szempontból fontos kifejtteni a híres Jánosi-ügyet, amikor is az Alkotmánybíróság a 20 éves gyakorlata során megpróbált kitörni az alkotmányos rend absztrakt örékek szerepéből azzal, hogy megsemmisítette az indítványozó által kifogásolt bírósági ítéleteket, erre irányuló hatáskör hiányában.⁵⁸

Az eljárásjogi szabályok megalkotása egyúttal meghatározta az Alkotmánybíróság későbbi gyakorlatát: a testület a felülvizsgálat korlátozott jellegét ismerte el, a bírói

⁵¹ CSEHI Zoltán: *Kérdések és felvetések a német típusú alkotmányjogi panasz magyarországi bevezetése kapcsán. Alkotmánybírósági Szemle 2011. 1. sz. 105.*

⁵² CSEHI Zoltán: *Kérdések és felvetések a német típusú alkotmányjogi panasz magyarországi bevezetése kapcsán.* https://alkotmanybirosag.hu/uploads/2017/05/absz_2011_01.pdf [letöltve: 2020.01.06]

⁵³ A bírói önkényesség az US Supreme Court gyakorlatában is fontos szempont, pl. Justice Brennan *Allstate Ins. Co v. Hague*, 449 U.S. 320 (1980)

⁵⁴ ENYEDI Krisztián: *Alapjogok védelme és az alkotmányjogi panasz 2006. Collega. Szakmai folyóirat joghallgatók számára 2-3. sz. 26.*

⁵⁵ ENYEDI i.m. 26.

⁵⁶ Alkotmányjogi panasz – hogyan jutsz el a lépcső tetejére? <http://arsboni.reblog.hu/alkotmanyjogi-panasz--hogyan-jutsz-el-a-lepcso-tetejere> [letöltve: 2020.01.07]

⁵⁷ 57/1991. (IX.8) AB határozat

⁵⁸ ZAKARIÁS Kinga: A bírósági határozatok ellen irányuló alkotmányjogi panasz a Német Szövetségi Alkotmánybíróság *Esra*-határozatának tükrében. https://alkotmanybirosag.hu/uploads/2017/05/absz_2011_2.pdf [letöltve: 2020.01.08.]

jogértelmezést nem tekintette a panasz eljárás tárgyának. Ezzel az alkotmányjogi panasz utólagos normakontroll funkciója vált hangsúlyossá.⁵⁹

Az Alaptörvény hatálybalépését követően jelentős változások következtek be. 2012-ben megjelent egy új intézmény, a valódi alkotmányjogi panasz. Magyarország 2012. január 1-jén hatályba lépő Alaptörvénye megteremtette a bírói döntések Alaptörvénnyel való összhangja vizsgálatának és megsemmisítésének lehetőségét.

Az alkotmányjogi panasz „valódisága” abban áll, hogy az Alkotmánybíróság hatáskörrel rendelkezik az alapjogot sértő egyedi jogalkalmazói aktusok alkotmányossági felülvizsgálatára és megsemmisítésére is.⁶⁰

Az európai alkotmánybíráskodás fejlődéstörténete alapján megkockáztatható az a kijelentés, hogy a modern kori alkotmánybíróság akkor tekinthető teljes értékűnek, ha felülvizsgálatának hatósugara a jogalkotás teljessége mellett kiterjed a jogalkalmazásra is.⁶¹

Az alapjogvédelmi rendszer megfelelő működéséhez elengedhetetlenek azok az alapjogvédelmet ellátó intézmények, melyekhez az alapjogaiban sértett személyek bizalommal fordulhatnak. Az alapjogvédelmi rendszer intézményi oldala két komponensből tevődik össze. Egyrészt közzogi alapjogvédelmet ellátó intézményrendszerekkel, másrészt a magánszférában tevékenykedő civil és érdekvédelmi szervezetek összességével jellemezhető.⁶²

VII. A német és hazai jogrend alkotmányjogi panasz befogadásával kapcsolatos szabályainak összevetése

E fejezetben bemutatásra kerülnek a német, illetve magyar jogrendben található alkotmányjogi panaszok befogadásával kapcsolatos főbb eljárási szabályok. Először a német alkotmányjogi panaszok befogadhatóságával kapcsolatos szabályok kerülnek górcső alá, azt követően pedig a hazai szabályozási környezetről lesz szó.

Általánosságként megemlíthető, hogy az alkotmányjogi panasz befogadására kidolgozott részletes jogalkotói szabályozás kialakítását alapvetően két elméleti megközelítés adja. Az egyik megközelítés az Amerikai Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának megoldása, a másik pedig a Német Szövetségi Alkotmánybíróság gyakorlata.

Az amerikai megoldás alapján diszkrecionális jogkörbe tartozik a panasz befogadása,⁶³ tehát nem a felek érdekeltsége a releváns, hanem az ügy súlya, jelentősége valamint a jog fejlődésének szempontja alapján születik döntés a befogadhatóság kérdésköréről (case of certiorari).⁶⁴

⁵⁹ DARÁK Péter: Az Alkotmánybíróság és a Kúria kapcsolata a valódi alkotmányjogi panaszok tükrében. In: VÓKÓ György (szerk.): Tanulmányok Polt Péter 60. születésnapja tiszteletére. Budapest, HVG-ORAC, 2015. 240-241.

⁶⁰ KÖBLÖS Adél: Milyen jogvédelmet nyújt az alkotmányjogi panasz? In: *Alkotmánybíráskodás Szemle*, 2010/1. szám

⁶¹ Herbert BETHGE: Die Materiellen Verfassungsstreitigkeiten zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. In: Wolfgang ROTH – Peter Baumeister – Josef RUTHIG (szerk.): Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf – Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag. Berlin, Duncker & Humblot, 2011. 69.

⁶² NASZLADI Georgina: Alkotmányjogi panasz a magyar alapjogvédelem rendszerében (Doktori értekezés) Pécs 2016. [chrome-extension://oemndcbldboiebfnladdacbfmadadm/https://pea.lib.pte.hu/bitstream/handle/pea/14545/naszladi-georgina-phd-2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pea.lib.pte.hu/bitstream/handle/pea/14545/naszladi-georgina-phd-2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [letöltve: 2020.01.09]

⁶³ SÜLYÖK Tamás – SZAKÁLY Zsuzsa: *Az alkotmányjogi panasz jogorvoslati jellegének bővülése*, in: BALOGH Elemér (szerk.): *Számadás az Alaptörvényről, Tanulmányok a Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar oktatóinak tollából*, Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó Kft., 2016. 362.

⁶⁴ SÜLYÖK-SZAKÁLY (2016) i.m., 362., KUKORELLI (2007) i.m., 442.

A német gyakorlat értelemszerűen az amerikai megoldástól eltérően a jog által szabályozott befogadási szisztéma alapján ítéli meg a befogadhatóság kérdését (Annahme zur Entscheidung).⁶⁵

VII.1. A német alkotmányjogi panasz befogadásával kapcsolatos főbb eljárási szabályok

A német jogrendben irányadó szabályként elsődlegesen a német alaptörvény (Grundgesetz – GG), eljárásjogi szempontból pedig az alkotmánybírói törvény (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) az irányadó.

Az alkotmányjogi panaszok elfogadhatósági feltételrendszerének kidolgozását illetően fő szempont volt, hogy az AB ne váljon működésképtelenné, ennél fogva a befogadási rendszerre sokkal inkább az „elbotlási elv”, mintsem a hatékonysági elv jellemző.⁶⁶

A német alkotmányjogi panasz a polgár állammal szembeni jogvédelmének specifikus eszköze, e jogintézmény irányultsága, nevezetesen, hogy az állammal szemben vehető igénybe, abból ered, hogy az irányadó jogfelfogás szerint a törvényhozó, a végrehajtó és a jogalkalmazó hatalom valamennyi aktusának utólagosan ellenőrizhetőnek kell lennie az alapjogokkal való összhang szempontjából.⁶⁷

A német alkotmányjogi panaszt írásban kell benyújtani és indokolni. A panasznak tartalmazni kell a panasz tárgyának pontos megjelölését. A német alkotmányjogi panasz tárgya sokrétű. A panasz tárgya lehet bírósági ítélet⁶⁸, továbbá közigazgatási határozat is.⁶⁹ És ha több aktus is kibocsátásra került, akkor mindegyik megtámadható alkotmányjogi panasz útján.⁷⁰

Előterjesztésének határideje egy hónap; nincs lehetőség a panasz előterjesztésére nyitva álló határidő bíróság általi meghosszabbítására. Azonban ha a panaszos a határidőt rajta kívül álló ok miatt nem tudja tartani, az akadály megszűnésétől számított 2 héten belül igazolási kérelem egyidejű benyújtása mellett lehetősége nyílik a panasz benyújtására. Az eljáráshoz nem kötelező jogi képviselőt igénybe venni.⁷¹

Az alkotmányjogi panasz befogadhatósága kapcsán két tényezőt kell elkülöníteni. Különbséget kell tenni az elfogadhatóság és az indokoltság között. Az elfogadhatóság követelményrendszerrel állít fel az alkotmányjogi panasz számára, az indokoltság pedig olyan jelentéstartalommal bír, hogy valóban fennáll az alapjogi sérelem.⁷²

Továbbá fontos tényezővel bír az ügyfélképesség a német „Beschwerdefähigkeit” kifejezés, melyet, ha magyarra fordítunk, azt jelenti, hogy panaszképesség. Alkotmányjogi panaszt az nyújthat be, akinek az alapjogai sérültek, valamint alapjogi jogképességgel rendelkezik.⁷³

A német szakirodalom két alapvető fogalmat kategorizál. Egyrészt beszélhetünk az ún. Beschwerdeberechtigungs-ról, amely azt jelenti, hogy a panaszost alapvető jogok illetik meg,

⁶⁵ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG), § 93.

⁶⁶ Ld. POKOL Béla: *Generális bírászkodás versus specializált bírósági rendszer – Az alkotmánybíráskodás egy dilemmájáról, Jogelméleti szemle 2014/2. sz., 2.*

⁶⁷ CSERVÁK Csaba: *Az alapjogi réteg érvényesülése és intézményrendszere* (Habilitációs tézisek), 2016. Budapest, KRE ÁJK, 6.

⁶⁸ TILK Péter: *Az Alkotmánybírói hatásköre és működése*. PTE ÁJK, Pécs 2005. 199.

⁶⁹ Halmi: i.m. 46.

⁷⁰ VINCZE Attila – CSUHÁNY Péter – SONNEVEND Pál – JAKAB András: *Az Alkotmánybírói bíróság*. In: *Az Alkotmány kommentárja I. Századvég Kiadó, Budapest 2009.* 1143.

⁷¹ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht 93.§

⁷² ARATÓ i.m. 502-516.

⁷³ Bodo PIEROTH: Artikel 93. In: Jarass, Hans D.- Pieroth, Bodo: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000. Rn. 38.

ezzel szemben beszélhetünk az ún. Beschwerdebefugnis-ról, ami azt jelenti, hogy fennáll-e annak a lehetősége, hogy valamely konkrét alapjog sérült-e a panaszos esetében.⁷⁴ Ha a panasz megfelel a befogadás feltételeinek, akkor az AB azt kezdi el vizsgálni, hogy a panasz benyújtója 1) maga; 2) jelenben; 3) és közvetlenül tekinthető-e az alapjogi sérelem elszenvedőjének.⁷⁵

VII.2. Az alkotmányjogi panaszok befogadási gyakorlata és érvényesülése a hazai jogban és a német hatások megjelenése

Az Alkotmánybíróság kérelemre induló és nagyrészt e kérelem által kijelölt kereteken belül lefolyó, írásbeli, jellemzően nem nyilvános eljárás keretében dönt az alkotmányjogi panaszokban megjelölt alapjogsérelemről és azok orvoslásáról.⁷⁶ A befogadhatósággal kapcsolatos joganyagok közül a formai és tartalmi követelményre vonatkozó rendelkezéseket az Abtv. valamint az Ügyrend tartalmazza.

Mielőtt kitérünk az alkotmányjogi panaszok befogadási gyakorlatára, tisztáznunk kell, hogy milyen panaszfajták léteznek a hazai jogban. Az alkotmányjogi panaszok típusait az Abtv. (2011. évi CLI. törvény) tartalmazza. Beszélhetünk egyrészt 1) az Abtv. 26.§ (1) szerinti, a bírósági eljárásban alaptörvény-ellenes jogszabály alkalmazása folytán benyújtott panaszról, másrészt 2) az Abtv. 26.§ (2) bekezdés szerinti közvetlen panaszról, és harmadrészt az Abtv. 27.§ szerinti valódi alkotmányjogi panaszról.⁷⁷

A valódi alkotmányjogi panasz hazánkban egy új jogintézmény, mely az Alaptörvény hatálybalépésével került beépítésre a hazai jogba. 2012. január 1-jétől jelentős változások következtek be az AB alkotmányvédelmi szerepkörében, ugyanis megszűnt az utólagos normakontroll bárki általi, jogi érdekeltség nélküli indítványozási lehetősége, másrészt az Abtv. 26.§ (1) bekezdése szerinti régi alkotmányjogi panasz mellé belépett az új Abtv. 26.§ (2) bekezdés szerinti „közvetlen” alkotmányjogi panasz, továbbá az Abtv. 27.§-a szerinti valódi alkotmányjogi panasz segítségével lehetőség nyílt hazánkban a bírói döntések alkotmányossági felülvizsgálatára.⁷⁸ A valódi alkotmányjogi panasz a német jogban is ismert jogintézmény.

Elmondható, hogy Magyarországon 2012. január 1-je óta nemcsak kollektív, hanem egyéni alapjogvédelem is létezik, melynek eszköze az ún. valódi alkotmányjogi panasz.⁷⁹

A befogadási szisztéma első két évének tapasztalata alapján megállapítható, hogy alacsony volt az alkotmányjogi panaszok érdemi elbírálása, és azon belül is még alacsonyabb volt a „sikerességi” arány. Érdekességként említhető meg, hogy 2012-2013-ban összesen 540 (2012-ben 199, 2013-ban 341) olyan eljárás fejeződött be, mely az Abtv. 27.§-a szerinti, bírói döntéssel szembeni alkotmányjogi panasz alapján indult. Ebből azonban 144 (86, ill. 58) már a főtítkári előkészítő eljárás során véget ért, 108 (41, ill. 67) pedig egyesbírói végzéssel zárult le. Ezek olyan ügyek, melyek alkalmatlanok lettek volna az elbírálásra, azaz fogyatékoságban szenvedtek, így az előadó bíróra való kiszignálása és testületi elbírálása felesleges lett volna.⁸⁰

⁷⁴ Sönke E. SCHULZ; Lorenz von Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften; in: Lösungsskizze der Verfassungsbeschwerde 4.

⁷⁵ ARATÓ i.m. 502-516.

⁷⁶ Az alkotmányjogi panasz kézikönyve Budapest, HVG – ORAC, 2015. 59.

⁷⁷ lásd részletesebben 2011. évi CLI. törvény (továbbiakban: „Abtv.”)

⁷⁸ TÓTH J. Zoltán: Az Alkotmánybíróság alkotmányvédelmi szerepének változása 2012 után. Glossa Iuridica IV. évfolyam, 3-4. szám, Budapest, KRE-ÁJK. 2018. 13.

⁷⁹ NASZLADI Kinga: Az alkotmányjogi panasz kivételes esete. Jogtudományi Közlöny. 2012. 11. sz. 470-477

⁸⁰ TÓTH J. Zoltán: A „valódi” alkotmányjogi panasz használatba vétele: az Abtv. 27.§-a szerinti panasz első két éve az Alkotmánybíróság gyakorlatában. Jogtudományi Közlöny, 2014/5. szám, 237.

Az alkotmányjogi panaszok érvényesülésével kapcsolatban egy kicsit hosszabb távot tekintve a 2012 és 2015 közötti szakasz bemutatásra kerül. Ezen időszak alatt 3999 befejezett panaszeljárás közül 2101 volt a normakontrollal egybekötött [az Abtv. 26.§ (1) vagy (2) bekezdése szerinti alkotmányjogi panaszügy, ami az összes eljárás 55,4%-át jelentette, ebből az Abtv. 26.§ (1) bekezdése szerinti „régí” típusú panasz 658 (17,3%), az Abtv. 26. § (2) bekezdés szerinti „közvetlen” panasz pedig 1443 (38%) volt. Az Abtv. 27.§.a szerinti valódi alkotmányjogi panaszok alapján befejezett eljárások száma 1298 volt, ami az összes elbírált ügy 34,2%-át tette ki. Ami ezen ügyek befejezésének módját illeti: a 658 „régí” típusú panaszeljárás közül 29 ért véget határozattal, amelyek közül mindössze 3 volt az indítványnak helyt adó határozat; az 1443 „közvetlen” panaszból 91 határozat született, amelyek közül kettő volt sikeres; végül az 1298 „valódi” panasz alapján született döntésből 53 volt határozat, és ezek közül 27 nyilvánította alaptörvény-ellenessé és semmisített meg a támadott bírói döntést. Mindösszesen a 3399 panaszeljárásban 172 határozat született, és ezek közül is csak 32 adott helyt az indítványnak, vagyis a panaszok sikerességi aránya kevesebb, mint 1% (egészen pontosan 0,94%).⁸¹

Tovább haladva az időben, és még nagyobb távot elemezve, górcső alá kerül a 2012 és 2017 közötti időszak az alkotmányjogi panaszok érvényesülésével kapcsolatban. Ezen időszak között a testület 6458 döntést hozott (92,0%). A 6548 befejezett panaszeljárás közül 3856 volt normakontrollal egybekötött alkotmányjogi panasz-ügy, ebből régi típusú panasz 658 (14,7%), közvetlen panasz pedig 2908 (45,0%) volt. A valódi alkotmányjogi panasz alapján befejezett eljárások száma 2602 volt, ami az összes elbírált panaszügy 40,3%-át tette ki. Ami a panaszügyek befejezési módját illeti, mindösszesen a 6458 panaszeljárásban 285 határozat született (ez 4,4%-os érdemi elbírált arányt jelent), és ezek közül is csak 72 adott helyt az indítványnak, vagyis a panaszok sikerességi aránya alig 1%. A valódi panaszügyekben a 2602 ügyben született 51 megsemmisítés is csak 1,96%-os „sikerességi” arányt jelent, ami azonban még így is majdnem a négyszerese a normakontrollal panaszeljárások 0,54-os sikerességi arányának.⁸²

VII.3. A közigazgatási és munkaügyi bírósági döntéseket megsemmisítő alkotmányjogi panaszok

A német hatások, különösen az osztrák hatások a közigazgatási és munkaügyi bírósági döntéseket megsemmisítő magyar alkotmányjogi panaszok tekintetében is megmutatkoznak.

Ausztriában az alkotmánybíróság szerepét az alkotmány nem nevesíti, a legjellemzőbb alkotmánybírósági hatáskör közigazgatási hatósági és bírósági döntésekkel szembeni panasz elbírálása. Absztrakt normakontrollt tartományi törvényekkel szemben a szövetségi kormány vagy a tartományi gyűlés képviselőinek harmada, szövetségi törvények esetében bármelyik tartományi kormány, a Nemzeti Tanács (szövetségi alsóház) képviselőinek egyharmada és a Szövetségi Tanács (szövetségi felsőház) tagjainak egyharmada kezdeményezheti. Magánszemélyek csak egyedi ügyekkel összefüggésben kezdeményezhetnek normakontrollt, ha ügyükben alkotmányellenes törvényt alkalmaztak. Alkotmányjogi panaszt vagy alkotmányban rögzített jog sérelmére, vagy arra lehet alapozni, hogy bármely más jog alkotmányellenes törvény alkalmazása folytán sérült. Ilyen esetekben az alkotmánybíróság a közigazgatási bíróság döntését megsemmisíti.⁸³

⁸¹ TÓTH J. Zoltán: Változások a magyar alapjogi bíraskodásban: Normatív és jogszociológiai elemzés. Jogelméleti szemle, 2016/1. szám, 136-137.

⁸² TÓTH J. Zoltán: Az Alkotmánybíróság alkotmányvédelmi szerepének változása 2012 után. Glossa Iuridica IV. évfolyam, 3-4. szám, Budapest, KRE-ÁJK. 2018. 14-15.

⁸³ Csink Lóránt – Fröhlich Johanna: Mire lehet alkotmányjogi panaszt alapítani? MTA Law Papers 2017/25.

Az osztrák rendszerben található Beschwerde intézménye bizonyos hasonlóságokat mutat a magyar alkotmányjogi panasz intézményével, hiszen jogerős közigazgatási határozatokkal szemben meghatározott határidőn belül az alapul fekvő határozat miatt jogsérelmet szenvedett fél terjesztheti elő. A Beschwerde a jogorvoslati lehetőségek kimerítése után, a jogerős határozat kézhezvételét követő 6 héten belül terjeszthető elő, nincs halasztó hatálya, de a VfGH – ha ez nem sért közérdeket, és a határozat végrehajtása a panaszosnak aránytalan sérelmet okozna – külön kérelemre a sérelmezett határozat végrehajtását felfüggesztheti.⁸⁴ Fontos megemlíteni, hogy az osztrák Beschwerde hatásköre szűkebb, mert csak a jogerős közigazgatási határozatokra és a menekültügyi bíróságok jogerős döntéseire terjed ki a tárgyi hatálya, míg a magyar Alkotmánybíróság az alkotmányjogi panasz körében a bíróságok jogerős határozatainak alapjogi felülvizsgálatára is kiterjedő hatáskörrel rendelkezik.⁸⁵

Megállapítható, hogy az Alkotmánybíróság, ha nem is fokozott mértékben, de közigazgatási ügyekben is él a „valódi” alkotmányjogi panaszindítványok érdemi elbírásának lehetőségével, és megsemmisíti azon közigazgatási és munkaügyi bírósági döntéseket, amelyek valamely anyagi vagy (nagyobb részben) eljárási alapjogba ütköznek.⁸⁶

Ugyan a sikerességi arány a közigazgatási ügyekben sem éppen a legkedvezőbb, de elmondható, hogy az Alkotmánybíróság egyre bátrabban nyúl a megsemmisítés eszközéhez – azaz ha e tendencia folytatódik, a következő években a panaszindítványok magasabb sikerességi arányával számolhatunk a közigazgatási és munkaügyi bírósági határozatok és végzések ellen benyújtott panaszok elbírálása során.

Az Alkotmánybíróság 2012-ben, 2013-ban és 2014-ben még egyetlen közigazgatási és munkaügyi bírósági döntést sem semmisített meg; 2015-ben már hetet, 2016-ban kettőt, 2017-ben pedig ötöt. A számadatok alapján látható hogy az Alkotmánybíróság a közigazgatási ügyszakos bírósági döntések alkotmányossági felülvizsgálata során is – 2015-től „hozzászokott” a megváltozott hatásköri szabályokhoz (valamint kialakította és megszilárdította befogadási és döntési gyakorlatát).

A közigazgatási és munkaügyi bírósági döntések tekintetében 2012. január 1. és 2018. május 12. között összesen 14 olyan alkotmánybírósági határozat született, melyek közigazgatási és munkaügyi bírósági határozatot (9 esetben ítélet, 5 esetben végzést) semmisítettek meg.⁸⁷

A 14 ilyen Abh. közül összesen 9 határozat alapult azon, hogy a közigazgatási és munkaügyi bíróság valamely eljárási alapjog sérelmével hozta meg döntését: összesen négyszer hivatkozott az Alkotmánybíróság a jogorvoslatihoz való jogra [Alaptörvény XXVIII. cikk (7) bekezdés], szintén négyszer a tisztességes hatósági eljáráshoz való jogra [Alaptörvény XXIV. cikk (1) bekezdés], háromszor pedig a tisztességes bírósági eljáráshoz való jogra [Alaptörvény XXVIII. cikk (1) bekezdés].⁸⁸

⁸⁴ SÜLYÖK Tamás: Az osztrák Verfassungsgerichtshof és a magyar Alkotmánybíróság utólagos normakontrollt érintő hatáskörei. In: *Alkotmánybírósági Szemle, 2011/1. szám*

⁸⁵ SÜLYÖK Tamás i. m.: Az osztrák Verfassungsgerichtshof és a magyar Alkotmánybíróság utólagos normakontrollt érintő hatáskörei. In: *Alkotmánybírósági Szemle, 2011/1. szám*

⁸⁶ TÓTH J. Zoltán: A közigazgatási bíráskodás Magyarországon: a közigazgatási és munkaügyi bíráskodás döntéseivel szembeni alkotmányjogi panaszok tapasztalatai. In: *Jogelméleti szemle 2018/3. szám.* http://jesz.ajk.elte.hu/2018_3.pdf [letöltve: 2020.01.13]

⁸⁷ A 14 Abh.ból három [3353/2017. (XII. 22.) AB határozat, 30/2015. (X. 15.) AB határozat, 14/2016. (VII. 18.) AB határozat] volt olyan, amely az alapul fekvő hatósági döntés(ek)e)t is alaptörvény-ellenesnek nyilvánította, és megsemmisítette, és egy olyan [3353/2017. (XII. 22.) AB határozat], amely a közigazgatási és munkaügyi bírósági határozatot felülvizsgáló, azt hatályában fenntartó kúriai ítéletet is megsemmisítette.

⁸⁸ A 9-nél nagyobb szám úgy jött ki, hogy két olyan ügy volt, amelyben az Alkotmánybíróság a megsemmisítés alapjaként nemcsak egy, hanem két alapjog sérelmét is megállapította: így a 19/2015 (VI. 15.) AB határozatban mind a tisztességes hatósági, mind a tisztességes bírósági eljáráshoz való jog sérült, míg a 3124/2015. (VII. 9.) AB határozat megsemmisítő rendelkezése egyszerre alapult a tisztességes bírósági eljáráshoz való jog és a

Egyértelműen megállapítható, hogy az Alkotmánybíróság alapvetően eljárási alapjogok sérelme miatt semmisít meg közigazgatási és munkaügyi bírósági döntéseket, illetve megfordítva: az eljárási alapjogok sérelmét elsősorban közigazgatási ügyekben állapítja meg.

VIII. A spanyol alapjogvédelem főbb jellemzői

A második generációs alkotmánybíróságok közül Spanyolországgal érdemes kezdeni az elemzést. A spanyol alkotmánybíróság 1978-ban jött létre, amelynek működési alapját az Alkotmánybíróságról szóló 1979/2. számú határozat képezi. A spanyol alkotmánybíróság hatásköre viszonylag széles, az egész ország területére kiterjed, valamint az államhatáron túli spanyol területekre is.⁸⁹ A spanyol alkotmánybíróság jogosult kivizsgálni a törvények és törvényerejű normatív rendelkezések alkotmányellenessége tárgyában benyújtott alkotmányjogi panaszokat. E szervnek további hatáskörei vannak, amelyek a következőkben foglalhatók össze. Hatáskörébe a következők tartoznak:

1. törvényi rangú jogi norma alkotmányellenességének a deklarációja, amelyet a joggyakorlat értelmezett, annak ellenére, hogy az azt alapul vevő ítélet vagy ítéletek nem vesztik érvényességüket;⁹⁰
2. törvények és rendeletek alkotmányos felülvizsgálatának végrehajtása,
3. azon jogviták feloldása, amely maga az állam és az önkormányzati közösségek között keletkezik,
4. az állam alkotmányos testületei között keletkező vitáknak a rendezése,
5. vizsgálja, hogy egy spanyol jogszabály megfelel-e valamely nemzetközi szerződés rendelkezéseinek⁹¹;
6. a spanyol Alkotmánybíróság a „via de hecho”, vagyis a mulasztás megállapítása keretében hivatalból, vagy bármely szerv indítványára azt állapíthatja meg, hogy az a szerv, amelynek feladata a jogszabályalkotás, nem tett eleget feladatának (elmulasztotta, vagyis nem alkotta meg a szükséges jogszabályt) és ezzel alkotmányellenességet idézett elő, a mulasztást elkövető szervet – határidő kitűzésével – felhívhatja feladatának teljesítésére.⁹²

VIII.1 A spanyol alkotmánybíróság szervezeti felépítése

A spanyol alkotmánybíróság szervezeti felépítése tekintetében a következőket érdemes kiemelni. Személyi állománya tizenkét - a király által választott – tagból áll. A tizenkét tagból négy tagot a kongresszus (parlament) jelöl ki 3/5-ös többségi szavazattal, további négyet a Szenátus jelöl ki, a fennmaradó 4 tagot pedig a spanyol kormány és az igazságügyi tanács

jogorvoslathoz való jog sérelmén. (Ehhez képest tehát összesen három olyan Abh. volt, amely kizárólag a tisztességes hatósági eljáráshoz való jog, egy olyan, amely pusztán a tisztességes bírósági eljáráshoz való jog, és további három olyan, amely egyedül a jogorvoslathoz való jog sérelmén alapult)

⁸⁹ M. Lutfi Chakim: A comparative perspective on constitutional complaint: discussing models, procedures, and decisions. https://pdfs.semanticscholar.org/e622/a60e69a2a569398d70f279123c4f6b8eec2c.pdf?_ga=2.19026813.0.818623648.1583487497-1340151125.1583487497 [letöltve: 2020.02.14]

⁹⁰ CSERVÁK Csaba: Alkotmánybíráskodás a Pireneusokon túl https://epa.oszk.hu/03500/03515/00003/pdf/EPA03515_kre-dit_2019_01_10.pdf [letöltve: 2020.02.14]

⁹¹ M. Lutfi CHAKIM: A comparative perspective on constitutional complaint: discussing models, procedures, and decisions. https://pdfs.semanticscholar.org/e622/a60e69a2a569398d70f279123c4f6b8eec2c.pdf?_ga=2.19026813.0.818623648.1583487497-1340151125.1583487497 [letöltve: 2020.02.15]

⁹² The Act of Constitutional Court of Spain, Art. 41 (2)

(General Council of the Judicial Power) jelöli ki.⁹³

A jelölések, választások menete több csatornán keresztül valósul meg és realizálódik. Nem csupán egyetlen szerv/személy hat közre a jelölések/választások folyamatában, hanem több szerv/személy együttes közreműködése legitimálja az Alkotmánybíróság tagjainak státuszát, pozícióját. Álláspontom szerint az előbb lefektetett gondolatmenetnek az Alkotmánybíróság hatalmi ágakban elfoglalt szerepe tekintetében van jelentősége. A hatalmi ágak elválasztásában elfoglalt pozíció kérdéskörénél nem is az intézmény helyét kell kiindulópontnak tekinteni, hanem a funkcióit kell megvizsgálni. Spanyolország is a kontinentális jogrendszer tagja.

A kontinentális modell sajátossága az, hogy az Alkotmánybíróság a rendes bíróságoktól szervezetileg független, különálló szerv, azonban – ahogyan azt már egy korábbi tanulmányomban részletesen elemeztem⁹⁴ – az Alkotmánybíróság elhelyezkedését többféle relációban vizsgálhatjuk. A spanyol Alkotmánybíróság dogmatikai elhelyezkedésénél is konstatalhatók a következő tételmondatok. Többféle reláció létezik, ugyanis a következtetések bizonyos relációkban igazolhatók.

A spanyol Alkotmánybíróság is széles hatáskörökkel rendelkezik. Spanyolországban is ismert a valódi alkotmányjogi panasz intézménye. Itt is elmondható, hogy a spanyol Alkotmánybíróság hatóköre kibővült a jogalkalmazás körére is. A spanyol szabályozás lehetőséget nyújt arra, hogy az egyének a bírósági döntések ellen alkotmányjogi panaszt nyújtsanak be az alkotmányban meghatározott egyes jogaik és szabadságaik védelme érdekében.⁹⁵

Amit még fontosnak tartok megemlíteni, azaz, hogy a spanyol jogvédelmi rendszer erősségét és produktivitását erőteljesen növeli és fokozza az országos szintű ombudsmani funkciójú intézmény, a „nép védője”. A jelölések folyamata a következőképpen zajlik. A tisztségviselőt a parlament mindkét kamarájának tagjaiból álló jelölőbizottság javaslatára a 3/5-ös többséggel választják, öt esztendő időtartamra. Az ombudsman két helyettes javasolhatja munkája támogatására. A két helyettes megválasztásához szintén mindkét kamara jóváhagyása szükséges.⁹⁶ Kiemelendő, hogy különleges mentelmi joggal rendelkezik a tisztség betöltője. Ez azt jelenti, hogy a munkájával összefüggő tetteiért nem, egyéb cselekményeiért pedig csupán tettenérés esetén vonható felelősségre. Az eljárásának indítása vonatkozásában a következőket fontos megemlíteni. Az ombudsman hivatalból vagy állampolgári kezdeményezésre indítja meg az eljárást. Klasszikusan a közigazgatás ellenőrzése tartozik hatáskörébe; igazgatási tevékenysége vonatkozásában még az igazságszolgáltatás is.⁹⁷

A spanyol Alkotmánybíróság erős jogkörökkel rendelkezik. A hatalmi ágak szinte egész rendszerét kontrolálni tudja. A hatalmi ágak elválasztásában elfoglalt pozíció kérdéskörénél nem is az intézmény helyét kell kiindulópontnak tekinteni, hanem a funkcióit kell megvizsgálni. Funkciói, ahogy általában az életviszonyok, változtak az elmúlt években. A spanyol AB kapcsán a következő tételmondatok fektethetők le: az AB-t például kifejezetten a törvényhozáshoz köti a normakontroll, ahol a jogszabályok alkotmányosságát vizsgálja felül. Ebben az esetben ugyanis az AB negatívan kapcsolódik be a jogalkotási folyamatokba. Kioperálja a jogrendszerből azokat a jogszabályokat, amelyek alaptörvény-ellenesek. Ebben a

⁹³ The Spanish Constitution, Art. 159(3).

⁹⁴ OUK Varinic: Az Alkotmánybíróság dogmatikai elhelyezkedésének dilemmái a hatalmi ágak rendszerében. Negatív bírói hatalom az Alkotmánybíróság? In: Acta Iuvenum Carolensia IX. Károli Gáspár Református Egyetem Állam-és Jogtudományi Kar kiadványa. Budapest, 2017. 105-128.

⁹⁵ Spanyol alkotmány 161. cikk. (1) bekezdés

⁹⁶ CSERVÁK:i.m. https://epa.oszk.hu/03500/03515/00003/pdf/EPA03515_kre-dit_2019_01_10.pdf [letöltve: 2020.02.19]

⁹⁷ CSERVÁK:i.m. https://epa.oszk.hu/03500/03515/00003/pdf/EPA03515_kre-dit_2019_01_10.pdf [letöltve: 2020.02.19]

relációban negatív törvényhozó. A spanyol Alkotmánybíróság egy olyan szerv, amely nemcsak a jogszabályok alkotmányosságát tudja megvizsgálni, hanem a bírói döntéseket is, viszont ebben a relációban pedig negatív jogalkalmazó. Álláspontom szerint a spanyol AB negatív bírói hatalom – negatív törvényhozása mellett.

VIII.2. Az amparo jogintézménye

Ahogy azt a fejezetcím is reprezentálja, ebben a fejezetben a spanyol alapjogvédelem eszköze, az amparo jogintézménye kerül górcső alá.

A spanyol Alkotmánybíróság egyik fő hatalmi körébe tartozik a spanyol alkotmányjogi panasz, az úgynevezett „recurso de amparo”, amely alapvető legitimitását közvetlenül az Alkotmányból nyeri. Ennek az eszköznek az elsődleges célja, hogy az alkotmányból származó alapvető jogokat és szabadságokat garantálja.⁹⁸

A spanyol Alkotmány 53. cikk (2) bekezdése kimondja, hogy (bármely állampolgár) meghatározott jogok és szabadságok megsértésével kapcsolatos rendkívüli panaszt (amparót) törvényben előírt esetekben és formákban előterjeszhet.⁹⁹ Az amparót a spanyol Alkotmány 14-30. valamint az 53. cikkében elismert szabadságjogok és alapvető jogok védelmére lehet alapítani. A spanyol alkotmányjogi panasz körébe kizárólag csak a klasszikus alapjogok és alapszabadságok tartoznak. Az alkotmányjogi panasz nem áll nyitva a polgári jogok, valamint a gazdasági és szociális jogok sérelme esetén, mivel azok orvoslása a rendes bíróságok hatáskörébe tartozik. Konstatálható az a tény, hogy a spanyol jogvédelmi rendszer sokkal zártabb, mint a magyar rendszer. Spanyolországban kizárólag az Alkotmány 14., 15-30., valamint az 53. cikkében elismert alkotmányos jogokra lehet hivatkozni a panaszindítványban.¹⁰⁰

A spanyol Alkotmány jellegzetessége alapvetően abban mutatkozik meg, hogy az Alkotmánybíróság absztrakt módon a jogszabályok alkotmányosságát kizárólag néhány közjogi tisztségviselő indítványa alapján vizsgálja, ugyanakkor – ahogy azt már korábban is kifejtettem – a szabályozás lehetőséget nyújt arra, hogy az egyén maga is előterjeszthesse alkotmányjogi panaszt.¹⁰¹

Jelen kutatásom sarokpontja a spanyol alapjogvédelem elemzése köré összpontosul. Ennek fényében vizsgálódásaim terét az alkotmányjogi panasz részletes elemzése tölti meg tartalommal. Köztudott tény, hogy Spanyolországban is ismert a valódi alkotmányjogi panasz intézménye, de emellett az alkotmányjogi panaszt, mint az alapjogvédelem eszközét, igénybe lehet venni a jogszabályok alkotmányossági ellenőrzésére is (recurso de amparo).

Összegezhető, hogy a spanyol Alkotmánybírósági törvény az amparo három típusát különbözteti meg. Beszélhetünk egyrészt az olyan amparóról, amelynek vizsgálódási köre azon bármely közhatalmi aktusok, amelyek alapvető jogokat sértenek. Emellett ahogy azt már többször is említettem, a spanyol alapjogvédelmi jogrendszerben is ismert a valódi alkotmányjogi panasz, amely azt jelenti, hogy a bírósági határozatok ellen is igénybe vehető ez az eszköz.¹⁰²

Különlegességként említhető meg, hogy a spanyol választási rendszerről szóló törvény az amparo további két típusát is nevesíti:

⁹⁸ M. Lutfi CHAKIM: A comparative perspective on constitutional complaint: discussing models, procedures, and decisions. https://pdfs.semanticscholar.org/e622/a60e69a2a569398d70f279123c4f6b8eec2c.pdf?_ga=2.190268130.818623648.1583487497-1340151125.1583487497 [letöltve: 2020.02.23]

⁹⁹ Spanyol Alkotmány 53. cikk (2) bekezdés

¹⁰⁰ Nino TSERETELI: Mechanism of Individual Complaints – German, Spanish and Hungarian Constitutional Courts – Comparative Analysis file:///C:/Users/Borany/Downloads/tsereteli_nino.pdf [letöltve: 2020.02.23]

¹⁰¹ Spanyol alkotmány 161. cikk. (1) bekezdés

¹⁰² The Act of the Constitutional Court of Spain, Art. 42.43.44.

„Moreover, the Organic Law on the Electoral System provides two types of amparo against acts and decisions of the electoral administration, appeal against the agreements of the Electoral Boards on proclamation of candidates and candidates, and appeal against the agreements of the Electoral Boards on proclamation of elected and election and proclamation of Presidents of Local Corporations.”¹⁰³

Mindezek alapján látható, hogy az amparo mint alapjogvédelmi eszköz előterjeszhető a választási adminisztráció aktusai és határozatai ellen is. A *recurso de amparo* kérelmet közvetlenül az Alkotmánybírósághoz kell benyújtani. A spanyol Alkotmány 162. cikkének (1) bekezdés b) pontja kimondja, hogy a kérelmet bármely jogos érdekű társaság vagy testület, bármely személy, ügyészség és az ombudsman terjesztheti elő.¹⁰⁴

Az amparót a közigazgatási aktussal, a bírósági döntéssel vagy mulasztással szemben is igénybe lehet venni, az egyéb jogorvoslati lehetőségek kimerítését követően, az utolsó határozat kézbesítésétől számított 20 napon belül. Érdekességként szeretném megemlíteni, hogy ezzel szemben a német alkotmányjogi panasz előterjesztésére nyitva álló határidő egy hónap; nincs lehetőség a panasz előterjesztésére nyitva álló határidő bíróság általi meghosszabbítására. Azonban, ha a panaszos a határidőt rajta kívül álló ok miatt nem tudja tartani, az akadály megszűnésétől számított 2 héten belül igazolási kérelem egyidejű benyújtása mellett lehetőség nyílik a panasz benyújtására. Az eljáráshoz nem kötelező jogi képviselőt igénybe venni.¹⁰⁵

Spanyolországban az amparót rendkívüli jogorvoslati lehetőségként lehet igénybe venni. A kérelmezőnek bizonyítania kell, hogy kimerítette a számára nyitva álló összes jogorvoslati lehetőséget.¹⁰⁶ Ez azt jelenti, hogy a Spanyol Alkotmánybíróság - a magyar logikát is lekövetve - nem tartja vizsgálatra alkalmasnak azt az indítványt, amely pusztán 1) a felhasznált bizonyítási eszközök kiválasztását; 2) a tényállás bíróság általi megállapítását; 3) a bizonyítékok további értékelését, továbbá 4) az alkalmazandó jogszabályok kiválasztását tartja sérelmesnek.¹⁰⁷

Ebből adódón megállapítható az a következtetés, hogy a Spanyol alkotmánybíróság hatáskörébe nem tartozik a bírói döntés irányának, a bizonyítékok bírói mérlegelésének, valamint a bírósági eljárás teljes egészének ismételt felülbíralata. A spanyol Alkotmánybíróságnak kizárólag az alkotmányossági szempontú felülvizsgálatra van jogköre. E funkciót vizsgálva itt is megállapítható, hogy az Alkotmánybíróság nem rendes bírósági tevékenységet lát el, de mindenképpen befolyásolja a bírói hatalmi ágat, hiszen azokat a jogerős bírói döntéseket, amelyek alkotmányellenesek, hatályon kívül helyezi; nem tartozik tevékenysége köre szerint a bírói hatalomhoz, maximum csak annak korlátozójaként.¹⁰⁸

Fontos foglalkozni azzal a témakörrel is, hogy az indítványozási jogosultság körébe pontosan kik is tartoznak. Tág körrel beszélhetünk az indítványozási jogosultság tekintetében. Ebből adódóan természetes személyek mellett a jogi személyek és az alapvető jogokkal rendelkező politikai pártok is beletartoznak. A spanyol Alkotmánybírósági törvény 46 cikke

¹⁰³ M. Lutfi CHAKIM: A comparative perspective on constitutional complaint: discussing models, procedures, and decisions. https://pdfs.semanticscholar.org/e622/a60e69a2a569398d70f279123c4f6b8eec2c.pdf?_ga=2.190268130.818623648.1583487497-1340151125.1583487497 [letöltve: 2020.03.08]

¹⁰⁴ Spanyol Alkotmány 162. cikk (1) bekezdés b) pont

¹⁰⁵ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht 93. §

¹⁰⁶ M. Lutfi CHAKIM: A comparative perspective on constitutional complaint: discussing models, procedures, and decisions. https://pdfs.semanticscholar.org/e622/a60e69a2a569398d70f279123c4f6b8eec2c.pdf?_ga=2.190268130.818623648.1583487497-1340151125.1583487497 [letöltve: 2020.03.08]

¹⁰⁷ TÓTH J. Zoltán: A „valódi” alkotmányjogi panasz használatba vétele: az Abtv 27. §-a szerinti panasz első két éve az Alkotmánybíróság gyakorlatában. *Jogtudományi Közlöny*, 2014/5. szám

¹⁰⁸ OUK Varinic: Az Alkotmánybíróság dogmatikai elhelyezkedésének dilemmái a hatalmi ágak rendszerében. Negatív bírói hatalom az Alkotmánybíróság? In: *Acta Iuvenum Carolensia IX. Károli Gáspár Református Egyetem Állam-és Jogtudományi Kar kiadványa*. Budapest, 2017. 105-128.

kimondja, hogy amparót a parlamenti határozat ellen a közvetlenül érintett természetes személy, az ombudsman és az ügyészség terjeszthet elő. Míg a közigazgatási határozatok/aktusok, valamint a bírósági határozatok ellen az adott bírósági eljárásban részt vevő felek, az ombudsman és az ügyészség indítványozhat.¹⁰⁹

Amit még érdemes kiemelni az amparo vonatkozásában az az, hogy maga az alkotmányjogi panaszokkal kapcsolatos eljárás – a német jogrendhez hasonlóan – szubszidiárius jellegű. Ez azt jelenti, hogy az alapjogok rendesbíróság által történő megsértésére elsődlegesen a bíróságok előtt kell hivatkozni, és csak akkor lehet alkotmányjogi panasszal élni, ha a rendesbíróságok előtt az alapjogi védelem meghiúsul. A szubszidiaritás nemcsak a spanyol amparóra jellemző, hanem a német jogot is ez jellemzi. Tehát Németországban a bíróságok hatáskörébe tartozó tevékenységet az Alkotmánybíróság nem látja el.¹¹⁰ A szubszidiaritás ugyan elsősorban azt jelenti, hogy a rendelkezésre álló jogorvoslatokat ki kell meríteni, de hiba lenne ezt erre az egyetlen mozzanatra szűkíteni, ahogy ezt a német gyakorlat is kiválóan szemlélteti. A német modellt követve az alkotmányjogi panasz szubszidiaritásának szerepe ugyanis abban áll, hogy biztosítja az igazságszolgáltatás szerveinek a lehetőséget, hogy az alapjogsérelemet maguk orvosolják, és ezzel betölthessék az elsődleges jogvédelmi feladatukat, és az észlelt alapjogsérelem esetén hatékony jogorvoslatot biztosítsanak. Annak érdekében, hogy az alkotmányjogi panasz illetően értett másodlagossága biztosítható legyen, az alkotmányjogi panasz későbbi panaszosát általában szélesebb kötelezettségek terhelik, mintsem pusztán a jogorvoslatok formai kimerítése.¹¹¹ A német jogi fejlődés megmutatkozik a spanyol befogadási szisztémában is. Az amparok befogadási aránya a német rendszeréhez – és kissé a hazaihoz is – hasonló. Kevés panaszt fogad be a testület, azonban a formailag befogadott indítványokat érdemben ritkán utasítják el.¹¹²

A döntések tartalmukat tekintve két csoportra oszthatók. Az alkotmányjogi panasz tárgyában hozott határozat vagy elfogadhatja, vagy elutasíthatja a kért amparót. A spanyol Alkotmánybírósági törvény 53. cikke szerint a tanács vagy adott esetben a szekció az ügy érdemi megvizsgálása alapján az alábbi határozatok egyikét hozhatja meg: a) *otorgamiento de amparo*, vagyis oltalom nyújtása; és b) *denegación de amparo*, vagyis a védelem megtagadása.¹¹³

A döntést véglegesnek kell tekinteni. Mindenre nézve kötelező, erga omnes hatállyal bír. Amennyiben az Alkotmánybírósági döntésében oltalmat biztosít, a döntésnek tartalmaznia kell: a) a bírósági határozat, aktus vagy megkérdőjelezett határozat érvénytelenségének megállapítását; b) a megsértett jogok vagy szabadságok nyilvános észlelését; és c) az amparót előterjesztő jogainak vagy szabadságának sértetlenségét garantáló intézkedések körét.

IX. Összefoglalás

Az alkotmányjogi panasz egyike azon jogi mechanizmusoknak, amelynek célja a polgárok alapvető jogainak biztosítása. A tanulmányom bevezető részében különböző

¹⁰⁹ M. Lutfi CHAKIM: A comparative perspective on constitutional complaint: discussing models, procedures, and decisions. https://pdfs.semanticscholar.org/e622/a60e69a2a569398d70f279123c4f6b8eec2c.pdf?_ga=2.190268130.818623648.1583487497-1340151125.1583487497 [letöltve: 2020.03.14]

¹¹⁰ CSEHI Zoltán: *Kérdések és felvetések a német típusú alkotmányjogi panasz magyarországi bevezetése kapcsán. Alkotmánybírósági Szemle 2011. 1. sz. 105.*

¹¹¹ VINCZE Attila – HERBERT KÜPPER: Összefoglaló és tanulságok. In: *Alkotmányjogi panasz – a hatáskörrel kapcsolatos kérdések tanulmánykötet.* Budapest, 2019. 84-85.

¹¹² TÓTH J. Zoltán: Változások a magyar alapjogi bíráskodásban: Normatív és jogszociológiai elemzés, *Jogelméleti szemle*, 2016/1. szám, 137

¹¹³ The Act of the Constitutional Court of Spain, Art. 53.

hipotéziseket állítottam fel, amelynek keretében kerestem az összefüggéseket az általam választott országok alapjogvédelme között. A kiválasztott országok Németország és Spanyolország voltak, de szó esett az osztrák rendszerről is. Ahogy azt a tanulmány bevezető részében is kifejtettem, azért választottam ezeknek az országoknak az elemzését, mert egyrészt közel fekszenek Magyarországhoz, így célszerűnek ítélt megvizsgálni a környező államok alkotmányossági sajátosságait, másrészt rengeteg tanulmány, elemzés igazolja azt a tényt, hogy az előbb említett országok jogfejlődése között rengeteg hasonlóság található. Kutatásom sarkpontját az alkotmányjogi panasz elemzése képezte. Sok ország alkotmánybírósága számos modellben alkalmazza ezt a védelmi eszközt.

A tanulmány első felében a német és a magyar alkotmányjogi panaszt vettem górcső alá, amelyek elemzésének keretében arra a következtetésre jutottam, hogy mindkét ország szabályozási környezete hasonló dogmatikával rendelkezik. E tanulmányban rávilágítást mutattam arra, hogy a magyar alkotmánybírósági gyakorlat szigorú szűrőt alakított ki az alkotmányjogi panaszok számára, ugyanis hazánkban nagyon alacsony az alkotmányjogi panaszok érdemi elbírálása, és azon belül még alacsonyabb a „sikerességi” arány.

A tanulmányomban szó esett arról, hogy a német befogadási gyakorlat az elbotlási elvet alkalmazza, amely azt jelentéstartalmat hordozza magában, hogy a hangsúly főleg azon legyen, hogy a német Alkotmánybíróság ne váljon működésképtelenné. A német Bundesverfassungsgericht 2005-2009 közötti öt év statisztikai adatai alapján megállapítható, hogy a magyar alkotmányjogi gyakorlat a német modell teljes leképeződése. Ezen időszak között a 4920,5980,6175,6090. illetve 6051 (bármilyen típusú) elbírált panaszindítványból az Alkotmánybíróság 4667-et, 5731-et, 5885-öt, 5737-et, illetve 5783-at eleve nem fogadott be. Ez azt jelenti, hogy a 2005-2009 között befejezett 29221 panaszindítvány 95,1%-át, pontosan 27803-at nem fogadott be a testület.

A számadatok alapján jól látható, hogy mindkét (a magyar és a német) befogadási gyakorlat szinte ugyanazon a logikán alapszik, ennél fogva álláspontom szerint határozottan kijelenthető, hogy Magyarország is az elbotlási elvet követi, ugyanis a magyar Alkotmánybírósághoz beérkezett panaszoknak – hasonlóan a német modellhez – nagyon szigorú szűrőn kell átesniük. A magyar gyakorlatban 2017 óta változás történt. A régi tendencia az volt, hogy az Alkotmánybíróság minden visszautasítási okot megvizsgált. Ez azonban megváltozott. Most már nem szükséges minden visszautasítási okot górcső alá venni, ha az Alkotmánybíróság úgy látja, hogy az alkotmányjogi panasz eleve nem befogadható. A hazai és német jogrend összehasonlítását követően kitértem az osztrák modellre is, amelynek keretében azt a konzekvenciát vontam le, hogy az Alkotmánybíróság a közigazgatási bíróságok döntéseiben is él valódi alkotmányjogi panasszal, azonban a sikerességi arány itt sem a legkedvezőbb.

A tanulmány utolsó részében a spanyol alapjogvédelem főbb attribútumait vettem górcső alá. A spanyol alkotmányjogi panasz vizsgálata során arra a következtetésre jutottam, hogy Spanyolország is – hasonlóan a német modellhez - a szubszidiaritás elvét követi. Kifejezetten széles hatáskörű alkotmánybíróság és hatékony ombudsman is tevékenykedik egyetemen. A német jogi fejlődés hagyományosan példaként szolgált a spanyol jog előtt is. A spanyol kodifikátorok előszeretettel vették át a német jogtudósok által kidolgozott, és alkalmazott elméleti konstrukciókat, alapvető elveket és értéktartalmakat, továbbá szabályozási struktúrákat. Az előbb ismertetett tényező motivált engem arra, hogy betekintsek az ibériai félsziget alapjogvédelmi rendszerébe, amely során megerősítést nyert azon hipotézis, miszerint a magyar, német és a spanyol jog sok közös jellemvonással rendelkezik. Mindhárom ország a centralizált alkotmánybíráskodás körébe tartozik. Emellett kiemelendő, hogy mind a magyar, mind a német és mind spanyol jogban ismert a valódi alkotmányjogi panasz, amely tekintetében elmondható, hogy mindhárom ország alkotmánybíróságának hatásköre széles spektrumokkal bír, és mindhárom ország hatóköre a jogalkotás ellenőrzése

mellett kiterjed a jogalkalmazás körére. A valódi alkotmányjogi panasz az összes alkotmánybíróság számára megnyitott egy addig ismeretlen területet; egy új teret a kreativitásra.

Jurisztokrácia és alkotmányi joglépcső²

Mennyiben tekinthető az alkotmánybíráskodásnak a világ egyre nagyobb részén való elterjedése a jogalkotási szféra felett egy újabb jogépcső kiemelkedésének, vagy ezzel szemben ez csak az egyes országok belső politikai erőviszonyainak illetve külső nagyhatalmi nyomásainak rövidtávú következményei, melyek e kiváltó okok elmúltával előreláthatóan ennek lehanyaglásához vezetnek majd? Mint a korábbi fejezetekben erre már utaltam, megítélésem szerint csak akkor lehet ennek kialakulását egy újabb evolúciós lépcsőnek tekinteni a jog fejlődésében – és így ennek tartósságát feltételezni –, ha az alkotmánybíráskodás működésével kimutathatók olyan új funkcionális adalékok a jog többi intézményeinek hatásai mellett, melyek a társadalmak egész normatív szerkezetét illetően egy vagy több tartós gondot megoldanak a jog szempontjából. Vagy legalábbis harmonikusabbá teszik a jog ebbe beilleszkedését úgy, hogy egyben a társadalmak egésze felől igényelt jogfunkciót is el tudja látni. Ez tehát egy evolucionárius funkcionalista kiindulópont, ahogy megítélésem szerint a társadalmak egészének változásaiban is ezzel lehet megérteni a mindenkori stabilizálódások valószínűségeit. A következőkben ezt az áfagó tézist az egyes országok alkotmánybíráskodásának empirikus áttekintésével igyekszem körbejárni, és kiemelni azokat az általánosítható mozzanatokat, melyek együtteséből már általánosabb következtetések vonhatók le.

A politikai eljogiasítása (judicialization of politics) az utóbbi évtizedekben az egész világon terjed, mind a demokráciákban mind az autoritárius, pluralizmust visszafojtó politikai rendszerekben. Ennek a demokráciákat illető speciális okát láttuk *Ran Hirsch* elemzésében - a hosszú ideig domináló kormánypárt a tartósnak tűnő lehanyaglása előtt átadja a főhatalmat a legfőbb bírói testületnek, amennyiben ott az ő politikai értékei dominálnak -, és a *Tamir Moustafa - Tom Ginsburg* szerzőpáros az autoritárius rendszerekben is talált erre magyarázatot. Ez utóbbi szerint a gazdasági modernizációra koncentráló diktatórikus vezető csoport, noha a pluralizmus politikai rendszerét nem tűri el, de a külföldi tőkebehozatal és befektetők bizalmáért kénytelen elviselni a többé-kevésbé független bíróságok stabilizálódását és működését. Ebből következően egy idő után a önálló korporációvá váló bírói kar ellenállóképessége az egyközpontú politiai hatalommal szemben mint kvázi ellenzék kezd funkcionálni, és ha demokrácia nem is tud kialakulni, de a autoritárius politikai hatalommal szemben mint “ellenzéki” jurisztokrácia kezd működni.³ Hirsch demokráciával szembeni jurisztokrácia modelje mellett így létezik a z autokráciával szembeni jurisztokrácia modellje is, de az utóbbit kiemelő Chien-Chin Lin elemzésében említi még a jogvédő mozgalmak általi alulról történő jurisztokrácia-kialakulást is, “others are due to bottom-up grassroots forces, such as legal mobilization and cause lawyering” (Lin 2017:169) Ám Közép-Kelet-Európában élve a grassroot-jelleget korrigálni kell, mert itt az elmúlt évtizedekben néhány globális működésű amerikai alapítvány, de különösen a Soros-Alapítvány révén a létrejövő

¹ DSc, egyetemi tanár, ELTE ÁJK; alkotmánybíró.

² A tanulmány a Kairosz Kiadónál „Kettős állam és jogduplázódás” címmel megjelenő kötetem összegző fejezete

³ Chien-Chin Lin így foglalja össze ezt a koncepciót: „In summary, at the risk of oversimplification, this model suggests that economic prosperity is predicated on, and therefore simultaneously contributes to, judicial independence, because the latter is required to convince foreign investors and boost investment. The model explains why judicial expansion sometimes takes place on authoritarian regimes seeking to improve their economies, and capable judiciary can stimulate foreign investments by securing investors.” (Chien-Chin Lin: *Autocracy, Democracy, and Juristocracy: The Wax and Wane of Judicial Power in the Four Asian Tigers*. Georgetown Journal of International Law. (Vol. 48.) 2017: 1065-1066. p.)

demokrácia mellett az általuk szervezett globális NGO-hálózatok jogvédő álarcban működő hatalmi centrumok jurisztokrácia támogatását megismerhettük.⁴ Így ez nem egyszerűen alulról szerveződő “jó ügy jogászata” (*cause lawyering*), hanem a politikai versengés demokrácián és pártpluralizmuson kívüli módjának kiépítése. Ebben az esetben működik a demokrácia eszköztárára is, de az egyik politikai elit ezen túl még a jogvédő NGO-k kiépítésével és a bírói karba beépülésével, illetve a jogászság egy részének mozgalmi jogászharccossá nevelésével alakít ki egy második politika meghatározási alrendszert. Ez a helyzet egy sor közép-kelet-európai politikai rendszerben a '90-es évektől kezdve, jórészt a Soros-féle Open Society NGO-hálózatainak sokéves kiépítése révén, és így ezt nem lehet alulról építkező jurisztokrácia-kialakulásnak tekinteni.⁵

Nézzünk szét a világ néhány alkotmánybíróságának, vagy ez a funkció is ellátó legfőbb bírói fórum a házatáján, hogy miként jött a kiemelkedő státusa létre, és tényleges működését tekintve milyen funkciókat lehet kiemelni esetükben. Érdekes külön szemügyre venni a kelet-ázsiai országokban létrejött alkotmánybíráskodást, majd ezután a latin-amerikai országokban működőket. A fejezet végén összegzem az eddigi elemzéseket, hogy a következő, záró fejezetben már csak a hazai alkotmánybíráskodás strukturális gondjaival és reformlehetőségeivel foglalkozhassak.

I. Kelet-ázsiai alkotmánybíráskodás

Itt szemügyre kell venni az indiai alkotmánybíráskodást, mely a gyarmati időkből örökölt angol-amerikai common law jogrendszert továbbvive nem külön választott alkotmánybíráskodást valósított meg, hanem a legfelsőbb bíróság játszotta ezt a szerepet. Ezután a külön alkotmánybíráskodást létrehozó taiwani, dél-koreai, thaiföldi és indonéziai alkotmánybíráskodást vizsgáljuk meg.

I.1. Az indiai alkotmánybíráskodás

A világban elterjedő alkotmánybíráskodásnak az egyes országokban voltak közös okai is, és egyik ilyen volt az 1940-es évek végétől az USA általi hathatós terjesztés az általa megszállt országokban szem előtt tartott hatások elérése miatt, de később már általános jelleggel ösztökélése is. Ehhez jött és ezzel együtt hatott az utánzás tendencia egy sor plurális demokrácia felé eltolódott, korábbi diktatúra esetében is, így Spanyolországban és Portugáliában a '70-es évek végén, vagy a latin-amerikai országokban a '80-as évek folyamán és a felbomlott szovjet birodalom szorításából kiszabadult közép-kelet-európai országokban a '90-es évek során. De nem nélkülözötte ezt a külső mintakövetést/nagyhatalmi ösztökélést a kelet-ázsiai alkotmánybíráskodások létrehozása sem Thaiföldön, Dél-Koreában és Indonéziában. Ezekhez képest az Indiában megvalósított alkotmánybíráskodás bár a mintakövetést illetően egyértelműen az USA szövetségi Legfelsőbb Bíróság aktivista példája nyomán bontakozott ki főként a '80-as évek elejétől kezdve, de itt nem a külső ösztökélés hozta ezt létre, mint inkább a belső jogrendszerbeli és társadalmi-politikai feszültségekre reagálások következményei.

⁴ Lásd erre a strasbourgi egyetem kutatóinak tanulmányát az ottani emberjogi bíróság perlésének mozgatójára is szervezett, amerikai globális alapítványok által létrehozott kelet-európai NGO-hálózatokról, Cliquetier, Gaëtan/Brice Champetier (2016): *The Economic, Judicial and Political Influence Exerted by Private Foundations on Cases Taken by NGOs to the European Court of Human Rights: Inking of a New Cold War?* *European Journal* (Vol. 22) 016 No. 1. 92-126. p.

⁵ Lásd ennek összefoglaló elemzésére Pokol Béla: *A jurisztokratikus állam*. Dialóg Campus Kiadó. Budapest, 2017.

Ennek megértéséhez tudni kell, hogy az 1800-as években a brit gyarmati időkben az angol-amerikai jogban mind otthon a briteknél, mind az USA-ban az 1800-as évek végéig megkísérelt, de sikertelen kodifikációs törekvések a common law kialakult tartalmának a kódexek papírára vetésére Indiában nem állt le. Itt a brit gyarmati jogászok 1860-1910 között a magánjog teljes common law anyagát 15 törvényben összefoglalták, kivéve a kártérítési (tort) jogot, melyét még ezután még tovább szabdalva speciális kártérítési törvényenként alkották meg (pl. vasuti kártérítési törvény, gépkocsik okozta kártérítési törvény stb.) a gyarmati idők végéig. E közben az akkori idők szellemének megfelelően a bírói mérlegelést a legkisebb körre visszaszorítva fogalmazták meg a common law-ban már kialakult tiszta értelmű szabályokat. Ezt az elrendezést nem érintette India függetlenné válása sem, és ez alapjaiban máig fennmaradt, ám az indiai alkotmány által adott nagyon széles felsőbbbírói és különösen legfelsőbb bírói felhatalmazások lehetőséget nyújtottak arra, hogy amit a szabályok által megkötött magánjogi bíróságok nem tudtak megtenni Indiában, azt kerülő úton az USA '60-as évektől beindult aktivista alkotmánybíráskodásából megtanult minták alapján a legfőbb bírák maguk kezdték el itt megvalósítani. Erre nyújtott lehetőséget különösen a indiai alkotmány 32. cikke, mely nem egyszerűen a mai alkotmányokban szokásos bírósághoz fordulás jogát adta meg, hanem kifejezetten az legfőbb bírakat kiemelve az alkotmányos joghoz jutás jogát.⁶ Ezt kiegészíti a 142. cikk is, mely e jogaik alátámasztására a közvetlen intézkedések meghozatalának széles körét teszi a legfőbb bírák számára lehetővé,⁷ és ezáltal nem szorulnak rá a döntéseik alsóbb bíróságok általi kikényszerítésére a hatóságok felé, hanem önmaguk tudják ezt végrehajtani. Miután a Legfelsőbb Bíróság ezt a jogkörét kezdte egyre szélesebben felhasználni, az alatta levő felsőbbbírói bíróságok is követték az új döntési stílust, és az alkotmány 226. cikkében számukra némileg szűkebben biztosított hasonló hatáskört alkalmazva ők is elkezdték a hagyományosan magánjogi tárgyakat jelentő területeken az alkotmányjogiasított bíráskodást.⁸ Így a precíz szabályokhoz kötött magánjogi common law bíráskodás mellett ugyanazokra a tárgykörökre fokozatosan létrejött egy lazább eljárási és bizonyítási rendhez kötött alapjogi bíráskodás.

Az USA-ban élő indiai jogászprofesszor, *Shyamkrishna Balganes* leírásában a kártérítési jog terén különösen az 1980-as évek elejétől kezdte kiterjeszteni a legfőbb bírói testület az alkotmányjogiasítást, és az állammal szembeni magánjogi kártérítéseket egyre inkább bevonta a 32. cikk alatti jogkörébe. Eleinte a rabok börtönszeméllyezettel szembeni sérelmeit vonta ide, és hogy ez szélesebb perlési tömeget eredményezzen lazította a perindítási jogosultságot (*standing*) közvetlenül nem érintett harmadik személyek és szervezetek felé is, sőt később már a saját maga által hivatalból indítás lehetőségét is kimondta. Végül aztán már nemcsak a tevőlegesen okozott kár miatt, hanem a mulasztással okozott alapjogsértést is elismerve a legmagasabb fokra emelte itt az alkotmányjogiasítás fokát.⁹ Ahol állami szereplő bármely tág közvetettséggel érintett lehetett, ott a legfőbb bírák

⁶ Német nyelvű alkotmánygyűjteményből elérve az indiai alkotmány 32. cikke így szól: „Das Oberste Gericht ist befugt, Direktiven oder Weisungen oder Verfügungen, einschließlich Verfügungen in der Art von habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto und certiorari je nach ihrer Eignung zur Durchsetzung der in diesem Teil gewährten Rechte zu erlassen.” (Art. 32. (2).)

⁷ „Bei der Ausübung seiner Gerichtsbarkeit kann das Oberste Gericht Beschlüsse fassen oder Verfügungen erlassen, soweit sie notwendig sind, um in einem Verfahren volle Gerechtigkeit zu erreichen. Jeder gefaßte Beschluß oder jede erlassene Verfügung ist im gesamten Gebiet Indiens in der Weise vollstreckbar, wie es durch oder auf Grund eines Gesetz des Parlaments vorgeschrieben wird. Bis eine Regelung zu diesem Zweck ergeht, kann der Präsident sie durch Verordnung vorgeschrieben.” (Art. 142 (1))

⁸ „Unbeachtet der Bestimmungen in Artikel 32 ist jedes Obergericht befugt, auf allem Gebieten, in denen es die Gerichtsbarkeit ausübt, gegen jede Person oder jede Behörde, in geeigneten Fällen auch jede Regierung, Direktiven, Weisungen oder Verfügungen, einschließlich Verfügungen in der Art von habeas corpus, mandamus, prohibition quo warranto und certiorari zur Durchsetzung der im Teil III gewährten Rechte und für jeden anderen Zwecke zu erlassen.” (Art. 226 (1))

⁹ „In exercising its plenary jurisdiction under Article 32 to protect and enforce the constitution’s fundamental

már elismerték az alapjogi perlés párhuzanos lehetőségét a magánjogi perlés mellett, és mivel ez a perlés sokkal kisebb bizonyítási teher mellett is pernyertességet biztosított, kezdtek e területen a hagyományos magánjogi perindítások megszűnni. Az alapjogi perléshez ugyanis elég volt egy közjegyző előtt tett nyilatkozat a kár megtörténtéről az ezt elszenvedett részéről, és nem kellett a magánjogi kártérítési perlésnél szokásos óriási bizonyítási terhet magára vennie. Például a '80-as években az állami finanszírozású kórházak esetében a betegek esetleges műhibapereit már nem csak a kórház és az érintett orvosok ellen lehetett indítani a hagyományos magánjogi úton, hanem az alapjogi perlésben az indiai államot perelve nagyobb esély volt a nagy kártérítési összeg megítélésére, megemelve részben a büntető kártérítés (*punitive damages*) összegével.¹⁰

Ezek a fejlemények megduplázták a magánjogi perlés rendszerét, és sok szempontból kiüresítették az eredeti magánjogi elrendezést az alapjogi perlés javára, de néhány esetben úgy tűnik, hogy ezzel csak az Indiába lemerevítetten átplántált common law rendszerét tették rugalmasabbá, amit az európai kontinentális jogban az eredeti magánjogi doktrinák változtatásával is el tudtak érni minden alkotmányjogiasítási kerülőút nélkül is. Így például a *Delhi High Court* 2003-ban egy városi filmszínházban keletkezett tűzben a helyi önkormányzat közvetett érintettsége révén is megengedte, hogy ne a károkozás szigorú bizonyítását megkövetelő magánjogi perlése szerint folyjon le a per, hanem az alapjogi perlés megengedőbb szabályai szerint, és lefektette, hogy ha valaki egy ilyen veszélyes intézményt működtet, akkor ott már neki abszolút felelőssége van bármilyen ott keletkezett károkozásért. Vagyis itt a hiányzó veszélyes üzem által okozott károkért való objektív felelősség került be az indiai kártérítési jogba az alkotmányjogiasítás kerülő útján (Balganesh 2016:9). De tágabb dimenziókban is elemezve az indiai alkotmánybíráskodás kibomlását jónéhány problémás fejleményt is lehet találni itt.

Az indiai legfőbb bírúk kezdetben a szöveghez tapadóan és a parlamenti törvényhozás prioritását tisztelően értelmezték hatáskörüket, de ez néhány év után változni kezdett. A törvények félretolásában segítették őket az 1800-as évek második felében kialakult, gyarmati időkben hozott bírói precedensek is, melyek az akkori angol-India kormányzására kiadott 1861-es *Indian Councils Act* megsértésére hivatkozva érvénytelennek minősítették a *Governor General* (az indiai kormányzó) néhány döntését. Ezt a bírói törvénykontrollt aztán még tovább bővítette az angol parlament 1865-ös *Colonial Laws Validity Act*-ban, kifejezetten felruházva e joggal az indiai főbíróságokat (Pathak 2013:71.) Ilyen előzmények után a kezdeti szerény bírói hozzáállás ellenére már az első indiai miniszterelnök, *Dzsaváharlál Nehru* szükségesnek tartotta levédeni a bírúk alkotmányellenessé minősítésével és megsemmisítésével szemben az 1951-ben elkezdett széleskörű földreformját. Ez a reform a

rights the Supreme Court's first move was to relax the requirement of *locus standi* to allow third parties to petition the Court in any way or form for relief. In later cases the Court interpreted its powers to allow it to consider a matter on its own motion (*suo moto*), effectively eliminating both the standing requirement and the need for an actual case or controversy to arise as preconditions for the exercise of its jurisdiction. (...) Whereas the early cases had involved deliberate or intentional governmental action (e. g. unlawful detention, torture of prisoners, etc.) in later cases the Court became for more willing to extend liability to situations where the state actor had omitted to take any action. In so collapsing the act/omission distinction, public interest litigation thus came to be extended to situations where governmental inaction had been a factor in harm suffered by a victim." (Balganesh 2016:6-7).

¹⁰ „A government hospital's failure to provide treatment or in negligently providing treatment could now be the subject of a writ petition against the government, rather than the subject of a simple negligence action against the doctors or hospital staff, and a court award the petitioner compensation under either approach. The petitioner had „rights” against both sets of parties: a fundamental right against the government, and a private law right against the private party. From a petitioner's (i.e. victim's) perspective, bringing the action as a writ petition however held innumerable advantages. Most important among these were the expeditious nature of the process, and the reality that a court's decision in its writ jurisdiction did not require an elaborate factual record but could instead be disposed off on an affidavit evidence without further testimony.” (Balganesh 2016:7).

nagybirtokosok tulajdonjogát nyilvánvalóan sértette, lévén, hogy ennek folyamán többek között a tőlük elvett földeket akarták kiosztani a tömegeknek, és ezért az alkotmánybíróági törvénykontrollt tartalmazó 13. cikk után egy új cikket illesztett Nehru parlamenti kormánytöbbsége az alkotmányba, mely kifejezetten kivette az ezt célzó törvényeket az alapjogi megsemmisítés lehetősége alól. Eleinte nem léptek ezzel szemben az indiai legfőbb bírúk, de 1964-ben egy döntésükben kimondták, hogy az alkotmányos alapjogokat a parlament semmilyen jogkörében nem korlátozhatja. Ezekben az években már Nehru lánya, *Indira Gandhi* volt a miniszterelnök váltakozó parlamenti többséggel kormányozva, és e bírói döntés után várható volt, hogy a legfőbb bírúk az alkotmányellenesség kimondását az alkotmánymódosításokra is kiterjesztik. Ezt megelőzendő 1971-ben az új választásokon ismét megerősödött parlamenti többséghez jutó Indira Gandhi kilenc új bírót választatott be a Legfelsőbb Bíróságra, és az így kibővített bírúk döntöttek e kérdésről. Ekkor a legfőbb bírói fórum egy 13 fős tanácsa 7:6-os arányban végül úgy döntött, hogy csak úgy módosíthatja a parlament az alkotmányt, hogy az alapstruktúráját (*basic structure*) ezek a módosítások nem érinthetik. Hogy mi tartozik az alapstruktúrába, azt a későbbi bírói döntések váltakozó terjedelemben pontosították, de ezzel a legfőbb bírúk elvi jelleggel kimondták ellenőrzési jogukat az alkotmánymódosítások felett is. A kormánytöbbség ezt hadüzenetnek értelmezte, és Indira Gandhi és a legfőbb bírói fórum *chief justice* (elnöki) posztjára az addigi helyett új főbíró nevezett ki, és három bírót helyettesítés elrendelésével eltávolított a testületből. Ám a megmaradt bírói többség is a kormány ellen volt, és revansként befogadták érdemi döntésre azt az ellenzéki indítványt, mely megtámadta Indira Gandhi kormányfő képviselővé választását törvénysértés címén. Gandhi erre 1975 júniusában élt az alkotmány által a szükségállapothoz csak lazán körbe írt kötelező előfeltételek révén adódó lehetőséggel, és kihirdette a szükségállapotot, korlátozva rögtön a főbírák hatáskörét. A küzdelem azonban nem állt le, Indira Gandhi 1977-ben megbukott, és az újra megerősödött főbírák a döntések sokaságával vettek revansot az addigi politikai kurzus visszametszése terén.

A legfőbb hatalom felé vezető úton a következő lépésük a hatalommegosztásnak egy olyan kiterjesztő értelmezése volt, melynek révén az addig a parlamenti többséghez tartozó bírói kinevezési jogot elvették e többségtől, és a bírúk önmaguk általi bírói kinevezési rendszert valósították meg. Noha a hatalmi ágak megosztását az indiai alkotmány nem tartalmazza - szemben a mintaadónak tekintett amerikaival -, de a bírúk azzal tették túl ezen magukat, hogy ennek ellenére az egyes állami funkciókat külön szabályozza az alkotmány, és ebből le lehet vonni azt a következtetést, hogy tulajdonképpen a hatalmi ágak szét vannak választva.¹¹ Végül sok küzdelem után 1993-ban valósították meg a bírói kinevezések parlamenttől elvételét és saját hatalmi körükbe vonását azzal, hogy a Legfelsőbb Bíróság mellett működő ügyvédi kamara ügyvédeknek egyesülete egy pert indított az indiai állam ellen a legfőbb bírúk előtt, hogy a hatalmi ágak megosztásának fényében alkotmányosértő a másik hatalmi ág általi bírói kinevezés és előmenetelük meghatározása. A legfőbb bírúk igazat adtak nekik döntésükben, és ettől kezdve a Legfelsőbb Bíróság öt rangidős bírója az LB elnökével az élen maga dönt a megüresedések esetén, mely 65 éves kort elérő bírúk kiesésével jön létre e testületben. Ennek megváltoztatására és a bírói kooptáció megszüntetésére 2003-ban az akkori kormánytöbbség egy Országos Bírói Tanács létrehozására terjesztett be egy alkotmánymódosítási javaslatot, de megfelelő többség híján ez elbukott, majd 2014-ben a már nagyobb többséggel rendelkező Modri-kormány ismét betervezte, és elfogadtatta ezt, ám 2015-ben a Legfelsőbb Bíróság alkotmány-ellenesség címén megsemmisítette. Erre válaszként az LB elnökét, *Dipak Misra*-t 71 képviselő indítványára vád alá helyezési eljárás

¹¹ Egy 1975-ös döntésük erről így szól: „It is true that no express mention is made in our Constitution of vesting in the judiciary the judicial power as is to be found in American Constitution. But a division of the three main functions of Government is recognized in our Constitution. Judicial power in the sense of judicial power of the State is vested in the Judiciary. (See, *Indira Gandhi v. Raj Narain*, 1975 Supp SCC 1. (idézi Pathak 2013: 79).

alá vonták, de ennek elfogadásához a két ház többségi szavazata kell, melyen minimálisan az összes képviselő 2/3-ának részt kell venni, és ennek elérése nem valószínű. A legfőbb bírák helyzetét rontja legújabbán, hogy a nyilvánosság számára is ismertén két (liberális versus konzervatív) táborra bomló legfőbb bírói testület 25 tagjából a rangidősség szerinti négy senior bíró nyílt sajtótájékoztatón kelt ki 2018 januárjában az elnök ügyelosztási gyakorlata ellen, mely révén az összes fontos ügy a saját táborának jut, és egy sor, testületen belüli további visszaélést panaszoltak fel.

Az indiai legfőbb bírók szuperaktivista alkotmányértelmezésének jellemzésére sok döntést lehetne felhozni, de álljon itt ezek közül az egyik legutóbbi, melyben kimondták, hogy India összes mozijában a filmek vetítése előtt kötelesek lejátszani a nemzeti himnusz, amit a nézőközönségnek állva kell végighallgatni. De nem kevésbé volt 'bátor' az a döntésük is, melyben az élethez való jogból levezették, hogy tulajdonképpen az embereket a megélhetéshez való jog is megilleti alkotmányos jogként.¹² Ezt egy későbbi döntésükben pontosították is olyképpen, hogy az méltósághoz szükséges alapvető életfeltételek biztosítását jelenti ez az alkotmányos jog.¹³ Mindezek a döntések arra vezették az indiai főbírákat a '80-as években, hogy egy-egy ilyen döntésük meghozatala kapcsán széleskörű kutatásokra adjanak megbízást társadalmi-jogi bizottságok felállításával. Ezzel így fokozatosan a "socio-legal commission"-ok egész rendszere jött létre, melyek aztán arra is megbízást kapnak sokszor, hogy a főbírák által meghozott döntések végrehajtását is ellenőrizzék. Ezen az úton aztán egy kvázi párhuzamos igazgatási rendszer építettek ki fokozatosan az indiai legfőbb bírák, és az ellenőrző ügynökségeknek is nevezett bírói segédzervek aztán javaslatokat adnak a közigazgatási szerveknek, hogy miként is kell végrehajtani a bírói döntésekből eredő feladataikat. (Fomad 2011:1075).

Ez a teljes mértékű szuperjurisztokrácia csak ott marad el a mintaadó amerikai aktivista alkotmánybíráskodás erejétől, hogy itt a legfőbb bírák a 65 éves kötelező nyugdíjba vonulásuk miatt csak nagyon rövid ideig vannak pozícióba, és ez sokszor a négy évet sem éri el. Ám ez másrészt magával hozza, hogy sűrűn változik a testület többségének döntési iránya. Így ennek példája, hogy míg 2013-ban nem minősítették alkotmány-ellenesnek egy erre vonatkozó döntésükben a már 150 éves, gyarmati időkből itt maradt indiai Btk. 377. cikkét az azonos neműek közötti szexuális érintkezést börtönbüntetéssel fenyegető rendelkezése miatt,¹⁴ addig 2017-ben pedig kiolvasztották az élethez és a szabadsághoz való jogból a magánélet sérthetlenségéhez való jogot, majd a többség további eltolódásával 2018-ban kimondták az említett 377. cikk alkotmány-ellenességét is.

Érdekes választ ad az indiai alkotmánybíráskodás arra a kérdésre, hogy milyen funkciót tud betölteni ez az intézmény a milliók választásán nyugvó parlamenti demokrácia mellett. Robert Bork elemzései azt a sejtést támasztották alá, hogy ez a mindenkori néptöbbség feletti elitek ezzel szembenálló értékhangsúlyai szerinti jogkorrekciót jelenti, még ha ezeket az értékhangsúlyokat követve a narratíva állandóan úgy szól, hogy az alsóbb néptömegek érdekeiben történik mindez, melyeket azok nem tudnak átlátni. *Anuj Bhuwania* viszonylag új tanulmányában ezt a kérdést járja körbe bemutatva, hogy az 1950-es évektől kb. 1975-ig a parlamenti kormányzás néptömegeket segítő intézkedéseivel szemben a legfőbb indiai bírák alapvetően liberális felsőrétegeket segítő nézeteket képviselve opponálták az indiai földosztást és más tömegeket segítő intézkedéseket. Ám az Indira Gandhi

¹² „The speep of the right to life conferred in article 21 of the Constitution is wide and far reaching and includes the right to a livelihood. *Tellis v. Bombay Municipal.*” (idézi Fomad 2011:1072).

¹³ „In *Mullin v. Union Territory of Delhi*, the court stated, that „the right to life includes the right to live with human dignity and all that goes along with it... must in any view of the matter include the righ to the basic necessity of life.” (Fomad 2011:1073).

¹⁴ Döntésükben kimondták, hogy e régi előírás megváltoztatása a parlamenti törvényhozás feladata, és ők nem kívánnak e téren lépni. A következő évben egy egyéni képviselői indítvány megkísérelte a törvényhozásban ezt, de nem kapta meg a támogatást.

miniszterelnök által bevezetett rendkívüli állapot és ezalatti megtörésük után az újonnan kinevezett bírói többség követte az alsóbb néptömegek segítségének programját, és egy ezt segítő aktivizmusba kezdett. Ennek menetében az 1980-as évek elejétől tudatosan lazítva az alkotmánybíráskodás perlési lehetőségeit kinyitották ezt a közérdekű perlés jogvédői számára, sőt ezeket maguk szervezve és az egyes ügyekben velük összefogva kezdték eszközként használni ezeket arra, hogy a saját maguk által kimondani akart döntéseket meghozzák.¹⁵ Ez az eltolódás lassanként végül elment addig, hogy a megindított perlésekbe *amicus curiae* beavatkozóként a *számukra baráti* beavatkozókkal kezdték el felváltani a perek kezdeményezőit, és a megindított alkotmánybírói eljárást a baráti *amicus curiae* beavatkozók asszisztálása mellett már csak maguk irányították. Ezzel a változással aztán a korábbi szűkebb egyedi ügyek eldöntése helyett az átfogóbb politikai változtatások elrendelésévé kezdett változni az indiai alkotmánybíráskodás, és ebben az egyes ügyekhez tapadó indítványozók csak zavarták a bírakat.¹⁶ Így az eredetileg alsóbb néptömeget segítőnek szánt aktivizmus ismét az elitek értékhangsúlyai szerinti alkotmánybíráskodássá alakult Indiában.¹⁷

1.2. A tajvani alkotmánybíráskodás

Tajvan esetében a diktatúráról demokráciára átmenet közben indult el az alkotmánybíráskodás felhasználása, és itt annyiban más volt ennek szerepe, hogy ezt nem egyszerűen a megbuktatott diktatúra után hozták létre - a demokráciát korlátozandó, mederben tartandó -, hanem az addig az alkotmánybíráskodással is megbízott, ám szinte tetszhalott állapotban vegetáló Főbírói Tanács (*Council of the Grand Justices of the Judicial Yuan*) kezdett el működni a politikai környezet változása eredményeképpen. Itt ugyanis az 1947-es tajvani alkotmány a bírói hatalom külön tanácsaként egy 17 fős testületet hozott létre az alkotmány értelmezésére a peres felek vagy a kormányzati szervek indítványozásához kötve. A főhatalmú államelnök által kinevezett Grand Justice-ok meg is kísérelték ennek ellátását '50-es évek elején - korlátozva a kormányzati szervek hatalmát -, de olyan retorziókat kaptak, hogy ezután lényegében csak formálisan vegetáltak, és hatásköreiket nem gyakorolták. Ahogy azonban a '40-es évek második felében Kínából kiszorított, tajvani államalapító Koumintang vezetők Csang Kaj-sek elnökkel az élen fokozatosan kiiregedtek, és a '80-as évek elejétől átadták a hatalmat, az új vezetők lehetővé tették az ellenzéki pártok megjelenését. Ekkor a *Grand Justice*-ok testülete fokozatosan aktívvá vált, és a hozzá felterjesztett indítványok nyomán bátrabban kezdett élni az addig is meglévő hatáskörével. Végül aztán ez tette lehetővé a teljes szakítást a diktatúra megmaradt támaszaival, és egy

¹⁵ Ennek leírására a szerző bemutatja, hogy a legfőbb bírák sokszor maguk szervezik meg az általuk elindítani kívánt eljárást, hogy a végén kimondhassák az eleve eltervezett döntést: „*Aron Shourie, then editor of the Indian Express, gave an interview in 1983 where he observed: „A judge of the Supreme Court asked a lawyer to ask me to ask the reporter to go to these areas, get affidavits from some of the victims who are still alive and some of them who were dead, from their families. The affidavits were got (sic) compiled, sent and he entertained a writ. Eight month later someone came to me saying that same judge had sent hi(...). to ask me to ask the respondent to file such and such information in a letter through so and so (...). A third time a civil rights activist asked that the same thing be done. He said the judge had ask him(...). The point that the opponents of the case were making was that the litigants were choosing a judge. As it turns out, some judges were choosing their litigants.” (Bhuwania. 2014:327)*

¹⁶ „However, in more recent years Indian public interest litigation has come to include cases involving matters of general public policy in which the petitioner stands for the entire citizenry of India rather than individual victims of injustice.. (...) She could be superfluous once her minimal role was performed (Bhuwania 2014:330)

¹⁷ „The petitioners are then entirely at the mercy of the *amicus curiae* who as the delegatee of the court's screening power can decide who can and cannot petition the court and what can and cannot be said by them.” (Bhuwania 2014 331)

1990-es döntésével alkotmányellenessé minősítette azt az anakronizmust, hogy az 1948-ben a szárazföldi Kínát a tajvani parlamentben megjelenítő képviselők azóta is megszakítás nélkül a parlament tagjai lehetnek évtizedekig, lévén, hogy ott azóta sem lehetett helyettük új képviselőket választani.¹⁸

Az egész tajvani politikai rendszer számára az alkotmánybíráknak ez a döntése tette lehetővé, hogy nyíltan szakítsanak a Koumintang öreg vezetőinek rendszerével, mert az 1987-es elnökválasztáson hatalomba került Lee Teng-hu elnök még a megegyezéssel átmenetbe tartva magát csak óvatosan igyekezett szakítani az egypártrendszerű múlttal. Ezután aztán az új erőcsoportok által támogatott alkotmánybírák skrupulusok nélkül kezdték el használni a hatásköreiket, és egymás után semmisítették meg, és gyomlálták ki Csang Kaj-sek rendszerének maradványait az állami és a jogi rendszerből. A korlátozás nélküli plurális demokrácia ezzel létrejött, de a tajvani alkotmánybírák a központi hatalom szerkezetében azóta is jelentős szerepet játszanak, és a demokrácián alapuló politikai rendszert nem csekély jurisztokratikus mozzanattal telítik.

Az alkotmánybíráskodás tehát Tajvanon éppúgy, mint az Európán kívüli világ legtöbb ilyen intézményénél eleinte elsősorban a politikai rendszer korrekcióját célozta, ám a pluralista politikai mechanizmusok stabilizálódása után a jogrendszeren belüli hatásai is erőteljesebben megjelentek. Tajvanon ez azért is fokozott volt, mert a '87-es újjáéledés után elsősorban a német alkotmánybíráskodás vált mintaadójává, és egy leírás szerint az alkotmánybírói kinevezéshez itt szinte kötelezővé vált neves külföldi jogi karon doktori disszertáció szerzésben a német egyetemeken az élen járni.¹⁹ Hogy aztán ez mennyire ment el a hagyományos jogágaknak a németeknél ismert megduplázódásához, azt adatok híján nem lehet pontosan megítélni, de az ebbe az irányba mutató alapjogbővítésekre és az ezek kitért "védelmi területtel együtt szemlélésére" találhatunk megállapításokat.²⁰

1.3. A dél-koreai alkotmánybíráskodás

Itt nem volt olyan hosszú előélete az alkotmánybíráskodásnak, mint Tajvanon láttuk, de a hosszú évtizedekig létező katonai diktatúrák kimúlásakor itt is évre szinte ugyanakkor, 1987-ben indult meg ennek működése. Itt a félig elnyomva már régebben is létező ellenzéki pártok lázadásai mellett állandóan új és új katonai puccsok jelentették a hatalomváltásokat, és az utolsó, 1979-es puccs elleni, különösen erős tiltakozásokat a legvéresebb módon verték le, mely után már nem tudott stabilizálódni a regnáló katonai tábornoki vezetés. A lemondásra kényszerült államelnök utóda, Roh Tae-woo tábornok megígérte az ellenzéknek, hogy velük együtt új alkotmányt készítenek, és közvetlen elnökválasztás dönt ezután az állam vezetéséről. Az 1987-es alkotmány aztán német mintára erős alkotmánybíráskodást hozott létre, és az új alkotmánybírák követve a mintaadó németeket új és új alkotmányos alapjogokat és

¹⁸ Elvileg ugyanis Tajvan alkotmányát úgy alkották meg a szigetre menekült Csang Kai-sek és vezérkara, hogy az az egész Kína alkotmánya volt, és 1948-ban még szimbolikusan az ottani részek számára is választottak képviselőket a tajvani parlamentbe, akik aztán a kínai újrávalásztás lehetetlensége miatt évtizedekig képviselők maradtak. Lásd Tom Ginsburg: *Constitutional Courts in East Asia: Understanding Variation*. *Journal of Comparative Law* (Vol 80.) 2008 No. 1. 80-99. p.

¹⁹ „In der 7. Amtsperiode der Hohen Richter (2003-) hatten 6 in Deutschland, 1 in Österreich und 2 in den USA promoviert. Daraus lässt sich ein deutlicher Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft ableiten. (Yun-Ju Wang 2008:123). A Tajvanon az utóbbi években hosszabb tanulmányutakat eltöltő Szabó Máté kollégám információi szintén megerősítették, hogy a német alkotmánybíráskodásnak ott a lehető legmagasabb a presztízse.

²⁰ „Als Beispiel gilt der Hohe Richter Gen Wu in der 5. und 6. Amtsperiode, der z. B. die deutsche Grundrechtsbegriffe des Schutzbereichs des Grundrechts und die institutionelle Garantie im Sondervotum der Auslegung Nr. 368 eingeführt und angewendet hat.” (Yun-Ju Wang 2008:125).

alapelveket kiolvasztva sűrűn éltek az alkotmányellenesség címén való törvényt megsemmisítésekkel. Még a legélesebb hatalmi küzdelmekben is központi szerepet játszottak e tevékenységükön túl, mert 2003-ban az addigi hatalmi csoportokkal szembenálló társadalmi rétegek által támogatott Roh Moo-hyun elnök parlamenttel szembeni viaskodásában – 2/3-os többséggel vád alá helyezte a parlament - az elnök mellett álltak ki az alkotmánybírák, és nem mondták ki a hatalomtól való megfosztását.²¹ A koreai alkotmánybírák azóta is központi szerepet játszanak mind a parlamenti törvények ellenőrzésében, mind a hatalmi csoportok közötti közjogi viaskodások eldöntésében.

A kelet-ázsiai alkotmánybíróságok közül a legnagyobb tekintélye a koreanak van mind otthon, mind a világban,²² és a döntési statisztikáját megnézve napjainkig az elé tárt 32 ezer ügyből – évente kb. ezer ügy – mintegy tízezret érdemben bírált el. Ezek nagy része (kb. 26 ezer) alkotmányjogi panasz az alapjogaikban sértett polgároktól és magánszervezetektől érkezett, és ezek így kevésbé a politikai rendszert illető ellenőrzést, mint inkább a jog hagyományos ágai feletti kontrollt jelentenek. Igaz, hogy ezt korlátozza, hogy a rendes bíróságok jogerős döntéseit nem lehet megtámadni Koreában alkotmányjogi panasszal,²³ és e helyett a bírák a per felfüggesztése mellett fordulhatnak ide az alkalmazandó törvényi rendelkezés és más jogi rendelkezések alkotmányellenességét állítva. Ez egyben az alkotmánybírák törvények feletti kontroll lehetőségeit is meghatározza, mert itt nem létezik absztrakt normakontroll – pl. meghatározott számú ellenzéki képviselő javaslatára egy új törvény alkotmányellenességének vizsgálata -, hanem csak konkrét normakontroll létezik.²⁴ Ennek révén csak a rendes bíróságok bírái egy-egy ügy tárgyalása kapcsán ezt felfüggesztve kérhetik az alkalmazott jogi rendelkezés alkotmánybírói kontrollját és megsemmisítését. Ez a konkrét normakontroll következménye, hogy így ha nem is egy-egy jogerős bírói döntés kapcsán merülnek bele az alkotmánybírák a jog meghatározásába, de ez az eljogiasított törvénykontroll fokozza a koreai alkotmánybíráskodás politikától jog felé eltolódását. és ezzel az itt vizsgált szempontból a hagyományos jog alkotmányi joggal történő megduplázódásának lehetőségét.

A döntési struktúráját tekintve sajátosság, hogy a kilenc, viszonylag rövid időre, hat évre választott/kinevezett alkotmánybíró mellett hosszú, akár tíz évet meghaladó időre kinevezett “rapporteur bírák” is vannak itt, akik egy része a rövid időre bekerülő új és új alkotmánybírók mellé kerülnek (feltehetően a “benevelésükre”), de másik részük központosított csoportokban a jog egyes ágait illetően specializálódnak és ők készítik el

²¹ A 2003-ban megválasztott új köztársasági elnök a parlament felének megújítását célzó választás kampányában a pártja sikeréért lépett fel nyilvánosan, amit a törvény tiltott, és ezért mondta ki a részben feloszlás előtt álló parlament 2/3-a a vád alá helyezést és az elnök felfüggesztését. Ám a felfüggesztése alatt lefolyt választáson az elnök pártja fényes győzelmet aratott, és az ő pártja került többségbe az új parlamentben. A koreai alkotmánybírák ebben a helyzetben voltak elnézőek az elnök törvényt sértésével szemben, és mondták ki, hogy a megfosztás aránytalan lenne e kismértékű törvényt sértéshez képest. (Lásd Tom Ginsburg: *Constitutional Courts in East Asia: Understanding Variation*. *Journal of Comparative Law* (Vol 80.) 2008 No. 1. 87. p.) Ténylegesen ennek az ellenkezőjét is éppilyen joggal kimondhatták volna - mint látni fogjuk Thaiföldön épp ezt tették bő tíz év múlva az alkotmánybírák - és ez jól példázza, hogy a demokratikus politikai küzdelmek felett az alkotmánybírák és döntéseik - illetve a mögöttük álló esetleges hatalmi csoportok - önálló hatalmi központként tudják uralni a demokrácia kereteit.

²² „The Constitutional Court of Korea has just celebrated its twentieth anniversary, a significant milestone. Of the akiket az aélbíráo elnk nevez kiThailand and Mongolia) it is arguably the most important and influential, and therefore deserves close scrutiny as a case study in judicialization of consitutional politics in Asia.” (Ginsburg 2009:1).

²³Kivéve, ha egy bírói döntés az alkotmánybírák által már alkotmányellenessé nyilvánított jogszabályra alapította a döntését - mondták ki egy 2018-as döntésükben a koreai alkotmánybírák.(lásd Lee Kyung-min: *Constitutional Court cannot review Supreme Court rulings*. *The Korea Times*, 2018. aug. 25).

²⁴ Lásd a Velencei Bizottság 2011-es elemzését a koreai alkotmánybíráskodásról: *Past and Present of the Korean Constitutional Justice - Independence of the Constitutional Court of Korea*. Velencei Bizottság, 2011, 2 p.

tulajdonképpen az alkotmánybírói döntéseket.²⁵ Ez az alkotmánybírákról részben elcsúszott döntési struktúra eleve fokozza az írott alkotmány helyére lépő „láthatatlan alkotmány”, a korábbi alkotmánybírói döntések döntési alapként működésének létrejöttét, de ezt itt még fokozza, hogy ha egy új testületi többség el akar térni egy régebbi precedenstől, akkor kétharmados többség (kilencből hat) támogató szavazata szükséges ehhez. (Ginsburg 2009:3).²⁶

A dél-koreai alkotmánybíráskodás erős jurisztokráciává átalakulásához hozzájárult az itteni politikai szétagoltság már az 1987-es, katonai diktatúrával szakítás kezdetétől, amikor a katonai elit kiegyezve az új ellenzéki erővel három közel egyenlő nagyságú szavazattömb jött létre az elnökválasztáson, és az átmentet elindító régi katonai vezető némi többséggel vált az új dél-koreai demokrácia első elnökévé. Ebben a helyzetben az összes politikai erő abban volt érdekelt, hogy a bármikor ellenzékbe kerülést szem előtt tartva korlátozza a mindenkori kormányzó politikai erő hatalmát az újonnan felállított alkotmánybírással, melyet szintén úgy hoztak létre, hogy a kilenc tagját eltérő politikai erők juttassák pozícióba,²⁷ és így a testületen belül kompromisszumra késztesék az mindenkori alkotmánybírói többséget. Ebben a politikai szituációban spontán módon megindult a sokszor patthelyzetet okozó politikai vetélkedés mellett az erős hatalommal ellátott alkotmánybíráskodás befolyásolására egy intézményrendszer kiépítése, és mind az ellenzéki pártok felől, mind a pártképvisellett nem rendelkező politikai csoportok részéről közérdekű perlési struktúrán (jogvédők, mozgalmi jogászok stb.) keresztül egy perlési politizálás lépett a pártpolitikai parlamenti aréna mellé. Így a politikai nyilvánosságban a politikusok mellett a jogvédő aktivisták csoportjai is kitermelték az ismert személyiségeket. Roh Moo-hyun, későbbi köztársasági elnök maga is ilyen jogvédő aktivistaként szerzett ismertséget megválasztása előtt, és hatalomba kerülve az állami vezetést elárastotta korábbi mozgalmi jogász társaival, így a jurisztokrácia a bírói szférán túl a végrehajtó hatalom egészét is közvetlenül áthatotta.²⁸ Mindezeke hatására Dél-Korea esetében el lehet mondani, hogy a milliók választásán nyugvó demokrácia intézményrendszer felett a főhatalom ténylegesen az alkotmánybíráskodás bírái és állandó jogszapparátausa illetve a rendes felsőbbbíróságok bírái körül szerveződik.

²⁵ A koreai Abtv. 19-20 cikkei írják elő az előadó bírók (*rapporteur judge*) alkalmazását. akiket az AB elnöke nevez ki, a testület által jóváhagyott személyek listájáról, és felettük az ellenőrzést ő gyakorolja. Ezt a megoldást Európában csak a románok vették át és így ott az alkotmánybírák mellett igazán a pót-alkotmánybírók játszik az igazi főszerepet. Ugyanez Törökországban került még megvalósításra, és ott ezzel az elvileg független alkotmánybírák helyett a tényleges döntés meghatározása az alkotmánybíráskodás elnöke, de még inkább az őt meghatározó államfő kezébe csúszik át.

²⁶ Persze hogy kiemelkedő társadalmi kérdésekben önálló álláspontja is lehet a koreai alkotmánybíráknak a pót-alkotmánybírákat jelentő és az AB-elnökek alávett *rapporteur judge*-ok mellett azt mutatják egy friss döntésük a szigorú abortusztilalmat tartalmazó koreai Btk. releváns szakaszának „feltételes alkotmányellenességét” megállapító vitásai a különvélemények formájában. Míg ugyanezt a törvényi szakaszt 2012-ben még öt négy ellenében alkotmányosnak találták, addig 2019 nyarán az alkotmánybírák időközben végbement cserélődése után már hét kettő ellenében „feltételesen alkotmány-ellenesnek” mondták ki – mely révén csak 2020 végéig kell a törvényhozásnak ezt rendezni -, ám három alkotmánybíró radikálisabb fellépést támogatva különvéleményeikben annak kimondását hiányolták, hogy a terhesség első 14 hetében a nők minden előfeltétel nélkül élhessenek az abortuszhoz való jogukkal, és ezt a releváns törvényhely azonnali megsemmisítésével látták volna megállapíthatónak. (Lásd Jeong –In Yun: Recent Abortion Decision of Korean Constitutional Court. IACL-AIDC BLOG July 31, 2019.)

²⁷ „Of the nine justices on the Constitutional Court, three are nominated by the president, another three by the national assembly, and the last three by the chief justice of the Supreme Court.” (Lin 2017:116)

²⁸ „Former President Roh Moo-hyun himself was an activist lawyer who affiliated with the *Lawyers for Democratic Society* (Minbyun). After his election, he also appointed some Minbyun members to important governmental positions. This stimulated more judicialization of politics because these legally trained politicians had rich experience taking advantage of litigation to pursue their agendas when they were public interest lawyers.” (Lin 2017:117)

I.4. A thaiföldi alkotmánybíráskodás

Itt is állandó katonai puccsok váltogatták a hatalmi vezetést 1932-től kezdve miután az abszolút monarchiát megbuktatták, és itt is az utolsó katonai puccs elleni tömeges felkelés hozta el a többpártrendszerű demokráciával próbálkozás kezdetét a '80-as évek végén. Ezután néhány év alatt elkészítették az új alkotmányt, és 1997-ben ennek elfogadása után egy erős alkotmánybíróság kezdte el a működését. Itt a bírói döntések ellenőrzése kimaradt az alkotmánybírák hatásköréből, és állampolgárok sem fordulhatnak hozzájuk törvénykontrollért, hanem – ahogy Dél-Koreában is - csak a rendes bírák az alkalmazott jogi rendelkezések ellenőrzését kérve tehetik ezt a pereiket felfüggesztve, továbbá az állami szervek vezetői. Ám ezzel szemben a központi hatalmi szervek egymás közötti vitáinak eldöntésében annál nagyobb szerepet kapott a thaiföldi alkotmánybíróság, és ezzel az igazi szerepe a politikai hatalmi küzdelmek közjogi döntőbíróként eldöntése lett, ami Európában csak kivételesen valósul meg, noha formálisan létezik itt is. Ez a kényes szerep nem is engedte, hogy tartósan zavarok nélkül működjön itt az alkotmánybíráskodás, és miután az miniszterelnök illetve a parlamenti ellenzéki erők közötti csatározásban 2001-ben az alkotmánybírák a kormányfő mellé álltak, és még megmentették a hatalomtól megfosztástól, ám a 2006-ban a miniszterelnök pártját ismét többséghez juttató parlamenti választások eredményeit megtámadó szenátusi indítványt követve már alkotmány-ellenesnek minősítették. Az ennek nyomán kirobbanó válságban azonban a katonaság átvette a hatalmat, és felosztatva az alkotmánybíróságot egy új alkotmányt fogadtatott el (Ginsburg 2008:89). Ám 2007-ben ellenkező hatalmi erőviszonyok révén ismét egy új alkotmányt fogadtattak el, és ismét egy új alkotmánybíróságot állítottak fel. Ám ez az alaphelyzetten semmit nem változtatott, mert a szembenálló nagy társadalmi erők harcában ismét a 2006-ban menesztett kormányfő, *Thaksin Shinawatra* pártja győzött, és most a nővére lett az miniszterelnök, illetve ő küzdött a szenátusban domináns erőkkel. Az alkotmánybírák aztán a miniszterelnök-asszony hatalomtól megfosztására irányuló újabb szenátusi indítványozás után ismét ennek a politikai küzdelemnek a döntőbíráivá váltak, de tanulva abból, hogy a katonai főtisztikar nem a Shinawatra-párt oldalán áll, az kormányfő ellen döntöttek 2014-ben, és megfosztották a megbízatásától.²⁹ A thaiföldi helyzet tehát a demokrácia, a bármikor fellobbanó katonai diktatúra és a jurisztokrácia egy sajátos elegyét jelenti, de az alkotmánybírák helyzetük minden ingatagsága ellenére a középponti szerepet játsszák ebben.

Ezt a törékeny kettősséget - demokrácia és egyben a domináns elite támazskodó alkotmánybíróság jurisztokratikus hatalma - Eugéne Mérieau egy új tanulmányában, mint a thaiföldi "mélyállam" demokráciával együttélését mutatja be (Mérieau 2016).³⁰ Érdemes ezt közelebbről is szemügyre venni, mert ez a belső hatalmi konstellációban működő ázsiai jurisztokrácia mintapéldájának is felfogható. Ez a jurisztokrácia így jól ütköztethető az európai, különösen a '90-es évektől a kelet-európai országokban létrejött jurisztokratikus hatalmi struktúrákkal, melyek alapvetően nem belső hatalmi konstellációból keletkeztek, és azóta látható szervezeteik és ágenseik sem igazán a belső erőforrásokra támaszkodva

²⁹ Szinte mondvacsinált volt a megfosztás indokolása, mert az alkotmánybírák, követve az indítványozó szenátorok érvelését kimondták, hogy a miniszterelnök-asszony által egy nemzetbiztonsági hivatalnok más pozícióba helyezése és e poszt saját hívével betöltése hivatali hatalommal visszaélés volt. Természetesen az ilyen személycserék százai lehetségesek és bevettek a demokratikus államokban, így ez nyilvánvalóan csak az eltávolítást szolgálta.

³⁰ Tom Ginsburg a már idézett 2008-as tanulmányában letompítva a széles tömegeken nyugvó demokrácia politikusai és a szűk eliten nyugvó bírói jurisztokrácia erőinek ellentétét így írja le ezt: „More broadly, however, the emergence of a middle class, seen to be so important on the broader process of democratization, may be a necessary condition for constitutional review, to thrive. All four countries can be said to have vigorous middle class allows the court to have an alternative means of legitimation - the court can protect itself from attack by political institutions through building up a wellspring of popular support.” (Ginsburg 2008:98).

működnek, hanem jórészt az USA egyik hatalmi csoportjának otthon létrejött jurisztokratikus intézményeinek exportálása révén. Így míg az európai jurisztokrácia a lényegét tekintve globális-exportált jurisztokráciának tekinthető, addig az ázsiai országokban zömmel a saját belső hatalmi erőforrások párhuzamos mélyállammá szerveződésének, mely sikerrel kívül tud maradni a választásokon és demokrácián nyugvó politikai kereteken. Mindkettő a demokrácia korrigálására törekszik, de míg az európai ebben a globális hatalmi erők befolyását formálja belső hatalmi erővé, addig az ázsiai jurisztokrácia a demokratikus küzdelmek által nem érintett hatalmi forrásokét. E mintában a thaiföldi tűnik a leginkább a modellt kifejezőnek, így nézzük meg ezt közelebbről.

A demokrácia által ellenőrzött állam struktúráin kívüli “párhuzamos állam” vagy “mélyállam” kategóriája először az 1950-es években merült fel az USA-ban a CIA elitje által vezetett katonai-ipari lobbisták struktúráinak leírására Morgenthau leírásában, és a világ különböző országaiban létrejött demokrácián túli hatalmi struktúrák fogalmi kifejezésére a mélyállam fogalma vált bevetté az elmúlt években (Mérieau 2016:446).³¹ A jurisztokrácia mint a demokrácia melletti alternatív hatalmi rendszer több elem együttese, és az alkotmánybíróság illetve mellette esetleg a más főbíróságok csak ennek csúcsát jelentik. Egy kiépített NGO jogvédő szervezeti rendszer nélkül ez nem tud igazán mély hatást kifejteni.³² Ez aztán vagy az erőforrásokkal rendelkező belső társadalmi csoportok szervezésében jönnek létre, mint a kelet-ázsiai jurisztokráciákra jellemző, vagy globális NGO-hálózatok leányaként kívülről felépítve az egyes országokon belül, mint az a kelet-európai országokban a főszebálynak tekinthető. Így főbírák mellett az “ügyfél” NGO-jogvédő szervezetek éppúgy nélkülözhetetlenek a jurisztokrácia hatalmi rendszerének, mint a demokráciának a többpártrendszer. De mellettük még a folyamatos jurisztokratikus szellemi termelést és jurisztokratikus szellemiséget bevéső jogászképzés és jogásznevelés is nélkülözhetetlen tartozéka ennek a hatalmi rendszernek. Fogalmak, érvelési minták és a jog belső hierarchiájának tendenciózus sulykolása a joghallgatókba, majd ezekre érzékenyítve a bírákat a bírói akadémiákon és ügyvédek, ugyanígy a jogtudományi közlönyökben és monográfiákban terjesztve ezeket biztosíthatja csak azt, hogy a bírák és az ügyvédek, illetve a jogkereső közönség is a jurisztokrácia hangsúlyai szerint fogják fel és működtessék a jogot. Míg ez Európában, különösen a kelet-európai országok jurisztokráciájának meghatározására az amerikai mélyállamot jelentő alapítványok szervezésében történt meg a '90-es évek elejétől NGO-leányszervezetek sűrű rendszerének kiépítésével,³³ addig a kelet-ázsiai országokban ezeket a belső erőforrásokkal rendelkező hatalmi csoportok hozták létre, melyek a tömegekre épülő demokrácia rendszerében nem látták biztosítottak a hatalmuk államhatalommá formálását.

Thaiföldön ezt a mélyállamot és ennek jurisztokrácián keresztüli hatalmi súlyát a '90-es évek végétől a megroppant királyi hatalom körüli elitek kezdték kiépíteni, ahogy a folyamatos katonai puccsokkal a sokmillió tömegek szembeni véres megtorlások már nem segítettek.³⁴ Ezeknek az eliteknek a hatalmi erőforrásait a városi vállalkozói rétegek és a

³¹ A mélyállam szerkezetét így írja le Mérieau: „Like the regular state, the Deep State is not monolithic; various actors and networks engage in power struggles within its framework. However, the fundamental difference between the regular state and the Deep State is that former is visible to the people it claims to serve, whereas the latter is hidden and unaccountable. The Deep State is the invisible framework under which institutional interests of unaccountable bodies and co-opted non-state networks are aggregated.” (Mérieau 2016:446).

³² Charles Epp a '90-es évek elején az indiai jurisztokráciát kutatva állapította meg, hogy az akkor még fejletlen NGO-rendszer miatt a bírák minden alkívizmus ellenére csak csekély hatása volt akkor az indiai modellnek. (Lásd Epp 1998:112).

³³ Lásd az emberjogi bíráskodás vonatkozásában az amerikai alapítványok által kiépített kelet-európai NGO-hálózatokra az információkat a már említett strasbourgi szerzőpáros, Cliquennois és Champetier 2016-os tanulmányát.

³⁴ „The objectice was to enable the Deep State to face two sees of challenges: democratisation and the rise of

szellemi elit jelentette, és masszívan szembenálltak a sokmillió vidéki mezőgazdasági tömegekkel és az ezeket szervező elitekkel. Mivel a parlamenti választásokat és ezzel a főhatalmat jelentő miniszterelnöki posztot jórészt csak a vidék támogatását élvező erők nyerhették el, így már az 1997-es alkotmány készítői is - tanulva ekkor már a kelet-európai jurisztokráciák demokráciát ellenőrző tapasztalataiból is - tudatosan egy nagyon erős jogkörökkel rendelkező alkotmánybíróságot hoztak létre. Az ide választott alkotmánybírák és általában a felsőbíróságok bírái pedig biztos támpontot jelentettek arra, hogy minden választási gyengeségük ellenére a katonai főtisztikar támogatását is élvező városi gazdasági-szellemi elitek meg tudják határozni Thaiföld életét.

A Thaiföldön az addig uralkodó elit számára megállíthatatlanul kibontakozó demokrácia mellett a politika eljogiasítása és ezzel egy jurisztokratikus ellenrendszer létrehozása három fázisban ment végbe. Az első fázist a régi királyi elithez tartozó royalista jogászok által létrehozott 1997-es alkotmányba egy nagyhatalmú alkotmánybíróság bevétele volt a német mintára.³⁵ A második fázis 2005-ben kezdődött, amikor a király az elitjével szembeni ellenállás növekedésére adott válaszként a bírói karhoz fordulva sürgette, hogy avatkozzanak be a 'politikai zsákutca' leküzdésére, melyet a bírák lelkesen követtek.³⁶ Az alkotmánybírák megsemmisítették a 2006-os választások eredményeit feloszlatták a somillió vidéki tömegek támogatásával addig háromszor választást nyert Thaksin-pártot. Ezután a régi elit által ismét elkészített új alkotmányban az általuk beiktatott új alkotmánybírák még inkább korlátozhatatlan hatalmat kaptak, és noha a választásokon ismét Thaksin-párt jutott kormányhatalomra és parlamenti többséghez, de az alkotmánybírák 2012-ben kimondták az alkotmány módosíthatatlanságát, melynek tartalmát és értelmét kizárólagosan csak ők állapíthatták meg. Ezzel a demokráciával szembeni jurisztokrácia – illetve mögötte a thaiföldi mélyállam, a régi királyi hatalmi elit utódai - formálisan is a főhatalom birtokosaivá váltak.³⁷

II.5. Az indonéz alkotmánybíráskodás

A 260 millió Indonéziában a 220 millió muszlim és húszmillió keresztény közösségével, plusz két-három millió buddhista illetve hindu lakosával az ezredfordulón

majoritarian politics on the one hand and the aging of the king on the other. The practice of judicialization of politics that unfolded from 2006 onwards is part of such self-interested hegemonic preservation strategy.” (Mérieau 2016:449).

³⁵ „They envisioned a Constitutional Court that was a kind of „insurance” against the political uncertainty of democratisation (see Ginsburg 2003)”(idézi: Mérieau 2016:449). Nem nélkülözi az iróniát, hogy miközben a második világháború után az amerikai megszálló csapatok jogászaik által létrehozott német alkotmányban kiépített, addig példátlanul nagyhatalmú alkotmánybíróság az időközben nyilvánosságra került dokumentumok szerint természetesen a német tömegek millióinak demokráciájától félelem miatt történt, addig a médiában és a szellemi szektorokban terjesztett narratíva szerint ez a későbbi évtizedekben mint a demokrácia kiterjesztett formája került sulykolásra, sőt Jürgen Habermas által is felkaroltan mint a németeknél tiltás alá került nemzeti patriotizmus helyetti alkotmánypatriotizmus (Verfassungspatriotismus) új modellje kap hangot. Így a Ginsburg által a kelet-ázsiai viszonyokban evidensként elfogadott tézise a demokrácia-korlátozó alkotmányi rendről a németeknél és általában Európában, az alkotmányjogi irodalomban ténylegesen még kimondhatatlan. A történelmi körökben azonban az ezt alátámasztó korabeli dokumentumok elemzése azért folyik, lásd Edmund Spivack: Allied Control and German Freedom: American Political and Ideological Influences on the Framing of the West German Basic Law. Münster LIT Verlag, 2012.

³⁶ „The judiciary responded with considerable enthusiasm. Subsequent decisions resulted in the annulment of the elections, the sacking and jailing of election commissioners and, in 2007, the dissolution of Thaksin’s Thai Rak Thai Party (TRT) which had won the election in 2001, 2005 and claimed a disputed victory in 2006.(Mérieau 2016:449).

³⁷ „Starting with the dissolution of the ruling party and subsequent change of government, which some have referred to as a „judicial coup”, its landmark decision was the July 2012 Constitutional Court decision (Order 29/2555, July 4, 2012) to forbid constitutional revision. (Mérieau 2016:450).

végrehajtott alkotmánymódosítás alkotmánybíróságot is létrehozott.³⁸ A nagyobb létszámú iszlám közösségek másokkal együttélés esetén mindenhol véres konfliktusokat hoznak ugyan létre, de itt a világ legnagyobb iszlám lakossága (99%-ban szunnita) ez alól kivétel, és csak elszórtan jelentek meg az eddigiekben vallási szélsőségek.³⁹ Az eddigi 23 alkotmánybíróból húsz volt muszlim - ezek közül tizenhárom erősebben vallásos -, de az állam és az iszlám közötti kompromisszumos együttélést egyik sem kísérelte meg felborítani (Butt et al 2016:2). Az eddigi működésük során 2003-2013 között 524 érdemi döntést hoztak, és ezek között az ország sorsát jelentősen befolyásoló döntések is voltak. Döntéseik súlyát az is adja, hogy bírói döntéseket nem vizsgál felül, és az önkormányzati jellegű normatív szabályokat is alacsonyabb szintű közigazgatási bírósági szint bírálja el. Így az előbbi jogkörök nagy munkaterhet adó, de hatalmi szempontból jelentéktelenebb ügyeitől tehermentesedve az alkotmánybírák csak országos szintű döntéseket vizsgálnak meg alkotmányossági szempontokból.⁴⁰ Igaz, ezzel inkább a politikai rendszer erőmegosztását tudják inkább némileg korrigálni, és a jog megkettőződésére – úgy, ahogy az Európában és az Észak-Amerikában látható -, itt csak kevésbé van lehetőség. A törvénykontroll mellett itt is szerepet kaptak az alkotmánybírák a központi állami szervek egymás közötti közjogi vitáinak eldöntésében, de itt az eddigiekben ez nem járt azzal a drámai hatással, mint ahogy Thaiföldön láttuk, és nincsenek információk e téren jelentősebb döntésükről. A kilenc alkotmánybíró az államelnök, a parlament és a legfelsőbb bíróság egyenlő arányban nevezi ki, illetve választja a testületbe öt évre, egy ízben megújíthatóan, akik maguk közül választják az elnököt és elnökhelyettest két és fél évre.

A normakontroll indítványozása a magánszemélyek és szervek számára is lehetséges, és ez nagy NGO-aktivitást hozott létre az elmúlt években, de az ezzel foglalkozó, általunk felhasznált átfogó tanulmány nem jelezte, hogy az Európában és Afrikában e téren aktív amerikai gyökerű globális NGO-k leányszervezetei lennének itt. Mindenesetre a statisztikák szerint az alkotmánybírák prioritást adnak az NGO-k által benyújtott indítványoknak, és ezek érvei sűrűbben megjelennek a testületi indokolásokban is (Nardi 2018:8). Az egyes döntéseik fajsúlyának jelzésére említeni lehet azt a döntésüket, mely alkotmány-ellenesnek nyilvánította az indonéz elektromos művek tervezett privatizálását, de ugyanígy a kommunista párt működésének addigi a tiltását is, lehetővé téve ezzel ennek működését. Továbbá jelentősen befolyásolta a politikai rendszer működését az a döntésük is, mely a választásokon a pártlisták zárt jellegét alkotmány-ellenesnek minősítette, és nyílt pártlistákat kényszerített ki, ami alapvetően érinti a politikai akaratképzés szerveződését. Az első évek kisszámú indítványozása óta növekszik az ügyeik és az érdemi döntéseik száma, így működésük kezdete után az indonéz alkotmánybíráskodás stabilizálódása állapítható meg.

II. Alkotmánybíráskodás Latin-Amerikában

Az itteni alkotmánybíráskodást az egyes országokra lebontott vizsgálat előtt igyekszem az átfogó-összehasonlító tanulmányok fényében szemügyre venni, mert e térség tekintetében nagyon sok összefoglaló jellegű anyag is született. Az egyes országok

³⁸ Lásd Simon Butt/Melissa Crouch/Rosalind Dixon: The First Decade of Indonesia's Constitutional Court. *Australia Journal of Asia Law* (Vol 16.) 2016 No. 1-7.

³⁹ Az információk szerint a z indonéz muszlim közösségek legnagyobb része a *szufi* irányzathoz tartozik, mely a több irányzathoz képest erősebben a belső lelki életre összpontosít, így szemben pl. a *vahabita* nem is beszélve a *szalafita* irányzatok véres agresszivitásával ez is magyarázza az itteni békét a muszlimok és a keresztények között.

⁴⁰ Lásd Dominic J. Jardi: Demand-Side Constitutionalism: How Indonesian NGOs Set the Constitutional Court's Agenda and Inform the Justices. Centre for Indonesian Law, Islam and Society. Melbourne. Policy Paper Serie, No. 15. 2018. 33 p.

sajátosságaira majd ezek után térek ki.

Általánosan jellemző vonásként Latin-Amerika országában a hosszú és részletes alkotmányokat lehet említeni, melyeket rendszerint könnyű változtatni, vagy teljesen újra cserélni, így csak 1978-2008 közötti harminc évben 350 alkotmánymódosítás volt e térség egészében összesen. (Ponce 2016:141).⁴¹ Ezekben belül különösen az Andok-térség – országaiban - Ecuador, Peru, Bolívia, Venezuela - jellemző a változtatás helyett a teljesen új alkotmányok létrehozatala. Ez pedig nem egyszerűen egy tömegek feletti jogászelit magánügye - ahogy általában a világ legtöbb részén és Európában is a jellemző -, hanem az alkotmányhoz átfogó társadalmi változtatás ígérését fűzve a tömegek nagy részének részvételével zajló népszavazások erősítik meg ezeket.⁴² Mindezek alapján azt lehet mondani, hogy ebben a térségben a demokrácia erőinek szerveződése nem engedi elkülönülni a rendes törvényhozástól alkotmány feletti rendelkezést, és így a demokrácia politikai küzdelmeket csak oly módon kettőzik az alkotmány és az alkotmánybíráskodás feletti küzdelmek, hogy ugyanannak a vetélkedő erőknél a területe mind a kettő, és a főszabály szerint nem lehet egy demokratikus politikai rendszer feletti, ettől elkülönült jurisztokratikus politikai hatalomról beszélni. Ám mivel óriási feszültségek és egyenlőtlenségek (illetve pl. a társadalomból jórészt kizárt őshonos etnikai csoportok) vannak az itteni társadalmakban, ezek a könnyen változtatható alkotmányok egy instabilitást adnak a mindennapi működésükhöz, ami csökkenti a hatékony struktúrák kiépítését. Ezek azonban eltérő fokban jellemzik a eltérő latin-amerikai országokat.⁴³

Roberto Gargarella a latin amerikai konstitucionalizmsról adott általános leírásában kiemeli, hogy az e térségben legnagyobb gondot jelentő társadalmi problémák jogon és alkotmánybíráskodáson keresztüli megoldását illetően a balliberálosokon túli hagyományos baloldali szellemi csoportok általában szkeptikusak, míg a másik politikai oldal pedig túlzottan optimista. (Gargarella 2015:2) A konstitucionalizmus reális adalékát Gargarella e térségben abban látja, hogy szemben a világ többi részével itt a gazdasági-szociális jogok jobban ennek középpontjába kerültek, illetve e mellett az itteni őnhonos népek teljes társadalmon kívüliségét az alkotmányos alapjogok felhasználásával is igyekeznek csökkenteni. A jelzett négy szakasz közül az 1980-tól kezdődő legutóbbi fő jellemzője így abban állt, hogy az addig csak formálisan létező alkotmányos alapjogi lista került az alkotmányosság középpontjába, illetve ezt kibővítették az őshonos népeket megillető további alapjogokkal. (Gargarella 2015:8). A kívánatos állami szerkezetet és a középpontba emelt alkotmányos jogokat illetően azonban a liberális (ma balliberális) elit és a jobboldali-

⁴¹ Különösen Mexikóban és Braziliában gyakori az alkotmánymódosítás 1990 óta, és Mexikóban évi átlagban négyszer, Braziliában háromszor megtörtént ez 1990 és 2009 között. De Kolumbia és Costa Rica esetében is elérte ez a szám a kettőt, és az évi egyet Chilében, Hondurasban, Guatemalában és El Salvadorban is láthatjuk. (Lásd Nolte/Schilling-Vacaflor 2011: 7)

⁴² Ecuadorban például az ezredforduló utáni években Raffael Correa az elnökválasztási kampányát 82%-kal nyerte meg egy új alkotmány ígérétével, és az új alkotmány a megerősítő népszavazáson a lakosság 63,93%-ának szavazatát kapta meg. Bolíviában pedig az elmúlt években készített új alkotmányt támogató szavazatok aránya 61,43% volt (lásd Ponce 2016:149). Igaz, hogy óvatosnak kell lenni a magas népszavazási támogatás értékelésével, mert az egész eljárás kormány általi monopolellenőrzése és maga a részvétel aránya a teljes lakossághoz képest rendszerint bizonytalan, és így ez gyanússá teszi az egész eljárást és az így létrejött alkotmány legitimitását. Ahogy Joeél Colón-Ríos értékeli ezt „validation of constitutions of 'dubious' legal origins through the theory of constituent power” (Colón-Ríos 2017:155)

⁴³ Roberto Gargarella 2015-ös tanulmányában az USA mintája nyomán korán elkezdődött latin-amerikai alkotmánykészítéseket elemezve 1820-tól kezdve négy szakaszt különített el. Az elsőt még a függetlenség megteremtésére törekvés fő célja mellett a kísérleti alkotmányosság korszakának nevezi, az 1850-1917 közötti második szakaszt a már független államok alapszerkezetét lefektető alkotmányosság korszakának, a 1917-1980 közötti harmadik szakaszt a szociális kérdéseket középpontba állító alkotmányosság szakaszának és végül az 1980-tól induló, ma is folytatódó szakaszt az emberjogi stratégiát alkalmazó alkotmányosság szakaszának tartja. (Gargarella 2015:2-10)

konzervatív elit alapvetően másképp látta. Megegyezés csak abban volt az elmúlt években közöttük, hogy a többségi tömegek hatását csökkentsék az államon belül, és ezért a politikai szabadságjogokat is inkább korlátozzák. Így míg a konzervatív erők ezt a centralizált végrehajtó hatalom erősítésével igyekeztek elérni, addig a liberálisok a bíróságokat preferálták, az alapjogok terén pedig az előbbieket a vallási szerveződés - és ezen belül a katolikus egyház - szerepét erősítették, míg a liberálisok inkább a tulajdonjog és a vállalkozás szabadságait.

Érdekes új feljemenyt emel ki Joel Colón-Ríos 2017-es cikkében a latin-amerikai világ északibb részén levő országcsoporthoz vonatkozásában a konstitucionalizmus felhasználását illetően (Ecuador, Venezuela, Bolívia és Peru). Két, máskülönben különállóan létrejött teória összekötésével a politikai küzdelmek sodrásában egy érdekes csavart adtak a demokrácia és a konstitucionalizmus összekötésére. Az egyiket az indiai alkotmánybíráskodásból vették át, mely beleolvasta ebbe a hatáskörbe az egyszerű törvényeken túl az alkotmánymódosítások ellenőrzését is, melynek így a másik oldala, hogy az alkotmánymódosítás előtt egy implicit korlát áll még az ehhez szükséges minősített többséggel rendelkező parlament előtt is. Ezt azonban összekötötték egy másik elméleti adalékkal a parlamenti törvényhozástól elkülönülő és felette álló *alkotmányozó gyűlés* alkotmányozó hatalmával, melyet először a francia forradalomban Sieyès abbé dolgozott ki, és később Carl Schmitt alkotmányelméletében vált bevetté. Így összekötve pedig ez a kombinált elmélet egy új lehetőséget ad a kormányhatalmat birtokló egyszerű többségű kormányerők számára is. Ennek lényege, hogy bár a hatályos alkotmány szerint alkotmánymódosítást és új alkotmányt csak a parlament egy minősített többsége hozhat létre, de ezzel az "eredeti alkotmányozó hatalmat" kiemelő elmélettel - mely mindent überel - a meglévő teljes alkotmányi rendszer félretolásának lehetőségét deklarálják. Így akár egy szerény egyszerű többséget elérő új kormányhatalom az államhatalmat ellenőrizve ezt az elméletet felhasználva egy jórészt bizalmi emberekből, jogászokból álló alkotmányozó gyűlést hoz létre, és az ezek által kialakított alkotmányt egy általuk megállapított szabályok szerint lefolyó népszavazási eljárásban szentesíti. A népszavazási eljárás ellenőrzése és a részvételi arányok, majd a szavazatok megoszlásának az ellenőrzése a regnáló kormányhatalom kezében van, így a számukra kedvező eredmény garantált, és ennek lezárulásával formálisan leváltható az összes addigi közjogi ellensúly, és saját emberekkel tölthető fel még egyszerű többség esetén is. Összességben így az eredetileg az egyszerű parlamenti többség és törvényhozás feletti konstitucionalizmus nemhogy gátolná az akár minimális többséggel győző politikai erőt mozgásterében - korlátozva az államhatalommal való rendelkezését és társadalomátalakító terveit -, hanem éppen a közvetlen népszavazással való überelési lehetőségét kihasználva tudja a teljes addigi közjogi rendet eltüntetni, és újra cserélni.⁴⁴ A természetesen az eközbeni szabálysértések, célzatos ellenőrizetlenségek és manipulációk az egészet kétségessé teszik, de ha az éppen leváltandó közjogi rendszernek csekély a regionális és nemzetközi támogatottsága (ti. alig várják, hogy valaki leváltsa), akkor ezek a jogi anomáliák megbocsátásra kerülnek. Ez utóbbi úgy alakult ezeket az latin-amerikai országokat illetően, hogy ugyanazzal az USA-központú globális hatalommal szembenállva egymást támogatva (és az USA-n túli nagyhatalmakkal háttérbázist nyerve) tartósítani tudták az eddigiekben ezt a "demokrácia ellenőrzése alá vett konstitucionalizmust", de közben a globális hatalmi érdekek által grüндolt és működtetett, USA-ban székelő latin-amerikai emberjogi jurisztokráciával szembekerültek, és pl. Venezuela már ki is lépett ennek kereteiből az állandó ütközések miatt. Ám az így létrejött és az eredeti helyén a globális jurisztokráciával szembenállóan működő "speciális" megoldás általános felhasználásban épp ellentétes céllal is

⁴⁴ Colón-Ríos a demokrácia és a konstitucionalizmus között az utóbbi javára eltolódott súlypont visszafordítási törekvéseit is jelzi ennél: „Nevertheless, the theory has been playing a central role in the rebalancing constitutionalism and democracy that has taken place during the last decades in several countries in the region.” (Colón-Ríos 2017:155)

felhasználhatóvá válhat, mint ahogy épp Magyarországon is láthatók törekvések ennek a megoldásnak az átvételére az utóbbi években.⁴⁵ Nem lehet tudni, hogy a lábjegyzetben jelzett törekvés milyen közvetítéssel érkezett el hozzánk, és igyekszik felhasználni ezt a latin-amerikai gyökerű teóriát, de tény, hogy a demokrácia és a konstitucionalizmus/jurisztokrácia vitájában épp az ellenkező oldalt, az európai jurisztokrácia erőit segítené ezzel, az ezek ellen már évtizede küzdő többségi demokrácia-párti kormányerők ellen bevetve.

A latin-amerikai jurisztokrácia és konstitucionalizmus sajátos vonásait a világ többi részein található fajtáival szemben a fentiek után különösen jól össze lehet foglalni Jorge Esquirol egy 2018-as tanulmánya alapján, mert kifejezetten az USA-val és az elmúlt évtizedekben kiépült globális alkotmányoligarchia követeléseivel ütköztetve mutatja ezt be (Esquirol 2018). Kiemeli, hogy tényleg igazuk van a globális alkotmányosság képviselőinek, hogy a latin-amerikai országokban túl könnyen lehet változtatni az alkotmányokat és az alkotmánybíráskodás ezért is megmaradt itt a demokrácia politikai küzdelmeivel összefonódva, de szemben a kritikusokkal ő ennek a demokráciát erősítő előnyit emeli ki.⁴⁶ Azt is elfogadja, hogy épp ezért a latin-amerikai konstitucionalizmus felerősödése nem hozott létre egy hatalmi átrendeződést úgy, mint az USA-ban ezt véghezvitte az 1960-as évektől, de ő ezzel szembeállítja, hogy épp ezért az a fajta nyilvánosság elől elrejtett átpolitizálódást, amit ez az USA-ban létezhozott a jogban és a bírói karban, itt nem lehetett látni. A globális alkotmányosságtól elszakadást pedig azzal igazolja, hogy ez a globális verzió valójában a globális dominancia szempontjai szerint alakult ki USA és más nagyhatalmak felügyelete alatt, és ez jó lehet az ottani problémáinak megoldásánál, de a speciális latin-amerikai társadalmi gondokra ezek nem vihetők át.⁴⁷

E jellemzők azonban nem a teljes Latin-Amerikai térségben dominálnak, hanem főként csak az Andok térségének országaiban - Ecuador, Bolívia Venezuela -, ám az itteni nagy országok, Brazília és közép-amerikai Mexikó inkább a nyugati világ fő áramlatának tekinthető jurisztokrata típusú, legfőbb bírók által dominált konstitucionalizmus mintáját

⁴⁵ Az amerikai alapítványok által átplántált globális NGO-hálózatokkal és európai jurisztokráciával 2010-től fokozatosan szembekerült magyar kormánytöbbség ellenzékében már 2014-es parlamenti választások előtt nyilvánosságra került egy olyan elképzelés, hogy amennyiben egy egyszerű többséggel hatalomra tudna jutni a bal/liberális többség, akkor átvéve ezt a kombinált teóriát az „eredeti alkotmányozó hatalom” elméletére alapozva félretolnák a teljes 2010-től létrehozott közjogi rendszert, és egy általuk összeállított alkotmányozó gyűlésen új alkotmányt írnának, majd az ezáltal létrehozott szabályok szerint általuk kontrolláltan lefolyó népszavazáson szentesítenék ezt, és az egész addigi ellensúly rendszert (ügyészséget, alkotmánybíráskodást stb.) leváltanák és újjal cserélnék le. Az SZDSZ régi államtitkára és a mai DK politikusa Eörsi Máttyás ezt főbb vonalakban vázolta is akkor egy esti ATV műsorban – de előtte már a Magyar Narancs 2011/17. számában megjelent cikkében is értekezett róla -, de mivel józan számítás szerint erre akkor semmi esély nem volt, így nem váltott ki komolyabb visszhangot. Pedig ez egy absztrakt terv, amivel 2022-ben vagy 2026-ban is éppúgy számolnia kell, és elméletileg ez azóta is „csiszolás alatt” áll (lásd Zsugyó 2017). Lehet erre mondani, hogy ez egy alkotmányi puccs lenne - tényleg az a hatályos alkotmány szemszögéből -, de ha a globális hatalmi környezet ez hallgatólagosan támogatja, akkor erre most már számítani kell, és csak előzetes ez elleni intézkedésekkel lehet a siker reményében azzal szembeszállni, hogy az egyszerű parlamenti többséggel megszerzett hatalmat a teljes közjogi rend leváltására és cseréjére tudják felhasználni.

⁴⁶ Esquirol egy latin-amerikai alkotmányos állapotokat kritizáló szerzővel szemben vitatkozva így ír: „In fact, the observed malleability of Latin American constitutions and their commonplace role within ordinary politics, seems to suggest the opposite of a lack of social mooring. (...) greater social mooring in contexts of deep political conflict may lead to greater politicization of the constitution and to more routine constitutional volatility.” (Esquirol 2018:98).

⁴⁷ „The discussion above brings us back to the basic question of the desirability of global constitutional law in the first place. To the extent that this means a world-wide epistemic community engaged in common questions of constitutional reasoning, accepted doctrines, theoretical references, and general world view, the answer is not clear. Certainly, basic humanist propositions of intellectual sharing, dialogic intercourse across borders, the benefits of advances developed elsewhere, and other such points are of general value. However, in the arena of national legal systems, not all are equal in the global sphere. There is a recognizable geopolitics of state.” (Esquirol 2018: 104-105)

valósítják meg, melynek modelljét e térségben a kolumbiai alkotmánybírák alakították ki.⁴⁸ Ez azonban csak az euratlanti térségben ismert jurisztokrata modell latin-amerikai átvétele, mely csak színezi azt, de új típust nem hozott létre.

Így összességében az eddigi kutatásaink azt mutatják, hogy a világon az utóbbi évtizedekben terjedő konstitucionalizmust és a demokrácia melletti, azzal konkuráló jurisztokráciát két külön fajtára érdemes különíteni, és nem lehet csak úgy általában “a” jurisztokráciáról beszélni. Otthon az Egyesült Államokban, ahol ez az 1960-as évek elejétől teret nyert, a vetélkedő politikai erők és a mögöttük álló erős társadalmi csoportok küzdelemeiben felhasználták, ott a ipari-termelő tőkés csoportokkal szembenálló banktőkés csoportok stratégiája volt a bíróságokra áttelepített politikai perlések létrehozatala az alkotmányos jogokra építve ezt, és alapjaként a jogvédő NGO-k széles hálózatának kialakítása. Ez a második politikai rendszer a demokratikus politika mellett továbbépült a bírói karba való egyre mélyebb beépüléssel, és az amúgyis meglévő médiahatalmukra támaszkodva egy “mélyállamszerű” képződmény létrehozatala a legkülönbözőbb - titkosszolgálatok stb. - központi kormányapparátusban. Ennek révén az elnöki adminisztráció ciklusonkénti változása nem érintette ennek súlyát, noha fő bázisát a demokrata párti balliberális csoportok adták és adják. Ez az amerikai balliberális hatalmi csoport kezdte kiterjeszteni '90-es kelet-európai rendszerváltások után alapítványaival NGO-hálózataira támaszkodva a jurisztokratikus modellt, minden itteni országban létrehozva leányszervezeteinek NGO-hálózatát, közöttük folyamatos koordinációt és felettük központi irányítást megszervezve. E mellett még az EU-ba belépett kelet-európai országok esetében az ennek brüsszeli szintjén, plusz a strasbourgi emberjogi bíróság mozgatására létrehozott NGO szervezeteivel is összefogja ezt a kelet-európai jurisztokratikus rendszert. Ez tehát egy másik modell, a *nemzetállamokba kívülről bevitt NGO-hálózatokra alapozott jurisztokrácia*, mely konkurálva a belső hatalmi forrásokon nyugvó demokratikus erőkkel fő erejét folyamatosan kívülről kapja a Kelet-Európa egészében összefonódó amerikai alapítványi NGO-hálózatoktól és ezeket támogató európai és amerikai liberális mainstream médiától, illetve az utóbbi években már a EU szintjén kiépített központi irányító szerveiktől. Latin-Amerikában szintén egy kívülről exportált jellegű jurisztokrácia létezik, mely az eredeti USA-mélyállami jurisztokrata modellt használja fel, de itt ez egyben a választokon sikeres erőkkel szembeni alternatív hatalom felépítésére használatos egyes hatalmi körök által, mely révén ezek időnként a választási demokrácia számukra hátrányos eredményeinek korrigálására tudják a bírói karra támaszkodva igénybe venni a jurisztokratikus szerveződést. Így a latin-amerikai jurisztokrácia részben a kelet-európai mintának megfelelő kívülről exportált és fenntartott, de részben a választásokon győztes erőkkel szembenálló belső erőcsoportok hatalmi eszköze is.⁴⁹

Ehhez képest a kelet-ázsiai országok jurisztokráciája – a már a '70-es évek elejétől létező indiai után - a '90-es évektől létrejőve már semmi közösséget nem mutat a kelet-európai kívülről exportált és fenntartott jurisztokráciával, és inkább az otthoni USA mélyállami mintáját mutatja. Vagyis a kiépült demokrácia intézményrendszere mellett a nagy belső erőforrásokkal rendelkező, de a választásokon tömegbázis híján gyenge hatalmi csoportok vették át ezt a hatalmi stratégiát. Leginkább ez a thaiföldi fejleményekben volt ez

⁴⁸ „In Latin-America, the Colombian Constitutional Court has been seen as the model agent for social change. For its part, the Supreme Court of Brazil, the Supreme Court of Nation in Mexico, the Constitutional Chamber of Costa Rica, or the Argentinian Supreme Court are sometimes seen as the main followers of this new practice of progressive neo-constitutional adjudication.” (Alberto Coddou Mc Manus 2017:231)

⁴⁹ A Ran Hirschl által eredetileg kiemelt négy állam (Kanada, Izrael, Dél-Afrika és Új-Zéland) jurisztokratikus eltolódása e tipológia szerint a belső gyökerű jurisztokrácia egy sajátos esetét jelenti, ahol eredetileg választást nyerni képes politikai erő csúszik át a jurisztokrácia mögé két feltétel megléte esetén, vagyis ha hosszú stabil parlamenti uralmát a feljövő új választási csoportok megrendítették, és másfelől a felsőbírói karban erős pozíciói vannak, és így ide áttolva az állami főhatalmat választási veresége ellenére is képes az állami politika fő irányainak meghatározására.

látható az elmúlt években, de nem ilyen látványosan ez a helyzet a többi kelet-ázsiai jurisztokrácia estében is. Vagyis míg a kelet-európai jurisztokráciát mint a globális balliberális amerikai jurisztokrácia exportálásával kiépült és fenntartott modellt lehet leírni, addig a kelet-ázsiait mint a demokrácia mellett az ezt megkettőző belső hatalmi forrásokon nyugvó politikai rendszert. Végül az utoljára vizsgált latin-amerikai, Andok térségbeli jurisztokrácia modellje mindkettőtől eltér, és mint a demokratikus küzdelmet pusztán csak megkettőző, demokratikus jurisztokráciának lehetne talán nevezni. A “demokratikus” jelzőt persze nem lehet csak pozitívnak felfogni itt, mert ezzel a mély társadalmi feszültségek demokratikus küzdelmei és erői állandóan új és új alkotmányokat produkálva bizonytalanná teszik az itteni társadalmak alapjait is. Mindenesetre az itteni alkotmányi intézményrendszert vizsgálva le lehet szögezni, hogy az alkotmányos állam itt nem tudott átalakulni egy kettős jellegű állami szerkezetté, melyben a választáson nyugvó államrendszer fölött az önállósodott alkotmányi jog körül szerveződve egy felettes államrendszer jött volna létre. Ezzel szemben a másik latin-amerikai állami csoportban – főként itt Kolumbia és Brazília említhető – ez a kettős szerkezetű állam és benne a demokrácián nyugvó állami rész alávétése a fölöttes alkotmányi jurisztokráciának létrejött ugyanúgy mint Európában a főszabály és más szerkezetben a kelet-ázsiai jurisztokrácia államaiban is.

Mielőtt rátérek az egyes latin-amerikai államokon belüli jurisztokratikus mechanizmusok elemzésére érdemesnek tűnik előtte átnézni az egész kontinens emberjogi bíraskodására létrejött itteni szeevezetet, mely a strasbourgi EJEB itteni megfelelőjének tekinthető. Az 1969-en megkötött amerikai emberjogi egyezmény mellé telepített emberjogi bíróságnak a 35 aláíró állam közül csak 25 vetette alá magát, és a két legnagyobb, az USA és Kanada bár aláírta az egyezményt, de végül nem is ratifikálta. Rajtuk kívül a volt angol gyarmati múlttal rendelkező kis karibi sziget-államok is úgy minősítették ezt, mint a katolikus latin-amerikaiak ügyét, és nem vetették alá magukat. Az egyezmény a tizenegyedik ratifikáló állammal vált hatályossá 1978-ban, és az *Inter-American Court of Human Rights* (IACHR) San Jose (Costa Rica) székhellyel ekkor megválasztott hét bírása a '80-as évek elejétől kezdte meghozni az első döntéseit. Az európai mintaadótól eltérően itt egy előzetes vitarendezési fórumként az IACHR eljárása előtt a mellé rendelt Bizottsághoz kell fordulni (*Inter-American Commission of Human Rights*) és ez indítja meg az eljárást. Csak ha a Bizottság nem tud megegyezni az emberjogi jogsértéssel vádolt állammal - rávéve esetleges kárpótlásra és a jogrendszere meghatározott irányú átalakítására -, indítja el ez a szerv a bírói eljárást. A Bizottságnak pedig Washingtonban van a székhelye, és egész működését az USA befolyásolja.⁵⁰ Az IACHR előtt ugyan a Bizottságon kívül csak az államok panaszolhatják be egymást, és a magánfelek nem - eltérően az EJEB-től -, de a Bizottsághoz fordulva közvetetten a magánfelek is megindíthatják rajta keresztül az emberjogi eljárásokat. Így az NGO-k számára - melyek tulajdonképpen mindenhol az ilyen eljárások mozgatói - ez csak egy kis kerülőt jelent.

Egy másik eltérést jelent az EJEB-től, hogy itt a konkrét emberjogsértési indítványok mellett még egy tanácsadási funkciót is kaptak az itteni bírák, és ez a gyakorlatban a tagállamokban elfogadás előtt álló törvények vagy akár alkotmánymódosítások ellenőrzését jelenti az emberjogi egyezmény illetve az IACHR esetjoga alapján. Így ez az utóbbi egy átfogó dél-amerikai alkotmánybíráskodást jelent az itt majd mindenhol meglévő amúgyis széles államon belüli alkotmánybíráskodást megduplázva. Az IACHR bírái pedig önmaguk által is elismerten a legaktívabb módon kiterjesztve értelmezve e tanácsadási jogkörüket, az

⁵⁰ Noha az USA nem ratifikálta magát az egyezményt sem, és így nem is vetette alá magát az IACHR joghatóságának, de az egyezmény szövegét úgy alakítva, hogy az Amerikai Államok Szervezetének bármely állampolgára bíró lehet, még ha az állama nem is írta alá az egyezményt, az USA el tudta érni, hogy ő adja az egyik meghatározó bírót, Buergenthalt az 1979-es kezdetektől 1991-ig, aki négy évig még a IACHR elnöke is volt (lásd Hennebel 2011:59).

államok teljes belső jogrendszerét ellenőrzés alá kívánták vetni az elmúlt években. A mintaadó EJEB esetében is voltak erre törekvések - inkább csak a Velencei Bizottság felhasználásával -, de ilyen direkten még ők sem próbálták meghatározni az európai államok alkotmányos rendjét. A 2010 évek elejéig összesen 120 bírói döntést és húsz tanácsadói döntést hoztak az IACHR bírái, de az utóbbi években növekszik a döntéseik száma.

A nemzetközi jogi jellegű emberjogi bíráskodásból alkotmánybíróssággá átvő IACHR döntéseivel szemben több tagállam is kifogásokat emelt már az ezredfordulótól, és az állami szuverenitásukba való illetéktelen beavatkozásként utasították el ezt a döntési stílust. Lényegében az USA eszközeként tekintenek rá, mely miközben kimaradt ebből az egyezményből a Washingtonban székelő Bizottság révén a globális hatalmi elképzelései szerint kívánja alakítani a dél-amerikai államok belső politikáját és jogrendszerét. Venezuela 2013-ban ki is lépett az egyezményből, és több ország is megindította az elmúlt években a kilépési procedúrát.

A következőkben először a jurisztokráciát a csúcsig futtató Kolumbia és Brazília esetét veszem szemügyre, majd az ezzel több-kevesebb fokban ellenálló Chile és Argentína helyzetét, de előtte a köztes pozíciót elfoglaló mexikói alkotmánybíráskodást nézem meg, mely az alkotmány papírján ugyan az első csoport enyhe verzióját mutatja, de a mexikói legfőbb bírák tényleges gyakorlata nem feszítette ezt tovább az aktivista jurisztokrácia felé. Jelzem még, hogy az eredetileg az első csoportba tartozott Venezuela, Ecuador és Peru jurisztokráciája is, ahol szintén az USA balliberális körei által irányított globális emberjogi bíráskodással felerősített alkotmánybíráskodásnak voltak hívei, de most fenn látható volt, Hugo Chavez elnök 1998-as fordulata után kiléptek ebből a rendszerekből. Megfelelő anyagok híján azonban nem tudom részletesen elemezni ezeket, de pl. az ezek között hangadó Venezuela polgárháborús szintig elmenő helyzete nem is teszi értelmessé, hogy ezzel most az alkotmánybíráskodás szintjén foglalkozzunk..

Az általános bemutatás lezárásaként érdemes kiemelni a térség kutatójának, Francisco Pou Giméneznek általános jellemzését a latin-amerikai neokonstitucionalizmusról, szembeállítva ezt a demokratikus törvényhozási állammal, mert mutatja, hogy ahol kisebb is a jurisztokrácia uralma demokrácia felet - mint Mexikóban. Argentínában és Chilében -, ott is olyan szellemi légkör létezik, mely állandó megkérdőjelezésnek teszi ki a jurisztokráciának ellenállást. Giménez szinte érezhetően szörnyülködve leírja a "törvényhozó állam" jellemzőit a törvényhozó államnak alávett bírőról, akiket a szabályok és nem az elvek szintjén alkotott jog szabályoz (brrr...), és ezzel szemben a végre létrejött neokonstitucionalista állam már a közvetlenül az alkotmány alapján döntő bírói tevékenységre épül, ahol a jog is már elveket és értékeket tartalmaz főként, melyeket a bírák az interpretivizmus szabadágával kezelnek: "For long, variably (dis)empowered Latin American judges would carry out their job as described under the "legislativ state" paradigm: they would put rules – not principles - at the center of law, they would assume disputes were to be resolved by applying statutes - not the constitution - and they would assume a relatively detached relationship between the constitution and the wider legal system. Years later, both legal theorists and sociologists signal Latin America as a champion of legal "interpretivism", or of "neoconstitutionalism", understood a version of the "constitutional state" paradigm. Under this paradigm, law is made of principles, values and rules, the constitution directly applicable and paramount in judicial adjudication, as basic constitutional rights and principles invade and daily orient the wider legal system" (Giménez 2017:12). Ilyen éles szembeállítást a demokratikus törvényhozó állam és a demokrácia fölé emelkedett jurisztokratikus állam között az utóbbi javára feltehetően sok európai elméleti jogász és NGO-jogvédő támogatóan fogna fel, de ennek nyilvános hirdetésétől taktikailag inkább hallgatna.

II.1. A szuperjurisztokrácia alkotmánybíráskodása

(A kolumbiai alkotmánybíráskodás) Három kontinens – Közép-Kelet-Európa, Kelet-Ázsia és Latin-Amerika – fejleményeit szem előtt tartva az egész társadalomirányításban folyamatosan betöltött szerepet illetően az utóbbi évtizedekben Latin-Amerika említett három államában (Kolumbia Mexikó és Brazília) lehet a demokrácia feletti jurisztokratikus hatalmi szerkezetet primátusát a legteljesebben megállapítani. A mindennapok politikai életének azt a folyamatos jurisztokratikus kontrollját, amit itt elértek, azt Európában nem lehet tapasztalni. Kelet-Ázsiában pedig bár mögöttes hatalmi csoportok támaszkodva parlamenti választásokat tudnak felülbírálni és kormányokat eltávolítani, de a folyamatos társadalomirányításban olyan szerepet nem tudnak ellátni, mint ezekben az országban, talán az indiai alkotmánybíráskodás kivételével. Ezek között pedig Kolumbia alkotmánybíráskodása érte el a legnagyobb hatalmi szerepet. A *Daniel M. Brinks és Abby Blass* szerzőpáros 2017-es tanulmányában jelzi, hogy ezt a kiemelkedő latin-amerikai jurisztokratikus modellt sokmilliárdos külső segélyek és tartós erőfeszítések hozták létre,⁵¹ és ebben Kolumbia élen járt. Az ő esetében azt is felvetik, hogy hasonlóan Mexikóhoz az ország vezető elitjei azért is voltak fogadókészek az összamerikai emberjogi bíráskodás befogadására és ennek belső alkotmánybíráskodással felerősítésében, mert a 1980-as években megerősödő drogbandák harcai szinte a polgárháború szélére sodorta az országot, és az államhatalom végrehajtó szervei tehetetlenek voltak a legnagyobb kegyetlenségekkel szemben is. Így egyrészt a bíróságok előtti orvoslás reménye az embereket spontán módon is ebbe az irányba vitte, másrészt az állami vezetők a külföld előtti reputáció maradékának visszaszerzése érdekében önként elfogadták az emberjogi bíráskodás befogadására hivatkozó alkotmánybíráskodás kormányzati ellenőrzését.⁵² Míg ez Mexikóban sokszor csak formálisan történt meg, és a felszín alatt tulajdonképpen a bírói kar jobban megmaradt a joghoz kötött pusztá jogalkalmazó szerepnél, és így nem ért el ennek révén olyan hatalmat, addig Kolumbiában ez a realitásban is végbement, és a globális konstitucionalizmus, vagy neokonstitucionalizmus - mely név alatt a jurisztokrácia a narratívákban szerepel - itteni mintaállamává vált.

Kolumbiában ez a szuperjurisztokrácia az 1991-ben elfogadott alkotmánnyal kezdődött, amikor az addigi uralkodó elit két csoportjnak – liberális versus konzervatív - váltakozásán nyugvó kormányzatának a '80-as években felfutó drogbandák elleni harca reménytelené vált, és az addigi jórészt parlamenten kívüli ellenzék a széteső állam helyére lépve egy alkotmányozó gyűlésen az addigi államot leváltó új államszerkezetet igyekeztek létrehozni. Nagy hatalmú alkotmánybíráskodást hoztak létre, de azért az alkotmányozók közül később az államelnökké emelkedett, Gaviria elnök és kormányzata meghökkenve tapasztalta, hogy mire képesek az általuk kiválasztott alkotmánybírók. A zömmel az USA szellemi köreinek szuperliberális tanain felnövő kolumbiai alkotmánybírák ugyanis szó szerint véve az egyének korlátlan szabadságát és felettük a közösségi kontroll legcsekélyebb formájának emberi jogokkal szembenállását, egyik korai döntésükben például a keménydrogok tiltását is alkotmányellenesnek minősítették, amit a drogliberalizációért küzdő liberálisok a világon sehol nem mertek követelni, csak az enyhébb hatású drogokét, mint Magyarországon is a '90-es évek közepén. Mivel e tettükkel csak maguknak okoznak bajt a drogfogyasztók - érveltek -,

⁵¹„Over the last century, scholars have documented the expansion of judicial power and the consequent judicialization of politics. (...) No more region has been more active in this respect than Latin America, and billions of dollars in international aid flowed into the region in support of reforms to insulate and strengthen judges.” Brinks/Blass 2017:296-297).

⁵²Ulribe, kolumbiai elnök ideje alatt a nemzetközi emberjogi egyezmények szinte kényszerű aláírásához lásd: „During the Ulribe administration, the almost compulsive ratification of human rights treaties formed part of an executive strategy to project the image of a government that takes human rights seriously despite the presence of terrorists within the territory. It behooved the executive, and it was part of Colombia’s foreign policy, to demonstrate a strong adhesion to human rights” (Hunneus 2016:189).

így állami gyámkodás lenne, ha az állam önmaguktól akarná őket megvédeni, és a személyiség szabad kibontakoztatásában benne kell lenni a szabad droghasználatnak is: “*If each individual is the owner of his or her own life, then that person is also free to care or not care for his or her health. If one wishes to do so, he or she may deteriorate to death. The free development of personality is the recognition of the person as an autonomous individual. The first consequence that derives from autonomy consists in that it is the person (and not a self-appointed surrogate) who should give a sense to his or her existence and harmony with his or her course.* (Nagle 1995:84-85). A kilenctagú alkotmánybírói testület öt:négy ellenében hozta ezt a döntést, és ez mutatja, hogy az ultraliberalizmusnak ez a világon szinte páratlan foka azért nem a teljes alkotmánybírárságot járta át, de visszatekintve az elmúlt majd harminc évre azt lehet mondani, hogy ez az ultraliberalizmus és az ennek szellemében gyakorolt szoros ellenőrzés a mindenkori kormányzat felett - ennek keretében pedig a törvények sokaságának megsemmisítése - Kolumbiában azóta is jellemző.

Erre módot ad az is, hogy a legszélesebbre nyitotta a '91-es alkotmány az alkotmánybírákhoz fordulás jogát, hogy azok mozgásba hozhassák óriási hatáskörüket, és erre két indítványozási formát is létrehozta. Egyrészt bárki az *Acción Tutela* indítványával a rendes bírósághoz fordulhat, ha úgy érzi, hogy alkotmányos jogát sérti az államhatalom egy intézkedése, vagy úgy véli, hogy annak egy mulasztása a jogai védelmében sérelmet okozott neki. Ez sürgősséget élvez a többi bírói döntés előtt, illetve ennek elégtelensége esetén a *tutela* benyújtója rögtön az alkotmánybírákhoz fordulhat, akik véglegesen döntenek. A másik forma az *Acción Popular* – ami nálunk is ismert “*populáris akció*” volt '90 után 2012-ig -, és ezt bárki benyújthatja minden érintettség nélkül, ha megítélése szerint egy új törvény vagy rendelet az alkotmányba ütközik. E két forma pedig évente sok ezer indítvánnyal a teljes jogrendszer és bármely állami intézkedés felett ellenőrzést biztosít a nagy hatalmú testületnek.

De módot adott a kolumbiai alkotmánybíráknak az államhatalom teljességének szoros ellenőrzés alá vonására az is, hogy az amerikai emberjogi bíróság (IACtHR) kialakította az “alkotmányos blokk” fogalmát (“*doctrine of constitutional block*”), mely szerint az egyes országok alkotmányát mindig együtt kell értelmezni az emberi jogi egyezmények alapjogaival és az ezt értelmező emberjogi bíróságok által kialakított jogértelmezésekkel, illetve doktrínákkal, és ezek együtt adják minden egyes ország alkotmányát. Ezt a doktrínát a kolumbiai alkotmánybírák a legteljesebben elfogadták, és az összes döntésükben meghivatkozzák rendszerint nemcsak a saját alkotmányukat, hanem az emberjogi egyezményeket és az amerikai emberjogi bírák döntéseit is. Ezekkel a döntésekkel pedig nemcsak az egyszerű törvényeket semmisítik meg, hanem az alkotmánymódosítások ellenőrzését is kimondták, és így a teljes főhatalom ellenőrzésük alatt áll.

(*A brazil alkotmánybíráskodás*) Brazíliában 1988-ban az elitek megegyezésével hozták létre az új alkotmányt, noha közvetlen oka az addig hosszabb ideje ellenzékben lévő erők kormányra kerülése volt 1985-ben, akik új alapokra akarták helyezni az állami irányítást és ebben az emberi jogok és az alkotmányos alapjogok szerepét, melynek őrzését az USA mintájára a Legfelsőbb Bíróságra bízták (Giménez 2016). Ez a pártok közötti megegyezés az alkotmányos ügyekben azóta is fennáll, és ez a magyarázata annak, hogy miközben az alkotmánymódosításhoz 3/5-ös többség kell a parlamentben, ennek ellenére már 99 alkalommal tudták ezt megtenni az elmúlt bő harminc év alatt. Pedig az alkotmánymódosításhoz még az alkotmánybíráskodó legfőbb bírák jóváhagyása is kell, akik az indiai szuperaktivista legfőbb bírák érvelésére támaszkodva az alkotmánymódosítás ellenőrzését is hatókörükbe vonták,⁵³ ahogy a kolumbiai alkotmánybírák is. A sűrű, éves

⁵³ „The Supremo Tribunal has asserted its power to review the constitutionality of constitutional amendments (even ex ante, before their formal passing), thus slowing down change and further securing institutional control of higher-level legal change.” (Giménez 2018:

általában négyszer is végbemenő alkotmánymódosítások így a brazil mindennapi politikai küzdelmek részévé váltak, és ebben a parlament erők mellett egyenrangú félként - sőt, felettük ellenőrként - az alkotmánybíráskodást ellátó főbírák is részt vesznek. Ahogy a témát kutató Francisco Giménez megjegyzi, az 1988-as alkotmány elfogadását követően egy ideig a politikailag neutrálisabb bírák voltak itt a jellemzők, de fokozatosan a hatalmi szerepbe belenövő bírákká váltak ezek is, és az utódaik is.⁵⁴ A tizenegy fős testület tagjait élethossziglani megbízással választják a parlamenti erők, igaz 65 éves korban nyugdíjba kell vonulniuk. Ez a hosszú hivatali idő különösen kedvező a főhatalmi szerepük biztosítására.

A brazil Legfelsőbb Bíróság alkotmánybíráskodási hatásköre messze meghaladja a mintának vett USA megoldásait, és az európai minták nyomán az egyedi perlés végén lehetséges törvénykontroll mellett létezik az absztrakt normakontroll, közvetlenül egy-egy törvény ellen benyújtva. Sőt, nemcsak egy-egy törvényi rendelkezés kifejezett alkotmányosértését állítva lehet ilyen benyújtani, hanem ennek kapcsán esetleges alkotmányos mulasztást állítva is, valamely alkotmányi elvet vagy értéket odavonva alkotmányos elvet odavonva (Giménez 2016: 238) Az alkotmányossági kontroll könnyűvé tett útja révén Braziliában éves átlagban 70 ezer ilyen indítvány éri el a legfőbb bírakat, melyek nagy részét csak sommás eljárásokat kialakítva és egyesbírói jogkörben hozott döntések tömegével tudnak ellátni, amellett, hogy az érdemi döntéseken is két kamarába tagolva próbálnak úrrá lenni (Giménez 2016:239) Ezek között szelektálva azonban minden vitás kérdés eléri őket, és így óriási jogkörüket könnyedén mozgásba tudják hozni az állam és a politikai alapkérdéseinek eldöntésére. Az alkotmány rendelkezéseitől elszakadó "szabad" döntési stílusukra pedig egyik példa lehet, hogy miközben a brazil alkotmány kifejezetten a nő és férfi viszonyában engedte meg a házasság intézményét, addig a brazil főbírák ezen átlépve lehetővé tették egy döntésükben az azonos neműek közötti házaasságot is.⁵⁵

Az 1988-as brazil alkotmány tehát felértékelte az alapjogok szerepét a társadalom irányításában a hagyományos törvényhozási jog kárára, és ezzel együtt felértékelte a bírák és tágabban a jogászok politikai szerepjátását is. *Bryant Garth* 2016-os tanulmányában alapos elemzéssel mutatja be, hogy a brazil jogászság ezt a szerepet milyen nagy mértékben az USA 1960-as években csúcsra futtatott alapjogi forrodalmának mintái alapján vette át a nagy amerikai liberális alapítványok tömeges ösztöndíjainak segítségével az USA elit egyeteméin az ottani balliberális jogászprofesszoroktól.⁵⁶ Miközben otthon az USA-ban ez a balliberális emberjogi aktivizmus a bíróságokon jobban visszazorult, illetve a neokonzervatív és piacpárti jogászi nézetek révén konkurenciát kapott, addig itt Braziliában ez erősebben megmaradt, és az 1988-as alkotmány révén a politika középpontjába került. Még egy különbséget kimutat Garth az USA otthoni jogászprofesszori elitje és az exportált nézetek brazil egyetemi jogászi felhasználói között, miszerint itt kevésbé a tudományos vizsgálódások állnak a középpontban,

⁵⁴ „Right after the enactment of the Constitution, the Supremo Tribunal Federal exhibited a sort of professionalized, politically temperate outlook. but over time it has asserted a strong degree of independence and has incredibly enlarged its power and public presence. As scholars have repeatedly noted, it is difficult to think of a court having changed so radically in one or two decades.” (Giménez 2016:40).

⁵⁵ But the most controversial instance of judicial activism has occurred during a recent decision by the Supreme Tribunal Federal involving a case related to family law. The court legalised same-sex civil unions explicitly violating the Brazilian Constitution. In art 226, paragraph 3, the Brazilian Constitution states: „For the purpose of governmental protection, it is recognised the civil union only between a man and a woman as a family entity, thus having the legislation to facilitate its conversion into legal marriage.” (Condeixa 2012:115)

⁵⁶ „The inspiration came from the scores of Latin American legal academics who started to pursue graduate training in law in the United States in the late 1970s, where they were socialized by their liberal North American law professors in the virtues of the legendary Warren Court. (...) The rising influence of neo-constitutionalism has been sparked in some of the most prestigious law schools in the region with financial support from US.-based foundations.” (Garth 2016:19). Garth jelzi, hogy míg a múltban hosszú ideig a Ford-Alapítvány volt az USA liberális jogi eszméinek exportálója Latin-Amerikában, addig az utóbbi időben ezt a szerepet a Soros-Alapítvány vette át a MacArthur Alapítvánnyal az oldalán.

mint inkább jogász reformista aktivista tevékenységek.⁵⁷

(*A mexikói alkotmánybíráskodás*) Mexikó az 1824-es alkotmányában követve az USA mintáját egy háromszintű szövetségi bírói kart hozott létre (district court, circuit court és Supreme Court), ám a csúcán Legfelsőbb Bíróság egy szigorú belső hierarchiában centralizálta a bírói kar döntési rendszerét, minimális teret hagyva az alsófokú bírák eltérésének. Ez a rendszer a ma hatályos, 1917-es alkotmányukban is megmaradt, és miközben a bírói kar külső függetlensége más hatalmi ágaktól ma már biztosított, addig a belső, egyes bírói döntési függetlenség ma is problémákba ütközik.⁵⁸ Ám 1994-ben a nemzetközi piacok nyomására a befektetések érdekében egy mélyreható alkotmányreformot hajtottak végre a bírósági rendszerben, és bevezették az európai minták nyomán a legfőbb bírák absztrakt alkotmányossági törvénykontrollját, és az addigi 25 fős legfőbb bírói testületet 11 főre leszállítva egységes döntési fórumot hoztak létre, alkotmánybíráskodásra átszabva a Legfelsőbb Bíróságot. Az eközbeni profiltisztítás ellenére nem tudták annyira levinni a rendes bíráskodási ügyterhet, hogy ez ne érje el mára az évi hétezeret.⁵⁹ A legtöbb döntést két kamarára osztva hozzák, de az absztrakt alkotmányossági törvénykontroll ügyeiben a plenáris ülés dönt, és a kamarák az óriási tömegű *amparo* (alkotmányjogi panasz) eldöntését végzik. Ezt a nagy leterhelést azonban elviselhetővé teszi, hogy az egyes mexikói főbírák a világon talán a legnagyobb törzskarral rendelkeznek, és ebben legalább tíz munkatárs segíti őket, és ezek mellett még további asszisztenseket is alkalmazhatnak.⁶⁰ Fontos még megjegyezni, hogy miközben a mexikói bírói kar ma is centralizált a legfőbb bírói testület felé a döntési stílusa ellenőrzése terén, addig maga a legfőbb bírói testület belülről decentralizáltabb az európai alkotmánybíráskodásokhoz hasonlóan, és itt maguk választják a bírák rövid időszakra az elnöküket, illetve ez csak az igazgatási ügyeket látja el, de pl. az előadó bírói kinevezést az egyes ügyekben egy random eljárás dönti el és ez nem az elnök hatáskörébe tartozik.

A '94-es alkotmánybíráskodási reform után az első évtizedben szinte semmit nem változtattak a mexikói főbírák a döntési irányaikon, de ekkor elkezdték használni a jogkörüket. Ám alapvetően csak mint a hatalmi ágak egymás közötti vitáinak és küzdelmeinek döntőbírói vállalták fel ezt a szerepet. Miguel Schor elemzése szerint alapvetően az USA 1800-as évekbeli Marshall-bíróság szerepét kívánják játszani a hatalmi ágak közötti egyensúlyt őrizve, és nem az 1960-as évektől indult aktivista Warren-bíróság széles körű alapjogi bíráskodását, mely a német alkotmánybíráskodási modellel keresztezve létrehozta a mai korra a demokratikus politikai küzdelmek eljogiasítását, és magának a demokráciának a részleges félretolását a jurisztokrácia által. Az ezt végrehajtó kolumbiai alkotmánybíráskodással a mexikóit szembeállítva Schorr így ír: "The Mexican Supreme Court facilitates democracy by effectuating vertical and horizontal separation of powers whereas the Colombian Constitutional Court primarily deepens the social bases of democracy by effectuating rights. Why the Mexican Supreme Court plays a role akin to the one played by the Marshall Court in the early American republic and why the work of the Colombian Constitutional Court bears a familiar relationship to the Warren Court is a puzzle. (...) The Mexican Supreme Court is primarily an umpire that handles disputes between the different

⁵⁷ „One difference from the US. according to the authors, is that the researchers in legal sociology in Brazil mostly do not rely on firsthand social inquiry. (...) the studies concentrate on the efficiency of institutions and possible reforms.” (Garth 2016:15)

⁵⁸ Francisco Giménez így írja ezt le: „The strong hierarchical fingerprint of the Mexican judiciary - which has remained to this day - assured the smooth top-down transmission of the style of judging extremely deferential to the political gesture of the day. The situation remained like this for almost seven decades.” (Giménez 2017:13)

⁵⁹ Giménez számításai szerint 2008-ben még csak nyolcezer ügy érkezett a legfőbb bírósághoz, de 2014-ben már hétezer volt ez a szám (Giménez 2017:14)

⁶⁰ „Each of them is aided by a staff of at least ten clerks (plus assistants), who serve at the pleasure of the Justices.” (Giménez 2017:15) A szerző jelzi, hogy ő maga is bírói munkatárs (clerk) volt 2004-2011 között.

branches of government while playing only a limited role in effectuating rights.” (Schorr 2008:41-42). A csekélyebb alapjogi bírászkodást Mexikóban a már hivatkozott másik kutató, Francisco Giménez azzal is magyarázza, hogy a “támogató struktúrák” szerepe itt nem annyira kiépült, mint Kolumbiában: “the impeding role of the *amparo* in Mexico, coupled with the absence of supporting structures” (Giménez 2018:235). Kevésbé virágnnyelven fogalmazva ezt azt jelenti, hogy az az NGO-bázis, amely az alapjogi perlést tulajdonképpen végrehajtja a jurisztokrácia országaiban, és ehhez felkutatja eszközként az sérelmet szenvedetteket, vagy inkább ráébreszti őket, hogy tulajdonképpen sérelemeket szenvedtek (“érzékenyítés”), az hiányzik itt Mexikóban. Pedig a jurisztokráciának az NGO-bázison kívüli másik előfeltétele, az egyetemi jogászi hálózat (“*episztemikus közösség*”) nagyon is jelen van Mexikóban, és az UNAM, az autonóm mexikói egyetem keretén belül épült ki az a jogtudományi intézeti részleg, mely egész Latin-Amerika vonatkozásában közvetíti az USA balliberális emberjogi stratégiáit az itteni alkotmánybírászkodás felé, és az amerikai emberjogi bíróság, az IACtHR több aktivista bírása és elnöke innen került ki az elmúlt évtizedekben. Úgy tűnik azonban, hogy miközben Latin-Amerika egészének neokonstitucionalizmusa innen kapja a kiinduló eszméket, addig ezek a teoretikusok otthon, saját hazájukban nem lehetnek “próféták”.

Ez a különbség azonban mélyebben azt jelenti, hogy a mexikói alkotmánybírászkodás jobban megmaradt az eredeti alkotmányos állam eszméjénél, melyben az alkotmányosság öre csak a kereteket védi a demokratikus erők küzdelmei felett, de magát a jogot nem kívánja levezetni dedukálással az alkotmányból, az alapjogokat eszközként erre felhasználva. Így itt nem jön létre a kettős állam - alul demokratikus, felül jurisztokratikus - és a jogrendszer duplázódása sem a törvényi jog felett, egy hierarchikusan magasabb alkotmányi joggal és alkotmányos jogágakkal. Így a mexikói alkotmánybírászkodás egy középutat képez a chilei és argentin bírói kar hagyományos szerepben megmaradása felé, szemben a szuperjurisztokráciát megvalósító kolumbiaival és az ehhez közelítő brazillal.

II.2. A jurisztokrácia minimalizálása

Csak a szuperjurisztokrácia előbb látott mintáitól eltérést igyekszem a következőkben röviden kiemelni, mintegy ellentétként a főként Kolumbiában látott alkotmánybírásági kormányzásnak. Ebben Argentína és Chile főbíráinak pusztán csak az alkotmányos kereteket őrző alkotmánybírászkodását veszem szemügyre

(Az argentin alkotmánybírászkodás) A katonai diktatúrákkal tarkított demokratikus kormányzás Argentínában csak 2003-tól tette lehetővé a napjainkban is létező stabil bírászkodást. Az alkotmánybírászkodást itt a Legfelsőbb Bíróság látja el, és noha az USA mintája szerint minden alsóbb bíróság is vizsgálhatja az alkalmazott jogi rendelkezés alkotmányosságát, és az adott esetben félreteheti azt ez alapján, de a végső szót erről a legfőbb bírák mondják ki. Őt bíró a testület tagja, és a bírák kiválasztása az elnök kezében van, de csak a szenátus 2/3-os többségű jóváhagyásával nyerik el a posztot élethossziglan, de 75 év felső korhatárral.

Az argentin főbírák eltérése a szuperjurisztokrácia felé hajó latin-amerikai társaiktól abban is megnyilvánul, hogy distanciálódtak a globális emberjogi irányítást a belső jogba bevívó IACtHR döntéseitől azzal az érveléssel, hogy az alkotmányuk közjogi elvei a szuverenitás számára rezervált területet jelentenek, és ez felette áll a nemzetközi egyezményeknek, és azok értelmezésénél ehhez kell alkalmazkodni.⁶¹

⁶¹ „The Court ruled that the Constitution’s public law principles define a „sovereign reserve sphere”, to which international treaties - and the construction of derived legal obligations must adjust” (SCA’ s decision 2017 (Ministerio) parag 16. - idézi GIDES 2017. 6. p.) Igaz, előtte az argentin főbírák is az alkotmányukba inkorporált

A leírások szerint szemben a széles társadalomirányítási szerepre törekvő kolumbiai és brazil alkotmánybíráskodással, az argentin főbírák a normakontrollnál is tudatosan a minimalista szabályozási szerep hívei, és igyekeznek az egyedi ügyre korlátozni döntésük hatásait, ahelyett, hogy strukturális változásokat kényszerítsenek rá más hatalmi ágakra.⁶² Az aktivista alkotmánybíráskodás hívei számára ez ugyan a főbűnök egyike lehet, de a demokratikus törvényhozást kiemelő megközelítés csak pozitívan tudja értékelni, különösen Latin-Amerikában, ahol az országok többségében a jurisztokráciának áll a zászló.

Eltérnek az argentin főbírák az alkotmánymódosítások ellenőrzésük alá vonásában is a szuperjurisztokrácia modellje felé hajló itteni országoktól, igaz ebben a velük szembenálló többi hatalmi ág stabil ellenállása is szerepet játszott. Ez pedig általában is megengedi azt a következtetést, hogy a latin-amerikai szuperjurisztokrácia kialakulásában az itteni kaotikus állami és társadalmi állapotok is belejátszanak, miközben ennek hívei ebből inkább szuperalkotmányosság és emberjogi a narratíva előnyös képét alakítják ki. (Mint az előbb Francisco Giménez-nél olvasható is volt ez) Ugyanis egy alkalommal az argentin Legfelsőbb Bíróság is ellenőrzés alá vett és megsemmisített egy vitatott alkotmánymódosítást a politikai küzdelem közepette 1998-ban, de itt ez a kiemelkedés a többi hatalmi ág közül nem vált bevetté. Ezt az is nehezíti, hogy itt - akár az USA esetében - az argentin elnök egyszerű törvénymódosítással fel tudja emelni a testület bíráinak létszámát, és ezzel átfordíthatja a többségi viszonyokat a saját javára, ahogy 1990-ben Menem elnök meg is tette ezt. Ekkor az öt bíróról kilencre emelte a testület bíráinak létszámát, és csak 2006-ban állították vissza az eredeti ötfős létszámot. (Arguelles/Süssekind 2018:13)

(*A chilei alkotmánybíráskodás*) Minden megingott Chilében a tavaly kirobbant tömeges demonstrációk óta, és áprilisban a népszavazás - a közvéleménykutatások szerint - jóváhagyja egy teljesen új alkotmány elkészítésére az alkotmányozó gyűlés megválasztását, majd 2021-ben népszavazás útján annak elfogadását. Mivel ezek a tömegdemonstrációk a keménybalos csoportok szervezésére jöttek létre a jobboldali-konzervatív elnök, Sebastián Pinera és kormányzata ellen, így feltehetően a Latin-Amerikában több helyen domináns balliberális neokonstitucionalista alkotmányosság és ennek jurisztokráciája felé viszik el a mai hangsúlyokat.⁶³ Így a mai chilei minimalista jurisztokrácia lehet, hogy néhány év múlva már csak jogtörténet lesz.

Az 1990-ben elindult chilei demokratizálódás menetében 2005-ben jöttek létre egy alapos alkotmányreformmal az eddigi ottani alkotmánybíráskodás alapjai. Ezt pedig meghatározta, hogy főszerepet ebben inkább a "fékezett" konstitucionalizmus hívei kapták, akik kritikát hangoztattak az amerikai emberjogi bírák szuperjurisztokráciája felett, melynek széles értelmezét az alapjogok mindenekfelett állásáról több latin-amerikai országban lelkesen bevitték az ottani alkotmánybírák a belső jog meghatározására. *Francisco Zúñiga* például alkotmányos fetiszmusnak nevezte azt a felfogást, mely a teljes jogrendszer összes normáját

emberjogi egyezményből indultak ki az IACtHR „alkotmányos blokk” tézisét elfogadva. (lásd Andia 2011:90)

⁶² „Using this minimalist approach, the Argentine Supreme Court has issued favorable decisions and satisfied the specific claims asserted by individuals or groups who brought the complaint but without demanding any structural change in public policies or the existing administrative dynamics. Within the framework of this second scheme, the Supreme Court is often very careful to underscore the singularity of the fact and the circumstances of the case in order to prevent the decision from being only too readily relied upon and applied by other courts.”(Oyhanarte 2015: 470)

⁶³ Annál is inkább, mert maga a tömegdemonstráció kirobbanása is jórészt az amerikai emberjogi szerveződéseknek, köztük az IACtHR-nak a volt chilei diktátor, Pinochet idején elkövetett emberjogi visszaélések reparálásának elmaradását kritizáló döntései hatására jött létre, és a tömegdemonstrációk közben a randalírozó bandák elleni kemény kormányzati fellépések kritikájára: „The decline in the legitimacy of the Pinera government in the eyes of the population has been intensified by the serious criticisms of the Inter-American Commission on Human Rights, the Human Rights Commission of Chile and the OAS General Secretary for violation of human rights by the government to suppress protests.” (Caro 2020):2)

lehetőnek látja kiolvasni az alkotmányból: “There is an enchantment with the Constitution and its “material of values” (“perennial philosophy”), and an epistemic disposition that we call *constitutional fetishism*, which transform the Constitution (sacred text, interpreted, reinterpreted to infinity) in the source of all the answers, which supports a misunderstanding restrained judicial activism (and with it a marked epistemological elitism), a kind of inexhaustible material law and that also constitutionalizes all law.” (Züniga 2012:175) ⁶⁴ Züniga ezzel a gondolattal az alkotmányos állam torzulását kettős állammá (alul demokratikus, de felül jurisztokratikus) a gyökerénél ragadta meg, mert míg az alkotmányos demokratikus államban az alkotmány csak a kereteket adja meg a demokratikus küzdelmek számára, de maguk a jogrendszer normái e keretek között a parlamenti többségek törvényei által létrehozottak, addig a neokonstitucionalista jurisztokráciában a jogrendszer egészét is az alkotmányból látják kiovashatónak. Ezzel minimalizálják a demokratikus komponenst, és felette a jurisztokratikus államnak adják a domináns részt. Züniga nem kíméli az emberjogi IACtHR szerepét sem, és mint az itteni országokon belüli szuperjurisztokrácia betetőzőjét fogja fel, a demokratikus deficitet felmutatva működésében: “*This neo-constitutionalism has a correlate in the inter-American system and in culture of continental law in that true paroxysm of judicial arbitration that is the “control of conventionality” exercised by an Inter-American Court in an interstate environment which is by no means a supranational political space, a system with defendant democratic deficit*” (Züniga 2012:175). Züniga pedig az egyik főszereplője lett ennek a alkotmányreformnak, és az elmúlt évek chilei demokratikus alkotmányosságára rányomta a bélyegét. ⁶⁵

III. Kettős állam és jogduplázódás. Összegzés

Az összegzést először államelméleti oldalról végzem el, majd a a kötet első fejezeteiben a jogrendszer meduplázódására vonatkozó elemzéseket foglalom össze.

III.1. Kettős állam: alul demokrtatikus, felül jurisztokratikus

Vizsgálódásaim végeredményét tézisszerűen úgy lehet összefoglalni, hogy a régidőktől létező államhatalom az 1800-s évek elejére az Egyesült Államokban alkotmányos állammá válva egy idő után – az alkotmányos állam eredeti eszméjének módosulásával - egy kettős államszerkezetet hozott létre. E minta más országokba átvitele/átvétele az 1900-as évek második felétől egy sor kettős szerkezetű államot hozott létre a világban, melyek az egyes helyeken mintegy evolúciós variációként egy sor eltérő funkció ellátása szerint alakították a kettős állami szerkezetet, és ezek a globális érintkezésben egymásra hatva alakították ki mára e kettős államszerkezet főbb modelljeit. A jogra kihatásában ez a kettős államhatalmi szerkezet a kettős államakarat képzésének megfelelően a hagyományos törvényhozási jogot is megduplázta, és a törvényhozási egyszerű jog jogágai felett az alkotmányi jog “alkotmányos jogágait” is létrehozta. Nézzük meg ezt a folyamatot részletesen.

Az alkotmány eszméje a Felvilágosodás eszmei-politikai küzdelmeiben Rousseau

⁶⁴ Az idézet Züniga spanyol eredeti szövegének angol fordítása.

⁶⁵ Alexandra Hunneus így ír Züniga és egy másik konzervatív alkotmányjogász szerepéről a 2005-ös chilei alkotmányreformban: „Francisco Züniga who played the most influential role in the process, deems neoconstitutionalism to be a type of „constitutional fetishism” and describes IACtHR’s doctrine of conventionality review as a „paroxysm” of judicial discretion lacking in democratic grounding. Fernandois, a political conservative close to the Right, has argued that the IACtHR’s rulings are not binding within Chile. Singificantly, the reform did not alter or further specify the status of international human rights domestically.” Hunneus (2016:193)

népszereződés elméletéből fokozatosan alakult ki, mint az államhatalom alapjainak és kereteinek nép általi ünnepélyes és kiemelt dokumentumban való meghatározása, mely után a népképviselői törvényhozás már csak e keretek között folyhat. Ezt valósították meg a történelemben először az angol gyarmati státusból függetlenedő észak-amerikai telepes államok alkotmányai és az összefogásukból létrejött föderális Egyesült Államok alkotmánya 1787-ben, illetve a végülis elvetelt francia forradalmi alkotmányok 1789-től. Az alkotmány az államhatalom kereteire vonatkozott ekkor még, de már néhány év múlva bevették az USA alkotmányába kiegészítésként az időközben a francia forradalmárok által kihirdetett emberi szabadságjogokat mint alkotmányos jogokat. Ezek az alkotmányos jogok csak az államhatalom célkitűzéseinek orientálását szolgálták ekkor még, és ez nem változott meg akkor sem, amikor 1803-ban az USA Legfelsőbb Bírósága arra a belátásra jutott, hogy joga és hatásköre van arra, hogy a szövetségi alkotmánnyal szembenálló tagállami törvényeket vagy a szövetségi törvényeket alkotmányellenessé nyilvánítsa, és megtiltsa alkalmazásukat. Ez volt az alkotmánybíráskodás eszméjének megszületése, és ez ekkor még csak hatásköri bíráskodást jelentett, a szövetségi alkotmányban előírt hatásköri megosztás tiszteletben tartásának őrzését az egyszerű törvényhozás törvényei felett.

Ez kezdett megváltozni fokozatosan az 1800-as évek közepétől, amikor a rabszolgaság megszüntetéséről politikai küzdelem robbant ki az erre törekvő észak államok és az ezt fenntartani akaró déli államok között, és az emberek közti egyenlőség alkotmányos jogára támaszkodva kísérelték meg a rabszolgaság intézményét alkotmányellenessé minősíteni a legfőbb bírakkal, de ezek ellenálltak ennek. Az észak és déli államok között kirobbanó polgárhábrú e kérdés miatt végül az előbbieket győzelmével zárulva új alkotmánykiegészítésekkel bevitte ezt a változtatást az USA alkotmányába, és ezután egyre inkább a törvények tartalmi ellenőrzésére is kezdték használni az alkotmányos alapjogokra lefektetett alkotmánybíráskodást, mostmár túlmenve a pusztán hatásköri bíráskodáson. Ezzel kialakult itt az 1900-as évek fordulójára, hogy amit a szövetségi kongresszusban vagy tagállami törvényhozásokban egyes politikai erők többségük révén törvénnyé tudtak emelni, azt a szembenálló politikai csoportok a főbírák alkotmánybíráskodására támaszkodva meg tudták semmisíteni. A politikai táborok szerint ez úgy nézett ki egészen az 1930-as évek végéig, hogy a liberális-demokrata tábor törvényhozási sikereit rögzítő törvényeket a konzervatív legfőbb bírálk alkotmányellenessé nyilvánították, és liberáldemokrata táborból méltatlankodó kritikák láttak napvilágot a néhány öreg főbíró demokráciát sértő alkotmánybíráskodásáról. E mellett azonban az alkotmánybíráskodástól szenvedő liberális politikai tábor egyes csoportjai a hozzájuk közelálló nagy bankár családok alapítványainak támogatásával egy fordított irányú alkotmánybíráskodásban bízva az egyenlőségi jogra támaszkodva alapjogi mozgalmakat kezdtek szervezni a fekete kisebbség támogatására, majd más kisebbségeket illetve a feminista törekvéseket is felkarolva pro bono ügyvédi irodákra támaszkodva a bíróságok előtti perlési politizálásával igyekeztek a politikai céljaikat elérni. Végül ez az 1950-es években vezetett először sikerre az USA szövetségi Legfelsőbb Bíróságán, miután a demokrata Rooseveltnök presszióra és új főbírák kinevezésével átfordult itt a többség a liberális irányba. Ezután az 1960-as években szinte egy alapjogi forradalom zajlott le az USA-ban, és amit nem tudtak a liberális demokraták a konzervatív többségű kongresszusban és tagállami törvényhozásokban átvinni, azt perlési politizálással a jogvédő mozgalmak a legfőbb bírálk előtti alkotmányos perlésekben tudták elérni. Ezzel kialakult a korábbi alkotmányos államból a kettős szerkezetű állam, melyben az alsóbb szint a demokratikus választásokra alapozódva az államolgári tömegek politikai akaratképzését jelenti, de felette egy másik államhatalmi akaratképzés is működik az alkotmányos alapjogokra és alkotmánybíráskodásra támaszkodva, és a szembekerülés esetén a felsőnek van primátusa.

Ez az USA-n belüli kettős állam azonban jelentős módosuláson ment át azzal hogy a második világháborúban győztes amerikai megszálló csapatok jogászai a legyőzött

Németország alkotmányozását irányítva egy olyan alkotmányi szerkezetet hoztak itt létre – elkerülendő, hogy a németek milliói megegyezően egy új Hitlert megválasztva szembekerüljenek az USA-val -, amely a parlamenti rendszer felett egy addig a világban példátlanul erős és széles hatáskörű alkotmánybíráskodást tartalmazott. Ezt saját bizalmi embereikkel töltötték jórészt fel, és amikor a későbbi években a német kancellár és kormánya igyekezett fellépni az alkotmánybírák széles ellenőrzése ellen a demokrácia nevében, akkor a megszálló amerikai jogászok és külügyi vezetők mint a jogállami demokrácia szükséges elrendezését védték meg velük szemben a hatáskörüket gátlás nélkül növelő alkotmánybírákat. Ennek révén itt a németeknél az alkotmánybírák olyan hatáskör-tágítási formulákat eszeltek ki, és az alkotmányszövegtől elszakadó olyan alkotmányértelmezési fajtákat alakítottak ki, melyek az amúgyis széles hatáskörüket szinte korlátlanra tették. A hatalmi súlypontnak ez a demokráciáról a felettes alkotmánybíráskodásra eltolódása ebben a kettős államszerkezetben, és a főhatalom demokrácia feletti jurisztokráciához áttelepítése a máskülönböző gazdasági prosperitásban élő németek milliói számára nem jelentett problémát, és így ez a modell ettől kezdve mint a bárhová exportálható politikai szerkezet vált érvényessé az USA vezető elitjei és általában a nagyhatalmak elitjei számára.

A későbbiekben aztán a '60-as évekből amerikai alapjogi forradalom mintája sokban kereszteződött az amerikai bírákhoz képest jóval nagyobb értelmezési szabadságot és ezzel főhatalmat elért német alkotmánybíráskodási modell elemeivel, és így a kettőt variálva kezdték átvenni az egyes európai és nyomukban más kontinensen levő államok. De az amerikai globális hatalmi elitek is ezek mixelésével igyekeztek tudatosan is átültetni ezt a kettős szerkezetű állami modellt a befolyásuk alá került országokba. Alulról ez a modell a társadalom demokráciáját mutatja, de felülről erre egy ezt ellenőrző második állami rész épül, mely az alkotmánybíráskodáson keresztül közvetlenül alkotmányból, főként ennek alapjogaiból igyekszik kibontani - mintegy ebből "dedukálva" - a teljes jogrendszert és a társadalomirányítás tartalmát. A német modellt az 1970-es évek végén a diktatúrától megszabadult Spanyolországban és Portugáliában vették át, és különösen a spanyoloknál a német modell alkotmánybíráskodását még inkább elszakították az alkotmányszöveghez kötöttségtől, és szinte minden korláttól eloldott alkotmánybíráskodást valósítottak meg. Ez spanyol radikalizálással bővített alkotmánybíráskodási modell aztán az 1980-as évek végétől a latin-amerikai spanyol nyelvű államokban került bevetésre az USA liberális elitjének alapítványai ösztökélésével, majd a '90-es évek elejétől a szovjet birodalom széthullása után az innen kiszabadult kelet-európai országokban ugyanígy.

Ezzel egy időben néhány kelet-ázsiai országban is voltak eltolódások a kettős államszerkezeti modell felé, itt is némi amerikai alapítványi ösztökéléssel, de itt a helyi elitek egy része más okokból maga is törekedett ennek átvételére. India egyes elitjei már az 1970-es évek elejére felerősítették a parlamenti többségi kormánnyal szembenálló főbírói elit jurisztokráciájának felhasználását a '60-as évekből amerikai liberális főbírák alkotmányértelmezéseinek átvételével és ezek alapján újak kieszelésével; Tajvan külön szervezett alkotmánybíráskodása 1987-ben kezdte el működését, és ez is, akár a szintén ekkortól induló dél-korai alkotmánybírák a német aktivista alkotmánybíráskodást tekintették követendő példának, átvéve ezektől az alkotmányszövegtől elszakadást és ezek rugalmas értelmezésének minden fondorlatát. A thaiföldi alkotmánybíráskodás csak némileg később kezdett működni, de ez is ugyanúgy a német aktivista alkotmánybíráskodást tekintette mintának, és a vidékkel szembekezdett városi szellem elitek követelésének engedelmessége az alkotmánybírák itt a választáson győztes kormánypárt és miniszterelnökének hatalomtól megfosztására is készek voltak már az eddigiekben kétszer is az ezredforduló utáni évektől kezdve.

A kettős államszerkezet alul demokratikus felül jurisztokratikus modellje Kelet-Európában tisztán mutatja a kettős államszerkezet valamilyen fokban mindenhol meglévő

szerkezeti elemeit, így ennél vegyük szemügyre ezt, utalva a többiek esetében a főbb eltérésekre. Itt fontos kiemelni, hogy a lokális demokrácia feletti szintre telepedett jurisztokratikus állami szerkezeti rész - különösen tisztán a kelet-európai államokban a '90-es évek körüli rendszerváltás után - az amerikai balliberális elit otthon már kiépített jurisztokráciájának exportálásával épült ki a nagy globális alapítványai NGO-hálózatainak leányszervezeteit betelepítve az itteni egyes országokba és felettük központi koordinációt és ellenőrzést megvalósítva. Ezt az egyes államokon belüli jurisztokratikus állami részt a kívülről történő központi koordinálás mellett segítette még egy már korábban létrehozott összefogási mechanizmus, mely eredetileg az 1940-es évek végétől indulva egyes nyugat-európai elíttek Európai Egyesült Államok-tervének megvalósítását célozta az Európai Tanács megteremtésével. Ez végül csak az európai emberjogi egyezmény létrehozására szűkölt, és így maradt fenn napjainkig az ezen egyemény mellé rendelt strasbourgi emberjogi bírászkodásban és az e mellé rendelt laza tagállami együttműködésben (Miniszterek Tanácsa és a Parlamenti Közgyűlés). Ám a szovjet birodalom széthullása és a kelet-európai államok ebbe integrálásával ez a korábban csak visszafogottan működő emberjogi bírászkodás egy idő után új életre kelt, és 1999-ban egy jegyzőkönyvi kiegészítéssel lehetővé tették, hogy az ezt aláíró már részes államok vállalják a saját állampolgáraik ellenük indítható pereit is, ha azok emberi jogaik megsértését vetik fel velük szemben. Ez a csatlakozás nyomatékosan javasolt volt, és a EU-ba felvételre várakozó kelet-európai államok számára ez nem csak egy szabadon mérlegelhető opció volt, de az ezen kívüli körre is a nemzetközi nyomás ezt kötelezően megszabta. (Így pl Oroszország is aláírta a jegyzőkönyvhöz csatlakozást egy idő után.) Ám ennek révén az időközben a kelet-európai országokba már betelepített amerikai globális NGO-k nem csak a hazai alkotmánybíróságokon fellépve tudták a megkettőződött állami szerkezet jurisztokratikus részét (és ezen keresztül a törvényhozási demokratikus részét is) befolyásolni, hanem a strasbourgi emberjogi bírászkodáson is, leányszervezeteikkel belülről perekkel támadva az egyes kelet-európai államokat. Időközben az ezt a perlést vizsgáló kutatások kiderítették, hogy a strasbourgi indítványok óriási többségét az amerikai alapítványi NGO-k betelepített leányszervezetei nyújtják be, és az is a nyilvánosságra került, hogy pl. az elmúlt 20 évben a száz Strasbourgba delegált kelet-európai bíró közül 22 a Soros Open Society NGO-k mellől került oda be. Más kutatások pedig azt hozták nyilvánosságra, hogy tulajdonképpen nem is a bírák döntenek elsősorban ott, hanem egy gondosan kiválasztott állandó emberjogi jogászapparátus (*registry lawyers*), és a bírók jórészt csak kihirdethetik az ezek által kialakított strasbourgi döntéseket. Sajnálatos módon e *registry lawyer* apparátus és a jelzett globális NGO-k közötti személyi összefonódásra az eddigiekben még nem készült tanulmány, de nagyon életszerű annak feltételezése, hogy ha már a jobban nyilvánosság előtt lévő bírák esetében is ilyen magas az NGO-k által beépítettek aránya, akkor a jobban elrejtőző apparátusban még nagyobb lehet ez. Ez az egyes európai államok feletti, központi európai beépülés pedig létezik az EU brüsszeli szervei mellett is, mint az látható volt az elmúlt évek híradásaiból a George Soros Open Society alapítvány hálózatainak óriási befolyását illetően az itteni akaratképzésre.

Az európai államok jurisztokráciájánál tehát a kettős jelleget lehet kiemelni, egyrészt a strasbourgi központi részt, másrészt az otthoni főbírákra, elsősorban az alkotmánybírákra, de kiegészítően a rendes felsőbíróságokra is kiterjedő jurisztokratikus állami szerveződést. Mint látható volt, mind a két rész esetében az amerikai globális balliberális NGO-hálózatok exportálásával és európai beépülésükkel jött ez létre, és fontos kiemelni, hogy bár ez a nyugat-európai országok belső bírói karát illetően is létezik, de teljes kibomlással inkább csak a kelet-európai országokban tudták létrehozni ezt a beépülést a jelzett globális NGO-hálózatok, mert a konszolidáltabb nyugat-európai jogrendszerek és szakmai jogásztársadalmak nem nyitak ki számukra ilyen könnyen.

Ez a főbírókon és jogvédő NGO-hálózatokon nyugvó európai jurisztokratikus rendszer

azonban még egy további elemmel rendelkezik, és ezt a szellemi háttérrel biztosító *egyetemi jogászi hálózat* jelenti.⁶⁶ Ez otthon az USA jogi egyetemi részlegein is létezik, és ezek alkotmányjogi, jogelméleti illetve nemzetközi jogi jellegű tanulmányainak egész világon való terjesztése adta mindvégig a jurisztokratikus államhatalmi szerkezet exportjának lehetőségét. Ezek a tanulmányok már felhasználják az elmúlt évtizedekben az amerikai aktivista alkotmánybíráskodást messze felülmúló német és más országokban ennek mintájára kialakított aktivista értelmezési formulákat is, és a mind újabban létrejövő alkotmánybírókat, bírákat és ezek alkotmánybírói munkatársait ösztöndíjakkal, tanulmányutakkal segítve építik be ezekben a globális hatalmi körök által támogatott alkotmányértelmezési és jogértelmezési formulákat. Az európai jurisztokrácia egyetemi jogászi részlegeit összefogó és központilag szervező központok közül kiemelkedő az EU által létrehozott firenzei EUI (*European University Institute*), ahol tanárként az e szerveződés csúcsaira jutott képviselőik kapnak helyet, de bőséges doktori ösztöndíj rendszereivel az egyes európai államok belső jurisztokratikus erői által már kiválasztott, és kipróbált fiatal jogászok is kapnak itt lehetőséget a NGO-hálózatokhoz csatlakozásra, és ennek jogászi munkáiban részvételre a későbbiekben rövidebb-hosszabb tanulmányutak segítségével. De e mellett főként a Soros Open Society alaptványhálózatai szervezésében rendszeres konferenciák és ezek közös angolnyelvű kötetei fogják össze folyamatosan az egyetemi jogászoknak azt a körét, melyek már stabilan csatlakoztak ehhez az összeurópai jurisztokratikus szerveződéshez. Itt cseh, magyar, lengyel, román, szlovén, szlovák, román alkotmányjogászok, nemzetközi jogászok és jogfilozófusok, illetve nyugat-európaiak mint németek, hollandok, angolok és amerikaiak vesznek részt állandó jelleggel. Ahogy a globális NGO-hálózatok országokba telepített részlegeinek is vannak központi szervezői, akik ismertek már a nyilvánosság előtt is, úgy az egyes országokon belüli egyetemi jogászi kör tagjai is ismertek a szakmai közéletben, de mivel ez egy összeurópai szerveződés, így ennek központi szervezői is kiemelkedtek már. Így említeni lehet az EUI volt igazgatóját *Joseph Weilert*, aki már évtizedek óta egyik meghatározó alak az európai jurisztokrácia egyetemi elitjének szervezésében, de ugyanígy központi helyet vívott ki magának e körök szervezésében *Armin von Bogdandy* és *Georg Daly* is, mely utóbbi az európai jurisztokrácia szellemi exportjának egyik fő szervezője más kontinenseken is.

E három elem - főbírók/alkotmánybírók, NGO-jogvédő hálózat és egyetemi jogászi háttérbázis - között stabil összefonódások, személyi átfedések és cserélődések is vannak nemcsak az előbb jelzett strasbourgi emberjogi bíráskodás szintjén, hanem a egyes országokon belüli szerveződést illetően is. Például Magyarországon az induló alkotmánybírói munkatársi gárdában egy tucat olyan tanácsadó tevékenykedett hosszú évekig, akik utólag a Soros NGO-hálózatok vezetői lettek - egyikük kifejezetten a hazai Soros Alapítvány elnöke -, és egymást támogatva, egymást hálózatként maguk után hozva ezután több hazai egyetemre beépültek, majd átvették itt az alkotmányjogi és jogelméleti tanszékek vezetését és vezető tanári posztjait.⁶⁷ Csak feltehető, hogy ez nem volt másképp a

⁶⁶ Ezt átfogóbban az akadémiai-tudományos világ „episztemikus közösségeinek” nevezik, letakarva persze ezzel az elnevezéssel, hogy sokszor már csak a tudomány álcája fedi a szellemi emberek ténylegesen politikai szerveződését. Ez pedig jórészt a jogi-társadalomtudományi ágakban jelentős, mert ezek tudásanyaga váltható át közvetlenül a politikai törekvések céljaira. (Lásd ehhez összefoglalóan: Ma'a K. Davis Cross: Rethinking Epistemic Communities Twenty Years Later. *Review of International Studies*. (Vol. 39.) 2012 131-145. p. illetve közelebbről a globális jurisztokrácia terjesztésére szerveződött egyetemi jogászság szerepéhez Margaret E. Keck, Kathryn Sikkink: *Activists Beyond Borders*. 1998.

⁶⁷ Hogy ez a latin amerikai emberjogi bíróság (IACtHR) vonatkozásában is így van, az Alexandra Huneus tanulmánya is mutatja, aki a globális jurisztokrácia terjesztését fő feladatként maguk elő tűző neokonstitucionalisták szerepét és ide beépülésüket így írja le: „But part of epistemic communities is that their members can work across national borders and play a role in shaping international as well as domestic institutions. (...) This part shows that neoconstitutionalists have increasingly taken leadership roles on the

többi kelet-európai országban sem, és így a jurisztokratikus államszervezeti rész az általuk elfoglalt alkotmánybírói/főbírói státusokon kívül az ezek bázisát adó NGO-k és egyetemi jogászcsoporthaik háttérével tudott és tud működni. Az alkotmánybíróság előtti indítványok igen nagy részét - úgy, ahogy a strasbourgiakat is - ezek NGO-hálózatok vagy csak hozzájuk kötődő ügyvédi irodák adják be, messzemenően koordináltan, esetleg közös formanyomtatványt is használva. E jurisztokratikus konglomerátumot közös médiaháttér is segíti mind az egyes kelet-európai országokban, mind ezeket összeurópai szinten összekötve, átvéve a számukra fontos híreket más országokban levő szervezeteik akcióiról is. Ez ma már súlypontilag a nagy látogattságú internetes portálokat jelentik, és mintegy karmesteri karlendítésre egyszerre erősítik fel egy-egy NGO-akciójuk hatékonyságát, vagy egy-egy egyetemi emberük új tanulmányának reklámozását a szélesebb nyilvánosságban. De ugyanígy fordítva is, a velük szembekerült alkotmánybírók/főbírók vagy egyes jogászprofesszorok hiteltelenítésére, szakmai reputációjának kikezdésére koncentrált támadásokat tudnak így megszervezni.

Fontos még kitérni arra, hogy bár ennek a demokratikus szerveződéssel sok szempontból szembenálló jurisztokratikus állami szerveződésnek a központi részét az alkotmánybíróságok és más legfőbb bíróságok jelentik, ám mivel egy alkotmányozási többség elérése esetén a demokratikus szerveződés erőinek módjában áll a saját értékviláguk felé átbillenteni az itteni többséget, így ez sajátos helyzetet hozhat létre az alapvetően az amerikai balliberális erők által betelepített és működtetett európai jurisztokrácia belső viszonyaiban. Ugyanis, ha nagy mértékben a balliberális politikai értékvilággal szembenálló jobboldali-konzervatív alkotmányozó kormánytöbbség tud kialakulni, akkor egy idő után ez átbillentheti az alkotmánybírói és más főbírói többséget is az új kienevezésekkel és alkotmánybíró-választásokkal. Ennek révén pedig mintegy kasztrálásra kerül a korábban körük szervezett balliberális NGO-hálózatuk és egyetemi jogász hálózatuk hatékonysága is. Ez történt 2011-től fokozatosan Magyarországon és 2015-től Lengyelországban is. Ennek révén a legnagyobb támadást kapják ezekben az országokban a részben funkciójukat veszített NGO-jogászoktól és egyetemi szellemi csoportjaiktól az "áruló", "szakmájukat feladó" és "kormánykatona" alkotmánybírák mind az utóbbiak folyóirataiban (itthon és külföldön), mind a balliberális TV csatornákon és online médiákon. Ez azonban csak provizórikus állapot lehet, mert ha az átbillenést létrehozó kormánytöbbség átadja a helyét a jurisztokratikus szerveződéssel baráti kormányerőknek, akkor, még ha annak nincs is alkotmányozó ereje, akkor is megkísérelheti ezt akár egy alkotmánypuccsal is visszafordítani, mert a jurisztokrácia rendszerének fent jelzett elemei ezt tombolva fogják követelni mind itthon, mind a baráti részlegeik külföldön. Vagyis a "félbevágott" jurisztokrácia esete áll most fenn mind Magyarországon, mind Lengyelországban, ezt tisztán kell látni.

A kelet-ázsiai országokban létező alkotmánybíráskodásra áttérve azt kell szemügyre venni, hogy a Kelet-Európában meismert minták ott miként működnek vagy miben van eltérés ott ezektől. Az egyik eltérés, hogy itt nem jött létre egy összeurópai alkotmánybíróként működő emberjogi bíróság Kelet-Ázsia egészét illetően, szemben azzal, hogy például Latin-Ameriába és Afrikába ezt exportálni tudták a nyugati jurisztokrácia domináns csoportjai. Így nincs az egyes államokon túl egy összefogó globális jurisztokrácia ebben a térségben. De nem lehetett arra utaló jeleket sem találni itt, hogy a globális amerikai NGO-hálózatok leányszervezetei épültek volna be ide, és azok mozgatnák belülről az egyes államok alkotmánybíráskodását. A fő különbség tehát, hogy itt belső hatalmi forrásokkal rendelkező társadalmi csoportokon nyugvó jurisztokratikus szerveződésről lehet beszélni a demokratikus szerveződés mellett, és ez nem egy exportált, kívülről beépített hatalmi rendszer. Bár egy-egy NGO kivételként nyilvánvalóan lehet külső gyökerekkel rendelkező

IACtHR as judges and clerks, and that neoconstitutionalist ideas and practices have permeated the Court.” (Huneeus 2016:202).

is, de rendszerszerűen ezek csak kivételnek tűnnek itt Kelet-Ázsiában.

Ez azonban nem jelenti, hogy ne lennének külső összefüggései ezeknek a jurisztokratikus szerveződéseknek, mert az indiai legfőbb bírák esetében az amerikai Supreme Court aktivista alkotmányértelemezési mintái a '60-as évekből döntőek voltak az utánzásban, vagy ugyanígy később a közérdekű perlés átvétele, és ehhez baráti, otthoni jogvédő ügyvédi irodákkal együttműködés fontosságának felismerése is az ottani tapasztalatok átvételét enéte. Ezek azonban csak eszmei átvételek voltak belső (hatalmi) készítésből, és nem külső globális hatalmi erők általi betelepülés következményei mint az Európában volt látható. Ugyanígy a thaiföldi, taiwani és dél-koreai alkotmánybírák esetében a nagyon szoros rátapadás a német aktivista alkotmánybíráskodás mintáira és érvelési formuláira is a belső politikai erőmegoszlások következményének tekinthetők, és ez csak a demokratikus többséggel szembeni belső hatalmi potenciál kiaknázásának feltárásában játszott szerepet, és nem valami külső globális hatalmi erőnek alávétés elfogadását hozta magával.

Összességében tehát a kelet-ázsiai alkotmánybíráskodás és az erre épülő jurisztokrácia rendszere egy párhuzamos hatalmi szerveződést jelent az egyes államokon belüli demokratikus szerveződés mellett, és mintegy megduplázza a politikai hatalmi küzdelmeket. Így az állami akaratképzés is megkettőződik, és ennek révén a jogrendszer is megkettőződik, a parlamenti törvényhozással kialakított törvények mellett/felett egy alkotmányjogiasított joganyag is működik.

Attérve a latin-amerikai országok alkotmánybíráskodására, itt egy középpozíciót lehet megállapítani a kelet-európai külsőleg exportált és fenntartott jurisztokráciája és a jurisztokráciát a belső hatalmi megkettőződésre felhasználól kelet-ázsiai modell között. Az itteni államok többségében a szuperjurisztokrácia felé mentek el, élükön Kolumbiával, Brazíliával, Costa Ricával és részben Mexikóval, de az USA-ból kapott folyamatos eszmei és NGO-beépülések itt végül a belső hatalmi pluralitással összefonódva a mindenkori demokratikus szerveződés mellett mint egy alternatív hatalmi út vált bevetté a demokratikus választásokon gyengébb, de máskülönben hatalmi erőforrásokkal erőforrásokkal rendelkező csoportok számára. Így már nemcsak az USA balliberális erőinek külső szervezése által fenntartott jurisztokrácia ez, ahogy Kelet-Európában megfigyelhető, hanem a tartós belső hatalmi kettősség kifejeződése, mint Kelet-Ázsiában láthattuk.

III.2. Kettős állam és a jogrendszer megduplázódása

*Feltehetően az is hozzájárult, hogy tavaly nyáron komolyan elgondolkodtam Cservák Csaba már évek óta hangoztatott javaslatán, miszerint a jogrendszernek nem négy, hanem öt jogrétege van – szemben azzal, amit én fektettem a '80-as évek végén -, hogy akkor már nyolc éve az alkotmányt precedensjoggal konkretizáló alkotmánybírói testület tagja voltam. Ugyanis én korábban jeles német szerzők jogfelfogását szintetizálva a szövegréteg, jogdogmatikai réteg és a felsőbírósági precedensjogréteg mellé még odacsaptam negyediknek az akkora már az egész világon jelentőssé vált alkotmánybíráskodási döntéseket mint alapjogi réteget. Cservák Csaba ezt kezdte korrigálni, és állította már 2015-ben, hogy van még egy ötödik jogréteg, és ez az alapjogi *dogmatika* jogrétege. Egy erről szóló könyvének bemutatását végezve tavaly aztán elgondolkodtam azon, hogy lehet, hogy mégis igaza van, és az alkotmányi dogmatikát nem lehet befogni egyszerűen a hagyományos jogági dogmatikák közé, amiért én korábban vita nélkül csak félretoltam álláspontját. De ha most már komolyan vettem, akkor rögtön tovább is mentem, és felötlött bennem, hogy akkor van egy hatodik is, amivel már évek óta töltöm napjaim nagy részét, és ez az alkotmánybírói precedensek jogrétege. És mivel Ran Hirsch jurisztokrácia téziséát átvéve és továbbgondolva már 2015-ben arra jutottam, hogy az alkotmánybíráskodás bizonyos feltételek mellett megkettőzi a politikai*

rendszer demokráciára épülését a jurisztokráciára építéssel, így most adódott számomra, hogy itt nem igazán hat jogrétegről van szó, hanem inkább kétszer háromról. Vagyis miután az alkotmánybíráskodást most már nem tudtam le egyetlen alapjogi réteggel, hanem itt is az alkotmányi szövegréteg, az alkotmánydogmatika és az alkotmányi precedensjog hármasságát tartottam a szemem előtt, akkor rögtön feltolultak az emlékek bennem a hagyományos jogágak keserves küzdelmeiről a konkurens alkotmányos magánjoggal, az alkotmányos büntetőjoggal. Ahogy már a '80-as évek végén olvastam egy német tanulmányutamon egy német magánjogászprofesszor kifakadását az alkotmányjogi imperializmusról ("verfassungsrechtliches Imperialismus"). Így a kibővített jogréteggépet most már mint a jogrendszer megduplázódását fogtam fel, melynek folyamán a hagyományos jogrendszer fölé telepített alkotmány az alkotmánybíráskodás révén már helyesebb elnevezéssel alkotmányi joggá válik fokozatosan, kibontva az alkotmányszöveg mellett az alkotmányi precedensjogot és ezekből lassanként az alkotmányi dogmatika érvelési formuláit és fogalmait is. Ez a jogduplázódás egyben mint egy primátussal rendelkező über-jogrendszer viszonyul a hagyományos jogrendszer jogrétegeihez, és explicit módon megsemmisítheti a törvénysszövegréteget, félretolhatja a hagyományos jogági dogmatika megoldásait, és saját formuláit kívánja helyükre tenni, illetve ugyanígy a rendes bírósági jogértelmezést is megsemmisítheti, és helyükre parancsoló módon az alkotmánybírói jogértelmezést rendeli. A tapasztalatok szerint ez egy folyamatos küzdelmet hoz létre a hagyományos jogrétegek hordozóival, ugymint a törvényhozással, a jogági dogmatika professzoraival és a legfelsőbb bírósági bírakkal, noha enne mértéke az egyes országokban eltérő.

Miután eddig eljutottam, szétnéztem a külföldi szakirodalomban, hogy most akkor én egy vadonatúj meglátásra jutottam-e, vagy csak megismétlem a mások által már megfogalmazott összefüggéseket. Ennek menetében rögtön felmerült, hogy amit én a jogrétegek elméletéből kiindulva most megteszek, azt a németek más név alatt már a '80-as évektől indulóan, de különösen az ezredforduló körül megvitattak, és az alkotmányjogi jogág alkotmánybíráskodását a jogrendszer többi részével mint egyszerű joggal állították szembe. Mégha ezt explicite nem is nevezték a jogrendszer megduplázódásának, de néhány szempontból azért úgy tárgyalták. Tanulási szándékkal aztán így mint az én duplázási tézisem egy alternatív megfogalmazásán mentem végig ezen egy külön tanulmányban. Jó volt látni eközben, hogy azzal, hogy én a jogot nem csak egységben tartom a szem előtt, hanem rétegekre szétbomlással, így minden egyes részletkérdésnél a jog hagyományos rétegeit az új alkotmányi jog rétegeivel tudtam ütköztetni és összehasonlítani. Így jobban a szem elé kerül, hogy mi a helyzete egy-egy jogrétegnek a hagyományos jogágakban, és miként változik meg ez a szerepe az új alkotmányi jogban. Ennek révén egy sor olyan kérdés merül fel, amit a németek alkotmányjog versus egyszerű jog szembeállítására nem tudott felvetni. (Csak utalok az erre vonatkozó első tanulmányomban feltárt hat lényeges különbségre a hagyományos jog jogrétegei és az alkotmányi jog rétegei között!)

Sokat lehetett tanulni azonban ebből az összehasonlításból, hisz a németeknél hozzánk képest már régebben elkezdtek az alkotmányos jogágak tanulmányozását, de azért is, mert a világ többi részén a németeket veszik alapul e téren, vagy mint elvetendő, vagy mint követendő példát. Így az alkotmányos magánjog esetében a brit és az olasz alkotmányjogiasítási szint a németek mintája alapján a magánfelek közti horizontális hatás vonantkozásában a közvetett hatás elismerése után mára jórészt átment a *közvetlen hatás* elismerése felé, míg az USA-ban ehhez képest megmaradtak egy alacsonyabb szintű alkotmányjogiasításnál. Ugyanígy az alkotmányos büntetőjog esetében a németeknél az itteni büntetőjogászprofesszorok által kidolgozott és a szinte a teljes hagyományos büntetőjog alkotmányjogiasítását megcélzó megoldásokat jó volt alapul venni ahhoz, hogy egy skálán osztályozni lehessen az egyes országokban az alkotmánybíráskodás által ténylegesen felkarolt és megvalósított alkotmányjogiasítási szintet. Így jól látható volt ebben az összehasonlításban,

hogy e téren maga a német alkotmánybíróság a 2008-as e téren hozott kulcsatározatában markáns álláspontot kifejtve teljes mértékben elutasította azt, hogy túlmenjen a büntetőjogi alkotmányi garanciák mentén történő perifériális alkotmányjogiasításon, és ugyanezt tették az USA szövetségi legfőbb bírái is, míg a kanadai Legfelsőbb Bíróság lelkesen beleállt büntetőjog teljesebb alkotmányjogiasításába. Ezek után tanulságos volt összehasonlítani a magyar alkotmánybírák '90-es években megindított büntetőjogi alkotmányjogiasítását és ennek napjainkig végbement változásait, mert kiderült, hogy akár világbajnoki címet is megkaphattak volna a magyarok a '90-es években, ha osztottak volna ilyet. Mert, amit egyetlen ország alkotmánybírói többsége sem tett meg - és a 2000-es évektől a kanadai legfőbb bírák is csak megközelítettek -, azt a frissen létrehozott hazai alkotmánybíróság a '90-es évek elején skrupulusok nélkül megtette. Amit a német büntetőjogász professzorok otthon nem tudtak elérni, és csak álmodni tudtak az alkotmánybíráskodásba átültetésről, azt a '90-es évekbeli hazai alkotmánybírói többség hezitálás nélkül megtette, és egy sor büntetőjogi tényállást megsemmisített mint az *ultima ratio elvébe* ütközött.

Ezeket alapul véve az összehasonlító alapú vizsgálódásaimat úgy összegeztem, hogy két fokozatot lehet elkülöníteni az egyes jogágak alkotmányjogiasításánál. Ez megállhat egy alacsonyabb foknál, amikor csak az alkotmányi garanciák körül történik meg ez, de lehetséges egy magasabb fok is, melynél a egyes hagyományos jogág anyagának és dogmatikájának egész terjedelme is elvileg átírásra kerülhet. Ez megy végbe büntetőjog területén, ha az alkotmányi büntetőjogi garanciákon túl egy általános formulát is az alkotmányos megítélés mércéjévé emelnek fel, és ehhez bármely büntetőjogi tényállást és szabályt hozzá lehet mérni, és megsemmisíteni. Ilyen általános formulaként dolgozta ki a németeknél a büntetőjogászok egy csoportja a *jogtárggyal lefedettség követelményét*, valamint az *ultima ratio* elvet, a kanadaiaknál pedig a *károkozás elvét kombinálva ezzel az arányosság elvét, vagy az egyenlőség elvét*, és ezekbe ütközőnek minősítve bármely büntetőjogi előírás elvileg felülvizsgálhatóvá és megsemmisíthetővé válik az alkotmánybíráskodás folyamán. A magánjog terén pedig a magánfelek közti horizontális hatás elismerése vagy ennek tagadása az a vízváltó, ami eldönti az alkotmányjogiasítás fokozatát az adott országban, és ezzel a jogrendszer megduplázódásának a fokát.

Továbbhaladva a vizsgálódással e téren feltűnt számomra, hogy mióta én az '1970-es évek vége óta foglalkozom az alkotmánybíráskodás kutatásával, időközben az akkor létező három alkotmánybíróságból mára fokozatosan az egész világra kiterjedéssel már a százat is meghaladja a számuk, és ennek nagyobbik fele külön szervezett alkotmánybíróság, de az Egyesült Államok megoldása szerinti rendes felsőbbbíróságok által ellátott alkotmánybíráskodás modellje is elterjedt jónéhány országban. Itt pedig felmerült bennem *Savigny* emléke, aki az 1800-as években a franciáktól átterjedő írott jogalkotás ellen harcolva, bár reális problémákra mutatott rá, de utólag értékelve egy új joglépcső kiemelkedését akarta megakadályozni hasztalanul. Így az alkotmánybíráskodás elmúlt 40 év alatt megállíthatatlannak tűnő terjedését a szem elé kapva - mely messze túlment a Kelsen által szem előtt tartott, pusztán kereteket őrző alkotmánybíráskodáson -, felmerült most bennem, hogy talán itt is egy új, további joglépcső emelkedik ki ezzel a megduplázódással, és én kissé szélmalomharcot folytatva küzdök már majd harminc éve az aktivista alkotmánybíráskodás formuláját alkalmazva ez ellen. Ez kétségkívül roncsolja a demokráciát, roncsolja a hagyományos jogágak dogmatikai fogalmi rendjét, de talán ez egy olyan "termékeny rombolás", mely ezt egy új, magasabb funkció vagy akár több funkció ellátása érdekében teszi, amit én eddig nem vettem figyelembe. Eddig a konkrét okokra figyeltem inkább, melyek az egyes országokban az addigi demokratikus törvényhozási dominancia helyére az alkotmánybírói és más főbírói dominanciát tették, és ezek eléggé prózai politikai és hatalmi okok voltak, akár a belső hatalmi küzdelmeket illetően - ahogy Ran Hirschl a *Toward Juristocracy* c. 2004-es könyvében elemezte -, akár a külső nagyhatalmi nyomásokat illetően. Egy intézmény

létrejöttét meghatározó okoktól ugyanis teljesen független az, hogy ez tartósan fenn tud-e maradni a történelmi folyamatok evolúciós funkcionalista elmélete szerint. Kérdés tehát, hogy lehet-e ilyen tartós funkciót vagy funkciókat felmutatni az világon egyre terjedő alkotmánybíráskodás mögött?

Mivel e téren még csak az elemzés elején tartok, így csak az összeállított kötetem előszavába írtam bele két olyan funkciót, melyek ezt jelenthetik. Idézem: „Egy lehetséges tartós funkciót én abban látok, hogy a politikai törvényhozás és az ennek alárendelt miniszteri szintű jogalkotás formájában kiemelkedett tudatos jogmeghatározás az egyes emberek jogait és kötelezettségeit szükségszerűen *instrumentális metszetben* tudja csak figyelembe venni. Így az alkotmánybíráskodás az egyes jogokra és kötelezettségekre összpontosult ügyelemzése, és emellett még ezen túl is az egyes konkrét esetekre figyelő munkamódszere miatt - legalábbis a legnagyobb döntési terhet jelentő bírói döntések és ezek által használt törvényi rendelkezések alkotmányosságát vizsgáló tevékenysége közben - lehetővé teszi, hogy az instrumentális metszetben alkotott és alkalmazott jogot *az egyéni jogokra koncentrálna korrigálja*. Így a kiemelkedett új joglépcső éppúgy gazdagítani tudja az eddigi joglépcsők evolúciós adalékait, ahogy korábban a jogdogmatika is tudta a feszes logikai értelmi rend bevitelével. Vagy, miként a tudatos jogalkotás a törvényhozási politikai demokrácia bekapcsolása mellett a bírói szféra fölé emelkedve a *minisztériumi információgyűjtéssel készített törvénytervezeteivel* is gazdagította a jog rendszerét.”

Ez lenne tehát az egyik funkció, de tovább keresgélve egy ettől teljesen független másik funkció is felmerült előttem, idézem: „A törvényhozás feletti új, alkotmánybíráskodási joglépcső világ egészében elterjedtségét elemezve a tartós funkció utáni kutatás azonban adhatja azt a magyarázatot is, hogy ennek eredményeként végül is a választók millióira alapozott demokrácia az elitek jogkorrekciójával kapcsolódik össze, és él együtt vele. Így amit a felvilágosodás francia forradalmárai Rousseau néptörvényhozási eszméje alapján kiharcoltak, az a társadalmi hatalmi realitások elittagozódásával együtt tud élni. Pesszimistán szemlélve ez így a demokrácia korlátozása - amit már számtalanszor leírtak az alkotmánybíráskodás kapcsán -, de optimista szemszögből szemlélve talán ez az egyetlen út arra, hogy a tömegdemokrácia az elitek megszüntethetetlen dominanciája ellenére legalább ilyen formában fennmaradjon.”

Mindenki maga eldöntheti, hogy ezek az itt kiemelt funkciók eléggé méltányolhatók-e ahhoz, hogy az alkotmányjogiasításnak a demokráciát és a hagyományos jogági dogmatikákat roncsoló következményeit „termékeny rombolásnak” tekintse-e, és így támogatandónak, vagy sem. Vagy folytasson kutatást más legitimáló funkció után. Mindenesetre én nem sok esélyt látok arra, hogy a most már majd félévszázados fejlemények után megforduljon a trend, és *Kelsen* álmainak megfelelően pusztán a demokráciát és a hagyományos jogrendszert a garanciális keretek között tartó alkotmánybíráskodás valósuljon meg.

E funkciók jelzése még jórészt hipotézisek, és még elemzésekkel, illetve mások meglátásait felhasználva kell majd ezeket alátámasztani. De a másodikra Robert Borktól már találtam egy egész kötetben kibontott olyan elemzést, mely szinte már el is végezte ezt az alátámasztást helyettem. Idézem tőle: “A bírák az Alkotmányba új elveket beleolvasva nem mondanak semmit analitikailag ezek eredetéről, hanem csak retorikailag ábrázolják ezeket. Azonban komoly okok vannak annak feltételezésére, hogy a bíró mindig azokat az értékeket foglalja bele az alkotmányi rendelkezésekbe, melyek azoktól a társadalmi osztályokból vagy elitektől származnak, melyekkel azonos az identitása. Egy közhelynek számít, hogy az Egyesült Államokban a morális nézetek mind regionálisan, mind a társadalmi osztályok szerint változóak. Az szintén egy közhely, hogy bizonyos elitek morális szemlélete erősebben megjelenik a kormányzat működésében, mint az olyanok, melyek a nép többségének morális nézeteivel egyeznének. Ez különösen igaz állítás a bírák által kifejezett morális nézeteket illetően. Az elitek morálja és politikai nézeteik nagyon sokszor nem képesek választást nyerni

és a törvényhozási többséget irányítani, mindazonáltal a bírákat befolyásolva mégis csak a jog meghatározóivá tudnak válni. Ez az oka annak, hogy bizonyos elitiek előtt extrém módon népszerű a bírói aktivizmus, és bátorítják a bírákat erre azzal, hogy ez az ő igazi hivatásuk. A törvényhozás ezzel szemben sokkal inkább a tömegek többségi morális nézeteit fejezik ki, míg a bírói aktivizmus az elit kisebbségét.”⁶⁸ Csak azt fűzhetem hozzá, hogy ezt állítom én is a jelzett funkció kiemelésével.

Összegzésem végén még az alkotmányi joggal létrejövő anomáliára szeretnék kitérni röviden, mely e megduplázódott jogi rész miatt keletkezett a hagyományos jog horizontális jogági tagozódását illetően. Ez a kontinentális európai jogrendszerekben már kb. 150 éve egyre mélyebben széttagolta jogászságot első fokon jogági jogásszá, majd csak ezután jön a második fokon a szétbomlás az egyes jogász szakmákat illetően, úgymint a bírói kar, ügyvédség, ügyészség és közigazgatási jogászság és egyetemi jogászság. Ez a második szétbomlás már nem érinti azt, hogy minden kontinentális európai jogász már a egyetemi végzése után jogági szakosodásra kényszerül, amennyiben halad előre karrierjében. A jog egészét igazán meghatározó felsőbbíróságok bírái, egyetemi jogászprofesszorok, az ügyészi elit és az ügyvédi elit tagjai mind már egy-egy jogágra szakosodott jogászok, akik a jogrendszer más jogágaira már csak mint joghallgatói emékeikre tekintenek nosztalgiával, de ezeket évtizedek óta nem művelik. Ezzel szemben az Egyesült Államokban megmaradt a bírói kar szerveződésében a generalista bíráskodás, és tőlük kisugárzóan (ugyanis zömük egyben egyetemi jogász is, és ők képzik ki a mindenkori következő jogászgenerációkat) a jogrendszer egészében való szemlélete Ez az, ami az európai kontinensen az utóbbi másfél évszázadban fokozatosan eltűnt, és ami miatt a specializálódva szétszakadozott jogászság és a mélyen specializálódott bírói kar csak nehezen tudja felvenni az Amerikából átszármazódott generalista alkotmánybíráskodás ellátását.

Én úgy látom, hogy a generalista alkotmánybíráskodás által előrehajtott alkotmányi jog és az elsősorban általa megvalósított jogrendszer-duplázódás megköveteli, hogy a hagyományos jogágak horizontális tagolódása mellett egy generalista jogág is elismerésre kerüljön – mintegy a többiek felett “keresztbe fekvő” –, és ennek joganyaga is bekerüljön legalább egy súlyos tantárgyként a jogászképzésbe *alkotmányi jog* elnevezés alatt. Ebből ered, hogy a régi államjoggal utóbbi évtizedekben azonosított alkotmányjogot, mint inadekvát elnevezést el kell vetni, hisz ez az államhatalmi szervek szabályanyagát tartalmazó jogág éppúgy csak részlegesen van az alkotmányi jog által szabályozva, mint a többi jogág. Ez a hibás azonosítás mára oda vezetett nálunk, hogy ma már a vallásszabadság alkotmányos alapjogával, az alkotmányos magánjoggal, az alkotmányos büntetőjoggal és a nemzetközi alkotmányjoggal foglalkozókat is befogó alkotmányjogi tanszékek léteznek, ám az echte államjogász szakma jórészt eltűnt, és ezek témáit egyre inkább a politológusok veszik át. Ám náluk pedig csekély a tényleges jogi tudás az összefüggések mélyebb átlátásához. Vagyis a jogágakat és a jogászképzést illető javaslatom, hogy kapja vissza az *államjog*, ami őt illette, és az *alkotmányi jog* mint egy generalista új jogág anyagába kerüljenek bele a mai, különböző alkotmányos jogági név alatt üzött tevékenységek, Szerintem ezzel a hagyományos jogágak művelői is jól járnának, mert így a ma őket sokszor belülről bomlasztó törekvések “alkotmányos” zászlók alatt ezzel kikerülnének a sáncaik közül. Igaz, hogy egyben egy felettes szintre kerülve a velük szemben primátussal rendelkező alkotmányi jog sáncai közül kiindulva új rivalizálások is létrejöhetnek. De mivel ezek ma is vannak, csak rejtettebben és kezelhetetlenül, így talán ez ebből a szempontból is megfelelőbb lenne.

⁶⁸ Robert H. Bork: *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law.* Simon and Schuster New York. 1990:17

Irodalom

Andia, Maria Gracia (2011): Disadvantaged Groups. the Use of Courts and Their Impact: A Case Study of Legal Mobilization in Argentina: PhD. Northern University. Boston 2011.

Arguelhes, Werneck Diego/Evandro Proenca Sússeknd (2018): Building Judicial Power in Latin America: Opposition Strategies and the Lessons of the Brazilian Case. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*. 2018. (Vol. 1.) No. 27.

Balganesh, Shyamkrishna (2016): The Constitutionalization of Indian Private Law. *Penn Law: Legal Scholarship Repository*. 2016. 15.p.

Bhuwania, Anuj (2014): Courting the People: The Rise of Public Interest Litigation in Post-Emergency India. *Comparative Studies of South Asia, Africa and Middle East* (Vol. 34.) 2014. 314-335.p.

Butt Canales, Manule Jesús Miranda (2016): Constitutionalization of Civil Law by the Peruvian Constitutional Court Jurisprudence. *Yearbook of the School of Law Universidad Autónoma de Madrid*. 2016.

Caro, Ariela Ruiz (2020): The Dramatic Fall of Chile as Latin America's Neoliberal Role Model. *Counterpunch*. 2020 febr. 5.

Cliquennois, Gaëtan/Brice Champetier (2016): The Economic, Judicial and Political Influence Exerted by Private Foundations on Cases Taken by NGOs to the European Court of Human Rights: Inkings of a New Cold War?. *European Journal* (Vol. 22) 016 No. 1. 92-126. p.

Colón-Ríos, Joel I. (2017): Constitutionalism and the Democracy in Latin America. *Victoria University of Wellington of Law Research Papers*. 118/2017.

Condeixa, Fábio (2012) Parallels between Judicial Activism in Brazil and Australia: A Critical Appraisal. *The Western Australian Jurist* (Vol. 3.) 2012 No. 1. 103-125 p.

Epp, Charles (1998): *The Rights Revolution*. Chicago - London, The University of Chicago Press.

Esquirol, Jorge I. (2018): The Geopolitics of Constitutionalism in Latin America. In: Colin Crawford/Daniel Bonilla Maldonado (eds.): *Constitutionalism in the Americas*. Edward Elgar Publishing. New York. 2018. 79-108. p.

Fombad, Charles Manga (2011): Constitutional Reform and Constitutionalism in Africa: Some Current Challenges and Future Prospects. *Buffalo Law Review* (Vol- 59.) 2011 No. 4. 1007-1108. p.

Garth, Bryant G. (2016): Brazil and the Field of Socio-Legal Studies: Globalization and the Hegemony of the US, the Place of Law, and Elite Reproduction. *Revista dos Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*. (Vol. 3.) 2016 No.1. 12-23. p.

Gargarella, Roberto (2015): Too „Old” in the „New” Latin America Constitutionalism. *Yale*

University Research Papers 2015. 44. p.

GIDES (2017): Argentina's Supreme Court and the Covenant. Córdoba. 2017. 18. p.

Giménez, Francisco Pou (2017): Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court. In: Richard David/Davis Taras (eds.): Justices and Journalists. The Global Perspective. Cambridge University Press. New York. 2017. 209-234. p.

Giménez, Francisco Pou (2017b): Supreme and Constitutional Courts: Directions in Constitutional Justice. In: Sieder, Rachel/Karina Ansolabehere (eds.): Routledge Handbook of Law and Society in Latin America. Routledge. 2017.

Giménez, Francisco Pou (2018): Constitutionalism and Rights Protection in Mexico and Brazil: Comparative Remarks. *Revista de Investigações Constitutionais*. (Vol. 5.) 2018 No.3. 233-255. p.

Ginsburg, Tom (2008): Constitutional Courts in East Asia: Understanding Variation. *Journal of Comparative Law* (Vol. 80.) 2008. No.1. 80-99.p.

Ginsburg, Tom (2009): The Constitutional Court and the Judicialization of Korean Politics. In Andrew Harding et al.(eds): *New Courts in Asia*, Routledge 2009.

Huneus, Alexandra (2016): Constitutional Lawyers and the Inter-American Court's Varied Authority. *Law and Contemporary Problems* (vol. 79) 2011. 179-205.p.

Jardi, Dominic J. (2018): Demand-Side Constitutionalism: How Indonesian NGOs Set the Constitutional Court's Agenda and Inform the Justices. Centre for Indonesian Law, Islam and Society. Melbourne. Policy Paper Serie, No. 15. 2018. 33 p.

Lin, Chien-Chin(2017): Autocracy, Democracy, and Juristocracy: The Wax and Wane of Judicial Power in the Four Asian Tigers. *Georgetown Journal of International Law*. (Vol. 48.) 2017: 1063-1144. p.)

McManus, Coddou Alberto (2017): Addressing Poverty through a Transformative Approach to Anti-Discrimination Law in Latin America. In: Fortes P., Palacios Lleras A., Gerald Daly T. (eds.) *Law and Policy in Latin America*. Palgrave Macmillan, London, 2017. 221-237.

Mérieau, Eugénie (2016): Thailand's Deep State, Royal Power and the Constitutional Court (1997 -2015). *Journal of Contemporary Asia* (Vol. 46-) 2016 No. 3. 445-466. p.

Nolte, Detlef/Almut Schilling-Vacaflor (2012): Introduction: The Times are a Chanchin': Constitutional Transformations in Latin America since the 1990s. In: Nolte/Schilling Vacaflor (eds.): *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*. Ashgate Publishing. New York. 2012. 3-31. p.

Nagle, Luz Estella (1995): Evolution of the Colombian Judiciary and the Constitutional Court. *Ind. International and Comp. L. Rev.* (Vol. 6) 1995 No1. 59-90. p.

Oyhanarte, Martín (2015): Public Law Litigation in the US and in Argentina: Lessons form a

Comparative Study. Ga. J. International and Comp. Law. (Vol. 43.) 2015. 454-506 p.

Pathak, Rabindra Kr. (2013): Constitutional Adjudication in India: A Study with Special Reference to Basic Structure Doctrine. Thesis Submitted to the University of Burdwan for the Award of the Degree of Doctor of Philosophy in Law. Burdwan, West Bengal, India. 2013.

Pokol Béla (2017): A jurisztokratikus állam. Dialog Campus Kiadó. Budapest.

Ponce, Maria Garcia Narando (2016): Constitutional Changes in the Andes. Univ Estud. Bogotá (Colombia) No. 13: 139-154. enero-junio 2016.

Schorr, Miguel (2008): An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: the Cases of Mexico and Colombia. 2008.

Spevack, Edmund (2012): Allied Controll and German Freedom: American Political and Ideological Influences on the Framing of the West German Basic law. Münster LIT Verlag 2012.

Wang, Yun-Ju (2008): Die Entwicklung der Grundrechte und Grundrechtstheorie in Taiwan. Dissertation Universität Frankfurt am Main. Verlag für Sozialwissenschaften. 2008.189.p.

Züniga, Francisco Urbina (2012): Nueva Constitucion y Constitucionalismo en Chile. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. (Vol 173.) 2012. 173-183. p.

Zsugyó Virág (2017): Az alkotmányellenes alkotmánymódosítás egyes elméleti kérdései az alkotmányosság tükrében. Állam- és Jogtudomány 2017/3. sz. 99-122. p.

A globális kormányzásról való gondolkodás az államelméleti narratívában

*Akarom, mert ez bús merészség,
Akarom, mert világ csodája:
Valaki az Értől indul el
S befut a szent, nagy Óceánba.²*

Az alábbiakban a globális kormányzásról való gondolkodás államelméleti narratívában való megjelenését, és annak fejlődéstörténetét tekintjük át, vállaltan elmélettörténeti megközelítést alkalmazva. Vizsgálódásaink kezdőpontját a „már a görögök is” ismert fordulatának megfelelően az ókori Hellász jelenti, végpontján pedig a XXI. század szellemi kavalkádjában fellelhető aktuális gondolatok foglalnak helyet. E szellemi „kalandtúra” folyamán indokolt esetben az olyan erkölcsi és politikai koncepciókat is görcső alá vesszük, mint az univerzalizmus és a kozmopolitanizmus – annál is inkább, mivel ezek az elméletek egyrészt a konkrét világállam-koncepciók előképét jelentik, másrészt a későbbiek folyamán integrálódtak is azokba. (Az egyszerűség kedvéért ennek folyamán elfogadjuk a Tanyi Attila-Eric Brown szerzőpáros által alkotott munkafogalmakat, amelyek szerint az erkölcsi univerzalizmus az az elképzelés, „mely szerint az erkölcsi normák legalább egy része egyetemesen, közösséghez tartozástól függetlenül érvényes személyekre és személyek közötti viszonyokra.” A kozmopolitanizmus pedig az a gondolat, miszerint „az emberiség, a komoly kulturális és társadalmi különbségek ellenére, egyfajta közösséget alkot.”³) A tanulmány tematikus kereteit lehatárolva jelezzük, hogy bár az európai egység tárgyában megfogalmazott, politikai filozófiai vonatkozású elméletek feltérképezését szükség esetén elvégezzük, a tételes európai integráció államtani szempontú elemzésétől – terjedelmi és módszertani okokból egyaránt – eltekintünk.

I. „Már a görögök is”

Az ókori görögök felfogását döntően a hellén-barbár fogalompár uralta, amelyből az következett, hogy „a hellének lenézték az idegeneket, a habogó, érthetetlen beszédűeket, s elmarasztaló jelzők sorozatával illették a rajtuk kívül élő teljes emberiséget.”⁴ Emellett azonban az sem elhanyagolható tényező, hogy a görögök a szofistáknak köszönhetően első ízben deklarálták az emberek közötti egyenlőséget, méghozzá etnikumra és osztálykülönbségre tekintet nélkül.⁵

¹Adjunktus, Nemzeti Közszolgálati Egyetem Államtudományi és Nemzetközi Tanulmányok Kar, Kormányzástani és Közpolitikai Tanszék

² Ady Endre: *Az Értől az Óceánig*. In Ady Endre: *Vér és arany*. Nyolcadik kiadás. Athenaeum Rt. kiadása, Budapest, é. n. [1924], 175. o.

³ Tanyi Attila – Brown, Eric: *A globalizáció nyomában. Fejezetek a kozmopolitanizmus és az univerzalizmus filozófiai történetéből*. Kézirat. 1. o. http://academia.edu/23767881/A_globalizáció_nyomában. (Letöltés: 2019. november 27.)

⁴ Koselleck, Reinhart: *Az aszimmetrikus ellenfogalmak történeti-politikai szemantikája*. Ford.: Szabó Márton. József Műhely Kiadó, Budapest, 1997, 17. o.

⁵ Szoboszlai-Kiss Katalin: *Alvó demokrácia. Kormányzásról, törvényről, erkölcsről Homérosztól Szókratészig*. Széchenyi István Egyetem – Universitas Győr Nonprofit Kft., Győr, 2018, 69., 73. o.; Gelenczey-Miháltz Alirán: *Mindnyájan görögök vagyunk? A hellén és európai identitás problémáiról*. In *Ókor. Folyóirat az antik*

A hellén-barbár csoportba sorolás felfogásán elméleti értelemben több jelentős görög gondolkodó is rést ütött. E filozófusok egyike a Kr. e. V. században alkotó Szókratész volt, aki a szofistákkal szemben annak bebizonyítására törekedett, hogy létezik egy egységes világtudás az ember felett, amelynek az állam csak az egyik szükséges alkotóelemét jelenti. Werner a „bölcészeti jogtudományról” szóló munkájában arra is kitér, hogy Szókratész gondolkodásában már a világpolgárság eszméjének nyomait is fellelhetjük – habár a filozófus csak meglehetősen sejtelmes módon utalt erre.⁶ Montaigne idézi fel *A gyermekek neveléséről* szóló esszéjében, hogy Szókratészt egy alkalommal megkérdezték, hogy hova való, mire „nem azt felelte, hogy Athénből, hanem azt, hogy evilágból [értsd: nagyvilágból]. Széles, átfogó képzelete magába ölelte a világot szülővárosával együtt, fejébe véste és szívébe zárta az egész emberi közösséget.”⁷ Egy másik adoma is Szókratészre utal: ti. a sztoikus Epiktétosz rá hivatkozva mondta azt, hogy ha valaki az állampolgársága felől érdeklődne, „Athén vagy Korinthosz helyett a világpolgárság kell vallania.”⁸

A cinikus Diogenész önmagát az *apolisz*, *patridosz* és *heszteremenosz* (polisz nélküli, ház nélküli, hazátlan) jelzőkkel illette, és kialakította az univerzális kozmopolita fogalmat.⁹ A diogenészi alapokon álló kozmopolitizmus az emberek közötti szolidaritás gondolatával volt átitatva, és minden ember egyenlőségét, testvér mivoltát hangoztatta.¹⁰ Diogenész „koldusbotja azt jelenti, hogy az igaz bölcsnek hazája a világ, hogy a városok falai és [az] országok határai megfojtják a szabadságot.” E cinikus filozófus eszményei között az embereket elválasztó korlátok ledöntése, az osztályalapú, illetve nemzetiségi kasztok megszüntetése, valamint a férfinem előjogainak eltörlése is szerepelt.¹¹

A sztoikus filozófia képviselői egész tevékenységük során érdemben bírálták a hellének és a barbárok közötti megkülönböztetés létjogosultságát, mert az meggyőződésük szerint „ellentmond a természetnek, és az emberek polgári közösségét, amely egy uralkodó fennhatósága alatt jött létre, párhuzamba állította a kozmikus renddel.”¹² A sztoicizmus – Szókratésszel ellentétben – már nyíltan felvállalta a világtudás eszményítését, a szubjektív kozmopolitizmus tanai révén pedig túlhaladt az antik „korlátolt államfelfogás” határain, és a kereszténység útjának „egyengetőjévé” vált.¹³ A sztoikus érvelés szerint az államok tételes törvénye nem az egyetlen jogszabály; annak kötelező erejét az egyetemes természettörvény biztosítja, amely nem más, mint „a világértelmmel azonos világtörvény”. A sztoikusok humanista eszménye kozmopolita meghatározottsággal bírt, így az államhatárokat éppen olyan kevésbé tartották fontosnak, mint a társadalmi különbségeket.¹⁴ A Sztoa tehát elutasította az etnikai és politikai határok relevanciáját, és úgy tartotta, hogy a „rend és béke univerzális világtudása” érdekében fel kell áldozni a „köznevet vezérlő illegitim szenvedélyeket”.¹⁵

A sztoicizmus egyik központi képviselője *Kitioni Zénón* volt. *Állam* című munkájának

kultúrákról. V. évfolyam, 1. szám (2006), 9. o.

⁶Werner Rudolf: *A bölcészeti jogtudomány történelme. Kiegészítésül Schilling természetjogi művéhez*. Franklin-Társulat, Budapest, 1875, 6-7. o.

⁷Montaigne, Michael: *A gyermekek neveléséről*. Ford.: Bajcsa András. In: Hernádi Miklós – Vajda Mihály (szerk.): *Reneszánsz etikai antológia*. Gondolat Könyvkiadó, Budapest, 1984, 341. o.

⁸*The Christianity of Stoicism: Or, Selections from Arrian's Discourses of Epictetus*. Carmarthen – J. Evans, London, 1822, 34. p.

⁹Koselleck: *i. m.* (1997), 25. o.

¹⁰Attali, Jacques: *Ki kormányozza holnap a világot?* Ford.: Barabás József. Európa Könyvkiadó, Budapest, 2012, 34. o.

¹¹Barcsi Tamás: *Az emberi méltóság filozófiája. PhD értekezés*. Pécsi Tudományegyetem Bölcsészettudományi Kar, Pécs, 2011, 16. o.

¹²Koselleck: *i. m.* (1997), 27-28. o.

¹³Werner: *i. m.* (1875), 13. o.

¹⁴Kecskés Pál: *A bölcsélet története*. Szent István Társulat, Budapest, 1981, 129. o.

¹⁵Gelenczey-Mihálcz: *i. m.* (2006), 9. o.

fő mondanivalóját Plutarkhosz abban a foglalta össze, hogy „nem olyan városokban és közösségekben kellene élnünk, amelyeket sajátos törvényeik választanak el egymástól, hanem gondoljunk minden emberre földinkként és polgártársunkként, és legyen számunkra egy az élet, és a mindenség, ahogyan egy együtt élő nyáj legel ugyanazon törvény szerint.”¹⁶

II. Mit tettek a rómaiak értünk?¹⁷

A római gondolkodás berkeiben *Marcus Tullius Cicero* sikeresen alakította ki a sztoikus tanok és a platonizmus eszméinek szintézisét. Cicero mellett érvel, hogy az embert már pusztán ember mivoltánál fogva szeretni kell, és „természettől fogva megvan bennünk a hajlam embertársaink szeretetére, és ez egyben a jog alapja is.” A *De Legibus* című munka érvelése szerint „az emberek együttélésének egyetlen, mindenki számára közös észszerű alapja van. (...) Mindannyiunkat egyfajta természettől való türelem és jóakarát, továbbá a jog közössége tart össze.”¹⁸ Cicero szerint a társas lét fejlődésének öt fokozatát különíthetjük fel, melynek „végállomását” az egész emberiségből rekrutálódó világállam jelenti, „melyet közös jog, a *ius naturale*, közös terület, a földgömb, s közös hatalom, az isteni hatalom tart össze és egyesít.”¹⁹

A sztoikus *Annaeus Seneca* a sociabilitásból vezette le a kozmopolitizmus gondolatát. Meglátása szerint az egész világot hazánknak kell tekinteni, amelyeknek az élén az istenek álltak, az emberek pedig egymás testvérei, „hiszen a közös lélek nem ismeri el a szűk nemzeti kereteket.”²⁰ Seneca persze a szülőföld jelentőségét sem becsülte le: úgy gondolta, hogy „Szívünkben két haza él, az egyik a nagy és közös, mely az isteneket s az embereket foglalja magában, (...) a másik, melyhez születésünk körülményei kötnek bennünket.” Felfogása szerint az első szülőföld a kozmosz, a második pedig, amelybe véletlenül születünk bele. Megfigyelése szerint „Vannak, akik egyszerre mindkét hazával törődnek, a nagyobbval s a kisebbel is.”²¹ A 28. erkölcsi levelében – amely az utazás haszontalanságát firtatja – Seneca mellett érvelt, hogy „le kell rakni a lélek terhét”, mert amíg erre nem kerül sor, addig egyetlen vidék sem fogja elnyerni a tetszésünket. Gondolatait ekként folytatja: „Miután megszabadulsz a bajtól, minden helyváltoztatás kellemes lesz: elvetődhetsz a legtávolibb földre, megtelepedhetsz barbár országok bármelyik zugában, mindenféle lakóhelyet vendégszeretőnek fogsz találni. Fontosabb, hogy milyen állapotban érkezel, mint az, hogy hova, és ezért nem kell egyetlen helyhez sem kötni lelkünket. E meggyőződés szerint kell élni: » Nem egyetlen zugocska számára születtem, hazám az egész világ.«”²²

¹⁶ Plutarkhosz: *Nagy Sándor szerencséje és erénye*. 6. §. (Moralia, Negyedik könyv.) Idézi: Berger, Klaus – Colpe, Carsten: *Vallástörténeti szöveggyűjtemény az Újszövetséghez*. Ford.: Zóka Eszter. JATEPress, Szeged, 2018, 183. o.

¹⁷ Utalás a *Brian élete* című Monty Python film ikonikussá vált mondatára („Jól van, de eltekintve a csatornától, gyógyásztól, oktatástól, bortól, közrendtől, öntözéstől, utaktól, vízvezetékhalózattól... mit tettek a rómaiak értünk?”)

¹⁸ Cicero, Marcus Tullius: *A törvények*. Ford.: Simon Attila. Debreceni Egyetem Állam-és Jogtudományi Kar – Gondolat Kiadó, Budapest, 2008, 22., 25. o. A politikai barátság elméleteire nézve lásd Frivaldszky János: *Politikai barátság és a jogi viszony*. In *Iustum Aequum Salutare*, V. évfolyam, 4. szám (2009), 5-52. o., illetve Kevevári István: *A politika és a barátság fogalmainak elméletei összefüggései egykor és ma*. In *Jog-Állam-Politika*, 10. évfolyam, 4. szám (2018), 83-100. o.

¹⁹ Werner Rudolf: *Közlemények a bölcsészeti jogtudomány történelme köréből*. In *Jogtudományi Közlöny*, 8. évfolyam, 40. szám (1873), 313. o.

²⁰ Sándor István: *A sztoikus állam-és politikaelméletek áttekintése*. In *Acta*, Tomus XXVII. Annus 1999/2000, 46. o. Idézi: Lukácsi Tamás: *Hermész szobra a fában. Arisztotelész és álmaink állama*. Doktori értekezés. Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Kar, Budapest, 2005, 83. o.

²¹ Seneca: *Ad Serenum de otio*. c. 31. Idézi: Koselleck: *i. m.* (1997), 30. o.

²² Seneca: *Az utazás haszontalansága*. Ford.: Kurcz Ágnes. In *Seneca prózai művei*. I. kötet. Szenzár Kiadó,

Marcus Aurelius ugyancsak amellett érvelt, hogy az emberek rokoni fokban állnak egymással, és „közös anyjuk a természet, vagyis az Isten esze”, ezért aki igazságtalanságot tesz embertársaival szemben, az istentelenséget követ el.²³ *Elmélkedések* című, közismert munkájában a „filozófuscászár” a „világ olyan, mint egy állam” formula kimondásáig is eljutott. Eszmefuttatása szerint „Ha gondolkodási képességünk közös, akkor az az értelem is közös, mely eszes lényekké avat. Ha ez így van, akkor általános érvényű az a meggondolás, mely megszabja, hogy mit tegyünk. Ha ez így van, akkor közös törvény alatt állunk, és valamennyien polgárok vagyunk. Ha ez igaz, akkor valami kormányzatnak vagyunk alattvalói. Ha ez is áll, akkor a világ olyan, mint egy állam. Mert milyen más közös kormányzat részesének mondhatnád az egész emberi nemet? Innen, ebből a közös államból ered számunkra a gondolkodási képesség, az értelem, a törvényalkotás képessége.”²⁴

A rómaiak univerzalista felfogását tükrözik *Claudianus* szavai, aki a Birodalom jelentőségét hangsúlyozva kifejezésre juttatta, hogy „Egyedül Róma fogadta kebelébe az általa legyőzötteket, és szelíd anyaként, nem pedig kegyetlen zsarnokként bánva velük, az egész emberi nemzetet egyetlen névben forrasztotta össze. (...) Távoli népeket szent kötelékkel láncolt össze. Békeszeretetének köszönhetjük, hogy mindenütt hazánkban tudhatjuk magunkat, és hogy egyetlen nemzetben egyesülhetünk. Róma uralmának sohasem lesz vége.”²⁵ Nos, *Claudianus* a római uralom örökkévalóságát illetően alaposan tévedett, de ha feltesszük magunkban a kérdést, hogy „mit is tettek a rómaiak értünk?”, azt felelhetjük, hogy a birodalmi eszme kimunkálásával egészen az újkorig ívelően sikeres módon – bár nem kizárólagosan – járultak hozzá a nyugat-európai politikai narratívák alakításához. Ennek hátterében a nyugati birodalmi eszmék népszerűsége, „figyelemre méltóan hosszú” ideig tartó érvényesülése állt: hatásuk még az újkori történelemben is érezhető volt,²⁶ így „matuzsálemi” mivoltuknak köszönhetően messze túléltek az Imperium Romanum összeomlását.

III. A birodalom visszavág?

Bár a Római Birodalom összeomlását követően egy fokozatosan kibontakozó, ám idővel egyre intenzívebbé váló folyamat révén az egyház lépett a birodalom helyébe, a Római Császárság visszaállításának időről időre megfogalmazódó nyugati igénye a középkori politikai eszmék fejlődésének meghatározó momentumává vált. A Római Császárság középkori eszméi eredetileg a Karoling-korban szökkentek szárba, a maga teljességében viszont a német birodalom száli és kora száli uralkodóinak korszaka vált a Római Birodalomról – ezzel összefüggésben pedig az egyetemes főhatalomról, és annak isteni rendeltetéséről – szőtt elképzelések igazi katalizátorává. „Az akkoriban keletkezett, az antik és keresztény Rómára egyaránt vonatkozó eszmék megteremtették az alapot a későbbi középkor politikai gondolkodásának kibontakozása számára.” III. Ottó (983-1002) már a keresztény császárság egyértelműen Róma-központú elméletét képviselte; programját hűen szimbolizálta az a pecsét, amely – Nagy Károlyhoz hasonlóan – a *Renovatio imperii*

Budapest, 2002, 177-178. o.

²³ Az Antonius című művet idézi: Janet, Paul: *A politikai tudomány története az erkölcsstanhoz való viszonyában*. I. kötet. Ford.: Lőrincz Béla. Magyar Tudományos Akadémia, Budapest, 1891, 318. o.

²⁴ Aurelius, Marcus: *Elmélkedések*. Ford.: Huszti József. Helikon Kiadó, Budapest, 2016, 36. o.

²⁵ Idézi: Attali: *i. m.* (2012), 44. o.

²⁶ Canning, Joseph: *A középkori politikai gondolkodás története 300-1450*. Ford.: Nemerkenyi Előd. Osiris Kiadó, Budapest, 2002, 104. o. Lásd még Pósnán László: *A pápaság és császárság küzdelmének politikai nyelve*. In Fazakas Gergely Tamás – Miru György – Velkey Ferenc (szerk.): *„Politica philosophiai okoskodás”. Politikai nyelvek és történeti kontextusok a középkortól a 20. századig*. Debreceni Egyetem Történeti Intézete, Debrecen, 2013, 51-65. o.

Romanorum (a rómaiak birodalmának megújítása) szlogenjét tartalmazta.²⁷

A középkor sajátos európai struktúráját, a vallási alapú egységet mindazonáltal a *Respublica Christiana* közösségeszménye képezte le a legtisztábban: „Európa egysége sohasem volt annyira élő realitás, mint a középkorban, különösen annak delelőjén, a 11-13. században”.²⁸ Carl Schmitt meghatározása szerint Európa ebben az időszakban – a római világ tértudatának örököséként – konkrét politikai területté és spirituális térré is vált: a keresztény népek földrajzilag körülhatárolható politikai közösségévé, amely sikerrel határolta el magát a pogányok politikai területeitől. A domináns keresztény szemlélet az „evilágot” térben és időben is végesnek fogta fel; a katekhón fogalmának megalkotásával azonban a keresztény birodalom fejét a káosz és az apokalipszis erőinek feltartóztatójaként határozták meg. Ez a „belső térbeli rend” a XIII-XIV. századtól kezdte el a bomlás jeleit mutatni.²⁹

Az *Isteni színjáték* alkotója, *Dante Alighieri* ebben az atmoszférában fogalmazott meg egy világhormány-tervezetet. *Az egyeduralom* című értekezést valószínűleg 1314-1315-ben vetette papírra, de az végleges formát csak valamikor 1318 és 1320 körül öltötte.³⁰ Dante ebben a munkájában változatos – olykor a banalitás látszatát keltő, olykor viszont komoly filozófiai fejtegetésekbe bocsátkozó – érveket használ fel a pápaságtól független, a császár által kormányzott világmonarchia érdekében. Dante meghatározása szerint „A világi egyeduralom, amelyet császárságnak hívnak, egyetlen fejedelmi hatalom az összes többi fejedelmi hatalmak fölött az időben, vagyis azon dolgokban és azok fölött, melyeket időbeli múlásukkal mérhetünk.”³¹ A későbbiek folyamán kifejti, hogy a világi egyeduralom – azaz a monarchia vagy császárság – megvalósulása a világ jólétéhez szükséges feltétel. Dante érvelése szerint az egész emberi nem egyetlen cél felé törekszik, ezért szükség van valakire, aki „szabályt szab” és uralkodik: ez a személy pedig a monarchát vagy császárt jelenti. Meglátása szerint a kormányzatokat, és magukat az országokat is egyetlen fejedelemségbe kell tömöríteni, és annak alávetni. Az „emberi összesség” akkor válhat a világmindenséggel, és annak fejedelmével, Istennel leginkább egyezővé, ha egyetlen princípium irányítja; ezért aztán az egységes monarchia megvalósulása a „világ javát” szolgálja. A továbbiakban kifejti, hogy ez az egyetlen bírónak is funkcionáló monarcha – közvetlenül vagy közvetett módon – minden viszály felett ítélkezik; valamint azt is, hogy az igazság csak e császár uralma alatt teljesezhet ki. Dante részéről érdekes felvetés, hogy e császári instancia semmit sem kívánhat meg, „hiszen joghatóságának csak az óceán szab határt, nem így más fejedelmek esetében, akiknek fejedelemségét más fejedelemségek határolják, mint például a kasztíliai királyságot az aragóniai királyság”. Dante tézise alátámasztására felhossa azt az érvet is, hogy az emberiség akkor a leginkább szabad, ha az „igaz ítélettel és igazságossággal” felvértezett, az emberiséget az egyetemes béke irányába vezérlő egyetlen monarcha uralma alatt áll.³²

²⁷ Canning. *i. m.* (2002, 114-115. o.

²⁸ Katus László: *Respublica Christiana. Európai közösség a középkorban.* In *Rubicon*, XXIV. évfolyam, 261. szám (2014), 31. o.

²⁹ Derekas Győző: *Carl Schmitt elmélete a nemzetközi viszonyokról.* In *Jogelméleti Szemle*, 2019/1. szám, 29-30. o. A *Föld nomoszának* további elemzésére nézve ld. Pongrácz Alex: *Gyönyörű képességünk, a térrend. A Föld nomosza és annak aktualitása a XXI. században.* In *Jog-Állam-Politika*, 10. évfolyam, 3. szám (2018), 105-121. o.

³⁰ *Utószó.* In Alighieri, Dante: *Az egyeduralom.* Ford.: Sallay Géza. Kossuth Kiadó, Budapest, 2003. 120. o.

³¹ Dante: *i. m.* (2003), 6. o.

³² *Uo.*, 12-30.

IV. „Új horizontok libegnek elébed”³³

A középkor alkonya felé közeledve, a művelt rétegek köreiben egyre inkább gyökeret kezdtek eresztetni a humanizmus eszméi, a vallással szembeni szkepticizmus, valamint a racionalizmus kételkedést kifejezésre juttató tanai. Ezzel párhuzamosan a német-római császári birodalom „politikai alkatát megbontotta a nemzeti államok kifejlődése. A világegyháztól támogatott világmonarchia, bár évszázadokon keresztül megfelelt Európa törekvéseinek, soha nem alkalmazkodott szorosán Európa szükségleteihez, és nem is részesült általános elismerésben. A birodalom sohasem tudta megszerezni Európa alattvalói hódolatát. (...) ennek a kornak, amely a latin kereszténység szakadásának tanúja volt, írhatjuk javára a társadalmi és politikai közösség ama hathatósabb alakjának világos kiemelkedését, amely egy nemzet szabad, de fegyelmezett hűségére tarthat számot.”³⁴

A reneszánszként jellemzett korszak – különösen a XVI. század hajnalától kezdődően – önmagára vonatkoztatva azt a felfogást képviselte, hogy „visszatért a tudás és szépség tiszta forrásaihoz, birtokában van a bölcsesség és a művészet örök érvényű normáinak.”³⁵ A reneszánsz és a humanizmus képviselői érdeklődve fordultak a nagy ókori szerzők gondolati hagyatéka felé, de egyúttal már egy olyan új, modern felfogás számára is elkezdtek kikövezni az utat, amely az egységes egészként felfogott állam hatalmát helyezte a gondolkodás középpontjába³⁶ – ami persze a szuverénként felfogott állam egységét jelentette, s nem valamiféle univerzális államét.

Rotterdami Erasmus viszont ama gondolkodók sorát gyarapította, akik Európa kulturális egységét tartották szem előtt. A humanista alkotó számos írásában foglalt állást a háború ellenében, a béke mellett; e felfogását kamatoztatta *A béke panasza (Querela Pacis)* című, 1517-ben kelt értekezésében is. E művében a Béke fiktív szereplőként beszél el a népek, vallások és uralkodók között zajló háború borzalmait. A háborút minden hit és vallás „legsörnyűsegebb ostoraként” írta le, amely az emberek számára a legpusztítóbb jelenség, ráadásul az égiek számára is gyűlöletesnek számít. A Béke óva inti a fejedelmeket a háborúskodástól, és arra kéri őket, hogy legyenek bölcsek, s ne a saját szenvedélyeiket, hanem a nép hasznát helyezték előtérbe. A nemeseket és a főhivatalnokokat szintén arra sarkallja, hogy „mindent az állam meg a nép érdekeinek megfelelően ítéljenek meg”. Majd minden keresztény felé fordulva arra kéri az embereket, hogy közös erőfeszítéssel szenteljék magukat a béke védelmének, és reményét fejezi ki, hogy az „örök egyetértés” összekapcsolja azokat, „akiket a természet és Krisztus annyi köteléssel fűz egybe”.³⁷ Erasmus e pacifista gondolatok papírra vetése mellett az egyetemes monarchiával összefüggésben is hallatta a hangját. Ugyanebben a munkájában fogalmazta meg azt a gondolatot, hogy a világ mindannyiunk hazája, és kifejtette, hogy „Egy országnév, bár nincs különösebb jelentősége, meghasonlást szít az emberek között! Annyi és annyi más dolog miért nem egyesíti inkább őket? Mint brit rosszat akarsz a franciának. Miért nem akarod inkább emberként javát az embernek, keresztényként a kereszténynek?”³⁸ Nem mellékes, hogy Erasmus V. Károly tanácsadójaként annak birodalmát – amelyben, mint azt az ismert aforizma mondja, sohasem nyugodott le a Nap – egyetemes monarchiaként határozta meg, amely eleget tesz a béke és a tolerancia

³³Ady Endre: *Új vizeken járok*. In Ady Endre: *Új versek*. Pallas Irodalmi és Nyomdai Részvénytársaság, Budapest, 1906, 122. o.

³⁴Fisher, H. A. L.: *Európa története. II. kötet. Renaissance, reformáció, felvilágosodás*. Singer és Wolfner Irodalmi Intézet Rt. kiadása, é. n., Budapest, 10-11. o.

³⁵Huizinga, Johan: *A reneszánsz problémája*. In Huizinga, Johan: *A történelem formaváltozásai*. Ford.: Radnóti Miklós. Maecenas Holding Rt., Budapest, 1997, 43. o.

³⁶Kautz: *A politikai tudomány kézikönyve*. Második, teljesen átdolgozott kiadás. Franklin-Társulat, Budapest, 1876, 51-52. o.

³⁷Erasmus, Rotterdami: *Querela Pacis*. Ford. Bodor Ákos. In *Korunk*, 30. évfolyam, 6. szám (1971), 841-847. o.

³⁸*Uo.*, 846. o.

biztosításának.³⁹

Johannes Althusius kálvinista gondolkodó neve azért (is) emelkedik ki az eszmetörténeti kánonból, mert 1603-ban megjelent, *A politika rendszeres elemzése (Politica methodice digesta)* című munkájában első ízben használta a föderáció terminusát, bár tény, hogy nem egy európai léptékű föderáció kontúrjait rajzolta meg, csak az általános működési elveket határozta meg.⁴⁰

A következő században, egészen pontosan 1632-ben IV. Henrik francia király bizalmasa, *Maximilien Sully* rukkolt elő egy ún. politikai tervvel, amelyben egy 15 tagból rekrutálódó európai szövetség szükségessége mellett szállt síkra. Sully első ízben írta körül – még ha konkrétan nem is nevezte annak – az európai hatalmi egyensúly doktrínáját. Ennek célja – a Habsburgok visszaszorítása érdekében – „Európának olyan arányok szerinti felosztása bizonyos számú nagyhatalom között, hogy egyikük se vethessen szemet mások javaira, ugyanakkor az egyensúlyt se fenyegetse veszély.”⁴¹

Az európai egyetemes monarchia kérdéséről értekezett a francia felvilágosodás emblematikus alakja, Montesquieu báró is, amikor feltette a kérdést: „lehetséges-e Európa jelen helyzetében, hogy egy nép, miként valamikor a rómaiak, állandó hatalmat gyakoroljon a többiek fölött?”⁴² E munka azonban inkább a jelzett egységes entitásban rejlő veszélyekre hívta fel a figyelmet, és annak megvalósíthatatlansága mellett cövekelte le álláspontját.

V. Az örök békét megalkotni nem kell félnetek jó lesz

Amint láttuk, a humanista Erasmus már markánsan pacifista gondolatokat vallott, és a béke mellett kiállás szükségességét hangoztatta. Nem váratott magára sokáig az első örökbéke-tervezetek megszületése sem; a felvilágosodás áramlata ugyanis igencsak jeleskedett az ilyen koncepciók kidolgozásában.

A korai francia felvilágosodás alakja, *Abbé de Saint-Pierre* 1729-ben – majd újabb kiegészítésekkel 1733-ban – hozta nyilvánosságra a korábbi dagályos gondolatok rövid summázatát tartalmazó örökbéke-tervezetet. A szerző Erasmushoz hasonlóan a józan észre, valamint a népek alapvető érdekeire hivatkozva tett javaslatot az uralkodóházak és az államok közötti viszályok békekötés, valamint bíraskodás útján történő megoldására.⁴³ Saint-Pierre indítványt tett egy európai hatókörű Általános Szövetség felállítására, amelynek fő feladatait abban látná, hogy biztosítsa a korábban már megkötött szerződések betartását, valamint békéltetés vagy bírósági döntés útján rendezze a jövőben felmerülő viszályokat. Az Általános Szövetség alapcikkelyei közé tartozna a szerződészegést elkövető hatalom vagy hatalmak megregulázása is: ennek körében az ellenségeskedéssel okozott kár megtérítésére, valamint a „Nagyszövetség által felbecsült háborús költségek” megfizetésére köteleznék a renitens állam(ok)at.⁴⁴

Az *Immanuel Kant* által kidolgozott örökbéke-tervezet mindazonáltal sokkal szélesebb körben tudott ismertté válni. A königsbergi filozófus magát következetesen világpolgárként

³⁹ Attali: *i. m.* (2012), 103. o.

⁴⁰ Vida Krisztina: *A föderalizmus hatása az európai integráció fejlődésére és szerepe az alkotmányozási folyamatban. PhD. értekezés.* Budapesti Közgazdaságtudományi és Államigazgatási Egyetem, Budapest, 2004, 20. o.

⁴¹ Sully, Maximilien: *A politikai terv.* In Szénási Éva (szerk.): *Elméletek az európai egységről.* I. kötet. L'Harmattan Kiadó, Budapest, 2002, 79. o.

⁴² Montesquieu: *Európa egységéről.* [Eredeti címe: *Gondolatok az egyetemes monarchiáról Európában.*] Ford.: Rózsahegy Zoltán. Phoenix Kiadás, Budapest, 1943, 35. o.

⁴³ Nagy Géza: *Charles Irénée Castel de Saint Pierre és örökbéke-tervezete,* in Saint-Pierre, Abbé de: *Az örökbéke-tervezet rövid foglalata.* Ford.: Cseke Gál Anna. Kriterion Könyvkiadó, Bukarest, 1979, 23. o.

⁴⁴ Bővebben lásd: *i. m.* (1979).

határozta meg, amint az az emberiség egyetemes történetéről írt, 1784-ben publikált munkájából is kiviláglik. E munka hetedik tételében amellett érvelt, hogy ki kell lépni a vadak törvény nélküli állapotából, és egy népszövetséget szükséges konstruálni, „ahol minden egyes állam, a legkisebb is, a maga biztonságát és jogait nem saját hatalmától vagy saját jogi megítélésétől, hanem egyedül ettől a nagy népszövetségtől (*Foedus Amphictyonum*), egy egyesült hatalomtól, és az egyesült akarat törvények szerint való döntésétől várhatja.”⁴⁵ Az államoknak eszerint – a „vademberek” korábbi döntéséhez hasonlóan – fel kell adniuk „brutális szabadságukat”, és egy „törvényszerű alkotmányban” kell nyugalmat és biztonságot keresniük. Az egyesült hatalom megteremtése révén az államok kilépnének az „államviszonyok kaotikus állapotából”, és az „állam általános biztonságának világpolgári állapota” felé mozdulnának el. Kant reményét fejezte ki, hogy az államok saját veszélyeiktől – a háborúk bizonytalanságától, és az ennek nyomán keletkező „utófájdalmaktól”, úgyis mint az adósságoztól és az ipar veszteségeitől – kényszerítve a „törvényes tekintély nélkül választott bírákhoz fordulnak, és így mindent (...) egy jövőbeli nagy államtestté alakítanak át, amire példát a világ idáig még nem tudott felmutatni.”⁴⁶ A természet legmagasabb célja végső soron tehát egy „általános világpolgári állapot” elérése.

Kant *Az örök békéről* szóló, „aránytalanul nehéz és homályos” stílusban megírt⁴⁷ munkáját 1795-ben jelentette meg, s tisztában volt vele, hogy az örök béke gondolatát ekkoriban mennyire félvállról lehetett venni, ezért leszögezte, hogy e szatirikus feliratot egy holland fogadós cégérén olvasta – amelyre egy temetőt pingáltak. Kant szemei előtt az örök béke eszményi állapotként lebegett, és e munkájában már nem szerepel egy egyetemes kozmopolita állam ideálja, de „morális és politikai elveinek általános kozmopolita intenciója” továbbra is végigvonul e könyv mondanivalóján.⁴⁸ Ennek megfelelően tulajdonképpen az egész világot átfogó, és az egyetemes béke megteremtését célzó struktúra mellett teszi le a voksát. Kant munkája végső soron egy „filozofikus törvénytervezetnek” tekinthető: „összeállítása, indokolásaikkal együtt, azoknak a törvényeknek és hallgatolagos megállapodásoknak, melyek nélkül az örök béke el nem képzelhető”.⁴⁹ Formai értelemben Kant először az örök béke negatív előfeltételeit jelenő ún. előzetes cikkeket – „tilalmi törvényeket” (*leges prohibivae*) – taglalja, majd ezután fog bele az örök béke megalapozását szolgáló, pozitív értelemmel bíró ún. „definitív cikkeket”.

Az „előzetes cikkeket” sorában a filozófus az alábbi taxációval szolgál: (1) Nem szabad valódi békeszerződésnek tekinteni az olyan kontraktust, amely „egy jövődől háború anyagának titkos fenntartásával kötött”. (2) Nem szabad engedélyezni, hogy valamely különálló állam egy másik állam által, „csere, vásárlás vagy ajándékozás útján megszerezhető legyen”. (3) Az állandó hadseregeknek idővel teljesen meg kell szünniük, mert „ezek állandóan háborúval fenyegetik a többi államot készenlétük által”. (4) Nem szabad államadósságot kreálni „a külső államüzletek vonatkozásában” (5) Egy állam se avatkozzon be erőszakosan „egy másik állam alkotmányába és kormányzásába”. (6) Végül rögzíti, hogy az államok között fennálló hadiállapotban mellőzni szükséges az olyan ellenségeskedéseket, amelyek „a kölcsönös bizalmat a jövődől békében szükségkép[p] lehetetlenné tennék”. Ilyen ellenségeskedésnek számít például az orgyilkosok vagy méregkeverők alkalmazása, a kapituláció megszegése, és az árulásra való bujtogatás az ellenséges államban.⁵⁰ E tilalmak rögzítését követően az „államok közötti örök békéhez szükséges definitív cikkeket” Kant az

⁴⁵Kant, Immanuel: *Egy világpolgár gondolatai az emberiség egyetemes történetéről*. Ford.: Sándor Pál. Az Európa Könyvtár kiadása, Budapest – Wien, 1926, 25. o.

⁴⁶Uo., 25., 28., 31. o.

⁴⁷Babits Mihály: *Bevezetés*. In Kant, Immanuel: *Az örök béke*. Új Magyarország Részvénytársaság, Budapest, 1918, 5. o.

⁴⁸Tanyi – Brown: *i. m.* (é. n.), 20. o.

⁴⁹Babits: *i. m.* (1918), 16. o.

⁵⁰Kant: *i. m.* (1918), 22-26. o.

alábbiakban határozza meg. (1) A polgári alkotmánynak minden államban köztársaságinak kell lennie. (2) A népjognak szabad államok föderalizmusán kell alapulnia. A „föderalitás eszméjének” ebben a típusában, a békeszövetség berkein belül pedig minden háborút „egyszer s mindenkorra befejezettek” kell tekinteni. Kant igyekszik leszögezni, hogy itt nem a „világköztársaság pozitív eszméjének” megalapozásáról van szó, csupán „a háborút elhárító, állandóan fönnálló, és mindig terjeszkedő szövetségről”. Amennyiben a tartós békét az államok egymás közötti viszonyaira is sikerülne kiterjeszteni, valóban létrejöhetne a szabad államok föderációja. (3) A „világpolgárjognak az általános hospitalitás” feltételeire kell szorítkoznia. Az egyes államokra eszerint a vendéglátás kötelezettsége hárul, ami a másik oldalról azt jelenti, hogy az idegeneket megilleti a látogatás joga, s amíg békés módon tartózkodnak egy állam felségterületén, addig nem utasíthatók ki, és nem bánhatnak velük a „fogadó állam” részéről ellenséges módon. A látogatás jogának illetően intézményesítése elősegítené az egyes földrészek, országok és népek békés kapcsolatainak kialakítását.⁵¹

Kant tevékenységét követően, explicit módon a XIX. századtól ívelően megszaporodtak a világállam vagy a világkormány intézményesülését sürgetető koncepciók. (Csak példalózó jelleggel, az alábbi – közismert – szerzők dolgoztak ki ilyen elméleteket: Victor Hugo,⁵² Bertrand Russell,⁵³ H. G. Wells⁵⁴.) Amellett azonban, hogy „a felvilágosodás eszménye szükségképpen a világpolgársághoz, a nemzetinek lekicsinyléséhez vezet”, az is tény, hogy „gyakorlata önkéntelenül a nemzeti eszme erősödését hozza magával”,⁵⁵ s az is faktum, hogy a kozmopolita világlátás már *Jean-Jacques Rousseau* tevékenységével kezdődően vissza-visszatérő kritika tárgyát is képezte. Rousseau a nevelésről írott munkájában arra hívja fel a figyelmet, hogy nem szabad bízni azokban a kozmopolitákban, „akik messze, könyveikben kutatnak feladatok után, melyeket irtóznak a maguk háza táján teljesíteni. Van olyan filozófus, aki azért szereti a tatárokat, hogy ne kelljen a szomszédjait szeretni.”⁵⁶ *Az emberi nem egyetemes társadalmáról* szóló – *A társadalmi szerződés* bevezető fejezetének szánt – írásában azzal vádolja a világpolgárokat, hogy a hon iránti szeretetüket csak az emberi nem iránti szeretetükkel képesek igazolni, és „azzal kérkednek, hogy az egész emberiséget szeretik, ami, úgy vélik, feljogosítja őket arra, hogy egyetlen embert se szeressenek.”⁵⁷ Végül a *Politikai töredékek* hazáról szóló fragmentumában Rousseau a haza és a „nagyvilág” közötti különbségekről elmélkedve azt veti papírra, hogy „a föld, ahol lakunk, az emberek közös anyja és dajkája, az emberi nem hazája. Ennek ellenére semmilyen különös érzelem nem fűz hozzá bennünket; ha mindannyiunkat áthelyezhetnének egy másik bolygóra, ahol kellemesebben élhetnénk, ki lenne az, aki az előzőt sajnálni merészelne? Nem így áll a helyzet azzal a szeretettel, amely a szülőföldre, a tulajdonképpeni hazához köt bennünket. (...) Az emberszeretet nem adja meg az erényeknek azt az energiát, melyet a hazaszeretet megad, mivel az egészen a heroizmusig emeli fel az erényeket.”⁵⁸

Nem a Kant iránti tiszteletlenségéből vetjük közbe – és ok-okozati összefüggést sem feltételezünk –, de érdekes párhuzamot vonhatunk a racionalista filozófus béketervezetében

⁵¹ Kant: *i. m.* (1918), 31., 37., 40-44. o.

⁵² Hugo, Victor: *Az Európai Egyesült Államokért*. Fordították az SZTE Európa Tanulmányok Központ hallgatói. In Szénási: *i. m.* (2002), 137-145. o.

⁵³ Lásd például Russell, Bertrand: *A hatalom és az egyén*. Ford.: Rakovszky Zsuzsa. Kossuth Kiadó, Budapest, 1997.

⁵⁴ Wells, H. G.: *A civilizáció megmentése*. Ford.: Rác Béla. Dick Manó Kiadása, Budapest, é. n.

⁵⁵ Concha Győző: *A kilenzvenes évek reformeszméi és előzményeik*. Franklin-Társulat Magyar Irodalmi Intézet és Könyvnyomda, Budapest, 1885, 58. o.

⁵⁶ Rousseau, Jean-Jacques: *Emil vagy a nevelésről*. Ford.: Győry János. Tankönyvkiadó, Budapest, 1965, 14. o.

⁵⁷ Rousseau, Jean-Jacques: *Az emberi nem egyetemes társadalmáról*. Ford.: Kis János. In Rousseau, Jean-Jacques: *Politikafilozófiai írások*. Atlantisz Könyvkiadó, Budapest, 2017, 256. o.

⁵⁸ Rousseau, Jean-Jacques: *Politikai töredékek 1752-1772*. Ford.: Ludassy Mária. In Rousseau, Jean-Jacques: *Politikafilozófiai írások*. Atlantisz Könyvkiadó, Budapest, 2017, 492-493., 495. o.

foglalt elgondolások, valamint a Benito Mussolini fasiszta diktátor emlékirataiban található megállapítás logikája között. Eszerint „Ha e háború fordulatai a tengely számára lettek volna kedvezőek, akkor a győzelem pillanatában a világszocializációt javasoltam volna a Führernek, ami annyit tesz: a határok már csak történelmi jelentőséggel bírnak, a vámok eltörlésre kerülnek, az országok közötti szabadkereskedelmet világléptékű konvenció szabályozza; közös valuta van; (...) a fegyverkezést valóságosan és radikálisan megszüntetjük.”⁵⁹

VI. Ki kormányozza hát a világot?

A XIX. és a XX. század világgállammal vagy világkormányval kapcsolatos meglátásait terjedelmi okokra tekintettel nem részletezzük (bár a fentiekben említés szintjén utaltunk rájuk). A globalista mozgalom a második világháborút követően feltűnő mértékben aktivizálta magát: 1946-ban, Luxembourgban megszervezték az „Egyetemes Mozgalom a Világkonföderációért” szervezetét, amelyből később a Világföderalista Mozgalom nőtt ki; 1948 novemberében Gerry Davis a világkormány megalakítását, és egy „egyetemes alkotmányozó gyűlés” azonnali összehívását követelte; 1949-ben pedig a Chicago Committee munkája nyomán a *Common Cause* hasábjain egy világalkotmány előzetes tervezetét is nyilvánosságra hozták.⁶⁰

Ennek ellenére a XXI. század komplex, sok szereplős világában sem beszélhetünk arról, hogy létrejött volna egy világkormány, amely felelősséggel tartozna a világ minden népének, és amely kontroll alatt tarthatná a globalizáció folyamatát. *Joseph Stiglitz*, a Világbank egykori alelnöke plasztikusan fogalmazott, amikor azt állította, hogy „a világ kormányzása zajlik világkormány nélkül, amelyben néhány intézmény (a Világbank, az IMF, a WTO) és néhány szereplő, bizonyos kereskedelmi és pénzügyi érdekcsoportokhoz szorosan kapcsolódó kereskedelmi és pénzügyminiszter uralja a mezőnyt, miközben az érintettek jelentős része nem jut szóhoz”.⁶¹ *Dardot* és *Laval* arról beszélnek, hogy napjainkra a globalizált világ jellegzetességeihez alkalmazkodó „világhatalom” korábban ismeretlen formája alakult ki, és a nemzetállamok integráló szerepe viszonylagossá vált a politikai hatalom megszerzésében, a nemzeti kultúra gondozásában és terjesztésében, a társadalmi osztályok közötti kapcsolatok, valamint a gazdasági élet szervezésében, a foglalkoztatottság szintjének vagy a helyi feladatok meghatározásában. Az államok e feladatok tetemes részét kiszervezik, magánosítják, miközben továbbra sem létezik egy olyan világkormány, amelyre az a feladat hárulhatna, hogy „megvédelmezze az egyes nemzeteket és helyi közösségeket a globális oligopóliumok közötti verseny hatásaitól. (...) Olyan globális hatóság sincs, amely meg tudta volna akadályozni a pénzügyi válságok kitérését, és képes lett volna megvédeni a gazdaságot és a társadalmat a pénzvilág uralma alá került kapitalizmus növekvő egyensúlyhiányától.”⁶²

Ehelyütt nem vállalkozhatunk a hiperglobalizáció által átfogott viszonyok mélyreható elemzésére, de utalunk rá, hogy e vizsgálódást egy másik munkában már elvégeztük.⁶³ Annyi azonban jelen tanulmányban is leszögezhető, hogy amennyiben egy évtized távlatából

⁵⁹ Mussolini, Benito: *Colloquio con il prefetto Cabella (20 aprile 1945)*. In Susmel, Edoardo – Susmel, Duilio (szerk.): *Opera Omnia di Benito Mussolini. XXXII. Dalla liberazione di Mussolini all' epologo la Repubblica sociale italiana*. La Fenice, Firenze, 1960, 197. o.

⁶⁰ Attali: *i. m.* (2012), 227., 230., 233., 357. o.

⁶¹ Stiglitz, Joseph E.: *A globalizáció és visszasságai*. Ford.: Orbán Gábor, Gavora Zsuzsanna. Napvilág Kiadó, Budapest, 2003, 39. o.

⁶² Dardot, Pierre – Laval, Christian: *A globálrezon. A neoliberalizmus múltja és jelene*. Ford.: Loppert Csaba. EgyKettő Kiadó, Budapest, 2013, 363-364. o.

⁶³ Pongrácz Alex: *Nemzetállamok és új szabályozó hatalmak a globális erőterben – avagy megszelídíthető-e a globalizáció?* Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2019.

visszatekintünk a legutóbbi globális pénzügyi és gazdasági válságok okaira és következményeire, tisztán kirajzolódik, hogy a globális piaci viszonyok szabályozatlansága – vagy legalábbis jelentős alulszabályozottsága – rendszerszintű anomáliát jelent. Abban a tekintetben markáns véleménykülönbségek mutatkoznak a különböző szekértáborok – a népszerű kánon szerint: szuverenisták és globalisták között –, hogy a regulációs szerepkör megerősítésére állami szinten kell-e sort keríteni, vagy regionális, esetleg globális hatókörű szabályozást szükséges-e kimunkálni. Kérdéses persze, hogy egy világkormány, világparlament, világközigazgatás, világ-igazságszolgáltatás, világversenyhivatal⁶⁴ vagy más, kellőképpen tudományos-fantasztikus névvel ellátott intézmény megfelelően tudná-e kezelni az előttünk tornyosuló problémákat.

A magunk részéről úgy látjuk, hogy a mások mellett Ulrich Beck által igényelt „kozmpolita világállam”⁶⁵ megalapítása jelen tudásunk szerint mindössze az illúziók, ábrándok és utópiák tárházát gyarapítja, hiszen a megvalósításnak gyakorlatilag már az előfeltételei sem adóttak, és belátható időn belül nem is válnak biztosítottá. A posztnemzeti állapot habermasi állapotának beköszöntétől meglehetősen messze járunk, még akkor is, ha a klasszikus, bodini vagy hobbesi karakterjegyek mentén jellemezhető nemzetállami szuverenitás kimutatható módon alakult át, vált jóval illékonyabbá. Carl Schmitt meglátása, miszerint az államok világának pluralizmusa kikezdhetetlen realitás, és „a Földön, ameddig egyáltalán az állam fennáll, mindig több állam létezik, és nem létezhet az egész földkerekséget, és az egész emberiséget átfogó világállam”,⁶⁶ ma is aktuálisnak mutatkozik. Ez természetesen nem zárja ki azt a lehetőséget, hogy az olyan globális problémák kezelésében, mint amilyen a klímaválság, a terrorizmus, a szervezett bűnözés vagy az új technológiai kihívások (mesterséges intelligencia, Big Data, közösségi platformok), az államok mélyrehatóan együttműködjenek egymással. Korunk sztártörténete, Harari azt állítja, hogy a világkormány megalakítására ugyan nincsen szükség – ez szerinte is meglehetősen kétes és életszerűtlen víziónak számítana –, de éppen az említett kihívások intenzitása folytán a „politikai globalizálására”, azaz a globális problémák és érdekek egyes országok részéről történő hathatósabb felkarolására annál inkább.⁶⁷ A fentiekben vázoltak alapján ki-ki döntse el, hogy e gondolatok megfogalmazásakor igaza volt-e a historistának.

⁶⁴ E furcsa nyelvújítási manőver részben, de nem egészben Jacques Attali nevéhez fűződik. Lásd Attali: *i. m.* (2012), 366-378. o.

⁶⁵ Beck, Ulrich: *Cosmopolitan Vision*. Polity Press, Cambridge – Malden, 2004.

⁶⁶ Schmitt, Carl: *A politikai fogalma. Válogatott politika-és államelméleti tanulmányok* Ford.: Cs. Kiss Lajos. Osiris Kiadó – Pallas Stúdió – Attraktor Kft., Budapest, 2002, 36. o.

⁶⁷ Bővebben lásd Harari, Yuval Noah: *21 lecke a 21. századra*. Ford.: Torma Péter. Animus, Budapest, 2018, 106-116. o.

A munkavégzési szerződésekkel és azon belül a munkavállalással összefüggő jogalanyiség, különös tekintettel a munkavállalói jogalanyiségra²

I. A munkavégzéssel összefüggő szerződések releváns jogalanyiség tágabb és szűkebb fogalma

A legújabb munkajogi szakirodalomban központi jelentőségűvé vált a munkavállalói jogalanyiség kérdése, vagyis az, hogy ki tekinthető munkavállalónak. Ugyanis eme irányzat képviselői szerint ettől függ, hogy a tevékenységgel, feladat elvégzésével összefüggő szerződések közül melyik tekinthető munkaszerződésnek, illetve főszabályként tartós jellege miatt munka-jogviszonynak és melyek a „facere” jellegű szerződések közül vállalkozási vagy ügyviteli-megbízási jellegű szerződéseknek.³ Érdekessége e szemléleten belül, hogy van itten egy ellentmondás, ami abból adódik, hogy a szociális piacgazdaságot, vagyis a kelsenizmust háttérbe szorítani igyekvő neoliberais irányvonalat követő munkajogászok a Zell am See-ben 1987-ben megtartott nemzetközi munkajogi konferencia óta – amely a „menekülés a munkajogból” címet viselte, igyekszik a munkajogot a korábbi specifikumainak kihangsúlyozásával szemben a polgári jogi kötelek közé visszahelyezni.⁴ Ugyanakkor viszont ez az új irányzat a munkavállaló oldaláról igyekszik kimutatni azt, hogy a munkavállaló más, mint a többi, tevékenység, feladat elvégzésének az elvállalására leszerződő jogalany a megrendelővel, az ügyvivő megbízottal fennálló vállalkozói és ügyviteli/megbízási, valamint alkuszi jellegű jogügylete. Jogdogmatikailag ennek megfelelően valamennyi itt említett szerződés közös vonása, hogy a szolgáltatás „facere” jellegű. Ez vonatkozik a többnyire huzamos munkavégzéssel, a szolgálattal összefüggő számtalan formát ölthető szerződésekre, amelyekre az egyik fél részéről utasítási és irányítási jogosultság, a másik fél részéről pedig ettől függő kötött munka-, ill. szolgálat-teljesítés a jellemző, amelyet csak személyesen végezhet el. Ez a tevékenység orientáltság áll fenn a vállalkozásnál, amely a valamely eredmény megvalósítására irányuló olyan megrendeléssel párosul, amelyet a felvállaló, vagyis a vállalkozó kötetlenül végezhet el, a megrendelő pedig csak a tevékenység produktumával kapcsolatos elvárásait határozhatja meg, amelyek ha nem teljesülnek, a vállalkozási szerződés eredmény jellegénél fogva nem, vagy csak csökkentett formában jár díjazás. Míg a munkaszerződésnél főszabályként a huzamosság és nem az egyszerűség a jellemző, addig a vállalkozási szerződésnél a leggyakoribb forma az egyszerű megrendelés és eredményteljesítés és ugyanez jellemző az ügyviteli megbízásra is, ahol viszont a megbízási díj az ügyvitel szerződészerű teljesítése esetén akkor is jár, ha az ügyvitel nem járt sikerrel. Mind a megbízás, mind a vállalkozás azonban a munkaszerződéssel

¹ Professor emeritus, ME ÁJK.

² „A tanulmányban ismertetett kutató munka az EFOP-3.6.1-16-2016-00011 jelű „Fiatalodó és Megújuló Egyetem – Innovatív Tudásváros – a Miskolci Egyetem intelligens szakosodást szolgáló intézményi fejlesztése” projekt részeként – a Széchenyi 2020 keretében – az Európai Unió támogatásával, az Európai Szociális Alap társfinanszírozásával valósul meg”. A kutatásban részt vett Dr. Jakab Nóra habilitált egyetemi docens.

³ Mark Freedland: *The personal employment Contract*. Oxford, University Press, 2003.; Kiss György: *Alapjogok kollíziója a munkajogban*, Justus Tanácsadó Bt. kiadása, Pécs, 2010.; Gyulavári Tamás: *A szürke állomány. Gazdaságilag összefüggő munkavégzés a munkaviszony és az önfoglalkoztatás határán*. Jogtudományi Monográfiák 6. Pázmány Press, Budapest (Bp.) 2011. 22-38. o.; Jakab Nóra: *A munkavállalói jogalanyiség munkajogi és szociális kérdései, különös tekintettel a megváltozott munkaképességű és fogyatékos személyekre*, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2014. 15-16. o.; Prugberger Tamás/Jakab Nóra: *A munka és a vállalkozási típusú szerződéseknek a szerződő felek bizalmi jellegétől függő elhatárolása*. Miskolci Jogi Szemle, 2019/1. sz. 1. kötet, 28-33. o.

⁴ Prugberger: *Munkavállalói biztonság a globalizációban*. Valóság, 2008/2. sz. 43. o.

szemben egymást követően sorozatosan is ugyanaz a megrendelő, illetve megbízó ugyanazzal a vállalkozóval vagy megbízottal korlátozás nélkül láncolatosan is köthet, míg ez a munkaszerződésnél erősen korlátozva van, a tartós vállalkozási és megbízási szerződés pedig a munkaszerződés elsődleges huzamos jellegéhez képest másodlagos jellegű.

Ami e három típusú tevékenység kifejtésével összefüggő szerződésnél a jogalanyiságot illeti, a vállalkozási és a megbízási szerződésnél szolgáltatást igénylőként a megrendelő, illetve a megbízó, szolgáltatást nyújtóként pedig a vállalkozó, illetve a megbízott szerepel. E két szerződéstípusnál főszabályként a mind a két oldalon álló szerződő felek egzisztenciálisan egyenlő jogállásban állnak szemben egymással. Ezzel ellentétben a szolgálati/munkaszerződésnél az szolgáltatást igénylő egyértelműen a kötelelem ura, mivel a szolgáltatást nyújtó fél tulajdonképpen szolgálatra köteles akkor is, amikor a szolgáltatást nyújtó-szolgálatot teljesít munkáltatóként az utasítási és irányítási jogköre szerint foglalkoztatja, akinek a részére történő szolgálat munkavégzésben valósul meg. A szolgálati/munkaszerződésnél ennél fogva egyértelműen egzisztenciális fölé-, és alárendeltség érvényesül. Ez a fölé-, és alárendeltség nemcsak a foglalkoztató utasítási és szoros irányítási jogkörénél nyilvánul meg, amely a személyi szolgálatnál és a függő munkánál válik teljessé, hanem abban is, hogy míg a vállalkozási és megbízási típusú szerződéseknel a vállalkozó több megrendelőnek illetve megbízónak szolgálatot és így több forrásból származik a jövedelme, addig a szolgálatot tevő munkavállalónak főszabályként csak a foglalkoztatótól származó egy jövedelemforrása van. Mivel a szolgálati/munkaszerződésnél a rendelkezésre állással egybekötött tevékenység napi munkaidőhöz kötött, ha a foglalkoztató/munkáltató a jogviszonyt felmondja, elveszti a saját és sokszor a családja megélhetését jelentő jövedelemforrását. Ennél fogva ezen az alapon a vállalkozási és a megbízási szerződésnek a két pólusán megjelenő jogalanyiság, a jogalanyok jogi helyzete bizonyos fokig más, mint ami a szolgálati/munkaszerződés két oldalán, különösképpen pedig, ami a szolgálattevői, munkavállalói oldalon fennáll.

A "facere" tartalmú, vagyis a munka jellegű tevékenységgel összefüggő szerződéseknek lényegében e két csoportja szerint szétválasztva vizsgáljuk meg a mind a két oldalon fennálló jogalanyiságot a különbségek, valamint a hasonlóságok és az esetleges egyezések szerint.

II. A jogalanyiság jellemző vonásai a vállalkozási és a megbízási szerződéstípusoknál

A vállalkozói és a megbízási szerződéseknel mind a szolgáltatást nyújtó jogalany, vagyis a vállalkozó, illetve a megbízott, de ugyanígy a szolgáltatást igénylő fél, vagyis a megrendelő és a megbízást adó természetes és jogi személy egyaránt lehet. Mind a két szerződéstípus megköthető a felek részéről magánjogi és gazdasági jogi jellegű jogügyletként. Hogy a vállalkozási és a megbízási szerződés privát civiljogi, vagy gazdasági (kereskedelmi) civiljogi szerződés, az elsősorban a jogalanyok szakmai beállítottságától függ. Ha magánjogias jellegű a szerződés, akkor irreleváns a szakosodás a szerződésben eljáró jogalanyok részéről. Ez arra az esetre is vonatkozik, ha a vállalkozó, vagy a megbízott (pl. ügyvédi megbízás) a tevékenységét „iparszerűen” folytatja. Ha viszont a megrendelő olyan iparszerűen gazdasági tevékenységet folytató jogalany, amely a gazdasági életben hosszú lejáratú előre ütemezett termeléssel és a termékleszállítással összefüggő olyan szolgáltatásokat igényel, amelyek az ő gazdasági tevékenységéhez szükségesek, vagy a megbízó szintén az üzleti életben betöltött szerepével, illetve működésével összefüggésben egy vagy több megbízást foglalkozásszerűen végzőt bíz meg valamilyen ügyviteli tevékenységgel, kijárással, üzletszerzéssel vagy jogi képviseléssel, a vállalkozási és a megbízási szerződés általában tartóssá válik. Ez azonban nem zárja ki, hogy a gazdasági

életben, azzal összefüggésben ne lehessen kötni egyszeri vállalkozási vagy megbízási szerződést. A jogkövetkezmények függetlenül attól, hogy vállalkozói-megbízotti, valamint megrendelői-megbízói oldalon természetes vagy jogi személyek, vagy pedig cégek (egyéni és társasok) állnak, alapvetően mind a magánszférában, mind a gazdasági szférában azonosak, amelyeket a Ptk.-nak a vállalkozáshoz és a megbízáshoz kapcsolódó előírásai diszpozitív jelleggel rendeznek.⁵ Különbség jogszociológiai jelleggel a jogkövetkezmények egy részét érintve a jogalanyiságra, vagyis a jogügyleti szereplőkre kihatással akkor áll fenn, ha a vállalkozási vagy a megbízási szerződés tartóssá válik, mert ebben az az esetben a vállalkozói-megbízói jogalanyiság közeledik a munkajogi jogalanyisághoz, amely alaphelyzetben – miként az majd bemutatjuk - eltér a vállalkozási és megbízási szerződésbeli jogalanyiság alapmodelljétől.

A vállalkozási és a megbízási szerződésnél a jogalanyisági alapmodellre a jogalanyokra, vagyis a természetes és a jogi személyekre vonatkozó polgári jogi előírások vonatkoznak. Ez érvényes a jog-, és a cselekvőképességre egyaránt. Vállalkozó és megbízott, de ugyanígy megrendelő és megbízó, természetes és jogi személy egyaránt lehet. Ha természetes személyekről van szó, bármelyikük egyszerű természetes személy, de a cégjogi előírások alapján egyéni cég is lehet. Amennyiben e szerződéstípusoknál valamelyik fél egyéni cég vagy jogi személyként működő társas cég, vagyis gazdasági társaság, vállalkozóként és megbízóként bármilyen megrendelést vagy megbízást elvben felvállalhat. E tekintetben a Ptk. szabad utat enged, csupán a cégjogi és a szakmai-gazdasági előírások írják elő, hogy a vállalkozónak és a megbízónak milyen feltételekkel, hatósági engedéllyel, valamint nyilvántartásba vétellel kell rendelkeznie, ahhoz, hogy a szakmai-gazdasági területének megfelelő vállalkozói, vagy megbízói tevékenységet folytasson. Itt kell megemlíteni azt a kettő közötti közbűlő vállalkozói/megbízói jogalanyiságot, amelynek alanya a csupán hatósági nyilvántartásba vett egyéni vállalkozó, valamint a szakmai kamarai nyilvántartásba felvett szellemi szabadfoglalkozású személy, (orvos, ügyvéd, mérnök, stb.). Részükre a foglalkozásukkal összefüggő vállalkozói vagy megbízói tevékenység folytatásához való jogosultságot a félig önkormányzati, félig hatósági jelleggel működő szakmai kamara a kamarai tagsági felvétel keretében adja ki.

A vállalkozói/megbízói jogalanyisági körön belül külön kell szólnunk a jogi személyiséggel nem rendelkező olyan polgári jogú társaságokról, amelyek „societas” jelleggel működnek és tagjaik önálló vállalkozók vagy megbízások felvállalásával vagy teljesítésével foglalkozó személyek. Ilyenek a különböző munkaközösségek, melyek közül a leggyakoribbak a több egyenjogú taggal működő mérnöki, ügyvédi, orvosi, fogorvosi, valamint szabadalmi irodák. Ezek korábban, amíg az 2013: V. tv.-el életbe lépett új Ptk. hatályba nem lépett, a közkereseti és esetleg a betéti társasággal egyezően kellett működésüket elbírálni. Az új Ptk. 3: 88. §-a a közkereseti társaságot és a betéti társaságot szintén jogi személynek nyilvánította azzal, hogy a Kft.-vel, az Rt.-vel, a szövetkezettel és az alapítvánnyal szemben a közkereseti társasági tagok és a betéti társasági beltagok egyetemlegesen felelnek a társaság tartozásaiért. Ezért, ha nem alakulnak át e munkaközösségek közkereseti vagy betéti társasággá, a polgári jogi társaság szabályait kell rájuk alkalmazni, ami azt jelent, hogy a tagok a társaság tartozásaiért a közreműködésük arányában, ennek meg nem állapíthatósága esetén pedig egyenlő arányú felosztás szerint felelnek a társaság tartozásaiért. Ennek figyelembevételével, ha a megrendelővel, illetve a megbízóval a társasági tag nem a saját nevében, hanem a polgári jogi társaságként működő munkaközösség nevében köti meg, az esetben mindegyik társasági tag a megrendelővel, megbízóval szemben vállalkozó, vagy megbízott és egyformán minden tagot terhelik a szerződésben foglalt kötelezettségek és mindegyik tag egyformán élvezzi a szerződésből

⁵ Ptk. XXXVII. és XXXIX. fejezet

fakadó jogosultságokat. A személyes közreműködés alapján fennálló szervezeten belüli befektetésre nem kerülő tiszt haszonelosztás a köztartozások, valamint a megállapodásban szereplő rezszi költségek, és befektetések a tiszta haszonnal együtt eleve felosztva viseli és élvezi minden társasági tag, vagy a tevékenységben történő személyes közreműködés, illetve a jövedelemszerzés, valamint a bevitt vagyon (apport) arányában, esetleg egyenlő arányok szerint kerül felosztásra, illetve elosztásra. Ez a belső tagsági jogviszony a tevékenységi közreműködés tekintetében bizonyos fokig egy sajátos belső jogalanyiség, amely a szervezet és a tagjai között, valamint a tagok egymás közötti viszonyában áll fenn, amely szervezeti, vagyoni és valamilyen munkatevékenységi jogviszony komplexitásában jelenik meg.⁶

Ezzel szemben megrendelőként vagy megbízóként mind a privát, mind a gazdasági polgári jog szférájában bármely természetes és jogi személy megjelenhet, legyen az egyszerű magánszemély, egyéni céggel, vagy anélküli jogosultsággal rendelkező egyéni vállalkozó, valamint a jogi személyek bármelyik formája. Megrendelői, megbízási oldalon álló jogalanyok számára semmilyen speciális előírást nem tartalmaz az egyéb jogügyleti típusokhoz hasonlóan sem a polgári jog, sem egyéb közigazgatási jogi előírás. A megrendelői, illetve a vállalkozói jogalanyiség e tekintetben semmilyen speciális vonást nem tartalmaz. Speciális vonás akkor jelenik meg, amikor megrendelő vagy a megbízó tartós megrendelővé válik, vagyis a vállalkozóval, vagy a megbízottal tartós vállalkozási vagy megbízási szerződést köt. A gyakorlatban ennek előzményeként a megrendelő, valamint a megbízó egyfajta megrendeléseivel, megbízásaival mindig ugyanahhoz a vállalkozóhoz, valamint ügyvivőhöz, bevált szabójához, cipészéhez, vízvezeték és szerelőjéhez, ügyvédjéhez, tőzsdei, vagy ingatlanközvetítő alkuszhoz fordul. Ez mindennapos jelenség a privát polgári jogi ügyletkötési és lebonyolítási forgalomban. Abban az esetben azonban, ha a megrendelő vagy a megbízó a gazdasági vagy a politikai, illetve a közélet szereplője és egyesületi, társadalomszervezeti, közintézményi formában jogi személyként, valamint egyéni, vagy társas céggént működik, továbbviszi e folyamatot, és láncolatosan, egymás után az általa kiválasztott vállalkozónak ad folyamatosan megrendeléseket, illetve megbízásokat, aminek a díját minden egyes alkalommal a teljesítéskor rendezzi. Végezetül a kölcsönös bizalom odáig megy, hogy a vállalkozó iparossal, szellemi szabadfoglalkozásúval, egyéni, vagy társas céggel tartós vállalkozási és/vagy megbízási szerződést köt a megrendelések vagy a megbízások sorozatát adó cég, azzal, hogy a szolgáltatások után járó díjazást nem az egyes megrendelések és megbízások teljesítése után, hanem havi átalányban fizeti. Ha ez a havonta történő átalányfizetés nem megbízások és azok teljesítésének a számszerű arányainak, vagy nehézségi fokától függően változó összegű, hanem fix összegű többnyire havi átalányban történik, a tartós vállalkozási és megbízási jogviszony kezd a munkajogviszonyhoz hasonlítani. Az önálló iparosként, vállalkozóként eljáró személy, egyéni, vagy társas cég gazdasági önállóságát egyre nagyobb mértékben feladja és elsősorban annak a cégnek a megrendeléseit, ügyeinek a vitelét kell teljesítenie, amelytől az átalányösszegben megállapított vállalkozási, illetve megbízási díjat a tartós vállalkozási és/vagy megbízási szerződésben megállapított időközökben rendszeresen megkapja.

Az ilyen tartós vállalkozóként vagy megbízottként működő természetes, vagy jogi személyiségű vállalkozó, valamint ügyvivő tartós vállalkozói, vagy megbízotti jogviszonya közeledik a munkaszerződéssel létre jövő szolgálati jogviszonyhoz, annak nem a függő, hanem a kevésbé függő, szabadabb munkavégzési formájához. Igen gyakran meghatározzák, hogy a tartós vállalkozóként foglalkoztatott mennyi külső megrendelést vállalhat el, a tartósan

⁶ A gazdasági társaságoknak és az öngazgatású vállalatoknak ez a jellege a szövetkezetek és az öngazgatási vállalatok vonatkozásában feldolgozásra került a következő munkákban: Hegedűs István: A termelőszövetkezeti tagsági viszony jogi alapkérdései. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó (KJK.), Budapest (Bp.), 1972.; Prugberger: Tagsági megállapodások a szövetkezetekben, KJK. Bp. 1979.; U.ő: Belső vagyoni és vállalkozási viszonyok az önkormányzati vállalatoknál. Szövetkezeti Kutató Intézet Közlemények, 206. kötet, Szöveg, Bp. 1988.

foglalkoztatott megbízó pedig az állandó ügyfele mellett mennyi megbízást vállalhat el egy meghatározott időközben, havonta, vagy negyed-, illetve félévenként. Így pl. a bankok, valamint a gazdasági társaságok az általuk tartós megbízással foglalkoztatott ügyvédnek vagy ügyvédi irodának kikötik, hogy hetente milyen rendszerességgel kell a céghez bemenni, valamint azt is, hogy havonta három vagy négy új külső megbízásnál többet nem vállalhat el, vagy pedig ügyfélkörét a vállalat, illetve az intézmény munkatársi körére korlátozza, de csak olyan ügyekre, amelyek nem a céggel állnak összefüggésben. Gyakran még irodát is kap a tartós megbízással foglalkoztatott ügyvéd a cégtől még akkor is, ha saját ügyvédi irodával rendelkezik. Hasonló a helyzet alakul ki gyakran a tartós vállalkozási szerződéssel foglalkoztatott esetében is.

Mind ezt a gyakorlatban előfordult esetekből kiindulva és tovább gondolva, nyit egy nagyvárosban egy fiatal műbútorasztalos, vagy egy gazdasági társaság egy olyan műbútorasztalos üzemet, amely elsősorban régi bútorok restaurálására és stílbútorok készítésére specializálódik. Ezzel az újdonsült egyéni, vagy társas cégnél megrendel egy vagy két régi bútornak a restaurálását a helybeli múzeum, egy régiség-, és műbútor-kereskedő pedig szintén néhány felvásárolt antik bútor restaurálását, ezen felül pedig néhány stílbútor elkészítését. Mivel a műbútor-asztalos, vagy pedig az ilyen üzemet fenntartó gazdasági társasággal a megrendelő múzeum, valamint a régiség-, és műbútor-kereskedő meg van elégedve, sorozatosan hozzá viszi restaurálásra a megvásárolt bútorokat, az utóbbi pedig vele készített el még sorozatban a régi stílusokat utánzó értékesítésre szánt műbútorokat. Végül a bizalom olyanná válik, hogy tartós vállalkozási szerződést köt e műbútor asztalossal, illetve az ilyen üzemet fenntartó gazdasági társasággal. Az egyéni cégtulajdonos műbútorasztalos esetében gyakrabban, a műbútor-asztalos üzemet fenntartó gazdasági társaság esetében ritkábban, hogy a múzeum, vagy a régiségkereskedő számára a munkát, vagy azok egy részét nem a saját műhelyében, hanem a múzeum, valamint a régiség és műbútor kereskedő restaurátori műhelyében végzi. Sőt az is előfordulhat, hogy a műbútorasztalosnak csak cégnyilvántartása, vagy csak egyéni vállalkozói jogosítványa van műhelye azonban nincs és ezért a vele tartós vállalkozói szerződést kötött cég telephelyén látja el a tartós vállalkozási szerződésből fakadó feladatait. Ilyen szituáció igen gyakran szellemi szabadfoglalkozásúaknál áll elő. Pl. „maszek” orvos tartós vállalkozási, vagy megbízási jogviszonyban üzemorvosi vagy egészség-felülvizsgálati teendőket lát el egy nagyobb cégnél, biztosítási intézetnél vagy más jellegű intézménynél, ahol orvosi rendelő is a rendelkezésére áll. A Százhalombattai Olajfinomító Vállalat több telephelyén tartós vállalkozási/megbízási jogviszonyban az ott dolgozók és a felvételre jelentkező új munkavállalók pszichológiai jellegű alkalmassági vizsgálatait egy ilyen, kandidátusi tudományos fokozattal rendelkező egyéni cégtulajdonos pszichológus látta el évtizedeken keresztül oly módon, hogy minden telephelyen önálló laboratóriuma volt.⁷ Előfordul az is, hogy a települési főépítészként tartós vállalkozási/megbízási szerződéssel foglalkoztatott szabadfoglalkozású építészmérnök önálló tervezőirodával nem rendelkezik, hanem az irodája a polgármesteri hivatalban van.⁸

Az ilyen tartós vállalkozási, valamint megbízási szerződéseknel, a szerződés tartalmát illetően, vagyis az elvégzendő feladatok tekintetében igen gyakran összemosódik a vállalkozási és a megbízási elem. Az átalánydíjazású tartós vállalkozási szerződésnél a legtöbbször elhalványul a vállalkozási szerződésnek az eredménykötelmi jellege és ezzel együtt gyakran megjelenik benne a megbízási, bizalmi elem. Ez visszanyúl az eseti vállalkozási és megbízási szerződésnek olyan kivételes viszonyára is, amelyet Villányi László említ meg a „Nagy Szladitsban”, miszerint ritkán, de előfordul, hogy ügyvitelre, vagyis

⁷ Dr. Riedel József, C.Sc. c. egyetemi docens, (Veszprémi Egyetem,) által közölt információ, aki e tevékenységet a céggel kötött több évtizedes tartós vállalkozói-megbízotti jogviszonyban látta el 2018-ig.

⁸ Ez a megoldás főleg a kisvárosokban és a nagyközségekben, egyszóval a vidéki településeken gyakori

megbízásra kötött szerződésben eredmény felmutatását is kikötik.⁹ Persze ennek a fordítottja is fennállhat, amikor vállalkozási szerződésbe foglalnak megbízási jellegű bizalmi kikötéseket. Egyértelműen ilyen vegyes jellegű kombinált megbízási és vállalkozási tartalommal rendelkező olyan ügyvédi megbízási, ahol a pervitelre az ügyvédi díjszabásban pervesztés esetére is fizetendő megbízási díjon felül pernyertesség esetére a megítélt összeg meghatározott százalékát sikerdíjként kapja meg az ügyvéd a neki mindenképpen járó megbízási díjon kívül.¹⁰ Ez az inkább kivételként, mint sem főszabályként megjelenő alapdogmatikai vonás a tartós megbízási és vállalkozási szerződések esetében többnyire megfordul és a kivétel főszabállyá válik.

Visszatérve azonban e jogdogmatikai elemzést követően az eredeti gondolatmenethez, a tartós jellegű vállalkozási/megbízási szerződés esetében, különösen akkor, ha a feladatok nagyobb részét, esetleg teljes egészét a tartós vállalkozási-megbízási jogviszonyban állónak a foglalkoztató telephelyén kell elvégezni. Az ilyen tartós vállalkozási/megbízási szerződés a tartalmát illetően sokban hasonlít a szolgálati/munkaszerződéshez, mégpedig annak nem a kötött szolgálati, illetve a függő munkavégzési, hanem a szabad szolgálati, illetve a kötetlen munkavégzési típusához. Annak érdekében pedig, hogy az ilyen tartós vállalkozást vagy megbízást ellátó személy, egyéni, vagy társas cég az őt foglalkoztató céghez tartósan kapcsolódjon, hozzá simuljon, sőt beintegrálódjon, arra törekszik, hogy vállalkozói-megbízási, illetve cégönállóságát feladva természetes jogi személyiség esetében szabad szolgálatú, azaz kötetlen jellegű munkavállalóvá váljon, jogi személy esetében pedig üzemszerűként betagozódjon az őt tartós vállalkozóként vagy megbízottként foglalkoztató cégébe. Míg a természetes jogi személy, illetve az egyéni cég esetében a jogalanyiség nem szűnik meg, csak a jogképesség tekintetében a munkajogi előírásoknak megfelelően bizonyos fokig módosul az önállóság elvesztése, a személyi függetlenség függővé történő átalakulása következtében, addig a foglalkoztató cégbe történő cégbetagozódás következtében főszabályként a jogi önállóságát jelentő jogi személyiséget. Ilyen helyzet, szerződéses megállapodáson kívül elvileg bekövetkezhet faktikusan is oly módon, hogy a tartósan vállalkozói és megbízotti tevékenységet ellátó gazdasági társaságot részvénytársasággá a tőzsdén keresztül történő megvásárlásával betagozza. Ugyanakkor az is megtörténhet, hogy gazdaságilag szolgáló vállalkozóként meghagyja jogi önállóságát, azonban uralkodó vállalkozóként a korábbihoz hasonlóan, azonban még szorosabb függő helyzetbe hozva mintegy alvállalkozóként foglalkoztatja tovább a formálisan vállalkozó vagy megbízotti céggel működő vállalkozást. Ezen az eseten kívül megmaradhat még a tartósan foglalkoztató cégbe betagozott tartós vállalkozási és ügyviteli tevékenységet folytató részlegnek jogi személyisége akkor, ha a német jogirodalomból elindult és a magyar jogirodalomba is Sárközy Tamáson keresztül bekerült, valamint a gyakorlatban is elterjedt lépcsőzetesen hierarchizált jogi személyiségi konstrukción át a központ a részleget jogi személyiséggel ruházza fel.¹¹ Ugyanakkor az ilyen integráció, betagozás természetes személyek esetében elvezethet a munkavállalóhoz hasonló olyan formális vállalkozáshoz, ahol a foglalkoztatással összefüggő szerződést formálisan

⁹ L. Villányi László: Ügyvitel, VII. fejezet, in: Szladits Károly (főszerk.): A Magyar Magánjog, Kötelmi jog különös rész. IV. kötet, Bp. Grill Károly Könyvkiadó Vállalat, Bp. 1942. 664-665. és 679. o.; Az újabb jogi irodalom ezt megerősíti: Csanádi György: A megbízási jogviszony, KJK. 1959. Bíró György: A megbízási szerződés. Szerződéstár II.KJK. 36-38. o.; Kovács László: A vállalkozási szerződés. Szerződéstár, I. KJK. 1998. 13-15. o.

¹⁰ A sikerdíj-kikötés Magyarországon 1990 után általános gyakorlattá vált, amelynek kikötésére a 2017. évi LIIIVIII. sz. Ügyvédi Tv. 30o §-a is lehetőséget ad, kimondja azonban, hogyha annak összege az ügyvédi megbízási díj 2/3-át meghaladja, bíróság előtt nem érvényesíthető.

¹¹Sárközy Tamás: A jogi személyek elméletének alakulása. KJK. Bp. 1986. III. fejezet; Sárközy eme szakirodalmi munkássága nyomán vizsgáltam meg a jogi személyiség strukturált és lépcsőzetes jellegét a szövetkezet társaságon belül. L. Prugberger, A jogalanyiség strukturális felfogásának megjelenése a szövetkezetek gazdasági és szervezeti életében. SZKI. Közlemények, 201. 1987. 33-42., 54-76. és 101-108. o.

vállalkozási szerződésként kötik meg, tartalmilag azonban a munkaszerződés jegyeit viseli magán. Ha pedig akár egyéni, vagy társas cégről an szó, az esetben egy ehhez hasonló konstrukció alvállalkozói helyzetben képzelhető el. Alvállalkozói jogviszony azonban egy fővállalkozóval bármely olyan tevékenységre egyszeri jelleggel is létesíthető, ahol a fővállalkozó által felvállalt munkának egy részét az vállalkozó teljesíti. A megrendelővel azonban ez esetben is a fővállalkozó áll jogviszonyban. Gyakran azonban az alvállalkozó a fővállalkozónak éppen úgy ki van szolgáltatva, és a munkavállalóhoz hasonlóan alárendelt helyzetben áll, miként a tartós jelleggel foglalkoztatottal a foglalkoztató által kötött munkaviszonyhoz hasonló tartós látszatvállalkozás, illetve megbízás. E jogügyleti formák jogalanyisági kérdéseivel a IV. és az V. fejezetben foglalkozunk.

Mindebből következik, hogy társas cégek esetében az önálló társas cégnek a foglalkoztató cégbe történő beintegrálódásánál a megszüntetve megőrzés jogi lehetősége megvalósítható. Természetes személy esetében azonban ennek a jogi lehetősége nem áll fenn, mivel az önálló egzisztenciából ez esetben nemcsak gazdasági, hanem jogi függőség, jogi önállótlanúság áll elő a munkavállalóvá válás következtében, ami a cselekvőképesség általános polgári jogi szabályait a speciális munkajogi előírásokban bizonyos fokig megváltoztatja.

III. A jogalanyiság jellemző vonásai a munkaszerződésnél, illetve a munkajogviszonynál

Munkaszerződés, illetve munkajogviszony esetében a jelenlegi nemzetközileg uralkodó és az EU által is elismert, valamint az EU. tagállamai által követett speciális munkajogi szabályok mellett –amelyek megalkotása még a keynesizmus, vagyis a szociális piacgazdaság filozófiáját követő jóléti társadalom (*welfare society*, illetve *state*) doktrínájával egyező jogalkotás érdeme—a munkavállalói jogalanyiság az általános jogalanyiságtól eltér és szűkebbé válik. Vállalkozó és megbízott, valamint megrendelő és megbízó bármely jogalany lehet. Kiskorú, akár csecsemő is, akit gyámja képvisel és helyette eljár. Ilyen esetben a kiskorú nevén lévő vállalkozói, valamint megbízási ügyviteli tevékenységet a kiskorú gyámja viszi és ő képviseli az egyéni céget. Más a helyzet azonban a munkaszerződés, pontosabban a munkajogviszony esetében. Munka-, illetve szolgálati szerződés esetében főszabályként a munkavállaló által elvállalt munkát, szolgálatot a munkavállalónak személyesen kell teljesítenie. Ebben őt nem helyettesítheti a gyámja, sem pedig a gondnoka, sem pedig a 2013: V. tv.-el életbe léptetett új magyar Ptk. IX. fejezetével intézményesített döntéshozatali támogató, a mentor sem. Ugyanakkor a 94/33. sz. EK. irányelvvel egyezően valamennyi EU. tagállam, így a magyar Mt. 34. §-a is kimondja, hogy kiskorú munkavállalóként munkaviszonynak alanya nem lehet. Munkavállalóként tehát jogokat nem szerezhet, kötelezettségeket pedig nem vállalhat még gyámján keresztül sem. Munkajogi jogképessége tehát korlátozva, leszűkítve van az általános jogképességhez, jogalanyisághoz képest. Ennélfogva a fiatalok természetes személy egészséges testi és szellemi fejlődésének biztosítása érdekében főszabályként kiskorúságának időszaka alatt nincs munkajogi jogképessége, jogalanyisága. Ez alól annyiban áll fenn kivétel, hogy 12. életévétől kezdve gyámhatósági engedéllyel alkalmi jelleggel olyan könnyű munkát elvállalhat, mint amilyen a manökeni tevékenység, színházi, színi előadói fellépés. Ennél fogva megkockáztatható az az állítás, hogy a munkavállalói jogképesség, vagyis a jogalanyiság természetes személynél a 12. életév betöltéséig nem áll fenn, 12. és 14. életév között pedig korlátozott formában áll csak fenn.

A munkavállalói jogképességnek, jogalanyiságnak az általános jogképességhez, jogalanyisághoz képest fennálló eme szűkítése mellett viszont a munkavállalói cselekvőképesség bizonyos mértékig tágabb a fenti irányelv 1-2. és 4-5. cikkelye alapján. Az 1992. évi korábbi Mt. általunk is kritikává tett e téren fennállt szabálya teljesen megegyezett

az irányelv ama liberális előírásával, mely szerint a fiatalok 16. életévének betöltésétől kezdve szülői, illetve gyámi hozzájárulás nélkül munkavállalóként munkaszerződést köthetett és ugyanígy cselekvőképességet korlátozó gondnokság alá helyezett nagykorú is önállóan, gondnoki jóváhagyás nélkül munkaviszonyt létesíthetett.¹² Korábbi munkáinkban kimutattuk, hogy az irányelvvel összhangban álló eme, liberális magyar szabállyal szemben a nyugat-európai államok túlnyomó többsége továbbra is ama általános polgári jogi megoldást követte – amellyel a magyar polgári jogi megoldás korábban és most is megegyezik –, miszerint a nagykorúsági kor el nem érése alatt, a munkaszerződés munkavállalói oldalon történő megkötéséhez a szülő vagy a gyám, cselekvőképességet korlátozó gondnokság alá helyezett munkavállaló esetében pedig a gondnok hozzájárulása szükséges. A nyugat-európai államok többsége ugyanis a munkaszerződést igen helyesen továbbra is a nagyobb jelentőségű jogügyletek közé sorolja és igyekszik megóvni a tapasztalatlan fiatalokat és a korlátozott belátási képességgel rendelkező természetes személyeket a rájuk sérelmes munkavállalástól, a csalárd jellegű munkáltatói „csőbe húzástól”.¹³

A 2013-ban megalkotott új magyar Ptk. érvénybe és hatályba lépését megelőzően, tudva, hogy a cselekvőképességet korlátozó gondnokság alá helyezést ketté bontja teljes és részleges cselekvőképességet korlátozó gondnokság alá helyezésre aszerint, hogy minden vonatkozásban korlátozva van-e a gondnokság alá helyezendő személynek a belátási képessége, vagy csak egy bizonyos területen. Ez utóbbi esetben a gondnokság alá helyezés csak erre a területre vonatkozik és csak az ezen a területen a gondnokság alá helyezett által megkötött jogügyleteknél, szerződéseknél szükséges a gondnok jóváhagyása.¹⁴ Ennek megfelelően az 2012: I. törvénnyel megalkotott új Mt. 21. § (4) bekezdése akként módosította a korábbi Mt.-nek azt a megoldását, hogy ha a munkavállaló a munkavégzésével, illetve azzal a területtel kapcsolatosan áll cselekvőképességet korlátozó gondnokság alatt, amelyre munkaszerződést kíván kötni, a munkaszerződést csak a gondnok hozzájárulásával kötheti meg. Ez vonatkozik arra az esetre is, ha az ilyen jellegű cselekvőképességet korlátozó gondnokság alá helyezésre a Ptk. IV. címébe foglaltak szerint a 17. életév betöltésével, vagyis a nagykorúság elérését megelőzően kerül sor. Ezt a 17. életévet azonban a munkajogi szabályozásra való tekintettel helyes lenne a 16. életév betöltésére leszállítani, mivel a 16-ik életévét betöltött kiskorú az új szabályozás szerint önállóan vállalhat munkát, és ha belátási képessége korlátozott, akkor is munkát vállalhat szülője vagy gyámja hozzájárulása nélkül az új Mt. alapján is. Itt tehát egy joghézag áll fenn, ami vagy úgy lenne kiküszöbölhető, hogy a Ptk. szállítaná le a kiskorú gondnokság alá lehetőségét a 16. életévre, vagy ezt speciális jelleggel az Mt. tenné meg a munkavállalás esetére. Egyébként ez az új munkajogi szabályozás teljesen összhangban van az új Ptk. V. címébe foglalt cselekvőképességet részlegesen vagy teljesen korlátozó gondnokság alá helyezés előírásaival (Ptk. 2:19-21. §§). Meg kívánjuk jegyezni, hogy munkáltatói jogalanyisági oldalon a munkaszerződés-kötés tekintetében a természetes személyek tekintetében az új Ptk. itt említett előírásait szükséges figyelembe venni, vagyis cselekvőképességet korlátozó gondnokság alá helyezett munkáltató esetén a Ptk. 2:19-21. §-a alapján szükséges eljárni. Ez vonatkozik arra az esetre is, amikor egyéni vállalkozó vagy megbízásokkal foglalkozó személy munkáltatóként kíván munkaszerződést kötni vagy egyéni céget kíván a maga kereső tevékenységére létesíteni.

¹² Prugberger: A korlátozottan cselekvőképes személy munkaszerződés-kötésének a problémája de lege lata és de lege ferenda. Jogtudományi Közlöny, 2000/7-8. sz.

¹³ Uo.

¹⁴ Jakab Nóra/Prugberger: Ellentétek és kapcsolatok a magyar munkajogi-, és polgári jogi szabályozás között, Jogtudományi Közlöny, 2014/10. sz. 480-482. o.

IV. A jogalanyiság kérdései a munkavállaláshoz hasonló formális vállalkozási/megbízási szerződésnél

A II. világháborút követően mind a győztes, mind a vesztes, mind pedig a háborútól távol maradt nyugat-európai államokban a klasszikus munkajogviszony mellett kialakult a foglalkoztatásnak egy olyan sajátos formája, amely formailag a tartós vállalkozási és/vagy megbízási jogviszony jegyeit viseli magán, ugyanakkor azonban tartalmát illetően teljesen a kötött munkajogviszonyra hasonlít, ahol a foglalkoztatott a foglalkoztató utasítási és ellenőrzési jogosultsága mellett függő munkavégzésre köteles. A foglalkoztatásnak ez a formája az ún. „önfoglalkoztatás, amely Európa nyugati részében azért terjedt el és virágzik ma is, mivel a munkavállalók kötelező nyugdíj-, és egészségbiztosításával kapcsolatos járulékfizetés főszabályként feles arányban megoszlik a munkavállaló és a munkáltató között. Ez alól Franciaország annyiban kivétel, hogy ott a járulékkerheknek csak az egyharmadát viseli a munkavállaló, kétharmadát azonban a munkáltató. A posztkommunista közép-, és kelet-európai államokban, bele értve Magyarországot is, a munkavállalók kötelező biztosításával összefüggő járulékkerheknek legfeljebb az egynegyedét viseli a munkavállaló, míg a munkáltató a háromnegyedét. A munkáltatók annak érdekében, hogy mentesüljenek a járulékfizetési terhek alól, egyre nagyobb mértékben kezdték alkalmazni a munkaszerződéskötés helyett a formális tartós vállalkozási/megbízási szerződést, ami a foglalkoztatott részéről kényszervállalkozási, megbízási jogviszonyt jelent. A nyugat-európai jóléti államrezon jogrendszere a foglalkoztatásnak ezt a módját elfogadta, de csak azzal, hogy az ilyen formálisan vállalkozóként vagy megbízottként kezelt foglalkoztatottat a munkavállalóhoz hasonló személynek minősíti és jogviszonyának tartalmát a munkajog előírásai szerint kell elbírálni. Ennek feltétele azonban az, hogy a foglalkoztatott: a.) két egymást követő hónapban rendszeresen legalább 8 órát ugyanannál a cégnél munkatevékenységet végzett, b.) nincsen egyéni cége, azaz semmilyen cégnyilvántartásban nem szerepel, c.) nincsen alkalmazottja, vagyis a munkát saját maga végzi, d.) a munkát nem a saját, hanem a foglalkoztató számlájára végzi. E négy feltételt utóbb az Európai Gazdasági Közösség is a 86/613. sz. irányelvvel megerősítette.

Arra, hogy az önfoglalkoztatásnál ezek a kritériumok és a szociális szempontok érvényesüljenek, háromféle megoldás alakult ki. Közülük az első, ahol a bírói gyakorlat mondja ki elvi élel, hogy önfoglalkoztatás esetében a munkajog szabályokat kell alkalmazni a germán jogrendszer államai követik. Németországban a Szövetségi Legfelsőbb Munkaügyi Bíróság mondta ki elvi élel, hogy a munkajog előírásait kell alkalmazni önfoglalkoztatás esetében és nemcsak az individuális munkajogi előírások vonatkozásában, hanem a kollektív munkajogi előírások tekintetében is. Ennek értelmében a kollektív szerződés és az üzemi megállapodás kiterjed az önfoglalkoztatottakra is és tagja lehet a vállalatnál működő szakszervezetnek, valamint az üzemi tanácsnak aktív és passzív választási, valamint a határozathozatalban való részvételi joggal.¹⁵ Ausztriában Svájcban és Olaszországban az önfoglalkoztatóra csak az individuális munkajogi előírásokat kell csak alkalmazni a Legfelső Bíróság (Oberstgerichtshof--OGH) által kialakított ítélkezés gyakorlat alapján,¹⁶ míg a hollandoknál a kantonbírák állásfoglalása szerint kialakított ítélkezési gyakorlat írja elő, hogy az „Arbeiterähnliche” foglalkoztatotthoz hasonló „Freelancer” esetében a munkajogi szabályok figyelembevételével kell a munkajogviszonnyal összefüggésben álló jogviták

¹⁵ Michael Wittner: (Hrsg.): Arbeits-, und Sozialversorgong, Ausgewahlte und eigeleitete Gesetze. 1999. 809-811. p.

¹⁶ Gustav Wachter: Wesensmerkmale Arbeitnemerähnliche Person. Schriften zum Sozial-, und Arbeitsrecht. Band. 53. Dunkcker et Humblot Verlag. Berlin.; Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli: Schweizerisches Arbeitsrecht. 3. Aufl.. DIKE Verlag, Zürich/St. Gallen 2013. 8-9. p.; Alexandra Stefanescu: Cie Arbeitnahmerähnliche Person in italienischen Recht. IAAEG.. Band 30. Nomos Verlag.

elbírálása során eljárni.¹⁷ A másik megoldás, ahol jogszabály mondja ki, hogy az önfoglalkoztatásnál a munkajog tételes-jogi előírásait kell alkalmazni. Ez legtisztábban a francia munkajogban érvényesül, ahol a Code du travail az első listában tételesen felsorolja azokat a munkaköröket, amelyeknél önfoglalkoztatás esetében az individuális munkajog fog át. Ennél a jog valamennyi előírásait alkalmazni kell, míg a második munkaköri listában ugyancsak tételesen felsorolt munkaköröknél (babysitter, ruhatáros, üzletlánc-vezető, stb.) viszont csak a leglényegesebb munkajogi előírásokat. A leglényegesebbek között olyanok vannak, mint amilyen a foglalkoztatói szerződés megkötésénél a foglalkoztató tájékoztatási kötelezettsége, a munka-, és a pihenőidőre, valamint a fizetett szabadságra és a foglalkoztatási jogviszony megszüntetésére vonatkozó előírások. Ezt a megoldást alkalmazza még Belgium is.¹⁸ Végezetül a harmadik megoldás az Ibériai félsziget két államáé, Spanyolországé és Portugálé. E két állam vegyes megoldást kialakítva az előbbi kettőt ötvözi oly módon, hogy tételesjogi előírások mondják meg, hogy milyen természetű foglalkoztatásoknál lehet az önfoglalkoztatást alkalmazni. Ebben elsődlegesen a szellemi és az ipari, valamint a művészeti szabadfoglalkozásúak az érintettek, akik, ha a tevékenységükkel kapcsolatos vállalkozást vagy megbízást nem a saját számlájára, hanem a foglalkoztató számlájára végzi, akkor ál fenn önfoglalkoztatás. Azt viszont, hogy mikor áll fenn ilyen helyzet, a bíróság jogosult esetenként eldönteni. Ez lényegében az előző kettőből ötvözött vegyes megoldás, ahol a kiindulás tételes-jogi a folytatás viszont ítélezési jogi. Közös vonás viszont valamennyinél az, hogy a munkavállalói jogalanyiség és az azzal összefüggésben a 94/33. sz. EK. irányelvben meghatározott munkavállalói cselekvőképességi szabályokat kel alkalmazni, amely elsődlegesen a 16 éves kor alatti fiatalok munkavégzéssel kapcsolatos egészséges fejlődésvédelmét célozza.

Magyarországon a kényszer-vállalkozási és a kényszermegbízási foglalkoztatást a multinacionális külföldi cégek hozták be a privatizáció során. Különösen a holland biztosítótársaságok voltak azok, amelyek az Állami Biztosító Intézet központjának, valamint megyei hálózatának a megvásárlását követően a kötetlen munkaidőben és nem függő munkában alkalmazott szerződéskötő és szerződésigazgató munkaviszonyban álló munkatársait tartós vállalkozási szerződéssel, az egyéb vállalatok pedig jogtanácsosaikat munkaviszonyuk megszüntetésével párhuzamosan tartós megbízási jogviszony értesítése mellett az ügyvédi kamarába történő belépésre készítve ügyvédként alkalmazták tovább. Múzeumok és régiségkereskedő cégek is korábban munkaviszonyban állt restaurátoraikat is hasonlóan, vállalkozási igazolvány kiváltására kényszerítve önfoglalkoztatóként alkalmazták tovább. Az önfoglalkoztatás bevezetésével a foglalkoztatók elsődleges célja Magyarországon is az volt, hogy a munkaviszonynak tartós vállalkozási, illetve megbízási jogviszonnyá történő átminősítésével teljes mértékben reájuk hárítsák a társadalombiztosítási járulékfizetést. Ugyanakkor viszont az önfoglalkoztatással visszaélve, elsősorban a biztosító társaságok voltak azok, amelyek a tartós vállalkozási jogviszonyban foglalkoztatott szerződéskötő és igazgató munkatársaikat hétköznapi túlóra, valamint szombati, valamint vásár-, és ünnepnapra ügyeletbe állították a túlórára járó 50%-os, a pihenő napokra járó 100 százalékos pótlék megfizetése nélkül azon az alapon, hogy a vállalkozó szabadon állapíthatja meg azt az időt, amikor munkáját végzi. Amikor ezeket a visszaéléseket a jogi szakirodalomban felvetettük,¹⁹

¹⁷ G. J.J. Heerma van Voss: Inleiding Nederlandsz szocial recht. Fűjfte druk. Boom iuristische uitgevers. Den Haag 2006. 30-40. p.; Somogyi Zsuzsa: Munkavállalás vagy egyéni vállalkozás. A kényszervállalkozás elkerülésének a lehetősége holland megoldás alapján. Magyar Jog, 2006/4. sz.

¹⁸ Sandra Isenberg kutatásának kéziratosa nyers változata az Európai Munkajogi és Munkaügyi Intézetben Trieri Egyetem/Európai Unió. „A francia és belga munka munkajogviszony alanyai” c. észülő doktori értekezés, IEAEG: Trier 2003.

¹⁹ Prugberger: A tartós kényszervállalkozás és megbízási szerződés. Cég és Jog + Napi Jogász 2003/7-8. sz. 11-13. o.; Prugberger/Fabók A.: A munkaszerződés, a szolgálati szerződés és a díjkitűzés elhatárolásának a problémái a biztosítási üzletkötési szerződések tükrében. Magyar Jog, 2000/12. sz.

a biztosító társaságok, hogy ara kötelezték üzletkötő-, és szerződésbiztosító munkatársaikat, hogy hozzátartozóik bevonásával lényegében „ál közkereseti vagy betéti társaságot hozzanak létre.”²⁰ Eleinte a magyar munkajogi ítélkezési gyakorlat a szerint minősítette ezeket a munkaviszony tartalmú foglalkoztatási jogviszonyokat, ahogyan azt megnevezték. Ha vállalkozási, vagy megbízási jogviszonynak, akkor annak, figyelmen kívül hagyva annak tartalmát. Először az első Orbán kormány második évét követően, amikor a 25000 Ft. összegű minimálbért a duplájára emelte, azért, hogy a társadalombiztosítási járulékot ne kelljen a munkáltatóknak emelniük, a minimálbéren foglalkoztatottak 8 órában meghatározott munkaidejét kettébontották és csak az első 4 órában foglalkoztatták őket munkaviszonyban, a másik négy órát pedig tartós vállalkozássá minősítette át. A munkaügyi felügyeleti ellenőrzés ekkor állapította meg először, hogy itt a vállalkozási szerződés jogellenesen palástol munkaszerződést és ezért az ilyen módon eljáró munkáltatókat megbírságotla. Miután a munkáltatók keresetét a bíróságok elutasították, állt át a bírói gyakorlat az olyan ítélkezési gyakorlatra, amelynek során az látható, hogy a vállalkozási, vagy a megbízási szerződés függő munkavégzés van, akkor a vállalkozást és a megbízást formális palástoló szerződésként érvénytelen minősítésére kerül sor.²¹ Ennek ellenére azonban még mindig bizonytalan maradt e jogintézmény mibenléte és mikénti minősítésének a kérdése²²

Mindezekből okulva akarta Kiss György a 2012. évi új Mt. megalkotása során, mint a kodifikációs bizottság elnökeként lényegében német mintára a munkaviszonyhoz hasonló formális tartós vállalkozási és megbízási jogviszonyt olyan önfoglalkoztatási jogviszonnyá „ex lege” minősíteni, amelynél a munkajog előírásait kell alkalmazni. Az első Mt.-javaslat 3. § (2) bekezdése tartalmazta is, azonban a munkáltató érdekképviseleti szövetségek fellépése miatt e szakasz végül is kikerült a parlament által elfogadott Mt.-ből.²³ Erre okot szolgáltatott az, hogy a már említett 2010/41. sz. EU irányelv hatályon kívül helyezte az önfoglalkoztatásról szóló 86/613. sz. EGK. irányelvet. Ennek ellenre azonban a nyugat-európai államok, ha némi megszorításokkal is, a már bemutatott önfoglalkoztatási jogviszonyra vonatkozó előírásaikat továbbra is alkalmazzák.²⁴ Az, hogy az önfoglalkoztatás, mint munkavállalóhoz hasonló foglalkoztatási viszony és ezért a foglalkoztatottakra a munkajog előírásai lettek volna alkalmazandók, hátrányos helyzetet alakított ki a munkavállalók számára, ugyanakkor, mert a vállalkozási és/vagy a megbízási szerződésre vonatkozó előírásokat kell rájuk alkalmazni, ahol a szociális védelem kevésbé játszik szerepet, mint a munkaviszonynál. Ezzel szemben a fiatalok munkát vállalni akarók részére annyiban előnyös, hogy vállalkozási, megbízási szerződés esetén a nagykorúvá válást jelentő 18 éves kor betöltése előtt a szülő vagy a gyám hozzájárulása szükséges.

²⁰ Lásd előbbi jegyzetet, továbbá Prugberger: Munkajog a polgári jogban a globalizálódó gazdasági viszonyok között. *Competitio* könyvek. 5. Debreceni Egyetem GTK és ÁJK közös kiadása, Debrecen, 2006. 58-61. o. Munkajogi normatív értékek és a neoliberalis globalizálódó gazdaság. *Bíbor* Kiadó, 2010. 187-198. o.

²¹ Handó Tünde: Leplezett szerződések a munkaügyi bíróságok előtt. *Cég és Jog + Napi Jogász* 2003/7-8. sz.

²² Román Róbert: A magyar kényszervállalkozások problematikája és egy lehetséges megoldás. *Magyar Jog*, 2006/7.; Somogyi., 15. sz. jegyzet; Szekeres Bernadett: Fogalmi zűrzavar a munkajogtudományban. Az önfoglalkoztatás problematikája. I. *Publicationes Universitatis Miskolciensis Sectio Jur. Et Pol.* XXXVI./2. (2018) 472-484. o.

²³ A 2011. évi júniusban közzétett első Mt. javaslatban (2011. júliusi 1/153. sz. alatti leirat) még szerepelt a Kiss György által megfogalmazott önfoglalkoztatási szabályozás, a másodikból azonban már kikerült. L. Prugberger: Magyar Munka-, és közszolgálati jogi reform európai kitekintéssel. *Novotni* Kiadó, Miskolc. 2012. első, és 2013. második kiadást. Az első kiadásban helyeslően szerepel a az Mt.-be történő bevétele, a 2013. évi második kiadásban pedig az elejtésének a kritikája.

²⁴ Kiss György: A munkavállalóhoz hasonló jogállású személy problematikája az Európai Unióban és e jogállás szabályozásának a hatálya a magyar Munka Törvénykönyvében. *Jogtudományi Közöny*, 2013/1. sz., Szekeres Bernadett: A munkavállalóhoz hasonló személy státuszának jogkövetkezményei – a magyar javaslat és a német megoldás részletei. *Munkajog*, 2018. IV. sz. 24-31. o.; Schubert: *Der Schutz*

V. Az internetes applikáció útján történő munkavégzés jogalanyisági problémája

Azokban az országokban, ahol az önfoglalkoztatást munkaviszonyhoz hasonló jogviszonyként, esetleg munkaviszonyként kezelik, az atipikus munkaszerződések közé sorolják be. A magam részéről az atipikus munkaszerződések egy részét vállalkozási, megbízási típusú szerződésként kezelem tartalmuknál fogva. Ilyen az eddig tárgyalt önfoglalkoztatás, a távmunka és részben ilyen a munkaerő-kölcsönzés és annak válfaja, az iskolaszövetkezeten keresztül iskolaszövetkezeti tagként végzett munka, valamint részben a behívásos munkavégzésre létesített munkaviszony. Az internet elterjedésével ezeknek a munkavégzési formáknak az ötvözéséből jött létre egy olyan háromoldalú jogviszonytípus, ahol van egy foglalkoztató digitális platform, aki, vagy amely attól függően, hogy egyéni, vagy társas vállalkozó cég foglalkoztatóként digitális platformon keresztül az általa szervezett tevékenységi körökre munkát felvállalókat toboroz, és akiket kiközvetít olyan megrendelőknek, akik ilyen szolgálati-szolgáltatási vagy munkatevékenységre igényt tartana. Jogdogmatikai kiinduló alapja a vállalkozási gyökerű alkuszi szerződés, ahol az alkusz csak a szolgáltatást igénylő és a szolgáltatás teljesítését elvállaló felek összehozására és nem többre, vagyis csak közvetítésre vállalkozik alkuszi (közvetítési) díj ellenében. Ha viszont ennél többet vállal, vagyis a szolgáltatást igénylő részére a munkát elvégző kiközvetített részéről a szolgáltatás (személy, vagy áruszállítás, takarítás, anyagbeszerzés, stb.) megfelelő színvonalon történő elvégzését is garantálja, akkor már a kiközvetített személlyel szemben a platformon keresztül elvárásokat fogalmaz meg, amelyek teljesítését ellenőrzi. Amelyek ha nem teljesülnek, az illetőt, mint az adott típusú szolgáltatás ellátására szerződésszegése miatt, mint alkalmatlan személyt törölheti a platformról és többet nem közvetíti ki. Ebben az esetben már felvetődik, hogy az ilyen digitális platformon keresztül szolgáltatások kiközvetítésére történő rendelkezésre állókat munkavállalóknak, vagy munkavállalóhoz hasonló személyeknek kell tekinteni.

Ha ilyen tevékenységre számítógépen történő szolgáltatásra irányul, akkor még bejátszik a távmunka is, amelyet vállalkozási vagy megbízási szolgáltatásként, de lehet munkajogviszony keretében is folytatni. Hogy melyik lesz, az a felek megállapodásán túl, jogvita esetén jelentős mértékben attól függ, hogy a platform fenntartója, mint szolgáltatás teljesítésére megbízást adó, a nála rendelkezésre álló adott szolgáltatás teljesítésére vállalkozó személlyel szemben vannak-e olyan kikötései, amelyet a szolgáltatásra készen állónak teljesítenie kell, és amelyet a platformot fenntartó kiközvetítő ellenőrizni is jogosult. Ezekben az esetekben a kvázi közvetítői, alkuszi alaptevékenység a digitális platformot fenntartó foglalkoztató részéről kiegészül munkára, szolgáltatás teljesítésre történő sorozatos behívási tevékenységgel, amelynek alapja a szintén atipikus jellegű behívásos munkaviszony, ahol a másik oldalon rendelkezésre állási kötelezettség áll fenn. Tulajdonképpen mindenki, aki a platform nyilvántartásában, mint munkát kiközvetítéssel felvállalni kész jogalany, rendelkezésre állásra van kötelezve, és az ilyen személy az angol jogban nem állhat rendelkezésre más platform vagy munkáltató számára. Ugyanakkor az angol jog ennél a foglalkoztatási formánál a rendelkezésre álló időt nem kívánja díjazni (nulla órás foglalkoztatás), amellyel szemben a szakszervezetek jogosan tiltakoznak.²⁵

A digitális platform felhasználásával történő alapkonstrukciójában hármas jogalanyiságú, részben a munkaerő-kölcsönzésre, részben az alkuszi tevékenységre, főleg pedig láncolatossá váló munkára történő behívásra, főleg azonban az önfoglalkoztatásra emlékeztető e munkavégzési formákat Gyulavári Tamás a Jogtudományi Közlönyben megjelent kitűnő tanulmányában jól rendszerezve foglalja össze.²⁶ Ennek során kimutatja,

²⁵ Gyulavári Tamás: Uber sofőrök és társaik: munkavállalók vagy önfoglalkoztatók? Jogtudományi Közlöny, 2019/3. sz.

²⁶ Gyulavári, 104-108. o.

hogy egyes országokban egyszerűen vállalkozási szerződésként kezelik, ahol a foglalkoztatott semmiféle védelemben nem részesül, más országokban amint munkavállalóhoz hasonló személyként bizonyos munkajogi védelemben részesül a formálisan vállalkozóként nyilvántartott személy, míg több államban a digitális platform segítségével foglalkoztatottnak munkajog védelmet és státuszt biztosít.²⁷ A magam részéről a munkavállalói jogalanyiség szempontjából csak annyit kívánok hozzátenni, hogy az ilyen digitálisan kiközvetített munkát vállalók munkavállalóhoz hasonló vagy munkavállalói státusz biztosítása ahhoz hasonlóan alakul, ahogyan az egyes államok az önfoglalkoztatást minősítik és ahogy ezt a fentiek során igyekeztünk bemutatni és amire Gyulavári Tamás is e munkájában utal. Gyulavári elemezve az egyes országok bírói gyakorlatát, kimutatja, hogy az USA-ban a bírói gyakorlat a végletek közt osztódik meg. Egyes bíróságok munka-vállalóknak ismerik el az ilyen formában dolgozókat, mások viszont nem. Ez többnyire az államok szerint változik. Az angol bíróságok jelentős része hajlamos bizonyos munkajogi védelemet adni az ilyen személyek részére, ugyanakkor – miként ez Gyulavári e tanulmányából kitűnik - a legtöbb ország a munkavállalóhoz hasonlóság alapján a munkajogi védelemet és a munkavállalói státuszt valamilyen formában biztosítja, indulva abból, hogy abban az esetben is, ha jogilag nincs függőség a platform részéről a munkát felvállalóval szemben, gazdasági függőség mindenképpen fennáll.²⁸ E jogviszonytípusnál a szolgálati, szolgáltatási vagy munkatevékenységet végzők vállalkozónak, munkavállalóhoz hasonlóan vagy munkavállalónak egyaránt minősülhetnek. Ha viszont a szolgáltatás vagy munkát végző nem természetes személy, hanem cég, vagy jogi személy, az ilyen konstrukciót vállalkozásnak kell minősíteni.

VI. Az alvállalkozásnál az alvállalkozó jogalanyiségének jogi és szociológiai jellege

Elsősorban az építőipari kivitelezői tevékenységre jellemző, hogy a kivitelezést felvállaló vállalat a kivitelezéssel kapcsolatos egyes speciális feladatokra, mint amilyen az épületgépészettel, a víz- és villanyhálózattal, valamint a fűtési rendszerrel, a mély-, és magasépítéssel összefüggő technológiai szerelési tevékenységekre, mint a létesítmény létrehozásának fővállalkozói koordinátora fővállalkozóként alvállalkozási szerződéssel foglalkoztat különböző cégeket. Főszabályként ezekre az alvállalkozói szerződésekre a fővállalkozó részéről a megrendelői, míg a speciális tevékenységet elvégző részéről a vállalkozói pozíció áll fenn, és mind a két fél jogaira és kötelezettségeire a Ptk. XXXVII. fejezetébe foglalt vállalkozási szabályai az irányadók. Jogi szinten e téren nem is merül fel különösebb probléma, szociológiailag azonban igen. Ugyanis egyre gyakoribb, hogy a fővállalkozók egyre erőteljesebben az alvállalkozói tevékenységgel összefüggő kikötések, minőségi és mennyiségi elvárások teljesítésével kapcsolatos elvárási és ellenőrzési jogosultságukat nem a Ptk. XXXVII. fejezetébe foglaltak szerint gyakorolják, hanem a munkaviszonyhoz hasonlóan az egyre kötöttebb függő munkára vonatkozó szoros felügyelet szerint. Majdnem olyan helyzet áll fenn, mint ami a mezőgazdasági haszonbérleti szerződés, ha a haszonbérleti díjat a termés bizonyos hányadában kötik ki, amikor a Nemzetközi Munkaügyi Szervezet szerint a haszonbérleti szerződés munkaszerződéssé fordul át. Jogszociológiailag ilyen átfordulás veszélye áll fenn ebben az esetben is, mivel a „de iure” helyzet „de facto”-ként az önfoglalkoztatóhoz hasonlóvá, formális vállalkozói szerződés tartalmilag a munkavállalóihoz hasonlóvá alakul át. Majdnem eltűnik a különbség akkor, amikor az alvállalkozó cég nélküli egyéni vállalkozó, vagy egyéni cég, nem pedig jogi személy. A kiszolgáltatottságot egyértelműen mutatja az a gyakorlat, amikor a fővállalkozók

²⁷ Gyulavári, 107-111. o.

²⁸ Gyulavári, 108-110. o.

formális minőségi ellenőrzést vizsgálva leminősítéssel vagy más kifogásokkal igyekeznek az alvállalkozói díjakat jelentősen lecsökkentve kifizetni, vagy visszatartani, hogy náluk forogjon a pénz.

Ez általános gyakorlattá vált nemcsak Közép- és Kelet-Európában, hanem Nyugat-Európában is. Erre eklatánsan utal, hogy Oroszországban a kis és a közép méretű vállalatok nem a munkáltatói szövetségektől, hanem a szakszervezetektől várják érdekeik képviselőjét és létesítenek velük tagsági viszonyt,²⁹ Belgiumban pedig a kis-, és középvállalatoknak külön munkáltatói érdekvédelmi szervezeteik vannak, amelyeknek igen gyakran a nagyméretű végekkal és azok érdekképviselői szerveivel szemben kell, hogy fellépjenek, legtöbbször az alvállalkozók érdekeinek a megóvása miatt.³⁰

VII. Leszűrhető végkövetkeztetés

Az eddigi fejtegetésekből az tűnik ki, hogy a munkatevékenység különböző formáival összefüggő szerződések mind a jogalanyaik jellege, mind jogaik és kötelezettségeik tekintetében olyan szoros összefüggésben állnak egymással, ami indokoltá tenné, hogy valamennyi közép-európai állam, ide értve Magyarországot is, szakítson azzal a szovjet jogrendszerből visszamaradt hagyománnyal, miszerint a munkajog egy különálló jogág és a polgári jogtól különállóan szükséges szabályozni.³¹ Vissza kellene térni ahhoz a megoldáshoz, hogy a munkajogviszonynak, ha nem is a részletszabályozás szintjén, de legalább is keretjelleggel a Ptk.-ban, a többi facere típusú szerződések mellett van a helye.³²

²⁹ Alex Scharf: Gewerkschaften und sozialpartnerschaftliche Strukturen der russischen Föderation In? Recht der internationalischen Wirtschaft (WIRO), 5/1996.164-165. p.

³⁰ Jura Europae, I. 20.50-5-7. Belgien.

³¹ Jana Markecova/Katerina Klimanowa: Arbeitsrecht in der Slowakischen Republik, Rz. 1-7. (1327-1332. p.); Tomas Linhart/Radin Ranics: Arbeitsrecht in Tschechien, Rz. 1-5. (1464-1466. p.); Julia Zimoch-Tuchocka/Monika Malinowska-Hyla: Arb.r. in Polen, Rz. 4-6. (998-999. p); Ute Gotha: Arbr. in Rumanien, Rz. 1-7/a. (1129-25. p.). In hennsle/Braun (Hrs.): Arbeitsrecht in Europa. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 3. Aufl. 2011., Mjgjegyzésre kívánczik, hogy Vallasek Magdolna elismeri a román munkajog önálló jellegét, de tágabb értelemben a polgári joghoz tartozónak tekinti. Vallasek: Román munkajog. Az egyéni munkaszerződés. Frum Iuris kiadó, Kolozsvár, 2017. 12. o.; Prugberger/Szalma József: A mukaviszonyra irányuló szerződés és az új Ptk. Gazdaság és Jog, 10/212. 14-16. o.

³² Prugberger: Észrevételek az új Ptk. egyes szerződéseket tartalmazó fejezetéhez a szolgálattal kapcsolatos szerződés hiánya miatt, In: Polgári Jogi kodifikáció, 2008/1. sz. 20-22. o.; Zlinszky János: Javaslat a magánmunkáltatói szerződés szabályozására az új Ptk.-ban. Ugyan itt, 23-25. o.

Commercial value and manifestation of personality rights in Hungary

In the past four years, I have been examining the commercial value and the alienation of personality rights from a historical-comparative aspect. Some of the main outcomes are presented in this paper in English language. I have examined the development of the protection of material interests in German and Hungarian law, to show that the commercial exploitation of personality rights is not a new phenomenon. The paper continues with the dogmatical questions of personality rights with commercial value: the obstacles of a dignity-based protection, and the logical step of manifestation, so the description of the transition of non-pecuniary personality rights into property-like assets. The third part of the work focuses on the cause of action and the remedies of the exploitation of these proprietary-like assets. On the side of cause of action the alienability of these rights is examined, thus the scope of contractual disposition (transferability), the inheritance of commercial interests and the connection of these assets to the traditional, moral interests. Regarding the remedies the compensation claim, the liability for damages and the claim to surrender excess profits are examined, both *inter vivos* and *post mortem*. This paper aims to point out the missing aspects of the regulation and the misinterpretation of the application of the remedies – and in general the subjective right – by examining the body of case law.

I. Historical development

I.1. In general

In the development of the German and Hungarian personality right, it could have been seen that during the emergence of the protection of personality rights in the private law was associated with material interests, too. In the German law the legislator intentionally refused to protect the personality in general; two separate cause of actions for the right to the name² and likeness³ were codified. Both of these personality rights protect obvious commercial interests beside ideal ones because their appropriation is usually related to the industrial property rights, to competition law and to the interests of the press and advertisement. These personality rights were also, which have been applied in the framework of the unjust enrichment law of the § 812 BGB and thus established the fundamentals of the protection of the commercial value of personality rights.⁴ The BGH⁵ have recognized in 1999 that the general personality right does not solely protect ideal, moral interests but commercial interests, too. Such aspects of commercial interests are inheritable; the heirs are entitled to exercise these rights.⁶

The development of the personality right was much more difficult in Hungary since there have not been published any studies about the governing law,⁷ despite the recognition of

¹ PhD-student, University of Szeged, Institute of Private Law. E-mail: schultzmarton@gmail.com.

² § 12 BGB.

³ §§ 22-24 KUG.

⁴ NJW 1956, 1554 – Paul Dahlke; NJW 1958, 827 – Herrenreiter; NJW 1981, 2402 – Carrera.

⁵ Bundesgerichtshof, Federal Supreme Court of Germany.

⁶ NJW 2000, 2195 – Marlene Dietrich; NJW 2000, 2201 – Der Blaue Engel.

⁷ The first Civil Code of Hungary has become effective in 1.5.1960. Despite from some aspects, like trade law and marital law, customary law was in force.

the compensation claim.⁸ Hence, the first task was to identify in what extent the personality rights were protected, and in what extent was the recognition of these rights in connection with material, commercial interests. Since the protection of personality rights is a phenomenon of the XX. Century, an earlier normative base of such rights cannot be found. New ways and directions of infringement have occurred in this century due to the social, economic and technical changes. The Hungarian General Civil Code of 1900⁹ have recognized these changes, therefor established separate cause of actions for some of the personality rights. In the later period of the codification, this protection was abstracted, and a general protection would have been granted by the drafts of 1914 and 1928. The enactment of a new civil code was unsuccessful until the end of the Second World War. Since customary law was the second important source of law after statutory law, the jurisdiction and the precedents (prejudices) of the royal courts must have been examined.

I.2. Recognition of various aspects of the right to a name in customary law

The right to the name was the first personality right to find a way to recognition. This have not happened, unlike in the civil codes of Germany and Austria,¹⁰ through the establishment of a general right to a name in the case law, firstly, but through the extensive and analogical application of already applicable cause of actions, which have two subsets. The first subset contains cases of the infringement of merely ideal and moral interests. One aspect of the right to the name emerged from the cause of action of section 94 Marital Act.¹¹ According to this section, the husband had the right to prohibit the woman the bearing of the married name after the dissolution, if she was the guilty party.¹² In the jurisdiction of the royal Curia¹³ such a claim for the infringement of the married name was also possible after the dissolution, although this could not have been directly concluded from the section 94 Marital Act.¹⁴

A similar tendency can be deemed on the protection of artistic names (*pseudonyms*), since in the cases of copyright law related name infringements not the copyright law but the general private law (here: the right on personality) was applied. This is how another aspect of the right to the name have been recognized, where the connection between author and work was missing and thus the copyright act cannot have been applied.¹⁵

In the second big subset belong infringements, which could be related to commercial value and economic interests. The enrollment of the name of a person as part of the company name¹⁶ and the infringement of such company names outgrewed the tort on company names. Although the cause of action in the cases of the infringement of the company name containing

⁸ Görög Márta: A kegyeleti jog és nem vagyoni kártérítés. Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2008.

⁹ Draft on the Hungarian General Civil Code of 1900.

¹⁰ To the implementation of § 12 BGB in § 43 ABGB in the year of 1916 see Károly Szladits: Az osztrák polgári törvénykönyv novella-javaslatáról. In Magyar Jogászegyleti Értekezések 1908, p. 284.

¹¹ Act Nr. XXXI. of 1894. Section 94. *The guilty divorced woman cannot bear her married name. The unguilty divorced woman can bear the married name after the divorce, if this has been declared by her during the judicial separation.*

¹² 729. EH.

¹³ Hungarian Royal Curia (*M. Kir. Kúria*) is the name of the supreme court until 1946. During the socialist era it was called „Supremest Court” (*Legfelsőbb Bíróság*). Since 2012 it is called Curia (*Kúria*).

¹⁴ K. III. 301/1934; K. III. 1938/1940; K. III. 2680/1940. K. III. 5694/1941.

¹⁵ K. I. 2193/1934 – Huszár Imre.

¹⁶ According to the Act Nr. XXXVII. of 1875 it was the name of the merchant (*cég, Firma*). The regulation was also applicable for company names. In the English text I use the form of ‘company name’, since it is more understandable.

names of persons remained the sec. 24 of the Commercial Code¹⁷ for a long time, the legal doctrine of the time was also talking about the infringement of a different subjective right, the right to a name.¹⁸ Similar to this, were claims against the unlawful appropriation of names for advertising, as a trade name or other significant indication of companies.¹⁹ The commercial interests entered the shaped the protection of moral interests on many ways, which have been connected to the industrial property rights, unfair competition and commercial law.

1.3. The right to a likeness

The other realm of commercial interests is the right to likeness, which was recognized by the courts quite late, in the 30's, even though a huge body of case law have developed around it. The protection of likeness has, similar to the right to a name, emerged from existing cause of actions, since it was firstly recognized by the extensive application of copyright sections.²⁰ These civil wrongs were connected to the advertisement on one hand, and on the press and media companies of the other, which makes it clear that commercial interests and commercial value also overshadow the appropriation of the picture of a person.

The right to likeness has also protected ideal, moral interests, since the publication of likenesses, especially on posters in the streets or in newspapers the reputation and the social status of the depicted person have set back essentially. In some cases, the civil wrong aimed inevitably an intent to realize profit, in these cases the gain of the estate of the wrongdoer was in the center; the immaterial distress was quite vague.²¹ The royal courts have ruled the payment of a compensation (liability for non-pecuniary damages) applying the rules of copyright law, in cases of a mental distress.²² If a likeness was commercially exploited, the courts deemed that the wrongdoer shall be liable for the damage caused.²³ In this case the damage – so the Royal Court of Appeal of Budapest – was the sum, what the wrongdoer should have had payed, if the parties have had contracted each other, and a consent from the entitled would have been given. The amount of such a fictive license fee have been granted regarding the previous case law.²⁴

1.4. State-economical determination of proprietary-like allocation of personality assets

Although the personality right was generally protected during the 30's and 40's and all the published rulings name the sections 107-109 Mtj.²⁵ as the cause of action, this protection

¹⁷ Act Nr. XXXVII. of 1875. Section 24. *Who is infringed in their legal interests due the unlawful appropriation of a company name, can claim, that the wrongdoer the use of such a company name – beside the application of the regulations on the fine in § 21 – omits, and compensates the damage caused. [...]*

¹⁸ Fehérváry Jenő: Magyar kereskedelmi jog rendszere. Grill, Budapest, 1941. p. 40.

¹⁹ K. IV. 824/1941 – Milkó; K. II. 1758/1938 – Csángó; K. IV. 1753/1939 – Ritz; K. II. 5006/1936 – King Edward; K. II. 2571/1936 – herceg Esterházy Miklós; K. IV. 3354/1936 – Atelier.

²⁰ Act Nr. LIV of 1921. Section 64. *In cases of ordered pictures and sculptures, the practicing of rights of section 60, the consent of the purchaser (orderer) is required, too; the purchaser has the right, without the consent of the author, to reproduce the work for commercial purposes.*

²¹ K. P. I. 623/1939 – viaszképmás; K. P. I. 3618/1930 – hirdetőoszlop.

²² K. P. I. 5820/1939.; Grill Dtár XXXIII. 539 – spiccelés; K. P. I. 4102/1938. – meztelenül Dunaparton; K. P. I. 3463/1938 – lemetszett lábak.

²³ K. P. I. 3647/1928 – olajjügnök.

²⁴ K. P. I. 5332/1932 – igazolványkép; Budapesti Kir. Ítéletábra 1932. IX. 19. P. XIV. 2755; Budapesti Kir. Törvényszék 1938. V. 5. - 9. P. 33.875/1938.

²⁵ Civil Code of Hungary of 1928. (draft)

Sec. 107. Every person has the right determine the unfolding of their personality in the framework of the law and

was non-commercial. Even though the moral aspect of these rights has been highlighted, the presence of the commercial and pecuniary aspects was inevitable, and could not be excluded, at least partially, from the legal evaluation. The development and crystallization of these commercial aspects was hindered for a long time by the socialist private law.

The infringement of personality rights was not matching in the capitalist market economy and in the socialist controlled economy. Some sorts of infringement can be found in both legal systems, just like the right to piety,²⁶ the infringement of the marital name by the guilty wife²⁷ and the protection of reputation.²⁸ In these cases, the tortious actions have nothing to do with the economic and political mindset. Some other cases, appropriations and exploitations are determined and dependent from free enterprise economy such as the infringement of company name, the unlawful appropriation of the name and likeness, as well as the sensation mongering of the boulevard press. As clear as it is, the commercial appropriation of personality rights solely and utterly fit in the second category, hence the development of the evaluation of the commercial value of personality rights have been hindered to develop until the regime change of 1989, due to the lack of legal regulation. This have had also another consequence: the overexaggerating of moral interests. The protection of “non-pecuniary” personality rights was not effective, since the Supreme Court had overruled the precedents about the compensation for non-pecuniary damages in 1953.²⁹ After this, the whole socialist legal doctrine tried to legitimize this legal institute, and thus the efficient protection of moral interests. This immaterial direction was only fortified by the equation of the human dignity as a human right with the cause of action of the infringement of personality rights in private law.

II. Dogmatical basis of commercial value

II.1. Commercial value and human dignity

Since the dogmatical and theoretical fundamentals of the commercial value of personality rights could not have been developed, it must have been examined, how can be personality rights with proprietary-like nature classified in the system of civil law and of the subjective rights. There was an additional problem to solve before such an examination could have been taken. This problem emerged with the new Civil Code of 2013,³⁰ since the general personality right as a human right which is equal to the human dignity as human right was codified as the general cause of action in civil law in cases of the infringement of the personality rights in general.

The recognition of the general personality right in German law happened without any act of the legislator, but through the judges, regarding the rules of the new Basic Law of

the rights of others. None shall bother the entitled person in this development (the right of personality).

Sec. 108. Who is infringed in their personality right, can claim for the injunction of the wrong; if a repetition of such a wrong is likely, he can claim for omission.

It is also deemed as an infringement of personality right, if someone a name – may it be a pseudonym – denies, or a legal interest of an other person in a way infringes that he uses a similar name to his unlawfully; also when somebody the legal interests of another infringes in a way that his likeness, letter written by him or addressed to him or another confidential deed misuses.

Sec. 109. The right of personality is after the death of the rightholder as long protected, as it is necessary for their piety.

²⁶ K. P. I. 4614/1940; BH 1981. 356.

²⁷ K. IV. 5101/1938; K. III. 5226/1938; BH 1967. 327.

²⁸ K. IV. 8069/1927; BH 1979. 411.

²⁹ Legfelsőbb Biróság III. sz. Polgári Elvi Döntése.

³⁰ Act Nr. V. of 2013 on the Civil Code.

Germany of 1949 and its body of case law. The BGH ruled, similar to the BVerfG³¹ that the application of the human dignity in connection with the right of self-determination indicates and legitimizes the recognition of a so-called general personality right.³²

The newly recognized law was applied since then by the BGH in cases of the infringement of personality rights in the framework of private law. This dual concept have made it possible that the protection of legal persons could rely solely on the self-determination right, without the application of the human dignity regulation³³ and that the dignity did also not hinder the recognition of the commercial and thus transferable and inheritable aspects of the general personality right.³⁴

Part of the Hungarian literature and case law deemed the new rule of 2013 about the human dignity as the only cause of action.³⁵ According to section 2:42 para. (2) Civil Code *human dignity and the related personality rights must be respected by all. Personality rights are protected under this Act.*

The recognition of the general personality right in the Hungarian legal system finds its fundamental base in the Basic Law only in human dignity. This can cause several problems, although the core problem is that such a concept of a general personality right in private law may hinder the recognition of the material aspects. There is a tension between the commercial value and marketability of personality rights and between the human dignity, since a solely dignity-based protection shall exclude all possibilities to separate, even partially, any personality rights from the person, and they cannot become transferable, alienable, inheritable goods. This collision of interests shall be solved through the ways of the interpretation of the law. The section 2:42. para. (2) Civil Code shall be interpreted so that it explains the connection of the true general clause of section 2:42. para. (1) Civil Code³⁶ to the human dignity as human right. In a way that it does not become a cause of action for the infringements of personality rights in general. The duplication of the general clause can be avoided this way, and the section 2:42. para. (1) has a function, as well as the human dignity right in the framework of private law is also classified. In this, on the self-development of the personality-based personality protection, the human dignity right shall not only be a subsidiary link to the Basic Law, but also a so-called “human minimum”. According to Art. II. para. (1) Basic Law³⁷ the human dignity is inviolable, which traditionally means illimitability. The human dignity in private law shall be a core field in the protection of personality rights, and the genus the self-development right encompassing all named and unnamed personality rights, and thus the right to private life, too. The most important is, though, that with such interpretation of the human dignity, the transferable, inheritable personality goods may be recognized, without modifying the Code.

II.2. The logical-dogmatical step to commercial value: the manifestation of personality rights

Due to the traditional classification of subjective rights the personality right is a so called personal absolute right. It is an absolute right because the entitled can exercise his personality rights in a way that no one shall bother him while doing so. Everybody shall omit

³¹ Bundesverfassungsgericht, Federal Constitutional Court of Germany.

³² BGHZ 13, 334 – Leserbrief.

³³ BverfG NJW 2010, 3501, 3502 – Gen-Milch.

³⁴ NJW 2006, 3409 – Der blaue Engel II; ZUM 2009, 479.

³⁵ BH 2018. 248 – rendőri szakszervezetek tüntetése.

³⁶ Sec. 2:42. para. (1) Civil Code “*Everyone is entitled to freely practice his personality rights [...] within the framework of the law and within the rights of others, and to not be impeded in exercising such rights by others.*”

³⁷ Art. II para. (2) GG „*Human dignity shall be inviolable. Everyone shall have the right to life and human dignity; the life of the fetus shall be protected from the moment of conception.*“

to hinder him in his right. On the other hand, the personality right is a personal right, since it is not a proprietary right. It protects the personal relations of the person from bothering. In its content it is a non-proprietary right, similar to family law. This form of the classification does not allow the recognition any commercial interest on personality rights, hence the examination aimed to describe this fundamental basis on another way, how legal relations are regulated and how the law describes the world and its facts.

The Roman law and the pandectism described the physical world around us, with its tangible assets (things).³⁸ This so-called physical world, physical reality encompasses things, the sovereignty on the things, and thus proprietary rights. The personal idea, the protection of immaterial rights, which do not exist in material form, have been filtered in the private law in the 19th century, and became more and more important.³⁹ The copyright law and the industrial property rights have been regulated firstly;⁴⁰ this was followed by the recognition of the personality rights. *Artur Meszlény* and *Gyula Dezső* classified these immaterial rights according to their alienability and their degree of bunding to the person of the right holder.⁴¹ The personality rights can mainly be qualified as a personal immaterial good, since they are non-alienable and highly bound to the person. It is also possible to classify various personal goods possessing commercial value and transferability, as a non-independent proprietary immaterial good. A commercial personality right shall be a right also, which is partially transferable, but also stays in a close relation with the personality, and thus with the original entitled person, similarly to a previous right. This can be seen on the example of the right to a name, which was also classified, different than other personality rights, as a non-independent proprietary immaterial right by *Meszlény* in 1909.

The conversion and transformation of personality rights can be described by the definition of manifestation. The phenomena of manifestation can be also found in intellectual property right, since the protected thoughts, based on a creative activity, appear in the physical reality by the creation of the author. The manifestation of various personality rights can be found in the previous legal doctrine, too. This was related to a commercial value in the framework of unfair competition law and trademark law, and not within the personality regulation itself. Some aspects of personality rights may be removed from the inner core of personality, and also from the so-called ideal world, and become part of the physical reality because of their manifestation, which may give these rights a new function, too (manifestation). Other legal interests and legal objects become part of the personality right, thus they will be impersonated.

The manifestation is a privilege of some personality right, and not all of them. There are personality rights, which cannot be detached from the person either because they merely protect ideal and moral interests (e.g. the right to reputation and the protection against slander), or because they exist to protect a physical existence of a person (e.g. physical integrity, freedom). These rights cannot leave the ideal world either because it is not possible in a matter of sense, or because due to their nature they protect those aspects of the personality, which already exists in the physical reality.

There are also rights, which may be manifested, these are the so-called personality

³⁸ Elster, Alexander: *Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht (Gewerblicher Rechtsschutz)*. Walter de Gruyter & co., Berlin und Leipzig, 1928. p. 11.; Kohler, Joseph: *Das Eigenbild im Recht*. Berlin, J. Guttentag, 1903.; Balás P. Elemér: *Szerzői jog és dologi dinamizmus*. In *Emlékkönyv Dr. Szladits Károly tanári működésének 30. évfordulójára*. Grill, Budapest, 1938. p. 7.

³⁹ Fazekas Oszkár: *A szellemi tulajdon jogbölcseletéhez*. In *Emlékkönyv Nagy Ferenc huszonöt éves egyetemi tanárságának megünneplésére*. Atheneum, Budapest, 1906. p. 143.

⁴⁰ Act Nr. XVI of 1884 on the author's rights; Act Nr. II. of 1890 on the protection of trade-marks; Act Nr. XXXVII. of 1895 on patent law.

⁴¹ *Meszlény Artur: A svájci polgári törvénykönyvről*. Atheneum, Budapest, 1909. p. 173.; *Dezső Gyula: Az objectiv kártérítés tana*. Grill, Budapest, 1917. p. 300.

assets. These have two subsets, which can be relevant classifying civil wrongs, appropriations. In the first group belong appearance assets of the personality (e.g. name,⁴² likeness,⁴³ slogans⁴⁴), in the other disclosure assets (e.g. life-picture, private life, private secret). These personality assets can obtain a commercial value through their manifestation and thus become into a non-independent proprietary immaterial right. Since the right to the name shows the most various forms of manifestation, this was examined.

II.3. Types of protected name rights and their forms of manifestation

The manifestation of the name can happen in different, separate ways. The right to a name can manifest in form of another legal institutes. The change of the function of a name can happen through registration as a trademark, and suddenly becoming an intellectual property right. A similar tendency can be observed within the framework of the protection of personality rights, since the name of a person can transform into a registered company name,⁴⁵ an unregistered trade name⁴⁶ or even as a domain name.⁴⁷ These verbal indications are protected within the personality right in Hungary. A manifestation is, of course, only possible if these rights contain the name of a person, so that they are not solely phantasy names, so that the right to a name works as a previous, so-called priority right. In these cases the name of the person does not only indicate the right holder, but also goods, services, websites etc.

The right to a name, similarly to the right to likeness can manifest *sui generis*, too. This means that the commercial appropriation of these assets does not transform them into another legal institute, they remain as they were, as personality rights, even though their function is altered. This form of manifestation indicates the establishment of a so-called proprietary right to a name (*Vermögensrecht am Namen, néven való vagyoni jog*), and encompasses the appropriation of the name for advertisement and endorsement. If the name of a person serves the indication of goods and services, it is actually a trade name and is protected as so. The reason why the cases in which the right to a name acquires commercial value remaining a personality right is fewer, is that the right to likeness cannot transform into so many other legal institutes, since it is lacking the nature of a verbal indication, and thus it cannot become a part of a company or a trade name, or cannot be registered as a domain name.

Through the manifestation of a person's name as part of a company name transforms its protection into a personality right on company name (*Persönlichkeitsrecht an Firmennamen, cégnevhez fűződő személyiségi jog*). If the company name is a mere phantasy name, the personality right of no person can be an obstacle for the appropriation and use of such company name. An obstacle can be, if the company's name consists a name of a person and the company wants to establish a new company containing its own name, and thus using the name of the person with it. The jurisdiction requires in these cases the consent of the entitled person of the name.⁴⁸

The name can also manifest in the form of a domain name. In this case a new subjective right comes into being, which gives his owner an absolute right on the registered

⁴² BDT 2018. 87 – kutatóintézet.

⁴³ PJD 2019. 19 – horgászcikkek.

⁴⁴ BH 2002. 261 – Jó estét! Jó szurkolást!

⁴⁵ ÍH 2004. 56 – REHAB.

⁴⁶ BH 1990. 255 – RORÁRIUS; BH 1994. 21 – Rác.

⁴⁷ ÍH 2009. 111 – vedjegy.hu; ÍH 2011. 154 – biztosítás.hu; ÍH 2017.11 – muszakieredtvizsgaszeged.hu.

⁴⁸ Legf. Bír. Pf. IV. 21007/1992 – Láng.

domain name. The domain name is not the name of the person, not a company name, not a trademark. The verbal designation used as a domain name is also not automatically an unregistered trade name, such a quality may be acquired by the consistent commercial appropriation of it. A domain name can also be registered as trademark or as the name of a company, and thus function as a trademark or company name. This indicates that a new subjective right comes into existence. The protection of domain names, since it is not necessarily connected to the market and enterprise, is not automatically based on the protection of trade names, since it does also protect ideal, moral interests.

II.4. The two tracks of commercial interests within the personality right

This system of the form of manifestations of the name indicates that the protected interests within the personality right are diverse, and does not only include ideal, moral interests, since the Hungarian private law does not only protect the legal objects which are in a very close relation with the personality. This seems to support my opinion that the human dignity as a human right only covers an aspect, a part of the protection of personality and that the free development of personality of section 2:42. para. (1) Civil Code shall be the general cause of action for any infringement. The protection of the various legal interests and objects make it clear that the Hungarian way of protection of personality resembles to the solution of Switzerland and Liechtenstein, protecting one's personal relations. In this category belong all immaterial interests and legal object, on what an exclusive right shall be granted by the common opinion. The mixing of moral and commercial interests can be observed on the manifestation of the right to a name. Here is the tension between the transferability and the classification of these legal objects the most intense.

In the division of immaterial goods, the personality rights are unalienable assets, while their social and commercial exploitability pushes them into the territory of transferable goods of intellectual property rights. The mixture of moral and commercial interests indicates various problems regarding the classification of these assets.

The scope of the protection of legal objects and interests within the protection of personality rights in Hungarian law is broader than in Germany, we could say: different. In German law the recognition the recognition of alienable assets could have been recognized before the general personality right came into existence through the cause of actions of section 12 BGB and section 22 KUG, such a protection was also planned by the legislative intent of the BGB, although without the inheritance of such commercial aspects. The biggest change was the recognition of the general personality right by the BGH applying the articles of the *Grundgesetz* cumulatively about the human dignity and the self-determination. This have made the nature of the protection of personality in the German private law more immaterial, even moral. This was intensified by the modification of the sign rights in the *Markengesetz* of 1995, since the infringement of commercial verbal indications received a general passing off tort, and their protection was similarly formulated as the protection of trademark. This new cause of action has limited the application of the section 12 BGB, since its analogical application in case of the infringement of any commercial verbal indication, not containing a person's name was not possible anymore. This fortified the ideal and moral interests within this section, the material and commercial interests have been diminished by the commercial, unfair competition and sign law. This also indicated that during the recognition of the commercial aspects of the personality right in 1999 the BGH could not use the extensive application of the name rights in section 12 BGB as an argument for the scope of pecuniary interests.

The regulation in Hungarian law is different, since the right of personality

encompasses all sign and name rights, just like in Switzerland, where the commercial aspects of personality right did not find recognition, though. The variety of pecuniary interests indicate the multiplication of the forms of manifestation, too, and thus the multiplication of commercial, material exploitations with it. This causes a more intense tension between the non-pecuniary and pecuniary aspects, which makes the German model non-implementable. The system of commercial interests indicated by the intellectual property-like assets (company name, trade name, domain name) can be described by the manifestation as a general form of acquisition of such assets with commercial value.

III. A personality right of commercial value

III.1. Governing law and material interests

The recognition of the protection of commercial interests and material content of personality rights can be seen in the regulation of the remedies about the infringement of personality rights. According to section 2:51. para. (1) e) Civil Code *a person whose personality rights have been infringed can require for that the wrongdoer or his successor surrender the financial advantage (excess profits) acquired by the infringement applying to the rules of unjust enrichment.* According to section 2:53 Civil Code *any person who suffers any damage from the violation of his personality rights shall have the right to demand compensation from the infringer in accordance with the provisions on liability for damages resulting from unlawful actions.* The protection of commercial interests relies on the aim of the act and on the legislative intent, too.⁴⁹ Despite these remedies, there is a huge gap on the side of the cause of action, where any regulation of material interests is missing. There is no trace of the recognition of the possibility of any commercial appropriation, the loss of such right or even the contractability of such proprietary-like interests. In my opinion, the silence of the Code on these questions rely only on the fact, that the questions were not examined during the codification of the Code, which were discussed in Germany at the time of the Hungarian codification or which were highlighted by the German jurisdiction. This is queer, since the legislator had evaluated the tendency of commercialization regarding to the remedies in Germany. This is why the remedy of skimming off excess profits was implemented and codified in the Civil Code.⁵⁰

The case law seems to be more forward, since in cases of unjust commercialization of personality rights, the courts grant a fictive license fee based on the liability of damages⁵¹ and newly a reasonable enrichment based on the skimming off excess profits.⁵² The jurisdiction suffers from the misinterpretation of the infringement of commercial interests as immaterial ones.⁵³ This fundamentally failed opinion relies on the unfortunate formulation of the regulation during the codification. It indicates the division between the non-commercial and pecuniary interests of the subjective law, regarding the cause of action. This could be otherwise solved either by the teleological reduction of the regulation, or by the codification of a special personality sphere protection commercial interests, similar to the personality rights of the author. It is clear that the Civil Code protects commercial interests, at least

⁴⁹ Vékás Lajos: Über die Expertenvorlage eines neuen Zivilgesetzbuches für Ungarn. In Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2009. p. 536, 551; Petrik Ferenc: Személyiségi jogok. In Wellmann György (szerk): Polgári jog. Bevezető és záró rendelkezések. Az ember mint jogalany. öröklési jog. HVG-ORAC, Budapest, 2014. p. 201-202.

⁵⁰ Uo.

⁵¹ BDT 2007. 171 – aktfotó; BDT 2015. 70 – élesztőtabletta.

⁵² Möglich: PJD 2019. 19 – horgászcikkek. Kecskeméti Törvényszék 8.P.20.334/2017/17.

⁵³ BDT 2007. 171 – aktfotó; BDT 2009. 24 – Budapest Őszi Fesztivál; PJD 2019. 19 – horgászcikkek

partially. The unregulated aspects and facts may be developed by the case law relying on the intent of the legislation, since the missing of the regulation was unintentional. This seems as an emergency solution, though, since Hungarian judges are not very proactive regarding such progresses and advancements. The intervention of the legislator is inevitable to make clarity and security in the application of law.

Such an action of the legislator could be a recognition of a personality right with commercial value, in my opinion. There are different solutions how the relation between the immaterial and pecuniary interests can be described.⁵⁴ The material interests cannot entirely separate from the moral ones, which does not mean that they cannot be threatened separately in the Code. Such a separation has more reasons. The most important is that the two interests indicate different content and nature (inheritability, transferability or the lack of these) regarding the cause of action and the remedies, too. This may ease the application and their mixture in the jurisdiction. This separation can be explained by the manifestation of the personality assets, and the alienability of the goods arising from it. This manifestation leads to the change of the legal nature of various personality assets, which can only be evaluated by a partially separate regulation.

Since the moral and commercial interests require a different legal regulation, this must have come clear on the side of the remedies, too. While the remedy of non-pecuniary compensation can only be awarded in cases of mental distress or other immaterial infringement, the liability for damages in form of applying license analogy and the surrender of excess profit can only be obtained, where the infringement is a mere pecuniary one. To make this clear for the judges, the protection of commercial interests must be separated, even in cases where both interests may be infringed.

III.2. A personality right with commercial value

There are two cumulative prerequisites, which make a personality right obtain commercial value. The first one is the manifestation of personality assets, and the second is the act of utilization, so the appropriation and exploitation of such assets for commercial and profit gaining purposes. The so-called publicity does not play a role in the acquisition of commercial value and in the infringement of commercial aspects, but in the application and the sum of the proprietary remedies. In the civil law system and thus in Hungarian law, there are more cases and expectant rights, for example the appropriation of personality assets in form of a trademark, trade name etc., as in the Anglo-Saxon concept of commercial interests in the framework of the right to publicity. The development of the commercial value of personality rights have other question in the United States, which is foreign for the civil law countries. In the case law suffers from the lawful evaluation of the marketability of personality assets of unknown persons on one hand, and the privacy protection of celebrities on the other.

The typical appropriation and commercial use of personality rights can be divided in three subsets:

1. The use of personality assets as trademarks, or in general as a not registered trade sign,
2. the appropriation of the name rights in the form of company name, trade name or domain name,
3. the appropriation of personality assets for commercial or advertisement purposes, may this manifestation aim to increase the sale of goods and services or to satisfy the hunger for

⁵⁴ Götting, Horst-Peter: Die Vererblichkeit der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts – ein Meilenstein in der Rechtsprechung des BGH. In NJW 2001, 585; Beuthien, Volker: Was ist vermögenswert, die Persönlichkeit oder ihr Image? In NJW 2003, 1220.

sensation by the public.

The protection of a personality rights with commercial value as a separate cause of action indicates several questions and problems. According to one opinion of the German doctrine the commercialization of personality assets and their transferability and alienability indicates their classification as intellectual property rights, which may also be a solution for Hungarian law. The merger of the ideal and material interests, the loss of power on the right by the pass of time (term of protection) and the omnipresence (so-called ubiquacy) of these goods indicate an intellectual property-like subjective right and regulation.

It is recognized by the jurisdiction that the entitled has the right to appropriate and sell the rights on these personality assets by a contract, and that he is entitled to a reasonable royalty in exchange of the commercialization. It has not been examined by the case law, yet, what is the extent of such a right acquired by contract, if the licensee is also protected towards the unjust exploitation of third parties. The Civil Code contains also no regulation on the question, whether the heirs could conclude such a contract with third parties.

The Civil Code does not contain the term of protection this commercial aspects of personality rights have, thus they become common domain with the death of the right holder on one hand,⁵⁵ and survive the deceased regarding remedy of the surrender of the excess profit in the framework of the right to piety in section 2:50. para. (2). According to this section *any heir shall have the right to lay claim to any financial advantage obtained by having violated the memory of a deceased person. Where there are several heirs, the deprived financial advantage shall be distributed among the heirs according to their respective shares of the estate.* The Civil Code says nothing about it, how long can the heirs file such a claim. In my opinion a term of protection of 20 years post mortem should be regulated. This could clear the contradiction between the obvious inheritability of the claim for the surrender of excess profits and for material damages, on one hand, and the questionable contractual disposal of the heirs.

The personality rights having a commercial value shall be lost by the forfeiting of the right. The Supreme Court have applied the forfeiting of personality rights instead of the statute of limitation in cases of name infringement of expropriated companies of the socialist era.⁵⁶ The forfeiting was not explicitly mentioned as so, though. In the Austrian jurisdiction is this legal institute analogically applied. It can be originally found in trademark law, but was also quoted in cases of the infringement of the commercial aspects of the general personality right of section 16 ABGB.⁵⁷ It can also happen that in some cases the protection of these commercial interests exhausts.⁵⁸

The constitutional protection of pecuniary interests should be protected, similarly to the intellectual property rights, in the framework of the guaranty of property according to the Hungarian Basic Law. This solution is indicated by the German⁵⁹ and the Spanish law,⁶⁰ and also by the case law of the ECHR.⁶¹ There is a tendency in the jurisprudence, on the other hand, which applies these material interests on personality rights similarly to trademark law in

⁵⁵ Menyhárd Attila: Forgalmképes személyiség? In Menyhárd Attila – Gárdos-Orosz Fruzsina (szerk.): Személy és személyiség a jogban. Wolters Kluwer, Budapest, 2016. p. 79; Szeghalmi Veronika: A személyiség „értéke“ és annak post-mortem továbbélése. In Forum: Publicationes Doctorandorum Juridicorum 2017. p. 233.

⁵⁶ BH 1990. 255 – RORÁRIUS; BH 1993. 350 – Herz; BH 1994. 21 – Rác; BH 1997. 467 – Pick.

⁵⁷ OGH SZ 2010/70 – Maria Treben.

⁵⁸ Möglich: PJD 2019. 19 – horgászcikkek.

⁵⁹ NJW 2006, 3409 – Der blaue Engel II; ZUM 2009, 479.

⁶⁰ Trebes, Anja: § 68. Spanien. In: Götting, Horst-Peter – Schertz, Christian – Seitz, Walter (szerk.): Handbuch des Persönlichkeitsrechts. CH Beck, München, 2008. p. 1167. [44]; STC 81/2001 (26.03.2001) – Emilio Aragón.

⁶¹ EGMR 25379/04; 21688/05; 21722/05; 21770/05 – Paeffgen GmbH v Germany.

the framework of international private law.⁶²

III.3. Remedies for the infringement of proprietary-like allocations of personality assets

The claim for compensation for non-pecuniary damages should not be applied in cases of infringement of the pecuniary aspects, since it shall compensate the mental distress suffered. According to section 2:52. para. (1) Civil Code *any person whose rights relating to personality had been violated shall be entitled to restitution for any non-material violation suffered*. The case law has granted in the previous cases of the legal institute of compensation for immaterial damages (*nem vagyoni kártérítés*), as well as the restitution (*sérelemdíj*) in the new Civil Code from 2014 such a compensation, even though the proprietary relation between the parties have been infringed without any mental distress. This may be deemed as an undue analogy. The problem of the non-application seems to be more complex in case of the restitution, since the Civil Code prescribes that such a claim can be filed in any cases of the infringement of personality rights. How wrong this opinion is, can be taken from the case law, hence a test shall be applied to examine, whether the commercial or the immaterial aspects of the personality rights have been infringed. In the first case restitution can be granted, in the second the liability for damages or the surrender of excess profits. The cumulative application of both remedies is also possible.

There are two possibilities to compensate unwanted shifts in the proprietary assets of a person: liability for damages and the surrender of excess profits gained by the infringement according to the rules of unjust enrichment. The Hungarian jurisdiction grants a fictive license fee as lost profit in the framework of liability for damages (license analogy).⁶³ The Civil Code bids the application of unjust enrichment law in cases of the surrender of excess profits, hence mixes two separate remedies.⁶⁴ The teleological and the systematic argumentation lead to the solution that it is a remedy for unjust enrichment. It differs from the liability for damages by the lack of subjective prerequisite, the tenability (culpability). In the framework of unjust enrichment, not only the lost profits, a fictive license fee is to be paid, but all profits, which the wrongdoer has aimed to obtain by the infringement. This opinion can be observed in the jurisdiction, too. All shifts in proprietary aspects are deemed by the case law as profits, and the amount and extent of these profits shall be proven by the plaintiff. In the previous precedents about liability for damages such a damage in terms of a fictive license fee must not have been proven by any party. If the infringement of a personality asset was obvious, the court granted such a fee.⁶⁵

The succession of the rights has been clarified explicitly in connection with the surrender of the excess profits only, even though the application of this remedy post mortem is bound to the simultaneous infringement of the right to piety. This is clearly a bad solution in the Code, since the exploitation of commercial aspects is bound to the infringement of moral interests. On the other hand, it makes the application of this remedy nearly impossible, because the infringement of pecuniary interests post mortem almost never indicate the infringement of the right to piety, due to the legal doctrine.⁶⁶

It would be reasonable to highlight in the framework of section 2:43 about liability for

⁶² ÍH 2014. 58 – facebook.hu.

⁶³ BDT 2007. 171 – aktfotó; BDT 2015. 70 – élesztőtabletta.

⁶⁴ These are two different remedies in both trademark and copyright law. See: BDT 2008. 207 – Eredeti Pick Szalámi; Faludi Gábor – Kabai Eszter – Tarr Péter: XIII. fejezet. A szerzői jog megsértésének jogkövetkezményei. In Gyertyánfy Péter (szerk.): Nagykomentár a szerzői jogi törvényhez. Wolters Kluwer, Budapest, 2014. p. 581.

⁶⁵ BDT 2007. 171 – aktfotó; BDT 2015. 70 – élesztőtabletta.

⁶⁶ Menyhárd: i.m. p. 79; Szeghalmi: i.m. p. 233.

damages, that the *lucrum cessans* means an adequate license fee, on the other hand that such a claim is also actionable by the heirs, since it is a proprietary claim and thus, inheritable. This can only be made out by the teleological argumentation. The post mortem version of the claim to surrender excess profits should be separated from the right to piety, since this solution is false, merging the infringement of commercial interests with moral aspects. This also decreases the cases of the application of such a claim. Both proprietary claims should be abstracted and separated by a special cause of action, which could protect material and commercial aspects only. That could solve the tension of the application of the claim for damages and for the surrender of excess profits on one hand, and the application of restitution for mental distress and other immaterial injury.

Adalékok az állami beavatkozás problematikájához

I. Az állami beavatkozás fogalmának eszmetörténeti környezete

Amikor *állami beavatkozásról* szólunk, látnunk kell, hogy ez a fogalom a XIX. században nem válhatott volna közkeletűvé a *hatalom korlátozásának* a liberális eszméje nélkül. Tehát kifejezetten a *korlátozott állam* XIX. századra uralkodóvá vált eszméjéhez képest minősültek *állami beavatkozásnak* mindazok az állami intézkedések és törekvések, amelyek a kor legkülönbözőbb társadalmi problémáinak megoldására tettek kísérletet. Az *állami beavatkozás* és az annak nyomán megvalósuló *jóléti állam* nem értelmezhető egyúttal *állami cselekvőség* fogalmának tisztázása hiányában. Utóbbi alatt az államnak azt a képességét értjük, amivel a társadalmi viszonyokat alakítani tudja. A kifejezést Pulszky Ágosttól vesszük át, aki saját elméletét cselekvőségi elméletként jelölte meg. Az átvételt az indokolja, hogy a cselekvőség kifejezés helyett aligha tudunk találni olyat, ami jobban kifejezi az állam e képességét.

Pulszky szemléletében az egyéni erők, egyéni szabadságok kitüntetett szerepet kaptak. Így szerinte „*a legtökéletesebb szervezetű állam az, amely az egyéni erők legnagyobb tömegének enged szabadságot, és a legkevesebbet veszi igénybe a rend fenntartására, amely továbbá csupán ott alkalmaz kényszert, ahol az egyéni és alárendelt társadalmi önkéntes közreműködés a tudat vagy fegyelem hiánya folytán nem eszközölheti: azért a legtökéletesebb jog is az, amely mellett a legnagyobb egyéni cselekvőség a legkisebb állami cselekvőség árán érvényesíthető...*”²

Noha az állami beavatkozás fogalma a XIX. században körvonalazódik, ez nem jelenti azt, hogy a jelenség, amit takar, XIX. századi eredetű. Az *állami feladatellátás* bizonyos típusait a klasszikus liberális felfogás a társadalom életébe való intervenciónak tekintette, noha az ipari társadalom kialakulásával határozott *társadalmi szükséglet* jelent meg bizonyos állami intézkedések megtételére, így például a munkaidő és a minimális bér szabályozására. Ez az elvárás ütközött az állami feladatokról vallott korábbi nézetekkel. Azokkal, amelyek egy korábbi társadalmi-gazdasági helyzetben, lényegében a feudalizmus félig-meddig patriarchális rendjében, majd a korai kapitalizmusnak a szabad megállapodásokat előtérbe helyező szellemében formálódtak. E régebbi nézetek szemszögéből minősültek tehát beavatkozásnak azok az állami cselekvéstípusok, amelyek gyakorlására korábban nem került sor, mivel egy korábbi társadalmi-gazdasági rendben ezekre többnyire szükség sem mutatkozott. A feudális társadalmi struktúrák ugyanis számos szociális, az egyházi intézmények pedig nem kevés kulturális funkciót elláttak.

Az állami beavatkozás elemzésekor látnunk kell azt is, hogy az állam – azzal, hogy szabályokat állít fel, meghatározza a jogérvényesítés útjait és módjait, külső védelmi és belső rendészeti feladatokat lát el – természete és rendeltetése szerint avatkozik be a magánszféra világába. Az *állami beavatkozás fogalma* tehát az úgynevezett *minimális állam* modelljéhez, illetve annak eszmei előképéhez képest, egy ilyen államkoncepcióhoz *viszonyítva* jött létre. Feltéve ugyanis azt, hogy az államnak nem lényegéből adódó sajátja a beavatkozás, arra a belátásra kellene, hogy jussunk, hogy az állam vagy nem létezik, vagy egy olyan entitás, amit

¹ Szmodis Jenő, habil. egyetemi docens, NKE ÁNTK Kormányzástani és Közpolitikai Tanszék. Email: Szmodis.Jeno@uni-nke.hu

² Pulszky Ágost: A jog- és állambölcsészet aaptanai. Budapest, 1885. 297.o.

pusztán a cselekvés lehetősége jellemez. Az állam közhatalmi, hatalmi jellege tehát *eleve feltételezi* nem csupán a hatóképességet, de a társadalmi hatások *tényleges* kiváltását is.

Az állami beavatkozás problémája már a XIX. század végén igen hangsúlyosan került előtérbe, és az ezzel kapcsolatos legfőbb érvek és ellenérvek már akkor elhangoztak. Különös tehát, hogy a XX. század nyolcvanas éveinek végén az állam gazdasági szerepvállalása elleni jelszavak, az ún. washingtoni-konszenzus³ főbb elemei (dereguláció, liberalizáció, privatizáció) újszerűen hatottak, és a mainstream közgazdaságban érdemi válasz nélkül maradtak. Annak ellenére nem jelentkezett érdemi ellenvetés a gazdaság „államtalanításával” szemben, hogy a jogszabályok közvetlen és közvetett gazdasági hatásairól Esterházy Sándor már 1899-ben a következőket írta: „Éppen ezért lehetetlenséget kívánnak azok, a kik azt akarják, hogy az állam a gazdasági élet mindennemű befolyásától tartózkodjék, mert ezt az óhajást csak úgy lehetne teljesíteni, ha az állam egyetlenegy jogszabályt sem alkotna.”⁴

Az állami cselekvőség problémájának helyes megközelítéséhez tekintetbe kell vennünk egyúttal az úgynevezett modern állam létrejöttének kérdését is. Azt a folyamatot, amelynek során – jellemzően a XVI. századtól, az abszolút monarchiák kialakulásától kezdve – a közhatalmi funkciók egyre inkább *elkülönülnek* a társadalom egyéb alrendszeraitől. A társadalom gazdasági-uralmi rendjébe szervesen illeszkedő feudális igazgatást, jogszolgáltatást, banderális védelmi rendszert és adóztatást egyre inkább felváltja e funkciók *központosított, szervezetenként elkülönült és professzionizált* ellátása. Ez az elkülönülés élesebb megvilágításba helyezi az állami, közhatalmi cselekvés társadalmat formáló, alakító, beavatkozó jellegét. A hatalomnak ez a központosítása és elkülönülése, különösen pedig az *abszolút monarchiák* ideológiája szerinti értelmezése a nyugati polgári forradalmak idején szükségképpen váltotta ki a *hatalom korlátozására* vonatkozó igényeket is, így az államfilozófia egyik vezéreszméjévé éppen a *hatalom korlátozásának és ellenőrzésének* gondolata vált.

Az állami beavatkozás jelensége és fogalma tehát nem értelmezhető azon társadalmi, gazdasági és eszmetörténeti változásoktól függetlenül, amelyek e jelenséget és fogalmat kiformálták. Mindebből következően az állami beavatkozás jelenségének és fogalmának helyes értelmezéséhez megkerülhetetlen röviden számba vennünk a nyugati államfejlődés néhány főbb állomását, és az államról vallott nézetek történeti változásait is. Különösen indokolt ez azért, mert az állami beavatkozás problémájának avatott és alapos feldolgozását a XX. század elején elvégző Somló Bódog az *állami cselekvőség kibontakozásának éppen a főbb nyugati állomásait* hagyta homályban. Somló ugyanis bár részletesen írt archaikus társadalmak és egzotikus népek társadalmi valóságáról⁵, és az általa primitív abszolutizmusnak nevezett jelenségekről⁶, figyelmét azonban ezt követően mindjárt a társadalmi fejlődés és az állami beavatkozás közötti összefüggésre⁷, az állami kényszer elviselésének mind önkéntesebbé válására⁸, majd a laissez-fair korára fordította⁹. E két korszak között helyezkedik el azonban az a jelentős időszak, amely a fejlett nyugati abszolutizmustól a korlátozott állam ideológiáig elvezet.

³ Szakolczai György (2010): *A washingtoni konszenzus, Az eredeti változat és kiegészítései, felhasználásának lehetőségei a poszt-szocialista országokban.* XXI. Század – Tudományos Közlemények 2010/23. 283-300. különösen 291.

⁴ Esterházy Sándor: *A bölcsészeti jogtudomány kézikönyve*, Kassa, 1899. 425.

⁵ Somló Bódog: *Állami beavatkozás és individualizmus.* Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1907. 158-161.

⁶ Somló i. m. 161-167.

⁷ Somló i. m. 167-169.

⁸ Somló i. m. 169-172.

⁹ Somló i. m. 172-175.

II. Az állami cselekvőség kiteljesedése a Nyugaton

A késő-antik és a koraközépkor monarchiáinak létrejötte elválaszthatatlan az e monarchiák által egységbe fogott népesség *keresztény* vallásra térésétől. Az első ilyen monarchiák a már évszázadok óta kereszténnyé vált Római Birodalom nyugati részének romjain jöttek létre, s a törzsi létet felváltó állami élet kezdetei szorosan kapcsolódtak ahhoz az akkultúrációs folyamathoz, aminek előmozdításában római hittérítők jelentős szerepet játszottak. Érthető és természetes volt tehát, hogy az újonnan létrejövő közhatalmi szervezet, ami többnyire a törzsi struktúrák maradványain nyugodott – mai kifejezéssel – legitimációs bázisnak tekintette az új hitet.

A Kr. u. I. és II. évezred fordulója táján megszilárduló úgynevezett patrimonialis (a királyi birtokok gazdasági alapjain nyugodó) monarchiák tehát – miközben részben folytatásai voltak a korábbi törzsi létnek – új minőséget is jelentettek. Egy olyan szervezett állami létet, amelyben a felkent uralkodó isten akaratának közvetítője, s amelyben a közigazgatás legfontosabb területein az írás-olvasás tudományában, a latin nyelvben és a teológiában egyaránt jártas egyháziak rendelkeztek a legnagyobb befolyással. Utóbbi tény azonban nem szüntette meg ezen államok *szekuláris jellegét*, hiszen – amint arra Max Weber utalt¹⁰ – a Nyugaton már a kezdetektől megfigyelhető volt a szent jog (a kánonjog) és a profán jog (szokásjogok, uralkodói rendelkezések) kettőssége. Az egyházi befolyás azonban világi ügyekben sem csekély mértékben érvényesült, részben a királyi kancelláriák egyházi ranggal is rendelkező tisztviselőinek tevékenysége, másrészt a jelentős egyházi birtokok gazdasági és kulturális súlya okán, nem utolsósorban pedig azon egyházi törekvés nyomán, hogy a világi ítélezésben is a kánonjogi szabályok és megfontolások érvényesüljenek, amennyiben azok emberségesebbek a helyi szokásjogoknál.¹¹

Az egyházi javadalmakba való beiktatás joga körüli viták már a XI. században igen élénké váltak, s a világi uralkodók az úgynevezett *investitúra harc* során egyre határozottabban artikulálták akaratukat. A XII-XIII. században a világiaknak adományozott hűbértartások megerősödésével és önálló uralmi központokká válásával, egyúttal a városi fejlődés megindulásával a patrimonialis monarchia mindinkább *rendi monarchiává* alakult.¹² E folyamatnak éppúgy szimbolikus állomása a Földnélküli János angol király által kiadott Magna Charta (1215), mint a magyar Aranybulla (1222). A világi birtokos réteg megerősödése azonban nem csupán azzal a következménnyel járt, hogy az uralkodó hatalma belső ügyekben csökkent, hanem azzal is, hogy az uralkodóval a hatalomban részes rendek léte és akaratuk az uralkodói hatalom *újfajta legitimációját* alakította ki. Ez jelentős befolyást gyakorolt a *világi hatalom* és az *egyházi hatalom* viszonyára is. Ennek nem csupán belpolitikai, az uralkodó és a „nemzeti egyház” vezetői közötti kapcsolatokat érintő következményei lettek, hanem külpolitikai konzekvenciái is: az uralkodó a pápával szemben saját hatalmának bázisaként a mögötte álló rendek óhaját jelölhette meg.

Az egyházi befolyástól egyre inkább függetlenedő rendi monarchia megszilárdulási folyamatának fontos eseménye volt 1302-ben az első francia rendi gyűlés összehívása IV. Szép Fülöp által.¹³ Hasonló, a hatalom szekuláris jellegének erősödése irányába mutató

¹⁰ Weber, Max: Gazdaság és társadalom 2/2. A megértő szociológia alapvonalai (Jogszociológia) Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest. 1995. 148.

¹¹ A keresztény szellem jogéletre való befolyásáról sokat árul el egyúttal Reimsi Hincmar azon vélekedése, hogy a királynak nem a szokásjog szerint kell ítélnie, amennyiben az kevesebb irgalmat írta elő, mint a keresztényi méltányosság. Bloch, Marc: A feudális társadalom. Osiris. Budapest. 2002. 134.

¹² A rendiségnek a későbbi modern népképviselő kialakulásával való összefüggéseiről lásd. Ruzsoly József: Rendiség és népképviselő. In: Homoki-Nagy Mária, Karsai Krisztina, Fantoly Zsanett, Juhász Zsuzsanna, Szomora Zsolt, Gál Andor (szerk.). Ünnepi kötet dr. Nagy Ferenc egyetemi tanár 70. születésnapjára. 1026 p. Szeged: Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 2018. 848-858.

¹³ A francia uralkodó XIII. század végén – a XII. század második felében, III. Ince pápa uralkodása idején

fejlemény az a hazai esemény is, amikor a budai polgárság elutasította a VIII. Bonifác által támogatott Anjou Károly Róbert trónigényét, s mikor a pápa Buda polgárait ezért kiközösítette, utóbbiak ugyancsak kiközösítették a pápát.¹⁴ Minderre pedig ugyancsak annak a VIII. Bonifácnak a vonatkozásában került sor, akít a második francia rendi gyűléseretnekké nyilvánított, s aki I. Eduárd angol királlyal szemben is eredménytelenül próbálta meg érvényesíteni a megüresedő skót trón feletti – egyébként vitatható – jogait.

E korszakot követően került sor a pápaság úgynevezett avignoni fogságára (1309-1377), amely elnevezés félrevezető abból a szempontból, hogy a pápák ebben az időben maguk választották tartózkodási helyükül Avignont, ám valamelyest kifejező azért, mert e kor pápáinak megválasztására a francia uralkodóknak jelentős befolyásuk volt.¹⁵

Az állam és az egyház kapcsolatát nagyjából három főbb szakaszra oszthatjuk tehát: 1) a koraközépkor és az érett feudalizmus *patrimoniális királyságainak* korszakára, 2) a későközépkor a *rendi monarchiáinak* korszakára, 3) az újkori abszolutizmusok és a modern államok létrejöttének korszakára.

Az egyház államnak való szervezeti alárendelődése különös határozottsággal Angliában valósult meg, ahol VIII. Henrikkel az uralkodó az egyház (világi) fejévé vált (egyházi vezetője Canterbury érseke), s ahol az egyház teljesen az uralkodó és a parlament¹⁶ hatalma alá került. A világi tényező egyházban való befolyását jelentette egyes protestáns egyházakban a *presbitériumi* rendszer, ami a laikus elem egyházi életre gyakorolt hatását intézményesen is megjelenítette.

A Német-Római Birodalomban dúló vallásháborúkat lezáró, 1555-ös augsburgi vallásbéke „*cuius regio eius religio*” elve már nyíltan hirdeti a világi primátust az egyházi ügyekben. Mindez közvetve hatással volt a katolikus egyház helyzetére még azokban az országokban is, ahol pedig a katolikus uralkodók (Habsburg Birodalom, Spanyolország, Franciaország) igyekeztek a katolikus egyház privilegizált helyzetét továbbra is biztosítani. A reformáció következtében tehát nem pusztán arról volt szó, hogy a reformált egyházak bizonyos mértékben szekularizálódtak (presbitériumi rendszer, a papi nőtlenség elvetése, stb.), alárendelődtek a világi hatalmi tényezőknek, de arról is, hogy a katolikus egyház a világi uralkodó *gyámolítására* szorult. E kiszolgáltatottság a felvilágosult abszolutizmus korában, különösen II. József idején, válik egészen nyilvánvalóvá, amikor az uralkodó egyházszerkezeti kérdések intézőjeként lép fel.

Amikor az állami beavatkozásról szólunk, legalább két olyan fontos tényezőt kell látnunk, amelyek a legszorosabban kapcsolatban vannak az állam és az egyház viszonyával is.

kialakult szokással ellentétben – pápai jóváhagyás nélkül adót vetett ki az egyházi jövedelmekre. VIII. Bonifác 1296-ban ez ellen Clericis laicos kezdetű bullájával tiltakozott, mire Fülöp megtiltotta az egyházi bevételeknek az országból való kivitelét. Bonifác ezt követően az engedélyt megadta, ám miután legátusát, Bernard de Saisset püspököt, a dél-franciaországi Pamiers főpapját letartóztatták, a pápa 1301-ben kiadta Auscultia Fili (Halgass rá, Fiam) kezdetű bulláját. Ebben a király feletti lelki és világi hatalmának hangsúlyozása mellett jelezte, hogy a francia egyház vezetőit Rómába hívja a királyság megreformálása céljából. Ez után került sor 1301 tavaszán a rendi gyűlés összehívására, és a pápának a klerus, a nemesség és a polgárság képviselői előtti megvádolására. A világi hatalom ellen támadó csalónak nevezett pápa 1301 novemberében erre válaszul adta ki híres Unam sanctam kezdetű bulláját, amelyben összefoglalását adta mindazon érveknek, amelyek igazolják mindenre kiterjedő primátusát, így világi hatalmát is. A király 1303-ban való kiközösítése, majd a pápának a rendi gyűlés általi eretnekké minősítése a küzdelemre éppúgy nem tett pontot, mint Bonifác elfogása, kiszabadulása, majd 1303. októberében bekövetkezett halála. Ellene Fülöp pert indított, amely azonban ítélet nélkül 1311-ben elhalt. Vö. Jim Bradbury: *The Capetians: Kings of France 987-1328*, Hambledon Continuum, London 2007. 247.

¹⁴ Hóman Bálint – Szekfű Gyula: *Magyar Történet II. Királyi Magyar Egyetemi Nyomda* 1936. 44. Az elutasítás oka többek között az volt, hogy között azért, a király acclamációjára nem az országos gyűlésen került sor, csupán egy kisebbségi párt fegyveres gyülekezetén. Lásd ugyanott, de 43.

¹⁵ Gergely Jenő: *A pápaság története*. Kossuth Könyvkiadó, Budapest, 1982. 142-147.

¹⁶ Az egyház új helyzetéről az 1534-es első Act of Supremacy rendelkezett. Paul Avis: *What is 'Anglicanism'? In Stephen Sykes, John Booty, Jonathan Knight (eds): The Study of Anglicanism*. London: SPCK, 1988. 416-419.

Egyfelől azt, hogy ahhoz, hogy az állam a maga teljes súlyával lépjen fel a legkülönbözőbb társadalmi jelenségek és folyamatok alakításában, mindenekelőtt arra volt szükség, hogy teljes cselekvőséget nyerjen az élet valamennyi területén, mégpedig többek között az egyházzal szemben kivívott emancipáció elnyerése útján. Másfelől azt is látnunk kell, hogy ez az emancipációs folyamat nem állt meg az állam és az egyház pusztán mellérendeltségi kapcsolatának elérésekor, hanem oda vezetett, hogy az állam az egyházi hatalom feletti befolyást is megszerezte. Az állami – ekkor még uralkodói – cselekvőség megerősítésének irányába hatott a nemesség hatalmának korlátozása is. Ezt többek között a megerősödő városok adója tette lehetővé, továbbá az a sajátos egyensúlyi helyzet, ami a nemesség és a városi polgárság között kialakult.

A nemesség hatalmának csökkenésében fontos szerepe volt e rend *udvari nemességre* és *vidéki nemességre* való kettéválásának.¹⁷ Ez a folyamat modellszerűen először a XVII. századi Franciaországban játszódott le, de hatásai egészen a XIX. századi Oroszországig megfigyelhetők.¹⁸ A nemességnek az abszolút monarchia környezetében helyet foglaló része maga is két csoportot képezett. Az udvari nemesség egyik része nem kap több szerepet, mint az uralkodó életének kelléke, de amely helyzet – ti. az uralkodó környezetéhez való tartozás – informális befolyásolási lehetőséget biztosít bizonyos állami és gazdasági ügyek intézésében. Az udvari nemesség egy másik része a központosított közigazgatás vezető tisztviselője, így az udvari életben betöltött társadalmi szerepén túl formális hatalommal is rendelkezik az államügyek intézésében.

Az abszolutizmus idején a közigazgatás, a bíraskodás, nem utolsó sorban a hadsereg központosítása, professzionalizálódása egyre inkább kiüresítette a vidéki nemességnek azokat a privilégiumait és kötelezettségeit, amelyek a közhatalom gyakorlásával függtek össze.

A XVI. század első felétől kiépülő abszolút uralkodói hatalom egyház fölé kerülése összefügg a reformációval kibontakozó vallási belharcokkal is. A franciaországi hugenották és katolikusok küzdelme nyomán a *béke biztosítása* tűnt a legkívánatosabb társadalmi célnak. Nem véletlen tehát, hogy Jean Bodin mellett az abszolút monarchia egyik kiemelkedő teoretikusa, a rekatolizált Justus Lipsius (*Politicorum sive doctrinae libre sex*, 1589) az uralkodói politika fő célját a béke megteremtésében és annak fenntartásában jelölte meg.¹⁹ Az ember legszemélyesebb, egyúttal közösségi dolgában, a vallás kérdésében az állam irányában megjelent egy sajátos óhaj. Ez sem azt nem jelentette, hogy az állam *avatkozzék be* a vallás ügyeibe, sem pedig azt, hogy ilyen beavatkozástól az állam *tartózkodjék*, csupán azt, hogy a vallási különbözőségekből adódó *békétlenségeket szüntesse meg*. Más kérdés azonban, hogy ez közvetve azt jelentette, hogy az állam a béke megteremtése során a vallási szempontból releváns viszonyokba *hatalmi pozícióban* léphet fel.²⁰

¹⁷Az udvari nemesség hazai kialakulásának vonatkozásában lásd Kubinyi András: Udvari nemesség a késő középkorban. *História* 2003/10. 22-26.

¹⁸Persze e folyamatnak is megvoltak a XIV. századi előképei, amikor IV. Szép Fülöp az udvar főtisztviselőit mindinkább laikusok közül, azonban többnyire nemesi származású laikusok közül választja.

¹⁹Nem mondott ezzel persze sokkal többet, mint Dante, aki a *De monarchiában*, és Pádúai Marsilius, aki a *Defensor pacis*-ban a békét a legfőbb jóval azonosította. Lipsius azonban egy feltétlenül új jelenséggel, a vallási beháborúval összefüggésben fejtette ki gondolatait, s immár kifejezetten a teljhatalmú, abszolút uralkodó vonatkozásában. Nézőpontja bizonyos értelemben hasonló az őt követő század gondolkodójának, az ugyancsak az abszolút monarchia hívének számító Thomas Hobbesnak a szemléletéhez, aki azonban a béke és a javak élvezete biztonságának megteremtését már az abszolút uralkodó hatalma legitimációs forrásának tekinti. Megjegyzendő, hogy Hobbes nem ismer el elidegeníthetetlen jogokat, így nézete szerint az uralkodónak széles körben lehetősége van intézkedéseket tenni a béke és biztonság megteremtése és fenntartása érdekében. Ellentmondani pedig akkor lehet az uralkodónak, ha elvesztette a képességét a béke és a biztonság szavatolására. Lipsius nagy hatással volt a magyar társadalomelméleti gondolkodásra is. G. Etényi Nóra: Államelmélet, politika és pamfletek. *Aetas* 2002/1. 15-35.

²⁰Jellemző, hogy az egyházak autonómiája egyfelől és a béke biztosítása másfelől olyan súlyos dilemmát képez, amelyre mindenki által elfogadott választ a XVI. századtól kezdve napjainkig sem sikerült találni.

Az monarchia államfilozófiájának érintésekor nem hagyhatjuk említés nélkül – az éppen a vallási küzdelmek tetőpontján fellépő Jean Bodin – felfogásának néhány főbb elemét. Álláspontja szerint az uralkodót megilleti a törvényhozás, a bíraskodás, a háborúról és a békéről való döntés joga, a legfőbb hivatalnokok kinevezése, a hódolat fogadása, a pénzverés és a mértékegységek megállapításának a joga.²¹ Uralkodói jognak tekinti az adóztatást is, azonban e kérdésben igen óvatos álláspontot foglal el. Mindez összefügg azzal, hogy a tulajdont a természetjog adta, sérthetetlen intézménynek tekintette. Egy helyen még a vagyonösszeírás kérdésében is aggályait fejezte ki, mert az nézete szerint az előre vetíti a majdani adókiivetés lehetőségét, ezt pedig a tulajdonjog megsértésének tekinti. Nem vitatja azonban, hogy az uralkodónak vannak olyan feladatai (nem utolsó sorban a védelem) amelyeknek anyagi alapját akár adókiivetéssel is meg kell teremteni. Bodin szerint az uralkodó hatalma, így jogalkotó hatalma teljes körű, csupán néhány olyan tényező vet neki gátat, mint a az isteni törvények, a természetjog, vagy bizonyos olyan ősi törvények, mint az öröklésről szóló száli frank törvények (Lex Salica, Kr. u. 510. körül).

Összefoglalóan azt mondhatjuk, hogy az abszolutizmus államfilozófiájának meghatározó szerzőinél nem jellemzőek az olyan határozott korlátok, amelyek erős gátat szabnának az uralkodói-állami akaratnak. Hangsúlyozni kell azonban azt is, hogy a nyugati abszolutizmusok idején sokáig nem fogalmazódtak meg olyan társadalmi szükségletek és igények, amelyek a markáns állami intervenciót gazdasági, szociális, kulturális, oktatási és egészségügyi területen kikövetelték volna.²² Az egy helyen élő nagycsalád ugyanis számos olyan funkciót látott el, amelyek ellátására később intézményrendszerek jöttek létre. A hagyományos társadalmi struktúrák tömeges felbomlásának kezdetei hozzávetőleg az ipari forradalom időszakára, a XVIII. század második felére tehető. E folyamat következményei, kiemelten pedig az egyes ellátásokra való széles társadalmi igény a XIX. század elején artikulálódott igen határozottan.

A XIX. századi brit állam az ún. trade-unionok²³ legalapvetőbb követeléseit is a társadalmi rend felforgatására tett kísérletnek tekintette. A brit társadalom legfelső rétege a Dicsőséges Forradalmat követően éppen azt tette vezéreszméjévé, hogy a minél korlátozottabb, így a gazdasági szférába is minél kevésbé beavatkozó állam a kívánatos és igazolható. Az állami cselekvőség mind szélesebb körű értelmezése tehát nagyjából Dantétól Hobbesig tart, amely korszak után Locke-tól egészen a XIX. század második feléig, XX. század elejéig alapvetően az állami cselekvőség korlátozásának liberális ideológiája válik uralkodóvá.

III. Az állami cselekvőség korlátozására tett kísérletek a Nyugaton

A korlátozott hatalmú állam John Locke-i filozófiája Sir Robert Filmer (1588-1653) és Thomas Hobbes (1588-1679) abszolutista eszméivel vitatkozva született meg. Az I. Károly lefejezését (1649), majd a cromwelli diktatúrát követően a Stuart-restauráció ismét a nyugalom ígéretét hordozta.²⁴ Bár a békére vonatkozó várakozások kezdetben részben

²¹ Konceptiója szerint ezek a szuverenitás, a legfőbb hatalom valódi jegyei, ám szerinte a legfontosabb mégis a törvényhozás és a törvények eltörlésének joga, hiszen ezek álláspontja szerint az összes többi jogosítványt magukban foglalják. Jean Bodin: Az államról. Ford.: Máté Györgyi, Csűrös Klára, Gondolat, Budapest, 1987. 115-125.

²² Az ezzel kapcsolatos gondolatok először jellemzően az utópisztikus irodalomban jelentek meg (Morus Tamás, Campanella), ám ezek közvetlen társadalmi hatásai saját korukban viszonylag csekélyek voltak.

²³ A trade-unionok, e korai szakszervezeti formációk első jelentős sikerükként 1824-ben elérték a sztrájk- és szakszervezet-ellenes törvény visszavonását.

²⁴ II. Károly 1660 és 1685, testvére, II. Jakab 1685 és 1688 között uralkodott.

teljesültek, ám az ún. CABAL-minisztérium²⁵ (1671-1673) dicstelen működése és harácsolása, a protestáns Németalföld elleni népszerűtlen háborúk, továbbá az abszolutisztikus kormányzáshoz való visszatérés, és a katolikusoknak való kedvezés megteremtette a hivatkozási alapot arra, hogy a parlament megüresedettnek nyilvánítsa a trónt.²⁶ Ezzel megnyílt az út a Franciaországba menekülő II. Jakab vejének, Hollandia kormányzójának, Orániai Vilmosnak III. Vilmosként (1689-1702) való megkoronázásához.

John Locke (1632-1704) filozófiája a legszorosabb kapcsolatban áll korának eseményeivel. Nem csupán abban az értelemben, hogy Locke a gyakorlati politikában szerzett tapasztalataiból – mint empirikus anyagból – kiindulva formálta ki nézeteit, de abban az értelemben is, hogy legfontosabb gondolatai még életében politikai, társadalmi valósággá váltak. Az általa vizsgált politikai illetve államfilozófiai területeken ugyanis egyaránt jelentős változások következtek be, mégpedig lényegében nézeteivel összhangban.

Az 1660-as évek második felétől Lord Shaftesbury²⁷ titkáraként még II. Károly környezetében találjuk, ám a CABAL-kormányzatot nem sokkal követő időktől, az 1670-es évek második felétől háttérbe szorul, majd 1683-ban – amiként királyellenes összeesküvés gyanújába keveredve pártfogója is – Hollandiába menekül²⁸, hogy aztán Orániai Vilmos Angliába érkezésével hazatérjen, és az új király kormányzatának fontos gazdasági tisztviseelője legyen. Az emigráció időszaka egyúttal a későbbi gyakorlati feladatokra való elméleti felkészülés periódusa is. Már ekkor kikristályosodnak a *közjóról* vallott nézetei, amelyeknek jellemző vonása – paradox módon – egy *individuális* attitűd.

A természetes állapotból a polgári jogközösségbe való átmenet és a kormányzat létrehozása Locke szerint ugyanis az egyének azon szükségletéből fakad, hogy javaikat és már a természetes állapotban is meglévő jogait zavartalanul és biztonságban élvezhessék. Amint Horváth fogalmaz: „Ésszerű tehát, ha az emberek társulnak, kormányzat alatt egyesülnek és ennek az egyesülésnek a fő célja a tulajdon védelme.”²⁹ A kormányzatot tehát a magánszféra a maga szükségletének kielégítésére hozza létre, és vele szemben mint „szolgáltatás megrendelője” áll. Ebből az elvi alapállásból következik aztán Locke következtetése a *kormányzat elmozdíthatóságáról*. A hatalom átruházása nem teljes és nem is korlátlan tehát. Az ember természetes hatalmát – amint Horváth írja – „annyiban adja fel, hogy a törvények által engedi magát szabályoztatni addig a határig, ameddig azt a saját és a társadalom fenntartása megköveteli.”³⁰ A természet adta jogok feladásának a célja ebben a felfogásban az *élet*, a *szabadság* és a *tulajdon* megóvása (Locke ezt tekinti a közjónak), így a kormányzat hatalma nem terjedhet túl e felhatalmazáson.³¹

A baloldali, gramscianus Pijl a későbbi, globális uralkodó osztály hatalmának és vagyonának korlátlanságát szemlélve jutott el az általa Locke-iánusnak nevezett modell

²⁵ A CABAL a minisztérium tagjainak, Clifford, Arlington, Buckingham, Ashley, Lauderdale neveiből képzett, negatív, megbélyegző tartalmú betűszó. Vö. Lord Thomas Babington Maculay: *History of England*. Chapters I-III. Cambridge: At the University Press, 1920. Chapter II. 198.

²⁶ E hivatkozások csupán részben fedték el a trón megüresedetté nyilvánításának azon fontos okát, hogy a katolikus II. Jakabnak fia született. Ennek következtében tartani lehetett attól, hogy II. Jakabot is egy katolikus uralkodó követi. (II. Jakab – akkor még yorki herceg – 1668. táján titokban tért katolikus vallásra, amit Lord Shaftesbury csakhamar gyanítani kezdett, s igyekezett Jakabot a trónöröklésből kirekeszteni.) A protestáns körök trónutódra vonatkozó választása kézenfekvően esett II. Jakab protestáns leányára, Máriaára és annak férjére, Orániai Vilmosra.

²⁷ Más néven Anthony Ashley Cooper (1621-1683), a hírhedt CABAL-minisztérium Ashley-je, pénzügyminiszter, főkancellár.

²⁸ Lord Shaftesbury Amsterdamba távozik, ahol még abban az évben meghal, Locke pedig Rotterdamban talál átmenetileg otthonra.

²⁹ Horváth Barna: *Angol jogelmélet*. Pallas Stúdió – Attraktor Kft., Budapest, 2001. 173.

³⁰ Horváth Barna: *Angol jogelmélet 173-174*.

³¹ Horváth Barna: *Angol jogelmélet 174*.

leírásához, szembeállítva azt a Hobbes-iánus modellel.³² Horváth figyelmét sem kerülte azonban el az a körülmény, hogy Locke – aki a közhatalom korlátozásának vonatkozásában határozott elmélettel állt elő, és aki természetjogi alapokon állónak vélte konstrukcióját – a magántulajdon korlátozásának kérdése iránt nem volt fogékony. Igen szellemesen jegyzi meg: „Nem magyarázza meg Locke elmélete azt sem, hogy az önfenntartáshoz szükséges mennyiségen felüli javak tulajdonára miképpen terjed ki a természetjog védelme?”³³

A Locke írásaiban kifejtett gondolatok több-kevesebb módosulással, ám szoros összefüggésben a gyakorlati politikához kötődő tevékenységével is, gyakran előbb jelentek meg a közjogi, politikai térben, mint ahogyan az egyes művek napvilágot láttak. Tanulságos ebből a szempontból párhuzamba állítani néhány művét a közjog, a politika eseményeivel. *Két értekezés a polgári kormányzatról* című munkája 1689-ben jelent meg, és ugyanennek az évnek az elején a parlament megfogalmazta a *Declaration of Rights* című dokumentumot, majd – az új uralkodó jóváhagyásának bevárása nélkül – augusztusban hasonló tartalommal elfogadta a *Bill of Rights*-ot. Locke *Levél a vallási türelemről* című munkája 1688-ban Hollandiában névtelenül, utóbb 1690-ben Londonban jelent meg. E két időpont közé esik, hogy a parlament 1689-ben elfogadta *Toleration Act*-et. *Gondolatok a pénzről*³⁴ című munkája 1691-ben látott napvilágot, nagyjából három évvel korábban, mint hogy az uralkodó hitelezői magántársaságként megalapították a *Bank of England*-et (1694).³⁵ Ebben a munkájában Locke nem csak ártalmasnak, de lehetetlennek is minősíti a kamat törvényi úton való rögzítését, ami szerinte csak a törvényt eleve kijátszó uzsorásoknak kedvez. Álláspontja szerint a kamatlábat a kereslet-kínálat piaci viszonyai kell, hogy kialakítsák.

Locke – aki mentorához, Lord Shaftesburyhez (a CABAL-minisztérium Ashley-jéhez) hasonlóan maga is foglalkozott a pénzügyi rendszer alakításával – szerteágazó filozófiai tevékenysége mellett ellátta az új, alkotmányos monarchia gyarmat- és kereskedelemügyi miniszteri teendőit is. Hatása felbecsülhetetlen Anglia és az egész nyugati – utóbb Euro-Atlanti régióknak nevezett – civilizációs kör későbbi fejlődésére. A *Declaration of Rights*-nak és *Bill of Rights*-nak a trón megüresedéséről, Orániai Vilmosnak (és feleségének, II. Károly lányának, Máriának) a trónra való meghívásáról szóló részei éppúgy Locke gondolatait idézik, mint a törvényhozás, az adó megszavazás, a hadsereg fenntartás jogának parlamenti jogkörben való elhelyezése. A parlamentnek felelős kormányzat tényleges létrejötte éppúgy nem független Locke eszméitől és aktív politikai szerepvállalásától, mint az állam feladatairól kialakult új felfogás kialakulása. Utóbbi koncepció lényege a magántulajdon biztonságának az állam által való szavatolása.

David Hume (1711-1776) Locke-hoz hasonlóan az államnak a gazdasági ügyekbe való beavatkozása ellen érvelt.³⁶ Míg a merkantilizmus gazdaságfilozófiája az árukivitel

³² Kees van der Pijl: *Transnational Classes and International Relations*. Routledge London and New York 2005. 65-79.

³³ Horváth Barna: *Angol jogelmélet* 180.

³⁴ John Locke: *Some Considerations on the consequences of the Lowering of Interest and the Raising of the Value of Money*. In a Letter sent to a Member of Parliament, in the Year 1691. In *The Works of John Locke*, In Nine Volumes, 12th ed. Vol. 4. London: Rivington 1824. 1-116.

³⁵ Amint Enyedi Lukács a *Bank of England*-ről írja: „Ez is mint a velencei, genovai, annak köszönheti létrejöttét, hogy a kormánynak pénzre volt szüksége. A kölcsön ellenében bankkiváltság nyújtatott. A kiváltságlevél kijelenti, hogy azok, akik bizonyos meghatározott feltételek mellett III. Vilmos királynak 1.200.000 font sterlinget kölcsönöznek, tagjai leendően egy társulatnak, amelynek neve lesz: Az Angol Bank társasága és kormányzata. Az új intézménynek két, az államra és a kereskedelemre nézve végtelenül fontos jog adatott. Még nem esedékes váltókat leszámítolhatott, levonván egy bizonyos összeget kamat, költség, behajtási kiadás, stb. fejében. A második a jegykibocsátási jog volt. Az angol bank nem volt állami vagy városi intézmény, hanem részvénytársaság.” Enyedi Lukács: *Bank*. In *Pallas Nagy Lexikona II*. Budapest, Pallas Irodalmi és Nyomdai Részvénytársaság, 1893. 582. (Jegykibocsátás alatt bankjegykibocsátás értendő.)

³⁶ David Hume: *A kereskedelemről. A pénzről. A kamatról. A kereskedelmi mérlegről*. In: *David Hume összes esszéi II*. Atlantisz Könyvkiadó, Budapest, 1994.

ösztönzését, az árubehozatal korlátozását védővámokkal és egyéb állami eszközökkel igyekezett megvalósítani, hogy az aktív külkereskedelmi mérleg eredményeként minél több nemesfém halmozódjon fel az országban, addig Hume e felhalmozódás inflációs hatásaira hívta fel a figyelmet. Rámutatott arra is, hogy mindez az olcsóbban elérhető külföldi áruk iránti kereslet megnövekedéséhez vezet, ami végső soron a nemesfém ismételt kiáramlásához, és a nemesfém birtoklás hosszú távú kiegyenlítéséhez vezet. Hume azonban itt nem számolt egy általa ugyancsak felismert összefüggéssel, nevezetesen azzal, hogy a nemesfém és a pénz felhalmozódása a nemzetgazdaságon belül csak akkor eredményezi az árak későbbi növekedését, ha ezek nem felhalmozási jellegűek, hanem a piacon ténylegesen meg is jelennek.

John Locke-nak különösen a kamatszabályozásra, David Hume-nak a védővámokra és egyéb kereskedelmi akadályokra vonatkozó, a piac önszabályozó mechanizmusaival indokoló elméletét általános érvennyel foglalta össze és fejlesztette tovább Adam Smith (1723-1790). Az 1776-ban megjelent, *A nemzetek gazdasága* című művében (*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*) a piacot „láthatatlan kéz”-ként határozta meg. Ez szerinte a kereslet és a kínálat mindenkori viszonyai szerint a lehető legcélszerűbb módon alakítja ki az árakat, illetve hat a termelésre és a fogyasztásra. Nézete szerint a piaci verseny és profitmaximalizálásra való törekvés észszerűen tereli a gazdaságot a lehető legjobb minőség és a legalacsonyabb ár irányába. Smith azonban nem vet számot a természetes és mesterséges monopóliumok léteivel (lásd például a Bank of England jogosítványait), amelyek önmagukban is alkalmasak a piaci viszonyok torzítására. Azon tényező befolyásolására tehát, amelynek meglétén az egész elmélet alapul. Smith gazdaságtana a közhatalmat – egy későbbi kifejezéssel élve – az ún. éjjeliőr állam³⁷ szerepébe utalná, noha megjegyzendő, az 1689-es angliai fordulattal jelentős változások történtek ebbe az irányba már Smith fellépéséig is.

Smith felfogása abban is Locke koncepciójának folytatásaként fogható fel, hogy a közérdek előmozdítását ő is az individuális érdekek érvényesítésével szoros összhangban állítja elénk. Míg azonban a közérdek Locke-nál lényegében az egyéni érdekek megvalósulása, a javak, a tulajdon biztonságos élvezete, addig Smith egy lépéssel tovább megy. Azt állítja, hogy egy mindenki számára kívánatos állapot, tehát a jó minőségű áruk és szolgáltatások elérhető áron való bősége létrejöhet pusztán az egyéni érdekek érvényesítése és a piaci mechanizmusok működése folytán.

Mindez megalapozza az utilitarizmus felfogását, ahol az öröm elérése érdekében meghozott individuális-rationális döntéseknek kitüntetett szerepük van. Ha Smith gondolatai általánosabb megfogalmazásai a Locke-i államfilozófiai téziseknek a gazdaság terén, úgy Jeremy Bentham (1748-1832) rendszere a Smith-i gazdasági nézeteknek morálfilozófiává transzformálásaként határozható meg. Itt a probléma tárgyalása immár újra közel kerül az állam- és jogfilozófia közegehez. Bentham híres tétele, ami a legfőbb célnak mondja ki a lehető legnagyobb boldogság elérését lehető legtöbb ember számára, nem csupán a Smith-i hasznosság-felfogással és az értelmes döntés jelentőségéről való elképzelésével rokon, de hatással volt rá Cesare Beccarianak az a gondolata is, hogy jog létalapját a legnagyobb jó legtöbb ember közötti szétosztása adja.³⁸ Bentham írásaiban éppúgy hivatkozik Beccariára,

³⁷ A kifejezés angolszász területen is igen elterjedt, mint „night-watchman state”. Az eredeti változat, a „Nachtwächterstaat” Ferdinand Lassalle egy 1862-es berlini beszédében fordul elő először. Ferdinand Lassalle: *Das Arbeiterprogramm. Über den besonderen Zusammenhang der gegenwärtigen Geschichtsperiode mit der Idee des Arbeiterstandes*, Berlin, 1862, in Ferdinand Lassalle: *Gesammelte Reden und Schriften*. Hrsg. von Eduard Bernstein, Bd. 2., Berlin, 1919, 139., 195. Hivatkozva: Karl-Peter Sommermann: *Staatziele und Staatzielebestimmungen*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1997. 28.

³⁸ Cesare Beccaria: *A bűnökről és a büntetésekről*. Budapest: Országos Pedagógiai Könyvtár és Múzeum. 1989. 19. Beccaria e gondolatát hivatkozva, és a benthami filozófiával kapcsolatba hozza Horváth Nóra: *Az ismeretlen Jeremy Bentham. Világosság*, 2008. 9-10. 55-69. 55.

mint Montesquieu-re.³⁹ Bentham egyik legnagyobb hatású munkájának címe (Bevezetés az erkölcsök és a törvényhozás alapelveibe⁴⁰) világos utalás ennek a filozófiának a gyakorlati jellegére és céljaira. Legfőbb törekvése a jog terén a common law rendszerének felszámolása, és a törvényhozási jog előtérbe helyezése. Érvelésében a kiszámíthatóságra, a visszaható hatály tilalmára való hivatkozáson túl nagy szerepet kap a hasznosság hangsúlyozása, bírálja továbbá a common law észszerűségekre való hivatkozását. Álláspontja szerint ugyanis az észszerűségekre való hivatkozás konkrét esetben nem fejez ki mást, mint a bíró szubjektív véleményét az észszerűségről. Ehhez képest értékeli a hasznosságot objektívebb mércének, megfelelkezve arról, hogy nem csupán az a kérdés tehető fel, hogy az észszerűség szubjektíve kinek a szempontjából minősül észszerűségnek, hanem éppúgy az is, hogy amit hasznosnak nevezünk, kinek a szempontjából minősül hasznosnak.

Bentham elveti továbbá, hogy a cselekedetek vagy a törvényhozás alapja valamely cselekedettel vagy személlyel szembeni rokon vagy ellenszenv legyen.⁴¹ A rokon és ellenszenvet megalapozó előítéletektől való mentesség, a hasznosságon túl nem tekintő nézőpont tűnik számára legitimnek, és természetesen ilyen magatartást vár el az állami törvényhozástól is. Ezt állítja szembe a common law szerinte közösségi szempontú és szerinte szubjektív, bírói értékítéleteket hordozó gyakorlatával. Látható tehát, hogy Bentham a törvényhozás jelentőségének hangsúlyozásával, noha látszólag az állami beavatkozás erősödését sürgeti, valójában a közhatalmat képviselő bírói hatalom gyengítését szorgalmazza. Ennek fejében azonban nem növelné a törvényhozó hatalmát, hanem éppen ellenkezőleg, azt értéksemleges pozícióba helyezve korlátozná a szuverenitásból ráeső jogosítványok gyakorlását.

Bentham utilitarizmusának folytatója John Stuart Mill (1806-1873), aki *A szabadságról* című, 1859-es művében továbbfejleszti azt az individuális szemléletet, ami már elődeinél is meghatározó volt.⁴² Felfogása szerint egy civilizált közösségen belül az egyetlen cél, aminek érdekében az erőszak alkalmazható, nem más, mint mások sérelmének megakadályozása.⁴³ Mill úgy véli tehát, hogy senki nem kényszeríthető semmire, és senki nem tartható vissza semmitől, pusztán azon az alapon, hogy e kényszerítés mások szerint az érintett érdekében állna. Ez az érdek Mill felfogása szerint legfeljebb a meggyőzést alapozhatja meg, de semmi esetre sem a kényszer vagy a büntetés alkalmazását.⁴⁴ Mill tehát az egyéni akarat és egyéni szabadság értékét az érdekekről és értékekről való különböző vélekedések mozzanatával ütközteti.

Mill a jogalkotást a haszonelvűségnek rendeli alá, és elhatárolandónak tartja szabadon megtehető és a kényszerrel érintett cselekvéseket. E vonatkozásban hivatkozik a történelem általános tapasztalatára és arra, hogy a szabad cselekvés értéke hosszú távon meghaladta a kényszer értékét.⁴⁵ A Mill által felvázolt fogalmi keretben nem merül fel az objektíve helyes és objektíve helytelen fogalma, és az egyéni érdek és a társadalmi érdek konfliktusának kérdése is feloldódik a vélekedések pluralitásának tényében. Ezt pedig Mill azzal alapozza

³⁹ Ugyanott.

⁴⁰ Jeremy Bentham: Bevezetés az erkölcsök és a törvényhozás alapelveibe. In Brit moralisták a XVIII. században. Budapest: Gondolat, 1977. 680–774. E szöveg az eredeti mű legfontosabb gondolatait tartalmazza. Az 1789-ben kiadott mű címe *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Vö. Jeremy Bentham: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. J.H. Burns and H.L.A. Hart (ed): The Collected Works of Jeremy Bentham. London: Clarendon Press, Oxford, 1996.

⁴¹ Jeremy Bentham 1977. 699-700. Horváth Nóra i. m. 66.

⁴² Mill koncepciójának kritikájáról és Hart jogfilozófiájával való kapcsolatáról lásd Krokovay Zsolt: A jogok fogalma. *Fundamentum* 2002/2. 13-17.

⁴³ John Stuart Mill: *A szabadságról*. Haszonelvűség. Fordította: Papp Mária, Magyar Helikon, Budapest, 1980, 27.

⁴⁴ Mill i. m. ugyanott.

⁴⁵ Krokovay i. m. 13.

meg, hogy nem az adott személy érdekéről, csupán arról ír, hogy az egyén érdekeit az adott személy és a társadalom többi tagja eltérően ítélheti meg. Világos azonban, hogy ha problematikus valakinek az objektív érdekről beszélni, akkor még problematikusabb az objektív társadalmi érdekről. Mindez közvetlenül következik a közjónak abból a Locke-tól származó, redukált fogalmából, ami a közös jónak egyedül az élet, a szabadság és a tulajdon védelmét jelöli meg.

Mill felfogása, ami a kényszeralkalmazás és a büntetés egyedüli legitim céljának a mások sérelmének megakadályozását tekinti, utóéletében egy jelen időre szűkült perspektívát feltételez. Amíg ugyanis Mill megemlítette a történelem általános tapasztalatát, addig utilitarizmusnak egyes követői az önkárosító magatartásokkal kapcsolatban csupán arra tekintenek, hogy az egyén magatartása az *adott pillanatban* mások számára ártalmas-e vagy sem. Utóbbi szemlélet az adott magatartás *távolabbi következményeivel*, azok társadalmi költségeivel nem vet számot, vagy e költségeket kizárólag a magatartás tanúsítójára hárítja, hiszen ebben az individuális felfogásban a közjónak nem képezi részét a társadalmi szolidaritás.

Ez a Locke-nál klasszikus alakot öltő elgondolás újabb muníciót kapott a XIX. században Charles Darwin 1859-es, *A fajok eredete* című műve által.⁴⁶ A létért való küzdelem, a természetes kiválasztódás gondolata nagy hatást gyakorolt a társadalomtudományok körében is. Herbert Spencer (1820-1903) immár társadalmi evolúcióról gondolkodott.⁴⁷ Úgy vélte a különböző szervezetek fejlődésük során egyre bonyolultabbá válnak, a különböző szervek funkciói egyre specializálódnak. A specializáció és a differenciálódás a társadalmakban is végbe megy. A társadalmi evolúcióról vallott nézetei azonban Comte-ot ért bírálatai ellenére is nagy hasonlóságot mutatnak a francia filozófuséval. Spencer szerint a kezdetleges társadalmak *katonai* jellegűek, amelyek léte a háborúk és a rend erőszakos fenntartása a jellemző. Az ezt az állapotot felváltó *ipari társadalmak* azonban sokkal inkább a béke társadalmi, ahol az egyéni szabadságnak kitüntetett jelentősége van, és a szabályozásban a megállapodások a meghatározóak, nem pedig az erőszak.⁴⁸

Spencer nézete szerint az állami feladatok fokozatosan csökkennek. Az állam feladata végül arra szűkül, hogy szükség esetén a közhatalom működjön közre a szerződések betartatásában, és biztosítsa a kölcsönös biztonság legalapvetőbb garanciáit. Ám mindjárt tegyük hozzá, Spencer itt voltaképpen csupán sarkítva fogalmaz meg egy olyan gondolatot, ami a nyugati kultúrkörben már régóta, legalább Hugo Grotius és John Locke óta érik. Már Grotius is akként határozta meg az államot, mint a jogaik élvezete és a közös előny biztosítása érdekében társult szabad emberek teljes egyesülését.⁴⁹ Locke sem sokkal többet lát az államban, mint a rend és a béke szolgálóját, a kormányzatban pedig olyan megbízottat, ami leváltható, ha a polgárok (tulajdonosok) a hozzá fűzött reményekben csalatkoznak.⁵⁰ Spencer

⁴⁶ Vö. Charles Darwin: *A fajok eredete*. Fordította Kampis György, Typotex, Budapest, 2009.

⁴⁷ Herbert Spencer: *Social statics*. London: John Chapman, 1851.

⁴⁸ Spencer hatása jól látszik Pulszky Ágost gondolatain, aki a vérségi kötelékeken nyugvó nemzeti társadalom, a szomszédsági kapcsolatokon és az érdekeken nyugvó közösségi társadalom, a fogyasztási javak gyűjtésén alapuló hódító-kizsákmányoló társadalom, a vallási érdekeken nyugvó társadalom, majd a nemzeti társadalom után az ún. emberiességi társadalom eljövételét vízionálja. Vö. Pulszky Ágost: *A jog- és állambölcsészet aaptanai*. Eggenberger Könyvkereskedés, Budapest, 1885. 96-156. Látható tehát, hogy Francis Fukuyama nem sok új és eredeti gondolattal szolgált a történelem végéről, a régi eszméket csupán új csomagolásban, saját kora politikai eseményeinek közegében tárgyalva adta el. Ha mindehhez hozzávesszük a zénóni racionalista törekvéseket és kozmopolita világot jövendő tendenciákat, könnyen beláthatjuk, hogy az újat hirdető, racionalista, kozmopolita ideológiánál nehezen találhatunk régieket, ódivatúkat. Ehhez képest – és itt más megközelítésből, de egyetérthetünk Toynbee-val – a kereszténység kifejezetten új eszmének számít.

⁴⁹ Edgar Bodenheimer: *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*. Harvard University Press. 1974. 36-37.

⁵⁰ A modern politikai eszmék eredetéről szólva találóan írja Molnár Tamás: „1750 körül az új politikai világnézet alapelemei már készen állnak. A hatalom elméleti semlegesítése és az erkölcsi öntudat naturalizálása.

felfogása az állam szerepéről tehát olyannyira nem új, hogy ezt a fajta – már megvalósult – liberális államot Ferdinand Lassalle egy 1862-es berlini beszédében – nem kis iróniával – mint „*Nachtwächterstaat*”-ot, éjjeliőr államot jellemezte.⁵¹

Felettebb kétértelmű Spencernek egy késői, *The Man versus the State* című munkája.⁵² Ebben egy új és a réginél rosszabb rabszolgaság kialakulására figyelmeztet (*the coming slavery*). Álláspontja szerint minél több szabadságot kell biztosítani az egyénnek, azonban továbbra sem helyesli az állami beavatkozást a gazdaság ügyeibe, így a szociális törvényhozást sem. Szavai az új rabszolgaságról azonban – mint említettük – felettebb kétértelműek, mert míg az egyéni kezdeményezés szabadságát védi az állami jogi beavatkozástól, addig figyelmen kívül hagyja az alávetettség, a szolgaság azon új formáit, amelyeket a gazdasági szféra a gazdasági kényszerek eszközeivel épít ki. Megemlíteném, hogy Spencer elképzeléseinek igen korán adta bírálatát Pikler Gyula, rámutatva az állami beavatkozás fontosságára mindaddig, amíg nem alakul ki a szabadságjogok egyenlő biztosítása és a javak igazságosabb elosztása.⁵³ Ugyancsak egy kiváló magyar jogbölcse, Somló Bódog, korának meghatározó álláspontjával szemben, szintén Spencert kritizálva, mutatott rá arra, hogy a beavatkozás nem akadályozza meg a versenyt és a kiválasztódást, hanem azt csupán más területekre irányítja. Somló felhívja a figyelmet arra is, hogy az állami beavatkozás nem tekinthető természetellenesnek (hisz maga az emberi társadalom és az állam is természeti eredetű).⁵⁴

Az állami cselekvőség korlátozására tett kísérletek az évszázadok során nem csupán eredményesek voltak, de egyre leplezetlenebbekké is váltak. A XX. század második felében Robert Nozick már kifejezetten minimális államról ír.⁵⁵ Alig másfél évtizeddel később már a washingtoni konszenzus meghirdetésének korszakában vagyunk. Ezt követően éppen két évtizeddel a 2008-as pénzügyi válság figyelmeztet az állami cselekvőséggel kapcsolatos uralkodó nézetek⁵⁶ revíziójának szükségességére.

Machiavelli stupid tömegéből értelmes és tájékozott polgárokat nevelt, akik jogaikat elvezik egy megújodott világrendben. Az 1650 és 1750 között eltelt évszázadban többnyire csak arról értekeztek az egy véleményen lévő literati, hogy ez immáron kinyilvánított elveket hogyan csiszolják egyre simábbra. Például, hogyan illeszkedjék a szabad polgár az összakarat (*volonté générale*) monolitikus egységébe (Rousseau), vagy milyen abszolút tulajdonjogokat élvezzen az egyén (Locke).” Molnár Tamás: A modernség politikai elvei. Európa Könyvkiadó, Budapest, 1988. 28.

⁵¹Ferdinand Lassalle: Das Arbeiterprogramm. Über den besonderen Zusammenhang der gegenwärtigen Geschichtsperiode mit der Idee des Arbeiterstandes, Berlin, 1862, in Ferdinand Lassalle: Gesammelte Reden und Schriften. Hrsg. von Eduard Bernstein, Bd. 2., Berlin, 1919, 139., 195. Hivatkozta: Karl-Peter Sommermann: Staatziele und Staatzielebestimmungen, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1997. 28.

⁵²Herbert Spencer: *The Man versus the State*. London: Williams and Norgate, 1884.

⁵³Pikler Gyula: Az állam ellen. I-II. Budapesti Szemle 1886. 109. 43-60., 110. 213-237. különösen 226. Lásd még Zsidai Ágnes: Paradoxonok Pikler értékmentes jogszociológiájában. Tolle Lege 2011 I. 1. http://tollelege.elte.hu/sites/default/files/articles/zsidai_agnes_paradoxonok_pikler.pdf

⁵⁴Somló Bódog: Állami beavatkozás és individualizmus. Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, Budapest, 1907. 96-102.

⁵⁵Robert Nozick (1938-2002) 1974-es művében úgy vélte a minimális állam a legnagyobb hatáskörű állam, ami még igazolható. Nozick: *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books. New York, 1974. Vö. Jonathan Wolff: Robert Nozick: Property, Justice and the Minimal State. Polity Press, Cambridge, 1991.; David Gordon: Minimal State. In Hamowy, Ronald: *The Encyclopedia of Libertarianism*. Thousand Oaks, CA: SAGE; Cato Institute. 2008. 332–34.

⁵⁶Hogy a neoliborális gazdaságpolitika nem spontán módon, hanem gazdasági csoportok érdekérvényesítő és a tudományos közéletet is manipuláló tevékenysége nyomán vált globálisan szinte egyeduralkodóvá, erre vonatkozóan értékes adatokat találunk Csaba László munkáiban. Csaba László: Európai közgazdaságtan. Akadémiai Kiadó, Budapest, 2014. 26.; Csaba László: Ragadozó tigrisek a globális gazdaságban. Újratermelődnek a válságjelenségek. (interjú; riporter: Nagy Ida), Demokrata XX. 24. 2016. június 15. 16-18. 16.; Csaba László: Áttörés a világ közgazdaságtanában? - vagy mégsem? Köz-gazdaság 10. évf. 2015/3. 89-104. 91.

Megjegyzések – Pokol Béla „A jogrendszer duplázódása” című tanulmányához

Jelen munka apropóját a Károli Gáspár Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karán a Jegtörténeti, Jogelméleti és Egyházjogi Tanszék, továbbá az Alkotmányjogi Tanszék közös szervezésében „A jog többértiségének elmélete” címmel megrendezett tudományos konferencia adta.² Az alábbiakban az ott előadottak egy részének kissé részletesebb kifejtésére teszek kísérletet. Amint a cím is mutatja természetesen nem tudtam átfogni a vita, illetve a problémakör egészét, csupán – mint a későbbiekben látható – bizonyos részleteit, ám megpróbálok építő jellegű megjegyzésekkel a problémakör teljesebb, egyúttal részletesebb áttekintéséhez hozzájárulni. A jog többértiségének elmélete Prof. Dr. Pokol Béla nevéhez kapcsolódik, mely elméleti keret változtatására vállalkozott, miszerint a jog nemcsak a hagyományos rétegekből (törvényi jog, bírói jog, jogdogmatika, és az alkotmányos alapjogok) áll, hanem mindezt az alkotmányos alapjogok, és annak alkalmazása, nevezetesen az alkotmánybíróságok (egyes országokban azok funkcionális ekvivalenciáját megtestesítő legfelsőbb bíróságok) mintegy „kettéhasították”, és sok esetben a hagyományos rétegeket megpróbálják felülírni. Ami azt illeti, a probléma felvetése nem egészen új keletű, hiszen Pokol professzor Úr már korábban (2015-ben)³ indított egy vitát, az úgynevezett „Jurisztokrácia kérdést”, miszerint – persze ez ennél komplexebb - az absztraktabb alkotmányos szabályokat felhasználva a jogászság felülírhatja a hagyományos dogmatikus, törvényhozási és bírói jogrétegeket. Mindez egy globális folyamat keretében történt/történik, s jelen munka főként ezzel kapcsolatos. Végső soron a fent említett konferencia úgy mond ennek a gondolatmenetnek és vitasorozatnak a következménye, mely vitákban ugyan nem vettem részt, de figyelemmel kísértem; így összefüggéseiben próbálok a kérdést kezelni, illetve annak, a teljesség igénye nélkül, csupán néhány szegmensét próbálok megközelíteni. A vitában felmerült, a jurisztokrácia és jogrendszer duplikálódásának globális vonzata; a globalizáció (beleértve a jogi globalizációt) kérdésének társadalomelméleti, szociológiai, jogszociológiai, jogelméleti problematikája; nos a kérdéskör e szegmenséhez kísérlek meg további adalékokkal hozzájárulni.

I. A globalizáció és irányzatai

A legújabb jogszociológiai (mellesleg jogelméleti, tételes jogi, szociológiai, politikatudományi, gazdaságtudományi, etc.) irányvonalnak tekinthető a globalizáció kérdésköre; itt természetesen az „alaptudomány” a szociológia, illetve a közgazdaságtan. *Maga a globalizáció kérdése, sőt „léte” sem tisztázott, s a szociológia tudományágán belül a mai napig erősen vitatott; vagyis a jogszociológiának, és a jogelméletnek is óhatatlanul össze kell hangolnia magát más szakszociológiákkal, illetve a különféle a társadalom egyes kulturális intézményeit kutató társadalomtudományi ágakkal. Általánosságban a globalizáció fogalma azonosnak tekintendő a világ felgyorsulásával, az információ, a pénz, stb. áramlásának sűrűségével. Ám álljon itt egy érdekes példa. Csupán egy mondatot érdemes*

¹ Egyetemi docens. SZTE ÁJK Összehasonlító Jogi és Jogelméleti Intézet.

² Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar. Kari Tanácssterem. 1042 Budapest Viola u. 2-4. 2020. január 24.

³ Lásd Jogelméleti Szemle 2015-2017. Elsőként: 2015/4. 2015. december 15. http://jesz.ajk.elte.hu/2015_4.html Több számban is megjelent cikkek átnézhetőek.

feleleveníteni, nevezetesen, *Anthony Giddens, Wulfstan yorki érsek 1014-ben celebrált miséjének egy részletét idézi: „A világ rohan, és végéhez közeledik”*.⁴ Napjainkban Milyen anakronisztikusként hangzanak az említett szavak, pedig az érsek ezt minden bizonnyal komolyan gondolta, és mondta. Ez rámutathat a manapság zajló társadalmi folyamatok értékelésének komplex, illetve problematikus voltára is.

Mindenesetre, mivel erre mindenképpen ki kell térni, a globalizáció társadalomtudományi megközelítései többé-kevésbé három irányzatot fognak át:

1. Az úgynevezett *hiperglobalizmus*, mely szerint a nemzeti gazdaságot, társadalmat, kultúrát, etc. felváltja egyfajta nemzetközi transznacionális pénzügyi, intézményes, etc. háló.

2. *Az átalakulás-pártiak*, akik szerint a jelenlegi integrációs mechanizmusok precedens nélküliek, s ezzel párhuzamosan a politikai, jogi hatalmi kérdések legyenek azok lokálisak, nemzetiek vagy nemzetköziesek, a köztük lévő határok elvékonyodnak, elmosódnak. Mindkettőben az a közös, hogy a globalizáció minden hatását földrajzi, nemzeti határon átívelőnek gondolják.

3. *A szkepticizmus*, ami szerint a nemzetközi együttműködések tekintve semmi különbség nincs a korábbi, például az 1914 év előtti állapotokhoz képest, vagyis a globalizáció csupán egy mítosz.⁵

Áttérve a jogtudományra: a példaként említett elsősorban szociológiai hipotéziseken túl a szakirodalom alapján összegzésképpen elmondható, hogy a globalizáció a következőkben érinti a hagyományos jogelméleteket:

1. Mindenekelőtt a nemzetállam, és a hozzá köthető jogalkotás, illetve jog szerepét áthatja alá, vagyis a nemzetekhez köthető állam, társadalom és jogrendszer, mint áthatolhatatlan entitás már nem tanulmányozható többé izoláltan.

2. A jogra már talán nem tekinthetünk úgy, mint a nemzetek joga és a nemzetközi jog kettősségére, illetve utóbbira csak, mint szuverén államok kapcsolatából eredő jogokra és kötelezettségekre.

3. Kihívás elé néznek a jogelméletek azon a téren is, ahol a jogot olyan jelenségként látják, mely a kultúrából, tradícióból, szokásokból ered.

S a jogszociológia, illetve a jogelmélet szempontjából a globális folyamatok tekintetében természetesen többféle kutatási irányokat és ezzel együtt felfogásokat találhatunk. *Egyrészt* amelyek a jogász hivatás határokön átívelő aktivitását hangsúlyozzák. *Másrészt* a jogi eljárások és szabályok egyfajta „új rendjét” helyezik előtérbe. *Harmadrészt* érdemes kitékinteni a globális folyamatokkal kapcsolatosan az állam szerepére, illetve az ahhoz köthető jogászságot, és azok képzését és szemléletét illető megfigyelésekre, illetve ezzel összefüggésben a professziókutatásra. De nézzük meg ezeket - egyúttal reflektálva Pokol Béla téziseire is - egy kicsit részletesebben.

II. A jog és a jogászság internacionalizmusa

Az első állásponton belül is természetesen többféle hipotetikus előfeltevések találhatók. Mindenekelőtt ebben a „kategóriában” leginkább elterjedt gondolati fonal a

⁴ Anthony Giddens: *Elszabadult világ. Hogyan alakítja át életünket a globalizáció*. Perfekt Kiadó. Budapest. 2000. 11. p.

⁵ *Norman Angell* a korabeli híres szakértő a következőket írta „*Az illúzió kora*” című munkájában: „a jelentősebb európai gazdaságok összefonódásának foka immár elképzelhetlenné tett egy háborút”. Robert Went: *Globalizáció. Neoliberális feladatok, radikális válaszok*. 1996. Het Spinhuis. Amsterdam. 2000. Perfekt. 176. p. Ezeket a sorokat néhány hónappal azelőtt vetette papírra, mielőtt az Osztrák-Magyar Monarchia ágyúí - a történelem egyik legnagyobb fegyveres konfliktusának nyitányaként - 1914. július 28-án megkezdtek Belgrád bombázását. Másképpen, mint tanulság: egyrészt bizonyos jelenségek „csalóknak” tűnhetnek, másrészt a jelenségek értékelése sok esetben valóban szubjektív.

következő, elsősorban tételes jogi diszciplínák körül orientálódnak: nemzetközi közjog, nemzetközi magánjog, kollíziós jog és az összehasonlító jog. Már csak a jogi tárgyak megnevezéséből is kitérünk, hogy olyan kérdések „kerülnek terítékre”, melyek függetlenek a nemzeti szuverén hatalomtól, vagy – ha tetszik – „felülemelkednek” a szuverén hatalmon.

Ad1. E modell szerint *a nemzetközi közjog* olyan jogi kereteket ad, mely ellátja (háború és béke esetén is) azokat a kormányzati interakciókat, melyek államok, illetve nemzetközi szervezetek között felmerülhetnek. Ezek történhetnek persze a hagyományos nemzetközi jogi kapcsolatok keretei között (diplomáciai kapcsolatok, diplomáciai védelem, etc.) de történhetnek úgynevezett kormányközi szervezetek keretei között is. Ez utóbbi pedig azért is érdekes, mert minden ilyen szervezet megalkotja saját rendszerét, intézményeit, és saját jogi rendjét (mely persze elvileg nem térhet el a nemzetközi jogi szabályoktól, szokásoktól). Sőt az ilyen szervezetek kvázi jogalkotási hatalommal bírnak, mely hatalom természetesen fejleszti a nemzetközi jogot egyúttal meghatározza saját működésének normáit is.

A nemzetközi magánjog szintén egy jelentős jogi elem lehet a globális folyamatoknak, hiszen önmagában megmutatja a határokon átívelő folyamatokat, mely elsősorban nem állami résztvevőket, hanem különböző jogi személyeket és természetes személyeket érint. Ez három kérdés körül artikulálódik. 1. A nemzeti jogrendszerek konfliktusainak valamiféle feloldása. 2. Irányadó szabályokkal látja el azokat az ítélkező fórumokat, elsősorban a bíróságokat, hogy olyan ügyekben járjanak el, melyek nem az adott ország területén történtek. 3. Végül a nemzetközi magánjog elősegíti, hogy valamely hatóság döntését más országokban is elismerjék, illetve végrehatásához segítséget nyújtsanak. Ugyan a nemzetközi magánjognak még mindig territoriális eredete van, de kétségkívül már határokon átívelő relevanciája van.⁶

Az összehasonlító jog pedig elsősorban – e szempontból legalábbis – azt mutatja meg, hogy a különféle jogrendszerek hogyan és miért eredményezhetnek hasonló vagy éppen ugyanolyan döntéseket. Amiből egyenesen következik a különböző nemzetek jogainak és jogi eljárásainak összehasonlítása, amiből pedig szintén következik a határokon átnyúló jogi interakciók többszöröződése, amiből – többek között – eredeztethető a jogi rendszerek és szabályozások magasabb fokú integrációja. Erre leginkább praktikus példát Az Európai Unió Szolgáltató, mivel bármilyen hihetetlennek tűnik, de egyfelől a központi szabályozások (irányelvek, ajánlások, etc.) másfelől a különféle jogalkotási döntésekre való „egymásra figyelés” közelebb hozza a normarendszereket, és ennek tudományos alapját az összehasonlító jog és a jogszociológia teremti meg. Ahogy *William Twining* általánosságban mondta: a globalizáció megkövetel egy általános jogtudomány újraélesztését és a jog-összehasonlítás globális aspektusok szerinti újragondolását. Melynek eredménye egy teljesebb, a globális jogról szóló világkép kialakítása.⁷ *A fentiek pedig többek között megmagyarázhatják Pokol professzor Úr azon megállapításait, miszerint a különböző országok hasonló jogi formulákat alkalmaznak, így például az indiai bíraskodási rendszer könnyen átvette az egyébként is common law alapú jogrendszerekből a perlési jogosultság*

⁶ Szintén ilyennek tekinthető – elsősorban szociológiai szempontból vizsgálva – bizonyos már meglévő jogágak jelentőségének, és alkalmazási gyakoriságának megnövekedése; ezek közé tartozik, mondjuk a nemzetközi magánjog térnyerése. Erre szolgáltató példát *James W. Bowersnek* elméletében az ún. jogi adaptációs mechanizmusra hozott példája: Kalifornia és Luisiana kereskedelmi relációja. (A kevésbé önálló Luisiana gazdasága a kereskedelmi biztonság érdekében az államon kívüli partnerekkel való viszonyuk során azok normatíváit adaptálja – mely kevésbé költséges, mint fordított szituációban a különféle kereskedelmi partnereknek a lokális jogot elfogadniuk – így praktikusán akkor is az Egységes Kereskedelmi Kódex (*Uniform Commercial Code*) szabályozza a Luisiana-i gazdasági forgalmat, ha történetesen az állam nem léptette azt hatályba.) *Bowers*.

⁷ William Lawrence Twining: *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge University Press. Cambridge. 2009.

kiterjesztését.⁸ Az előbbiektől pedig teljesen függetlenül, ugyan még Indiánál tartva, az 1950-es, '60-as évek folyamatai sokkal inkább az indiai függetlenségi mozgalom miatti engedményeknek tudhatók be, ami a kormányzás politikai erejét a bírósággal próbálta az indiaiak javára egyensúlyba hozni.⁹

Ad2. S még mindig a jogász hivatások határokon átívelő folyamatainál maradvák kutatások történnek a jogi praxis pragmatikus változásainak kérdései körül artikulálódó gondolati szálon, az államon kívüli szinten megvalósuló, elsősorban üzleti szabályzatokon alapuló regulatív rendszer körül. Három eklatáns példát érdemes megemlíteni.

-Első példaként említhető az üzleti élet szokásainak és inntől kezdve – ha tetszik – szabályainak harmonizációja, illetve a „közös praktikum”. A nemzetközi szervezetek vagy transznacionális cégek általi általános normáinak létrejötte, meghozatala, mely szabályozások sok esetben törvényi erőt is kaphatnak.¹⁰

-A második példa inkább az informális professzionális szokások megjelenésével kapcsolatosak, melyek nemcsak egymás között érvényesülnek, de a még - amennyiben nem precedens-, illetve törvényellenes - bíróság előtt is érvényesíthetőek; vagyis végső soron a jogi ügyek „nemzetközi, de mégis lokális szintű megoldása” kerül előtérbe.

-A harmadik példa egyfajta delokalizált eljárás, ami ebben az esetben nem más, mint az arbitráció. Egy a feleken kívüli nemzet bíráiból álló döntőbizottság, melynek a felek (az eljárásban résztvevő különböző országok állampolgárai, cégei, vagy éppen az államok) alávetik magukat az arbitrációs bizottság döntésének.

Ad3. Továbbá ide tartoznak a különféle multilaterális szervezetek és azok normarendszereire vonatkozó ismeretszerzések: például az ENSZ keretei között lévő szervezetek, mondjuk az Nemzetközi Munkaügyi Szervezet (ILO) továbbá a II. Világháború után létrehozott, elsősorban az emberi jogokat védő multilaterális organizációk (nemzetközi ökonómiai szervek, nemzetközi környezetvédelmi szervek, etc.). Ebben a gondolati szálon – egyébként empirikusan, számszerűen bizonyíthatóan - pedig elsősorban a különféle multilaterális egyezmények sokasodása és a nemzetek feletti organizációk szerepének erősödése jelenik meg. Amire talán a leglátványosabb példát jelentik azok a jogi normák, amelyek a II. Világháború utáni emberi jogok megjelenésében és különféle szabályozásokban való deklarálásában mutatkoznak meg. Ezek pedig nyilvánvalóan, ha nem is normaalkotási, de befolyásolási igénnyel lépnek fel. Hiszen a politikai szociológiában jól ismert „befolyásoló csoportok” nemzeti szinten is jelen voltak; ez mára természetes, hogy nemzetközi szintre lépett.¹¹

Ad4. Meglepőnek tűnik, de a jogszociológiai vizsgálatok, már csak numerikus alapokon is kimutatták, hogy elkezdődött a nemzeti, illetve regionális jogok és a nemzetközi normák harmonizálása, mely lényegében egy új jogterületet kezd megteremteni. Amire legjobb példát a különféle nemzetközi gazdasági szervezetek jelentenek. A különféle jogok adaptálására pedig csupán néhány példa: az 1980-as Bécsi Egyezmény *The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*); az Egységes Kereskedelmi Kódex második szakasza, melyet a legtöbb amerikai állam hatályba léptetett; az amerikai alkotmány hatása a jogalkalmazásra; továbbá a WTO és a NAFTA létrehozása. Mindezek

⁸ Vö: Pokol Béla: Kettős állam és jogduplázódás. Alkotmányi jog és a jogrendszer duplázódása. Kézirat. Budapest. 2020. 93-94. p.

⁹ Lásd: Uo. 94-95. p.

¹⁰ Itt felmerülhet egy érdekes párhuzam, bár ez nem globális, hanem inkább párhuzamos jelenségként értékelhető. Az indiai „földosztás” kérdése rendkívül hasonlít a latin-amerikai helyzethez, miszerint az oligarchákkal szembeni politikai fellépés szintén napirendre került. Azonban az indiai bírói megoldási kísérletekkel szemben Latin-Amerikában ellenlépésként inkább valamilyen autoriter-katonai rendszer bevezetésére került sor. Ez látszólag az üzleti élet része, közös szabályokkal, ám valójában inkább csak két régió hasonló problémáinak „modus vivendiei”.

¹¹ Általánosságban lásd például: Visegrády Antal: Jogi alaptan. Magánkiadás. Pécs. 1996.

pedig egyértelműen nemzetközi szinten is próbálják sajt üzleti érdekeiket érvényesíteni. *Ez nem jelent feltétlenül globalizmust (bár kétségtelenül kapcsolódhat a kérdéshez) sem feltétlenül a bírósági rendszer azonosságát, annak előtérbe hozását. Sokkal inkább különböző régiók szerint, különböző sajátosságok alapján, ahhoz alkalmazkodva érdekeik érvényesítését. Ez kiteljesedhet egyfajta demokratikus választásban, vagy épp annak befolyásolásában, egy autoriter szisztémában, vagy egy bírói rendszer hatalommegosztási struktúráján belüli megerősítésében. A választék rendkívül széleskörű; változatosságát pedig a helyi sajátosságok, esetleg a különféle szerveződések attitűdje határozza meg.*¹²

III. A tradicionális jogi eljárások megváltozása és azok „új rendje”

A jogi eljárások új rendje, metodológiája, és a globalizáció összefüggésein belül is természetesen többféle elképzeléseket találhatunk. Ebben az esetben sokkal inkább *nem a „hivatalos” jogi szabályozások kerülnek fókuszpontba, hanem az informális „nem-hivatalos” regulák*, mint például a gazdasági szokások, professzionális értékek, „megcsontosodott” jogi jellegű szokások, etc. S mint az előzőekben is láthattuk, itt is többféle irányzat található.

Ad.1. Mindenekelőtt az empirikus narratíva mögött egy olyan „szellemiség” bontakozik ki, mely újradefiniálja a jogi és állami szuverenitást, és integritást. E megközelítésből három elem emelhető ki: először is a jogrendszer és a földrajzi értelemben vett territorialitás kapcsolata. Másodsorban a globálisan megjelenő gazdasági folyamatoknak köszönhetően a jogi és gazdasági hatalom közötti viszony, illetve annak változása. Végül pedig hogy miképpen lehet a demokratikus viszonyokat és az emberi méltóságot megőrizni egy globális társadalom és gazdaság keretei között. (Vagyis a tételes szabályok ennek fényében nem feltétlenül alkalmasak egyedül a különféle demokratikus értékek megőrzésére?)

Az első felvetés kétirányú trendet takar. Ugyanis megfigyelhető a jogi szabályozások decentralizációja, párhuzamosan a lokális, szubszidiárius szabályozások – számszerűen kimutatható - növekedése. Lokális szinten egyébként gondolhatunk egyszerű helyi közösségekre, városra, megyére, de akár nemzeti vagy regionális, illetve multilaterális szervezetekre. Vagy, ahogy *Neil MacCormick* fogalmazott ebben az esetben nem a szabályozások hierarchiájáról van szó, hanem sokkal inkább egymást átfedő jogszerű normák komplex interakciójáról. Tehát a nemzetállami szabályozások szükségképpen erodálnának. Minek következtében egyre inkább szükségessé válik bilaterális vagy multilaterális szintű „határokon átívelő” jogszolgáltatás, illetve a már meglévő, ilyen intézmények jogkörének növelése.¹³ Továbbá a magasabb szintű szabályok meghozatala, fokozott érvényesítése, ami kiterjesztő gyakorlattal jár, de ennek tanúi is lehetünk.

Ezen túl a jog delokalizációja, pontosabban a szupranacionális szabályok aktivitásának növekedése figyelhető meg; melyek elsősorban kormányközi szervezetek normatíváin keresztül érvényesülnek. (Gondoljunk csak az Európai Unió közvetlenül érvényesülő irányelveinek számszerű sokszorozódására, mely jelenség már-már az abszolutisztikus monarchiák dirigista felfogásával vetekszik.) Ebben az esetben olyan, nem kormányok által irányított vagy kormányközi organizációkról van szó, melyek „területek feletti” (*supra-territorial*) jogi normatívákat hoznak létre, illetve alkalmaznak.

Ad.2. A jogi metodológián belüli intellektuális irányvonal leginkább a területek feletti jogi megközelítésként aposztrofálható, amit már 1956-ban *Philip C. Jessup*, mint „transznacionális jog” határozott meg. Eszerint a nemzetközi jog, illetve a nemzetközi jogforrások indukálói lehetnek egy regulaív rendnek, melynek eredménye egyetlen

¹² Ehhez lásd: Pokol Béla i.m. V. Fejezet. Jurisztokrácia és alkotmányi joglépcső. 91-129. p.

¹³ Neil MacCormick: Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth. Law, State and Practical Reason. Oxford University Press. Oxford. 1999.

jogrendszer, ami legalábbis a gazdasági és pénzügyi tranzakciókat sokkal hatékonyabbá teszi. Vagyis egyfajta – mellesleg már a középkorban is használt – univerzális kereskedelmi jogról (*Lex Mercatoria, Law Merchant*) lehetne beszélni. Körülbelül, ahogy *Günter Teubner* mondta, miszerint kialakulóban lehet, egy „jogi prototípus”, ami már nem hasonlítható egyetlen nemzet jogára, sem pedig a nemzetközi jogi normákra. Forrása inkább olyan - már csupán számszerűség alapján is megmutatható - csoportosulások, melyek saját rendszerükön belül hozzák létre saját specifikus jogi prototípusaikat. Mely új jog olyan normatív rendszert képez, ami mindenképpen kívül áll a formális állami jogon. S ahogy már említésre került, nemcsak a kereskedelemről vagy az üzleti érdekekről van szó, ezek a szabályok érinthetik például az emberi jogokat is. (Ahogy *Boaventura De Sousa Santos* írta: a globális emberi jogok létrehozta egy kozmopolita morális normarendszert is.)¹⁴ *De ezt többek között indukálhatja pont a latin-amerikai diktatúrák (autoriter rendszerek) visszaélései is, amivel szemben egy adott országban, csak egy önálló hatalmi ág és szervezet védekezhet megfelelően.*¹⁵

Ad.3. Ez az irányvonal a plurális jog felfogásából indul ki, ezért talán „a globalizáció és a jog pluralizmusaként” határozható meg. Ebben a koncepcióban a jogszociológiai kutatások a jogi pluralizmushoz hasonlóan a kolonizált társadalmak jogi relevanciával bíró normáinak vizsgálatából indulnak ki. Ezekben a gyarmatosított társadalmakban amellet, hogy bizonyos társadalmi szférákban, intézményekben fennállt, illetve sok esetben fent is maradt a gyarmatosítók jogának dominanciája, a gyarmattartók joga befolyásolta is a hagyományos normarendet. Ugyanakkor más társadalmi szférákban – noha a „külső” jogi influenza éreztethette hatását – a tradicionális normarend erősebben megmaradt, illetve az informális szokásjog is tovább működött. (Lásd a hindu vagy az iszlám jogot.) Azért, hogy az egész rendszer működőképes legyen, szükséges volt a koloniális jogot fejleszteni, változtatni, többek között úgy, hogy a hagyományos normákat elismerték és képesek voltak definiálni saját jogrendszerük hatásainak határait, aminek következtében megóvták a jogrendszer pluralitását. Természetesen azért, hogy egyrészt a gyarmati jog működhessen, másrészt végső soron azért, hogy a gyarmati rendszer fennmaradjon. Ennek nemzetközi, illetve globális jogi asszociációjára vonatkoztatva például *De Sousa Santos* „jogi integritást”, *Teubner* pedig „globális jogi pluralizmust” említ, mint a jogrendszert érintő megjósolható jövőt. Ám ha ez utóbbi irányvonal, figyelembe véve a „bennszülött” lakosságra vonatkozó koloniális tapasztalatokat, egy jövőképet említve, ez éppúgy lehet a szeparáció vagy éppen a szegregáció és az elnyomás is. *Ez persze jelenthet nyomást más országokra is, amelyek átveszik az adott politikai-hatalmi struktúrát, ám azok alkalmazása elérő lehet a mintaadótól, hiszen részben vagy teljességében más jogi kultúrába való implantációról van szó.*

IV. Az állam, és a jogászság szerepének változása

Csak példálózva ilyennek tekinthető – elsősorban jogszociológiai kérdésként vizsgálva – bizonyos már meglévő jogágak jelentőségének, és alkalmazási gyakoriságának megnövekedése; ezek közé tartozik, mondjuk a nemzetközi magánjog térnyerése. Erre szolgált példát *James W. Bowers* elméletében az ún. *jogi adaptációs mechanizmusra* hozott példája: *Kalifornia* és *Louisiana* kereskedelmi relációja. (A kevésbé önellátó *Louisiana* gazdasága a kereskedelmi biztonság érdekében az államon kívüli partnerekkel való viszonyuk során azok normatíváit adaptálja – mely kevésbé költséges, mint fordított szituációban a különféle kereskedelmi partnereknek a lokális jogot elfogadniuk – így praktikusán akkor is az Egységes Kereskedelmi Kódex (*Uniform Commercial Code*) szabályozza a *Louisiana*-i

¹⁴ Boaventura De Sousa Santos: *Toward a New Common Sense, Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Routledge. 1995.

¹⁵ Lásd: Pokol Béla i.m. 105-118. (Bíráskodás Latin-Amerikában.)

gazdasági forgalmat, ha történetesen az állam nem léptette azt hatályba.) *Ebben az esetben elsősorban nem globális kérdésről, hanem – a jog alátámasztásával - az üzleti érdekeknek partikuláris megjelenéséről van szó.*

S végül itt léphet, illetve lépett be – noha talán marginálisan, de mégis az empiria és a norma közti valóságot vizsgálva - a jogszociológia, mely vizsgálhatja a társadalomban végbemenő kulturális változásokat, továbbá a spontán, és tudatos normaváltozásokat, illetve az ezekre adható válaszokat, azok jelentőségét, mértékét, „hasznosságát”, etc. De azért, hogy a kutatásokból csupán néhány példát emeljünk ki, *William B. T. Mock* – elsősorban a jogrendszert érintő - összehasonlító elemzése, aki az információs technológia fejlődését, s annak a jogi oktatásra gyakorolt hatását az ipari forradalom indukálta változásokhoz hasonlítja. Ugyan az ipari társadalom megjelenésével a jogászképzés még sokáig az agrárelvek szerint folyt, ám az átalakulás elkerülhetetlenül meghozta az új tárgyakat tartalmazó struktúrát (munkajog, társasági jog, etc.), továbbá átformálta a hagyományos tárgyak tananyagát. Hipotézise szerint az utóbbi évtized „technikai forradalma” hasonló helyzetet teremtett, és a tradicionális jog szintén lassú reformokon fog keresztülmenni: egyfelől új tárgyak jelennek meg, mint a komputer jog, internet jog, másfelől a meglévő területek az információs társadalom értékeinek megfelelően módosulnak. Másképpen: előtérbe kerül az információt, mint a társadalom új szervező elvét számításba vevő jogi gondolkodás (a jogalkalmazásban az egyes jogágak szabályozásainak már sokszor adaptált, a gyakorlatra vonatkozó tudás, például tulajdonjog és az információ, mint tulajdon, vagy az információkkal való visszaélés, és a büntetőjog relevanciája). (Ennek szerepe lehet az alkotmányosságra is, hiszen viszonylag új intézményről beszélhetünk, egy megváltozott rendszerben, társadalomban, továbbá a meglévő alkotmányos jogok újra- és újra értelmezésére.)¹⁶

A fenti sokrétű jogelméleti, jogszociológiai megfogalmazás után talán egy egyszerűsített összefoglalás lehetne megfelelő, mely tartalmaz szociológiai, társadalomelméleti, etc. elemeket is. *Zygmund Bauman* szerint a szuverenitások névlegessé, a hatalom névtelenné, helye pedig üressé vált. Ezzel persze ellentétes vélemények is vannak (*Catherine Valke, Paul Kennedy*) akik a nemzetállamok fennmaradása mellett voksolnak, de a körülmények megváltoztak vagy megváltoznak. Mivel a globális kapcsolatok döntőeknek bizonyulhatnak, a konfliktusok megfelelő intézményesítése azonban hiányzik. Nincs feltétlenül konvergencia a jog és a társadalmi valóság között. Ugyanakkor *Volmak Gessner* és *Ali Cem Budak* szerzőpáros intései mindenképpen figyelemre méltóak: „a tradicionális jogállami modellek és elméletek kiegészítésekre, változtatásokra szorulhatnak, és ez fordulatot idézhet elő a modern jogelméletekben és a jogászság szemléletében is, melyek nem tudnak mindenben megfelelő választ adni napjaink globális jogi folyamataira. *Egy problémakör azonban mindenképpen összefüggésbe hozható a globalizációval, mégpedig az információáramlás: sok esetben (akár autoriter, akár demokratikus rendszerről beszélünk) azonos elnevezés alatt hoznak létre intézményeket a politikai struktúrán belül, de ez nem feltétlenül jelenti a tényleges funkcionális azonosságot.*¹⁷

Vagyis végső soron kimondható, hogy a kaotikus jogi vélemények és döntések problémáját, nem pusztán strukturális, illetve normaalkotási kérdések, hanem egy olyan

¹⁶ S a kutatások alapján – legalábbis szociológiai szempontból - itt található a jogalkotás és a társadalmi valóság közötti talán legnagyobb diszkrepancia. Elég csupán a napjainkban hatályban lévő büntető vagy polgári törvénykönyvekre és egyéb jogszabályokra, és annak való társadalmi relevanciájára gondolni. Ha az egységes kódexek szabályait terjedelmében, részletességében áttekintjük, és ugyanakkor megnézzük a valós élethelyzetekhez történő alkalmazhatóságát, meglehetősen problematikusnak látszanak. Egyáltalán nem véletlen, hogy a bírói gyakorlatban – s itt elsősorban a kontinens törvénygyűjteményeire lehet gondolni – egyre erőteljesebb az esetekre való hivatkozás; hiszen a „rég” szabályokat folyamatosan új és új értelmezéssel kell ellátni, különben az ügyek eldönthetetlenek vagy eredményeikben abszurd kimenetelűek maradnának.

¹⁷ Utalva itt Pokol Béla i.m. 115-118. p.

tényező oldhatja meg, mely az embertől független: nevezetesen az idő.

Prugberger Tamás¹

A szak-jogágak alkotmányjogi problémái a jogrendszer-tagozódás tükrében: Az alkotmányjogi jogduplázódás megjelenésének kihatása a jogrendszer tagozódására

Pokol Béla alkotmánybírói tisztséget is betöltő egyetemi tanár az „Alkotmányi jog és a jogrendszer duplázódása” című most készülő könyvében az alkotmánybíráskodással összefüggésben részben saját külföldi, több országra kiterjedő összehasonlító elméleti és gyakorlati orientáltságú kutatásai, valamint a hazai alkotmánybírói döntési gyakorlatból leszűrt tapasztalatai alapján azt a következtetést vonja le, hogy a kialakulóban van egy új jogág, amelyet alkotmányi jogként jelöl meg. Miként ez koncepciójából kitűnik, az alkotmányi jog egyfelől integráló jelleggel átfogja az egész jogrendszert, másfelől az egyes jogágak szerint is tagozódik, azonban egymással összefüggésszerűen az alkotmányi alapjogok és elveik alapján úgy, hogy az egyes jogágakhoz, jogterületekhez közel álló alkotmányjogi alapjogok csatlakoznak a jogdogmatika és a joggyakorlat alapján kialakult és egyben kialakított jogterületek, jogágak elveihez. Ugyanakkor, ha az egyes jogterületek, jogágak elveit absztraháljuk és elhagyjuk belőlük az adott jogterületre vonatkozó speciális, megkülönböztető jegyeket a jog általános, integráló jogelveihez jutunk el, amelyeket korszerűen megfogalmazott realista „helyes jogi” szemléletben Somló Bódog írt körül.² Ezt a szemléletet, bár marxista materialista irányultsággal, de e megközelítéstől függetlenül realista jogszociológiai aspektussal Peschka Vilmos vitte tovább, kimutatva, hogy a jogi norma, de ugyanígy annak a gyakorlat praxisában történő alkalmazása csak akkor fejt ki pozitív hatást és csak akkor éri el a kívánt célját, ha összhangban van az objektív társadalmi folyamatok objektív törvényszerűségeivel.³ Ezt az absztrakt megállapítást integrált konkretizálással kiegészítve egyúttal azonban a horizontálisan túlmenve vertikálisan is szemlélve, egyúttal pedig túlmutatva Nikolai Hartmann és Losonczy István rétegelméletén,⁴ az egyes emberi individuális magatartásokon és azok másokkal való kapcsolatán kívül a szélesebb és a globális társadalmi viszonyokat, valamint intézményeket a nem emberi, hanem az állati és a növényi életközösségekkel, valamint az élettelen természeti környezettel együtt jogi szempontból is a társadalmi viszonyokkal összefüggésbe kell hozni.⁵ Eme alapvető követelmény következik abból, hogy az embert körülvevő valamennyi állati és növényi életközösség, és mindennek életfeltételét az emberi közösséggel együtt megadó ilyen szempontból élők nem mondható, de az élet feltételeinek biztosítása szempontjából elengedhetetlen bizonyos élettelen elemek zavarmentes léte. Olyan élettelen elemeké, mint amilyen a megfelelő arányú fizikai és vegyi elemekből összeálló légtér, külszíni sós és édes vízréteg, élő-, és élettelen szerves földréteg, talaj és talajvízkészlet, ásványi anyagok, a napsugárzás, vagyis az „Univerzum” valamennyi olyan szervetlen és szerves fizikai és kémiai összetételű élettelen és élő eleme, és ezek együttesének klimatikus hatása, amely nélkül nincs megfelelő individuális emberi és emberi közösségi lét. Mindennek legnagyobb ellensége eme

¹ Prof. em. Dr. Prugberger Tamás D.Sc. (Miskolci Jogi Kar)

² Somló Bódog: Jobbölcséleti előadások + A jog értékmérője. Somló „helyes jogi koncepciójának értékelését lásd Szabadfalvi József: A magyar jogelméleti gondolkodás kezdetei. Gondolat, Budapest, 2011.155-171. o.; U. ö.: Kísérlet az új magyar jogfilozófia megteremtésére a 20. század első felében., Bp. 2014. 79. s köv. o.

³ Peschka Vilmos: Jog és érték. Állam-, és Jogtudomány, 1970/4. sz. 657. o.

⁴ Nikolai Hartmann: Lételméleti vizsgálódások. Bp. 1972.; Losonczy István: Jogfilozófiai előadások vázlata. Bp. 2002. 35-47. o.

⁵ V.ö. Prugberger: A jogi normák a természeti és a társadalmi törvényszerűségek összefüggés rendszerében. In: Publications Universitatis Miskolciensis Sectio Iuridica et Politica, Tomus XXXI. (2012.) University Press, Miskolc, 132-137. o.

elemek arányos összetételébe történő szakavatatlan voluntarisztikus beavatkozás, valamint a határtalan környezetszennyezés, ami az emberrel együtt valamennyi élőközösség létét kihalással fenyegeti.

Mindezek figyelembe vételével a jognak nemcsak az emberek egymás közötti és az individuális egyedeknek és emberi csoportoknak az emberi közösségeket működtető önkormányzati/állami intézményekkel fennálló joghatást kiváltó kapcsolatait kell a jognak rendeznie, hanem ma már ennél sokkal többet, globálisan az államilag-közjogilag megszervezett egész emberi közösséget körülvevő s e közösség, valamint individuális egyedei létezésére kiható összes létező „világ-univerzális” elem kedvező hatásának a megtartását, megőrzését is. Mind ez kisdimenzióban fennállt a hagyományos, klasszikus jogunk rendszerében is, főleg az emberi egészséget és életet veszélyeztető, valamint a tulajdonlást és a birtoklást jogellenesen megzavaró olyan büntetőjogi és dologi jogi tényállásokban, amelyek a környezettel, annak egyes elemeivel állnak összefüggésben. Ilyenek az ételmérgezés, a kút-, víz-, valamint a légtérszennyezés és mérgezés, a robbanóanyagok használatával végzett halászat, a jogellenes vadbefogás, a rablógazdálkodású erdőirtás, az ugaroltatással együtt járó földművelés, növénytermesztés, valamint a bányászat. Ez utóbbiakkal kapcsolatos speciális normaszabályok önálló szak-jogágakat alakítottak ki, mint amilyen az erdő-, és vadgazdálkodási jog, az agrárjog és a bányajog, a vízgazdálkodási és a halászati jog, újabban pedig a természet-, és környezetvédelmi jog. Mindezeket megelőzően pedig még a kapitalizmus hajnalán a termelő és termékforgalmazási gazdálkodással összefüggésben a polgári jogból kiszakadt a kereskedelmi és a váltójog.

Ezek a szak-jogterületek azonban nem „Deus ex machina” jelentek meg hirtelen a jogi szféra légüres terében, hanem kisarjadtak abból az alap fundamentumból, amely a jogrendszer-tagozódás alapját képezik, vagyis a közjogból és a magánjogból, mind a két jogterület elemeinek egy szak-területen, azaz egy szak-jogágon belüli összefonódásaként. Éppen ezen összefonódás alapján nevezi találóan e szakjog-területeket Sárközy Tamás alapjogokon átnyúló „keresztbe fekvő” jogágaknak.⁶ Azok a klasszikus „alap jogágak”, amelyekben ezek a „szakjogágak” keresztbe fekszenek szintén a jogfejlődés során osztódásnak indultak. A két alapvető felosztás, a közjog és a magánjog szintén osztódásnak indult. A felosztás elvi alapja azonban továbbra is azonos maradt. A közjogra és az abból kisarjadt speciális jogágakra, az alkotmányjogra/államjogra, a közigazgatási jogra és annak szakjogági területeire a szabályozás tárgya szerint a közérdek és a közjó, a szabályozás módszere szerint az alá-fölé rendeltség a jellemző. Ezzel szemben viszont a klasszikus magánjog valamennyi területére a szabályozás tárgya szerint a magánérdek, illetve a magánérdekek összehangolása, a szabályozás módszerére pedig a mellérendeltség a jellemző.

A jogrendszernek ilyen módon a közérdek és a magánérdek alapján közjogra és magánjogra történő felosztása ma már kevésnek tűnik. Ugyanis egyrészt az emberiségnek a gazdasággal, a technikával és a technológiával, valamint a külső természettel való kapcsolata a korábbi időszakokhoz viszonyítva sokkal többdimenziójú azok ellenére, hogy ezek a dimenziók a specialitásaik ellenére egymással elvi síkon összefüggésben, kapcsolatban állnak. Bár korábban sem volt igazán tiszta közérdek és tiszta magánérdek, valamint ennek leképeződéseként tiszta közjog és tiszta magánjog, mert mindkettőnek normatív szabályozása (anyagi jog) és e szabályozás érvényre juttatása az állam intézményrendszerén és annak működésén keresztül történik, azonban ez mára egyre nagyobb egyre erőteljesebb etatikus beavatkozás mellett valósul meg még akkor is, ha ez a beavatkozás politikai okokból kifelé rejtve marad.

E mechanizmusnak megfelelően a jog közjogi és magánjogi anyagi és alaki jogi normák rendszerezett sokaságából áll, és mindegyik kapcsolódik a mögöttük meghúzódó

⁶ Sárközy Tamás: A szocialista vállalatelmélet jogtudományi alapjaihoz, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó (KJK.), Bp. 1981. 481-488. o.

hasonló anyagi és alaki alapnormákkal együtt az alap jogtárgyak, valamint az azokból kiágazódó származékos rész-jogtárgyak valamelyikéhez, magában a szabályozásban elhelyezve az adott jogtárgyhoz kötődő normatív előírásokat és kikényszerítési, végrehajtási módjukat. Ugyanakkor ezt figyelembe véve minden jogi normatív szabálynak van rendelkező része és szankciója. A rendelkező rész lehet kógens, vagyis kötelezően alkalmazandó, ami akkor áll fenn, amikor a norma közjogi tartalmú, de lehet diszpozitív, vagyis ajánló jellegű, amitől a felek belátásuk szerint térhetnek el. Ez esetben a jogi norma magánjogi jellegű, ahol az előbbivel szemben a szankció, vagyis a jogkövetés hiánya esetén s kikényszerítés nem hivatalból (*ex officio*) valósul meg, hanem a felek igényétől függően privát indítványra. Ebből átható, hogy mind az anyagi, mind az alaki (eljárás) jogi normákban egyaránt megtalálhatók a közérdeket és a magánérdeket érvényesítő normatívák és azok jogintézményi végrehajtásának biztosítékai, amelyek attól függően tartoznak a közjogba vagy a magánjogba, hogy e két jogi faktorból melyik a dominánsabb. Ahol a közjogi és a magánjogi faktor egyenlő súlyú, akkor áll fenn önálló egyes szak-jogági besorolás.

Globálisan nézve, ilyennek tekinthető a munkajog. Szétbontva azonban a foglalkoztatás-támogatás a szolgáltató munkaügyi szak-közigazgatás része, ahol jelentős a magánjogi eszközrendszerek különösen a képzéssel és a képzéssel összekötött munkapraktikum szerződés útján történő elvállalása, míg a munkavédelmi és a munkaügyi előírások felügyelete a rendészeti munkaügyi szak-közigazgatás részét képez, ugyanakkor a szerződéses munkaviszony, vagyis az ún. „individuális munkajog”, valamint a munkavállalói és a munkáltatói érdekvédelmi szervezetek kapcsolatát és jogosultságait tartalmazó „kollektív munkajog” jogdogmatikailag a polgári jog kötelmi jogának egzisztenciális és szociális munkavállalót védő minimál-standardokkal körbeágyazott speciális jogterülete.⁷ E mellett a magánjog kötelmi jogi részén belül, mint egy szigetként jelentkezik a nagy szakértelmet igénylő szerződéseknél a szakmailag jártas szolgáltatókkal és az általuk előre elkészített blankettaszerződésekkel szemben a laikus fogyasztók közjogi előírásokkal történő védelme, amely a munkaszerződés esetében is az egzisztenciálisan kiszolgáltatott munkavállaló védelme érdekében az előbb említett szociál-egzisztenciális minimál-standardokon keresztül fennforog.⁸

Ez a klasszikus alap-jogágak és a belőlük kisarjadó rész-jogágak képezik jogdogmatikailag azt a részben közjogi, részben magánjogi, részben vegyes szakjogi materiát, amely körülveszi a közjogi és magánjogi központi alapjogi materiát, vagyis az alkotmányban lefektetett alap-jogokat és kötelezettségeket, az államhatalmi és igazgatási szervrendszerét, hatás és illetékességi körének alapelveit, valamint egymással és más jogalanyokkal fennálló kapcsolatait, ide értve a jogi és a természetes személyeket egyaránt. Ez az a centrum alapjogi materia, alapjogi magterület, amelyből kör-körösen sugároznak ki az egyes közjogi, magánjogi és vegyes szak-jogági területek, mint egy alap-jogágakat képezve. Ebbe az első körgyűrűbe közjogi alap-jogági körbe indokolt besorolni az állami mechanizmus jogát, vagyis az államjogot, az államjogi hatalommal összefüggő végrehajtást, szervezést, közrendészetet és szakrendészetet megvalósító közigazgatási jogot, a magánjogi alap-jogági körbe egyelőre még a polgári jog egészét. Ezek mellett vegyes szak-jogágként ebbe a körgyűrűbe tartozik a szolgáltató közigazgatási jog, az ugyancsak vegyes szak-jogágként kezelendő kereskedelmi, újabb szóhasználattal élve gazdasági jog, amely a kereskedelmen kívül az ipari jogot is magába foglalja. Ezekkel párhuzamosan e körgyűrűbe tartozik még vegyes szakjog-

⁷ V.ö.: Gyulavári Tamás (szerk.): Az Európai Unió szociális dimenziója. Szociális, Család-, és Munkaügyi Minisztérium kiadása, é. n. Budapest.; Gyulavári – Kőnczei: Európai szociális jog. Osiris K. Bp. I. rész

⁸ Prugberger: Az egyedileg nem tárgyalt tisztességtelen szerződési feltételek értelmezése a hazai és az uniós magánjog fogyasztóvédelmi, gazdaság-, verseny- és hitelezés-ügyi szabályai vetületében. In: Lentner Csaba (szerk.): A devizahitelezés nagy kézikönyve, Nemzeti Közszerződések Társaság Kiadó Vállalata, Bp. 2015. 337-364. o.

területként az agrárjog, a környezetvédelmi jog és lehet alapja annak is, hogy a civilizált körébe tartozó munkajog is vegyes szakjogként e körgyűrűbe tartozzon, bár a magánjogi szabályok súlyát tekintve szerintem inkább a polgári jog részét képezi. Végezetül ezt a körgyűrűt abroncsként átöleli a büntetőjog, amely akkor lép működésbe, ha az itt megjelölt jogterületeket természetes személyek részéről olyan jogellenes beavatkozás éri, amely a társadalomra, azok köz-, és magánjogi intézményeire, emberek egyes csoportjaira, valamint egyes emberekre, a természetelő és élettelen képződményeire, a jogalanyok javaira különösen nagy veszéllyel és/vagy kár bekövetkezésével jár.

Ami az alapjogi/alkotmányi centrumkör és az azt körülvevő most tárgyalt körgyűrű határvonalát illeti, képletesen valahol ott helyezkednek el az előbb tárgyalt jogágak alapelvei, ahol viszont az egyes jogágak alapelvei sok tekintetben tartalmilag hasonlóan egymáshoz. Ez a hasonlóság nyilván az alaptörvénybe foglalt alkotmányos alapjogi elvekből ered. Ellentétben azonban Hans Kelsenel, eme alkotmányjogi alapelvek gyökere nem egy hipotetikus alpnormában keresendő,⁹ hanem abban az állami funkciórendszerben, állami mechanizmus rendszerben, illetve államrezonban, amelyet az állam a társadalom és a természet objektív törvényszerűségei alapján megoldandónak ítél. Ez az a központi kör, amelyből a szükségességet akár természetjogilag vagy másként felismerve alapjogként rögzíteni szükségesnek tart. Legfőbb ezek között a jognak való államirányítási alárendelés, vagyis a jogállamiság, a vezetés, valamint a vezetésre hivatott intézmények és a társadalom különböző szegmensei és intézményei közötti párbeszéd. Ezen kívül még az a jogi kölcsönhatás, vagyis az állami irányítás demokratizmusa is, amellyel összefügg az ember egzisztenciális alapvető eszmei és materiális értékeivel összefüggő jogok tiszteletben tartása, valamint az olyan alapvető jogok biztosítása, amelyek egy részét kibontva az alkotmányt körülvevő gyűrű egyes közjogi, vegyes szakjogi, valamint magánjogi szabályai fektetnek le. Ezeket hangsúlyozottan az alkotmányon, az egyes jogágazatokon kívül hangsúlyozottan a büntetőjog is véd az alkotmányt körülvevő jogágazati szelvényekből álló itt tárgyalt körgyűrű. Legfőbb alapjogelvi formában igen pozitíven és teljes körűen mindezt a német „Grundgesetz” abban fogalmazza meg, hogy Németország alkotmányos szociális jogállam. A szociális jelző kihangsúlyozása azért vált lényegessé, mivel az 1990-es évektől kezdve Nyugat-Európában is egyre erőteljesebb több jóléti államban is, így Franciaországban, és különösen a skandináv államokban a jóléti államosság és a szociális piacgazdaság lebontása a globalista neoliberális piacgazdaságra való áttérésre kényszerítés érdekében. Ettől az Alaptörvény itt említett deklarációja védte meg eddig és védi meg ma is Németország szociális piacgazdasági jellegét és biztosítja sértetlenül állampolgárai számára a többi európai államhoz viszonyítva sokkal magasabb szinten a szociális jogokat.¹⁰ Mivel a Magyar Alaptörvény szintén csak „szociális” jelző nélkül a jogállamiságot deklarálja, állt fenn az a lehetőség, hogy a privatizáció során a nemzeti vagyont a nyugati multinacionális vállalatok kivigyék az országból, az 1970-es és 80-as években felvett nyugat-európai banki és IMF hitelekből reorganizált vállalatok olcsó megvételén, rövid átmeneti működtetést követően leszereljék személyzetük elbocsátása kíséretében. A cél ugyanis a magyar kelet-európai piacok megszerzése volt.¹¹

E hiányossággal ellentétben ugyanakkor a magyar Alaptörvény utal a kartális alkotmányok közül legerőteljesebben a mai magyar jogrendszer kialakulásának a

⁹ Kelsen, Hans: Tiszta jogtan (Ford. Bibó István). Új kiadás (Varga Csabától) Bp. 1988. Kritikáját adja Peschka Vilmos: A modern jogfilozófia alapproblémái. Gondolat K. Bp. 38-55. o.

¹⁰ Prugberger: Szociális jogok és környezetvédelem az új Alaptörvényben. In: Az új Alaptörvényről – Elfogadás előtt. Konferencia-buletin, szerk.: Téglási Andás. Az Országgyűlés Alkotmány-, és Igazságügyi, és Ügyrendi Bizottsága kiadása Bp. 2011.

¹¹ Prugberger: A nyugat-európai és a közép-európai országok privatizációjának jogi rendezéséről. In: Ünnepi tanulmányok IV. Gáspárdy László professzor 60. születésnapjára. Novotni Alapítvány kiadása, Miskolc, 1997. 334-356. o.

körülményeire a keresztény-keresztén gyökereire,¹² amelyet a neoliberális elvilágiasodott európai uniós vezetés folyamatosan kritizál. Én a gyökerekre való utalást helyesnek tartom, mert végső soron a kulturális gyökerekből vezetődnek le az alapjogi elvek és az alapjogi centrum-magot körülvevő első jogági gyűrűrendszerben lévő jogági szabályrendszerek alapelvei. Ezt azonban indokolt lett volna kiegészíteni azzal, hogy a klasszikus görög-római és a zsidó-keresztény/keresztény, valamint a polgáriasság kulturális gyökerei határozzák meg etikai és természetjogi alapon Magyarországon is az alapjogi/alkotmányi normamagot.¹³ Eme első gyűrűrendszert követi hasonló elrendezésben egy második gyűrű rendszer, amely az első gyűrűrendszer jogágazatait tovább tagolja a specializáció igényei szerint. Így jelennek meg a szak-közigazgatási jogágak, egészségügyi, kulturális, oktatási stb. szakközigazgatás, a közigazgatási jog területén, a polgári jogon belül a személyi jog tulajdonjog, kötelmi jog, öröklési és családi jog, valamint a szellemi alkotások joga, a vegyes szak-jogágaknál a gazdasági jog esetében az iparjog az élelmiszerjog, a borászati jog, az agrárjogon belül a földhasználati-növénytermesztési jog, az állattenyésztési jog és így tovább. A jog és a társadalmi viszonyok egyre bonyolultabbá válásával lehet, hogy rövidesen a további specializálódás miatt al-jogágazati kör az előző kör szakjog-ágazataiból, ahol a két kör egymást elválasztó határainál szintén kialakulhatnak speciális alapelvek, amelyek azonban az előző körnek az alapelvein nyugszanak, csak tovább konkretizálják. És itt, az egyes gyűrűket egymástól, főleg pedig az első gyűrűt az alaptörvénytől elválasztó határvonalnál fellelhető alapvető határvonalaknál áll fenn az az újabb jogintézményi beiktatási körgyűrű sáv, amelyben a jogrendszernek az alkotmányi jogi ama elvei és normái töltenek ki, amelyeket az alkotmánybírósági gyakorlat kreál. Pokol Béla ezt a jogrendszer megduplázódásának nevezi, ami viszont az előbb kifejtett újabb jogspecializációs kör megjelenése folytán egyelőre csak a jogrendszer triplázódásához vezethet el, de lehetséges, hogy távlatilag bekövetkezik ily módon a jogrendszer qatriplázódása is. Ugyanakkor azonban az alkotmányi jog ilyen szétterjedett szemléletével szemben beszélhetünk egy több szintből álló egységes alkotmányi jogról is.

Az itt bemutatott elhatároló sávokban, kiindulva az alkotmányjogi/alapjogi mag és az első jogági szelvényeket magába foglaló körgyűrű közötti határvonalból és ugyan így a további egyre specializáló körgyűrűket az előzőektől elválasztó sávból, az ezekben az elhatároló vonalakban, sávokban megtalálható egyre konkrétábbá váló jogelvek mezsgyéje válik az alkotmányi jog területévé. Erre az által kerül sor, hogy az egyes jogágak anyagi és eljárásjogi szabályrendszerének az elvei találkoznak az alkotmánybírósági határozatok azon döntéseinek a tartalmával, amelyek az egyes jogágak és szak-jogágak elveit az élethez közelítik. Ezen kívül az alkotmányjogi materiát gazdagítják az Európai Szociális Chartában meghatározott európai állampolgárokat és politikai üldözöttségük miatt az Európai Unió valamelyik tagországába befogadott menekülteket megillető alapvető szociális jogok is, amelyeket az alkotmánybíróságok szintén figyelembe vesznek határozataik meghozatala során. Ez által a nemzeti jogok egyes jogágainak az alapelvei az adott nemzeti alkotmány joggyakorlatával gazdagodva, e gyakorlatot az alapelvekkel kibővítve végül is megteremtik az alkotmányi jogot. Azt az alkotmányi jogot, amely a nemzeti jogrendszer alaptörvényi/alkotmányjogi magjából kiindulva és azt kiegészítve az Európai Szociális Charta, valamint a Római Szerződés és a Lisszaboni Charta alapjogi jellegű szabályainak is a figyelembe vételével kialakított döntések adják e jog materiáját. A jogdogmatika tudományának lesz az a feladata, hogy ezt az alkotmányjogi döntési materiát azokhoz a jogágakhoz telepítse, amelyekhez tartalmunk szerint tartoznak. megfelelő jogágakhoz történő tartozás rendszerbe foglalt alapjogi szabályainak a figyelembe vételével kialakított döntéseinek a megfelelő jogágakhoz történő tartozás rendszerbe foglalásával a jogtudomány kezdi kialakítani azt az új jogágot, amelyek

¹² Prugberber: Szociális jogok és környezetvédelem az új Alaptörvényben. In: 9. jegyzet

¹³ U. ott

alkotmánybírói döntésekkel kialakított szabályrendszere összekapcsolja az alkotmányjogi/alapjogi magot a jogági alapelvi előírásokkal. Ez a joganyag még tovább gazdagodhat az ENSZ olyan szakbizottságainak emberjogi és szociális jogi szakbizottságainak olyan emberjogi és szociális, egzisztenciális kérdéseket érintő egyezményeivel, mint amelyeket a munkavállalók szociális és egzisztenciális jogainak a védelmében a Nemzetközi Munkaügyi Szervezet, a Mezőgazdasági és Élelmezésügyi Világszervezet (FAO), valamint az Egészségügy Világszervezet hoz.

Összegezőképpen az eddig kifejtettekből, valamint Pokol Béla készülő munkájából az tűnik ki, hogy az alkotmánybírói döntési gyakorlatból kialakulóban van az új alkotmányjogi jogág. Az alkotmányjogi jogág joganyaga a mindenkori alkotmány, alaptörvény rendelkezéseinek a vonatkozó konkrét előírásaival történő összevetésével kapcsolatos alkotmánybírói döntések rendszeréből áll. Az alkotmány/alaptörvény előírásainak a címzett jogág és azon belül valamely jogintézményéhez kapcsolódik.

Mindezt figyelembe véve, az alkotmányi jog végső soron egy olyan egységes átfogó jogág, amely azonban a hagyományos jogrendszer, illetve ama jogrendszer válik viszonylagos módon tagolttá, amelyet a hagyományos jogrendszer továbbgondolása alapján próbáltam továbbfejleszteni. Matériáját nem tételes-jogi normák adják, illetve alapozzák meg, hanem az alaptörvény és a hagyományos jogágakhoz tartozó jogszabályok és bírói, valamint közigazgatási jogalkalmazási gyakorlat alaptörvényi összevetés alapján megalkotott alkotmánybírói elvi és konkrét döntései, ahol figyelembe vételre kerülnek az európai uniós normák és az ENSZ szakosodott intézményei közreműködésével megalkotott nemzetközi egyezményei is.

Mind ez, amit leírtam, egy vízió, amely kapcsolódik Pokol Béla nagyon is lényeges és előremutató elképzeléseihez. Ha Pokol Béla elképzelése egészben vagy részletesen valóra válik, úgy megvan az esélye annak, hogy az általam itt felvetettek hasonló arányban valóra válnak. Mivel az alkotmányi jog lényegében az alkotmány előírásai és a tételes-jog, valamint annak gyakorlata közötti kapcsolódódás jogát jelentené, általános elismertsége esetén nem fordulhatna elő olyan helyzet, mint az 1990-es évek közepén Csehországban. Ott ugyanis a privatizáció során magántulajdonba került budejovicei gépgyár új tulajdonosa az európai államok szabályaival ellentétben a gyárból távozó dolgozókkal ellenérték fizetése nélkül kötött meg a versenykizárási megállapodást, amelynek alapján a munkaviszony-megszűnését követően maximum két évig nem gyakorolhatja azt a foglalkozást és nem is helyezkedhet el abban a foglalkozásban, amelyet a távozó munkáltatójánál gyakorolt. Mivelhogy az európai államokhoz hasonlóan a cseh szabályozás szerint is érvénytelen az ilyen ingyenes megállapodás, amit a munkáltató a távozó munkavállalókra rákényszerített, azok minden további nélkül elhelyezkedtek. Emiatt a gyártulajdonos szerződésszegés megállapítása és kártérítés iránti keresettel élt, amelyben a brünni Legfelsőbb Bíróság igazat adva a munkavállalóknak a törvényi előírással ellentétes ingyenes megállapodásokat semmisnek minősítette. A tulajdonos e legfelsőbb bírói ítélettel szemben panasszal élt a Prágai Alkotmánybírósnál, amely a szerződési akaratszabadság alapjogi szabályának figyelmen kívül hagyása miatt minősítette alkotmányellenesnek a Legfelsőbb Bíróság ítéletét, viszont elmulasztotta figyelembe venni a munkavállalóknak a versenykizárási megállapodásnál jelentkező szociális alapjogait.¹⁴ Magyarországon a Soros pénzeiből folytatott civilszervezeti érzékenyítési tanfolyamok hatására állhatnak elő hasonló ítéletek, melyek egyikénél egy olyan valaki követett el lakáshasználattal kapcsolatosan durva birtokháborítást, amelyet az „érzékenyített” bíróság nyakatekert joglevezetéssel helytállónak minősített, és amelyben meghozott birtokháborítást elutasító ítéletet nem volt hajlandó az Alkotmánybírósnak a tulajdonhoz való alapjog alapján alkotmányjogi szempontból

¹⁴ Sylvia Sparfeld: Nachvertragliches Wettbewerbsverbot in tschechischen Recht. WIRO 7/1976. 249. p.

megvizsgálni.¹⁵ A jó hírnévhez való alkotmányos alapjoggal, valamint az ártatlanság vélelmével ellentétes a munkajogi kommentárnak az az álláspontja, miszerint nemcsak az nem tölthet be pedagógusi, gyermekfelügyelői állást, akit gyermekek és/vagy fiatalok sérelmére elkövetett bűncselekmény miatt elítéltek, hanem az olyan sem, akivel szemben ilyen ok miatt büntető eljárás indult, de az ügy vagy bűncselekmény, vagy bizonyítékok hiánya miatt felmentéssel végződött.¹⁶ Az alkotmányi joggal történő jogduplázódás esetében az ilyen disszonáns helyzetek megelőzhetőkké válhatnak.

¹⁵ Szombathelyi Törvényszék, 12. Pf. 20.562/2017/5/II. sz. másodfokú ítélet, AB:IV/196-3/2018. alkotmányossági kontroll kérelmet elutasító határozat

¹⁶ Dr. Román Róbert egyetemi docens (Eszterházy Egyetem) és miskolci gyakorló ügyvéd észrevételezése.

Hozzászólás Pokol Béla jogrendszer-kettőződésrel kapcsolatos elgondolásához

I. Az ún. alkotmányi jog problematikája

A nyugati típusú jogrendszerek fejlődési irányjaival, perspektíváival, a jog posztmodern tendenciájának természetével kapcsolatban, továbbá e nemzetállami keretek között kifejlődött jogrendszereknek a globalizálódó világban mutatkozó teherbíró képességével összefüggésben számos értékes elemzés született az elmúlt évtizedekben.² Mindezek között is különösen gondolatébresztő Pokol Béla nemrég elkészült tanulmánya, A jogrendszer duplázódása. A szerzőt gondolatai megfogalmazásához az eddigi kutatásai közül két nagyobb kutatási iránya, sőt ezek sajátos összetalálkozása vezette el. Ezek közül az irányok közül az egyiket a jogrendszer rétegeivel kapcsolatos kutatások csoportja,³ a másikat a globalizációval és a jurisztokratikus rend kialakulásával összefüggő vizsgálódások terrénuma adja.⁴

Jelen reflexióink során Pokol számos állítását nem csupán adottnak, de olyannak is vesszük, amelyek – noha jelenleg is vita tárgyát képezik a szakirodalom egy részében, de – kellő részletességgel való kifejtettségük és megalapozottságuk okán lényegében helytálló tényközléseknek tekinthetők. Kiemelt módon e körbe sorolhatók Pokolnak a globális uralmi renddel és a globális alkotmányoligarchiával kapcsolatos megállapításai, amelyeket a Pokollal vitatkozó szerzők sokkal inkább csupán minősítettek és értékelték, mintsem cáfoltak. A jogrendszer megduplázódásáról szóló tanulmányban előkerülnek olyan sommás megállapítások, amelyeknek a bővebb igazolásától a szerző az adott helyen azért tekinthetett el, mert a közelmúltban megjelent két monográfiájában bőséges szakirodalmi hivatkozással támasztotta alá hasonló tartalmú kijelentéseit.⁵ Így tehát nem volt szükséges ismételtlen igazolni a következők megállapítását sem: *„Ez az alkotmánybírói főhatalom pedig abban leli racionalitását a globális szinten domináns amerikai hatalmi elitek részére, hogy az egyes országok alkotmányait igyekeznek fokozatosan beilleszteni – alapítványaik, szellemi agytrösztjeik és az ezek által támogatott helyi jogász elitek ebbe becsatolt részei által - egy egységes globális alkotmányértelmezési rendszerbe. Ennek révén a formailag önálló államok parlamenti törvényhozásai felett egy sűrűn összefonódó globális alkotmányoligarchia*

¹ Dr. habil. Szmodis Jenő egyetemi docens, NKE, ÁNTK, Kormányzástani és Közpolitikai Tanszék, Szmodis.Jeno@uni-nke.hu

² Ádám Antal: A posztmodernitás jogi sajátosságairól, Társadalmi Szemle 51. évf. 1994. 4. szám 16-26.; Francesco Galgano: Globalizáció a jog tükrében. hvgorac Lap és Könyvkiadó Kft. 2006.; Karácsony András: Világtársadalom, posztmodern, jog. Magyar Szemle, 1998. 7. évf. 5-6.117-135.; Varga Csaba: A jog mint kultúra?, Jogelméleti szemle 2002/3. szám.; Szmodis Jenő: A nyugati jog alkonya. Állam- és Jogtudomány, 2007. 48. évf. 1. szám 69-97.

³ Pokol Béla: A jog szerkezete. Rejtjel, Budapest, 1998.

⁴ Pokol Béla: Jegyzetek a transzatlanti uralmi rend kiépüléséről. Jogelméleti Szemle. 2004/2. <http://jesz.ajk.elte.hu/pokol18.html> (Letöltés 2020. 01. 25.); Pokol Béla: Olajfegyver és globális uralmi rend. (Olvasónapló) (William F. Engdahl: Mit der Ölwaŕfe zur Weltmacht. Der Weg zur neuen Weltordnung. Dr. Böttinger Verlag. Wiesbaden. 1992). Jogelméleti Szemle 2004. 3. <http://jesz.ajk.elte.hu/pokol19b.html> (Letöltés 2020. 01. 25.); Pokol Béla: Jegyzetek a transzatlanti uralmi rend kiépüléséről. Jogelméleti Szemle. 2004/2. <http://jesz.ajk.elte.hu/pokol18.html> (Letöltés 2020. 01. 25.); Pokol Béla: A jurisztokratikus állam. Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2017.; Pokol Béla: Az európai jurisztokrácia, az Európai Unió jurisztokratikus szerkezetének kérdései. Dialóg Campus, Budapest, 2019.

⁵ Lásd különösen Pokol 2017 és Pokol 2019.

*szerveződött meg fokozatosan az 1980-as évek végétől.*⁶

Pokol helyesen állapítja meg a politikai rendszer bizonyos fokú megduplázódását is, amelyben a parlamenti többség törvényhozásával szemben kialakul egy azt korlátozó társadalomirányítási rendszer, amelynek látható szervezete az alkotmánybíróság, normatív tartalma pedig a számos deklarációt megáiban foglaló kartális alkotmányokon túl az alkotmánybírósági döntések esetjoga.⁷ Pokol számos helyen rámutat arra is, hogy az alkotmánybírósági rendszerek jórészt amerikai szorgalmazásra születtek meg a második világháborút közvetlenül követően, majd évtizedekig lassabban és fokozatosan, illetve az 1989-es kelet-közép-európai változások nyomán ismét nagyobb hullámban. Ennek következtében világos az is, hogy ez a „második politikai” rendszer csupán formálisan illeszkedik a nemzetállami keretek közé, de facto azonban számos szállal kötődik a globális uralmi rend informális struktúrájához.

Pontosan emiatt tűnik terminológiaiag pontatlannak Pokol azon szóhasználata, hogy az alkotmánybíróságok által kiformált normatív rendszert egyfajta „alkotmányi jognak” nevezi, szembeállítva azt a „törvényhozási joggal”.⁸ Ez a szóhasználat ugyanis az alkotmánybíráskodásnak, és az alkotmánybíróságok működése nyomán kialakuló rendszernek pontosan azt a globális kötődését és jellegét fedi el, amelyet a szerző számos helyen oly világosan feltárt.⁹

Pokol ezt követően latolgatja annak lehetőségét, hogy ennek az általa „alkotmányi jog”-nak nevezett terrénumon belül vajon megtalálhatóak-e azon sajátos jogi rétegek, amelyeket a nemzeti jogrendszerek tekintetében a korábbi évtizedekben bemutatott. Ennek megfelelően igyekszik meghatározni az alkotmányi jognak a *szövegréteget*, a *jogdogmatikai réteget* és az *esetjog réteget*. A törekvés mindenképpen szellemes, bizonyos szempontból logikus és létjogosultnak is tűnő. Azon túl, hogy a korábban mondottak szerint az alkotmányi jog és a törvényhozási jog szembeállítása megkérdőjelezhető, a legfőbb aggályt e törekvéssel kapcsolatban abban látjuk, hogy egy kifejezetten a globális politika által vezérelt folyamat olyan hagyományos jogtudományi fogalomkészlettel igyekszik analizálni, ami nem feltétlenül alkalmas a vizsgált jelenségek elemzésére és pontos leírására. A nemzeti jogrendszerek esetében ugyanis a szabályréteg, a dogmatikai réteg és az esetjogi réteg kialakulása egy több évszázados organikus fejlődés eredménye volt. E rétegek azonosításában Pokolnak – természetesen számos szerző megállapításának kritikai elemzése nyomán – kiemelkedő szerepe van. Tökéletesen logikus az az igyekezet, hogy egy, a szemünk láttára kialakuló jogi jelenségben megkíséreljük tetten érni azokat a strukturális elemeket, amelyek az általunk már ismert nemzeti jogrendszerekben felismerhetők.

Megítélésünk szerint az alapvető kérdés továbbra is az, hogy a Pokol által „alkotmányi jog”-nak nevezett jelenség ténylegesen melyik közegben, a *nemzetállam* keretei között, avagy a *globális* térben értelmezendő-e. Ha a Pokol által javasolt kifejezés által sugalmazottakkal egyetértünk, és arra hajlunk, hogy az alkotmányi jog a nemzetállami kereteken belül értelmezendő, úgy erősen vitatható, hogy ez a jog olyan önálló rétegekkel rendelkezhet, mint a nemzeti jogok általában. Hogy ennek az „alkotmányi jognak” van bizonyos szövegrétege, kétségtelen. Semmisem igazolja azonban azt, hogy a „törvényhozási jog” nyomán kiforrott dogmatikai megfontolásainkat érvénytelennek nyilvánítsuk az „alkotmányi jog” vonatkozásában. Sőt éppen ellenkezőleg. Arra célszerű törekednie a jogtudománynak és a

⁶ Pokol kézirat 7-8.

⁷ Pokol kézirat 8.

⁸ Pokol kézirat 9. Lásd különösen a tanulmány negyedik fejezetének címét: Az alkotmányi jog és a törvényhozási jog hármas jogréteg szerkezetének eltérései

⁹ Különösen fontos hangsúlyoznunk, hogy mind Pokol, mind pedig a saját szóhasználatunkban „alkotmányi jog”-on nem az alkotmányjog egészét kell érteni, hanem annak csupán azt a részét, amelynek létrejötté a nemzetállami kereteken kívüli inspirációból, nevezetesen amerikai és globális auktorok ösztönzésére született.

jogirodalomnak, hogy az úgynevezett alkotmányi jog működése során ne csupán a hagyományos jogdogmatikai fogalmainkat, hanem bevett jogelveinket is számon kérje, és minden olyan esetben, amikor ezektől a dogmatikai megfontolásoktól, a bevett, többnyire római jogi alapú jogelveinktől ez az alkotmányi jog eltérni látszik, követelje meg az eltérés alapos megokolását.

A legnagyobb veszélyek egyike többek között éppen az, hogy a szakirodalmi diskurzusok alapján létrejön-létrejöhet egy olyan fogalomkomplexum, amelyet vizsgálat alá véve és elemezve egyes jogtudósok hajlamosak egy önálló dogmatikai réteget azonosítani. Ha valaki, úgy éppen Pokol Béla látja legtisztábban, hogy az uniós jog elsőbbségének semmivel sem igazolható „dogmája” miféle úton és módon született meg, és terjedt el.¹⁰ Pokol munkái ugyancsak felhívják a figyelmet a kommunikáció valóság-keletkeztető hatásaira. Hogy mindez a közgazdaságtudomány berkein belül hogyan valósult meg, arra pedig Csaba László kutatásai¹¹ alapján magunk is felhívtuk a figyelmet.¹²

Ha tehát arra hajlunk, hogy az úgynevezett alkotmányi jogot a nemzetállami jog részeként értelmezzük, akkor legalább két problémával kell szembesülnünk. 1) Ekkor mindenekelőtt zárójelbe tesszük azt a tudást, amit az euró-atlanti kultúrkör nagyjából egy évszázados alkotmányjogi fejlődéseiről, annak a globális uralmi rendhez való kötöttségéről – többek között éppen Pokol Béla kutatásaiból – megtudtunk. 2) Ha mindemellett még azt is feltételezzük, hogy nemzetállami keretek között kettős jogrendszert és kettős dogmatikai és esetjogi rétegeket tudunk megállapítani, úgy semmivel sem indokolhatóan járulunk hozzá annak teoretikus igazolásához, aminek a legitimitása eleve megkérdőjelezhető. Ha nemzetállami keretek között a jogrendszer és a jogrendszeri struktúra megduplázódásáról beszélünk, úgy arról is számot kell adnunk, hogy a különböző jogrendszerek vonatkozásában ki tekinthető jogalkotónak, autoritásnak. Ha ezt a kérdést tovább elemezzük, feltétlen el kell jutnunk azokhoz a megállapításokhoz, amelyet Pokol az ún. alkotmányi jog eredetének tekintetében megtett, nevezetesen a külső indukációkhoz, ám amelyeket elleplez és zárójelbe tesz egy olyan felfogás, amely szerint az ún. alkotmányi jogot nemzetállami keretek között lehet, vagy épp szükséges értelmezni.

Abban az esetben azonban, ha az ún. alkotmányi jogot a globális térben, annak termékeként értelmezzük és határozzuk meg, óhatatlanul felmerül a kérdés, vajon létjogosult-e egy ilyen intellektuális konstrukció esetén olyan „jogrendszer-réteg”-i kategóriákat (szövegréteg, dogmatikai réteg, esetjogi réteg) alkalmaznunk, amelyek bemutatására Pokol törekszik. Ha ugyanis elfogadjuk azt a lehetőséget, hogy az ún. alkotmányi jog nem más, mint globális gazdasági auktorok informális szabályozási tevékenységének lenyomata az egyes nemzeti jogrendszerekben, mindenekelőtt azt a kérdést kell feltennünk, vajon ezeknek a globális auktoroknak szándéka volt-e, szándéka lehetett-e egy, a Pokol rendszere által értelmezhető struktúra létrehozása, illetve ilyen szellemi konstrukciókra alapozták-e a jogalkotásokra kifejtett hatásaikat. Aligha feltételezhető, hogy a gazdasági megfontolásokon és várt eredményeken kívül a globális auktorok szándéka kiterjedhetett valamiféle dogmatikai rendszer, strukturált jogi komplexum megalkotására is, vagy, hogy ilyen konstrukciókat tekintetbe vettek volna. És ezen a ponton leginkább azt célszerű belátnunk, hogy a legkülönbözőbb módon oktrojált „alkotmányi jogi” struktúrák teoretikus magyarázatával

¹⁰ Pokol 2019.

¹¹ Csaba László: Európai közgazdaságtan. Akadémiai Kiadó, Budapest, 2014.; Csaba László: Áttörés a világ közgazdaságtanában? - vagy mégsem? Köz-gazdaság 10. évf. 2015/3. 89-104.; Csaba László: Ragadozó tigrisek a globális gazdaságban. Újratermelődnek a válságjelenségek. (interjú; riporter: Nagy Ida), Demokrata XX. 24. 2016. június 15. 16-18.

¹² Szmodis, Jenő: Terminological Problems around the So-called „Juristocratic State” In: Béla, Pokol; András, Téglási (szerk.) Die stufenweise Entstehung des juristokratischen Staates – The Gradual Emergence of the Juristocratic State, Dialóg Campus Kiadó-Nordex Kft, Budapest, 2019., 81-90.

éppen egy illegitim folyamat legitimálásához járulhatunk hozzá.

Pokol szellemes és lényeglátó felismeréseit nagyra értékelve, és azokra éppenséggel támaszkodva el kell tehát utasítanunk a jogrendszer megduplázódásával kapcsolatos elgondolásokat és mindazt a terminológiát, ami azt a látszatot kelti, hogy a Pokol által vázolt folyamatok valamiféle organikus jogfejlődés részét képezik. Akkor már sokkal inkább beszélhetünk a jogrendszer *megtriplázódásáról*, esetleg teljes *dekonstruálásáról*, vagy még inkább egy globális *pszeudojog* megalkotására tett kísérletről, melynek fokozatosan ki kell majd szorítania mindazt, amit ma jognak tekintünk.

Triplázódás alatt egy olyan normastruktúra létrehozatalát érthetjük, ami nem csupán a nemzetállami jogrendszerektől tér el, de ami különbözik a többé-kevésbé transzparens folyamatok által létrejött nemzetközi jortól is. A Pokol által alkotmányi jognak nevezett jogi réteg eredetét és céljait tekintve ugyanis nyilvánvalóan bizonyos különbségeket mutat a nemzeti jogokhoz képest, mindazonáltal annak ellenére nem tekinthető nemzetközi jognak, hogy kiformalódása a globális térből indul. A jelenség triplázódásként való meghatározása azonban azért problematikus, mert míg mind a nemzeti jognak, mind pedig a nemzetközi jognak a forrása többé-kevésbé világosan áll előttünk, addig az „alkotmányi jog” jelenségsorozatja esetén a formális auktorok (parlamentek) eltérnek a de facto auktoroktól (a globális erőter szereplőitől, vagy Pokol egyik kifejezését kölcsönvéve: a globális alkotmányoligarchiától).

II. A jogrendszer dekonstrukciója és a pszeudojog kialakulása

A folyamat leginkább egy dekonstrukciós tendenciára emlékeztet, amelyben az „alkotmányi jog” lényegében nem csupán fölébe kerül a nemzeti jogrendszernek, de azt számos vonatkozásban roncsolja és ki is üresíti. Erre az egyik példa lehet talán az ún. „átsugárzás” teóriája, amit a magyar bíróságok és az Alkotmánybíróság a német Alkotmánybíróság gyakorlatából és fogalmi készletéből vesznek át. Tetten érhető itt, hogy a jogi érvelés, az indoklás elrugaszkodik nem csupán a hazai joganyag szövegétől, de az ahhoz szorosan kapcsolódó tudományos terminológiától, dogmatikai és jogelvi rendszertől is, és idegen ország normakontrollt gyakorló szervének terminusaira és érvelésére hagyatkozik. Ezzel pedig hatást gyakorol nem csupán a hazai jogszolgáltatásra, de közvetett módon a jogalkotásra is, mely kénytelen-kelletlen tekintettel van a magyar bíróságok és az Alkotmánybíróság kölcsönzött érvrendszerére. Mindez tehát a hazai jog, és belső rendszerének voltaképpen „dekonstruálását” jelenti.

Történik pedig mindez egy pszeudojog kialakításának és bevezetésének folyamatában. Amikor ugyanis a jogszolgáltató szervek ilyen mélyen és markáns módon hatnak ki a jogalkotás és a jogalkalmazás jelenségeire, az egyik legfontosabb római jogi jogelv, a *praetor ius facere non potest* elve sérül. Távrolról sincs már szó a bíróságok jogfejlesztő tevékenységéről. Pontosan azért, amit Pokol helyesen tapint ki a folyamatban. A bírósági jogszolgáltató tevékenység és az úgynevezett alkotmányi jog vonatkozásában ugyanis joggal merül fel az a kérdés, hogy ennek a mechanizmusnak, mik is a dogmatikai alapjai. Ez a kérdés nem merülhetne fel, ha az ún. alkotmányi jog és az ahhoz kapcsolódó esetjog híven ragaszkodna a jogtudomány már kialakult fogalom- és dogmatikai készletéhez. Arról van nevezetesen szó, hogy míg a bíróságok normál jogfejlesztő tevékenysége szorosan kötődik az évszázadok alatt kialakult fogalmi és dogmatikai struktúrákhoz, addig a Pokol által vázolt „fejlődés” mindezekkel oly mértékben szakít, hogy nem egészen indokolatlanul merülhet fel egy önálló dogmatikai réteg feltárásának igénye. Csakhogy míg a rendes bírósági tevékenység jogfejlesztő hatása kapcsolatot tart egy több mint kétezer-ötyszáz éves tudományos fejlődéssel, addig az alkotmányi jognak nevezett jelenség ahhoz a vonathoz

hasonlít, ami menet közben maga előtt rakja le a síneket. Egy pszeudojog képződik, ami ugyan semminemű kapcsolatot nem tart fenn a hagyományos jogdogmatikával, mindebből azonban egyáltalán nem következik, hogy ennek az intellektuális konstrukciónak van saját dogmatikája. Mindezt persze Pokol is helyesen értékeli, hiszen a megduplázott jogrendszer szövegrétege mögött, annak nyomán felismerni vél egy sajátos esetjogot, de leginkább a dogmatikai réteg meglétét hiányolja. Feltételezi, hogy annak elvileg lennie kell, kimutatni azonban nem tudja.

Abban az esetben azonban, ha elfogadjuk, hogy itt voltaképpen egy pszeudojoggal állunk szemben, könnyen leszámolhatunk az olyan teoretikus elvárásainkkal, hogy körvonalazódjon előttünk egy reális jogrendszer reális dogmatikai struktúrája. A dolog egyik veszélye éppen az, hogy ez a pszeudojog hatalmi pozíciójából fakadóan képes fokozatosan szétroncsolni a nemzeti jogrendszerek szövetét, tehát mind szövegrétegét, mind dogmatikai rétegét, végső soron pedig zárójelbe teszi a nemzeti jogrendszerek esetjog rétegét is. Nem tartja a kapcsolatot a hagyományos jogi kultúrával, ám – miközben utóbbit roncsolja – nem képes felmutatni egy, az általa tönkretett és elnyelt rendszerhez hasonló koherenciájú értékrendet, fogalmi és dogmatikai rendszert, sőt mindezt nem is ígéri. Teljes dominanciára jutva, a hagyományos jogi értékek felszámolása után pedig nem is marad semminemű olyan szilárd argumentum a jogászság kezében, amivel megkérdőjelezhetné ennek a pszeudojognak a létjogosultságát.

A megduplázódó jogban, voltaképp a pszeudojogban jelen vannak bizonyos jelszavak, mint az egyéni szabadság, a személy mindenirányú kifejtéséhez való joga, a szegregáció tilalma, miközben a társadalom organikus realitásával összefüggő minden érték és jogelv, mint a kölcsönösség, jóhiszeműség, a rendeltetészerű joggyakorlás, a szükségesség és az arányosság elve, a jogok és kötelezettségek egyensúlya valósággal kilúgozódnak mind az érvrendszerből, mind pedig a jogrendszerből. Az „alkotmányi jogban” primátusra tesznek szert bizonyos absztrakt – zömmel individuális – „értékek”, és ebben a szférában fel sem merül, hogy minden érték rendelkezik egy vele ellentétes előjelű másik értékkel is (például egyéni szabadság versus közérdek), és a jog lényege nem más, mint ezek egyensúlyát megtalálni, és érvényre juttatni. Ez az ún. alkotmányi jog tehát annyiban is egyfajta pszeudojog, hogy szakít a jog legalapvetőbb funkciójával, az egyensúly-elv érvényesítésére való törekvéssel.

Mindez a fejlemény csak részben függ össze a jogfejlődésnek ama individualizációs folyamatával, amiről Maine másfél évszázaddal ezelőtt írt.¹³ Itt ugyanis már távolról sem a státusztól a kontraktusig vezető fejlődési ívről van szó, mintsem végeredményben magának a kontraktusnak is a tagadásáról. A tökéletes individualításban ugyanis már a kontraktus sem értelmezhető másként, mint egy olyan múltbeli esemény lenyomata, amelynek komolyan vétele akadályát képezi a személyes szabadság mindenkori kiteljesítésének. Látnunk kell azt is, hogy a tökéletes és végletekig vitt individualításban maga a jog is értelmét veszíti, hisz a jog nem más, mint társadalmi jelenség, s ha magát a társadalmat, mint sajátos entitást nem tételezem, úgy magát a jogot sem lehetek képesek a jelenségvilágban elhelyezni és értelmezni. Az úgynevezett alkotmányi jog erősen individualista tendenciájával tehát ennyiben is a jog tényleges dekonstrukcióját jelenti, mégpedig egy pszeudojogot képező diskurzus formájában.

Az elmúlt fél évszázad történettudománya és művészetfilozófiája tudomásunkra hozta, hogy nem csupán történelem, de igazság sincs, csupán narratívák és diskurzusok vannak. Időszerű volna belátnunk, hogy mindennek a jogra és a jogtudományra nézve is következményei mutatkoznak. Elég csupán a kvótahatározatra és annak bírósági felülvizsgálatára gondolnunk. A józan, jogdogmatikai és jogelvi megfontolások helyét átvették a jogalkotói és jogszolgáltatói diskurzusok, amelyek egyszerűen figyelmen kívül

¹³ Henry Sumner Maine: Az ősi jog, Gondola'96 Kiadó, Budapest, 1997. 19.

hagyják nem csupán a társadalmi realitásokat, de a hagyományos jogi gondolkodás teljes érvrendszerét is. Ilyen körülmények között kevésbé a jog megduplázódásáról célszerű beszélnünk, mint sokkal inkább néven kell neveznünk a valóságot: egy ultraliberális narratíva mint pszeudojog lép a jog helyébe, és ez a narratíva éppen azért nem diszkusszív, mert hatalmi pozíciójából adódóan megengedheti magának, hogy minden más narratívát kiszorítson a diskurzustérből. A jog természete szerint diszkusszív, mint ahogy a jog egyik legfontosabb jelensége, a per is kontradiktórius. Ez a pszeudojog azonban többek között éppen a valós és érdemi diskurzus elutasításával igazolja nem-jog jellegét.

Jack M. Balkin viszonylag korán, már 1987-ben felhívta a figyelmet a derridai dekonstrukció és a jogelmélet kapcsolódási pontjaira.¹⁴ Balkin nem csupán a dekonstrukcióban rejlő lehetőségekre mutatott rá, de megvilágította annak veszélyeit is. Nem utolsó sorban azt, hogy e módszer úgy roncsolja a meglévő teoretikus struktúrákat, hogy a helyükbe semmit nem állít. Megkockáztatta azt az azóta különösen igaznak bizonyult feltevését is, hogy a dekonstrukció módszerét inkább a baloldali gondolkodók preferálják. Három évvel később maga Derrida is közzétette a maga nézeteit a dekonstrukció és a jog kapcsolatáról.¹⁵ Míg a jog fogalmát – a jog mögött megjelenő erőre hivatkozással – igyekszik eloldani az igazságosság fogalmától, addig az igazság fogalmával éppenséggel magát a dekonstrukciót azonosítja.¹⁶ Hogy Derridánál a bíró joghoz kötöttsége gyakorlatilag feloldódik, és a normaszöveggel együtt zárójelbe helyeződik az értelmezési tevékenység közegében, lényegében meg sem lepődünk, hiszen mindez okszerűen következik az igazsággal azonosított dekonstrukció lényegéből, a narratívák és értelmezések polifóniájából. Két évvel később, 1992-ben a tekintélyes Routledge kiadónál már vaskos, több mint négyszáz oldalas tanulmánykötet jelenik meg a dekonstrukció és az igazságszolgáltatás lehetőségeiről.¹⁷

Ezen a helyen nem lehet feladatunk részletesen bemutatni a derridai koncepció behatolását a jogfilozófiába, a *Critical Legal Studies*en keresztül térnyerését az amerikai jogi oktatásban, mindennek pedig a kapcsolatát felvázolni a bíróságok szövegtől való fokozatos azon elszakadásától, amiről Pokol a már hivatkozott munkáiban bőségesen ír. Ami ennél fontosabb, hogy a jelenség lényegét helyesen azonosítsuk. A programszerűen meghirdetett párhuzamos értelmezések világában pontosan annak a lehetősége szűnik meg, hogy rendelkezünk egy kitüntetett értelmezéssel. Egy olyanal, amit jogdogmatikai rendszerünk, jogelméleti eszközeink és jogelvi készletünk a leginkább legitimként tüntethet fel előttünk. Az értelmezési lehetőségek nem állnak többé egymással hierarchikus viszonyban, mert a dekonstruktív értelmezési módszer nem tart igényt a jogtudomány bevett eszközeire és módszereire.¹⁸ A kérdés tehát nem az, hogy a szemünk láttára létrejövő narratív pszeudojog rendelkezik-e dogmatikával, hanem az, hogy a hagyományos jogrendszerek megőrizhetik-e a továbbiakban dogmatikai, jogtudományi és jogelvi alrendszereiket egy olyan helyzetben, amelyben egy pszeudojog telepszik rájuk, és amely utóbbinak a lényegéhez tartozik mindenféle dogmatikai, jogtudományos megfontolás és hierarchikus viszony tagadása.

III. A választottbírók sajátos szerepe

Mindezzel a folyamattal szorosan összefügg az arbitráció, de még inkább a jog

¹⁴ Jack M. Balkin: Deconstructive Practices and Legal Theory. Yale Law Journal Vol. 96. Issue 4 743-786.

¹⁵ Jacques Derrida: The Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. Cardozo Law Review Vol. 11 Nrs 5-6 July/Aug. 1990. 919-1045.

¹⁶ Derrida 1990 945.

¹⁷ Drucilla Cornell – Michael Rosenfeld – David Gray Carlson (eds.): Deconstruction and the Possibilities of Justice. Routledge, New York – London, 1992.

¹⁸ A dekonstruktivist Drucilla Cornell vonatkozásában erről lásd bővebben Kevevári István: Drucilla Cornell és a határ filozófiája. Jogelméleti Szemle 2016/1. 38-50. különösen 49-50.

arbitrálódása. Ha ugyanis az a cél, hogy a döntések minél inkább szakadjanak el a normaszövegtől, egyúttal a döntések nyomán egy új szokásjog alakuljon ki, úgy az ez irányba mutató tendencia erősödését sokkal inkább várhatjuk a választott bíróságoktól, amelyeknek tagjai – szemben a hivatalnok bírakkal – csupán alkalmoszerűen és nem professzionálisan hozzák meg ítéleteiket. A választott bíróságok oly mértékű térhódításának, ami az utóbbi évtizedekben tapasztalható, egyébként igen nehéz elméleti megindokolását adni. A gazdasági tevékenységekkel kapcsolatos ítéletek gyors meghozatalához fűződő érdek önmagában aligha lehet elegendő a tendencia igazolásához. Ugyanis egyéb lehetőségek is, például a perrendtartásokba illesztendő különleges, gyorsított eljárások, megoldást kínálhatnak gyors döntéshez fűződő érdekek és szükségletek kielégítéséhez. Az egyelőre elbukott TTIP, valamint az Európai Unió és Kanada közötti szabadkereskedelmi egyezmény (CETA) anélkül tartalmazott választott bírósági mechanizmusokra vonatkozó utalást, hogy ennek szükségességét bárki igazolta és elméleti megalapozását bárki megadta volna. Pontosan fogalmaz a Magyar Természetvédők Szövetségének „CETA háttéranyag magyar európai parlamenti és országgyűlési képviselőknek, illetve a magyar kormányzat számára” című dokumentuma: „2015 őszén az Európai Unió kereskedelmi biztosa, Cecilia Malmström olyan javaslatot fogalmazott meg, amely a jövőben rendkívül kiterjedt jogokat biztosítana a külföldi befektetőknek valamennyi uniós kereskedelmi megállapodás során. Ebben az időszakban a nyilvánosság fokozódó aggodalommal kísérte, hogy az Európai Unió kereskedelmi megállapodásai, így a TTIP illetve CETA egy úgynevezett befektető-állam vitarendezési mechanizmust (ISDS) tartalmaznak. A számos már érvényben lévő nemzetközi kereskedelmi és beruházási szerződésben szereplő vitarendezési mechanizmusra támaszkodva a nagyvállalatok számos, gyakran heves vitákat kiváltó peres eljárást indítottak olyan államok ellen, amelyek a közegészségügy, a környezet vagy a közérdek védelmét szolgáló szabályozást fogadtak el.”¹⁹ A dokumentum III. fejezete, amelynek címe „A befektetési bírósági rendszer (ICS) állandósítani fogja a vállalatok támadásait az egészséggel és a környezettel szemben”. Számos környezetvédő szervezet (Canadian Centre for Policy Alternatives, a Corporate Europe Observatory, a Föld Barátai Európa, a Forum Umwelt und Entwicklung és a Transnational Institute) által, konkrét jogesetek elemzése alapján készített tanulmányra²⁰ hivatkozással leszögezi: „Az egyes esetek alapos elemzése azt mutatja, hogy az ICS nemhogy nem küszöbölne ki egyet sem a sok vitát kiváltó peres támadások közül, de minden bizonnyal meg is sokszorozná azok számát. A javasolt szabályokban semmi sem korlátozná a vállalatokat abban, hogy megtámadják az emberi egészség és a környezet védelmében hozott kormányzati döntéseket, a választott bírák pedig könnyűszerrel dönthetnének a vállalatok javára, arra kárhozható az államokat, hogy jogos közpolitikai intézkedéseik után dollármilliárdos kártérítést fizessenek.”²¹ A dokumentum a már hivatkozott nemzetközi tanulmányra alapozva megállapítja továbbá: „A Bizottság által alkalmazott tág, lazán definiált fogalmak, mint a „nyilvánvaló önkényesség” és az „igazságos és méltányos bánásmód” legalább olyan szélesre tárja a vállalatok előtt a kaput, hogy választott bírósági eljárásokat indítsanak államok ellen, mint a jelenlegi ISDS rendszer.”²² Felhívja továbbá a figyelmet arra is, hogy „Ahelyett, hogy korlátozná ezeket a kirívó eseteket, a befektetési bírósági rendszer valójában lehetőséget teremt a választott bírósági ügyek számának növekedésére, ugyanis a már érvényben lévő szerződésekkel ellentétben egyértelműen

¹⁹ https://mtvsz.hu/dynamic/ceta_gmo_isds_ics_jogszerusege_es_egyebek_hatteranyag.pdf 4. oldal (Letöltve: 2020. 01.12.)

²⁰ Investment Court System put to the test: new EU proposal will perpetuate investors' attacks on health and environment http://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/icstest_web_0.pdf

²¹ https://mtvsz.hu/dynamic/ceta_gmo_isds_ics_jogszerusege_es_egyebek_hatteranyag.pdf 4. old.

²² ugyanott

bevezeti a befektetők „jogos elvárásainak” fogalmát.”²³

Amint arról a Magyar Természetvédők Szövetsége 2016 február 5-én beszámolt, „A német bírói szövetség (DRB) elutasítja az Európai Bizottság befektetési bírósági rendszerre (ICS) vonatkozó javaslatát, amely az elképzelések szerint része lenne a tervezett EU-USA "szabadkereskedelmi" egyezménynek (TTIP). A német bírók szerint nincs jogi alapja egy ilyen befektetési bírósági rendszer létrehozásának, és szükség sincs rá.”²⁴ Eredetileg a CETA is a TTIP szerinti befektető versus állam vitarendezési mechanizmust javasolta volna, azonban „a kritikák hatására az Európai Bizottság egy "új" befektetésvédelmi rendszert javasol, amelyet Befektetési Bírósági Rendszernek (Investment Court System - ICS) neveztek el. A Bizottság által javasolt "új" rendszer viszont csupán az ISDS átnevezése, a multik ugyanúgy beperelhetnek az egyes tagállamok kormányait, ha azok állampolgáraik egészségének vagy környezetünk védelme érdekében meghoznak bizonyos intézkedéseket.”²⁵ Ezt követően csatlakozott a legnagyobb német bírói szövetség (DRB) az Európai Bizottság által javasolt "új" befektetési rendszer ellenzőihez.”²⁶ Különösen figyelemreméltó a bírói szövetség jogi érvrendszere is. „A német bírói szövetség szerint egy ilyen, a befektetők számára létrehozandó különleges bíróság rossz irány. A szervezet szerint az EU-nak nincs is jogköre egy ilyesféle befektetési bíróság létrehozására. A Bizottság által javasolt befektetés-védelmi bírósági rendszer csökkentené az EU jogalkotási erejét, és megváltoztatná a tagállamokban és az EU-ban kialakult igazságszolgáltatási rendszert. A szervezet szerint nincs jogi alapja ilyen változtatások meghozásának. A tervezett befektetési bírósági rendszer a bírói függetlenségre vonatkozó kritériumoknak sem felel meg szerintük.”²⁷

A német bírói szövetség éleselméjűsége többek között abban érhető tetten, hogy nem csupán e törekvések káros és megalapozatlan voltát ismerik fel, de azt is, hogy egy ilyen irány a meglévő igazságszolgáltatási rendszer megváltozását is eredményezné. A szövetség lényegében tehát nem arról beszél, hogy a jogi rendszer megduplázódik, hanem arról, hogy az újonnan kialakuló szisztéma magához idomítja a régit.

Különösen azt a körülményt nem hagyhatjuk figyelmen kívül, hogy a meglévő bírósági rendszerek több évszázados fejlődés nyomán érték el azt a funkcionális és szervezeti függetlenséget, amit alkotmányos garanciák oltalmaznak. Ha elfogadjuk azt, hogy ezek a rendes bíróságok valóban függetlenek, olyanok tehát, amelyek előtt a pernyertesség esélyével magát az államot is perelni lehet, semmi sem igazolhatja a választott bírósági rendszer további kiépítését.

Mindaz, amit eddig a jog dekonstruktivista, szabad értelmezéséről mondtunk, mindaz, amit a hivatkozott tanulmányok a jogrendszer egyre elasztikusabb fogalomhasználatáról, és a befektetőkkel szembeni előzékenységről írnak, és mindaz a tapasztalat, ami a választott bírósági ítélezés befektetőbarát gyakorlatával kapcsolatos, meglehetősen egy irányba mutat. Ez pedig nem más, mint egy olyan „jogrendszernek”, pontosabban pseudojognak a kiépítése, amelyben a gazdasági auktoroknak, a multinacionális vállalatoknak aránytalanul megnőnek a pernyerési esélyei. Nem véletlen talán, hogy Jacques Attali – az EBRD alapító elnöke, az Emmanuel Macron előbb a párizsi Rothschild bankházba, később a köztársasági elnöki székbe segítő szürke eminenciás²⁸ – miért is vizionálta a jövő jogrendszerét a szerződések és a választott bíróságok rendszerének. Amint azt 2003-ban írta: „A törvényeket szerződések

²³ https://mtvsz.hu/dynamic/ceta_gmo_isds_ics_jogszerusege_es_egyebek_hatteranyag.pdf 5. old.

²⁴ https://mtvsz.blog.hu/2016/02/05/ttip_a_nemet_biroi_szovetseg_ellenzi_uj_befektetesvedelmi_rendszert
(Letöltve: 2020. 01. 12.)

²⁵ ugyanott

²⁶ ugyanott

²⁷ ugyanott

²⁸ Morvay Péter: Macron, az elit álma. Hetek XXI/18. 2017. 05. 05.
http://www.hetek.hu/kulfold/201705/macron_az_elit_alma (Letöltés 2017. 09. 27.)

váltják majd fel, az igazságszolgáltatást pedig választott bíróság.”²⁹ Hogy ez miért volna szükséges, vagy a társadalom számára hasznos, arról Attali hallgat. Sőt, nem is állítja mindennek sem a szükségszerűségét, sem pedig a társadalmi hasznosságát.

A CETA új vitarendezési mechanizmusáról szóló tanulmányában Horváthy Balázs az ISDS választott bírósági szisztémával kapcsolatos ellenvetéseket három nagy csoportba osztja. Mindenekelőtt vannak, akik eleve azt vitatják, hogy bárminemű létjogosultsága lehet egy ilyen szisztémának olyan fejlett jogrendszerrel rendelkező országok esetében, mint az EU tagállamai. A második csoportba azok az ellenvetések sorolhatók, amelyek a rendszertől az államok szabályozási szabadságát féltik. A harmadik csoport tárgyalásakor Horváthy a következőket írja: „Végül az ISDS intézményi megoldásával kapcsolatos kritikai nézeteket érdemes megemlíteni. A legelterjedtebb modell ad hoc választottbíráskodáshoz hasonló intézményi megoldást vesz alapul (pl. ICSID), amelyben az eseti választottbírói feladatokat többnyire a befektetési jogban jártas ügyvédek látják el. Kizáró szabályok hiányában és a fórum eseti jellege miatt azonban gyakori, hogy a választottbírák más ügyekben vállalatokat képviselnek, és ez érdekkonfliktusokat eredményez.”³⁰

Hogy a CETA esetében az igen heves és megalapozott szakmai, társadalmi ellenállás következtében a vitarendezési mechanizmus több vonatkozásban finomodott, és távolodott az ISDS modelltől, mellékes abból a szempontból, hogy az eredeti elképzelések mire is irányultak. Azok ugyanis kellőképpen felfedték a rendszer támogatóinak valódi szándékait, amit az alighanem pusztán taktikai és időleges meghátrálás aligha feledtethet el. A CETA és a TTIP tervezete egyúttal kellően egyértelművé teszik Attali lakonikus tömörségű mondatát: „A törvényeket szerződések váltják majd fel, az igazságszolgáltatást pedig választott bíróság.”³¹ Az államok közötti, szükségszerűen többszörös kompromisszumokat tartalmazó, és így a normál jogalkotási termékekhez, a törvényekhez képest eleve homályosabb szövegezésű szerződések képezik majd a döntési alapot, amelyet a választottbírók dekonstruktivista leleményességgel és kreativitással voltaképp tetszőleges tartalommal ruházhatnak fel. Mind e közben a választott bíróságok tagjai mintegy „főállásban” esetleg azon társaságok jogi képviselői, akiknek ügyeiben más napokon ítélnének. Hangsúlyoznunk kell, az a körülmény, hogy ez a rendszer még nem, vagy nem teljesen épült ki, nem változtat azon, hogy kellő adat áll rendelkezésünkre ahhoz, hogy ezt a célt és az ehhez fűződő érdekeket világosan lássuk.

IV. Dilemmák a *lex generalis*-szal kapcsolatban

Jól ismert jogelv a *lex specialis derogat legi generali* elve. Pokol szellemesen állapítja meg, hogy „az alkotmánybíráskodás létrejöttével maga az egész alkotmányi jog megfordította ezt az elvet az elmúlt évtizedekben, és az alkotmányhoz képest mindig speciálisabb törvényi szabályok felett az alkotmánybíráskodás *lex generalis* jellege érvényesül.”³² Nem egészen új azonban ez a „felismerés”. Magam először Vörös Imre egy munkájában akadtam egy ehhez hasonló megállapításra. Az azzal kapcsolatos észrevételeimet talán nem egészen haszontalan ezen a helyen is kifejtetem.

Vörös Imre kiváló tanulmányában az Alkotmány 70/I §-át egy, az alapjogokat érintő speciális szabálynak értelmezte, amelyhez képest általános szabálynak minősítette a

²⁹ Jacques Attali: *A nomád ember*. Allprint, Budapest, 2004. 305. (Az eredeti, francia nyelvű mű 2003-ból származik.)

³⁰ Horváthy Balázs: *A CETA új vitarendezési mechanizmusa*. jti *blog* A Jogtudományi Intézet Blogoldala, 2016. április 04. 15:37 <https://jog.tk.mta.hu/blog/2016/04/a-ceta-uj-vitarendezesi-mechanizmusa> (Letöltés: 2020. 01. 12.)

³¹ Jacques Attali: *A nomád ember*. Allprint, Budapest, 2004. 305. (Az eredeti, francia nyelvű mű 2003-ból származik.)

³² Pokol kézirat 11.

jogállamiságnak az Alkotmány 2. § (1) bekezdésében rögzített elvét. Álláspontja szerint azonban a közjogban a speciális szabály nem előzi meg az általános szabályt. Nézete szerint a *lex specialis derogat legi generali* elve a magánjog alapelve, amelyet a magánautonómia elvével hoz összefüggésbe. Ehhez képest – érvel Vörös – a közjogban a magánautonómia értelmezhetetlen, így ott azt szabad megtennie az államnak, amit számára a törvény kifejezetten megenged.³³

Ezen a ponton meg kell állapítanunk, hogy noha Vörös Imre végső következtetése az alkotmánymódosítással kapcsolatban megítélésünk szerint helyes, azonban a logikai út, ahogyan odáig eljut, meglehetősen problematikus. Elsősorban arra célszerű a figyelmet felhívni, hogy a *lex specialis derogat legi generali* elve nem a magánautonómia elvéből következik, és nem is következhet abból, hiszen ez az elv a „lex”, a törvény, a pozitív jog szférájának alapvető elve, ahol pedig a magánautonómiának nem sok szerepe van. A *lex specialis derogat legi generali* elve logikai természetű, nem pedig jogpolitikai eredetű. A magánautonómia azonban olyan jogpolitikai jellegű elv, amelyet adott esetben korlátozhat a jogalkotói akarat. Ezzel szemben az általánosság és különösség viszonya olyan logikai viszony, amelyen még a jogalkotónak sincs hatalma.

Másodsorban Vörös Imre két külön természetű kérdést exponál azonos problémaként, ugyanis a *lex specialis* elvét a diszpozitivitás és a kogencia dichotómiájának részeként vizsgálja. Az állami szabályozás szabadságának azonban nem az képezi korlátját, hogy volna egy olyan közjogi jogelv, amelynek értelmében a közjogi általános szabály lerontja a közjogi speciális szabályt, hanem a *felhatalmazáshoz kötöttség* elve. Ezt a felhatalmazást kívánta magának megadni a jogalkotó az Alkotmánymódosítással. Kérdés azonban, hogy jogszerűen-e.

A konkrét szabály, nevezetesen az Alkotmány 70/I. §-a kétségtelenül szembekerül a jogbiztonságra vonatkozó szabállyal, azonban annak semmi esetre sem speciális szabálya, hiszen a speciális szabály csupán többlet-meghatározottsággal rendelkezik az általánoshoz képest, a többlet-meghatározottság azonban nem tartalmazhat olyan novumot, amely túlterjeszkedik az általános szabály keretein. Ellenkező esetben *sui generis* szabályról van szó. A két *sui generis* szabály közötti konfliktus feloldása azonban csak a jogelvek oldaláról lehetséges. A két szabályban alakot öltő elvet mérlegre kell tehát tenni, és annak a szabálynak kell végül elsőbbséget adni, amelyik a súlyosabb elv érvényesülését szolgálja. Tekintettel azonban arra, hogy a konkrét esetben a két szabály közül az egyik (a jogállamiságról szóló) maga jogelv, a másik azonban csupán olyan operatív szabály, amelynek legitimitása érdekében a jogalkotási folyamatban csak hivatkozták az igazságosság jogelvét, de nem igazolták, hogy ezt a jogelvet az operatív szabály valóban szolgálja, nyilvánvalóan az elvi jelentőségű szabály elsőbbséget fog élvezni az operatívval szemben.

A korábbiak során részletesen kitértünk arra, hogy a speciális szabály logikailag (a tényállás-meghatározottságok oldaláról a több-kevesebb viszony szerint) rendelődik alá az általánosnak, a kétféle szabály azonban funkcionálisan mellérendelt viszonyban áll egymással. A speciális szabály épp e mellérendeltség okán kerülhet adott esetben előtérbe az általános szabályhoz képest. Utaltunk arra is, hogy a speciális (operatívabb jellegű) jogelv cél-eszköz viszonyban áll az általánosabb elvvel, amely utóbbinak a speciális elv így funkcionálisan alárendelődik, noha a meghatározottságok oldaláról, a több-kevesebb viszony szerint közöttük logikai alá-fölé rendeltség nincs. (A jogállamiság általánosabb elvét például szolgálhatja a nyilvánosság elve, de ettől még közöttük logikai alárendeltség nem keletkezik a többlet-meghatározottság aspektusából.)

Ugyanez a funkcionális alárendeltség állapítható meg azonban egy – akár operatív –

³³Vörös Imre: Vázlat az alapvető jogok természetéről az Alaptörvény negyedik és ötödik módosítása után (Az Alkotmánybíróság döntése, a Velencei Bizottság és az Európai Parlament állásfoglalásai). *Fundamentum* 2013. 3. 53-65. különösen 63-64.

elv és a megvalósulását segítő konkrét szabály között. Ha tehát a szabály magában hordja az azzal az elvvel való ütközés lehetőségét, amelynek megvalósulását elősegíteni hivatott, akkor a szabály korrigálandó, pontosítandó, vagy megsemmisítendő, de semmi esetre sem beszélhetünk az elv lerontásáról. Ha azonban a szabály más elv érvényesülését szolgálja, mint amivel ütközik, akkor az általa szolgáló elv súlya összemérendő annak az elvnek a súlyával, amellyel a szabály konfliktusba kerül.

A konkrét esetben az aránytalan végkielégítések különadóztatásának lehetőségét kívánta biztosítani az alkotmányozó, mégpedig az igazságosság elvére hivatkozással. A jó erkölcsbe ütköző juttatások különadóztatását lehetővé tevő előírás azonban nem adott garanciát arra, hogy a jó erkölcsbe ütközés feltételeinek megvalósulását 1) a független bíróság vizsgálni fogja, 2) mégpedig kizárólag a jó erkölcs szempontjai, nem pedig a jogalkotó később meghatározott, megdönthetetlen törvényi vélelme alapján. Hangsúlyozni kell, hogy az Alkotmány ez irányú módosítására éppen azért került sor, hogy a jogalkotó a jó erkölcsbe ütközés vizsgálatának lehetőségét az ún. „nagy összegű” végkielégítések és egyéb juttatások tekintetében kivegye a bíróság hatásköréből. A konkrét szabály tehát annak lehetőségét hordozta, hogy a tisztességes bírósági eljáráshoz való jog csorbuljon. Ez azonban nem csupán a jogállamiság, de az igazságosság elvével is ellenkezik.

Alaposabban szemügyre véve a Vörös Imre tanulmányában részletesen elemzett esetet, meg kell állapítanunk, hogy az Alkotmány itt tárgyalt módosításában nem az tekinthető problematikusnak, hogy egy speciális szabály lerontana egy általános szabályt, hiszen általános-speciális szabálykapcsolatról itt nincs szó. A problémát az jelentette, hogy az Alkotmány részévé tettek egy olyan *sui generis* operatív szabályt, ami két alkotmányos jogelvvvel is ütközött.

Visszatérve egyúttal a Vörös Imre által javasolt formulára, nevezetesen, hogy a közjogban a *lex generalis derogat legi specialis* elve lenne érvényes, érdemes az elgondolást egy konkrét, bár fiktív szabályozási eseten megvizsgálni. Egy olyan általános közjogi szabályhoz képest, hogy „Aki honvédelmi kötelezettségét nem teljesíti, öt évig terjedő szabadságvesztéssel büntetendő.”, speciális, többlet-meghatározottságot hordozó szabálynak minősül az a szabály, hogy „Aki honvédelmi kötelezettségét szándékosan nem teljesíti, háromtól öt évig terjedő, fegyházban letöltendő szabadságvesztéssel büntetendő.” A két szabály nyilvánvalóan közjogi természetű, és ezek közül a speciális ugyanolyan módon előzi meg az általános szabályt, mint megelőzi a speciális szabály az általánost a magánjogban. Vörös Imre javaslata bár kétség kívül szellemes, azonban helytállónak aligha mondható.

Vörös Imre helyesen érzett azonban rá arra, hogy a *lex specialis derogat legi generali* elvének lehet, sőt van egy ellenpárja. Ez pedig nem más, mint a korábban már megfogalmazott, elvi jellegűnek elfogadható kijelentés, hogy *az általános elv megelőzi a speciális elvet* – tudniillik azért, mert utóbbi funkcionális alárendeltségben van az előbbivel. Tekintettel azonban arra, hogy ebben az esetben a megelőzést a funkcionális alárendeltség határozza meg, a funkcionálisan alárendelt szabályt is megelőzi az az elv, amelynek érvényesülését a szabály szolgálja. Ezen a helyen ismételtetni kell arra is, hogy amennyiben a szabály valamely elvvel ellenkezik (akár egy olyan elvvel tehát, amelynek érvényesülését a szabály közvetlenül nem szolgálja), a konfliktus feloldása, a szabály létjogosultságának igazolása egy további jogelv figyelembe vételével történhet meg. Ilyen elv hiányában azonban a szabály jogállami keretek között megsemmisítendő, illetve a bíróságok ítélezése során figyelmen kívül hagyandó.

Tóth J. Zoltán¹

A többrétegű jogelméletéről

Jelen vitairás Pokol Béla többrétegű jogelméletének és annak megújítási kísérletének² továbbgondolása. A továbbgondolás alapjául egy konferencia szolgált, melyet a Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kara a többrétegű jogelméletéről tartott.³ A szerző ezúton mond köszönetet a konferencián részt vett előadóknak az inspiratív előadásokért és a gondolatébresztő, tartalmas vitákért.

I. A jog dinamikája

A jogot nemcsak a laikusok, de maguk a jogászok is sokszor azonosítják valamely jogi tevékenységgel vagy annak eredményével. Így gyakran hallani, hogy a jog egyenlő a törvények és rendeletek szövegével, vagy hogy a jog végső soron a bírói ítélkezési gyakorlat által ténylegesen alkalmazott normákból áll, esetleg a jog bizonyos jogi fogalmak és jogelvek érvényesülése, melyeket a jogtudomány dolgozott ki. Ezek az elgondolások éppen a jog sajátos működését nem veszik figyelembe, vagyis azt, hogy a jog nem egy egyszer s mindenkorra adott valami, nem egy statikus szabályhalmaz, hanem egy folyton változó, alakuló, soha nem kész rendszer. Erről a rendszerről lehet ugyan „pillanatfelvételeket” készíteni, ám a felvétel készítése utáni pillanat már nem lesz teljesen ugyanolyan, mint az az előtti. Minden egyes bírói döntés, minden egyes jogi tárgyú tanulmány, minden újonnan megszülető jogszabály alakít magán a jogon; így e tevékenységeket csak együttesen, a maguk folyamatában szemlélve láthatjuk (pontosabban, a maga teljes egészében – éppen a folyamatos változás miatt – soha nem láthatjuk), hogy mi is „a” jog.

Ennek alapján jelen tanulmányban a minden pillanatban változó statikájú, azaz minden pillanatban picit más és más tartalmú jog dinamikáját, változását meghatározó tényezőket vázolom fel, ismertetve e tényezők egymásra való hatásait, visszahatásait és kölcsönhatásait. A tanulmány alaptétele, hogy a jog különböző tevékenységi szférákból áll és azok dinamikus kölcsönhatásai révén épül fel, illetve működik; nem tekinthető tehát a jog *pusztán* jogszabályszövegeknek vagy a jogalkotás termékeinek; sem *pusztán* bírói gyakorlatnak és az ebből fakadó bírói döntések összességének; sem *kizárólag* dogmatikai kategóriák rendszerének és tudományos tevékenységnek; sem *egyedül* alkotmányos elvek konkretizálásának. Ezek ugyanis mind szerepet játszanak a jog meghatározásában és működésében, de egyikük szerepe sem kizárólagos; azok csak egymásra tekintettel, egymásból építkezve, egymásra kölcsönösen hatva adják meg azt, hogy egy jogrendszerben aktuálisan mi is tekinthető „a” jognak.

E felfogást a magyar jogelméleti gondolkodásban következetesen Pokol Béla képviselte és képviseli, aki e jogi működési módokat és azok eredményeit *a jog rétegeinek* nevezi. Mi jelen tanulmányban Pokol Béla eredeti többrétegű jogelméletéből indulunk ki,⁴

¹Habil. egyetemi docens, KRE ÁJK Jogtörténeti, Jogelméleti és Egyházjogi Tanszék (e-mail: toth.zoltan@kre.hu).

²Lásd a későbbiekben a lábjegyzetbeli hivatkozásokat.

³„A jog többrétegűségének elmélete” c. tudományos konferencia, 2020. január 24., KRE ÁJK.

⁴Pokol Béla eredeti rétegelméletének koherens újragondolását végezte el az utóbbi időben; így az alkotmányos jogok rétegét a jog hagyományos rétegei (a jog hagyományos működését meghatározó jogalkotás, bírói kazuisztika és jogdogmatika) mellett, egy egységes, nóvum jelleggel megvalósuló alkotmányos réteggel és az annak részét jelentő alkotmányos jogalkotás (alkotmányozás), alkotmányos jogalkalmazás

azzal, hogy e specifikus jogi terrénumokat, illetve az azokon belüli történéseket és ezek eredményeit **a jog működési szféráinak** nevezzük.

A jognak öt⁵ nagy működési szférája létezik, melyek összességében alkotják egy-egy jogrendszer tárgyi jogát, illetve jogi normáinak összességét. Bár *formailag* (vagyis a tételes jog által meghatározottan) – nem meglepő módon – csak maga a tételes jog (a jogszabályok szövege, a jogszabályokban foglalt jogi normák) minősülhetnek jognak, *ténylegesen* azonban mindazt a jog társadalmi normarendszeréhez tartozónak kell tekintenünk, amely az emberek és más jogalanyok jogait és kötelezettségeit meghatározza vagy befolyásolja. Ennyiben tehát mindenképpen eltér a jog alkotmányjogi és jogelméleti fogalma.

A jog öt különböző működési szférája a következő: *a jogalkotás és a jogszabályok (állami normatív aktusok) szövege; a jogtudományi tevékenység és a jogdogmatikai kategóriák; a bírói gyakorlat és a bírói jog; az alkotmánybíráskodás és az alkotmányos jogok, elvek, értékek; a szokásjogi jogképződés és maga a szokásjog.*

A jogalkotás, a jogtudományi tevékenység, a bírói gyakorlat, az alkotmánybíráskodás és a szokásjogi jogképződés azok a *tevékenységek (folyamatok)*, melyek a jog tárgyi normarendszerét létrehozzák, működtetik és folyamatosan változtatják; a jogszabályok (és más állami normatív aktusok), a jogdogmatikai kategóriák (fogalmak, elvek, distinkciók, értelmezési szabályok stb.), a bírói jog (bírói absztrakt normák, eseti döntések és a bíróságok egységes ítélezési gyakorlata), az alkotmányos jogok, elvek, értékek, valamint a szokásjogi normák, illetve mindezek összessége pedig az az *eredmény*, mely az előbbi tevékenységek révén mindenkor előáll (és amelyről a korábban említett „pillanatfelvétel” elkészíthető).

Ezen öt jogi működési szféra természetesen nem egyformán fontos minden jogrendszerben. Az angol *common law*-ban pl. a bírói jognak nagyobb a szerepe, mint máshol, a pozitív jog primátusa a kontinentális jogrendszerekre (így például a magyarra) jellemző, míg a szokásjog a kezdetlegesebb fejlődési fokon álló jogrendszerekben van inkább túlsúlyban; azonban ez az öt jogi szféra az, amelyek működése és sajátos konstellációja meghatározhatja, hogy egy jogrendszerben aktuálisan mi tekinthető jogi tevékenységnek, és ennek alapján a jogalanyokat mindenkor milyen jogok és kötelezettségek illethetik meg, illetve e jogok és kötelezettségek honnan származhatnak. A következőkben ezen öt szféra működésének jellegzetességeit és egymással való kapcsolatát mutatjuk be, elsősorban annak megvilágítása érdekében, hogy a legfontosabb jogot meghatározó tevékenység, a jogalkotás milyen egyéb tevékenységekre tekintettel kell, hogy működjön, és a jogalkotás termékei (a jogszabályok és az azokban foglalt normák szövegei) milyen transzformációkon mennek keresztül tényleges érvényesülésükig, illetve azok tartalmát (értelmét) milyen „környezeti tényezők”, milyen egyéb hatások befolyásolják.

(alkotmánybíráskodás) és alkotmányjogi dogmatika rétegével egészítette ki. Ez alapján Pokol Béla újabb elméletében az alapjogokat már nem a jogalkotás, jogalkalmazás, jogdogmatika mellett, negyedikként, hanem az utóbbi hármat összefogó hagyományos jogfejlődés termékeinek egységes rétegén túl mint egy második dinamikus konglomerátumot képzelel el, melyben a jog működésének ugyanaz a három mozzanata van meg, mint a hagyományos jogi működés során, csak eggyel „magasabb” szinten. Így az alapjogok rétege a jog hagyományos működését kettőzi meg, és jogalkotásra, jogalkalmazásra és jogdogmatikai jogfejlesztésre is sor kerül mind a rendes (törvényi-rendeleti) jog és annak alkalmazása, mind az alapjogok és annak alkalmazása szintjén. Vö.: Pokol Béla: A jogrendszer duplázódása. *Jogelméleti Szemle*, 2019/4. szám, 54-73. o.; Pokol Béla: Az alkotmányi jog kérdéseiből. *Jogelméleti Szemle*, Law Working Papers, 2019, No. 2; Pokol Béla: The gradual duplication of the legal system through constitutional adjudication. *Jogelméleti Szemle*, Law Working Papers, 2019, No. 1.

⁵ A rétegelmélet hazai képviselője, Pokol Béla csak három plusz egy jogréteget különböztet meg: a három klasszikus jogréteg a pozitív jog, a jogdogmatika, valamint a bírói kazuisztika rétege; a felvilágosodástól kialakuló, döntően kartális alkotmányokban megfogalmazott alkotmányos alapjogok rétege pedig egy új, végső formáját még el nem ért jogréteg, mely feszültséget vitt az előbbi három jogréteg hagyományos rendszerébe. E felfogás megjelenését l.: Pokol Béla: A jog szerkezete. Rejtjel Kiadó, Budapest, 1998, 49-62. o.; bővebb kifejtését pedig l.: Pokol Béla. A jog elmélete. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2001, 13-147., 269-294. o.

II. A jogalkotás és a tételes jog

A tudatos, központi (állami) jogalkotás Európában a XVIII-XIX. századtól virágzott fel, és vált a jogi normák létrehozatalának elsődleges módjává. A *jogalkotás* és a tételes jogszabályok (állami normatív aktusok) primátusa tehát *egy viszonylag új jelenség*, mely a választott képviselőkől álló, népképviselési elven működő *modern parlamentek megjelenésével jött létre*. Állami jogalkotás természetesen azt megelőzően is létezett, hiszen akár az uralkodók, akár arra rendelt más szervek (sokszor maguk a parlamentek) – külön-külön, de akár együtt is – adtak ki általánosan kötelező normákat tartalmazó közjogi aktusokat (törvényeket, rendeleteket, dekrétumokat), illetve adtak felhatalmazást helyi szintű szabályrendeletek (például városi statútumok) kiadására, mégis: a feudalizmust (és az azt megelőző korszakokat) a legtöbb országban és a történelem legnagyobb részében leginkább a szokásjogi, illetve az akkor a szokásjoggal még szorosan összekapcsolódó bírói jogképz(őd)és jellemezte. Csak a modern parlamentek (országoként időben változó) megjelenésével vált bevetté, hogy a jogi normákat formalizált eljárás során egy (arra – szintén formalizált eljárás útján meghozott – korábbi jogszabályok által felhatalmazott), kifejezetten jogalkotó hatalommal felruházott, fő funkcióját tekintve tehát *elsődlegesen jogalkotást végző* testület alkossa meg. Ettől az időszaktól kezdve tehát a jog alkotása *önálló célzatos tevékenységgé* vált: a korábban organikus módon, célzatos jogalkotási szándék nélkül létrejövő jogi normákat felváltotta a jogi normák formalizált jogforrásokba (jogszabályokba) foglalt rendszere, melyek alkotója a legfőbb népképviselési szerv, a parlament (továbbá az általa adott jogalkotási felhatalmazással élő több más állami szerv) lett.

A jog képződésének mai kiindulópontja tehát az állami szervek által alkotott (végső soron az elvileg a nép akaratát kifejező parlament akaratán alapuló) tételes jog, vagyis a törvények, rendeletek normáinak összessége, az ún. pozitív jog.⁶ E jogi működési szféra és ezáltal a modern jogrendszerek általános jellemzője, hogy az, hogy mi (tételes) jog és mi nem (tételes) jog, elsődlegesen az alapján dől el, hogy a jogalkotásra vonatkozó *formai előírásokat a jogalkotó szerv betartotta-e*. Amennyiben e formai előírásokat a jogalkotó nem sértette meg (például a miniszter létező törvényi felhatalmazás alapján, a felhatalmazás kereteit túl nem lépve alkotott rendeletet, a parlament az előírt szavazási arányokkal fogadta el a törvényt stb.), akkor a norma érvényes lesz.

A jog alkotottságából (tudatos létrehozottságából) az is következik, hogy e *szabályok rugalmasan változtathatók*: a politikai vagy más praktikus jogalkotói célok, érdekek és értékek alapján mindenkor új és új jogi normák (azokat tartalmazó jogszabályok) alkothatók, illetve régiek módosíthatók vagy helyezhetők hatályon kívül. E jogképzési technika tehát – pl. a szokásjoggal ellentétben – a megváltozott társadalmi körülményekhez, gazdasági feltételekhez, politikai prioritásokhoz stb. tudja igazítani a jog tartalmát, miközben a jogrendszer egységét nem veszélyezteti. Akár – a jobbiztonságot szem előtt tartva – hónapról hónapra (sőt még sűrűbben) új szabályok hozhatók létre vagy változtathatók meg régiek, ha a társadalmi környezet (vagy a politikai célok) változása azt szükségessé teszi.

Bármilyen legitim és társadalmilag elfogadott cél is vezérelje azonban a jogalkotót, az – akár minden igyekezete ellenére is – nem feltétlenül tükröződik a jogszabályok szövegében. A tételes jog nyelvi eszközökkel szabályoz (e szabályozás fogalmilag nem is képzelhető el másként), ezért – a nyelv természetéből fakadóan – *a megalkotott jogszabályszöveget mindig értelmezni kell*. Ezen értelmezést két másik jogi működési szféra, *a jogtudomány és a bírói gyakorlat végzi el*. Másik oldalról ez azt is jelenti, hogy *a pozitív jog egyrészt a bírói ítélkezési tevékenység (legfőbb) alapja, másrészt a jogdogmatikai jogfejlesztés egyik hajtóereje*.

⁶ A „pozitív jog” kifejezést először Pierre Abélard használta a XII. században. (Vö.: Coing, Helmut: A jogfilozófia alapjai. Osiris Kiadó, Budapest, 1996, 197. o.)

III. A jogtudományi tevékenység és a jogdogmatika

A **jogtudomány**, pontosabban az egyes tételes jogok (tehát például a polgári jog, a büntetőjog, a munkajog stb.) tudománya a jelenleg létező jogi normák jelentése, elhatárolása stb. *fejlesztésének* – a jobb, helyesebb, adekvátabb gyakorlati alkalmazhatóság érdekében történő – lehetséges megoldásait, a jogászság egésze által még el nem fogadott, de elfogadásra igényt tartó *de lege ferenda* (jövőre vonatkozó) *javaslatait* tartalmazza. A jogtudomány tehát olyan tevékenység, mely részint valós, már bekövetkezett jogalkalmazási problémák, részint még nem realizálódott, de a jövőben valós veszélyt jelentő, hipotetikus jogértelmezési anomáliák megoldási módjára vonatkozóan kínál olyan mércéket, elhatárolási szempontokat, fogalmakat, értelmezési módszereket, melyek alapján ezen problémák a társadalom által elfogadható módon kiküszöbölhetők.

E megoldási javaslatok, fogalomképzések egy részét a gyakorló jogászok közössége elfogadja és alkalmazásba veszi: a bíróságok ítéleteiket ezek alapján indokolják meg, az attól eltérő jogalkalmazói aktusokat a gyakorló jogászok e szempontok alapján kritizálják; más részük megmarad kitalálók szellemi termékének, anélkül, hogy azokat a gyakorlatba átültetnék. Az előbbieket mint a jogászság egésze által elfogadott fogalmak, szempontok és módszerek alkotják a (mindenkor létező) jogdogmatikai rendszert; a többi fogalom, elhatárolás stb. pedig megmarad „pusztán” a jogtudomány részének, melyet azonban a gyakorló jogászok bármikor elővehetnek és alkalmazhatnak, ha kialakul azon meggyőződésük, hogy az aktuálisan felvetődő jogalkalmazási nehézségek azok használatba vétele révén oldhatók meg. A **jogdogmatika** tehát a létező (normatív érvényes és szociológiailag érvényesülő) jog (jogi normák) rendszerezésének, fogalmi pontosításának, distinkcióképzésének az *eredményeit*, a jogászság egésze által elfogadott megoldásait tartalmazza, azaz a jog *de lege lata* vizsgálatát nyújtja.

A jogtudomány tehát a jogdogmatikai kategóriák kialakítását végző tevékenység, melynek eredményei közül azok a fogalmak stb. válnak ténylegesen a (mindenkori) jogdogmatika részévé, melyeket a jogászok nagy többsége (aktuálisan) helyesnek és a gyakorlatban felvetődő problémák megoldására alkalmazhatónak tart. Ennek alapján az, hogy a jogtudományi gondolkodás mely eredménye tekinthető a jogdogmatika részének (és így a jogászok által figyelembe veendőnek és alkalmazandónak, illetve mások cselekvései helyessége mércéjének), mindig azon viszonyulástól függ, mely a jogászok részéről e szempontok megfelelőségéről kialakult. A jogdogmatika fogalmi, elhatárolási szempontjai, értelmezési módszerei stb. tehát soha nem egzaktak és megkérdőjelezhetetlenek; azok a jogászok mindenkori megítélésétől függenek. Bizonyossággal legfeljebb annyi állítható, hogy meghatározott szempontok gyakorlati helyessége valószínűsíthető, amennyiben ezen szempontokat a jogászok már évszázadok, esetleg évezredek óta folyamatosan alkalmazzák; így e szempontok jogi jellege egyenértékű lesz a tételes jog normáival (bizonyos esetekben pedig gyakorlati fontosságában felül is múlja azokat).

A jogdogmatika mint a tételes (pozitív) jog normáinak rendszerezését, fogalmi pontosítását (átértelmezését), alkalmazási körük egymástól történő elhatárolását és osztályba sorolásukat biztosító fogalmi háló mindig *jogászi* (jogtudósi, illetve néha jogalkalmazói-bírói) *jogfejlesztés eredményeként jön létre* és válik a jogászság egésze által elismertté: olyanná, amelyet – praktikus okokból, az eldöntendő esetek megfelelő megoldását lehetővé tevő jellegük miatt – alkalmazásra érdemesnek tartanak. Az aktuálisan létező jogdogmatikai fogalmak így mindig egy lassú, kitérőktől (a gyakorlatban be nem vált fogalmi tagolásoktól) sem mentes, *organikus jogfejlődés eredményeként* alakulnak ki, és általánosan elfogadottá válásukkal *a jogászság kollektív bölcsességeként* jelennek meg.

A jogdogmatikai fogalom- és rendszerképzés főbb technikái az analitikus (deduktív) fogalomalkotás, az átfogó, absztrakt jogi kategóriák (jogelvek, jogintézmények, a jog

működését leíró fogalmak) induktív létrehozása, az előbbieket közti összefüggések, viszonyok tisztázása (hierarchia felállítása, distinkcióképzés), valamint a jogértelmezés adekvát módszereinek meghatározása.

A *deduktív fogalomalkotás* egy létező jogi normában logikailag benne rejlő, de a norma szövegében meg nem jelenő alkotóelemek, elemi jogi fogalmak kibontása, analitikai szétválasztása. Az *induktív fogalomalkotás (absztrahálás)* az egyes jogi normák mindegyikében látenszen, de immanensen benne levő jogi fogalmak, tulajdonságok kiemelése, új terminussal történő kifejezése, vagyis e közös tulajdonságok önálló elnevezése. Így jönnek létre az átfogó, sok konkrét jogi norma mindegyikét átható önálló jogelvek; az azonos vagy jellegében nagyon hasonló életviszonyok meghatározásául szolgáló jogi fogalmak (jogintézmények meghatározása, illetve a jog rendszerét leíró fogalmak definiálása); a jog működését általában, a jog egészét vagy főbb összefüggő részeit tekintve leíró fogalmak (jogcím, felelősség, kötelezettség, szankció, érvényesség stb.); illetve a tételes jog egyes konkrét fogalmait összefoglaló kategóriák.

Végül a jogtudományi tevékenység eredményeként létrehozott, a jogászság döntő része által adekvátként elismert és alkalmazott *jogi viszonyok leírása* is a jogdogmatika része. Így a *hierarchikus viszonyok meghatározásaként* létezik a főszabály-kivétel konstrukció; a normahierarchia definiálása; az általános és a különös (speciális) szabály kapcsolatának definiálása, ideértve az ún. szubszidiaritás elvének meghatározását is; az elvek és a szabályok viszonyának rendezése; stb. Szintén a jogi viszonyok leírásához tartozik a *distinkcióképzés* is, mely nem más, mint annak definiálása, hogy egy szabályozási területen létező jogi kategóriák alkalmazási köre pontosan mely esetekre tejed ki, és azok milyen következményekkel járnak [pl. a szerződést biztosító mellékkötelek egyes fajtáinak (zálogjog, kezesség, foglалó, kötbér, óvadék, jogvesztés kikötése, bankgarancia stb.) meghatározása, a tételes jogban gyakran részben egymást fedő tényállási elemeik elvi elhatárolása, az igénybe vételük esetén a feleket megillető egyes konkrét jogok és kötelezettségek definiálása stb.].

Egy adott jogrendszer mindenkor létező („hatályos”, azaz a gyakorló jogászok által egy bizonyos időszakban egyöntetűen elfogadott) jogdogmatikája tehát jogi fogalmak, kategóriák, jogelvek, jogi distinkciók (elhatárolási szempontok), jogi viszonyok és értelmezési szabályok rendszere. Bár a jogdogmatikai fogalomképzés történhet pusztán tudományos vagy oktatási célból is, *a jogdogmatikai rendszer alapvető célja – a gyakorlati jogalkalmazás igényének megfelelően – a tételes jogi hiátusok rendezése. A tételes jog négyféle hiátussal, illetve hibával rendelkezhet*, melyek korrekciója válhat szükségessé.

1. Előfordulhat, *hogy a pozitív jog nem szabályoz egy életviszonyt, pedig szabályoznia kellene.* Ez az ún. *joghézag* esete, kitöltésének módszere pedig az *analógia* (mely egy, a jogtudomány által kialakított, dogmatikai kategóriaként létező technika).

2. Az is lehetséges, hogy a tételes jog ugyanazt az életviszonyt – jogalkotói hiba eredményeképpen – *egyszerre többféle, egymásnak ellentmondó, illetve egymással össze nem férő módon szabályozza.* Ilyenkor el kell tudni dönteni, hogy a több létező jogi norma közül melyik alkalmazható.

3. Gyakori, hogy a törvényi-rendeleti szinten ugyan egyetlen, és csak egyetlen norma található, de annak *szövegezése homályos*, így pusztán a szöveg alapján nem tudható akár az, hogy kik a norma címzettjei, akár az, hogy a címzetteknek pontosan mit kell, tilos vagy szabad tenniük, akár az, hogy e kötelezettség, tilalom vagy lehetőség milyen körülmények között, milyen feltételek megvalósulása esetén áll fenn.

4. Végül az is előfordulhat, hogy a tételes jogi szabályozás ugyan egyértelmű, de *annak alkalmazása a konkrét esetben olyan*, a jogalkotó által előre nem látott, illetve nem kalkulált következménnyel jár, *amely a társadalom (és a bíró) erkölcsi elveivel, a társadalom többségének (és a bírónak) az igazságérzetével alapvetően ellenkező.* Ilyen esetben nem értelmezési problémával, hanem a jog – más normarendszerek alapján történő – igazolásának

jogalkalmazási problémájával állunk szemben. A jogdogmatika olyan értelemezési szabályokat (is) tartalmaz, melyekkel megoldható, hogy a szöveg szó szerinti jelentése alapján egyértelmű, mégis helytelen tételes jogot ne kelljen alkalmazni (p. *argumentum a minore ad maius*, *argumentum a maiore ad minus*, *argumentum ad absurdum*, *argumentum a contrario*, *argumentum a simile*). Híres jogtörténeti példaként említhető az az 1930-as francia törvény, amely – egy szövegezésbeli pontatlanság miatt – azt írta elő, hogy a vonat utasainak tilos fel- és leszállni, amikor a vonat *nem* mozog;⁷ természetesen a francia bíróságok nem a szöveg, hanem a józan ész alapján alkalmazták a törvényt, melynek során az *argumentum ad absurdum* dogmatikai értelmezési elve (azaz egy tételes jogon *kívüli* szempont alkalmazása) segített nekik. Samuel Pufendorf nyomán szintén nevezetes példa az a bolognai statútum is, amely azt írta elő, hogy aki a nyílt utcán vért ont, azt a legszigorúbb büntetéssel sújtsák – amely büntetésre Pufendorf (és William Blackstone, a legnagyobb angol jogász)⁸ szerint természetjogi alapon nem kerülhetne sor azon orvossal szemben, aki egy gutaütött emberen az élete megmentése érdekében eret vág, akkor sem, ha a cselekmény szó szerint beleillik a statútum tényállásába.⁹

A jogdogmatika e jogalkalmazási problémák kiküszöbölését végzi el, azáltal, hogy a jogtudományi tevékenység eredményeként létrejövő és a jogászok által adekvátként elfogadott új fogalmak, kategóriák, distinkciók stb. révén átértelmezi a pozitív jogi normákat, ha azok homályosak, hiányosak, ellentmondóak vagy „helytelenek”, összességében tehát továbbfejleszti, megváltoztatja a jogot.

Ennek eredményeként *a jogdogmatika részint hat a bírói gyakorlatra és az az által formálódó bírói jogra, részint visszahat a jogalkotási tevékenységre, és ezáltal maga is formálja a pozitív jogot.* A bírói gyakorlatban a bírók a törvényi, rendeleti normák alkalmazását nem mechanikusan és közvetlenül végzik, nem szó szerint alkalmazzák azokat, hanem e normák „dogmatizált” értelmét, a jogdogmatikai fogalmak és elhatárolások fényében továbbfejlesztett változatát veszik figyelembe mint olyan fogalmi rendszert, mely az életviszonyok megfelelő szabályozását és helyes (az erkölcsi-igazságossági elveknek, valamint a konzisztencia követelményének megfelelő) értelmét tartalmazzák. A jogalkotó pedig szintén nem érdektelen a jogtudomány általánosan elfogadott eredményeivel szemben: amennyiben azok praktikus helyessége és megfelelősége bebizonyosodik (a bíróságok „sikerrel” alkalmazzák azokat a bírói gyakorlatban), előbb-utóbb a jogszabályok szövegébe is bekerülnek, ily módon a jogdogmatikai rendszer „pozitíválódik”, a jogdogmatikai fogalmak és elhatárolások egyszersmind a tételes jog részévé is válnak (miközben megmaradnak dogmatikai kategóriaként is).

IV. A bírói gyakorlat és a bírói jog

A bíróságoknak két alapvető feladata van: a jogszolgáltatás (jogalkalmazás) és a jogfejlesztés. Az előbbi a laikusok számára is egyértelmű, hiszen ahhoz, hogy a tételes jogi normák a gyakorlatban érvényesüljenek (ezáltal pedig „érvényesnek” minősülhessenek, azaz a jogi jellegre igényt tarthassanak), mindenképpen szükséges, hogy azokat az arra rendelt

⁷ Cass. Crim. 8 March 1930, D.P. 1930.1.101 Idézi: Troper, Michel – Grzegorzczak, Christophe – Gardies, Jean-Louis: *Statutory Interpretation in France*, p. 192. In: Neil D. MacCormick – Robert S. Summers (eds.): *Interpreting statutes: a comparative study*. Dartmouth Publishing Company, Aldershot [etc.], 1991, pp. 171-212.

⁸ Vö.: Blackstone, William: *Commentaries on the Laws of England*. Book the First. Clarendon Press, Oxford, 1975, p. 60.

⁹ Vö.: Posner, Richard A.: *How Judges Think*, p. 199. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London, England, 2008. Magyarul idézi: Molnár András: *Pragmatizmus és legalizmus – Richard Posner és Antonin Scalia a bírói szerepről*, 38. o. *De iurisprudencia et iure publico – Jog- és politikatudományi folyóirat*, 2009/1. szám, 29-68. o.

szervek a jogalanyokkal betartassák. A bíróságok azonban nemcsak érvényesítik a törvények, rendeletek szabályait és elveit, nemcsak elbírálják a jogvitákat és büntetőügyeket, illetve döntenek a hatáskörükbe utalt más kérdésekben, hanem ezen tevékenységük során tovább is fejlesztik a jogot, azaz olyan értelemmel ruházzák fel a jogszabályokat, amely azok szövegében nem volt benne. Ilyen tekintetben jogfejlesztő, a tételes jogot átértelmező tevékenységük hasonlít a jogtudományon belüli tevékenységre, eredménye, az ún. bírói jog pedig ugyanúgy többet, illetve mást tartalmaz, ahogyan a jogdogmatika is megváltoztatja az írott jogszabályok eredeti értelmét.

E bírói *jogfejlesztő tevékenység legfőbb alapja és hajtóereje éppen a jogdogmatika*: a bíróságok a jogalkalmazás során felvetődő jogalkalmazási-jogértelmezési problémákat nagyrészt a jogászság egésze, így a bíróságok által is elfogadott jogdogmatikai kategóriákat figyelembe véve küszöbölik ki, vagyis a jogdogmatikai kategóriák a bíróságok ítélező tevékenységére való hatásuk következtében tudnak érvényesülni. A bírói jogfejlesztés *másik fő hajtóereje a jogon kívüli társadalmi normarendszerek összessége, különösen az erkölcs*: a társadalmilag elfogadott és a bíró által is magáénak vallott erkölcsi szabályok, melyek figyelembe vétele megakadályozza a bírót abban, hogy a tételes jogi normák szövegének ugyan megfelelő, de az erkölcsi normákkal, a társadalom tagjai által egyöntetűen elfogadott igazságossági szempontokkal ellenkező pozitív jogi előírásokat a jogalanyokkal szemben kikényszerítsék. Ezen kívül a bírók természetesen figyelembe vehetik a jogszabályok (át)értelmezésekor a többi társadalmi normarendszer normáit is: a különböző foglalkozási, hivatásrendi, szakmai etikai normákat, vallási jogrendszerekben a vallási szabályokat (de pl. pusztán az illem, az etikett és a protokoll, a divat szabályait – közvetlen erkölcsi elem híján – nem).

A bírói jogalkalmazás (jogszolgáltatás) tehát pusztán a tételes jogi normák érvényesítését, a jogsértő jogalanyokkal szembeni kikényszerítését jelenti, azaz *nem változtatja meg a létező jogot; a jogfejlesztés ellenben megváltoztatja azt. A jogfejlesztés eredménye praeter legem vagy contra legem döntések meghozatala lehet. Praeter legem* döntés esetén *a bíróság a törvény szövegén túlmegy*, olyan határozatot hozva, mely az alkalmazandó tételes jogi norma szövegében nincs benne, ám abból levezethető, azzal összhangba hozható (azzal nem ellentétes); *contra legem* döntés esetén pedig olyan határozatot hoz, mely *kifejezetten ellentétes az alkalmazandó törvény vagy rendelet szövegével*. (Ilyenre általában a tételes jogi és az erkölcsi normák ütközése esetén kerül sor, amikor más mód nincs arra, hogy a bíró az általa helytelennek tartott társadalmi következményekkel járó ítélet meghozatalát elkerülje. Alkalmazása ugyanakkor nyíltan semmibe veszi a jogot.)¹⁰ Míg a *praeter legem* határozat tiszteletben tartja a jogbiztonság elvét, mivel pusztán a jogszabálysöveg által nyitva hagyott kérdések eldöntését (a nyitott kérdések közötti választást) jelenti, addig a *contra legem* határozat – bármennyire is igazságos legyen egyébként – ellentétes a jogbiztonság elvével, mert a jogszabály szövegében egyértelműen benne levő értelmet rontja le, így ezen értelemmel nyíltan szemben áll.

¹⁰ Ma leggyakrabban Gustav Radbruch híres formuláját hozzák fel ennek igazolására, mely szerint az alapvető erkölcsi-igazságossági elvekkel szembenálló norma nem jog, csak pusztán törvény, ezért azt nemcsak nem kell, de nem is szabad alkalmazni, mivel „[a] bírói *ethos*nak minden áron – a bíró élete árán is – az igazságosságra kell törekednie”. [Radbruch, Gustav: Törvényes jogtalanság és törvényfeletti jog, 193. o. In: Varga Csaba (szerk.): Jog és filozófia. Antológia a század első felének kontinentális jogi gondolkodása köréből. Osiris Kiadó, Budapest, 1998, 187-194. o.] Ha azonban ennek megítélését a bíróra bizzuk, és csak a bíró dönthet róla legitim módon, mikor áll fenn ez a helyzet, akkor tisztában kell lenni azzal, hogy ez bírói önkényhez vezethet. Utóbbira szemléletes példa „Magnaud, a jó bíró”, aki véleményünk szerint – *epitheton ornansa* ellenére – egyáltalán nem volt jó bíró. („Magnaud, a jó bíró” megítéléséhez lásd: Radin, Max: Good Judge of Chateau-Thierry and His American Counterpart. California Law Review, Vol. 10, Issue 4, pp. 300-310. Magyarul pedig állításunk inverzének alátámasztási kísérletére lásd: Jakab András: Ki a jó jogász, avagy tényleg jó bíró volt-e Magnaud? Jogesetek Magyarázata, 2010/1. szám, 83-93. o.)

Bár a jogbiztonság, vagyis a kiszámítható jogszolgáltatás biztosítása érdekében a *contra legem* bírói jogfejlesztést fő szabály szerint kerülni kell, az néha mégis megvalósul (néha pedig szükségszerű, hogy arra sor kerüljön); ez utóbbi esetben a döntés tartalmilag új jogot hoz létre. Sőt, *mivel az állami végrehajtási kényszer nem a törvények, rendeletek szövegéhez, hanem a jogsértés elbírálásához, végső soron a bírósági ítélethez kapcsolódik* (a jogerős bírói ítéletet hajtja végre a bírósági végrehajtó), *ezért függetlenül attól, hogy a bírói jognak mi a viszonya a tételes jogi előírásokhoz (az előbbi hűen követi-e és alkalmazza-e az utóbbit, avagy túlmegy-e az utóbbi tartalmán, esetleg kifejezetten szembenáll-e vele), az a norma, amit a bíróságok ténylegesen követnek és alkalmaznak, az lesz „a” jog*, mert a norma csak a bírósági kikényszerítés során fog érvényesülni, így szociológiai értelemben csak ekkor lesz „kötelező”, csak ekkor lesz biztosított annak követettsége. Ha az ilyen bírói jog tartalmában több vagy más, mint a pozitív jog előírásai, akkor az előbbi tekinthető jognak, mert annak érvényesítése történik meg az állami kényszerapparat tevékenységén keresztül.

A bírói gyakorlat jogfejlesztő tevékenysége révén előálló ún. *bírói jog tartalmilag három részből tevődik (tevődhet) össze: az ún. absztrakt bírói normákból, a bírói eseti döntésekből, és az eseti döntések sokaságából kialakuló, „egységes és töretlen” ítélkezési gyakorlatból.*

1. A *bírói absztrakt normák olyan elvi jellegű bírói jogértelmező aktusok, melyeknek kifejezett célja, hogy bizonyos életviszonyokat normatív módon, a címzettek, a szabályozandó élethelyzetek és magatartások osztályát meghatározva szabályozzák.* Ilyen esetben a szabályozás épp úgy általános jellegű, azaz tulajdonságok meghatározása (és nem egyedi címzettek megnevezése) révén, a jövőre vonatkozóan történik, mint egy tételes jogi törvényi, rendeleti) norma esetében; az egyetlen különbség, hogy ezen általános jelleggel szabályozó, jövőre vonatkozó normát nem a jogalkotó, hanem valamely bíróság (Magyarországon leggyakrabban a Kúria) hozza létre.

2. A *bírói eseti döntések olyan, konkrét ügyekben, jogvitákban, eljárásokban született határozatok, melyek az adott ügy eldöntésén túl, de az adott ügygel összefüggő módon valamilyen elvi kérdésben is állást foglalnak.* Kötelező erejük a magyar jogrendszerben nincs (az angolszász típusú *common law* precedensjogában ellenben pl. van); az adott ügyön túli alkalmazásuk a bírói eseti döntést meghozó bíróság érvelésének meggyőző erejétől függ. Magyarországon a legtöbb hivatkozott eseti döntés ún. BH, vagyis az egykori Bírósági Határozatok (ma már: Kúriai Döntések) címmel megjelenő, a Kúria (korábban az egykori Legfelsőbb Bíróság) által kiadott hivatalos folyóiratban megjelenő, elvi jelentőségű kérdésben is állást foglaló határozat.

3. Végül a *bírói vagy ítélkezési gyakorlat az eseti döntések tömegéből kialakuló, a bíróságok által hasonló módon eldöntött ügyek alapján kirajzolódó egységes bírói felfogást jelenti, mely egy adott jogértelmezési problémára azonos jogi megoldást alkalmaz.* E gyakorlat tulajdonképpen a *bíróságok kollektív bölcsességének az eredménye*, amely a gyakorlatban bevált jogértelmezési, jogfejlesztő megoldások bíróságok általi általános elfogadottságát és követettségét jelenti. Magyarországon a bírói gyakorlatban kialakult normák követését ugyan semmilyen tételes jogi norma nem írja elő, a bíróságok azonban e normákat ugyanúgy tiszteletben tartják, mintha azok bírói absztrakt normába (vagy törvénybe, rendeletbe) lennének foglalva, azaz jogi (bírói jogi) jellegük megkérdőjelezhetetlen.

A *bírói gyakorlat* és az annak jogfejlesztő tevékenysége eredményeként kialakult bírói jog szintén kapcsolatban áll a többi jogi működési szférával: *az hat és visszahat mind a jogdogmatikára, mind a jogalkotásra.* A bírói gyakorlat a bírói jogfejlesztés alapjául szolgáló impulzusokat ugyan a tételes jogból és a jogdogmatikai rendszerből meríti, ám azok nemcsak a bírói jog input oldalán, hanem az output oldalon is megjelennek: a bírói jog eredményeit mind a pozitív jog alkotója, mind a jogtudomány szereplői felhasználják. Vagyis egyfelől *a bírói jogi normák egy része a jogalkotás során bekerül a törvények, rendeletek szövegébe is;*

másfelől a *jogtudósok*, illetve a jogtudományi tevékenységgel is foglalkozó gyakorló jogászok a praxisban felvetődő problémákra alkalmazható új jogi megoldások kidolgozásakor figyelembe veszik és *hasznosítják a bírói gyakorlat révén létrehozott eredményeket is*.

V. Az alkotmányos jogok, elvek, értékek és az alkotmánybíráskodás

Az alkotmányos jogok, elvek és értékek tételes jogilag meghatározott katalógusát egy adott állam alkotmánya vagy alkotmányos jogszabályai tartalmazzák (így Magyarországon az Alaptörvény); kibontásuk, *tartalmuk meghatározása* azonban mindig egy (vagy több) *speciális jogalkalmazó szerv feladata*, mely(ek) alkotmánybíráskodást végez(nek). E szerv lehet egy elkülönült alkotmánybíróság (mint Magyarországon), a rendes bírósági hierarchia csúcsán elhelyezkedő legfelső bíróság vagy akár a bírói szervek összessége (mint az Egyesült Államokban), egy parlamenti testület (mint Finnországban); a lényeg, hogy az az alkotmányos jogok érvényesülését ténylegesen biztosítsa, azaz hatásköre legyen arra, hogy az alkotmányellenes normatív és/vagy egyedi aktusokat megsemmisítse, vagy alkalmazásukat megtiltsa. Ennek során természetesen – ahogyan azt a rendes bíróságok is teszik a jogszabályok szövegével – nemcsak alkalmazza, érvényesíti, hanem tovább is fejleszti e normatív szempontokat, azaz ténylegesen meghatározza, hogy az egyes alkotmányos jogok, elvek és értékek mit (és mit nem) jelentenek. Ahhoz, hogy ez a jogi működési szféra egy jogrendszerben létezzen, három dologra van szükség: arra a tartalomra (azon jogokra és kötelezettségekre), amelyet az alkotmány vagy az alkotmányos jogszabályok magukba foglalnak (vagyis az ún. alkotmányos jogok, elvek és értékek katalógusára); egy vagy több formális jogforrásra, amely ezt a tartalmat a tételes jog részévé teszi (azaz magára az alkotmánytörvényre vagy alkotmányos jogszabályokra); végül az ezeket érvényre juttató és pontosító, az alkotmánybíráskodás jogával felruházott szerve, mely e tartalom konkretizálását és továbbfejlesztését végzi el, és ezáltal a működő jog részévé teszi e jogokat (és kötelezettségeket), elveket és értékeket.

Az alkotmányba foglalt és ténylegesen érvényesülő jogok eredetileg emberi jogokként fogalmazódtak meg a felvilágosodás menetében, kisebb részben a XVII., nagyobb részben a XVIII. században. Az emberi jogok azokat a jogokat jelentik, melyek az ember ember mivoltából fakadnak; melyek az embert születésénél fogva megilletik, mert annak filozófiai lényegéhez tartoznak. Emberi jogok nélkül az ember csupán biológiai létezésének tényével és fiziológiai jellemzőivel lenne leírható; mivel azonban *az ember morális lény*, aki képes magát elhelyezni a világban és a társadalomban, képes a jó és rossz, helyes és helytelen, méltányos és méltánytalan megkülönböztetésére, valamint saját helyzete és mások cselekedetei e szerinti értékelésére, rendelkezik vágyakkal, várankozásokkal és én-képpel, ezért a modern alkotmányosság feladata, hogy biztosítsa ezen morális státusz védelmét. Az **emberi jogok** tehát azon természetes vagy erkölcsi jogok, melyek az ember biológiai és morális státuszával állnak összefüggésben, és amelyek személyisége elismerésének, tiszteletének és védelmének, illetve a társadalomban elfoglalt, másokkal születésénél fogva egyenrangú és egyenjogú pozíciójának feltételeit és garanciáit jelentik.

Az emberi jogok azáltal válnak **alkotmányos joggá**, hogy azokat egy adott állam alkotmánya elismeri. Erre a XVIII. század végétől került sor, amikor először az első francia alkotmány 1791 szeptemberében, majd az Egyesült Államok alkotmánya (az első tíz alkotmánykiegészítéssel, az ún. *Bill of Rights*-szal) 1791 decemberében határozott meg alkotmányos jogokat. E jogok tényleges érvényesítése azonban csak később [az Egyesült Államokban 1803-tól, Európában pedig csak a XX. századtól (a legtöbb országban csak a II. világháborút közvetlenül követően, vagy még később)] történik meg, és csak ekkortól jön létre – az alkotmánybíráskodás révén – ténylegesen az alkotmányos jogok, elvek és értékek

működési szférája a jogban.

Az Egyesült Államokban a *Marbury v. Madison*-ügyben született döntéssel 1803-ban létrejövő ún. *decentralizált alkotmánybíráskodási modell*ben az alkotmánybíráskodást nem egy kifejezetten e funkcióra létrehozott, elkülönült szerv végzi, hanem azt a rendes bíróságok látják el, mégpedig bármely rendes bíróság; a bíróságok az alapul fekvő, döntésre eléjük kerülő ügyekben (vagyis eseti jogvitákban) végzik az alkotmányértelmezést (ami azt is jelenti, hogy csak konkrét normakontroll létezik, absztrakt, konkrét ügytől független normakontroll nem); a döntések formailag csak a konkrét ügyre hatnak ki, elvi jelentőségük csak a precedensrendszer működése révén van; végül a bíróságok – a hatalmi ágak elválasztásának elvét tiszteletben tartva – az alkotmány valamely rendelkezésével vagy elvével szembenálló normát nem semmisítik meg, csak mellőzik a konkrét ügyben annak alkalmazását (így a vizsgált norma nem válik hatálytalanná). Ezzel szemben az alkotmánybíráskodás Hans Kelsen által kidolgozott, az európai országok nagy részében működő ún. *centralizált modell*jében nem a rendes bíróságok (különösen nem bármely bíróság), hanem kifejezetten egy arra létrehozott, minden más állami szervtől elkülönült és független szerv, az alkotmánybíróság látja el a jogszabályok alkotmányossági vizsgálatának feladatát; az alkotmánybíróság a normakontrollt konkrét ügytől függetlenül, absztrakt jelleggel (is) végzi; a döntések *erga omnes* hatályúak, azaz mindenkire kötelezőek (még a konkrét normakontroll eseteiben is); végül az alkotmánybíróság az alkotmányellenesnek talált jogszabályt vagy jogszabályi rendelkezést megsemmisíti, vagyis az a döntéssel formailag is hatálytalanná válik.

Valójában azonban sem az alkotmány kartális mivolta, sem maga az alkotmánybíráskodás (akár a centralizált, akár a decentralizált modellben) **nem szükségszerű feltétele az emberi jogok védelmének.** Nincs alkotmánybíráskodás pl. Hollandiában, Új-Zélandon, vagy akár (lényegileg) az Egyesült Királyságban,¹¹ de ettől ezek még jogállamok, az emberi jogok védelmével; létezik ugyanis olyan, hogy **jogi és politikai kultúra** – vagyis attól, hogy egy kartális alkotmány nem tiltja és egy alkotmánybíróság nem szankcionálja, még nem feltétlenül tesznek meg mindent. Hasonlóan, az alkotmányos jogok az ún. történeti alkotmánnyal rendelkező országokban is érvényesülhetnek. [A kartális és a történeti alkotmányt gyakran az írott és az íratlan alkotmány terminusaival különböztetik meg, ez azonban megtévesztő, mert bár a kartális alkotmány valóban (szükségképpen) írott, ám nagyjából ugyanaz igaz a történeti alkotmányra is. *A történeti alkotmány egyrészt abban különbözik a kartálistól*, hogy vannak nem írott (alkotmányos szokásokon, évszázadok alatt kialakított és egyöntetűen tiszteletben tartott, bár írott jogforrásban nem szereplő konvenciókon, hagyományokon, azaz az ún. alkotmányos kultúrán) alapuló elemei is, másrészt (és főként) abban, hogy sem az alkotmányos szokások, sem az alkotmány fogalma alá tartozó írott jogi normák köre nem adható meg egzakt jelleggel. Vagyis a történeti alkotmányoknak vannak olyan részei, amelyek tekintetében széles körű egyetértés van abban, hogy azok az adott állam alkotmányához tartoznak, míg más normák besorolása vitatott. Ebből következik az is, hogy a történeti alkotmány soha le nem zárt (hacsak egy kartális

¹¹ Mindazonáltal az Egyesült Királyságot egyre többen mondják korlátozott alkotmánybíráskodással rendelkező állammal. Ezt két okból teszik. Egyrészt létezik a „*declaration of incompatibility*” intézménye, miszerint az Emberi Jogok Európai Egyezményével ellentétes jogszabály alkalmazása esetén a Supreme Court kimondhatja a belső jog Egyezménynek való meg nem felelőségét – bár ennek közvetlen következménye nincs, törvényhozási kötelezettséget jogilag nem keletkeztet. Emellett az ezredforduló környékén ún. devolúciós (hatáskör-átruházási) törvények (*devolution statutes*) születtek az Egyesült Királyságban, mellyel a Parlament bizonyos hatásköröket átadott Wales, Észak-Írország, illetve Skócia (walesiek, skótok, észak-írek által választott) törvényhozó szerveinek. (Scotland Act 1998, Northern Ireland Act 1998, Government of Wales Act 2006.) A skót, észak-ír, walesi törvényhozó szervek csak ebben az áruházott hatáskörben jogosultak a saját területük vonatkozásában jogot alkotni. Ha felmerül a gyanú, hogy átlépi a Parlament által rájuk ruházott hatáskört, akkor a Supreme Court állapíthatja meg, hogy a devolúciós törvényt tényleg megsértették-e. (Ez ugyan még nem normakontroll, hanem hatásköri bíráskodás, de kétségtelenül beleillik a kelseni alkotmánybíráskodási modellbe.)

alkotmányt el nem fogadnak utóbb), hanem szerves, organikus módon fejlődik, időről időre új és új normák vonatkozásában alakul ki konszenzus arról, hogy azok is az alkotmányos hagyomány elemei, melyek időnként módosítják régi alkotmányos normák értelmét vagy alkalmazását, néha pedig kifejezetten lerontják azok érvényesülését, és új, az addigától eltérő követelményeket állítanak azok helyébe.]

Az alkotmányos jogok alapjául szolgáló *emberi jogoknak* – Karel Vašák kategorizálása alapján¹² – hagyományosan *három generációját* különböztetik meg. Az *első generációs emberi jogokat* a Felvilágosodás menetében, döntően a XVIII. század végétől kezdődően elismert és megfogalmazott (de alapjait tekintve már a XVII. század elejétől igényelt) *politikai* (pl. választójog, közhivatal viseléséhez való jog) és *polgári jogok* (az ún. klasszikus szabadságjogok: szólásszabadság, sajtószabadság, gyülekezési szabadság, egyesülési szabadság, mozgásszabadság; tulajdonhoz való jog; élethez való jog; testi integritáshoz való jog; stb.) jelentik. A *második generációs emberi jogok* az ún. *gazdasági, szociális és kulturális jogok*, melyek a XIX. század végétől, XX. század elejétől már nem az egyének negatív jellegű szabadságát, vagyis állami beavatkozástól való mentességét garantálják, hanem az államot a megélhetés, a munkavállalás, illetve a társadalmi életben való aktív részvétel lehetővé tétele érdekében tevőleges cselekvésre kötelezik (munkához való jog, a biztonságos és egészséges munkafeltételekhez való jog, pihenéshez való jog, szociális biztonsághoz való jog, művelődéshez való jog, a tudományos kutatás szabadsága, tanszabadság stb.). Végül a *harmadik generációs emberi „jogok”* az ún. *szolidaritási* (más elnevezéssel: *globalizációs*) *jogok*, melyek a XX. század végétől olyan, alanyi jogként nem elismert kívánalmakat fogalmaznak meg, melyek egyéni garantálása és egyéni gyakorlása a védeni kívánt érdek természete miatt lehetetlen, és amelyek tipikusan az államok együttműködését feltételezik, az emberiség egésze érdekeinek védelmezése végett (egészséges környezethez való jog, a fenntartható fejlődéshez való jog, a tudományos eredmények terjesztéséhez és felhasználásához való jog, kollektív nemzetiségi jogok, fogyasztói jogok, illetve legújabban ilyen az egészséges élelemhez és az ivóvízhez való jog).

Amikor az alkotmánybíráskodás mint a jog legújabb működési szférája létrejött és stabilizálódott, vagyis az emberi jogi indíttatású alkotmányos jogok, elvek és értékek védelme elfogadottá vált a legtöbb jogrendszerben (így a magyarban is), hatása mind a három másik jogréteg vonatkozásában megjelent. *E szféra elsődlegesen és célzottan a jogalkotásra, illetve a pozitív jogra kíván hatni, mely abban áll, hogy a jogalkotót immáron nemcsak jogpolitikai* (a politikus jogalkotó hatalmon maradását szolgáló praktikus) *szempontok befolyásolják, hanem a jog részévé vált, erkölcsi eredetű alapjogok is.* Ha ugyanis van egy olyan szerv, mely a jogalkotás eredményeit (törvényeket, rendeleteket, vagy azok bizonyos részeit) alkotmányellenessé nyilváníthatja és megsemmisítheti (akár formailag is hatályon kívül helyezheti azokat, akár „pusztán” azok alkalmazását ténylegesen mellőzheti), akkor a jogalkotónak muszáj lesz figyelnie ezen, a tételes jogban abszorbeálódott-feloldódott erkölcsi szempontokra is; ha pedig nem figyel rá, produktumai nem sokáig maradnak hatályban.

Végső soron *a voluntarista, a pusztán politikai akaraton alapuló tételes jog, illetve az erkölcs, az igazságosság ellentéte figyelhető meg a tételes jog és az alkotmányos jogok, elvek és értékek közötti konfliktusban,* melynek feloldása során az erkölcsnek megfelelő döntés lehetősége és annak elsődlegessége formális elismerést kapott az alkotmánybíráskodás bevezetésével. *Az alkotmánybíráskodás klasszikus és elsőrendű feladata* valójában épp ez: *ti. hogy korlátozza a többség érdekében hivatkozó politikai testületek tételes jogot alkotó hatalmát, ezáltal a pozitív jogot tartalmi alapon (erkölcsi-alapjogi) korlátok közé szorítsa.*¹³

¹² Vö. magyarul: Szigeti Péter – Takács Péter: A jogállamiság jogelmélete. Napvilág Kiadó, Budapest, 2004, 290. o.

¹³ Alexis de Tocqueville volt az első, aki – már 1840-ben, két amerikai útját követően – a törvények bírói felülvizsgálatának lehetőségét abból a szempontból elemezte, hogy az mennyiben járul hozzá a „többség

Az alkotmánybíráskodás azonban nemcsak a jogalkotásra *hat*, hanem a *jogtudományi tevékenységre és az abban formálódó jogdogmatikára is*. E hatás lényege, hogy a jogtudósok, illetve a gyakorlati problémák elvileg helyes kiküszöbölése módjainak megtalálásán dolgozó gyakorlati jogászok nemcsak a tételes jog szabályaiból és elveiből, illetve ezek meghozatalának jogpolitikai okainak elemzéséből kapnak indíttatást jogi fogalmak, distinkciók, értelmezési szabályok stb. kialakítására, hanem az alkotmányos alapjogok, alapelvek, alapértékek rétegéből, illetve az ezeket részben értelmező, részben kialakító, részben továbbfejlesztő alkotmánybírói gyakorlatból is. Ha ez a hatás egy jogrendszerben létrejön, az annyit jelent, hogy a tételes jogi dogmatikai kategóriákat (a hagyományos jogtudományi tevékenység mellett, vagy helyett, azaz részben vagy egészben) az alkotmánybírói gyakorlatban kialakuló alkotmányos elvek, mércék és szempontok figyelembe vételével hozzák létre. Vagyis az addigi organikus jogdogmatikai fogalom- és distinkcióképzés helyét egy mesterséges, meghatározott premisszákból (az alapjogi követelményekből) építkező kategóriaképzés veszi át, mely azonnali érvényesülésre tart igényt, és melyet nem jellemez a hagyományos dogmatikai kategóriaképzés lassú, fokozatos formálódást biztosító, az esetleges helytelenségek korrigálását is lehetővé tevő útja. Ha létrejön, úgy ez a fajta, alapjogi indíttatású dogmatikai rendszer lép a hagyományos jogági dogmatikai rendszerek helyébe – gyakran lerombolva az évszázadok, évezredek kollektív jogászai bölcsességeként, lépésenként kialakult és leellenőrzött, a gyakorlati jogalkalmazás számára már bizonyítottan bevált jogági dogmatikai rendszerek fogalmait, elveit, elhatárolási szempontjait.¹⁴

Végül az alkotmánybíráskodás, illetve az ennek során létrejövő vagy átértelmeződő *alkotmányos jogok, elvek és értékek (összefoglalóan: alkotmányos szempontok) hatnak a bírói*

zsarnoksága” kialakulásának megakadályozásához. Tocqueville szerint hiba a többséget egy *ország* többségével azonosítani. A legfőbb törvényeket, az igazságosság törvényeit ugyanis az *egész emberiség* többsége alkotta meg. Ha egy nép többségének törvényei ellenkeznek az emberiség többségének általános törvényeivel, akkor ez utóbbinak kell érvényesülnie. Ha csak egy nép többsége fejezi ki akaratát, ez még nem jelenti a törvény abszolút érvényét. Ugyanis ahogy egy nagyobb nemzet zsarnokosodhat egy kisebbel, vagy egy nagyobb hatalmú ember az alávetettjeivel szemben, ugyanúgy egy nép többsége is elnyomhatja az általa alkotott törvényekkel a kisebbséget. Ezt pedig, mint a „többség zsarnokságát”, meg lehet, és meg is kell akadályozni. (Vö.: Tocqueville, Alexis de: A demokrácia Amerikában. Gondolat Könyvkiadó, Budapest, 1983.) A többség zsarnokságának megakadályozása szolgálja a még ma is viszonylag képlékeny tartalmú jogállamiságot, melyet sokan a demokrácia és a jogállamiság ellentétéként fogalmaznak meg; valójában azonban a jogállamiság „magját” jelentő követelmények érvényesülése nélkül tartalmi értelemben vett demokrácia sem létezhetne. A demokrácia nem egyszerűen a többség által megválasztott politikai döntéshozó akaratának korlátlan érvényesítése; maga a demokrácia követeli meg, hogy a jogalkotó (a kormánytöbbség) bizonyos dolgoktól tartózkodjon, akkor is, ha megtételére politikai hatalma van (amennyiben döntése ellehetetlenítené a demokrácia működését). Így mindenképpen biztosítani kell a választópolgárok egyenlő részvételi lehetőségeit a választásokon. Demokrácia csak akkor lehet, ha mindenki azonos *jogokkal*, továbbá azonos *esélyekkel* rendelkezik a választáson való részvételre, politikai akaratát kinyilvánítására. Hasonlóan demokrácia-probléma az a jogállamisággal összefüggő elvárás is, hogy a választópolgárok hozzáférhessenek mindazon információkhoz, melyek a politikai véleményük kialakítására hatással lehetnek. Pluralizmus (valódi, érdemben működő többpártrendszer) nélkül sincs demokrácia. Végül a tartalmi értelemben vett demokrácia egyenlő lehetőséget biztosít annak, hogy esetről esetre bárki kerülhessen többségi és kisebbségi pozícióba is, ne pedig egy homogén többség juttassa érvényre mindenkor az akaratát egy homogén kisebbséggel szemben. (Vö.: Györfi Tamás: Demokrácia, 379-380. o. In: Takács Péter – H. Szilágyi István – Fekete Balázs: Államelmélet. Fejezetek és előadások az állam általános elmélete köréből. Szent István Társulat, Budapest, 2012, 376-381. o.) A jogállamiságról, illetve a demokrácia és a jogállam kapcsolatáról lásd: Tóth J. Zoltán: A jogállamiság tartalma. Jogtudományi Közöny, 2019/5. szám, 197-212. o.; Tóth J. Zoltán: A demokrácia és a jogállamiság kapcsolata. Jogtudományi Közöny, 2019/7-8. szám, 302-317. o.

¹⁴ E problémákhoz a német gyakorlatból lásd: Diederichsen, Uwe: Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 198 (1998), S. 171–260. Magyarul: Molnár András – Téglási András – Tóth J. Zoltán: A magánjogi és az alapjogi érvelések együttélése – feszültségek és dilemmák. Jogelméleti Szemle, 2012/2. szám, 88-117. o.

gyakorlatra és az az által formálódó bírói jogra is. A bírók az ítélkezési tevékenységük során a bírói jogfejlesztés egyik alapjaként tekintenek az emberi jogi minimumot (néha pedig annál jóval többet) jelentő alkotmányos jogokra, elvekre és értékekre, így a pozitív jog továbbfejlesztése során a jogdogmatika és a többi társadalmi normarendszer mellett a jogi működési szféra eredményei is befolyásolják a bírókat. E hatás közvetett módon minden olyan jogrendszerben megjelenik, ahol létezik az alkotmánybíráskodás, illetve léteznek az alkotmánybíráskodás révén érvényre juttatott alkotmányos szempontok; azonban jóval erősebb ott, ahol e szempontok nemcsak „átszivárognak” a bírói gyakorlatba, hanem közvetlenül is megjelennek. Utóbbi akkor történik meg, ha a rendes bíróságoknak ítélkezésük során kifejezett törvényi kötelezettségük figyelemmel lenniük az alkotmányos szempontokra, vagyis ha az alkotmánybíráskodás jogával felruházott szervnek explicit jogszabályi felhatalmazása van arra, hogy mindazokat a bírói döntéseket megsemmisítse, melyeket ellentétesnek tart ezen alkotmányos szempontokkal. Mivel azt, hogy az alkotmányba foglalt alkotmányos jogok, elvek és értékek milyen tartalommal bírnak, vagyis konkrét esetekben milyen jogokat és kötelezettségeket keletkeztetnek, mindig az azt értelmező és alkalmazó szerv, azaz maga az alkotmánybíróság (vagy az alkotmánybíráskodás jogával az adott jogrendszerben felruházott más személy vagy testület) határozza meg, így végső soron ez esetben maga az alkotmánybíróság dönthet arról, hogy egy rendes bíróság megsértette-e a konkrét esetben ezen alkotmányos szempontokat. E rendes bírói felelősség intézményes alkotmánybírói érvényesítésére az ún. *valódi alkotmányjogi panasz* szolgál.

Ezen, 2012. január 1-je óta Magyarországon is létező jogintézmény lényege, hogy a bírósági eljárásban érintett bármely személy vagy szervezet az Alkotmánybírósághoz fordulhat akkor is, ha nem a bíróság által alkalmazott jogszabályt tartja alaptörvényellenesnek (alkotmányellenesnek), hanem (a jogszabály alkotmányosságának elismerése mellett) magát a bírósági döntést vagy a bírósági döntéshez vezető bírósági eljárást. (Ha az érintett a bírósági döntés alapjául szolgáló jogszabályt vagy jogszabályhelyet tartja alaptörvényellenesnek, úgy beadványa ún. normakontroll-indítvány lesz, annak sikere pedig közvetlenül nem a bírói gyakorlatra, hanem a pozitív jogi rétegre, a hatályos normák rendszerére hat, azaz – az indítványozó kérelmének sikere esetén – nem egy bírói döntés, hanem egy jogszabály megsemmisítését fogja eredményezni.) A valódi alkotmányjogi panasznak a jogrendszer működésének egészére való hatása tehát abban áll, hogy a bíróságoknak közvetlenül figyelembe kell venniük a tételes jogszabályokon és az azokkal kapcsolatban kialakult jogdogmatikai kategóriákon kívül (sőt akár azokkal szemben is) az alkotmányos szempontokat, mégpedig azon értelemben, ahogyan azt az alkotmánybíróság meghatározza. Ezzel pedig a bírói jogfejlesztés erős, sőt – az alkotmányellenes bírói döntések formális alkotmánybírói megsemmisíthetősége révén – áthághatatlan korlátot kap, mely által az alapjogokat értelmező alkotmánybíróság az addigi – akár mégoly egységes és töretlen – bírói gyakorlattal teljesen szembenálló jogi tartalom alkalmazására kényszerítheti a rendes bíróságokat.

VI. A szokásjogi jogképződés és a szokásjog

A szokásjogi jogképződés a jog legkezdetlegesebb fokán, már a primitív társadalmakban is megjelenik; sokáig a jogfejlődés egyetlen, később pedig „csak” a legfontosabb eszköze. A jog által szabályozott emberi közösségek normái hosszú ideig szokásjogi normák, melyek kialakulásuk kezdetén nem, vagy csak nehezen választhatók el az erkölcsi, vallási és egyéb társadalmi normáktól, és azok később is rendre „átfolynak” egymásba. *A szokásjog*, vagyis a jogi jelleggel rendelkező társadalmi normarendszer *a szokásokból alakul ki.* A **szokás** egy meghatározott magatartási minta létét jelenti, melyet a

közösség tagjai követnek; a követés motívuma azonban a hagyomány, a pusztá (szó szerinti értelemben vett) megszokás, nem pedig a norma tisztelete vagy a szankciótól való félelem.¹⁵ A szokás kialakulásához hozzájárulhatnak babonák, valós tapasztalatok (például bizonyos ételek fogyasztásának tilalma, ha azok mérgezőnek bizonyultak) és egyszerű véletlenek is; e jellegüket (normativitásuk hiányát) mindaddig megőrzik, amíg a társadalom tagjai el nem kezdenek e magatartási mintákra kötelezőként tekinteni. *Amennyiben e magatartási mintákhoz (utólag) a kötelező erő tudata társul* (vagyis az emberek jó része már nemcsak azért követi az adott mintát, mert így szokta meg, hanem mert úgy gondolja, hogy az számára kötelező, és mások is ekként tekintenek arra), úgy a szokásból **szokásjog** lesz, amikor is a korábbi, egységesen követett magatartási minták már normatív erővel (is) bírnak.

A szokásjogra a *lassú, spontán, organikus jogfejlődés* a jellemző; a szokásjogi normák norma-jellege a társadalomnak az adott szabályhoz való kollektív viszonyulásában rejlik. Ennek a „tehetetlensége” meglehetősen nagy, így e viszonyulásra a hirtelen változások nem jellemzők. *A szokásjog változásának tendenciái tipikusan csak generációk közötti relációban figyelhetők meg; abban nincsenek nagy, látványos „ugrások”, éles fordulatok vagy erős törések.*

A szokásjog további jellemzője a *partikularizmus*, vagyis a különböző szokásjogi normarendszerek laza egymás mellett élése (például más-más szabályok vonatkoznak különböző státuszú emberekre: nemesekre, papokra, városi polgárookra és jobbágyokra; helyi lakosokra és idegenekre; földművesekre, kézművesekre és kereskedőkre; stb.), valamint annak területi specifikációja, a *territorializmus* (azaz a különböző földrajzi területeken: az egyes vármegyékben, városokban, sőt uradalmakban szintén más-más jogi normák érvényesülnek). A partikularizmussal együtt jár a *jogbizonytalanság* is: az egymás mellett létező, és önmagukban sem precíz, pusztán a mindennapi gyakorlatból kiolvasható (vagy nem kiolvasható), csak nagy vonalakban meghatározott jogi normák pontos tartalma mindig kérdéses. Ez a bizonytalanság ugyan valamelyest csökkenthető azzal, ha az éppen létező és a gyakorlatban aktuálisan alkalmazott szokásjogi normákat megpróbálják írásba foglalni (ez az ún. *kompiláció*, amitől azonban a jog nem lesz „írott jog” vagy „tételes jog”), ám egy per kimenetele megjósolásának a nehézsége így is jóval nagyobb lesz, mint a tudatos jogalkotással létrehozott pozitív jogi normák léte esetén.

Magyarországon is évszázadokon keresztül (az államiság kialakulásától kezdve

¹⁵ Minden társadalom létrejöttének előfeltételeként (tulajdonképpen a társadalmiság „nulladik lépéseként”) a közösségen belül kialakulnak bizonyos közös és általánosan bevett **szokások**. Ezen szokások vagy az adott közösség hiedelemvilágából [pl. a transzcendens erőkkkel kapcsolatos (azaz kezdetleges „vallási”) elképzeléseiből], vagy praktikus megfontolásokból (pl. a fizikálisan erősebb férfiak vadásznak, a fizikálisan gyengébb nők gyűjtögetnek és utódokat nevelnek), vagy korábbi gyakorlati tapasztalatokból (pl. a fogyasztható és nem fogyasztható termékek megkülönböztetése) fakadnak. E korszakban jogi normák még nincsenek; a közösségi összetartás alapja a vérségi vagy vérséginek vélt kapcsolatok (nagy családot, nemzetségeket egyttélés). *A „társadalom” fejlődésének e kezdeti korszakában a kisebb közösségeken (pl. nagycsaládokon) belül előfordulhat, hogy a közösség életének nincs egyszemélyi vagy testületi irányítója; a szokások, hagyományok, a vérségi összetartozás-tudat és a közös érdekek önmagukban is elégségesek lehetnek arra, hogy mindenki által elfogadott (és megváltoztatni nem kívánt) szervezőelvet jelentsenek. Az összetettebb, több tagból álló, nagyobb közösségeken belül azonban már szükségszerűen vannak olyan személyek vagy személyi csoportok, aki(k) szervezi(k) a közösség életét, feladatokat határoz(nak) meg.* A közösség e személyek bizonyos, a közösség által hasznosnak tartott (vélt vagy valós) kvalitásaihoz, képességeihez (fizikai erő, eszeség, ügyesség, a transzcendens világgal fennálló feltételezett kapcsolat), illetve állapotbeli szempontokhoz [életkor; apaság (patriarchális közösségekben) vagy anyaság (matriarchális közösségekben)] köti azt, hogy azok egyedi rendelkezéseit, a társadalom szervezése érdekében szükséges operatív döntéseit (pl. a soron következő vadászat módjának és körülményeinek meghatározása, az egyes csoporttagok feladatainak kijelölése) elfogadják. *E rendelkezések még nem normák, csak utasítások vagy parancsok*, mivel azoknak általános, a jövőre nézve minden hasonló esetre vonatkozó „hatálya” nincs, pusztán egyedi helyzetekben határoznak meg egyszer végrehajtandó feladatokat (és a soron következő hasonló helyzetekben a hasonló cselekvésekhez a korábbival akár azonos tartalmú, de mindenképpen új utasításokra vagy parancsokra van szükség).

egészen a XIX. századig) a legfontosabb jogi működési szféra a szokásjogi jogképződés útján létrejött szokásjogi normarendszer volt, mely (bár dekretális szabályozás a XI. század legelejétől létezett, vagyis a király már ekkortól szabályozott néhány fontos életviszonyt általa kiadott írott jogforrások, ún. dekrétumok útján) csak a XIX. századtól rendszeressé váló törvényhozási tevékenység eredményeképpen adta át a helyét a pozitív jognak (miközben pl. a büntetőjog tekintetében egészen 1880. július 1-jéig, az első magyar írott büntető törvénykönyv, az ún. Csemegi-kódex hatályba lépéséig a jogalkalmazás végeredményben a szokásjogon nyugodott).

A szokásjog mára, a pozitív jog korszakában elvesztette régi jelentőségét, de még létezik. A legfontosabb szokásjogi tevékenység a bírói gyakorlat, amennyiben annak nincs írott (például az ítélezési gyakorlat alapjául szolgáló eseti döntésekben, avagy a bírói absztrakt normákban megjelenő) formája; ha van, úgy azt a bírói joghoz soroljuk (noha történetileg, a korábbi évszázadokban épp maga a bírói gyakorlat volt a szokásjogi jogképződés legfőbb forrása). Ilyen, a bírói szokásjoghoz tartozó normák a bizonyításfelvételre és a bizonyítékok értékelésére vonatkozó, a gyakorlatban jól bevált ítélezési elvek (pl. az, hogy – bár ma már nem minősül a „bizonyítékok királynőjének” – a vádlott beismerő vallomása a legnagyobb súllyal figyelembe veendő bizonyítékok között van).

De természetesen nemcsak a bírói eljárásban léteznek (még mindig, bár egyre ritkuló számban és egyre fogyó jelentőséggel) szokásjogi normák, hanem más jogi tevékenységek vonatkozásában is. Híres *alkotmányjogi szokásjogi norma* pl. a köztársasági elnökre vonatkozó, semmilyen tételes jogszabályban meg nem található, mégis kötelező azon szabály, amely meghatározza az elnök számára, hogy a választásokat követően kit kell felkérnie kormányalakításra, illetve kit kell jelölnie elsőként az Országgyűlés számára miniszterelnök-jelöltnek. E szokásjogi szabály – melyhez hasonló szokásjogi norma sok más, parlamentáris kormányzati rendszerrel rendelkező országban is található – így szól: a köztársasági elnöknek a parlamentbe bejutott pártok hivatalos miniszterelnök-jelöltjei közül annak a pártnak a miniszterelnök-jelöltjét kell jelölnie az Országgyűlésnek, amely párt első helyen végzett azon pártok közül, amelyek kormányzóképesek.¹⁶

VII. Összegzés helyett

Látható tehát, hogy egy jogrendszer normái nemcsak az írott (tételes, pozitív) jogból állnak, hanem egyéb normarendszerek (gyakran írott formában nem létező, de ténylegesen ható, érvényesülő) normáiból is. Néhány megjegyzés mindazonáltal kínálkozik a konklúzióhoz, illetve a korábbiakban elmondottakhoz.

1) Mindenekelőtt le kell szögezni, hogy **nincs minden jogrendszerben minden jogréteg vagy jogi tevékenységi szféra**. Primitív jogrendszerekben csak szokásjog, később bírói jog is van, és csak ezt követően jön létre a pozitív jog. Alkotmányos jogok még kevesebb jogrendszerben vannak, és a jogdogmatika léte sem nélkülözhetetlen a kezdetlegesebb jogrendszerekben. [Nem is biztos, hogy bináris kategóriákként (van-nincs) érdemes felfogni ezeket, hanem **skalárisan** (*mennyire* van pl. jogdogmatika – az angolszász

¹⁶ Sokan ezt a szabályt egyszerűen úgy interpretálják, mint az elnök azon kötelezettségét, hogy a választásokon „győztes” (azaz a relatív többséget, az Országgyűlésben a legtöbb mandátumot megszerző) párt miniszterelnök-jelöltjét kell neki magának is jelölnie, ez azonban felületlen leegyszerűsítés. Ha ugyanis az első helyezett párt csak relatív többséget szerzett, ám a koalíciós tárgyalásokon nem talál olyan koalíciós partner(ek)e)t, akivel vagy akikkel együtt az országgyűlési képviselői helyek abszolút többségét biztosíthatná, úgy a köztársasági elnöknek nem lenne más választása, mint a második (vagy harmadik stb.) azon párt miniszterelnök-jelöltjét felkérni kormányalakításra, aki más pártokkal együtt ezt az abszolút többséget, mely a stabil kormányzáshoz szükséges, el tudja érni.

jogi doktrínák pl. elméleti jogászai tevékenységet jelentenek, de nem olyan kifinomult, rendszerezett módon, mint pl. a kontinentális jogrendszerek jogági dogmatikái).]

2) Felvetődik az alapjogi réteggel, ezáltal közvetve az egész *alkotmányjoggal kapcsolatban* az a kérdés is, hogy *a többi jogág mellett vagy felett létezik-e*. A válasz alighanem az, hogy is-is. Egyrészt mellettük, hiszen rengeteg alkotmányjogi jogszabály van, akár Magyarországon is, az Abtv.-től a Bszi.-ig, másrészt az alapjogi rész áthat más jogágakat is, vagyis azok normáit is az alkotmány fényében kell értelmezni. Ilyen értelemben azt mondhatjuk, hogy **az alkotmányjog primus inter pares a jogágak között**.

Az alkotmányjogi réteget így fel lehet fogni egy speciális tételes jogként is: speciális, mert pozitív jogi alkotásához nagyobb szavazati arány kell (már ahol), de egyébként önmagában úgy működik, mint a rendes jog [van jogalkotás, van alkotmányi dogmatika (melyet ugyanúgy részben a tudomány, részben a jogalkalmazói gyakorlat fejleszt), és van alkotmánybíráskodás (állambíráskodás, alapjogi bíráskodás, választási bíráskodás, politikai bíráskodás)]; de fel lehet fogni úgy is, mint egy hierarchikus viszonyt, mely hasonló, mint a törvények és rendeletek közti hierarchikus viszony (csak egy újabb szinttel kiegészítve).

Ez alapján azonban (ha az alapjogi réteget egy, a „rendes”, hagyományos jogréteg felletti, magasabb szintű jogréteggé fogjuk fel) **a jövő lehet még újabb réteg, pl. nemzetközi vagy más szupranacionális jog, mely az alkotmányok felett állhat majd, és amellyel az alkotmányok nem lehetnek ellentétesek** – végső soron az is csak pozitív jog lesz, illetve lehet (jogdogmatikával és nemzetközi bíráskodással), csak egy még magasabb szinten.

3) Az utóbbi kijelentést látszik igazolni, hogy **az alkotmányos jogoknak az 1803-as Marbury v. Madison-ügyben született döntéssel való megjelenése olyan evolúciós fejlődést jelentett a jogtörténetben, mint évezredek óta semmi más**; alapvetően változtatta meg a jog fogalmát magát. Bár a szabályok addig is változtak, de a keret nem változott; ha voltak is különbségek pl. a klasszikus római jog és a középkori jogok, vagy a kora újkori jogrendszerek között, azok közel sem voltak olyan jelentősek, mint amilyen jelentős különbség egy, az alkotmányos jogokat (és magát az alkotmányfogalmat) nem ismerő, illetve egy azt ismerő jogrendszer között áll fenn. Az alkotmányfogalom és az alkotmányos jogok koncepciójának megjelenése óta a jog teljesen más, mint előtte valaha volt. Talán ehhez fogható hatása csak a XII. táblás törvényeknek volt, mely megismerhetővé tette az addig titkos jogot. Előtte pedig Hammurapi „törvénykönyvének”, a tálió elvével, mely – bár ma már barbárnak gondoljuk – akkor a civilizált (büntető)jog irányába tett első, hatalmas lépés volt, mert jogi korlátok közé szorította az addig korlátlanul alkalmazható önkényt, a magánbosszút.

4) Paradox módon az egyre több tételes szabály éppen a *jogelkerülést*, a felelősség alóli mentesülést eredményezi. Ezeket ugyanis úgy kell(ene) megfogalmazni, hogy minél pontosabban lefedje a tiltott, elvárt vagy megengedett magatartásokat, ám az ilyen szabályozás ezzel éppen maga teremti meg a kibújás lehetőségét. Ha ugyanis a jogalkotó nem látja előre a szabályozás minden elemét, úgy az élelemesek igyekezni fognak a *joghézagokat* megtalálni. Az egyértelmű, precíz, hibamentes megfogalmazásra törekvés így maga után vonja, hogy ha ez nem sikerül (márpedig a nyelv immanens sajátosságai miatt soha nem sikerülhet tökéletesen), akkor megtalálják a szöveg szintjén szükségszerűen meglévő kiskapukat. Ha ezeket megpróbáljuk befoltozni, még több, még újabb szabályokkal, akkor még több értelmezési feladatot adunk, azaz még több problémát hozunk létre. Ily módon lehetséges, hogy a kevés rendelkezést tartalmazó, **elvekkel szabályozó jogrendszerek jobban szolgálták az igazságosságot**, mert nem a szabály betűjének követését várták el (ilyen sokszor nem is volt, hiszen ezek nem voltak leírva), hanem a szabály értelmét, „szellemét”. Ha ugyanis nincs precízen megfogalmazva egy elvárás, hanem csak elvi szinten, akkor sokkal nehezebb kibújni alóla. Ezért lehet, hogy pl. a *szokásjogi jogrendszerek* igazságosabbak voltak (és a jogi antropológiai kutatások bizonyították, hogy kiválóan

működtek), mert egy általánosabb norma alól sokkal nehezebb kibújni, mint egy rendelkezés betű szerinti betartásával: minél általánosabb egy norma, annál jobban a tartalomra figyel, nem pedig a formára. Összességében azonban a jogban nem a jogszerűség látszata a fontos, hanem a tartalmi szempontok (végső soron az igazságosság); ahogy a rómaiak is tudták: *summum ius summa iniuria*. Mivel a XIX. századtól fokozatosan pozitíválódó és egyre szabályközpontúbb jog elkerülhetetlenül egyre rigorózusabb lesz (és egyre inkább a formára, a látszatra figyel), ezek az egyre vállalhatatlanabb eredmények szükségszerűen visszavezetik a jogot annak alapjaihoz, az elvekhez. **Az alkotmánybíráskodás** megjelenése ennek fényében nem más, mint **annak az igénynek a kifejeződése, hogy az írott szabályok betű szerinti (formális) betartása helyett a szabály mögötti értelmet vegyék figyelembe** mind a címzettek, mind a jogsértéseket elbíráló bíróságok; azaz jogtörténeti léptékkel mérve annyi történik, hogy az alkotmányos jogok és az alkotmánybíráskodás megjelenésével **a szabályok és elvek közti örök körforgásban most ismét az elvek primátusa kap hangsúlyos szerepet.**

**Az Amerikai Egyesült Államok versenyjogi szabályozásának történeti áttekintése,
különös tekintettel a mezőgazdasági szövetkezetek helyzetére**

I. Bevezetés

Jelen tanulmányban a modern versenyjog hazájának tekintett Amerikai Egyesült Államok versenyjogi szabályozásának történeti fejlődését elemzem, amelynek keretében kiemelt figyelmet fordítok a mezőgazdasági szövetkezetekre vonatkozó speciális szabályozásra. Kutatásom témájaként az Egyesült Államokat választottam, mert úgy gondolom, hogy az nemcsak az általános versenyjogi szabályozásban járt élen, hanem az egyes, speciális jegyeket felmutató versenyjogi rendelkezések vonatkozásában is. A tanulmányban igyekszem feltárni a törvényekben helyet kapó specifikus, agrárvonatkozású rendelkezéseket, illetve a kifejezetten és kizárólagosan agrárvonatkozású törvényeket is. Előbbihez tartozik a Clayton Act 6. cikke, míg utóbbihoz a Capper-Volstead Act a maga egészében. Ezeket túlmenően megvizsgálom azt is, hogy milyen, a mezőgazdasági ágazathoz, az agráriumhoz kötődő előzményei voltak a Sherman Act létrejöttének. Ehhez kapcsolódóan tárgyalom a Granger-mozgalmat, illetve a mozgalomhoz köthető bírósági ügyek egyikét, a Munn v. Illinois-ügyet. A Sherman Act mezőgazdasági relevanciáit követően a Clayton Act 6. cikkét, majd a Capper-Volstead Act-et ismertetem, amelyek tükrözik az Egyesült Államok szabályozásának speciális megközelítését a mezőgazdasági szövetkezetekhez. Meggyőződésem, hogy az egyesült államokbeli rendelkezések kiváló mintaként szolgáltak a későbbi évtizedekben más országok, sőt az Európai Unió számára is. Ugyan az utóbbi kérdéskört e tanulmány keretei között nincs módomban megvizsgálni, de a történeti áttekintéssel alapot kívánok szolgáltatni a későbbi kutatásaimhoz, hogy legyen egy biztos kiindulópont az összehasonlításhoz, illetve megvizsgálhassam azt, mekkora hatást gyakorolt az amerikai versenyszabályozás az európai, különös tekintettel az agráriumra vonatkozó speciális szabályozás tekintetében. Tanulmányom alapvetően leíró jellegű, amelynek keretében igyekszem az amerikai szakirodalom valamennyi megközelítését megismerni, amelyből aztán – saját kontinentális jogrendszerbeli szemlélettel – levonni az általam elfogadhatónak vélt következtetéseket.

Szeretném továbbá jelezni azt, hogy a történeti áttekintés során kizárólag a szövetségi szintű törvényeket vizsgáltam, mégpedig kronológiai sorrendben a Sherman, Clayton és Capper-Volstead Act-et, az egyes államok szabályozására külön nem térek ki. A szövetségi szintű törvények jellemzője pedig az, hogy azok az államok közötti, valamint a nemzetközi kereskedelem vonatkozásában tartalmaznak rendelkezéseket, tehát csak a nagyobb mértékű piaci érintettség szabályozását vállalják magukra. Az egyes államokon belüli kereskedelem szabályozása az adott állam törvényhozásához tartozik.

II. A Sherman Act előzményei

A versenyjog általánosan elfogadott nézetek szerint rendkívül fiatal jogágnak tekinthető. Modern kori létrejöttét a XIX. század végére datálják, mégpedig arra az időpontra, amikor megszületett az ún. Sherman Antitrust Act az Amerikai Egyesült Államokban. A

¹ PhD-hallgató, Agrár- és Munkajogi Tanszék, Miskolci Egyetem, Deák Ferenc Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola; e-mail: jogcsm@uni-miskolc.hu

Sherman Act-et Benjamin Harrison elnök 1890. július 2-án írta alá, s ez volt az első szövetségi szintű törvény, amely fellépett a mai értelemben vett versenykorlátozó magatartásokkal szemben.

Maga az *antitrust* szó onnan eredeztethető, hogy a monopolhelyzet kialakításának elsődleges letéteményese a trust jogintézménye volt², amely a common law-jogrendszerek sajátos jogi konstrukciója. Anélkül, hogy a trust részletes elemzésébe bocsátkoznánk, az mindenképpen megjegyzendő, hogy annak számos formája, típusa és rendeltetése lehetséges, és a szakirodalom éppen e flexibilitást tartja sikere titkának, valamint ennek köszönhető, hogy majdhogynem 1000 éve töretlenül jelen van az angol-szász jogéletben. A hangsúlyos különbségtételt szemléltetve érdemes kiemelni, hogy a trust elemeit meghonosítani kívánó jogintézmény Magyarországon egészen a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvényig ismeretlen volt, és az új Ptk. volt az, amely elsőként bevezette a bizalmi vagyonezerelési szerződés jogi konstrukcióját hazánkban. Lényege a törvényi definíció alapján összefoglalható: bizalmi vagyonezerelési szerződés alapján a vagyonezerelő a vagyonezerelő által tulajdonába adott dolgok, ráruházott jogok és követelések (kezelt vagyon) saját nevében a kedvezményezett javára történő kezelésére, a vagyonezerelő díj fizetésére köteles.³

A Sherman Act az 1882-ben, S. C. T. Dodd által létrehozott trust elleni válaszügyként került a köztudatba. Dodd a Rockefeller-féle Standard Oil Company ügyvédje volt, aki a trust által az olajfinomítók szoros társulását célozta létrehozni, amely a piacon képes befolyásolni az árakat és a kínálatot, de ezek mellett az állami adókat és társasági szabályozást is el tudja kerülni. Bár számos akkori közgazdász ellenezte egy szövetségi versenytörvény megalkotását, mondván, hogy az hátrányosan érintené a növekvő reálbéreket és a csökkenő árakat, a tisztességes versenybe vetett hitet az ellenzők tábora sem akarta feladni. A torzítatlan és fair verseny mikénti megvalósítása ugyanakkor megoldatlan maradt a részükről. Példának okáért, a mezőgazdaság területén a technológiai fejlődés lehetetlenné tette az egyéni termelők és a kisebb vállalkozások számára, hogy lépést tartsanak nagyobb versenytársaikkal. Az 1800-as évek utolsó harmadának populista irányvonala, amelyet gyakran az amerikai polgárháborút követő évtizedben kibontakozó Granger-mozgalommal is azonosítanak, jelentősen felgyorsította az antitrust-szabályozás felszínre törését.⁴ A Granger-mozgalom ötletgazdája Oliver Hudson Kelley, a Mezőgazdasági Minisztérium egyik alkalmazottja volt, aki 1867-ben megalapította a 'The Patrons of Husbandry' nevet viselő szervezetet. A szervezet helyi szintű egységekből állt össze, ezeket hívták az ún. 'Granges'-nek. A mozgalomba a legtöbb hívet a monopolhelyzetben lévő vasúti társaságok és gabonátárolók (amelyek gyakran a vasúti társaságok tulajdonában voltak) elleni fellépés szükségessége csábította, amelyek elképesztő, túlzó összegű díjakat szabtak ki a termelők gabonájára és más mezőgazdasági termékeikre kezelésére és szállítására ellenében.⁵

Utóbbi problémakör tekintetében érdemes megemlíteni és röviden felvázolni az Amerikai Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságáig eljutott ügyet, amely az ún. Granger-ügyek egyike. A Munn v. Illinois-ítéletben a Legfelsőbb Bíróság kimondta, hogy a szuverenitásában benne foglalt hatáskörök keretei között a kormányzat szabályozhatja állampolgárai egymás irányában tanúsítandó magatartását, és amennyiben a közjó azt megkívánja, azt a módot is, ahogyan az egyes állampolgároknak használniuk kell a tulajdonukat. Annak érdekében, hogy az említett, elvi élel deklarált ratio decidendi

² Tóth András: Versenyjog és határterületei – A versenyszabályozás jogági kapcsolatai. HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó, Budapest, 2016, 19. o.

³ Ptk. 6:310. § (1) bekezdés

⁴ Laura Phillips Sawyer: US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective. Harvard Business School, 2019, 2. o.

⁵The Editors of Encyclopaedia Britannica: Granger movement – American Farm Coalition. In: <https://www.britannica.com/event/Granger-movement> (Letöltés ideje: 2019.09.13., 13:21)

kikristályosodjék, az ügy történeti tényállását a következőképpen lehet összefoglalni. Illinois állam törvényhozása – a Granger-mozgalom hatására – meghatározta a gabonátárolók által a tárolásért és szállításért felszámítható maximális díjakat.⁶ Miután a Munn & Scott vállalatot e törvényhozási aktus alapján megbírságolták, és az ítéletet Illinois Legfelsőbb Bírósága is helyben hagyta, a vállalat az Amerikai Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságához fordult, érvelvén azzal, hogy Illinois állam szabályozása ellentétes az Egyesült Államok Alkotmányával, mert az alkotmányellenesen⁷ korlátozza a jogosultat a tulajdonjoga gyakorlásában, így megsérti a tulajdonhoz való jogot. Ezzel az érveléssel szembehelyezkedett a Legfelsőbb Bíróság, és az ítélet lényegi eleme az volt, hogy az állam szabályozási hatásköre kiterjed a magánvállalatok viszonyaira is, amennyiben azok befolyásolják a közérdeket. Lévén, hogy a gabonátárolók közérdekű használatra is hivatottak voltak, a kiszabható díjakat szabályozhatja az adott állam.⁸ A Munn v. Illinois-ügyben hozott ítélet kiemelését azért tartottam indokoltnak, hiszen ebben immáron nemcsak a jogalkotás, hanem a jogalkalmazás szintjén is kirajzolódik és megerősítést nyer az a lehetőség, hogy a tisztességes verseny biztosítása érdekében az államok felléphetnek bizonyos jogi eszközökkel, mégpedig annak ellenére is, hogy ezzel – értelemszerűen – egyes jogalanyokkal szemben tulajdonjogi korlátozásokat alkalmaznak, meghatározván a piacon való fellépésük egyes aspektusainak mikéntjét.

Bár a köztudatban a nagy vállalatok elleni fellépés eszközeként jelenítették meg a Sherman Act-et, valamint az állami szintű antitrust-törvényeket is, egyes nézetek szerint⁹ a hangsúlyt sokkal inkább oda kellene helyeznünk, hogy a kezdeti modern versenyjogi szabályozás fő célpontja a versenytársak összehangolt tevékenységének, versenyt korlátozó megállapodásainak a megakadályozása volt, amelynek köszönhetően megemelhették az általuk értékesítendő termékek árát, avagy kikényszeríthették az általuk beszerzett termékek árainak csökkentését olyan mértékig, amellyel már sértették a közérdeket. E tevékenységek vonatkozásában irreleváns volt a vállalkozások mérete. A helyzet félreérthetősége abból fakadt, hogy a köznyelvben valamennyi versenykorlátozó megállapodásra a 'trust' kifejezést használták, függetlenül attól a jogi konstrukciótól, amely a megállapodás keretét adta. Bár a kormányzat azt hangoztatta, hogy a Sherman Act elfogadása a Standard Oil Trust gátlástalan és számos esetben jogon kívüli kereskedelmi gyakorlata¹⁰, illetve a mezőgazdasági ágazat ipar általi kizsákmányolása¹¹ miatt szükségeltetik, egyes szerzők szerint az agrárszektor kiszolgáltatottságát az antitrust-szabályozás hajtóerejének tekinteni téves gondolat,¹² hiszen az agrárium nem kizárólagosan az iparnak kitett szektor, sőt a tények sokkal inkább azt mutatják,

⁶ The General Assembly of Illinois - An Act to regulate public warehouses and the warehousing and inspection of grain, and to give effect to art. 13 of the Constitution of this State (approved April 25, 1871), Section 15: „The maximum charge of storage and handling of grain, including the cost of receiving and delivering, shall be for the first thirty days or part thereof two cents per bushel, and for each fifteen days or part thereof, after the first thirty days, one-half of one cent per bushel; provided, however, that grain damp or liable to early damage, as indicated by its inspection when received, may be subject to two cents per bushel storage for the first ten days, and for each additional five days or part thereof, not exceeding one-half of one per cent per bushel.”

⁷ Az 'alkotmányellenes' kifejezés itt arra reflektál, hogy az Amerikai Egyesült Államok Alkotmányának 14. alkotmánykiegészítése kimondta, hogy az állampolgárok élethez, szabadsághoz és tulajdonhoz való joga nem korlátozható jogszerű eljárás nélkül (without due process).

⁸ Munn v. Illinois, 94 U.S. 113 (1876) – US Supreme Court decision

⁹ Wayne D. Collins: Trusts and the Origins of Antitrust Legislation. In: Fordham Law Review, Volume 81, Issue 5, Article 7, 2280. o.

¹⁰ Hans Thorelli: The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition. Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1955, 92. o.

¹¹ William Letwin: Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act. New York: Randon House, 1965, 67-68. o.

¹² Robert L. Bradley, Jr.: On the Origins of the Sherman Antitrust Act. In: Cato Journal, Vol. 9, No. 3 (Winter 1990), 739. o.

hogy a vasúti társaságok gyakorlata stabilizálta és növelte a mezőgazdák bevételeit.¹³

Egy rendkívül érdekes adalék, hogy van olyan szerző, aki Sherman személyes indítékait látja a törvény benyújtásának hátterében. Egy bizonyos Russell A. Alger volt az, akinek a segítségével megszerezte Benjamin Harrison a Republikánus Párt elnökjelölti pozícióját, amelyet Sherman sérelmezett, ezért Sherman Alger 'Diamond Match' nevű trust-ját vette a célkeresztjébe. Ennek eszközéül szolgált az 1890. évi Antitrust Act. Ezt azzal is igyekeznek alátámasztani, hogy Sherman a Szenátus Pénzügyi Bizottságának legbefolyásosabb tagjaként közvetlenül támogatta a magas vámokat hirdető vámpolitikát, amely feloldhatatlan ellentétben áll azzal, hogy a trustokat viszont igyekezett korlátok közé szorítani.¹⁴ Ezekre tekintettel gondolják, hogy az Antitrust Act mögött sokkal inkább személyes motivációk álltak.

Célszerűbb ugyanakkor a közéletet választani, s nem túlhangsúlyozni egy-egy személyes motívum erejét. Ha kizárólag Sherman egyéni „bosszúvágya” állt volna a törvény megalkotásának alapjainál, a Kongresszus nem szavazta volna meg azt. Mindenképpen döntő szerepet játszott a Sherman Act elfogadásáig vezető úton az általánosságban is kizsákmányolt mezőgazdasági szektor, benne a Granger-mozgalommal és az agráriumban dolgozó kiszolgáltatott réteggel. Ezzel párosult a kormányzati megnyilvánulások miatt ellenszenvet kiváltó Standard Oil Company, amely monopolhelyzetben volt, és mindezek találkoztak a valamennyi párt nézőpontját meghatározó szabad versenybe vetett hittel, amelyek összességében eredményezték a Sherman Act benyújtását és elfogadását. Az, hogy ebben mennyire játszott közre Sherman személyes motivációja, irreleváns, hiszen a törvény nem születhetett volna meg az azt megelőző versenykorlátozó- és torzító kereskedelmi gyakorlatok és az ez ellen fellépő közvélemény hiányában. Amint a fentebb felvázolt rövid mementóból is észrevehető, a mezőgazdasági termelők védelmének igénye fontos kiindulási pontot jelentett a köztudatban első modern versenytörvényként élő Sherman Act elfogadásához. Ugyanilyen fontosnak tekinthető a mezőgazdasági relevanciával rendelkező Munn v. Illinois-ügyben kimondott elv is, amely egyfajta esetjogi megalapozását jelentette a modern versenyszabályok létjogosultságának, s szilárd alapot képezett, hogy a szövetségi szintű versenytörvény megszülethessen az Amerikai Egyesült Államokban.

Indokolt hangsúlyozni azt is, hogy a Sherman Act tárgyalása során felvetődött egy módosító javaslat, amely már akkor kiemelt védelemben részesítette volna és kivette volna a törvény tárgyi hatálya alól a mezőgazdasági és kertészeti ágazat szereplőit: ez kimondta, hogy a törvény nem alkalmazandó az olyan mezőgazdasági és kertészeti megállapodásokra, egyezményekre, szövetkezetekre és társulásokra, amelyek azt célozzák, hogy a saját mezőgazdasági és kertészeti termékeik árát növeljék. A módosító javaslat azonban végül nem került be a végleges törvénybe;¹⁵ ehhez hasonló rendelkezés csak a későbbi Clayton Act-ben kapott helyet, amelyet a következőkben még tárgyalok.

Ha tágabb nézőpontból tekintünk a Sherman Act-re, akkor az némiképpen ellentétes a XIX. század végén uralkodó közgazdaságtani felfogással. Ebben az időszakban sokkal inkább a laissez-faire koncepciója volt domináns, amely a szociális darwinizmussal karöltve hódított teret. Az uralkodó koncepció lényege az, hogy „a gazdasági fejlődés az emberek közötti harctól és a legéletképesebb túlélésétől függ, ezért az állam gazdasági szabályozó szerepét korlátok közé kell szorítani”.¹⁶ Ezen a felfogáson lyukat ütött a Sherman Act, amely „a

¹³ George Stigler: The Origin of the Sherman Act. In: Journal of Legal Studies, Volume 14 (January 1985), 1-11.

¹⁴ Bradley 1990, 739-740.

¹⁵ Lyman Spaulding Hulbert, Morrison Neely: Legal Phases of Farmer Cooperatives U.S. Department of Agriculture, Farmer Cooperative Service, 1976, 276-277. o.

¹⁶ Gönczi Katalin – Horváth Pál – Stipta István – Zlinszky János: Egyetemes jogtörténet I. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1999, 319. o.

gazdasági hatalom koncentrációját volt hivatott megakadályozni”,¹⁷ és erőteljes kontrollt jelentett a piaci szereplők magatartása vonatkozásában.

III. A Clayton Act

Bár a Sherman Act elfogadását nagy áttörésnek tekintették, de a XIX. század végi és XX. század eleji történések azt bizonyították, hogy az mégsem nyújt megfelelő védelmet a versenytorzítás- és korlátozás ellen. Erre az időszakra tehető az úgynevezett Merger Movement, amelynek során vállalatbirodalmak jöttek létre a Sherman Act ellenére is, mégpedig úgy, hogy a trust jogintézménye helyett más jogi konstrukciók segítségével folyomdta. Már 1899-ben is érezték a probléma súlyát, és a 'Civic Federation of Chicago' konferenciát hívott össze és tartott a trust-probléma kezelése érdekében. Itt egyesek már félelmüket fejezték ki a mezőgazdasági régiók miatt, hiszen a Merger Movement olyan piaci erővel rendelkező vállalatokat hozott létre, amelyek képesek voltak az iparcikkek árának emelését előidézni, párhuzamosan a nyersanyagok árának csökkentésével.¹⁸ Már ekkor felvetődött egy új törvény megalkotásának szükségessége John Bates Clark részéről, amely igencsak hasonlított a tizenöt évvel később elfogadott Clayton Act rendelkezéseire.¹⁹

A Sherman Act és a Clayton Act közötti számottevő különbségek egyike, hogy amíg az előbbi nem, addig az utóbbi közvetlenül tartalmaz rendelkezéseket a mezőgazdasági szektorra nézve. A Sherman Act nem differenciált, és – bár a korábbiakban nem említettem – olyan nézetek is elterjedtek a közvéleményben, hogy az első szövetségi versenytörvény megalkotásának hátterében a nagy mezőgazdasági szövetkezetek elleni fellépés szándéka is meghúzódott. Sőt, az is megfogalmazódott, hogy a Sherman Act rendelkezéseinek értelmezésébe belefér az, hogy a kisméretű gazdaságokat vezető helyi termelők (farmerek) kölcsönös segítségnyújtása egymásnak akár a törvény megsértéseként is interpretálható. Az 1890-es évek környékén már körülbelül ezer mezőgazdasági szövetkezet tevékenykedett az Amerikai Egyesült Államokban, amelyek természetesen összefogták a termelőket és igyekeztek összehangolni azok tevékenységét a termelői réteg kiszolgáltatottságának csökkentése és a versenyhelyzetük javítása érdekében.²⁰ A Sherman Act hatálya ugyanúgy kiterjedt rájuk is, ahogy bármilyen más tevékenységet ellátó vállalkozásra is. A szakirodalomban van olyan szerző is, aki egyszerűen rossz törvénynek nevezi a Sherman Act-et²¹, és ha belegondolunk, hogy sokan a mezőgazdasági ágazat védtelenségére történt válaszreakcióként tekintenek rá, s mégsem tartalmazott speciális szabályokat egyes, az általánostól eltérő igényű szektorokra, mint például az agrárium, akkor megállapíthatjuk, hogy lehet némi alapja a negatív véleményeknek. S ha nem is rossz, de elnagyolt jogalkotási produktumnak mindenképpen nevezhetjük. Ezen próbált változtatni az 1914. évi Clayton Act, amely már igyekezett megkülönböztetett hangsúlyt fektetni olyan ágazatokra, ahol erre irányuló igény kifejezetten felmerül a hatékony és versenyképes működés megalapozása érdekében. Azt látni kell, hogy a Sherman Antitrust Act-et a Clayton Act elfogadásával nem helyezték hatályon kívül, utóbbi csupán kiegészítette és megerősítette az előbbit. Van olyan szerző, aki a Clayton Act-et a Sherman Act ereje növelésének kiváló kísérleteként láttatta,²²

¹⁷ Gönczi – Horváth – Stipta – Zlinszky 1999. 319. o.

¹⁸ David Dale Martin: *Mergers and the Clayton Act*. University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1959, 6. o.

¹⁹ Martin 1959, 7. o.

²⁰ Christine A. Varney: *The Capper-Volstead Act, Agricultural Cooperatives, and Antitrust Immunity*. The Antitrust Source, December 2010, 1. o.

²¹ Bradley 1990, 741. o.

²² Charles Nagel: *The Origin and Purpose of the Sherman Act*. In: *Washington University Law Review*, Volume 15, Issue 14, January 1930, 323. o.

azzal viszont kétséget kizáróan egyetérthetünk, hogy előrelépésként határozzuk meg a negyedszázaddal későbbi Clayton Act rendelkezéseit. A másik irányból megközelítve pedig az is belátható, hogy nem feltétlenül várhattunk volna többet a Sherman Act-től, hiszen bár a modern versenyjog első jogalkotási termékeként ismert, hiányzott a háttérből az a tapasztalat, amit az utána következő évtizedekben megszereztek a jogalkotók a joggyakorlatból.

A Clayton Act viszont kimondja, hogy az antitrust-jogban foglalt rendelkezések²³ nem értelmezhetőek akként, hogy azok megtiltják a kölcsönös segítségnyújtás céljára létrehozott, alaptőke nélküli vagy profitorientált munka-, mezőgazdasági és kertészeti szövetkezetek létét és működését. Továbbá nem értelmezhetőek akként sem, hogy azok megtiltják vagy korlátozzák az említett szervezetek tagjainak olyan tevékenységét, amelyek jogszerűen kívánják megvalósítani azok törvényes céljait, valamint sem az említett szervezetek, sem azok tagjai nem tekinthetőek a versenyt korlátozó, jogellenes piaci szereplőknek.²⁴ Az 1914. évi Clayton Act 6. cikkének elfogadását megelőzően a mezőgazdasági szövetkezetek helyzete nem volt egyértelmű. Egyes állami bíróságok párhuzamot vontak a kartellek és a mezőgazdasági szövetkezetek között azáltal, hogy az antitrust-rendeleteket alkalmazták rájuk nézve, azonban voltak olyan bíróságok is, amelyek ettől jóval toleránsabbak voltak.²⁵ Az antitrust-szabályok mezőgazdasági szövetkezetekre való alkalmazása a rendelkezések nyelvtani értelmezését tekintve elfogadható megoldásnak látszik, azonban ebben az esetben ezen felül kell emelkednünk. Az akkori, nem egységes bírói gyakorlat is azt mutatja, hogy ez némelyik bíróságnak sikerült, némelyiknek pedig nem.

Az egyik ékes példája volt az aggályos bírósági jogalkalmazásnak a Ford v. Chicago Milk Shippers' Association-ügyben hozott ítélet, amelyben Illinois Legfelsőbb Bírósága elmarasztalt egy szövetkezetet, mondván, hogy az a tej árának versenykorlátozó szabályozására jött létre, és ezen célját maga a szövetkezet és annak tagjai párhuzamosan valósították meg a kiskereskedők hátrányára.²⁶ Az ügy történeti tényállása akként foglalható össze, hogy a Chicago-ban tevékenykedő tejtermelők létrehozta egy értékesítő szövetkezetet annak érdekében, hogy meghatározhassák azokat az árakat, amelyet a termelők kapnak a tejért és egyéb tejtermékekért. Egy tejkereskedő kötött a szövetkezettel egy adásvételi szerződést, azonban a későbbiekben nem volt hajlandó megfizetni a vételárat. Amikor a szövetkezet keresetet indított a fizetési kötelezettség kikényszerítése érdekében, a kereskedő egy 1891. évi állami törvényre hivatkozott, amely lehetővé tette a vevőknek, hogy a versenykorlátozó megállapodásból fakadó fizetési kötelezettséget nem kell teljesíteni. Illinois Legfelsőbb Bírósága – a Sherman Act-re történő hivatkozás nélkül – kereskedő javára ítélt, mivel véleménye szerint a szövetkezet azzal a céllal jött létre, hogy rögzítse az árakat és befolyásolja, valamint korlátozza a piacra kerülő tej mennyiségét. Ezen célok megvalósítása a szövetkezeten keresztül jogellenes. Bár a szövetkezett igyekezett azzal érvelni, hogy maga a szövetkezet és annak tagjai egy jogi entitást képeznek, így értelmezhetetlen az, hogy a szövetkezet saját magával konspirált a versenykorlátozás érdekében, Illinois Legfelsőbb

²³ Értelmszerűen ide tartoznak a Sherman Antitrust Act, illetve a Clayton Antitrust Act rendelkezései.

²⁴ Section 6 of Clayton Act; 15 U.S.C. § 17. Antitrust laws not applicable to labor organizations: „The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws.”

²⁵ ABA Section of Antitrust Law, Federal Statutory Exemptions from Antitrust Law (2007), 97. o. [Az American Bar Association által kiadott monográfia]

²⁶ Charles Fisk Beach Sr.: A Treatise on the Law of Monopolies and Industrial Trusts, as Administered in England and in the United States of America. The Lawbook Exchange Ltd., Clark, New Jersey, 2007. 245. oldal

Bírósága áttörte a szövetkezet és tagjai között fennálló egységet.²⁷ Tipikus esete ez a „*summum ius summa iniuria*” elvnek, amikor is a jogalkalmazó nem lép túl a betű szerinti értelmezésen, és figyelmen kívül hagyja a törvény szellemét, azt, amit a törvény megalkotásával a jogalkotó el kívánt érni.

Általánosságban is elmondható, hogy az állami bíróságok korai ítélkezési gyakorlatában, amely az állami szövetkezeti törvények elfogadása előtti időre tehető, az ítéletek túlnyomórészt a szövetkezetek terhére születtek meg, majd ez a tendencia a későbbiekben a visszajára fordult²⁸, s elkezdtek speciális piaci szereplőként kezelni a szövetkezeteket. Arra azonban rá kellett jönni, hogy a mezőgazdasági termelők piacnak való kiszolgáltatottságát a szövetkezetek révén enyhíteni lehet, viszont a szövetkezetek működését egyensúlyba kell hozni a versenyjogi szabályozással. Ez nem volt megvalósítható másként, minthogy ezeket a speciális szerepet betöltő szervezeteket kivették az antitrust-jogszabályok tárgyi hatálya alól, ezzel egyfajta privilegizált helyzetbe helyezve őket. Ehhez a felismeréshez azonban el kellett jutni, ami a versenyszabályozásban majdhogynem 25 évig tartott. Ezt a felismerést mindenképpen nevezhetjük az agrárjogi és a versenyjogi szabályozás közötti első kollízió feloldásának, amellyel útnak indult a versenyszabályozásban mai napig tartó irányvonal: a mezőgazdasági ágazat speciálisként történő kezelése a versenyszabályozás szempontjából.

IV. A Capper-Volstead Act

A Clayton Act 6. cikkének elfogadása után a mezőgazdasági szövetkezetek fejlődése megindult, azonban két probléma megoldatlan maradt: az egyik az volt, hogy a kivétel alá eső szövetkezetek nem rendelkeztek alaptőkével, hiszen a kivétel kizárólag az alaptőke nélküli mezőgazdasági szövetkezetekre vonatkozott. Az alaptőke azonban elengedhetetlen lett volna ahhoz, hogy a szervezetet alkotó középosztálybeli termelők erejét egyensúlyozni tudják. A másik nyitott kérdés pedig az volt, hogy mit jelent a szövetkezet törvényes céljainak jogszerű megvalósítása. E problémák feloldása végett született meg az úgynevezett Capper-Volstead Act 1922-ben.²⁹

A Capper-Volstead Act közvetlenül és kizárólag a mezőgazdasági szövetkezetekre nézve állapít meg feltételrendszert, amelyek teljesülése esetén az antitrust-szabályozás nem vonatkozik az adott szövetkezetre. Míg a Clayton Act 6. cikke pusztán egy rendelkezést tartalmaz a témakörben, mintegy általános deklarációként annak vonatkozásában, hogy egyes mezőgazdasági szövetkezetek kivételt képeznek a versenyjog tárgyi hatálya alól, a Capper-Volstead Act komplex szabályozást rögzít. Egyébként megjegyzendő az is, hogy a Clayton Act a kivételekre vonatkozó felsorolásában eredetileg nem tartalmazta a mezőgazdasági szövetkezeteket, csupán a szakszervezeteket kívánta priorizálni, azonban utólagosan mégis bekerültek a mezőgazdasági szövetkezetek is a kivételek közé.³⁰ Ebből fakad az előző bekezdésben említett probléma, ami a törvényes célok jogértelmezési kérdését veti fel.

A Capper-Volstead Act általános célja abban rögzíthető, hogy a mezőgazdasági termelők eredményesebben léphessenek fel a versenypiacon, valamint hatékonyabban

²⁷Donald A. Frederick: Antitrust Status of Farmer Cooperatives: The Story of the Capper Volstead Act. Rural Business-Cooperative Service, U.S. Department of Agriculture, September 2002, 68. o.

²⁸ Lyman Spaulding Hulbert, Morrison Neely: Legal Phases of Farmer Cooperatives. U.S. Department of Agriculture, Farmer Cooperative Service, 1976, 267-268. o.

²⁹ David L. Baumer, Robert T. Masson & Robin A. Masson: Curdling the Competition: An Economic and Legal Analysis of the Antitrust Exemption for Agriculture. 31 Vill. L. Rev. 183 (1986), 190-191. o.

³⁰ L. Gene Lemon: The Capper-Volstead Act - Will It Ever Grow Up? In: Administrative Law Review, Vol. 22, No. 3 (April, 1970), 443-444. o.

értékesíthessék termékeiket.³¹ Bár a köztudatban a törvény a két leghangsúlyosabb támogatója nevét viseli, az eredeti címe magyar fordításban a következőképpen adható vissza: törvény a mezőgazdasági termelők szövetkezeteinek feljogosításáról³². A törvény két elkülönülő részre osztható fel: az első meghatározza azokat a feltételeket, amelyek fennállása esetén az adott szervezet a törvény hatálya alá tartozhat, a második pedig leírja a követendő eljárást arra az esetre nézve, ha egy szervezet versenyjogi jogsértést követ el. Az kiemelten fontos, hogy a törvény által biztosított immunitás pusztán korlátozott, azaz a mezőgazdasági termelők is felelősségre vonhatóak az antitrust-szabályozás alapján, amennyiben visszaélnék a számukra rendelkezésre álló eszközökkel. Ez a korlátozott immunitás a törvény második részéből vezethető le, amely részletes leírását adja a követendő eljárásnak, amennyiben a szövetkezet monopolizálja vagy korlátozza a kereskedelmet.

A törvény első rendelkezése alapján a feltételrendszer a következőképpen foglalható össze:

1. A szövetkezettel vagy társulással tagsági jogviszonyban csak azok állhatnak, akik kötődnek a mezőgazdasági termékek termeléséhez, így farmerek, termelők, állattenyésztők, tejtermelők, gyümölcsstermesztők.
2. A mezőgazdasági termelők tevékenykedhetnek együtt a társulások bármely formájában, akár alaptőkével, akár alaptőke nélkül a következő tevékenységekben: kollektív termesztés, forgalomba hozatalra való előkészítés, kezelés és forgalomba hozatal.
3. Ezek a társulások rendelkezhetnek közös értékesítő szervezettel, valamint megköthetik a szükséges szerződéseket és megállapodásokat a célok elérése érdekében.
4. A társulás a tagok közös hasznára tevékenykedik.
5. Nincs olyan tag, akinek egynél több szavazata van az általa tulajdonolt részvények vagy üzletrészek mennyisége miatt, vagy a társulás nem fizet évi nyolc százaléknál nagyobb nyereséget.
6. A társulás nem kereskedhet nagyobb értéket képviselő árumennyiséggel a nem-tagok, mint a tagok vonatkozásában.

Amint látható, a Capper-Volstead Act kiterjedt feltételrendszert állít fel. Az 5. pontban meghatározott két alfeltétel egymással vagylagos viszonyban áll, tehát elegendő az egyiknek teljesülnie. Bár a törvény szövegezése³³ nem a fentiek szerint követi a rendszert, de dogmatikailag érdemesebb így artikulálni és kiemelni az egyes kritériumokat.

A feltételrendszert megállapító első részt a második rész komplex eljárási jellegű szabályai töltik ki tartalommal a következőképpen:

1. Ha a Mezőgazdasági Minisztérium okkal feltételezi, hogy bármely társulás monopolizálja vagy korlátozza az államok közötti vagy nemzetközi kereskedelmet olyan mértékben, hogy

³¹Christine A. Varney: The Capper-Volstead Act, Agricultural Cooperatives, and Antitrust Immunity. The Antitrust Source, December 2010. 3. o.

³² An Act to authorize association of producers of agricultural products.

³³ 7 U.S. Code § 291. Authorization of associations; powers: „Persons engaged in the production of agricultural products as farmers, planters, ranchmen, dairymen, nut or fruit growers may act together in associations, corporate or otherwise, with or without capital stock, in collectively processing, preparing for market, handling, and marketing in interstate and foreign commerce, such products of persons so engaged. Such associations may have marketing agencies in common; and such associations and their members may make the necessary contracts and agreements to effect such purposes: Provided, however, That such associations are operated for the mutual benefit of the members thereof, as such producers, and conform to one or both of the following requirements: First. That no member of the association is allowed more than one vote because of the amount of stock or membership capital he may own therein, or, Second. That the association does not pay dividends on stock or membership capital in excess of 8 per centum per annum.

And in any case to the following:

Third. That the association shall not deal in the products of nonmembers to an amount greater in value than such as are handled by it for members.”

bármely mezőgazdasági termék ára indokolatlanul megemelkedik, a Minisztérium panaszt nyújt be a társulásnak.

2. A panaszban megállapítja a vádat, s ehhez csatolja, vagy a panaszba belefoglalja a meghallgatásról való értesítést, meghatározva annak pontos helyét és időpontját, amelynek keretében felhívja a társulást, hogy szolgáltatson adatokat, miért nem szükséges döntést hoznia a monopóliumhelyzet vagy kereskedelemkorlátozás megszüntetése vagy abbahagyása érdekében. Az ily módon bepanaszolt társulás bizonyíthatja, hogy milyen okok alapján nem indokolt az efféle döntés meghozatala.

3. A bizonyítási eljárás lefolytatása nyomán dönt a Minisztérium, hogy a szükséges döntést meg kell-e hozni.

4. Ha harminc napon belül a társulás nem teljesíti a döntésben foglaltakat, akkor a Minisztérium a társulás székhelyen működő Kerületi Bírósághoz keresetet nyújt be a döntés végrehajtásának kikényszerítése érdekében. A kereset benyújtásáról tájékoztatni szükséges nemcsak az ügyészt, hanem az adott társulást is.

5. A Kerületi Bíróság helyben hagyó, megváltoztató vagy hatályon kívül helyező ítéletet, vagy bármilyen más méltányos döntést hozhat. A Mezőgazdasági Minisztérium által meghozott intézkedés végrehajtásáért az Igazságügyi Minisztérium felelős. A Kerületi Bíróság a végleges ítélet meghozataláig ideiglenes intézkedést is hozhat.³⁴

V. A konklúzió

A versenyjog relatíve fiatal jogágisága ellenére viszonylag hamar eljutott arra a szintre, hogy a mezőgazdaságot speciálisan kezelje. Bár már a Sherman Act tárgyalása során

³⁴ 7 U.S. Code § 292. Monopolizing or restraining trade and unduly enhancing prices prohibited; remedy and procedure: „If the Secretary of Agriculture shall have reason to believe that any such association monopolizes or restrains trade in interstate or foreign commerce to such an extent that the price of any agricultural product is unduly enhanced by reason thereof, he shall serve upon such association a complaint stating his charge in that respect, to which complaint shall be attached, or contained therein, a notice of hearing, specifying a day and place not less than thirty days after the service thereof, requiring the association to show cause why an order should not be made directing it to cease and desist from monopolization or restraint of trade. An association so complained of may at the time and place so fixed show cause why such order should not be entered. The evidence given on such a hearing shall be taken under such rules and regulations as the Secretary of Agriculture may prescribe, reduced to writing, and made a part of the record therein. If upon such hearing the Secretary of Agriculture shall be of the opinion that such association monopolizes or restrains trade in interstate or foreign commerce to such an extent that the price of any agricultural product is unduly enhanced thereby, he shall issue and cause to be served upon the association an order reciting the facts found by him, directing such association to cease and desist from monopolization or restraint of trade. On the request of such association or if such association fails or neglects for thirty days to obey such order, the Secretary of Agriculture shall file in the district court in the judicial district in which such association has its principal place of business a certified copy of the order and of all the records in the proceeding, together with a petition asking that the order be enforced, and shall give notice to the Attorney General and to said association of such filing. Such district court shall thereupon have jurisdiction to enter a decree affirming, modifying, or setting aside said order, or enter such other decree as the court may deem equitable, and may make rules as to pleadings and proceedings to be had in considering such order. The place of trial may, for cause or by consent of parties, be changed as in other causes. The facts found by the Secretary of Agriculture and recited or set forth in said order shall be prima facie evidence of such facts, but either party may adduce additional evidence. The Department of Justice shall have charge of the enforcement of such order. After the order is so filed in such district court and while pending for review therein the court may issue a temporary writ of injunction forbidding such association from violating such order or any part thereof. The court may, upon conclusion of its hearing, enforce its decree by a permanent injunction or other appropriate remedy. Service of such complaint and of all notices may be made upon such association by service upon any officer or agent thereof engaged in carrying on its business, or on any attorney authorized to appear in such proceedings for such association, and such service shall be binding upon such association, the officers, and members thereof.”

felmerült a mezőgazdasági szövetkezetek kivétele az antitrust-szabályozás tárgyi hatálya alól, a konkrét jogszabályi rendelkezés csupán 25 évvel később, a Clayton Act-ben realizálódott. Ezt követően pedig a Capper-Volstead Act volt az, amely kiterjedt feltételrendszerrel állapított meg a mezőgazdasági szövetkezeteknek biztosított immunitás érvényesítése vonatkozásában. Az 1914. évi Clayton Act 6. cikke feloldotta a mezőgazdasági viszonyok és a versenyjogi szabályozás közötti kollíziót, mégpedig úgy, hogy az agráriumnak kedvezett, elismervén ezáltal a mezőgazdasági ágazat, s ezen belül a mezőgazdasági szövetkezetek speciális szabályozási igényét. A cizellált szabályozást biztosító Capper-Volstead Act 8 évvel később született meg, de így is elmondható, hogy korán megszületett a megoldás a mezőgazdasági szövetkezetek versenyjogi megítélésének kérdésére.

A bevezetésben már felvázoltam, hogy – véleményem szerint – az Amerikai Egyesült Államok szabályozása az általános és a különös szintjén egyaránt példaként szolgált a későbbi évtizedekben más államok és szervezetek versenyszabályozásának is. Ennek alátámasztására ehelyütt csak az Európai Unió joganyagának egy releváns rendelkezését kívánom elhelyezni. Az 1184/2006/EK tanácsi rendelet³⁵ 2. cikkének (1) bekezdése alapján nem kell alkalmazni egyes uniós versenyszabályokat³⁶ termelők, termelői szervezetek megállapodására, döntéseire és összehangolt magatartására vagy egyetlen tagállam termelői szervezeteire sem, ha azok a termelésben vagy az értékesítésben, vagy a mezőgazdasági termékek tárolása, kezelése vagy feldolgozása célját szolgáló közös létesítmények használatában érintettek, amennyiben nem kötik ki azonos árak alkalmazását, és amennyiben a Bizottság megítélése szerint azok nem zárják ki a versenyt vagy nem veszélyeztetik a Közös Agrárpolitika célkitűzéseinek elérését.

Végkövetkeztetésként megállapítható és egyértelműen látható, hogy az Amerikai Egyesült Államok szabályozása már az 1910-es és 1920-as évektől kezdődően rendkívül előremutató volt, s megalapozta a mezőgazdasági szervezetek versenyszabályozás szempontjából történő speciális kezelését, amely többek között az Európai Unió versenyszabályozásában is visszaköszön.

³⁵A Tanács 1184/2006/EK rendelete (2006. július 24.) az egyes versenyszabályok mezőgazdasági termékek termelésére és kereskedelmére történő alkalmazásáról

³⁶ Így nem kell alkalmazni az Európai Unió működéséről szóló szerződés 101. cikkének (1) bekezdését, amely kimondja a következőket: „A belső piaccal összeegyeztethetetlen és tilos minden olyan vállalkozások közötti megállapodás, vállalkozások társulásai által hozott döntés és összehangolt magatartás, amely hatással lehet a tagállamok közötti kereskedelemre, és amelynek célja vagy hatása a belső piacon belüli verseny megakadályozása, korlátozása vagy torzítása, így különösen:

- a) a beszerzési vagy eladási árak, illetve bármely egyéb üzleti feltétel közvetlen vagy közvetett rögzítése;
- b) a termelés, az értékesítés, a műszaki fejlesztés vagy a befektetés korlátozása vagy ellenőrzése;
- c) a piacok vagy a beszerzési források felosztása;
- d) egyenértékű ügyletek esetén eltérő feltételek alkalmazása az üzletfelekkel szemben, ami által azok hátrányos versenyhelyzetbe kerülnek;
- e) a szerződések megkötésének függővé tétele olyan kiegészítő kötelezettségeknek a másik fél részéről történő vállalásától, amelyek sem természetüknél fogva, sem a kereskedelmi szokások szerint nem tartoznak a szerződés tárgyához.”

Introduction to the New Hungarian Criminal Procedure³ (Part I.)

I. Preamble

I.1. Criminal procedure and criminal procedural law

Criminal procedure is the rules and laws governing the mechanism under which criminal liability is established and adjudicated. It starts with the initial investigation of the criminal case and concludes with the final and binding decision of the case. Final adjudication is in the competence of the court, concluded in the decision on the merits, either in the form of final judgement or a final order. In case of extraordinary remedies, exceptionally, criminal procedure shall continue, despite the final conclusion, in principle final adjudication of the court means the end of criminal procedure. However, sometimes criminal procedure does not reach the court proceeding, i.e. it is concluded in the main course of the investigation before the prosecution necessary to conduct the criminal trial. During the period of the investigation, the order of both the investigating authority and the public prosecutor's office may terminate the procedure, but as a general rule, it does not mean the final completion of the criminal case, whereas if there is any information about conducting the criminal offence known to the competent authority, they may proceed with the investigation.⁴

Criminal procedure can not stand without the definition of criminal procedural law: the framework of laws and rules that define the administration of criminal liability, govern procedural measures and relationships of the rules of procedure. Criminal procedural law forms part of criminal sciences, as an integral part of public sciences thereto. There are two large subdivisions within the system of criminal sciences, namely the normative and empirical sciences. The science of criminal procedural law is situated within the frame of normative sciences, alongside with criminal law and the rules of law enforcement. The object of the science of criminal procedural law is the understanding, presentation and analysis of the specific statutory provisions of criminal procedural law (e.g., the Act on criminal proceedings). On the other hand, for example, empiric criminal sciences are Criminology and Criminalistics, moreover, there are other criminal sciences of interdisciplinary nature, such as, for example, judicial statistics or criminal psychology.⁵

It is the nature of criminal procedure, that authorities may conduct binding decisions that are enforceable upon public power regarding other participants of the procedure. As for possible compensation, the Act on criminal proceedings safeguards the position of subservient subjects with various guarantees. Such as, for example, the right of appeal, or that the rule, according which the accused is not obliged to testify, nor to tell the truth.

¹ Professor and head of department (National University of Public Service Faculty of Law Enforcement, Department of Criminal Procedure Law), (fantoly.zsanett@uni-nke.hu)

² Associate professor (National University of Public Service Faculty of Law Enforcement, Department of Criminal Procedure Law), (budahazi.arpad@uni-nke.hu)

³ Close date of manuscript: 08.01.2019

⁴ Fantoly Zsanett – Budaházi Árpád: *Büntető eljárásjogi ismeretek. I. Statikus rész. Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2019. p. 13* (hereinafter referred to as the „Fantoly – Budaházi 2019 (A)”)

⁵ Balláné Füsztér Erzsébet - Lakatos János: *Kriminalisztika I. - A kriminalisztika egyes elméleti kérdései. Egyetemi jegyzet. NKE RTK, Budapest, 2012. p. 10*

1.2. Tasks of criminal procedure

There are three requirements against criminal proceedings that the authorities acting in criminal cases must follow:

to enforce criminal law,
to ensure the rule of law,
to establish the truth.

Enforcement of criminal law

A penalty or measure of criminal nature may only and exclusively be imposed by the court proceeding in the criminal case, under the rule that the conditions of criminal liability are defined by criminal law. Criminal procedure is not the substantive legal consequence of the act, but its objective is to determine whether the conditions of adjudicating criminal liability and administering a penalty and/or measure are met. If the conditions are met, the court shall find the accused guilty, and shall impose penalty and/or measure.⁶

Ensuring the rule of law

In the course of criminal procedure, authorities shall be obliged to meet all applicable statutory provisions of (both criminal and criminal procedural) law, and must also ensure, that the rules are also met by other subjects of the procedure. Section 3 (5) of Be. states that ‘the accused shall be entitled to defend himself at large’. Further legislative requirements state, that everyone who has committed a criminal offence shall be liable for and must be punished for the criminal offence in accordance with the criminal act and as justified by perpetrator’s threat to society. On the other hand, no one, who did not commit a criminal act, or who is exempt from criminal liability, or who’s punishment is otherwise unnecessary, should not be adjudicated or prosecuted.

Establishment of the truth

Establishment of the truth is the public power and exclusive right of the court. The judgement of the court is legally binding, as if it holds the power of truth, so when the court finds the accused guilty, it shall be deemed as the accused committed the crime and all actions that court imposes against him in its judgement.⁷

1.3. Legislative grounds of criminal procedural law

The legal fundament of criminal procedural law is Act XC of 2017 on criminal proceedings (Be.). Nevertheless, several other statutory regulations govern criminal procedures. The most significant provisions are implemented in the following statutory provisions:

the Fundamental Law of Hungary

⁶Tóth Mihály: A magyar büntetőeljárás az Alkotmánybíróság és az európai emberi jogi ítélkezés tükrében. KJK-KERSZÖV, Budapest, 2001. p. 63

⁷Király Tibor: Büntetőítélet a jog határán. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1972. p. 183

Act C of 2012 on the Criminal Code (Btk.)
 Act V of 2013 on the Civil Code (Ptk.)
 Act CXXX of 2016 on the Code of Civil Procedure
 Act II of 2012 on Misdemeanours, the Misdemeanour Procedure and the Misdemeanour Registry System (Sztv.)
 Act I of 2017 on the Code of Administrative Court Procedure
 Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts (Bszi.)
 Act CLXIII of 2011 on the Prosecution Service of Hungary (Ütv.)
 Act XXXIV of 1994 on the Police (Rtv.)
 Act XI of 1998 on Attorneys (Üt.)
 Act CCXL of 2013 on the Execution of Punishments, Measures, Forced Measures and Detention for Misdemeanours (Bv. tv.)
 Act XXIX of 2016 on Judicial Experts (Szaktv.)
 Act CLV of 2009 on the Protection of Classified Information (Mavtv.)
 Act XXXVIII of 1996 on International Legal Assistance in Criminal Matters (Nbjt.)
 Act CLXXX of 2012 on Cooperation in Criminal Matters with the Member States of the European Union (EU bü. tv.).
 -several international conventions and treaties (e.g., the Convention for the Protection of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights)

I.4. Phases of criminal procedure

Criminal procedure can be divided to two main phases: the main phase of investigation and the court procedure. Theoretically, the main phases are consecutively follow each other, nevertheless, there is a statutory chance, that the procedure is limited to either the main investigative or to the court procedure. The procedure is exclusively investigative if the investigating authority or the prosecutor terminates the investigation on certain statutory grounds [Sections 398-399 of Be]. On the other hand, the so called private prosecution cases shall only be conducted in trial, in the court phase [Chapter CIV of Be.].

The main phases of the criminal procedure can be divided to further sequences:

main phase of investigation	court procedure
1. investigation	1. first instance trial
1.1. preliminary investigation	1.1. preparation of the trial
1.2. inspection	1.2. first instance trial
1.2.1. classic inspection	2. second instance court procedure
1.2.2. accusation	3. third instance court procedure
	4. extraordinary remedies

Be. has introduced the legal term of preparatory procedure, which is already a part of the criminal procedure, however, it precedes the main investigative sequence. Should it result in the suspicion of crime, the preparatory procedure is concluded by the initiation of the investigation. Nevertheless, the prosecutor's office or the body conducting the preparatory procedure shall terminate the preparatory procedure, in case it finds, that suspicion of the criminal offence still can not be established, or the continued preparatory procedure is not expected to yield any result, or if the deadline of the preparatory procedure has otherwise elapsed.[Section 346 (1) of Be.] Investigation consists of two phases, namely, the preliminary investigation and the inspection. The investigative authority's procedure conducted against an

unknown perpetrator shall be subject to a preliminary investigation, whereas the authority shall investigate the criminal offence and it shall aim to determine the identity of the suspect as soon as possible. As the identity of the suspected perpetrator is revealed, the investigation shall be followed by the prosecutor's inspection. Target of the inspection is the preparation of the accusation and establishment of criminal liability, through the course of procedural measures conducted in order to determine the state of facts, and to record the evidence relevant regarding the inspection of the offence and the suspects' liability. In accordance with the provisions of Be., the sequence of the accusation is not an individual phase of the criminal procedure, but an integral part of the main phase of the investigation.⁸

II. Fundamental principles of the criminal procedure

Definition of fundamental principles

Fundamental principles are statutory norms (rules) of general content that pervade the entire criminal procedure, defining its system and the significant elements of rights and obligations of the procedure's participants. It is the characteristics of fundamental principles that they generally applicable during both during the investigation and in the court procedure, however, there are certain fundamental principles (e.g., immediacy, verballity, publicity) that only apply to the court procedure.⁹

Organisational fundamental principles appear both in criminal and civil jurisdiction, typically by securing the personnel and adequate organisational structure of criminal procedures under the rule of law. As of their legislative grounds, the Fundamental Law and various other organisational (court, prosecutor's service, etc.) statutory provisions of law implement fundamental legal principles.

Organisational legal principles:

- principle of exclusive court jurisdiction;
- equality before law;
- joint arbitration;
- participation of people, that is the participation of non-professional individuals in the jurisdiction and
- judicial independence.

The operational principles guide the entirety of the criminal procedure. Partially, Chapter I. of Be. stipulates the operational principles, while the rest of the fundamental procedural measures are spread amongst other provisions of Be. (for example, the principle of freedom of evaluating evidentiary means among the rules on evidentiary procedure). Nonetheless, the law does not expressly refer to the expression of 'fundamental principle', instead, in Chapter I. it stipulates statutory rules under the title of 'General provisions', that serve as guidelines for jurisdiction.

Operational fundamental principles:

- presumption of innocence;
- protection of fundamental rights;
- right of defense;
- fundamentals and obstacles of the criminal procedure;
- division of operational tasks;
- grounds of adjudication, judgement upon accusation;

⁸Fantoly – Budaházi 2019 (A), p. 17

⁹Fantoly Zsanett - Gácsi Anett: Eljárési büntetőjog. Statikus rész. Iurisperitus Bt., Szeged, 2013. p. 51

- evidentiary principles (burden of proof, favordefensionis, prohibition of self accusation, in dubio pro reo, independent adjudication of criminal liability);
- language of the criminal procedure and the right of using a language;
- verbality, immediacy and publicity.¹⁰

III. Effect of the Be.

The last Section of the Chapter titled as ‘General provisions’ of Be. stipulating the fundamental principles regulates the effect of the law. In accordance with the provisions of Section 9 of Be., ‘*In cases governed by Hungarian law, the provisions of this Act shall prevail in criminal proceedings.*’ However, only the rules on the material effect of the law are stipulated among the Fundamental provisions, the regulations related to the temporal effects are placed in the scope of the Interim provisions, implying the measures of applying the provisions of the new code on criminal procedures in pending cases following July 1, 2018.¹¹

IV. Subjects of the criminal procedure

Classification of the subjects

Procedural actions completed during the criminal procedure are connected to subjects, that are authorities on the one hand and private persons on the other hand. Both authorities and private persons may practice rights and have obligations, and they may pursue criminal procedural acts in order to practice such rights and to fulfil obligations. The difference between authorities and private persons is manifested in their relation to the completion of criminal procedural acts (enforcement of criminal law, ensuring legality, verification of justice). The implementation of criminal procedural acts is an official obligation, therefore, the authorities of executive power originating from the state’s legitimacy are subjects of criminal procedures with the widest range of rights and obligations.¹²

Authorities involved in criminal procedures:

- investigating authority,
- prosecutor’s office,
- court.

We shall distinguish between authorities of final judgement and judicial powers. Authorities of final judgement enforce the demands of criminal law, therefore, during the preliminary investigation the authorities of final judgement are the investigating authority and the prosecutor’s office, further, in the investigating sequence it shall be the prosecutor’s office, and finally, during the court procedure it shall be the court exclusively. Stipulating authorities, Be. refers to other entities that may get involved in criminal procedures without investigative powers, such as the body entitled to use covert measures during the preliminary procedure.

Private persons also play an important part in the criminal procedure, namely by forming and constituting the course of the criminal procedure through their reflections and observations, motions, by the practice of their rights and fulfilments of their obligations, etc. Be. distinguishes between participants and assistants amongst the private persons.

¹⁰Fantoly – Budaházi 2019 (A), pp. 20-21

¹¹Justification

¹²Fantoly – Budaházi 2019 (A), p. 39

The participants in criminal procedure:

- defendant,
- counsel for defense,
- victim,
- private accuser,
- substitute private accuser,
- private party,
- other party of pecuniary interest,
- other interested parties,
- legal party subject to procedure.

The assistants represent and protect rights and legal interests, moreover, they assist the practice of rights and obligations, therefore, their actions are not singular, but they are always connected to some other participants of the criminal procedure.

Assistants according to the Be.:

- legal representative,
- major relative of the defendant,
- in case of foreign defendant, victim and witness, the representative of the consulate;
- spouse or companion of the defendant effected by involuntary treatment in a mental institution,
- major person attending the minor or juvenile offender;
- authorised representative,
- supporter,
- major person determined by the victim and the accuser,
- attorney at law proceeding in the interest of the witness,
- proxy effected by the search or other neutral major party present at the search,
- major person determined by the person under body search,
- delivery agent,
- person protecting the party participating in the Defense Program.

There other subjects of the criminal procedure who may only participate through one-on-one procedural measure in the criminal case, promoting the completion of the authorities' and other participants' tasks, similarly to the assistants:

- witness,
- expert,
- interpreter,
- expert counsel,
- official witness,
- keeper of the minutes.

IV.2. Authorities proceeding in criminal cases

IV.2.1. Investigating authority

For reconnaissance of criminal offenses, the investigating authority conducts the preliminary proceedings and the investigation – the latter of the two sequences, namely the preliminary investigation and the inspection. [Section 31. (1) Be.] During the course of the preliminary procedure and the preliminary investigation, the investigating authority's operations are independent, whereas the prosecutor's office's power is limited to legal supervision. In the sequence of preliminary investigation, legal supervision aims to secure that

the investigating authority shall complete its independent investigative actions properly, with respect of legality and human rights, provided that case shall reach to the phase of investigation. In the course of legal supervision, the prosecutor's office may examine and modify the orders and measures of the investigating authority, furthermore, it shall eliminate any eventual infringements without delay, moreover, it shall adjudicate the complaints filed against the motions of the investigating authority's orders, etc.

As soon as there are grounds of reasonable suspicion against a certain person of committing a criminal offense and his interrogation as a suspect has been completed, the phase of inspection shall replace the preliminary investigation under the control of the prosecutor's office. Regardless, the investigating authority continues to take part in the investigation, however, its measures of manoeuvre are narrowed, whereas generally procedural acts may only be conducted upon the prosecutor's office's measures made under its power of control. The prosecutor's office notifies the investigating authority on the duties in the form of command, whereas the head of the investigating authority shall be responsible for the fulfilment of the tasks within the given deadline.

Such investigative measures shall orient the investigating authority's obligations, therefore, it must scout and detect the criminal offense and the perpetrator's identity to the degree sufficient in order to establish reasonable suspicion in the course of the preliminary investigation, furthermore, it must detect and secure the evidentiary measures. Nevertheless, during the phase of inspection, it must acquire other necessary evidentiary measures, proceeding either in its discretionary powers or upon the prosecutor's instructions. [Be. 348. §]

Authorities conducting investigative measures	
police	general investigating authority, investigating all cases, unless referred to the competence of other investigating authority by the Be.
National Tax and Customs Administration of Hungary (hereinafter: NAV)	in case of criminal offenses expressly stipulated in Section 34 (2) of the Be.
prosecutor's office	investigates or conducts legal supervision of the preliminary investigation and controls the inspection
judge advocate, the prosecutor appointed by the public prosecutor to the martial criminal procedure	proceeds in military criminal procedures (Chapter XCVI of Be.)
commander in charge	proceeds in military criminal procedures (Sections 701-703 of Be.)
commanding officer of the commercial vessel of civil aircraft of Hungarian nationality outside Hungary	proceeds in cases related to criminal offenses falling under Hungarian criminal jurisdiction in accordance with the provisions of Section 34 (3) of the Be.
joint task force	according to Section 354 (1) of Be. or Sections 70/A-70/H of the EU bü. tv.

Without conducting any actual investigative measures, other bodies, such as, for example, the

NVSZ (national Protective Service), the TEK (Counter Terrorism Centre) or the body responsible for the management of corpus delicti and criminal assets may also be involved in criminal procedures.

The police

The general investigating authority is the police, in fact, the investigating departments of its body's established for general police tasks, appointed to official investigative measures. [Section 34(1) of Be.] The classification of the general investigating authority means that according to the principal rules, investigation is conducted by the investigative bodies of the police, while other investigating authorities (e.g., the NAV) only if ordered by the Be. accordingly. The police is divided to central, regional and local investing authorities.

Central investigating authority:

-National Police Headquarters (hereinafter referred to as ORFK)

Regional investigating authorities:

-19 county police headquarters and the Budapest Police Headquarters;

-the Intervention Police;

-the Airport Police Department.

Local investigating authorities:

-the police stations,

-the water police departments [Section 1(2) of Decree No 25/2013. (VI. 24.) of the Ministry of Internal Affairs]

There are three water police departments that is the Danube Water Police Department, the Tisza Water Police Department and the Balaton Water Police Department.

IV.2.2. The prosecutor's office

The prosecutor's office is a centralised organisation and apparatus of hierarchical structure, operating under one-man control and command of the public prosecutor. The prosecutor's office is responsible for crime investigation, it acts against other unlawful actions and malpractices, furthermore, it helps the prevention of injurious actions. In accordance with the provisions of Section 29(1) of Be. as a rule, the competence and jurisdiction of the prosecutor's office shall depend on the competence and jurisdiction of the court where it operates.

The prosecutor's office has multifunctional roles during the criminal procedure, whereas it

-conducts legal supervisory tasks of the preliminary investigation,

-controls the inspection,

-conducts investigation in certain cases,

-decides on the issue of accusation after the completion of the investigation,

-presents the case in a criminal trial against the accused.

Legal supervision of the preliminary investigation

The prosecutor's office shall conduct judicial supervision over the preliminary investigation when the investigation is pursued by the investigating authority.

In this view, the prosecutor's office

- may assign the investigation or the amendment of the complaint into the independent power and procedure of the investigating authority;
 - may pursue judicial supervision over the proceedings of the investigating authority;
 - may repeal the unlawful decisions of the investigating authority;
 - may establish that the investigating authority has conducted the procedural act or measure in an unlawful manner;
 - may call on the investigating authority to remedy the injustice determined;
 - in cases expressly specified in the Be., it may authorise the conduct of certain procedural acts or decision making;
 - shall adjudicate complaints against the investigating authority's decisions and motions filed against the suspicion;
 - shall decide over the complaint filed against the investigating authority on the grounds of delay;
 - may be present may be present at the investigative actions, and may demand presentation of the documents of the investigation. [Section 26(2) of Be.]
- In addition to that, the prosecutor's office may pursue certain procedural measures independently, even if the investigation is otherwise conducted by the investigating authority. In accordance with the statutory provisions of Section 26(4) of the Be., such authority does not affect the independence of the investigating authority's proceedings. However, contrary to the above, the prosecutor's office's power to may allocate the proceedings to its own competence during the preliminary investigation does effect such independence.

Controlling the inspection

Following the interrogation of the suspect, the prosecutor's office shall, upon the documents of the investigation examine whether the case qualifies for

- the projection of prosecutor's measures or decision;
- the initiation of settlement;
- the suspension of the procedure provided to pursue an intermediary procedure;
- conditional suspension by the prosecutor's office;
- the termination of the procedure on other legal grounds;
- indictment;
- the conduct of other procedural measures within the frames of inspection;
- severance, consolidation or transfer of the case. [Section 391(1) Be.]

Should the prosecutor's office decide that the conduct of further investigative measures is required, besides its powers stipulated at the preliminary investigation, the prosecutor's office shall also be entitled to

- order the investigating authority to conduct certain procedural measures,
- prohibit the conduct of certain procedural measures,
- modify or repeal the decision of the investigating authority,
- order the investigating authority to adopt a decision,
- order the preparation of the prosecutor's office's decisions by the investigating authority,
- condition the conduct of the procedural measure or adoption of the decision to prior consent,
- request a report from the investigating authority [Section 26 (3) of Be.]

The investigation of the prosecutor's office

Principally, there are three main fields of investigations conducted by the prosecutor's

office:

- in order to determine the conditions of the indictment, the prosecutor's office shall be entitled to conduct the investigation on its own, in case the investigation has been originally initiated by the prosecutor's office or if it has allocated the investigation to its own competence;
- there are certain criminal offenses against which the investigation falls under the exclusive competence of the prosecutor's office (as expressly stipulated in Section 30 of the Be.);
- in accordance with the provisions of Section 32 (6) of the Be., the prosecutor's office shall conduct the investigation if the statutory grounds of exclusion effect the head of the investigating authority of national competence.

Indictment

If the prosecutor's office decides to press charges in the procedural course of the inspection, it shall file the indictment to the court. There is no legal remedy against such motion. [Section 421 of the Be.] Furthermore, the prosecutor's office shall ensure that the documents of the investigation and the evidentiary measures are available for the court, moreover, it shall inform the suspect, the defense counsel, the complainant and the proposer of the private motion about the indictment. [Section 423 of Be.]

In the trial, the prosecutor's office

Participation of the prosecutor's office in the court procedure is mandatory, whereas, with the exception of the private motion and the substitute private motion, it shall press and present charges, during which it may either modify or drop charges. The prosecutor's office is entitled to survey the documents of the case during the court procedure, additionally, it may also make motions and proposals in every issues that otherwise fall into the competence of the court. Moreover, the prosecutor's office shall have the right of legal remedy during the court procedure, whereas it may appeal both against or in favour of the defendant.

IV.2.3. The court

In accordance with the provisions of Section 11 of Be., the court shall be responsible for the administration of justice. In the course of administering justice, the court shall conduct any and all criminal procedural tasks determined in the statutory provisions of the Be., for example, it may decide over pre-trial detention or on the exclusion of the defense counsel. In our country, a four-level judiciary apparatus administers the legal remedy system of dual nature.

Levels of the Hungarian judicial system:

- Curia,
- regional courts of appeal,
- regional courts,
- district courts.

Judicial administration – composition of the court

Typically, district courts and regional courts shall proceed as a single judge,

nevertheless, it is also possible that the court shall proceed in a panel comprising three judges. Different from the previous Be. of 1998, no associate judges, but only professional judges shall proceed in the court procedure (with the exception of military criminal procedures and of criminal procedures against juvenile offenders). The court shall act in a panel consisting of three professional judges if the single judge has forwarded the case to the panel of the court. In such cases, the procedure shall not be readdressed to a single judge. Should the court of first instance proceed in a case of priority economic related offense, mandatorily, the panel shall consist of three professional judges, with the speciality of fact that one of the judges shall be the appointed member of the regional court's economic law department, or in default of that, the appointed judge of the civil law department. [Section 13(3) of Be.] Courts of second and third instance shall act in a panel consisting of three professional judges. Should the court of the second or third instance decide upon the complexity of the case, the volume of the case's documentation, upon the number of participants, or due to other reasons, exceptionally, the court may allocate to criminal case to a panel of five professional judges in procedures regarding priority economic related offenses. [Section 13(5) of Be.] Nevertheless, even in such cases, such right of the court remains discretionary, whereas the court of second or third instance may remain to administer the trial in a panel of three professional judges.

IV.3. Participants of the criminal procedure

IV.3.1. The defendant

The defendant is the person against whom criminal proceedings are instituted. It is a generic term that includes the suspect, the accused and convict as well. The proper term shall be used in different phases of the procedure accordingly. The defendant is called suspect in the course of the investigation, accused in the course of the court procedure and convict after the final imposition of the sentence, or the definitive imposition of the reprimand, probation or corrective education.

Viewing his rights, we may find, that the defendant has all the rights ensued from the principals stipulated among the general terms. First of all, we may refer to the protection of principal rights [Section 2(1) of Be.], for example, obliging the authorities to act in criminal procedures with respect to the human dignity of everyone, that is, on the other hand, the defendant's right to the protection of his human dignity in all and any procedures against him. In accordance with the provisions of Section 8 (3) of the Be. in criminal proceedings all those not knowing the Hungarian language may use their native language.

Moreover, the Be. expressly classifies further rights of the defendant. According to these statutory provisions, the defendant shall be entitled to

- a) receive information on the suspicion, on the charge and any changes therein;
- b) be granted sufficient time and opportunity for preparing his or her defence by the court, the prosecutor's office and the investigating authority;
- c) receive information from the court, the prosecutor's office and the investigating authority concerning his or her rights and obligations during the criminal proceedings;
- d) authorise a defense counsel to conduct his defence or to initiate the appointment of a public defender;
- e) contact his or her defense counsel without control;
- f) make a testimony or to reject making a testimony;
- g) provide evidence, make motions and observations, and to have right to the last words;
- h) be present at the trial and at the hearing of the decision on the coercive measure subject to judicial permission effecting his personal freedom and to initiate questions in accordance with

the statutory provisions of the Be.;

i) have the right to legal remedy;

j) observe the entire documentation of the criminal case with the exceptions expressly stipulated in the Be.;

k) initiate the conclusion of a settlement, and to initiate the prospective measures or decisions of the prosecutor's office [Section 39(1) Be.]

With regards to defendants in custody, the Be. stipulates further statutory rights, for example, his right to be informed about the legal grounds of his custody and the modifications of such reasons; furthermore, he is entitled to request the notification of an appointed person on the custody by the court, the prosecutor's office or the investigating authority.

Rights of the defendant can be classified according as they are connected to the defendant's right to be informed on the case or to his rights to proceed with the criminal case. As for his rights to be informed about the case, the defendant shall be entitled to

be informed on the subject of the procedure,

be present at the procedural measures (limited during the investigation),

gain access to the documents of the procedure (broadens in the court procedure),

ask questions and to inquire information.¹³

IV.3.2. The counsel for the defendant

The counsel for the defendant may be a lawyer acting upon a power of attorney or an official appointment.¹⁴ Prior to the indictment, a legal trainee may also participate in the criminal procedure as a defense counsel (with the defense attorney or as his substitute), furthermore, he shall also be entitled to proceed before the district court or the regional court after the accusation, under the restriction that he may not present the pleading.

The defense counsel may be authorised by the defendant, his legal representative or major relative, or, in the case of foreign citizens, the officer at the consulate of their native country. [Section 45(1) Be.] The defendant may withdraw the power of attorney, regardless of whether the counsel of defence was retained by himself or by his supporter.

Public defender shall act in the criminal procedure if
defence is statutory in the criminal procedure and the defendant has not authorised a counsel for the defence;

defence is not mandatory in the criminal procedure, but the proceeding authority deems the participation of the public defender necessary, provided to secure sufficient defence of the defendant;

the defendant requests the appointment of a public defender on the ground of inability to make arrangements for his defence due to his financial standing.

Legal status of the counsel for the defence

The defense counsel is independent participant of the criminal procedure thereto, consequently, his rights and obligations are not related to those of the defendant, but individually, as subjective rights.

Rights of the defense counsel:

¹³ Fantoly – Budaházi 2019 (A) pp. 50-54

¹⁴ See more detail: Fenyvesi Csaba: A védőügyvéd. A védő büntetőeljárás szerepéről és jogállásáról. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2002.

- unless otherwise stated in the provisions of Be., he shall be entitled to practice the rights of the defendant, except for those of the exclusive privilege of the defendant (for example, he may not make a testimony);
- he may be present at procedural measures where the defendant may be present or where the defendant's presence is mandatory;
- in cases expressly stipulated in the statutory provisions he may also be present at procedural action at which the defendant may not be present or his presence may be limited (for example, he may be present at the interrogation of the defendant, furthermore, at the testimony of witness appointed by the defence);
- he may gather and collect data under specific statutory possibilities and conditions, and may use the services of a private detective;
- he is entitled to be served on the decision otherwise addressed to the defendant by the authority;
- the public defender and the substitute defense counsel shall be entitled to a fee and reimbursement of expenses;
- the appointed defence counsel shall be entitled to a fee¹⁵;
- the defence counsel shall be entitled to make motions.¹⁶

The defence counsel shall be obliged:

- to establish contact with the defendant without delay;
- to use any and all legitimate measures and methods of defence for the benefit of the defendant in due time;
- to inform the defendant about the legal measures of defence, furthermore, to inform the defendant on his rights and obligations;
- to urge the investigating action of the extenuating circumstances and the exploration of other circumstances that could mitigate the defendant's criminal liability thereof;
- to appoint a substitute counsel for the defence in case of hindrance or incapacitation –with the exception of cases of unknown vis maior –, and simultaneously, he shall be obliged to inform the proceeding court, the prosecutor's office or the investigating authority on the fact of hindrance;
- to practice his rights and fulfil his obligations in manner he shall not obstruct timely completion of the criminal procedure. [Section 42 (4) Be.]

IV.3.3. The victim

The victim is the natural or a non-natural person whose right or lawful interest has been violated or jeopardised by the criminal act directly. [Section 50Be.]

Legal status of the victim

Rights of the victim related to the cognizance and advancement of the case

In the course of the inspection sequence of the investigation, the victim shall have the right to be present at the procedural measures whereas the presence of the suspect is allowed by the Be., under the statutory restriction that the procedural measure must related to the

¹⁵ Bérces Viktor László: A védő szerepkör értelmezésének kérdései – különös tekintettel a büntetőbíróság előtti eljárásokra. Pázmány Press, Budapest, 2014. p. 80

¹⁶ Király Tibor: A védelem és a védő a büntető ügyekben. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1962. p. 163

criminal act committed against the victim. His right to access the documents of the procedure has the same legal character, since the victim may only gain access to the documents of the investigation in connection with the criminal act committed against him. If the appeal has been rejected or the in case the investigation is terminated and the victim's complaint has been rejected, the victim rights to access the documents is widening, whereas he shall have the opportunity to examine the documents on the criminal action committed against him in the official facility of the prosecutor's office, with the exception of the documents to be handled confidentially. [Section 791(2) Be.] This opportunity is granted to the victim in order to decide whether to act as a substitute private accuser upon the knowledge of the documents. His rights to propose questions and request for information, furthermore, the rights to advance the procedure are similar to those of the defendant, nevertheless, as of the latter, the victim may not appeal against the final and binding order of the court.

Other rights of the victim

For example, the victim shall be entitled to

- submit evidence;
- make motions and observations;
- make addresses during the closing arguments;
- be present at the trial and at the procedural measures stipulated by law and to address questions;
- inspect the documents completed in connection with the criminal act affecting the victim – with the exceptions expressly stipulated in the Be.;
- receive information from the court, the prosecutor's office and the investigating authority concerning his rights and obligations in the criminal procedure;
- file for legal remedy;
- request for the participation of an assistant;
- enforce civil law claims as a private party in the court procedure, and to announce such intention during the investigation;
- act as a private accuser or substitute private accuser, furthermore,
- at any stage of the procedure, the victim shall be entitled to make a statement on the physical or mental assaults and on the eventual pecuniary losses suffered in connection with the criminal act, moreover, he may indicate his will on the determination of the defendant's criminal liability and on his punishment.

Obligations of the victim

The victim shall be obliged to

- be present at the procedural actions (including the expert's inspection) in accordance with the measures of the court, the prosecutor's office and the investigating authority, provided by the statutory provisions of the Be. [Section 51(6) a) Be.];
- report his or her place of residence, address for correspondence, place of stay, postal address and any change therein to the proceeding authority, within three working days after moving or change [Section 51(6) b) Be.];
- make a testimony, if there are no obstacles to proceed as a witness;
- tell the truth;
- deliver the evidentiary measures in his or her possession to authority, and otherwise support successful completion of the proceeding by all means possible.

IV.3.4. The private accuser

In case of criminal acts subject to private accusation prosecution shall be represented by the victim before court, on the supposition that the perpetrator can be prosecuted upon a private motion.¹⁷ Accordingly, the private accuser may act in cases of assault, invasion of privacy, violation of secrecy of correspondence, defamation, slander, desecration, or in case of making false audio- or visual recordings tending to harm a person's reputation, whereas, non-natural persons may also act as private accusers in cases of invasion of privacy, violation of secrecy of correspondence, defamation, slander, or in case of making false audio- or visual recordings tending to harm a person's reputation. [Section 53(1) Be.]

IV.3.5. Substitute private accuser

The substitute private accuser is the victim, who – or in case of non-natural persons, which – may raise and represent charges in accordance with the statutory provisions expressly stipulated in the Be. in cases subject to public prosecution.[Section 54 Be.]The victim may act as substitute private prosecutor if his or her complaint filed against the prosecutor's office's or the investigating authority's decision rejecting the report or terminating the procedure has been rejected, furthermore, if the prosecutor's office has dropped the charges. Section 787 (3) of the Be. specifies the exceptions whereas substitute private accusation is not allowed.

IV.3.6. The private party

The private party is the victim who or which enforces a civil law claim in the criminal procedure, even if the victim has announced such intention before the indictment. [Section 55 (1) Be.]The relevance of the private party's legal institution is shown in the statutory allowance, that the victim suffering pecuniary losses caused by the criminal act may access compensation for damages in the criminal procedure, without having to claim for damages before a civil law court, if the perpetrator is not willing to pay the damages caused. Authorities inform the victim on the possibility to file a civil law claim at the report or at the witness interrogation, in order to clear, whether the victim is willing to seek for compensation or not. The victim may announce the withdrawal of the civil law claim at any time prior to the indictment.

IV.3.7. Other party of pecuniary interest

Other party of pecuniary interest is a natural or non-natural person who or which

- a) is the owner of a property subject to confiscation or forfeiture, or is the beneficiary of any partial possession rights of the ownership right,
- b) has the right of disposal over assets that may be subject to confiscation, or
- c) has the right of disposal over any electronic data, that can be subject to permanent inaccessibility. [Section 57(1) Be.]

¹⁷ Justification

IV.3.8. Other interested parties

Other interested parties are especially

- a) the complainant,
- b) the witness,
- c) the person effected by the inspection or subject of the body search,
- d) the person effected by data gathering,
- e) the person effected by the expert survey, the on-site inspection and reconstruction,
- f) the assistant,
- g) the expert and the expert counsel. [Section 58 (2) Be.]

Other interested parties are any natural or non-natural persons whose rights or lawful interests may be directly affected by the decisions made during the criminal proceedings, furthermore, those who or which are subject to statutory rights and obligations expressly stipulated in the Be. in connection with procedural measures effecting them. [Section 58(1) Be.]

IV.3.9. The assistants

Provided to represent and to protect the rights and lawful interests of the defendant, the victim, the other party of pecuniary interest and of the other interested parties, and for the purpose of helping the practice of rights and fulfilment of obligations set forth in the Be., the following assistants may participate in criminal proceedings:

- legal representative,
- major relative of the defendant,
- in case of foreign defendant, victim and witness, the representative of the consulate;
- spouse or companion of the defendant effected by involuntary treatment in a mental institution,
- major person attending the minor or juvenile offender;
- authorised representative,
- supporter,
- major person determined by the victim and the accuser,
- attorney at law proceeding in the interest of the witness,
- proxy effected by the search or other neutral major party present at the search,
- major person determined by the person under body search,
- delivery agent,
- person protecting the party participating in the Defense Program. [Section 59 (1) Be.]

Evidence

Evidentiary procedure is a specific course of logical operations¹⁸, during which the authorities clarify the state of facts, or in other words, they reconstruct the acts of the past, further, this phase is followed by the analysis of the relevant statutory provisions and legal terms, and finally, by the adjudication. The aim of the evidentiary procedure is gathering the knowledge of the relevant facts necessary to adjudicate criminal liability, and its task is – accordingly to its aims – the clarification of the state of facts related to the conduct of the

¹⁸Alföldi Ágnes Dóra: Gondolatok a büntetőeljárásbeli bizonyítás jelentőségéről és fogalmának elméleti megközelítéséről. Jogelméleti Szemle 2011/2.

criminal act and to the perpetrator's criminal liability. In accordance with the statutory provisions, the purpose of the criminal procedure is the exploration of the truth through and secured by the actions of several participants of the procedure, whereas decisions must be based on realistic facts.¹⁹ As for a more specific approach, evidence can be either direct or indirect evidence. Evidence is direct if the evidentiary measure allows direct and unambiguous inference to the relevant fact(s), (for example, the witness states that he has seen the defendant hitting the victim). While in case of indirect evidence, the evidentiary measures do not directly refer to the provable fact, but to other facts, from which one may deduct to the provable facts upon the rules of logic, scientific principles, practical knowledge and experiences, and using other means of evidence available in the case. Usually, indirect evidences confirm direct evidence, (for example, the witness did not actually see the defendant hitting the victim, but he did see, that only the defendant could approach the victim, and immediately after the defendant has left the scene, the witness discovered wounds on the victim's face that were not there before).²⁰

Evidentiary means are the carriers of evidence (proving facts). They are specific outer sources (statements of persons or items) out of which the authority may explore the evidence referring to the criminal act or to the perpetrator.

Evidentiary means:

- a) the testimony of the witness,
- b) the testimony of the defendant,
- c) the expert opinion,
- d) the opinion of the probation officer,
- e) the physical evidentiary means, including documents and official documents, and
- f) the electronic data.

Ad a) Testimony of the witness

Those persons may be heard as a witness who may have knowledge of the fact to be proven. [Section 168(1) Be.] Witness is the person to be heard by the authority, because he or she might have seen, heard, or otherwise might have sensed (through the sense of smell, touch) a certain act, event (fact) – deemed relevant for the case by the authority -, therefore, he or she might have knowledge of such facts. The interrogation of the witness can be divided to two phases, a non-substantive part, whereas personal data and other general issues are being clarified, and to a substantive sequence, that is the actual interrogation related to the state of facts. Authorities are obliged to advise the witnesses on their right to partially or entirely refuse to testify and the statutory grounds of such rights, and address the question to the witness, whether he or she wants to take this exemption.

Ad b) Testimony of the defendant

The defendant has a binary legal status in the procedure: on the one hand, he is one of the participants of the criminal proceedings, therefore, as such he is subject of a wide range of procedural rights, nevertheless, on the other hand, his testimony is also one of the means of evidence, consequently he might as well be a source of evidence himself, if he wants. Likely

¹⁹Belegi József: A bizonyítás általános szabályai. In: Belegi József-Berkes György (Eds.): Büntetőeljárás jog I-III. - Kommentár a gyakorlat számára, 2007-2013. Budapest, HVG-ORAC, 2014.

²⁰Fantoly – Budaházi 2019 (A), pp. 99-101

to witnesses, defendants are interviewed separately. The interrogation of the defendant starts with the determination and verification of his identity and contact details. In the course of the identification the defendant must provide information on the following data securing the identification and later contact:

- a) name, name of birth (maiden name),
- b) place and date of birth,
- c) mother's name,
- d) nationality,
- e) number of identification card,
- f) place of residence, address for correspondence, place of stay,
- g) postal address, phone number. [Section 184(1)-(2) Be.]

After the verification of his identity, the defendant is advised on his rights, followed by a warning that is addressed to the defendant at the commencement of his first testimony during the investigation and later at the first hearing before the court of first and second instance:

- he is not obliged to testify;
- he may refuse to testify or to respond to any of the questions in the course of the questioning;
- he may freely decide to testify at any time, even if he has previously refused to do so;
- the refusal to testify does not interfere with continuation of the procedure, and does not affect his right to ask questions, to make observations or motions;
- if he testifies, anything he says or provides may be used as evidence;
- he may not falsely accuse others with the commission of a criminal offense, and he may not commit desecration by false statement. [Section 185(1) Be.]

The warning of the defendant and the defendant's response must be included in the records. Should the defendant choose to testify, after the address of the warnings the defendant is first questioned about his

- a) occupation,
- b) place of work,
- c) education,
- d) family conditions,
- e) health conditions,
- f) income,
- g) financial status,
- h) military rank, titular rank and honours. [Section 186 (1) Be.]

Further on, the defendant shall be granted the opportunity to state his testimony as a comprehensive whole, thereafter, the defendant may be questioned and cross-examined.

Ad c) The expert opinion

An expert shall be employed if the establishment or evaluation of a fact to be proven requires special knowledge. [Section 188. (1) Be.] Be. does not specify the definition of *special knowledge*. According to the well-established law enforcement practice, issues – of mostly natural sciences - subject to more thorough analysis shall fall into this scope of facts.

The following may proceed as forensic experts:

- a) natural person (forensic expert),
- b) business organisation and service provider,
- c) forensic expert institution and forensic expert institute;
- d) forensic expert body,
- e) state department, institution, institute or organisation authorised by the provisions of a separate legal act,

f) Expert Department for Completion Certificate regulated by the provisions of a separate legal act.

The court, the prosecutor's office and the investigating authority may assign a forensic expert. The assignment is conducted in writing, in the form of a decision, however, if an urgent partial examination is required to complete the expert opinion, the examination may be completed without a formal assignment decision, upon the verbal order of the prosecutor's office or the investigating authority. Nevertheless, the authority must confirm the assignment in writing, and forward the decision to the expert in 15 days [Section 189 (1)-(2) Be.]

The expert shall either present his opinion in the form of an oral statement, or shall submit it in writing, within the deadline set by the authority.

The expert opinion shall include the following:

- the diagnosis;
- the brief description of the examination method;
- the professional assessment of facts;
- the opinion of the forensic expert;
- if a prior inspection has been concluded and the assignment included such inspection, the evaluation of the data and conclusions of the former inspection;
- reference to the methodological guide, or in case of any alterations from the methodological guide, the reasons of alterations;
- reference to the scientific field of the forensic expert's competence to issue an expert opinion, and further reference if the forensic expert or a third party has proceeded as an ad hoc expert. [Section 47 (4) Be.]

Although the authority does not have the special knowledge required determine or assess the specific facts during its course of interpretation, it does have to evaluate the expert submitted opinion.

If needed, the following order shall apply to the evaluation of the expert opinion by the authority:

- requesting for further information or for complementation of the expert opinion,
- assignment of another expert,
- clarifying the differences between the expert opinions by hearing the experts in the presence of each other,
- employment of a new expert.

The defendant and the counsel for the defendant may motion for the assignment of an expert, whereas they may initiate the appointment of a certain expert. The opinion of the private expert may be suitable for arguments against the facts and assessments of the expert opinion of the forensic expert employed by the authority.

Ad d) The opinion of the probation officer

In accordance with the provisions of Section 202(1) of the Be. the court and the prosecutor's office may order that the opinion of the probation officer shall be obtained:

- before a punishment or measure is imposed,
- prior to the conditional suspension by the prosecutor,
- prior to the assignment of the case to intermediary procedure.

In specific cases obtaining the probation officer's opinion is mandatory according to the provisions of the Be. For example, in procedures pending against juvenile offenders, alongside the study of living conditions the completion of the probation officer's opinion or a summary report of the probation officer shall be required.

Ad e) Physical evidentiary means

According to Section 204 (1) of the Be. physical evidence shall be all objects – including documents and official documents - that are suitable for proving the facts to be proven, thus especially

- a) the objects bearing the marks of the commission of the criminal offense or the marks of the perpetrator in connection with the conduct of the criminal act,
- b) the objects created through the criminal offense,
- c) the objects used as a tool to commit the offense, or
- d) that was the subject of the criminal act.

On the grounds of the above definition, physical means of evidence are, on the one hand:

- the evidence carrier (for example, the cupboard with the defendant's stain of blood on it),
- the product of the criminal offense (e.g., the faked document or the injurious letter of defamation);
- the tool of committing the crime (e.g., the knife);
- the subject of the criminal action (e.g., the stolen bag).

The scope of physical evidentiary means is continuously widening along with the development of technology and sciences, consequently, Section 204 (2) of the Be. extends the definition of physical evidence to documents, thus to physical evidentiary means that record data by way of technical, chemical or other methods, that is especially a paper-based or electronic text, drawing or other image.

Ad f) Electronic data

Electronic data is all kind of appearance of facts, information or definitions suitable for digital processing by an information technology system, including the programs supporting the execution of certain functions of the information system. [Section 205 (1) Be.]

Evidentiary measures

Evidentiary measures serve the task to provide evidence, and by these means, provide the possibility to explore to the provable facts by the authorities. Evidentiary measures are especially the on-site inspection, the on-site interrogation, the reconstruction, the presentation for identification, the confrontation, and the instrumental credibility examination.

Ad a) The on-site inspection

The on-site inspection is an evidentiary measure during which the authorities observe certain objects (things, sites) in order to gain knowledge.²¹

The on-site inspection is ordered and conducted by the court, the prosecutor's office or the investigating authority, if the examination of a person, object or site, or the observation of an object or site is required for the elucidation or establishment of a fact to be proven. [Section 207. (1) Be.] If the object of the inspection can not be transported to the court, to the

²¹See more in detail: Gárdonyi Gergely: A szemle szerepe a hazai büntetőeljárásban. Doktori értekezés. SZE ÁJK, Győr, 2017.

prosecutor or to the investigating authority, or it would result in significant difficulties or costs, the inspection shall be conducted at the scene. [Section 207 (3) Be.]

Ad b) The on-site interrogation

During the on-site interrogation the authority shall question the defendant or the witness, it shall observe the site and grants a possibility to the defendant or to the witness to react and recall the sequences of the criminal offense. Mostly, the on-site interrogation provides that the suspect may interpret the pieces of action he can not or is not willing to clearly speak about by showing the actions at the site.

Ad c) Reconstruction

The court, the prosecutor's office or the investigating authority shall order and stage a reconstruction, if they wish to establish or examine whether an even or occurrence could actually take place at a specific place and time, in a specific manner or under certain circumstances. As much as possible, the reconstruction shall take place under the same or assumed circumstances as the investigated event or occurrence has happened or might have happened. [Section 209 (1)-(2) Be.] Primarily, reconstruction is a measure of credibility examination of testimonies, whereas its results either confirm or confute the presumptions of the authorities.

Ad d) Presentation for identification

The court, the prosecutor's office or the investigating authority shall order and conduct a presentation for identification, if it is required to identify a person or an object. The defendant or the witness is shown at least three persons or object for identification.[Section 210 (1) Be.]

Ad e) Confrontation

Should the testimonies of the defendants, witnesses or the testimonies of the defendant and the witness be contradictory, the court, the prosecutor's office or the investigating authority shall resolve the contradiction by confrontation, if necessary.²² The confronted persons shall present their statements orally, and they may have permission to address questions to each other. [Section 211 (1) Be.]

Ad f) Instrumental credibility examination

In the course of the investigation, the prosecutor's office or the investigating authority may also analyse the testimony of the defendant or the witness by instrumental credibility examination. Approval of the witness or the defendant is required for the examination .The instrumental credibility examination is conducted by the counsel advisor, who can be

²² See more in detail: Fenyvesi Csaba: Szembesítés – szentől szembe a bűnügyekben. Dialóg Campus Kiadó, Budapest – Pécs, 2008.

questioned on his assessments as a witness. [Section 212(1)-(2) Be.]

Both in our country and worldwide polygraph credibility examination is the most widespread and the longest used method, therefore, when the Be. refers to instrumental credibility examinations, it practically means the regulation of polygraph examination, which of course does not mean that other instruments are excluded from criminal proceedings (for example, the layered voice analysis (LVA), the graphometer, the computer graphometric examination, or, in the future, the method of brain fingerprinting).²³

V. Coercive Measures

V.1. General Rules Of Coercive Measures

Coercive measures are procedural action that may be used in certain cases and manner expressly stipulated in the Be. by the authorities proceeding in criminal cases for procedural purposes, provided to secure the success of the criminal procedure, and which inevitably go hand in hand with the restriction of civil rights of different measures.²⁴

V.2. Coercive measures effecting the freedom of the subject

V.2.1. Custody

Custody is the temporary deprivation of the freedom of the defendant and of the person reasonably suspected to have committed a criminal offense. [Section 274 (1) Be.] We may refer to temporary deprivation of freedom because this coercive measure may last only for a short period of time, namely, the defendant may be retained in custody during the investigation, for a period of maximum 72 hours, whereas the place of custody is the detention facility of the police.

According to the stipulations of Section 274(2) of the Be., the court, the prosecutor's office and the investigating authority may order the custody of the defendant or the suspect upon a reasonable suspicion of a criminal offense subject to imprisonment

- a) in case the defendant is caught in the act and his identity can not be confirmed,
- b) a probable cause exists that a pre-trial detention of the defendant subject to court decision is to follow, or
- c) upon disorderly conduct at a court trial.

V.2.2. The general rules of coercive measures subject to court approval effecting personal freedom

In order to secure the emergence of the doctrine of necessity and the proportionality principle, Be. considers the deprivation of freedom or the application of even more rigorous coercive measures as the last resort only. Provided that the court may order a coercive measure subject to court approval that effects personal freedom, or to maintain or extend such

²³ See more in detail: Budaházi Árpád: Polygraph Examinations: Blessing or Curse. Lambert Academic Publishing, Saarbrücken, 2015.

²⁴ Tóth Mihály: Vázlatok és szemelvények a büntető eljárásjog tanulmányozásához. Bibliotheca Cathedrae Juris Universitatis Catholicae de Petro Pázmány Nominata, Budapest, 1999. p. 183

measure, both the so-called 'general' and 'special' conditions of the coercive measures must be met. The general conditions are conjunctive, thus they must exist jointly, while only one of the special conditions is sufficient enough to result in such coercive measure.

The general conditions:

- if the defendant is reasonably suspected to have committed the criminal offense or an indictment has been filed against him,
- and it is necessary to reach the goals of the coercive measure subject to court approval that effects personal freedom, and such goals can not be secured in any other manner. [Section 276 (1) Be.]

Section 276 (2) of the Be. stipulates the special conditions:

A coercive measure subject to court approval may be ordered

- a) in order to secure the presence of the of the defendant, if
 - aa) the defendant has escaped, or has attempted to escape, or absconded from the court, the prosecutor's office or the investigating authority, or
 - ab) there is reasonable cause to believe that the defendant would be beyond reach in the criminal procedure, especially in case of escape or hiding,
- b) in order to prevent obstruction or frustration of the evidentiary procedure, if
 - ba) in order to frustrate the evidentiary procedure, the defendant has intimidated, unlawfully influenced participant of the criminal procedure or any other person, or in case of destruction, falsification or concealment of physical evidence, electronic data or any object subject to confiscation, or
 - bb) there is a reasonable cause to believe that the defendant would obstruct the evidentiary procedure, especially by the means of intimidating, unlawfully influencing the participant of the criminal procedure or any other person, or in case there is a reasonable cause to believe that the defendant would destroy, falsify or conceal physical evidence, electronic data or any object subject to confiscation,
- c) in order to prevent possibilities of reoffending, if
 - ca) following his/her interrogation, the defendant has continued the criminal offense subject to the procedure, or following the defendant's interrogation, the defendant has again been interrogated for committing another deliberate criminal offence punishable by imprisonment, or
 - cb) there is a reasonable cause to believe that the defendant would accomplish the attempted or planned criminal offense, or would continue commitment of the criminal offense subject to the procedure or commit another criminal offense subject punishable by imprisonment.

V.2.3. Restraining

Restraining restricts the defendant's right to free communication, for this purpose, it restricts the defendant's right to free movement and free choice of residence or place of stay. [Section 280 (1) Be.] The aim of restraining is that by the restraining order the court shall prevent the obstruction or frustration of the evidentiary procedure, for example, at risk of intimidation of the witness by the defendant. Another goal and also another reason to order restraining is the prevention of possibility of reoffending, in case, for example, there is a reasonable cause to believe that the defendant would accomplish the attempted or planned criminal offense injuring the victim.

In the restraining order, the court shall set the rules of conduct, ordering that the defendant must not - directly or indirectly – contact certain persons, or must restrain from such person. Also, as rules of conduct, it may order that the defendant must not abandon and restrain from a certain apartment, moreover, it may oblige the defendant to restrain from the

place of stay, place of work of the person effected by the restraining order, also, from institutions or other places regularly visited by such person, especially from institutions visited for the purpose of parenting, parenting-educational- or medical treatment, or from buildings visited for the purpose of religious practice. For the latter, the court must set the rules of conduct providing that they may not eliminate practice of the defendant's rights effected by the ordered rules of conduct. [Section 280(2)-(4) Be.]

V.2.4. Criminal custody

Criminal custody restricts the defendant's right to free movement and free choice of dwelling. [Section 281 (1) Be.]

According to the rules of criminal custody, the defendant may not

- a) leave the specified area, apartment, other premises, institution or the enclosed area attached to it without permission,
- b) visit specific public places, public events or certain public areas. [Section 281(2) a)-b) Be.]

The defendant's obligation to report at the police department established for general tasks at specific intervals and by specific means shall ensure the execution of criminal custody. [Section 281(2) c) Be.] According to the statutory provisions, the court may set further rules of conduct in order to secure the realisation of the goals of criminal custody. [Section 281 (3) Be.] Namely, the enlisted statutory rules are indicative, the scope of obligations and restrictions may be expanded by the court.

Both at ordering restraining and criminal custody technical devices tracking the movement of the defendant are available, to control if the rules of conduct in force are followed. Imposing a bail is also one of the possible procedural measures to ensure the compliance of rules of conduct determined for the term of criminal custody or restraining.

V.2.5. Detention

Detention means judicial deprivation of the defendant's personal freedom prior to the delivery of the final and binding decision. [Section 296Be.]²⁵ Detention is the gravest one of the coercive measures, therefore, Be. stipulates the regulations of detention as the ultimate one of the coercive measures subject to court approval that effect personal freedom, indicating that it is a measure of a last resort. Despite there is no final penalizing decision, detention means substantive and exhaustive deprivation of personal freedom, therefore, the defendant is put in law-enforcement circumstances, namely, it is executed in a law enforcement institution.

V.2.6. Temporary involuntary treatment in a mental institution

Temporary involuntary treatment in a mental institution means judicial deprivation of a mentally disabled of his freedom prior to the final and binding decision. [Section 301 (1) Be.] Likely to detention, temporary involuntary treatment in a mental institution results in substantive deprivation of the defendant's a personal freedom. General conditions of the temporary involuntary treatment in a mental institution are identical to the general conditions

²⁵ See more in detail: Herke Csongor: A letartóztatás. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2002

of detention. Since temporary involuntary treatment in a mental institution is ordered upon the court's reasonable assumption, that involuntary treatment in a mental institution shall replace this coercive measure, the specific conditions of temporary involuntary treatment in a mental institution are the same as the statutory conditions of involuntary treatment in a mental institution expressly stipulated in Be.

Accordingly, temporary involuntary treatment in a mental institution is ordered

- in case of conducting violent criminal offenses against individuals or criminal offenses jeopardizing public safety
- in the lack of the defendant's capacity to understand the nature and consequences of his/her acts,
- in case of suspected reoffending
- and if the defendant would be sentenced to more than one year imprisonment if punishable.

V.3. Coercive measures effecting assets

V.3.1. Search

Search means the search of a house, other premises or an enclosure attached thereto, and the search of vehicles in order to enhance the efficiency of the criminal procedure. Nevertheless, search may also be extended to the search of information systems or data medium. [Section 149 (1) Be.]

There are general and specific statutory conditions of search. General conditions of the search are:

- ordering investigation of suspected crime; and
- the proceeding authority's written decision ordering the search.

Exceptionally, the search may be conducted without meeting the above conditions (thus, without decisions ordering investigation or search) as an inescapable investigating measure, if further delay would jeopardize the efficiency of the procedural act. In such extreme cases necessary formalities are later remedied, namely, the order is made up later on. However, if the court does not order the search, its results shall not be admissible as evidence. Search may be ordered when there is a reasonable cause to believe that it may result in (the *specific* conditions of search):

- apprehending a person having committed a criminal offense (capturing the hiding perpetrator);
- uncovering the traces of a criminal offense;
- finding means of evidence, or property subject confiscation or forfeiture; or
- screening information systems or a data medium.

V.3.2. Body search

Body search means the examination of the clothing and body of the person subject to body search in order to find evidence, or property subject to confiscation or forfeiture. In the course of the body search, any other objects being at the disposal of the person subject to the body search may also be examined. [Section 306 (1) Be.] Not only the suspect, but any other (innocent) person may also be the subject to body search, if there is a reasonable assumption that such person holds evidence. Body search may be ordered if it is reasonably assumed that the given individual holds physical evidence, or any property otherwise subject to confiscation or forfeiture. Likely, for example, if the perpetrator caught in the act is suspected

to hold the stolen asset(s) in his/her clothing or bag.

V.3.3. Seizure

The aim of seizure is to secure means of evidence, or the property subject to confiscation or assets subject to civil forfeiture in order to ensure efficiency of the criminal procedure. Seizure means the limitation of proprietary rights over the subject of seizure. [Section 308 (1) Be.] Nevertheless, only movable tangible properties, scriptural money, electronic money or electronic data may be subject to seizure. Principally, seizure is conducted upon a reasoned order, concluded in writing by the authority proceeding in any criminal procedure. If seizure is ordered by the court or the prosecutor's office, they may request the assistance of the investigating authority for the execution of the measure.

V.3.4. Sequestration

On the one hand, sequestration (writ of sequestration) aims to serve the interests of the victim through seizing the defendant's assets (as guarantee for the satisfaction of the civil law claim), and on the other hand, its target is to ensure the enforcement of pecuniary sanctions (forfeiture). Principally, it means the suspension of the defendant's right of disposal over the sequestered assets, property rights and pecuniary assets, upon the order of the court proceeding in the case.

Sequestration is always subject to judicial discretion, thus, its alternative conditions are the following:

- the proceeding regards a criminal offense, whereas forfeiture of property may be conducted;
- or
- the procedure aims to secure civil law claim,
- and there is a reasonable ground to fear that the execution of the forfeiture or the satisfaction of the civil law claim will be frustrated. [Section 324(3) Be.]

V.3.5. Temporary rendering of electronic data inaccessible

Temporary rendering of electronic data inaccessible is the temporary restriction of the right to dispose over the data published on the electronic communication network (hereinafter electronic data), and the temporary prevention of access to the data. [Section 335 (1) Be.] It is closely related to the legal institution of permanent rendering of electronic data inaccessible, stipulated in the Criminal Code [Section 63(1) g) Criminal Code], that is usually forerun by the order of temporarily rendered inaccessibility. Order of this coercive measure may be conducted in case the criminal procedure is pending against a criminal offense liable to be prosecuted under public prosecution (typically, child pornography, criminal offenses against the state, acts of terrorism), if permanent rendering of electronic data inaccessible is otherwise justified, temporary rendering inaccessible may be ordered in order to seize the conduct, thus to prevent continual commission of the criminal offense. The court shall be entitled to order the conduct of the measure. Temporary rendering of electronic data inaccessible may be conducted by:

- temporary removal of electronic data;
- temporary prevention of access to electronic data.

Az ember mint a jogi, vallási és erkölcsi normák címzettje

I. Bevezetés

A jogbölcseletet megalapozó munkák rendszerint a normák leírásával kezdődnek. Abban is közös e munkák látásmódja, hogy három alapvető norma van: a jogi, a vallási, és az erkölcsi norma. A normák ilyen jellegű osztályozása nem új jelenség: már az ókori Rómában is ezt a három normát különböztették meg: *ius*, *fas*, *mos* elnevezéssel.² A jog, a vallás és erkölcs kapcsolata ennek alapján úgy határozható meg, hogy adva van egy szervezett társadalom, a közösségi együttélés rendszerezett formája, és annak van egy gondolati alapja.

Felmerül a kérdés, hogy a jogi, vallási, és erkölcsi normának van-e átfedése? Erre a kérdésre a jogbölcselettel foglalkozó szerzők különböző válaszokat adtak. A válaszok különbözőségében világnézetbeli különbségek is közrejátszanak. Attól kezdve, hogy átfedésben vannak a normarendek, egészen addig, hogy nincs közöttük átfedés. Ez utóbbi szélső álláspont a normarendek eltérő szabályozási elvéből indul ki, és természetjogi alapon áll.³ Ugyanakkor a közös pont maga az ember, mint a normák címzettje. Emberségünk, mely az anyagi világ fölé emelkedik értelmünk és tudatunk révén, alkalmassá tesz arra, hogy normák címzettjei legyünk. A jogi, vallási, erkölcsi normában tehát az a közös, hogy mindhárom az ember magatartását szabályozza. Azonban mindhárom normarend az embert sajátos relációban vizsgálja. A jog esetében ez a közjó, a társadalom java, a vallás az ember viszonya a Szenttel, az erkölcs pedig a másik emberrel való kapcsolat belső lelkiismereti vonatkozására világít rá.⁴

A szervezett társadalomban együtt élők közösségét a közös gondolat határozza meg. A közös gondolatot mindenkinek el kell sajátítani, mert ennek révén tud az egyén a közösségbe beilleszkedni. Ezt a közös gondolatot nevezhetjük az adott történelmi korszak függvényében ideológiának, vagy akár eszmének. Elsajátítása, és az egyén életének eszerint rendezése teszi az egyént alkalmassá a közösségalkotásra.⁵ A közös gondolat megvalósítására irányuló magatartásformák előírása a norma, amely magában foglalja a magatartásforma leírását, az ahhoz kapcsolódó elvárást, és azt a hátrányt, ami azokat éri, akik nem követik az adott magatartásformát. A jogi, vallási, és erkölcsi norma inkább leír egy magatartásformát, a vallás pedig az ősök hagyományát közvetíti.⁶ Azonban minél részletesebben vizsgáljuk az erkölcsi, vallási, és jogi norma egymáshoz való viszonyát, annál árnyaltabbá válik a megkülönböztetésük.

A jelen tanulmányban azt szeretnénk röviden megvizsgálni, hogy miért válik egyre inkább fontossá a vallás a jogrendszer szempontjából. Megkíséreljük bemutatni, hogy milyen

¹ Doktorandusz, KRE ÁJK.

² Földi András – Hamza Gábor: A római jog története és intézményei, Nemzeti Tankönyvkiadó Budapest, 2009.26.o.

³ Birher Nándor: Természerjoghoz való visszatérés megkerülhetetlen szükségszerűsége a 4.0 Ipar idején, konferencia előadás, PPKE JÁK, 2019. márc 31-én, kézirat. 3.o.

⁴ Joseph Ratzinger: Benedek Európája a kultúrák válságában (Fordította: Dr. Diós István), Szent István Társulat, az Apostoli Szentsek Könyvkiadója, Budapest, 2005, 65.o.

⁵ Birher Nándor: A közösség szabályai in. Gazdaságtudományok, Folyóirat az etikus gazdaságért és társadalomért, 2013, 5. szám PDF 3.o.

⁶ Birher Nándor: *Ius, Fas, Mos – Emergence of Norms*

https://www.researchgate.net/publication/328274920_Ius_Fas_Mos_the_Emergence_of_Norms
(letöltve:2019.04.05.)

változások vannak napjaink társadalmában, melyek különösen is fontossá teszik, hogy a jogbölcselet a korábnál nagyobb hangsúllyal foglalkozzon a vallási normával, és egyáltalán a vallás kérdésével.

II. Globális szükséghelyzet

Az, hogy az emberiséget globális katasztrófa fenyegeti, nem új felismerés. Azonban a filozófia, különösen is a filozófiai eszközökkel operáló jogbölcselet számára egyre nyilvánvalóbb, hogy korunk válságjelenségeivel foglalkoznia kell. Az elhúzódó, és könnyen eskalálódó háborús konfliktusok⁷, a javak egyenlőtlen elosztása, a környezetszennyezés, a túlnépesedés, és az informatikai „robbanás” kétségtelenül olyan körülmények, melyek a világhatalom veszélyét megalapozzák, és sürgős cselekvést kívánnak.⁸ Hogy miért kell ezzel foglalkozni a filozófiának és a jogbölcseletnek? Mert nem szaktudományos kérdéstről van szó, hanem az embert egzisztenciális alapjaiban érintő kérdéstről, és a megoldást is ezen a szinten kell keresni. Ferenc pápa külön enciklikában foglalkozik a környezetvédelem kérdésével, mely *Laudato si'* címmel jelent meg.⁹ A korábban csak hitbéli és erkölcsi kérdésekkel foglalkozó pápai megnyilatkozás 2015-ben a környezet megóvásának a kérdése felé fordult. Ez arra mutat, hogy a globális környezetszennyezés kérdése emberi alapkérdéssé vált. Éppen ezért kell, hogy a filozófia, és a jogbölcselet is foglalkozzon vele, mint emberi alapkérdéssel. Emberi alapkérdést pedig csak a teljes ember fényében lehet tárgyalni, a teljes ember képéhez pedig hozzátartozik a vallás, mint legalapvetőbb döntéseinek mozgatórugója, mint emberségének legmélyebb rétege.¹⁰ A *Laudato si'* enciklika arra mutat rá, hogy a vallás számára fontossá vált az emberi környezet. A vallás az embert a maga teljességében szemléli, és ehhez tartozik az az erkölcsi alapállás, amely felelősséget jelent a jövő nemzedékek iránt. A II. vatikáni zsinat tanítása így fogalmazza meg ezt a felelősséget: „A Szentírás pedig, mellyel egybecseng a sok évszázados tapasztalat, arra tanítja az emberi családot, hogy az emberi fejlődés, mely az embernek nagy java, nagy kísértéssel járhat: ha megzavarják az értékek rendjét, és a rossz összekeveredik a jóval, az egyes emberek és csoportok már csak a maguk érdekét nézik, másokét nem. Ebből következően a világ már nem az igaz testvériség tere, az emberiség növekvő hatalma pedig már azzal fenyeget, hogy magát az emberi nemet pusztítja el.”¹¹ Ebben a megfogalmazásban amit „globális szükséghelyzet”-nek, vagy globális válságnak nevezhetünk, az az emberiségnek az ön-elpusztításának a veszélyeként jelenik meg. Ezt a veszélyt elhárítani csak úgy lehet, ha a világot irányító emberi gondolkodás gyökeresen más alapokra helyezkedik, mint eddig: mint láttuk a II. vatikáni zsinat megfogalmazásában: „az egyes emberek és csoportok” nem csak a maguk érdekét, hanem elsősorban az egész

⁷ Ferenc pápa, és Ahmad et-Tajjeb, az Al-Azhar egyetem és mecset főimámja 2019.február 4-én közös dokumentumot írt alá „Dokumentum az emberi testvériségről a világbéke és a békés együttélés érdekében” címmel Abu-Dzabiban. A dokumentumban a „darabokban zajló harmadik világháború” megjelölést használják. Magyar Kurír, 2019. február 8. Fordította: Tózsér Endre SP.

⁸ Birher Nándor 2013. 27. o.

⁹ Ferenc pápa *Laudato si'* kezdetű enciklikája közös otthonunk gondozásáról Szent István Társulat Az Apostoli Szentszék Könyvkiadója, Budapest, 2015. Fordította Tózsér Endre SP szit.katolikus.hu/feltöltés/Laudato%20si%27.pdf

¹⁰ Birher Nándor: A tudomány megtérése a fenntarthatóság érdekében in. Folyamatos Megújulás Reformáció(k) tegnap és ma, Studia Caroliensia, A Károli Gáspár Református Egyetem 2016-os évkönyve, szerk.: Balla Péter, Pozsonyi Károly, Csanády Márton, Fabinyi Tibor, Homicskó Árpád Olivér, Kendeffy Gábor, Sepsi Enikő, Szenczi Árpád, Törő Csaba, Zsengellér József, 366.o.

¹¹ *Gaudium et spes*, Lelkipásztori konstitúció az Egyházzól a mai világban 37. A büntől megrontott emberi tevékenység in. A II. Vatikáni Zsinat dokumentumai, Szent István Társulat az Apostoli Szentszék Könyvkiadója, Budapest, 2000. 679.o.(Dr. Szendi József fordítása)

emberiség érdekét nézik.¹² Az egyházi tanítás elsősorban az üdvösséget, az ember örök beteljesedését tartja szem előtt, de egyre inkább fontosnak tartja az jövő nemzedékek iránti felelősség világi megnyilvánulásait. Ezzel párhuzamosan a világi tudomány a globális fenntarthatóságot szem előtt tartva, szükséges hogy tekintetbe vegye az ember örök beteljesedését.¹³

Ez a gyökeres fordulat tekinthető megtérésnek, a görög szó eredeti értelmében: „metanoia”, azaz megfordulás.¹⁴ A tudománynak, mint a világot irányító emberi gondolkodásnak alapvetően meg kell fordulnia ahhoz, hogy a globális katasztrófa elhárítható legyen.¹⁵

Ugyanakkor felmerül a kérdés, hogy miért kell „megtérésről” beszélni, nem lenne elegendő a „szemléletváltás” kifejezés? Nem lenne az is elég, ha úgy fogalmaznánk, hogy az egyéni érdek helyébe a fenntarthatóság érdekében a közösség érdekét kell állítani?¹⁶ Ez azonban kollektívizmushoz vezetne, ami az ember elszemélytelenedését jelenti. Az emberi személyt, mint egyént, és az egyének által alkotott közösséget egyszerre kell figyelembe venni. Martin Buber interszjektív filozófiája szerint az ember személye nem irányulhat személytelenre. Az ember személye egy másik személlyel való kapcsolatban tud önmagára találni.¹⁷ Éppen ezért nem lehet az embert úgy tekinteni, hogy személy mivoltától eltekintünk. Ez akkor valósul meg, ha az embert személytelen struktúrákkal való kapcsolata alapján határozzák meg. Ha például az állami intézményrendszerrel való kapcsolata alapján az emberre kizárólag polgárként tekintenek, az ember személy mivolta háttérbe szorul.¹⁸ A vallás jelentősége a társadalmi gondolat alapján úgy értékelhető, hogy az ember személy mivoltát adja vissza az Istennel való kapcsolat egyetemes relációján keresztül.¹⁹

III. A mesterséges intelligencia kihívása a személy megőrzéséért vívott küzdelemben

A mesterséges intelligencia kihívása egyre erősödik a modern technológiák által meghatározott társadalmakban. A filozófiai eszközökkel operáló jogbölcselet ezzel kapcsolatban arra kell hogy rámutasson, hogy az ember személy, és személyként kell rá tekinteni. E nélkül minden szabályozás, ami a biztonságos társadalomra irányul, öncélúvá válik, és az embertől idegen marad.²⁰ A személytelen társadalmi kontroll technikai megvalósítására jellemző példa a kínai mesterséges intelligencia eszközeivel megvalósított kontroll-rendszer, amelyet napjainkban valósítanak meg Kínában. Egy ilyen kontroll-rendszer első látásra úgy tűnik, hozzájárul a társadalmat veszélyeztető magatartások kiküszöböléséhez.²¹ Azonban mivel személytelen, az ember méltóságát sérti. Az ember

¹² A „Gaudium et spes” által felvetett gondolat szavainak idézése, uo.

¹³ Birher Nándor 2016. 363.o.

¹⁴ Birher Nándor 2016. 361.o.

¹⁵ Birher Nándor tanulmánya a „Tudomány megtéréséről”, ill. annak szükségességéről szól. Ugyanakkor aminek meg kell változni a tudománnyal együtt, az inkább egyfajta közgondolkodás, melynek tudományosnak kellene lenni, de ma inkább „vulgárfilozófia”-ként értelmezhető. Birher Nándor 2016. 365.o.

¹⁶ Birher Nándor – Szabó Adrienn: Az élet és a túlélés erkölcsi-jogi kérdései, Jel Könyvkiadó, 2004. 38. o.

¹⁷ Birher Nándor – Szabó Adrienn 2004. 38. o.

¹⁸ Marguerite A. Peeters: A polgár és a személy, Lázadás és kiengesztelődés, 2014. szeptember, 9. o.

file:///C:/Users/User/Dokuments/marguerite_a_peteers_a_polgar_es_a_szemely.pdf (2019.04.17.)

¹⁹ „Huszonöt évvel a berlini fal leomlása után az emberiségnek némi rálátása nyílik legújabb történelmére. Ez a rálátás segíti az elmélyülést és a döntést. Döntő jelentőségű időben (kairosz) élünk, ami jó alkalom arra, hogy visszatérjünk a személyhez és az Atyához.” uo. 12. o.

²⁰ „(...)A személy elméletileg két részre osztható: egyrészt testből, azaz determinált valóság-részből, másrészt reflexióra képes szellemi részből tevődik össze.” Birher Nándor – Szabó Adrienn:2004.35. o.

²¹ Exposing China’s Digital Dystopian Dictators

<https://www.fixhd.tv/fix-tv-enigma-kina-a-vilag-elso-digitalis-diktaturaja-2018-10-24>

méltóságának a sérelme abban nyilvánul meg, hogyha az embert személy mivoltánál alacsonyabb szinten kezelik. Ebben a pozitivistá filozófia hatása nyilvánul meg.²² A pozitivistá filozófia elutasítja a metafizikát azáltal, hogy a lét eredetére, Istenre nem kérdez rá. E szerint a filozófiai irányzat szerint az emberkép is leredukálódik azáltal, hogy az ember egy saját maga felett álló erkölcsi fórumot elutasít.²³ Ilyen perspektívából nézve első látásra az ember szabadsága határtalanná válik, de valójában elvész a szabadsága. Saját maga, saját cselekvési képessége válik cselekedeteinek egyedüli mértékévé.²⁴ Ilyen módon eltűnik az elválasztás a „meg tudom tenni”, és a „megtehetem” között, mert ez látszólag ellentmondana a szabadságnak. Az emberi cselekvés az erkölcsi normában kellene, hogy mértéket kapjon. Ilyen mérték híján a szabadság pusztító erővé válhat.²⁵ Ennek a „pusztító erőnek” a „kordában tartására” alkalmazható a digitális megfigyelő-rendszer útján történő normaérvényesítés, mint sajátos technikai pótlása az erkölcsi normának, amely által azonban sérül az emberi méltóság.²⁶

Az emberi méltóságot sajátos módon veszélyezteti az emberi élet technikai eszközökkel való módosítása. Az emberi szervezetbe ültethető protézisek továbbfejlesztett változatai lehetnek az agyi „interfészek”, melyek az emberi memória, gondolkodási képesség feljavítására alkalmaznak.²⁷ Kísérleteket végeztek arra vonatkozólag, hogy agyba beültetett eszköz, un. „interfészek” enyhítheti az Alzheimer-kór tüneteit, javíthatja a memóriát.²⁸ Az ilyen jellegű eszközök jövőbeli továbbfejlesztésének lehetőségei felvetik annak a kérdését, hogy a gyógyászati célon túlmenően, az agykapacitás növelése érdekében agyba ültetett eszköz mennyiben módosíthatja az ember személyiségjegyeit.²⁹ Ennek nyomán megnyílik az a lehetőség, hogy az emberi intelligencia fokozására bioelektronikus eszköznek az emberi agyba ültetése bevett gyakorlattá válik.³⁰ Ez azonban azzal járhat, hogy az ember személyiségjegyei módosulnak az ilyen módon megnövekedett agykapacitással összefüggésben.³¹ Ez adott esetben az emberi jellemvonások megváltozásával járhat. Az emberi jellemvonások technikai eszköz általi módosítása azonban már felvet az emberi méltósághoz kapcsolódó etikai kérdéseket. A jellemvonásaiban technikai eszközökkel módosított (mert tudatában módosított) ember mennyiben tekinthető ugyanannak az embernek, aki korábban volt? A kérdés az ember önazonosságát, és annak folyamatosságát érinti. Az emberhez kapcsolódó kötődéseket: családi kapcsolatokat, házasságot, barátságot, az egyedi embert övező közösségi (társadalmi) megbecsülést mennyiben veszélyezteti az, ha technikai eszközök hatására az ember alapképességei, és ezáltal jellemvonásai módosulnak.³²

(2019.04.22)

²² Joseph Ratzinger 2005. 42.o.

²³ Joseph Ratzinger 2005. 42.o.

²⁴ Joseph Ratzinger 2005. 43.o.

²⁵ Joseph Ratzinger 2005. 43-44.o.

²⁶ <https://www.fixhd.tv/fix-tv-enigma-kina-a-vilag-elso-digitalis-diktaturaja-2018-10-24>

²⁷ Pokol Béla James DiGiovanna tanulmánya alapján járja körül az emberi identitás kérdését a mesterséges intelligencia által jelített veszélyben. (DiGiovanna, James (2017): *Artificial Identity*. In: Patrik Lin, Ryan Jenkyns, Keith Abney (eds.): *Robot Ethics 2.0*. Oxford University Press. New York. 307-321.) Pokol Béla: *A mesterséges intelligencia társadalma*, Kairosz Kiadó, Budapest, 2018.148.o.

²⁸ DiGiovanna egérkísérletekre hivatkozik, melyek során bebizonyosodott, hogy az agyba ültetett interfészek (mikro-, ill. bioelektronikus eszközök) segítségével a memória „feljavítható”, és ezáltal enyhíthetők az Alzheimer-kór tünetei. Pokol Béla 2018. 148.o.

²⁹ A „jövőbeli” fejlesztés, a kutatás folyamatosságát figyelembe véve lehet „jelenbeli” is lehet, figyelembe véve, hogy DiGiovanna Pokol Béla által hivatkozott tanulmánya (24. lábjegyzet) 2017-ben készült, Pokol Béla könyve pedig 2018 nyarán készült el. (Előszó, 11.) (Jelen tanulmány 2019. április végén íródik.) Pokol Béla 2018.148.o.

³⁰ Pokol Béla 2018.148.o.

³¹ Pokol Béla 2018.148.o.

³² A Pokol Béla által hivatkozott tanulmány úgy teszi fel a kérdést, hogy az „egy ember tartós identitása” felborulhat-e a technikával előmozdított változások kapcsán. Amikor ugyanis szeretünk valakit, kötődünk valakihez, akkor (kimondatlanul is) számítunk arra, hogy azok a szellemi, jellemi tulajdonságai az embernek

Itt azonban fel kell hívni a figyelmet arra, hogy az ember családi kapcsolataiban, minél bensőségesebb egy kapcsolat, annál inkább kijelenthető, hogy nem az ember tulajdonságai számítanak, hanem maga az ember, aki személyében ugyanaz akkor is, ha egyes személyiségjegyeiben módosul.³³ A mesterséges eszközök révén módosított tudatú ember, akit ilyen módon már „paraszemély”-nek lehet tekinteni, morális tekintetben nem lehet új kategória, aki teljesen újfajta jogi szabályozást igényel. Az ilyen módon megnövelt képességű ember a tulajdonságait tekintve lehet más, azonban emberségének lényegét tekintve ugyanaz. Tehát mindenképp meg kell különböztetni az ember egyes tulajdonságait, tudatát, memóriáját, és egyéb képességeit attól, „aki” maga az ember, tehát az emberség belső lényegétől.³⁴

Ehhez a kérdéshez kapcsolódik az a kérdés, hogy az „intelligens”, tehát az ember gondolkodásához, sőt talán „tudatához” nagyon hasonlóan működő robotok igényelnek-e külön jogi szabályozást? Ez a „robot-etika” (*robot ethics*) alapvető kérdése.³⁵ A kérdés talán futurisztikus, de mindenképp időszerű. Bizonyos, hogy a mesterséges intelligenciájú robotok világa a jog területén is új látásmódok megjelenésével kell, hogy járjon. Azonban hangsúlyozni kell, hogy az emberhez hasonló felelőssége, és esetleg ezzel együtt az emberhez hasonló „jogai” a robotoknak, hogy lehetnek-e, már mélyebb megfontolást igényel.³⁶ A kérdés úgy is feltehető, hogy megjelenhet-e a robotvilág az evolúció új szintjeként, mintegy az eddigi négy szintből kiemelkedve?³⁷ A válasz talán leginkább filozófiai (és teológiai) alapon közelíthető meg. Itt - véleményem szerint – élesen meg kell különböztetnünk azt, hogy a robotok mesterséges intelligenciája elérheti azt a szintet, hogy az emberi tudathoz hasonlóvá válik, attól, hogy ténylegesen öntudatra ébredhet a robot. Ez utóbbi állítás ugyanis azt foglalja magában, hogy az élettelen anyag öntudatra ébredhet.³⁸ Azt, hogy az élettelen anyag nem ébred öntudatra, akármilyen fejlett technika révén sem, tehát hogy egy gondolkodó robot nem válik személyé, alannya: nem lesz „valaki”, hanem „valami” marad: ezt filozófiai alapon mondhatjuk ki. A filozófiai eszközökkel operáló jogbölcselet ezt kimondhatja, mivel ezen a téren határai egybeesnek a filozófia határaival. Az emberi jogok, beleértve az emberi méltósághoz való jog meglétének az alapja: a személy.³⁹ Az emberi méltóságot deklaráló nemzetközi jogi egyezmények az ember fogalmát biológiai, erkölcsi, és jogi oldalról közelítik meg.⁴⁰ Tehát azt, hogy a robot akármilyen fejlett mesterséges intelligenciával rendelkezik,⁴¹ mégsem személy, az ember azonban személy: ez filozófiai alapon állítható.⁴² A filozófia, és a filozófiai eszközökkel operáló jogbölcselet idáig mehet el: hogy az ember személy, „valaki”, és nem „valami”, és ezért lehetnek jogai, és kötelezettségei. Az a kérdés, hogy az ember személy mivolta honnan van, és miért van: mert az embert Isten teremtette, aki szintén

megmaradnak, amik révén az adott emberrel kapcsolatos kötődés kialakult. Pokol Béla 2018.149.o.

³³ Minél bensőségesebb egy emberi kapcsolat, annál inkább nem az ember egyes tulajdonságai számítanak, hanem maga az ember. Nem azt kell néznünk „amilyen”, hanem „aki” az ember. Ennek a látásmódnak azonban a teremtettségben van a gyökere. Erre utal XVI. Benedek pápa megállapítása: „A tekintet, amellyel a másokra nézek, meghatározza emberségemet. Kezelhetem pusztá tárgyként, megfedkezve az ő méltóságáról, és az enyémről: arról, hogy mindketten az Isten képére és hasonlatosságára vagyunk teremtve. A másik az én méltóságom öre. Íme, az erkölcs, mely ezzel a másokra fordított tekintettel kezdődik, hogyan őrzi az ember igazságát és méltóságát: az embernek szüksége van rá, hogy önmaga lehessen és identitása el ne vesszen a tárgyak világában. Joseph Ratzinger 2005. 70.o.

³⁴ Pokol Béla 2018. 150-151.o.

³⁵ Pokol Béla 2018. 153.o.

³⁶ Pokol Béla 2018. 153.o.

³⁷ Pokol Béla 2018.153-154.o.

³⁸ Pokol Béla 2018.153.o.

³⁹ Birher Nándor – Szabó Adrienn 2004. 35.o.

⁴⁰ Zakariás Kinga: Az emberi méltósághoz való jog in. Jakab András – Fekete Balázs (szerk.): Internetes Jogtudományi Enciklopédia (Alkotmányjog rovat, rovatszerkesztő: Bodnár Eszter, Jakab András) <http://ijoten.hu/szocikk/az-emberi-meltosaghoz-valo-jog> (2018).(13)

⁴¹ Pokol Béla 2018.153.o.

⁴² Birher Nándor – Szabó Adrienn 2004.35.o.

„személy”: ez már a teológia, vagy legalábbis a teológia kezdetét jelentő „filozófiai Istentan” körébe tartozik, ezért a filozófia, és jogbölcselet határán már átlép ez a kérdés.⁴³ Nyilvánvaló ennek alapján, hogy aki keresztény hívőként jogbölcseletet művel, az ember eredetének tudatában biztosan megkülönbözteti a személyt, még ha nem is lép át gondolatmenetében a teológia területére.⁴⁴

IV. Záró gondolat

A jog és a vallás kapcsolatát a normák hármasságától, jogi vallási és erkölcsi norma hármasságának említésétől kezdtük elemezni, majd bemutattunk a világban néhány olyan változást, (mint a természetes környezetért való különleges felelősség erkölcsi követelményét, és a mesterséges intelligencia néhány morális kihívását) ami miatt a jogbölcselet számára lényegessé válhat a vallás, és az erkölcs szempontrendszere. A jogbölcselet viszonyát a vallási és erkölcsi normához az határozza meg, hogy közös a normák címzettje: maga az ember, akinek magatartásának szabályozására hivatottak a normák. Joseph Ratzinger, a későbbi XVI. Benedek pápa egy 1997-ben tartott előadásában így fogalmaz: „Valójában az erkölcs mindig a vallás tágabb összefüggésében létezik, az biztosítja számára az életető levegőt és életteret. Ezen a téren kívül az erkölcs megfullad és formálissá válik, elgyengül, és végül meghal. Az élet szent voltának etikai elismerése és az élet tisztelete melletti elkötelezettség saját horizontjaként megköveteli a teremtésbe vetett hitet...”⁴⁵

A jogbölcselet az ember különös felelősségét és méltóságát az ember személy mivoltára alapozva filozófiai oldalról közelítheti meg. Az ember személy mivoltára épül emberi méltósága. A személy eredetére rákérdezve azonban a teremtés teológiai szempontjával már túlfeszítenénk a filozófia és jogbölcselet kereteit. Azonban, mint Joseph Ratzinger, későbbi XVI. Benedek pápa fentebb idézett szempontrendszere mintegy háttértudásként jelen lehet gondolkodásunkban. Ez ugyanis elősegíti az emberi személyről való világos gondolkodást.⁴⁶ Ilyen módon a vallás gondolatrendszere, különösen is teremtéstani összefüggéseivel, segítheti a keresztény hívőként jogbölcseletet művelő gondolkodót, hogy az emberi személlyel, a világgal, és erkölccsel kapcsolatos fogalmait tisztázza, és megalapozottak legyenek.

Felhasznált irodalom

Birher Nándor: A közösség szabályai in. Gazdaságetika, Folyóirat az etikus gazdaságért és társadalomért, 2013.5. szám PDF 3.

Birher Nándor: A tudomány megtérése a fenntarthatóság érdekében in. Folyamatos Megújulás Reformáció(k) tegnap és ma, Studia Caroliensia, A Károli Gáspár Református Egyetem 2016-os évkönyve, szerk.: Balla Péter, Pozsonyi Károly, Csanády Márton, Fabinyi Tibor, Homicskó Árpád Olivér, Kendeffy Gábor, Sepsi Enikő, Szenczi Árpád, Törő Csaba, Zsengellér József

Birher Nándor: Ius, Fas, Mos – Emergence of norms

https://www.researchgate.net/publication/328274920_Ius_Fas_Mos_Emergence_of_Norms (letöltve:2019.04.05.)

Birher Nándor – Szabó Adrienn: Az élet és túlélés erkölcsi-jogi kérdései, Jel Könyvkiadó,

⁴³ Birher Nándor – Szabó Adrienn 2004.35.o.

⁴⁴ Birher Nándor – Szabó Adrienn 2004. 40-42.o.

⁴⁵ Joseph Ratzinger: Az élethez való jog és Európa, Előadás a „Movimento per la vita” összejövételén in. Benedek Európája a kultúrák válságában. 2005. 70-71.o.

⁴⁶ Birher Nándor – Szabó Adrienn: Az élet és a túlélés erkölcsi-jogi kérdései, 42.o. (4. bek.)

2004.

Ferenc pápa – Et-Tajjeb, Ahmad: Dokumentum az emberi testvériségről a világbéke és a békés együttélés érdekében, Magyar Kurír, 2019. február 8. (Fordította: Tózsér Endre)

Ferenc pápa: Laudato si', enciklika közös otthonunk gondozásáról, Szent István Társulat, az Apostoli Szentszék Könyvkiadója, Budapest, 2015.

Földi András – Hamza Gábor: A római jog története és intézményei, Nemzeti Tankönyvkiadó Budapest, 2009.26.

Peeters, Marguerite A.: A polgár és a személy, Lázadás és kiengesztelődés, 2014. szeptember 9.

file:///C:/Users/User/Dokuments/marguerite_a_peeters_a_polgar_és_a_szemely.pdf
(letöltés:2019.04.17.)

Pokol Béla: A mesterséges intelligencia társadalma, Kairosz Kiadó, Budapest, 2018.

Ratzinger, Joseph: Benedek Európája a kultúrák válságában (Fordította: Dr. Diós István), Szent István Társulat az Apostoli Szentszék Könyvkiadója, Budapest, 2005.

Zakariás Kinga: Az emberi méltósághoz való jog, in. Jakab András – Fekete Balázs (szerk.): Internetes Jogtudományi Enciklopédia <http://ijoten.hu/szocik/az-emberi-meltosaghoz-valo-jog> (2018) (Letöltés:2019.04.22.)

II. Vatikáni Zsinat: Gaudium et spes, Lelkipásztori Konstitúció az Egyházzól a mai világban 37. A büntől megrontott emberi tevékenység in. A II. Vatikáni Zsinat dokumentumai, Szent István Társulat az Apostoli Szentszék Könyvkiadója, Budapest, 2000. (Dr. Szendi József fordítása)

Integrity of Administrative Law: Polish Perspective (ed. by Jan Zimmermann)

Knowing and understanding a foreign State's legal system, especially a core domestic branch like public administrative law, is always a challenge. Meanwhile, contemporary research methods and academic analyses of legal problems often require comparisons of different jurisdictions and State practice. The unique volume edited by *Jan Zimmermann* now gives a helping hand by offering an insight into the role and place of Polish administrative law in their legal system.

The collective work of academics has been published by Wolters Kluwer in 2019 to open new perspectives of administrative law dialogue. The Department of Administrative Law of the Jagellonian University in Krakow, Poland has undertaken the role of a guide for academics and practitioners to understand the place of administrative law in the Polish legal system. The following noted authors made their contribution joined by the editorial work of Zimmermann: *Przemysław Wszolek* and *Mariusz Kotulski* on the issue of integrity and borderland of administrative law; *Wojciech Jakimowicz*, *Iwona Niżnik -Dobosz*, *Aleksandra Puczko* and *Joanna Lemańska* on the internal integrity and *Mariusz Oleś*, *Joanna Człowiekowska*, *Ewa Skorczyńska*, *Dorota Dąbek*, *Piotr Dobosz*, *Marta Kisielowsky* and *Mariusz Krawczyk* on different aspects of the external integrity of administrative law.

Referring to the words of the editor, an inescapable borderland can be observed in each branch of law and the volume made a brave attempt to analyse this marginal area and how it overlaps administrative law. Yet Zimmermann acknowledges the impossibility to strive for the whole, the book is an impressive collection of articles confirming its status in legal literature as the official guidebook to the *integrity of Polish administrative law*.

The word 'integrity' is often associated with administration and administrative law related subjects in the sense of certain *principled behaviour*.² The Book rather relies on its interpretation as a dichotomy of *unity and wholeness* and *being an integral part of something* when connects it to the public administrative law system.

Placing the Polish legal system of administrative law in the middle of the axis formed by the French and British concepts, the volume identifies it as an 'integral system', i.e.

*" a distinctive system of norms constituting a whole, a single entity, based on common principles, standards and values, theoretically (from jurisprudential perspective) independent and essentially self-contained, although not 'autonomous', not contrasting the remaining branches of law and not separate from them, but interrelated via co-occurring interactions; however, not 'repealing' norms of private law, but emphasizing a close and inseparable connection between that system and the entire applicable state legal order."*³

¹ University of Szeged, Faculty of Law and Political Sciences, Department of Administrative Law, senior lecturer.

² See for example, L. W. J. C. Huberts: Integrity: What it is and Why it is Important, *Public Integrity*, 20 (1) 2018. S18-S32.; Matthew T. Witt, Jack W. Meek & Suzanne Beaumaster: Integrity and Public Administration, *Public Integrity*, 14(3) 2012, pp. 225-227.; Conflict of Interest and Integrity in Public Administration in CEE Countries. Comparative Analysis. *Journal of Public Administration, Finance and Law*, 4(4) 2013 pp 55-67; Elisa D'Alterio Integrity of the public sector and controls: A new challenge for global administrative law? *International Journal of Constitutional Law*, 15(4) 2017, pp. 1013-1038.; Raymond W Cox: Ethics and Integrity in Public Administration: Concepts and Cases. Routledge, New York, 2015.

³ Wszolek, Przemysław: Substance and Types of the Integrity of Polish Administrative Law. In Jan Zimmermann (ed.): *Integrity of Administrative Law. Polish Perspective*. Wolters Kluwer, Warszawa, 2019. pp. 19-20.

This unity has two complementary, coexisting and interacting sides: internal and external integrity of administrative law.

While giving a theoretical explanation of the ratio behind choosing this typology, the borderland character of administrative law is explained (Part I). Mutual influences of administrative law and other areas of law are inevitable and often necessary; therefore, it is a normal phenomenon. Consequently, finding its boundaries (i.e. delimitation of internal integrity) does not and cannot require not separation (i.e. drawing the line of external integrity). It also highlights the fact that it is the legal practice, the practical application of the law that requires the settling of boundaries and the Book intends to offer a guide with its argumentations.

Every State has an own, unique system of law, so one may ask the relevance of such publication for the international audience. Indeed, at first glance to the table of contents suggest a basic study while the chapters include stand-alone but coherent studies. The scientific excellence and processing of each borderline area in a scholarly manner raise the Book to the level of high academic works. By giving the guidance with precise legal sources and deep theoretical analyses for each topic, the audience may identify and understand the edges of overlapping legal spheres to give proper background and basis for comparative studies and analogy.

Internal integrity of Polish administrative law is thoroughly and substantially analysed in a theoretical and positive law perspective; both from the view of the converging forces that support and of those which endanger and erode the unity. (Part II) Boundaries and borderlands with regards to constitutional law, civil law and criminal law is then detailed and a separate chapter is devoted to those field of law which are now considered as sub-systems of administrative law with a definite level of autonomy.

A significant part of external integrity discussion is dedicated to interpreting the multicentric nature of administrative law since Poland's accession to the European Union. Emphasizing that EU law affects all norms of administrative law as this impact varies, the complex impact of the EU law on national administration and its integrity are analysed in numerous dimensions. This helps to identify the effect of multicentricity on the integrity of public administration pro and contra and leads to the conclusion of completion; i.e. the creative force that lies in the interaction of national law, international law and EU law contributes to a coherent system of administrative law. In such system administrative law and jurisprudence has the role of establishing a 'stable core' as *Wszolek* highlights: its task is to reconcile the safeguarding of valuable elements accounting for national juridical heritage as an identity and the necessary changes of Europeanisation to fulfil the assumed international obligation embodied in EU membership.

As a closure, administrative law is interpreted in the axis of aggressive and defensive nature when it comes to identifying its role in regards certain spheres of social life that causes necessary overlapping areas with other branches of law.

Despite its well-proportioned, logically structured statements and reasonings in each chapter, the Book is not a light reading but that is what gives it its highest value in the academic field. The Book does not give the opportunity the dissolve actual legal problems but provides an insight into Polish administrative law perspectives in view of the neighbouring branches of public and private law with theoretical and positive law analysis. In addition to the theoretical basis founded on domestic and international academic works, a vast amount of Polish legal literature and legislation is explored. This latter is also attached as an appendix offering a starting point for in-debt research and understanding.

Besides giving a pattern to follow for academics of administrative law how to present and interpret their concept of this branch of law, the Book is a useful source of information with a sophisticated appearance. It gives the impression of holding a research handbook not

only for domestic users but for all who wishes to study Polish legal subjects to understand the system and to start a multidisciplinary research with comparative analysis.

Tolle et lege!