

Jogelméleti Szemle 2019/4. szám

TARTALOM

Tanulmányok

Balázs Tamás: Az Európai Unió államépítő szerepvállalása Líbiában a Kaddáfi-rezsim bukását követően	2
Heka László – Harkai István: A tetoválás tilalma a vallási jogrendszerekben.....	9
Löffler Tibor: A menekült mint szuverén. Az állam szuverenitása az állam- és államhatár-ellenes elméletek és jogideológiák tükrében	26
Makkos, Nándor: From the privilege to equal treatment of the public sphere.....	44
Pokol Béla: A jogrendszer duplázódása	54
Schultz Márton: Az ötlet védelme a joggyakorlatban és jogalapjának deregulációja.....	74
Tóth J. Zoltán: A vállalkozáshoz való jog alkotmányos tartalma az Alkotmánybíróság gyakorlata alapján	90
Vértesy, László: The legal and regulative aspect of the free movement of capital towards the Capital Markets Union	110

Az Európai Unió államépítő szerepvállalása Líbiában a Kaddáfi-rezsim bukását követően

A tanulmány az Európai Unió Tanácsa által 2013-ban elfogadott 2013/233/KKBP határozatból indul ki, melyben az Európai Unió ígéretet tett arra, hogy egyfajta államépítő szerepet vállal fel Líbiában a Kaddáfi-rezsim bukását követő időszakban. Am az elmúlt évek azt bizonyítják, hogy valójában az Európai Unió nem szeretne érdemben elköteleződni Líbiában. Mindeközben az ellentmondás éppen az, hogy biztonsági okokból az EU kénytelen szerepet vállalni a térség stabilizálásában. Líbia pedig pont azért érdekes, mert tanulva Irak, Afganisztán, Szomália és egyéb példákából, a nemzetközi közösség némileg „magára hagyta” az országot, de rá kellett döbbsennie arra, hogy a migrációs nyomás és a radikalizmus aktív szerepvállalásra kényszerít. A fő kérdés az, hogy az államépítés akkor hatékonyabb, ha erősebb a külső részvétel, vagy akkor, ha belülről táplálkozik. Jelen tanulmány arra próbál rávilágítani, hogy egy klasszikus bukott állam esetén, mint Líbia, csak akkor lehetne sikeres államépítésről beszélni, ha belülről fakadna az igény a stabilizációra. A külső részvételnek annyiban lehet hozzáadott értéke, hogy az államépítési folyamatot meggyorsíthatja.

I. Bevezetés

A tanulmány az Európai Unió államépítő szerepvállalását vizsgálja Líbiában a Kaddáfi-rezsim bukását követően. Az elemzés fókuszában az a kérdés áll, hogy az államépítés vajon akkor hatékonyabb, ha erősebb a külső részvétel, vagy akkor, ha belülről táplálkozik. A tények feltárásával a tanulmány azt a hipotézist kívánja igazolni, hogy az államépítés csak abban az esetben lehet sikeres, ha belülről fakad az igény a stabilizációra. Az Európai Unió Líbiában vállalt szerepének vizsgálatához érdemes röviden értékelni a Kaddáfi-rezsim bukása után közvetlen kialakult időszakot, majd elemezni az uniós stratégia lehetséges jövőbeni irányait. 2011 márciusában az ENSZ Biztonsági Tanácsa a „védelmi felelősség” (R2P) jegyében amellet foglalt állást, hogy engedélyez minden szükséges intézkedést a polgári lakosság védelme érdekében Líbiában.² A koordinálást végül az ENSZ felhatalmazásával a NATO vette át és 2011. október 23-án a líbiai Átmeneti Nemzeti Tanács bejelentette a felszabadítás sikerét, a Kaddáfi-rezsim bukását. A NATO október 31-én felfüggesztette líbiai tevékenységét és elkezdődött a politikai átmenet az átmeneti kormány kinevezésével, majd a választási törvény elfogadásával 2012 februárjában. Az már a rezsim bukása után világossá vált, hogy több volt az elvárás, mint amire a meglévő politikai intézmények és szereplők képesek lettek volna. Ahhoz pedig, hogy a NATO-kampány ne csak egy rezsimet megdőntő hadműveletnek, a „neo-imperialista kalandorság eszközének” látszódjon, sok lett volna a tennivaló a „védelmi felelősség” harmadik pillérének, az újjáépítés felelősségének megvalósítása terén.³ Ám a NATO akció lezárultával a nyugati hatalmak az átmeneti időre nem hoztak létre szárazföldi missziót. Mérlegre téve úgy tűnik, hogy a NATO beavatkozás a látszólagosan önigazolt léte ellenére egy hatalmas biztonsági vákuumot szült, mely Líbia határain túlnyúlva a Száhel-övezet instabilitását eredményezte. Ugyan 2012 őszén elkészült az

¹ Budapesti Corvinus Egyetem Nemzetközi Kapcsolatok Multidiszciplináris Doktori Iskolájának doktorjelöltje

² ENSZ BT 1970 és 1973-as határozat alapján

³ Okyere, Frank: The Legacy of UN Military Intervention and State building in Libya. Kofi Annan International Peacekeeping and Training Centre. <https://www.academia.edu/>. (2019. 11. 15.)

alkotmány, majd a 2013 tavaszán hozott újabb választási törvény után a választások már az ENSZ felügyelete mellett zajlottak, Líbia már akkor predesztinálva volt az újabb polgárháborús helyzet kialakulására. A polgárháború következményei (migráció) pedig világossá tették a nemzetközi közösség – és főleg az Európai Unió számára –, hogy Líbiát nem hagyhatja magára, aktív szerepet kell vállalni a stabilizáció megteremtése érdekében.

II. A 2011-es líbiai intervenció európai uniós aspektusai

„Líbia sosem volt az Európai Unió problémamentes szomszédja a Mediterráneum térségében”⁴ – írja Ana Gomes, európai parlamenti képviselő. Bár adódtak véleménykülönbségek a tagállamok között a lépéseket tekintve, az Európai Unió egységesen foglalt állást a líbiai beavatkozás mellett, és a szankciókon túl Kaddáfi távozását sürgette. Ugyanakkor a Tanács 2011. áprilisi határozata (2011/210/KKBP) – amit az ENSZ legitimált – a Líbiában a kialakult válsághelyzet miatt szükségessé vált humanitárius segítségnyújtásra irányuló európai uniós katonai műveletekről („EUFOR Libya”) a valóságban sosem teljesedett ki.⁵ Jóllehet, a NATO koordinációjával zajló intervenció már a harcok alatt a Kaddáfi időszak utáni forгатókönyveknek adott teret, ahol az EU-Líbiai kapcsolatok pozitívvá és szorosabbá válását vizionálták Brüsszelben. Még 2011 márciusában bejelentette az Európai Unió a „Partnerség a demokráciáért és a közös jólétért a dél-mediterrán térséggel” programot, melyet májusban követett az „Új válasz a változó szomszédságra” biztonsági dokumentum, amely növelni kívánta, de egyben a korábbiaknál szigorúbb feltételekhez is kötötte a pénzügyi támogatást. Ezzel a két dokumentummal az Unió megalkotta a stratégiát az arab tavasz utáni átmenetre.⁶ A partnerséget három pilléren alapulva képzelte el az EU:

- a demokratikus átalakulás és az intézményfejlesztés célzott támogatása, különös tekintettel az emberi jogokra, az alkotmányi és igazságügyi reformokra és a korrupció elleni küzdelemre;
- szoros partnerség a népességgel, különös hangsúlyt fektetve a civil társadalom támogatására és az emberek – különösen a fiatalok – közötti kapcsolatokra;
- a gazdasági növekedés, a fejlődés és a munkahelyteremtés ösztönzése, különösen a kis- és középvállalkozások támogatásával.⁷

Fentiekből is látható, hogy a retorika szintjén sosem hiányzott a segítő szándék és az értékalapú megközelítés, a demokrácia-teremtés eszménye az Európai Unió térségbeli szerepvállalásából. Líbiának azonban a mai napig nem sikerült átlendülni nehézségein és megoldani a biztonsági helyzetet vagy épp stabil kormányzást kialakítani. Ennek oka egyrészt a korábbi rendszerben keresendő, másrészt a Kaddáfi-rezsim megdöntésének következményeiben. Itt merül fel tehát a tanulmány alapkérdése, hogy vajon az államépítés akkor hatékonyabb, ha erősebb a külső részvétel vagy akkor, ha belülről táplálkozik. Mert bár az világosan látszik, hogy az EU tagállamok a reálpolitika szemüvegén keresztül saját biztonsági érdekeikből kifolyólag kezdték meg a párbeszédet Líbiával, de ez a külső részvétel egyelőre nem bizonyul elégségesnek az ország konszolidálásához.

⁴ Libya has never been the European Union's easiest neighbour in the Southern Mediterranean in Gaub, Florence: The EU and Libya and the Art of the Possible. The International Spectator. Vol. 49. No. 3. 2014. 40. o.

⁵ Gomes, Ana: Was Eufor Libya an April fool's joke?. EU observer. <https://euobserver.com/opinion/32624>. (2019. 11. 15.)

⁶ Gaub: i.m. 47. o.

⁷ Az Európai Bizottság ambiciózus partnerséget indít a demokráciáért és a közös jólétért a dél-mediterrán térséggel. Európai Bizottság. <http://europa.eu/>. (2019. 11. 15.)

III. A Kaddáfi-rezsim bukását követő időszak

Annak igazolására, hogy a külső részvétel önmagában kevés a demokrácia-teremtéshez, érdemes megvizsgálni az Európai Unió Líbia-politikáját a Kaddáfi-rezsim bukását követően. Ez négy alapvető pillérre épült: a diplomáciai, a gazdasági, a kooperációs és védelempolitikai mechanizmusokra. A első pillér kimerült abban, hogy az EU felvállalta a nemzetközi közösségben betöltött mediátorszerepet, de a líbiai konfliktus megoldásának kísérletét az ENSZ-re hagyta. A második és harmadik pillérek, amik a gazdaságra és a gazdasági együttműködésre irányultak sem hoztak nagy eredményeket. Líbia gyakorlatilag az egyetlen olyan mediterrán ország, melynek a mai napig nincs szabadkereskedelmi megállapodása az EU-val. A keretmegállapodással kapcsolatos egyeztetések ugyan elkezdődtek még Kaddáfi ideje alatt, de a 2011-es események elválták a tárgyalásokat. Egyedül az EU szomszédsági támogatási eszköze (European Neighbourhood Instrument, ENI) és annak elődje nyújtott és nyújt jelenleg is pénzügyi támogatást Líbia számára a politikai, gazdasági és társadalmi reformokhoz.⁸ Az uniós Líbia-politika négy pillére közül talán a negyedik, a közös biztonság- és védelempolitika a legjelentősebb. Ennek keretében jött létre 2013-ban az EUBAM misszió (*EU Border Assistance Mission in Libya*). Az EUBAM misszió felállításának szükségessége könnyen levezethető a Kaddáfi-rezsim megdöntését követő időszak közelebbi vizsgálatával. Az ország állami intézményrendszere a 2011-es események idejére egy omladozó szerkezet volt az évtizedeken át államellenes magatartást tanúsító és *Jamahirija*-t hirdető diktátor miatt.⁹ Bármilyen döntéshozó mechanizmusok is működtek a rezsimet, az a rezsim bukásával együtt elesett, és Líbia gyakorlatilag egy olyan állapotba került, ahol a biztonsági intézmények – akár rendőrség, akár fegyveres erők, megszűntek létezni. Ekkor, 2011 őszén még kényszerűség volt a milíciák megléte, hisz ők rendelkeztek a legütőképesebb fegyverekkel és ugyan önkényesen, de ellátták a rendfenntartói feladatokat. Az Átmeneti Nemzeti Tanács felállította a Harcosok Bizottságát és a Biztonsági Bizottságot (SSC), ahol a busás fizetésért hamar felduzzadt a fegyveresek száma, de az egész rendszert a transzparencia teljes hiánya jellemezte. A képzetlen katonák hamar vonzóknak találták a szélsőséges iszlamista nézeteket, így az SSC hamar a visszájára fordult és ő maga vált biztonsági kihívássá, míg a milíciák egyre inkább minden fontosabb területen a kormány vetélytársainak számítottak.¹⁰ Az európai uniós intézmények beszámolóí ezt egyértelművé tették: „a 2011 utáni kormány nagyon gyenge lábakon álló közigazgatási rendszert örökölt meg, gyakorlatilag nem létező nemzeti hadsereggel és erőtlen rendfenntartással; ugyanakkor körülbelül 150 ezer talpig felfegyverzett harcos volt a térségben, amelyet gyakran a város milícia szervezett”.¹¹

Realizálva a biztonsági helyzet súlyosságát és a politikai színtéren zajló események lassúságát a valós átmenet irányába, 2012 decemberében az EU további különleges intézkedéseket fogadott el Líbia kapcsán, kiemelve az egészségügyet, a műszaki és szakmai képzést, segítve az alkotmányozó Általános Nemzeti Kongresszus (GNC) munkáját és a jogállamiság kikényszerítését – ezzel is elősegítve, hogy a közeljövőben a demokratikus

⁸ Garai Nikolett, Polgár Katalin, Szalai Máté: Líbia: egy lehetséges európai beavatkozás kérdőjelei. Külügyi és Külgazdasági Intézet. http://kki.gov.hu/download/a/1c/61000/L%C3%ADbia_KKI_elemezsek_0530.pdf. (2019. 11. 15.)

⁹ Gaub: i.m. 40-53. o.

¹⁰ Marsai Viktor: A líbiai válság elmúlt két és fél éve európai szemszögből. *Nemzet és Biztonság*. Vol. 3. 2014. 82-104. o.

¹¹ Post-2011 government inherited a very weak public service, a virtually non-existent national army and a powerless police force; at the same time there were approximately 150.000 heavily armed fighters, often organised by town militia in ENP Country Progress Report 2012, Libya. European External Action Service. http://eeas.europa.eu/enp/pdf/docs/2012_enp_pack/libya_memo_2011_en.pdf. (2019.11.15.)

átmenet létrehozson egy stabil és virágzó országot.¹² Ezt követően, a fokozódó biztonsági kihívások hatására az Európai Unió Tanácsa 2013. május 22-én elfogadott 2013/233/KKBP határozat értelmében döntött az *Európai Unió líbiai integrált határigazgatást segítő missziójáról* (EUBAM Libya).

IV. EUBAM Libya – 2013-tól

Különleges geográfia elhelyezkedésének köszönhetően Líbia három kontinens – Afrika, Európa és Ázsia – „útkereszteződése”; partvonala pedig a Földközi-tenger által határolt afrikai államok közt a leghosszabb a maga 1770 kilométerével. Szerencsétlen egybeesés, hogy Kaddáfi alatt az ország a transz-szaharai migrációs rendszer kvázi központjává vált, az arab tavaszt követően pedig a migrációs jelenség legnagyobb helyszínévé nőtte ki magát. A reálpolitika azt mutatja tehát, hogy az Európai Unió líbiai integrált határigazgatást segítő missziója egyértelműen az európai stratégiai érdekekre fókuszál. De vajon kimerül-e abban, hogy kontrollálni próbálja a migrációs jelenséget azáltal, hogy hogyan akadályozhatná meg a migránsokat Európa partjainak elérésében?¹³ Vagy meghúzódik mögötte az értékalapú külpolitika, a demokrácia-teremtés is? Ehhez kicsit közelebbről kell megnézni az EUBAM Libya mandátumát, és szem előtt tartani, hogy az Európai Unió megközelítésében az államépítést a liberális béke elvei ihletik, és szorosan kapcsolódik ahhoz a felfogáshoz, hogy a béke a kormányzás egyfajta alapvető eleme.¹⁴ Béke pedig csak abban az esetben valósulhat meg, ha szilárd a biztonsági rendszer az adott országban, és van egy legitim központi kormány. Az Európai Unió és tagállamai a retorika értelmében azért avatkoznak be, hogy mediáljanak a regionális konfliktusok kezelésében, és hogy a bukott államoknak segítsenek talpra állni. A szakirodalom az államépítés három formáját különbözteti meg: katonai államépítés (military state-building), a konfliktust követő államépítés (post-conflict state-building) és az államépítés, mint konfliktuskezelés (state-building as conflict resolution). Az EUBAM Libya keretében, ami kvázi egy határőrizeti segítségnyújtó misszió, katonai államépítés zajlik. A misszió mandátuma első körben két évre szól, majd többször is meghosszabbításra került, és jelenleg 2020. június végéig van érvényben (2019. január 1. -2020. június. 30 között 61,6 millió eurós költségvetéssel). Célja, „*hogy rövid távon támogatást nyújtson a líbiai hatóságoknak a szárazföldi, tengeri és légi határbiztonság megerősítését célzó képességek fejlesztéséhez, illetve, hogy hosszabb távon hozzájáruljon egy szélesebb körű integrált határigazgatási stratégia kidolgozásához*”.¹⁵ Szorosan együttműködik az ENSZ civil missziójával (UN Support Mission in Libya), de utóbbinak igen limitált a szerepvállalása a térségben.

Azt világosan látni kell, hogy az Európai Unió az elmúlt évek során egyre nagyobb figyelmet fordít a kapacitásépítésre a missziói során, hogy a problémákat a gyökerükön tudják kezelni – elég megemlíteni Malit, ahol képzést nyújtott a helyi erők számára, hogy hogyan küzdjenek a terroristák ellen. Az, hogy az EUBAM Libya látszólag nem tud eredményt felmutatni, legnagyobb részben annak köszönhető, hogy a reálpolitika (érdekek,

¹²Country Cooperation: Libya. European Commission. http://ec.europa.eu/europeaid/where/neighbourhood/country-cooperation/libya/libya_en.htm. (2019. 11. 15.)

¹³ Trevisan, Stefano: 2013-2015 EUBAM Libya: analysis of an EU crisis management mission in the field of migration control, and the (extra)territorial applicability of the non-refoulement principle. Unpublished master's thesis. <https://www.academia.edu>. (2019. 11. 15.)

¹⁴ Richmond, Oliver, Kappler, Stefanie, Björkdahl, Annika: The emerging EU peacebuilding framework: confirming or transcending liberal peacebuilding?. Cambridge Review of International Affairs. No. 24. Vol. 3. 2011. 449-469. o.

¹⁵ A Tanács 2013/233/KKBP határozata (2013. február 22.) az Európai Unió líbiai integrált határigazgatást segítő missziójáról (EUBAM Libya). EUR-Lex, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/ALL/>. (2019. 11. 15.)

biztonsági szemüveg) látszólag nem tud együtt létezni az értékalapú külpolitikával (demokrácia-teremtés).¹⁶ Hiszen az Európai Unió elsősorban látszólag a biztonsági kihívásokat igyekszik orvosolni, minden egyéb kapacitásépítési tevékenység másodrangú, és az európai védelmi politikának alárendelt. Ugyanakkor az sem elhanyagolható tény, hogy az uniós misszió kezdetben igen csekély személyi és anyagi költségvetéssel indult, miközben a biztonsági kihívások folyamatosan növekedtek. Bár brüsszeli bennfentesek szerint az Európai Unió már így is nagyban hozzájárult a békefenntartáshoz a katonai szakértők és kiképzők térségbe küldésével, átütő sikert csak úgy lehetne elérni, ha az ENSZ égisze alatt egy olyan nemzetközi összefogás és törekvés alakulna ki, amelyben részt vesz az Afrikai Unió és az Arab Liga is.¹⁷

Ám Donald Trump elnökké választásával az új amerikai adminisztráció még az eddiginél is kevesebb energiát fordít a líbiai politikai stabilitás erősítésére, így az Európai Unióra feltehetőleg a jelenleginél is sokkal nagyobb felelősség hárul a jövőben, hogy felvállalja az államépítő és békefenntartó szerepet a térségben. Az Egyesült Államok megteheti, hogy félvállról vegye a líbiai helyzetet, de az európai országok nem hagyhatják figyelmen kívül a kontinens közvetlen szomszédságban zajló geopolitikai rivalizálást és a szélsőségek térnyerését, amely eddig nem látott mértékű menekültválságba torkollott. Fontos lenne kidolgozni ugyanakkor egy olyan stratégiát, amely képes együtt kezelni és megvalósítani a reálpolitikát az értékalapú külpolitikával. Máshogy fogalmazva: a retorikai kijelentéseket megtölteni gyakorlati tartalommal.

V. Az Európai Unió líbiai stratégiájának lehetséges jövőbeni irányai

Európa számára a kontinens védelme, a menekültválság elleni küzdelem a legfőbb prioritás az utóbbi időben. Líbiával kapcsolatban jelenleg két katonai missziót is működtet. Egyrészt 2015. május 1-án az Európai Tanács döntött az EUNAVFOR MED felállításáról, ami a Sophia nevű katonai hadművelet keretében „a líbiai válság mentén felélénkülő emberkereskedelem és az embercsempészetre épülő gazdasági modell felszámolásával” foglalkozik a térségben.¹⁸ A másik hadművelet pedig a Triton-t felváltó Themis, amely a Frontex által koordinált kutató-mentő hadművelet a Földközi-tengeren. Az EUNAVFOR MED esetén ugyanakkor fontos megemlíteni, hogy átütő eredményt csak abban az esetben tudna elérni, ha maga a líbiai kormány részéről is érkezne felhatalmazás, hogy a hadművelet végrehajtható legyen líbiai felségvizeken is. Jelenleg csak az ENSZ BT 2240-es határozata ad jogi háttérrel a hadműveletnek.¹⁹

Ha az Európai Unió líbiai stratégiájának lehetséges jövőbeni irányai kerülnek górcső alá, akkor a migráció témaköre mellett mindenképp beszélni kell az Iszlám Állam jelenlegi helyzetéről. Európa már 2015-ben felismerte, hogy csupán 250 kilométernyi távolságra partjaitól, az Iszlám Állam líbiai térnyerése aggodalomra ad okot, ám az ellene való küzdelem csak 2016-ban indult meg igazán, amikor Egyesült Államok vezette nemzetközi koalíció ISIS és helyi szövetségesei elleni katonai támadás következtében az Iszlám Állam hatalmas területi és személyi veszteséggel zárta a 2016-os évet a líbiai Szirt városában. (Csakúgy, mint Irakban és Szíriában).

Ám ennél is nagyobb kihívás, hogy az Iszlám Állam fennhatósága alól felszabadított

¹⁶Keohane, Daniel: Libyan Lessons for Europe. Carnegie Europe. <http://carnegieeurope.eu/strategieurope/?fa=62645>. (2019. 11. 15.)

¹⁷ Uo.

¹⁸ Garai: i.m. 11. o.

¹⁹ Adopting Resolution 2240 (2015): Security Council Authorizes Member States to Intercept Vessels off Libyan Coast Suspected of Migrant Smuggling

területeken egy új politikai rendet hozzon létre a nemzetközi koalíció. Egy pontosan megfogalmazott politikai stratégiai híján ugyanis a katonai nyereségek könnyen elveszhetnek, és az adott ország a konfliktusok és szélsőségek melegágyaként súlyosbíthatja a biztonsági és migrációs kihívásokat, amivel Európa már amúgy is szembenéz.²⁰ Azt már az elmúlt évek során a „Nyugat” saját bőrén megtapasztalhatta, hogy a terrorizmus elleni harc a helyi stabilizáció nélkül önmagában szinte semmit sem ér. Ha nincs folyamatos nemzetközi erőfeszítés, a politikai és gazdasági sérelmek könnyen a szélsőségek és konfliktusok megjelenésébe torkollanak, mint ahogy annak az Iszlám Állam kapcsán is szemtanúi lehetett a világ. Líbia esetében már nem pusztán távoli remény, hanem a közeljövőben esélyes forgatókönyv, hogy felszabadul az Iszlám Állam területi ellenőrzése alól, és ezzel újabb potenciális konfliktusok gócpontjává válik az ország a térségben jelenlévő fegyveres politikai és katonai frakciók versengése nyomán. Pusztán azért, mert az ISIS ellen megvívott harc eredményeként minden résztvevő fél bizonyos mértékű befolyásra akar majd szert tenni a felszabadult területeken.²¹

Ilyen körülmények között a klasszikus eljárás valószínűleg csődöt mondana, mint ahogy ez eddig is megtörtént az esetek többségében. Új kormányt alapítani, választásokat tartani, aztán magára hagyni az országot a problémáival garantáltan jó recept egy újabb konfliktusra. Líbia esetében még nagyobb az esély az instabilitásra, ha az ISIS utáni átmenetben a nemzetközi közösség figyelmen kívül hagyja a szélsőséges erőket. Ugyanis az szinte borítékolható, hogy nemzetközi felügyelet nélkül a helyi befolyásért való versengés további konfliktushoz vezet az Iszlám Államot legyőző szereplők között.²²

A 2017-es év uniós Líbia-politikáját tekintve az Európai Külkapcsolati Tanács (ECFR) év elején publikált tanulmánya arra hívja fel az európaiak figyelmét, hogy érdemes volna összpontosítani a helyi és nemzetközi koalíció bővítésére, ami az ENSZ által fémjelzett politikai megállapodást hivatott támogatni.²³ Emellett fókuszálni kellene Szirt és Bengázi újjáépítésére és erőfeszítéseket tenni a gazdaság helyreállítására is. Am a gyakorlatban mindezekig nem történt átütő változás.

Mindamellettt továbbra is hangsúlyozandó, hogy az Európai Unió csakis akkor tudna vezető szerepet vállalni Líbia stabilizálásában, ha összehangolná reálpolitikáját egy értékalapú, demokrácia-teremtésre irányuló külpolitikával. Amíg hiányzik a közös politikai akarat a cselekvésre, az EU csupán két eszközre: a gazdasági stabilizációra és a közvetítésre támaszkodhat, hogy ne eskalálódjon a helyzet a Tripoli kormányt és a Khalifa Haftar által vezetett Líbiai Nemzeti Hadsereget támogató erők közt. Valószínűleg pont ezért elszánt támogatója az EU a szkhírat megállapodás mielőbbi implementálásának.²⁴

VI. Konklúzió

Az Európai Bizottság által elfogadott „Európa globális stratégiájának” értelmében az európai kül- és biztonságpolitika legfontosabb prioritása, hogy hatékonyan tudjon válaszolni

²⁰al-Khoei, Hayder, Geranmayeh, Ellie, Toaldo, Mattia: After ISIS: How to win the peace in Iraq and Libya. European Council on Foreign Relations (ECFR). <http://www.ecfr.eu/>. (2019. 11. 15.)

²¹ Uo.

²²al-Khoei, Hayder, Geranmayeh, Ellie, Toaldo, Mattia: After ISIS: How to win the peace in Iraq and Libya. European Council on Foreign Relations (ECFR). <http://www.ecfr.eu/>. (2019. 11. 15.)

²³A Haftar tábornok által vezetett tobruki Képviselőház és a Tripoliban székelő Általános Nemzeti Kongresszus helyébe az ún. szkhírat megállapodás értelmében elő lett írva a nemzeti egyetértés kormányának (Government of National Accord, GNA) létrehozása

²⁴ Garai: i.m. 9. o.

*a globális kihívásokra, így a szomszédos országok kríziseire is.*²⁵ Jogosan merülhet tehát fel a kérdés, hogy az Európai Unió mit (nem) tett a térségben a Kaddáfi-rezim megdöntését követő máig tartó időszakban, hiszen a valóság azt mutatja, hogy kérdéses az Európai Unió szerepe, mint államépítő erő a térségben. A hagyományos uniós mechanizmusok (a bi- és multilaterális magas szintű tárgyalások szervezése, a különböző pénzügyi ösztönzők használata és a szankciók bevezetése) mindez idáig nem tudták hatékonyan kezelni a líbiai válságot. 2014 óta újra polgárháború dúl az országban, a menekültek száma pedig egyre növekvő tendenciát mutat. Még ha a prioritások meghatározásánál és az uniós missziók mandátumainak megalkotásában szerepet is játszottak az ország valós problémái az Európai Unió saját érdekei mellett, a legnagyobb probléma az, hogy például az EUBAM Libya is olyan kihívásokkal néz szembe, melyek túlmutatnak mandátumán. A rossz infrastruktúra, a jogszabályok kikényszeríthetlensége, a határőrök gondolkodásmódjának európai eszmékkel összeegyeztethetetlen mivolta mind olyan tényezők, melyek megváltoztatásához annyi időre lenne szükség, amennyivel Líbia nem rendelkezik.²⁶

Úgy tűnik, a Líbiában zajló események felett sem az ország, sem az Európai Unió nem tud kontrollt gyakorolni, ami az EU szempontjából Líbiát továbbra sem teszi „könnyű” partnerré. Még ha elfogadásra is kerülne egy újonnan kidolgozott alkotmány, a biztonsági kihívások akkor is csak a milíciák lefegyverzésével és demobilizálásával lennének megoldhatóak. Az uniós beavatkozás pedig nem mutathat túl azon, amit Líbia kész elfogadni. Így az EU külpolitikájának tényleges korlátait talán nem is Európában, hanem a Földközi-tenger túloldalán kell keresni. Eközben az európai választópolgárok részéről kvázi elvárás, hogy az Európai Unió világosabb katonai szerepet vállaljon a kontinens határainak védelmében, és ennek tükrében járuljon hozzá a nemzetközi biztonság, így Líbia ügyének támogatásához.

Összességében és zárszóként elmondható, hogy önmagában a külső segítség csupán a problémák eskalálódását képes megfékezni, de a stabilizáció eléréséhez a demokrácia-építésnek egy belülről fakadó igénynek kell lenni. Ennek hiányában még egy jól definiált mandátummal rendelkező külső misszió sem képes csodát tenni.

²⁵ Garai: i.m. 11. o.

²⁶ Gaub: i.m. 50. o.

A tetoválás tilalma a vallási jogrendszerben

I. Bevezetés

Napjainkban a jogtudomány világméretű tudománnyá vált, amelynek művelői nemcsak kitekintenek, hanem rendszerint ismerik is a világon létező főbb jogrendszereket. Vallási jogrendszerek (a zsidó, az iszlám és a keresztény – katolikus vallási jog) általában csak az állami jog mellett működnek (kivéve egyes muszlim országokat), de mégis nagy befolyást gyakorolnak az egész világra. A monoteista vallások közel három és fél milliárd követője (zsidók, keresztények, muszlimok) elfogadja az egy Istenben, mint Teremtőben és a világ fenntartójában való hitet, ezért tiszteletben tartja az isteni kinyilatkoztatáson alapuló vallási jogot is. Azt vallják és hiszik, hogy az Isten saját képére és hasonlatosságára alkotta meg az embereket, akik egyenlők előtte.²⁸ A vallás jelentősen befolyásolja az egyén és a társadalom erkölcsi érzetét, kihat az emberek közötti viszonyra, valamint a családi és állami életre is. Megállapítható, hogy a vallás a civilizáció, a tudomány és a művészetek indítója-alapja, amely az emberiség történelmének egyik legdominánsabb eleme.

A vallási jogra jellemző, hogy egyrészt stabil (nem változtatható) jogrendszer, másrészt a jog részletes szabályozásainak kibontása, interpretációja a jogtudósok, teológusok, a „bölcsek” feladata. A zsidóknál a Tóra (az Ótestamentum első öt könyve – Pentateuchos), a Talmud, valamint a Tórát magyarázó, elemző hálákhá olyan jogi szabályokat tartalmaznak, amelyek minden vallásos zsidó számára kötelezőek, ahogy a muszlimok is magukra nézve kötelező jogként fogadják el a sari'át.²⁹ A római jogra épülő belső kánonjog (Corpus Iuris Canonici) ma már csak a Katolikus Egyház tagjaira – híveire vonatkozik, ugyanakkor kétségtelen, hogy a 12. századtól egészen napjainkig nagy hatással volt a nyugati jogrendszerekre. Mind a három közösség vallási jogának világi alkalmazása elsősorban a családjog, főként a házassági jog terén jellemző.

Jelen tanulmányban a tetoválás kérdésével foglalkozunk, amelyet mindhárom vallás határozottan elutasít.

II. Az identitás

Az emberi élet egyik fontos eleme az identitás, melyet a pszichológusok a tudatosan megélt *én-élmény*ként definiálnak, és a társas valósággal történő kölcsönhatás során alakul ki.³⁰ Az identitás a szocializálási folyamat társadalmi terméke, nélküle az ember csak egy

²⁷ Heka László habilitált egyetemi docens, SZTE Állam- és Jogtudományi Kar, Összehasonlító Jogi és Jogelméleti Intézet.

Harkai István: tanársegéd, SZTE Állam- és Jogtudományi Kar, Összehasonlító Jogi és Jogelméleti Intézet.

²⁸ A hinduizmus is a vallási jogcsaládhoz tartozik, de annak hittételei jelentősen eltérnek az isteni kinyilatkoztatáson alapuló fent említett vallási jogrendszerektől, emiatt a hindu joggal nem foglalkozunk. A hinduizmusban *védák* és az *avesta* képezik a vallási szöveget és a törvényt egyaránt. A hindu vallás meghatározott világnézetet és emberi magatartási szabályokat hirdet. Az embereket négy nagy társadalmi kategóriába (kasztriba) sorolja, azoknak sajátos jogaik, és kötelességeik, erkölcsök vannak.

²⁹ Habár Izrael állam joga nem a hálákhára épül, mégis számos előírását, szabályát alkalmazják, az állami jogrendszerbe beépült részként. Hasonló a sari'a jog hatása is a muszlim lakosságú országok (jelenleg a világ 51 államában a muszlimok alkotják az abszolút vagy relatív többséget) jogrendszereire.

³⁰ Lásd William E. Connolly: *Identity/Difference, Democratic Negotiations of Political Paradox*, Cornell

személy a sok közül, akinek a személyneve az egyetlen megkülönböztető jele, az viszont semmit sem árul el a karakteréről, a képességeiről, hajlamairól, illetve arról, hogy szociális és lelki szempontból hol van a helye. Ma egyre többen igyekeznek külső kinézetükkel kitűnni a környezetükből annak érdekében, hogy a világ ne tartsa őket személytelen egyéneknek”³¹, hanem felismerje a valódi énünket. Az ember társas lény, kinek kollektív identitása egy csoporthoz való tartozást jelent (család, nemzet, hivatás stb.).³² Ezt az identitást az egyén a társas interakciók során szerzett tapasztalatokból építi fel akként, hogy saját öntudatot alakít ki, mivel az emberek gyakran határozzák meg magukat azoknak a csoportoknak a segítségével, amelyekhez tartoznak. Az egyéni és kollektív identitás a társadalomban fennálló különbségekkel kapcsolatban keletkezik, de amíg a személyazonossággal kapcsolatos a különbségekre utal, addig a kollektív identitás a hasonlóságokra vonatkozik. Mivel senki sem élhet elszigetelten, így az identifikációs folyamat egyik fontos lépése a szociokulturális környezetbe való beépülés. A személyi integritás felépítésében fontos szerepet játszik a közösség általi elfogadás (beleértve az érzelmi momentumot), tehát szükséges a két identitást (személyit és a társadalmi) összhangba hozni. Vagyis a személyi identitás kialakulása egy hosszú és bonyolult érési folyamat, melyet a belső tulajdonságok mellett a társadalmi-kulturális viszonyok is jelentősen befolyásolhatnak, megváltoztathatnak.

Az egyéni identitás pszicho-szociális meghatározói: a státusz, a kor, a nem, a foglalkozás, a hatalom, a kötelezettségek, a társadalmi szerepek, a kompetenciák, a kapcsolatok létrehozása, a fejlesztési lehetőségek, a képességek, a motiváció, az alkalmazkodás, a viselkedés és a stílus.³³

Már a serdülőkortól kialakul az egyén véleménye saját magáról, amely gyakran nem azonos azzal, ahogyan a környezet vélekedik róla. Az egyén megítélése a közösség részéről nem sztereotipizált társadalmi szerepek alapján történik, mivel a társadalom jelöli ki a kívánatos magatartási modellt, rendszerint valakiről példázva (valamilyen vezetőről, politikusról, sportolóról, színészeiről stb.), és ehhez a meghatározott egyénhez történik a társadalmi azonosulás. Émile Durkheim a kollektív identitás típusai közül megkülönbözteti a csoport és az osztály identitását, valamint a szociális, a kulturális, a nemzeti és a szakmai identitást.³⁵ Ezek közül a kulturális identitás a közös nyelven, a domináns szimbólumokon és értékrendszeren alapul, továbbá a történelmi mítoszokon és legendákon, valamint a „népi” illetve „tömeges” kultúrán (szubkultúrán: zene, sport, filmek, irodalmi művek). Tehát a kulturális azonosság alatt értjük a közös életmódot, gondolkodást, az értékrend kereteit, a közös tapasztalatokat, amelyek meghatározzák mi a kívánatos magatartás, és mi az, ami ezzel ellentétes.

A mai világban az eszmecserék, a versírás, a levélírás, vagy más önkifejezési formák háttérbe szorultak, a leszűkült szókincsbe beszivárogtak a trágár szavak, és a szleng a közkedvelté vált. Új kommunikációs formák lettek a rövid üzenetek (SMS, e-mail), vagyis az emberek más módon igyekeznek önkifejezésre találni. Egyrészt meg szeretnének felelni a csoportnak, melyhez tartozni kívánnak, másrészt pedig azon belül szeretnék kifejezni individualitásukat. Az öltözködés, a hajviselet, továbbá a mobiltelefon, a napszemüveg, a cigaretta, a rágógumi mind olyan kellékek, amelyek elősegítik a kívánt csoporthoz való

University Press, London. 1991.

³¹ Erich Fomm által megalkotott fogalom.

³² Richard Jenkins szerint a múlt az egyénnél, mint emlékezet tükröződik, míg a kollektíva esetében történelemként jelenik meg. Richard Jenkins: *Rethinking Ethnicity, Arguments and Explorations*, SAGE, London. 1997. 28. p.

³³ Alex Mucchelli: *L'Identité*. Presses Universitaires de France (PUF), Paris. 1986. 8-9. p.

³⁴ Hans Gerth, Charles Wright Mills: *Character and Social Structure, The Psychology of Social Institutions*, Routledge and Kegan Paul, London. 1954. 91. p.

³⁵ Zagorka Golubović: *Ja i drugi. Antropološka istraživanja individualnog i kolektivnog identiteta*. In: Republika, Beograd, 1999. VII. fejezet.

integrálást. Ugyanakkor a tetoválás vált az egyének személyi azonosításának jelképévé, az, amely megkülönbözteti őt a többiektől. A testbe befecskendezett képi ábrázolások, feliratok vagy szimbólumok gyakran a szülők, a tanárok, az állami apparátus vagy az egész társadalommal szembeni tiltakozást fejeznek ki. Az *én-kifejezés* lehet egyfajta lázadás, illetve az elkülönülés és a különbözőzés hangsúlyozása, de az utóbbi időben sok „konfekciós” ábra is megjelent, melyek csupán a bálványozott sztárok „tetkóinak” utánezatai. Néha a készítettő nincs is tisztában azzal, hogy mit is üzen a kereskedelmi tetováló szalonban általa kiválasztott és felvarrt „tetkó”. Ilyen például a bandák (*gang*) tagjai körében már régóta rendkívül jellemző gótbetűk vagy a kötött betűs írás használata.³⁶ Emberek milliói nem képesek felmutatni olyan kiváló eredményeket, amelyekkel a társadalom többi tagjai közül kiemelkedhetnének. Ehelyett figuratív jelrendszereket alkalmaznak, amely jelenség kétségtelenül a társadalom elértéktelenedése felé mutat.³⁷

Jóllehet a tetoválással és a tetováltakkal szembeni előítéletek igen erősek és a bűnözéshez köthetők, a kutatók mégis azt tartják, hogy a tetoválás a delikvenciának csak a tükré és nem pedig az okozója.³⁸

III. A tetoválás

A tetoválás a tinta vagy másmilyen festékanyag bőr alá juttatása, ami tartósan ott marad, és nehezen távolítható el. Ezáltal a tetováltató megtöri a készítettő testi épséget, megváltoztatja annak eredeti állapotát, így nem kérdéses, hogy a test önkárosításáról van szó. Jóllehet sokan a tetoválást évezredek óta a bűnözők jeleként értelmezik, ennek ellenére egyre népszerűbb. Maga a szó eredete a *tatau* (tattaow és tattoo) polinéziai kifejezésre nyúlik vissza, melynek jelentése „megjelölni”.³⁹ Az ősi kultúrákban társadalmi jelentősége volt, a törzsön belül elfoglalt státust, rangot ábrázolta. Eleinte a hajóslegények, a matrózok vették át a mórok tetoválási szokását és terjesztették a nyugati világban, amíg keleten (pl. Japánban) ez a megjelölési forma már régóta ismert volt.

Kínában valamikor ez volt a büntetés egyik neme (közel 200 bűncselekmény esetében írták elő).⁴⁰ Az elkövetőre rátetováltatták a szégyenbélyeget (lopás esetén a fül mögé, komolyabb delictum esetén pedig az arcára), amely megszegyenítő jellegű volt és ellehetetlenítette a bűnözőt attól, hogy a társadalomba beilleszkedjen.⁴¹ A görögöknél és a rómaiaknál is ez lehetett az egyik büntetési nem, vagy egy társadalmi csoporthoz való tartozásnak a szimbóluma. Seneca és Vergilius római írók beszámolnak arról, hogy a rabok és bűnözők nagy része tetoválást viselt a testén. Egy efezuszi jogi irat arról tanúskodik, hogy a korai római császárság idején az Ázsiába küldött valamennyi rab testére kitetováltatták az „adó kifizetve” megjegyzést.⁴² Végül Kónsztantinosz császár megszüntette a megbélyegző

³⁶ Fliegauf Gergely: A tetoválás mint szubkulturális jelenség: marginalizálódásra utaló jelek magyar fogvatartottak tetoválásain. In: *Börtönügyi Szemle* 2014/1., 54. p.

³⁷ M. E.: Tetoválás. In: *Firka*. Erdélyi Magyar Műszaki Tudományos Társaság. 26. évf. 4. szám. 1-6. p. 2015-2016., pp. 1-7., 3. p. http://epa.oszk.hu/00200/00220/00138/pdf/EPA00220_firka_2015-2016_04.pdf Letöltve: 2019. július 4.

³⁸ Peterson, D.: *The tattooed delinquent or the delinquent tattoo?* A response to the typology of tattooed youth. *Youth Studies Australia*, 16 (3), 1997. 45. p. Idézi: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић: (Не) Повезаност тетоважа са криминалом, In: *Култура полиса*, год. XIV (2017), бр. 33, стр. 193-202. 198. p.

³⁹ Európában a *tattoo* szót elsőként Joseph Banks természettudós jegyezte fel 1796-ban James Cook hajóján, az Endeavour-on, majd Cook kapitány hajónaplójából elterjedt az egész világba a tetoválással együtt. Addig a Bibliában karcolásoknak, megbélyegzésnek fordították a testre bevéselt szimbólumokat.

⁴⁰ Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 195. p.

⁴¹ Reed, C.: Tattoo in early China. *Journal of the American Oriental Society*, 120 (3) 2000. 360. p. Idézi: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 195. p.

⁴² U. o.

jellegű tetoválás büntetést, így sem a bűnözők, sem a gladiátorok, illetve a katonák már nem viselték ezt a jelet.⁴³ A kereszténységre áttért császár vallotta azt a nézetet, hogy az emberi arc Isten orcájának tükré, így azt nem szabad sem bekoszolni, sem átalakítani.

A középkorban (a 12. században) a Katolikus Egyház betiltotta ezt a pogány szokást, amely ezután Európában szinte teljesen eltűnt. Megmaradt a börtönökben, valamint a rabszolgák, bűnözők (gyilkosok, rablók, prostituáltak, ágyasok) és a száműzöttek megbélyegzéseiként. Nagy Péter cár megparancsolta, hogy keresztet tetováltassanak minden katonára, aki elhagyta a hadi flottát. Olyan löporral történt a fecskendezés, amely még láthatóbbá tette a jelképet. A tetoválás, mint a bűnözőket degradáló megbélyegzés ismert volt még a modern börtön rendszerekben is, így Indiában az életfogytiglani börtönbüntetésre elítélt személyeknek a homlokukra tetováltatták a nevüket, Ausztráliában pedig a hajókon szolgáló foglyokat szintén tetoválással jelölték meg, hogy könnyebben ellenőrizhetők legyenek, de ugyanakkor megalázó jelleggel bírt az ilyen jel.⁴⁴

Az Amerikai Egyesült Államokban (USA) és Nagy Britanniában a 19. században a dezertőröket tetováltatták, ilyen sorsra jutottak a szibériai gulágok foglyai, majd a II. világháborúban a náci koncentrációs táborok zsidó foglyait is így jelölték meg. A 20. század közepétől a megszegényítő jelleg helyett már a kollektív identitás szimbólumává alakult át. Ettől kezdve az USA-beli utcai bandák tagjai (a japán Yakuza mintájára) tetoválásaikkal jelezték az adott bandához (ganghoz) való tartozást, ahogy a börtönben fogvatartottak is a kitetovált szimbólumaikkal utalnak arra, melyik csoportnak a tagjai.

A tetoválás kultúrtörténeti változásairól, valamint a bűnözés és tetoválás kapcsolatáról értekezve Hodován Zsófia megjegyzi, hogy a tetoválást az úgynevezett testtorzító beavatkozások közé sorolják többek között a fül, az ajkak és az orr átfúrásával, a fogak kiverésével, kihegyezésével stb. együtt.⁴⁵

Ez a fajta képi ábrázolás évszázadokon keresztül jelképezte a külvilág számára az egyén individualitását vagy csoporthoz (bűnszervezethez) való tartozását. Ezért a kriminalisztikában és kriminológiában már régóta foglalkoznak a tetoválás kérdésével. Elsők között Cesare Lombroso, olasz kriminológus, orvos, a pozitivisták kriminológia megalapítója kötötte össze a tetoválásokat a bűnözők világával. A bűnözés felé 1864-ben fordult az érdeklődése, amikor hadiorvosként „a katonák tetoválásait tanulmányozta, és arra a következtetésre jutott, hogy „a becsületes és a becsutlen katonákat” a bőrükbe vésett obszcén szövegek alapján lehet megkülönböztetni. Azonban belátta azt is, hogy egyedül a tetoválás nem elég a bűnöző természet felismeréséhez – „ehhez szükséges a pozitivisták tudomány eszközeinek alkalmazása is.”⁴⁶ Jóllehet Lombroso ezen elméletét elvetették, mégis a tetoválás máig a börtönvilághoz köthető.⁴⁷

Azonban ez az ősi társadalmakból származó pogány szokás napjainkban divattá vált, és sokan magukra fecskendeznek különböző ábrákat, akár tájképeket, vagy különböző geometriai formákat, feliratokat stb.

⁴³ Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 196. p.

⁴⁴ Awofeso, N.: Juggers in the pokey: *Understanding tattooing in prisons and reacting rationally to it. Australian Health Review*, 25 (2), 2002:167. p., Idézi: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 197. p.

⁴⁵ Hodován Zsófia: Bőrbe varrt bűnjel – A tetoválás kultúrtörténeti változásai, különös tekintettel a bűnözés és a tetoválás kapcsolatára. In: *Börtönügyi Szemle* 2013/1. pp. 71-76. 72. p. http://epa.oszk.hu/02700/02705/00093/pdf/EPA02705_bortonugyi_szemle_2013_1_071-076.pdf. Letöltve: 2019. július 1.

⁴⁶ Lászlófy Csaba: *A kriminálantropológiai elmélet napjainkban – Cesare Lombroso – pályafutás és az elmélet.* <https://web.archive.org/web/20160906205710/http://fogaszatiszakerto.hu/a-kriminalantropológiai-elmélet-napjainkban--cesare-lombroso--palyafutas-es-az-elmélet.html#> Letöltve: 2019. július 1.

⁴⁷A vallás, a jog és a jogászság összefüggéseinek szociológia nézeteiről lásd: Nagy Zsolt: *Metszetek a jogásztársadalomról.* Pólay Elemér Könyvtára. Szeged. 2012., illetve Nagy Zsolt: *A jogi oktatás fejlődése és aktuális kérdései.* Kézirat. Szeged. 2006.

Továbbra is inkább a férfiak alkalmazzák ezen képi kifejezésmódokat, de ugyanakkor a hölgyek világában is nő a tetováltak száma. Becslések szerint USA-ban 2006-ban a felnőtt lakosság 24% (zömében 20 és 31 évesek) tetovált volt.⁴⁸

III.1. Üzenete, motiváció

A testi szimbólumok célja felhívni az emberek figyelmét, így a nem-verbális kommunikáció eszközeként társadalmi kapcsolat létesítésére ösztönöznek. Ezért a tetoválásnak feltűnőnek kell lenni és azt üzeni, miben különbözik a tetovált a környezetétől. Az 1960-as, 1970-es évektől az USA-ban az „elnyomás” (a rendőrség, az oktatási rendszer, a karhatalmi szervek) elleni és a középosztály (a mainstream) értékrenddel szembeni tiltakozásként manifesztálódott, majd ekként terjedt el világszerte. Ez időben a fogyasztói kultúra változott akként, hogy az „én” kihangsúlyozására került a hangsúly, a test pedig az egyén kifejezője lett. A test, a testépítés, az aerobic, a jogging, az egészséges életmód (mens sana in corpore sano) háttérbe szorította a szellemi világra támaszkodó értékrendet. Megváltozott az esztétika fogalma is, hiszen az intellektuális értekezés (irodalom, filozófia, kultúra) helyébe a testiség lépett. A test képi ábrázolása már nem a deviáns viselkedés és delikvenszek világát jellemezték, hanem a köznépet is. Újabb paradigmaváltás történt a századfordulón, amikor a testi ábrázolás nemcsak elfogadott, hanem divatos önkifejezési eszköz lett (a hip-hop vagy rap, illetve gangsta zene, a gettós öltözék stb. velejárójává vált). A tetoválás elterjedését elősegítette a média, az amerikai szubkultúra (a filmek, a zene, a sport) népszerűsítése, így a fogyasztói társadalom újabb eladható terméke lett. Európába is mint a „szabad világ” produktuma került. Kontinensünkön – így a kelet-európai országokban is – a rendszerváltást megelőző korszakban ezeket a képi ábrázolásokat többnyire a „prolik”, a prostituáltak, bűnözők, alulképzett, szegény vagyoni helyzetű emberek „varratták” magukra, majd a demokrácia, a globalizáció, a határok megnyitása és a „szabad világból” érkezett divat eredményeként az „alsóbb néprétegek” mellett elterjedt a széles néptömegek körében is.⁴⁹

Továbbra is az USA-ban a legelterjedtebb ez a divat. Jelenleg minden ötödik amerikainak legalább egy tetoválása van (21%). Mivel a világ legbefolyásosabb országáról van szó, főként a fogyasztóipar és tömegkommunikáció terén, ezért hasonló trend követése várható világszerte.

Solymosi Katalin 1987-ben végzett kutatása a készítettők egyéni motivációját néhány csoportra osztotta. Az *önérvényesítési* kategóriába sorolta az emberi ego önkifejezési formáit (érzelemkifejezés, vágyakozás). Az általa meghatározott további kategóriák: az *identifikációs (affiliációs)* igény, vagyis a tulajdonképpen *szeretetigény* (személyhez, csoporthoz tartozás szándéka, hagyománykövetés, utánzás), a *társadalmi integráltság* szüksége (biztonságérzet, társadalmi státusz), az *időigény* vagyis az idő strukturálása (időtöltés, unaloműzés), a *tartós és pillanatnyi ösztönimpulzusok kiélésének szükséglete*, tehát az ösztönök levezetése, melynek kifejezési formái lehetnek az agresszió, destrukció stb., végül az *esztétikai szükséglet*, amely a készítettő szépítési igényére utal.⁵⁰

A tetováltatással foglalkozó kutatások jelentős része keresi a kapcsolatot a tetováltatás és a különböző rizikófaktorok, deviáns viselkedések között. A kutatások eredményei általában megegyeznek abban, hogy a vizsgált populációban az önbizalom hiánya mellett gyakrabban

⁴⁸ Silver, E. - Van Eseltine, M. & Silver, S.: Tattoo acquisition: *A prospective longitudinal study of adolescents*, Deviant Behavior, 30 (6), 2009, 520. p. Idézi: Ненад Радовић - Зоран Турђевић i. m. 198. p.

⁴⁹ Ladányi Bence: Testre varrt fájdalmak – a börtöntetoválások világa. In: Míndszet Pszichológia <https://mindsetpszichologia.hu/2018/06/24/testre-varrt-fajdalmak-a-bortontetovalasok-vilaga/> Letöltve: 2019. július 4.

⁵⁰ Solymosi Katalin: A tetoválás motivációi. In: *Tetováltak és tetováltak*. Kecskemét, 1987. pp. 59-65

jelennek meg bizonyos rizikótényezők (pl. dohányzás, alkohol- és drogproblémák, párkapcsolati nehézségek, tartós egyedüllét, depresszióra való hajlam, bűnelkövetés).⁵¹ Szociálpszichológiai vizsgálatok igazolták, hogy az emberi testet “ösztönösen úgy szemléljük, mintha az kimutatná” az egyén jellemét és a személyes tulajdonságait, azaz ki is ő valójában.⁵² Richard S. Post rámutat arra, hogy „nyilvánvaló a korreláció a tetoválás és a tetovált egyén bizonyos személyiségi zavara között”.⁵³ A tetováltak nem csak a személyiségüket, hanem a másoktól őket elkülönítő sajátosságukat akarják kifejezni.⁵⁴

Egy a kanadai középiskolások között 2002-ben végzett kutatás (23 középiskolában 2180 tizenkét és tizennyolc életév közötti tanulót kérdeztek meg) eredményei kimutatták az összefüggést a tetoválás (és piercing) és a törvénysértés, illetve rizikós viselkedés között.⁵⁵ A kutatást végzők az állításuk alátámasztására egy francia kutatást is idéznek, amelynek célja az alkoholfogyasztás és a tetoválás közötti kapcsolat feltárása volt. Ez a kutatás kimutatta, hogy a tetováltak (valamint a piercinget viselők) nagyobb mértékben fogyasztottak alkoholt.⁵⁶ A Cincinnati Egyetemen 2013-ban lefolytatott vizsgálat (998 hallgató között, kiknek 29,6%-a tetovált volt, a lányok nagyobb arányban, mint a fiúk) szintén megerősítette, hogy az egyetemisták ezen kategóriája „vevőbb volt” az alkohol és a marihuána fogyasztására, mint a hallgatótársaik. A vizsgálat ugyanakkor megállapította, hogy az öngyilkosság és a tetoválás között nincs összefüggés.⁵⁷

Egy tajvani börtönben 2014-ben lefolytatott kínai kutatás azt világította meg, hogy a tetovált elítéltek hajlamosabbak voltak az emberölésre, kábítószer fogyasztására és a csalásokra, mint a börtön többi lakói. Az agresszivitás és az engedetlenség kapcsán egy 2015. évi londoni kutatás (378 felnőtt részvételével, kik közül 25,7% tetovált volt) feltárta, hogy a tetováltak kimagaslóan engedetlenebbek, indulatosabbak és verbálisan agresszívebbek, mint honfitársaik.⁵⁸

A tetoválások jelentéséről készült vizsgálatok megerősítették, hogy különbség van az ún. békés tetkók és a bűnözésre nagyobb hajlamot mutató agresszív üzeneteket hordozók között.⁵⁹ Egyértelművé vált, hogy a bűnözők magukra „vésik” a bűnelkövetési szándékot, amely tényről a társadalmat figyelmeztetni kell. Ezért a belgrádi Kriminológiai-Rendőri Akadémia kutatását végző szakemberek kiemelik, hogy a rendőrség nyilvántartásba veszi az

⁵¹ Szucsáki Melinda: Tiltott varrósakkör a rácsok mögött – Szabaddá tesz? *Börtönügyi Szemle*. 32 (1), 2013. pp. 71-76. http://epa.oszk.hu/02700/02705/00093/pdf/EPA02705_bortonugyi_szemle_2013_1_077-090.pdf

⁵² Adams, J.: Marked difference, *Tattooing and its association with deviance in the United States*. *Deviant Behavior*, 30 (3), 2009, 274. p. Hivatkozik rá: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 198. p.

⁵³ Post, Richard. S.: *The relationship of tattoos to person-ality disorders*. *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1968, 521. p. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5547&context=jclc> Letöltve: 2019. július 1. Lásd: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 199. p.

⁵⁴ Wohlrab, S. - Stahl, J. & Kappeler, P. M. (2007): *Modifying the body: Motivations for getting tattooed and pierced*, *Body Image*, 4, 2006, 90. p. Idézi: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 198. p.

⁵⁵ Deschesnes, M. - Finès, P. & Demers, S.: *Are tattooing and body piercing indicators of risk-taking behaviours among high school students?* *Journal of Adolescence*, 29. 2006, 385. p. Idézi: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 197. p.

⁵⁶ Guéguen, N.: *Tattoos, Piercings, and Alcohol Consumption*. *ISBRA*, 36 (7), 2012. Idézi: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 198. p.

⁵⁷ King, K. A. & Vidourek R. A.: *Getting inked: Tattoo and risky behavioral involvement among university students*. *The Social Science Journal*, 50, pp. 540-546., 2013, 542. p. Idézi: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 198. p.

⁵⁸ Swami, V. - Gaughan, H. - Tran, U. S. - Kuhlmann, T. - Stieger, S. & Voracek, M. (2015): *Are tattooed adults really more aggressive and rebellious than those without tattoos?* *Body Image*, 15, 2015, 150. p. Idézi: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 198. p.

⁵⁹ Nina, Zeiler - Erich Kasten (2016): *Decisive Is What the Tattoo Shows: Differences in Criminal Behavior Between Tattooed and Non-tattooed People*, 5 (2), pp. 16-20., 2016, 18. p. Idézi: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 198. p.

egyres bűnözők tetoválásait és azok üzeneteit, a testi ábrázolások szimbólumait, melyek közül némelyik óvá intik a kriminalistákat. A meglévő testi ábrázolások alapján a rendvédelmi szervek egyfajta megfigyelést (screening) folytatnak, megismerik a bűnözők személyiségét, életvitelét. Elemzésük alapján képesek kidolgozni a bűnözővel kapcsolatos kriminalisztikai prognózist is.⁶⁰ Ez nem egyszerű vállalkozás, mivel egyrészt a tetoválások helye lehet látható vagy láthatatlan (bordák, mellek, hát, váll stb.), másrészt pedig egyes bűnözők tudatosan megtévesztő jellegű üzeneteket is véznek magukra. Mégis a legtöbbjük számára a test az üzenet hordozója. Az üzenet lehet titkos is, bár a kriminalistáknak sikerült a legtöbb szimbólumot megfejteniük. Főleg az amerikai és az oroszországi börtönökre jellemző ez a megállapítás. A bűnözők körében a tetoválások közül a legismertebbek a könnyecseppek (a megölt emberek számát ábrázolják), továbbá a különböző antiszociális jellegű szövegek,⁶¹ vagy számkombinációk (pl. a fehérek között a 88. szám az ábécé nyolcadik betűjét idézi – HH, és a náci üdvözlését tükrözi, a 23. szám – a W vagyis *white* szintén a skinheads-ek körében népszerű, a 713 számot pedig a mexikói maffia houstoni tagjai tetováltatják magukra, hiszen ez Houston hívószáma, a benne lévő 13 pedig az M betű jele).⁶² A rövidítések közül a FAIM - Family Affiliated Irish Mafia - az ír maffia jele. A börtönben a tetoválás védelmet nyújthat, de egyben az élet kioltáshoz is vezethet (pl. ha az egyén nem „jogosult” egyes ábrázolást magán viselni).⁶³

Azonban a tetkó olyan bélyeg marad, amely megnehezíti a társadalomba való beilleszkedést, főleg a munkakeresést. Még a „trendi” testi ábrát viselők is szembesülnek azzal, hogy nem felelnek meg egyes cégek külsőségeket szabályozó előírásainak. A HVG 2015-ben megjelent cikkében megemlíti a kínai Hainan légitársaság légiutas-kísérőknek kiírt pályázatát, amelyben kizáró okként jelölték meg a tetoválást, ha az munkavégzés közben látható.⁶⁴ Sok vállalatnak a megjelenésre vonatkozó szabályzata ugyan nem tiltja a tetkót, de annak eltakarására kötelezi a viselőjét.

„A magyar munkajog csak annyit szabályoz, hogy a munkavállalónak a munkavédelem szabályainak is megfelelő, a munkavégzés jellegével összeegyeztethető öltözékben és megjelenéssel kell részt vennie a munkában.” Ez a meghatározás lehetővé teszi a munkáltatónak, hogy szabályozza, mit is jelent a „munkavégzés jellegével összeegyeztethető öltözék”. Nemzetközi kitekintést érdekes megemlíteni, hogy a CareerBuilder.com által készített felmérések kimutatták, hogy a HR-vezetők 37%-a a karrierlehetőséget korlátozó testi tulajdonságok között a harmadik helyre a tetoválásokat helyezte. A Salary.com 2018. április 17-én megjelent cikkében kimutatta, hogy az USA-ban milyen negatív hatással van a tetoválás a munkaerőpiacon. A Pew Research Center tanulmánya szerint a 18 és 29 év közötti emberek közel 40%-a rendelkezik legalább egy tetoválással. A képzettségi szint mutatja, hogy közülük csupán 20% középiskolai végzettségű, és 10% egyetemi végzettségű. Emellett sokkal gyakoribb a tetoválás az egyedülállók és az elváltak között, mint a házasságban élőkénél. A foglalkoztatottságot illetően a mezőgazdaságban és a farmon dolgozók 22%-a tetovált, majd következik a vendéglátóipar, a

⁶⁰ Walters, G. D. - Ravello, L. & Baltrusaitis, W. J.: *Predicting parole/ probation outcome with the aid of the Lifestyle Criminality Screening Form*, Psychological Assessment, 2.,1990, 314. p. Idézi: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 197. p.

⁶¹ Demello, M.: *The convict body: Tattooing among male American prisoners*. Anthropology Today, 9 (1), 1993, 11. p. Idézi: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 199. p.

⁶²Canada Border Services Agency: *Tattoos and their meanings*, Canada Border Services Agency 2008, <https://info.publicintellgence.net/CBSA-TattooHandbook.pdf>. Letöltve: 2019. július 8.

⁶³ Koch, J. - Roberts, A. - Armstrong, M., & Owen, D. (2005): *Body art, deviance, and American college students*. Social Science Journal, 47 (1) 157. p. Idézi: Ненад Радовић - Зоран Ђурђевић i. m. 198. p.

⁶⁴Szakszervezetek.hu: Meddig mehet el egy cég a külsőségek szabályozásával? 2015.08.26. 09:52 <https://szakszervezetek.hu/dokumentumok/munkajog/693-meddig-mehet-el-egy-ceg-a-kulsosegek-szabalyozasaval-2>. Letöltve: 2019. július 8.

turizmus és a rekreációs iparág 20% -kal, illetve a művészeti, média- és szórakoztatóipar 16%-kal. A kormányzati dolgozók körében a legalacsonyabb a tetováltak száma, mindössze 8%.

A tetoválások és piercingek viszont a munkakeresés során hátrányt okozhatnak a pályázónak. A megkérdezettek 76%-a a tetoválást és a piercinget olyan korlátnak tartják, amely miatt a foglalkoztatásnál az ilyen pályázóra nem tartanának igényt. A megkérdezettek 39%-a úgy véli, hogy az ilyen kinézetű munkavállaló rossz fényt vet a munkáltatójára. A válaszadók 42%-a a tetoválást, 55%-a pedig a piercinget tartja nem kívánatosnak a munkakeresők részéről. Természetesen a 60 év feletti korosztály volt a legkevésbé toleráns, a 18-25 év közötti megkérdezettek pedig a legtoleránsabbak.⁶⁵

IV. A vallási jogrendszerek és a tetoválás kérdése

A vallási jogrendszer nem egy állam, hanem mindenekelőtt egy vallási közösség joga, amely szoros kapcsolatban áll a teológiával és a filozófiával. A vallási alapokon nyugvó társadalmak egy ideális magatartási modellt követnek, amelyben az Istentől származó jog a mérvadó, előírja a társadalmi együttélés legfőbb szabályait. Jellemzője, hogy a törvényeket nem emberek alkotják, hanem az Isten, ezért a jogszabályok megváltoztathatatlanok és minden időre szólnak. E jogrendszerben a jogtudósoknak kimagasló jelentőségük van, hiszen a vallási jog értelmezése is a jogtudomány (jogászok) terméke.⁶⁶

A nemzeti jogrendszerek megteremtése nem jelentette a vallási jog megszűnését, hanem legfeljebb annak „háttérbe szorulását, miközben a napi gyakorlatban az egyes társadalmak szokásaiban igen erősen élt tovább, nem egy esetben nagyobb befolyást gyakorolva az emberek mindennapi életére, mint az állami jog”.⁶⁷ Maga a jog fogalma is másként értelmezendő a vallási jogrendszerek esetében, bár ennek meghatározása egyébként is nehéz vállalkozás. *Giorgio Del Vecchio* olasz jogfilozófus megjegyezte, hogy mindenki tudja mi a jog, de nehéz azt meghatározni. A leggyakrabban idézet bölcsesség a *"Ius est ars boni et aequi"* (A jog a jóság és igazságosság művészete). *„A jog a társadalmi kontroll egy sajátos formája, s azon kulturális minták összessége, amelyek érvényesülését az állam biztosítja.”*- szól az egyik definíció.⁶⁸ Badó Attila és Bencze Mátyás nézete szerint *„a jog nem univerzális jelenség, ugyanis nem szükségszerű, hogy a társadalom irányítása, a politikai közösség kereteinek fenntartása mindenhol egy bizonyos társadalmi gyakorlat monopóliuma legyen.”*⁶⁹ Van, aki a jogot egy térség feletti szuverenitás kifejezőjének tartja, melynek forrásai az erkölcsben vagy a hatalomban (hadsereg, rendőrség) nyilvánulnak meg, illetve e kettő kombinációjában. Erdő Péter bíboros, prímás, az Esztergom-Budapesti Főegyházmegye érseke, a Magyar Katolikus Püspöki Konferencia elnöke, egyházjogász a jogot *„a társadalmi viselkedést szabályozó, intézményesen kiadott és szavatolt, vagy legalábbis intézményesen szavatolt normák rendszerének”* határozza meg.⁷⁰ A Magyar Katolikus Lexikon értelmezése

⁶⁵Salary com Staff: Tattoos hurt chances of getting a job. <https://www.salary.com/articles/tattoos-hurt-chances-getting-job/>. Letöltve: 2019. július 5.

⁶⁶ Lásd bővebben: Heka László: *Vallási jogrendszerek*. A Pólay Elemér Alapítvány Tansegédletei. Szeged, 2012.

⁶⁷ Jany János: *Klasszikus iszlám jog. Egy jogi kultúra természetrajza*. Gondolat, Budapest, 2006. 11. p.

⁶⁸ Badó A. – Loss S. – H. Szilágyi I. – Zombor F.: *Bevezetés a jogszociológiába*. Prudentia Juris 9. A Miskolci Egyetem Jogelméleti és Jogszociológiai Tanszékének Kiadványsorozata, Miskolc, 1997. 31. p.

⁶⁹ Badó A. – Bencze M.: *Az „intuitív” jogösszehasonlítás és a neoanalitikai jogelmélet*. In: H. Szilágyi I. – Paksy M. (szerk.): *Ius unum, lex multiplex*. Szent István Társulat, Budapest, 2005. pp. 39-64. Ennek a jelenségnek a jogászképzéssel való kapcsolatára vonatkozóan pedig lásd: Nagy Zsolt: *Jogi oktatás fejlődése és aktuális kérdései*. PhD. disszertáció. Szeged, 2006.

⁷⁰ Erdő Péter: *Egyházjog*, Szent István Társulat az Apostoli Szentszék Könyvkiadója, Budapest, 1991., 35. p.

szerint jog az, „ami kinek-kinek legbelső sajátjaként kijár”, vagyis a „mindenkire érvényes magatartási norma”.⁷¹ Teológiai tartalmában a jog olyan magatartási norma, melyet maga Isten ültetett az emberekbe „teremtési tervével, mint rendező elvet, amelyet fölismerhetünk, és tudatosan-szabadon végre tudunk hajtani, teljesítése hozzájárul mind az egyedi, mind a közösségi élet kiteljesedéséhez, rendjéhez, belső békéjéhez.”⁷²

A tetoválással kapcsolatosan elmondható, hogy az embernek joga van tetováltatni magát. Ugyanakkor a vallása ezt tilthatja, vagy a keresztények esetében általában nem tartja helyénvalónak. Isten az embert saját képére alkotta, és szabad akaratot adott neki. Mindannyian igazságérzéssel rendelkezünk, képesek vagyunk szeretni, gondolkodni, döntéseket hozni, választhatunk a jó és a rossz között. Szent Ágoston szerint éppen az ember szabad akaratából származik a rossz (a bűn), mivel szabadságában áll, hogy ne a jót cselekedje.⁷³ A monoteista vallási jogok a tetoválást nem tartják helyesnek. A zsidóknak és a muszlimoknak még az emberi arc képi ábrázolásával kapcsolatosan is fenntartásaik vannak, a test megbélyegzése (a tatoo szó az angol nyelvbe csak a 17-ik században került be, addig az ószövetségi megbélyegzés kifejezést használták) pedig olyan vétek, amely miatt akár még a vallási jellegű temetésüket is megkérdőjelezzük.

IV.1. A zsidó vallásjog

A tetoválás tiltása az Ószövetségből (a zsidóknál a Tóra) származik. Mózes III. könyve - Léviták könyve, 19.28. előírja: „*Ne vagdaljátok be testeteket halottért, és ne végezzetek magatokon tetoválást. Én vagyok az Úr!*” A zsidók mellett a keresztények és a muszlimok is követik az Ószövetséget, vallják, hogy az ember Isten teremtménye, akit az Úr képmásaként alkotott, így semmilyen változtatás nem engedett. A zsidók a tetoválást törvényeik megszegésének állandóan látható jeleként tartják. A zsidókhöz hasonlóan a muszlimoknál is tilos bármilyen jelet varratni az ember testére, a keresztények viszont explicite nem tiltják a test képi ábrázolását.

A zsidó tudomány, a hálacha (alapvető összefoglalása Jozsef Káro munkája, a Sulchán Áruach vagyis: “Terített Asztal”), és a rabbik döntvényei (rabbiniikus responsumok) egyaránt foglalkoznak e kérdéssel. A tilalom lényege, hogy egyrészt a tetoválás egy bálványimádó gyász-szokás utánzása, másrészt „*az emberi test Isten tökéletes teremtése, éppen ezért mi nem változtathatjuk meg.*”⁷⁴ A bőr alá (a húsba) fecskendezett és el nem távolítható arcfesték, tinta vagy más nyomot hagyó festékkel történt tetoválástól eltérően az orvosi tetoválás esetében az ortodox rabbinátus engedélyezte egy szemöldökét vesztett nőnek, hogy felvarrattása a szemöldökét azzal indokolva, hogy annak hiányában zavarba érezhetné magát.⁷⁵ Felmerül viszont a *kozmetikai tetoválás* kérdése, az arcfestés, a nonfiguratív ábrák testre festése illetve szöveg vagy akár nevek felvarrása a testre.⁷⁶ Oberlander Báruch rabbi a Budapesti Ortodox

⁷¹ Lásd Magyar Katolikus Lexikon Jog címszó. <http://lexikon.katolikus.hu/J/jog.html>

⁷² U. o.

⁷³ Szent Ágoston: A Szabad Akaratról, (De libero arbitrio); In. *Fiatalkori Párbeszédék*, ford. Hegyi Fábrián, Szent István Társulat, Budapest, 1986

⁷⁴ Tiltottak a tetoválások a különböző vallások szerint? – a 24.hu honlap kérdése a lelkészekhez XXVII. Radnóti Zoltán rabbi blogja. <http://rabbi.zsinagoga.net/2016/07/31/tiltottak-a-tetovallasok-a-kulonbozo-vallasok-szerint-a-24-hu-honlap-kerdes-a-lelkeszekhez-xxvii/>. Letöltve: 2019. július 4.

⁷⁵ Naftali Kraus blogja. Mit mond a halacha. A tetoválásról. 2011. január 20. csütörtök. <http://judaizmus.blogspot.com/2011/01/mit-mond-halacha.html>. Letöltve: 2019. július 4. A tetoválásról. <http://ujhacofe.hu/halaha/tetoval.htm> Letöltve: 2019. július 4.

⁷⁶ A sminktetoválásokat korábban a rabbik ellenezték, de az utóbbi években megváltozott az álláspontjuk. Ugyanis mivel a smink nem marad a bőrben örökre, emellett az sem ábra, sem szöveg, ezért kérdéses, hogy valójában tetoválásnak számít-e és vonatkozik-e rá a hálachikus tilalom.

Rabbinátus vezetője egyetért azzal, hogy a tórai tiltás nemcsak a bálványimádási szokás átvételére vonatkozik, hanem mindenféle tetoválásra.⁷⁷ Míg a tilalom a szövegek írása és a figuratív ábrázolás esetén bibliai eredetű, addig a nonfiguratív ábrák tetoválása a *Sulchán áruch* előírása értelmében rabbinikus tilalom.⁷⁸ A Talmud kimondja, hogy a tilalom akkor érvényes, ha az ember „egy idol nevét vagy szimbólumát tetováltatja magára, mivel ezzel mintegy kinyilvánítja, hogy ő azon idol bálvány, illetve idegen istenség (Ávodá Zára) fennhatósága alatt áll”.⁷⁹

Eltérnek a vélemények a téren, hogy megtérés után a hívőnek el kell-e távolítania a meglévő tetoválást vagy azt át kell-e (illetve szabad-e) satírozni. A rabbinikus responsumok – tehát a rabbik – úgy tartják, hogy maga a tetoválás készítése a tilos, ezért a már létező ábrát nem kötelező eltávolíttatni, de jó döntés, ha a megbánó mégis megszabadul tőle, hogy ne maradjon nyoma a korábbi vétkeknek. A tetoválás átsatírozását engedélyező rabbik úgy vélik, hogy ez esetben nem új tetoválásról van szó, hanem az előző tönkretételéről. A rabbik többsége ezt tiltja, azzal érvelve, hogy a nonfiguratív ábrák tetoválása is tilos. Az ilyen eltávolítás lézerrel történik, ami egy másik tórai előírással kerül szembe, vagyis, hogy az ember nem ejthet sebet saját magán. A lézerrel történő orvosi beavatkozáson pedig seb keletkezik a bőrön. Mégis ilyen esetben megengedett a lézerrel történő beavatkozás vagy akár a plasztikai műtét is.²⁰

Az a kérdés is vitatott, hogy szabad-e Isten nevét tetováltatni, illetve az ilyen tetoválást „leszedni”. A Misna (Málot, 21, a) Simon ben Jehuda rabbi véleményét közli, aki leszűkíti a tetoválás tilalmát csak arra az esetre, ha az illető az Örökkévaló nevét tetováltatja testére. A Talmud ilyen esetben előírja, hogy aki Isten nevét írta a testére, annak el kell takarnia testén ezt a feliratot, ha levetkőzik (például a fürdőben). Elijáhu Báksi-Doron, Izrael volt szefárd főrabbi az ilyen tetoválás eltávolításának kérdését ecsetelve abból indult ki, hogy aki a tetoválást készítette, az nem lehetett egy Isten-féltő zsidó, nem a szentség motiválta a tette, mivel az önmagában vétek. Ezért az ilyen feliratot is szabad és el is kell távolítani, mert „egész létezésével Isten akarátának megtagadását szimbolizálja.”⁸⁰

Tekintettel az elmondottakra a zsidók egy része nincs tisztában azzal, hogy a tetovált elhunytakat szabad-e eltemetni ortodox zsidó temetőben. Sokan úgy vélik, hogy tetoválással rendelkező elhunytakat nem engedélyezett zsidó temetőben eltemetni. Ez nem teljesen igaz, mivel minden zsidó temetési társaságnak megvan a joga, hogy meghatározza, kit temet el a temetőjében, így szabadon dönthet ebben a kérdésben is.⁸¹ Mivel a Tóra tiltja a tetoválást, visszautasíthatják a tetovált emberek temetését, de a gyakorlatban ez ritkán fordul elő.

Érdeemes megvizsgálni a holokauszt-túlélők tetoválásának kérdését. Oberlander rabbi megemlíti, hogy Németország 1965-ben ezer dollárt ajánlott fel minden holokauszt-túlélőnek, akinek szándékában állt plasztikai műtéttel eltávolíttatni a karjáról az auschwitzzi számot. Ezzel kapcsolatban egy nő Ephraim Oshry rabbihoz fordult kikérni a véleményét arról, hogy a halacha szerint szabad-e részt vennie ebben a programban.⁸² „Oshry rabbi, aki élete során négy kötetet jelentetett meg a Holokauszttal kapcsolatos háláchikus kérdésekről (...) a *Háparédész* című, New Yorkban megjelenő rabbinikus folyóiratban” (39. évfolyam, 6. szám,

⁷⁷ Talmud, *Málot* 21a. és RITVÁ kommentárja *uo.*, *Tur*, *Jore déá* 180. fejezet eleje. Lásd: <http://zsido.com/letezik-e-koser-tetovalas-sminktetovalastol-holokauszt-emlekezeteig/>. Letöltve: 2019. július 4.

⁷⁸ *Löhorot Nátán* responsum 8. kötet 72. fejezet; *Sziách hászáde* 2. kötet, *Pátsegen háktáv* 68:1.p. Lásd: <http://zsido.com/letezik-e-koser-tetovalas-sminktetovalastol-holokauszt-emlekezeteig/>. Letöltve: 2019. július 4.

⁷⁹ Naftali Kraus blogja. Mit mond a halacha. A tetoválásról. 2011. január 20. csütörtök. <http://judaizmus.blogspot.com/2011/01/mit-mond-halacha.html> Letöltve: 2019. július 4. A tetoválásról. <http://ujhacofe.hu/halaha/tetoval.htm> Letöltve: 2019. július 4.

⁸⁰ <http://zsido.com/letezik-e-koser-tetovalas-sminktetovalastol-holokauszt-emlekezeteig/> Letöltve: 2019. július 4.

⁸¹ Chani Benjaminson: *Can a person with a tattoo be buried in a Jewish cemetery?* <https://www.ou.org/torah/machshava/tzarich-iyun/tzarich-iyun-jews-with-tattoos/> Letöltve: 2019. július 4.

⁸² <http://zsido.com/letezik-e-koser-tetovalas-sminktetovalastol-holokauszt-emlekezeteig/> Letöltve: 2019. július 4.

5725. ládár, 10. p.) jelentette meg visszautasító válaszát.”⁸³ Azt a hálácha azon előírására alapozta, amely szerint „a zsidóknak kötelezően viselendő megkülönböztető jelet szabad sábeszkor a ruhára tűzve hagyni, mert ruhának számít és nem cipelésnek, ami amúgy tilos szombaton.”⁸⁴ A németek által tetovált számok célja a megalázás volt, azt sugallta, hogy a megbélyegezettek nem emberek, hanem csak számok. A rabbi szerint az áldozatok továbbra is viseljék a számokat, mivel azok már nem a megszegyenítés, hanem a büszkeség szimbólumai és a velük szemben elkövetett szörnyűségek bizonyítékai (Teshuvot Mima’amakim 4:22).⁸⁵ A rabbi véleményét erősen támadta *Hámáor* című New York-i a háláchikus folyóiratában annak főszerkesztője, Amsel Méir rabbi akként érvelve, hogy az embereket nem lehet kötelezni arra, „hogy a gonoszra való morális emlékezés miatt veszteség érje őket.”⁸⁶ Kiemelte, hogy „valakinek elviselhetetlen lelki fájdalmat okoz a gondolat, hogy egész életén át viselnie kell a számot a karján”.⁸⁷ Oberlander rabbi kiemeli, hogy nem tud egyetlen holokauszt-túlélőről sem, aki eltávolíttatta volna a tetovált számát.

Az utóbbi időben a zsidóság egy új problémával szembesül. A fiatal korosztály tagjai felmenőik tiszteletére magukra tetováltatják az auschwitzi tetoválások számait, ami viszont vétek és bálványimádó szokás.



Az auschwitzi tábor tetoválása egy náci szlogennel („*Jedem das Seine*” vagyis „*Mindenkinek a magáét*”, ami a buchenwaldi koncentrációs tábor szlogenje volt) együtt nagy vihart kavart a zsidó világban. A képi ábrázolás “hordozója” Oranienburg városának uszodájában mutatta meg magát, ami csupán az egyik vendég felháborodását váltotta ki, a többiek nem reagáltak.⁸⁸ A német ügyészek szerint nem feltétlenül ütközik törvénybe az ilyen tetoválás, de felfedésük nyilvános helyen már törvényt sérthet. Ezért vizsgálatot indítottak az esetről megjelent cikket követően 2015. év végén.⁸⁹ Bebizonyosodott, hogy a tetovált személy a német szélsőjobboldali Nemzeti Demokrata Párt (NDP) és a berlini városi tanács tagja.⁹⁰ *Első fokon hat hónapig terjedő felfüggesztett szabadságvesztésre ítélték a szélsőjobboldali*

⁸³ U. o.

⁸⁴ U. o.

⁸⁵ Mélységből kiáltok – Rabbinikus kérdések és válaszok a Holokausztból. 99. A németek által áldozataikra tetovált számok eltávolítása. <http://zsido.com/fejezetek/nemetek-altal-aldozataikra-tetovalt-szamok-eltavolitasa/>. Letöltve: 2019. július 4. V. ö. Rabbi Dr. Ari Zivotofsky: *Tzarich Iyun: Jews with Tattoos* https://www.chabad.org/library/article_cdo/aid/533444/jewish/Can-a-person-with-a-tattoo-be-buried-in-a-Jewish-cemetery.htm Letöltve: 2019. július 4.

⁸⁶ <http://zsido.com/letezik-e-koser-tetovalas-sminktetovalastol-holokauszt-emlekezeteig/> Letöltve: 2019. július 4.

⁸⁷ U. o.

⁸⁸ Justin Huggler: Police search for swimmer photographed in Germany with Auschwitz tattoo. In: *Telegraph*. <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/germany/12026822/Police-search-for-swimmer-photographed-in-Germany-with-Auschwitz-tattoo.html> Letöltve: 2019. július 4.

⁸⁹ Auschwitzot ábrázoló tetoválás miatt indíthatnak eljárást Németországban Közzétéve: 2015. december 3. Zsido.com. <http://zsido.com/auschwitzot-abrazolo-tetovalas-miatt-indithatnak-eljarast-nemetorszagban/>. Letöltve: 2019. július 4.

⁹⁰ German politician loses appeal on Nazi-themed tattoo, now going to jail. In: Jewish Telegraphic Agency. <https://www.jta.org/2016/11/07/global/german-politician-loses-appeal-on-nazi-themed-tattoo-now-going-to-jail>. Letöltve: 2019. július 4.

politikust, majd fellebbezése után 2016-ban szigorítottak a büntetésén: nyolc hónap börtönbüntetést szabtak ki rá.⁹¹

IV.2. Az iszlám álláspontja

Az iszlám engedélyezi a férfiaknak és a nőknek is a szépítkezést és díszítést, de tiltja a hamis és mű szépséget. Felfogása szerint a tetoválás az emberi test eltorzítása, megcsúfolása, egyben csalás is, a gonosz műve. A tetováltatott személynek orvosi beavatkozással (műtéttel) mielőbb el kell távolítani a varratot és megbánni a tettét.

A koráni versek (*ája, ayah, ayet*) vagy a hadisz (a próféta életéről, személyéről és tanításairól összegyűjtött közlések) sorainak tetoválása a legtiltottabb, mivel ezáltal azok tisztátalanná válnak. Ugyanis a muszlimok a mosdóba nem vihetnek szent dolgokat, a tetoválást, pedig nem tudják levenni a testükről is kint hagyni. Ezért az iszlám szemében átkozottak a tetoválást végző és az azt kérő személyek egyaránt.⁹²

Egy bosnyák muszlim férfi, aki ismerte a tetoválásra vonatkozó tiltást, egy online vallási fórumon arról érdeklődött, hogy mekkora bűnről van szó, milyen büntetés jár érte, mivel fiútestvére tetováltatni akarja magát és fel szeretné hívni a figyelmét a következményeire. A válasz itt is ugyanaz: átkozottak, akik tetováltatják magukat.⁹³

Ezek ellenére a muszlimok egy része tetováltatja magát. Az újságok beszámoltak egy fiatal török férfiről, aki édesapja és a vallás tilalma ellenére kitetováltatta magát. Ezért pedig megromlott a kettőjük közötti viszony. Az újságcikk közli a tetováltatott személyek egyet nem értést a muszlim közösségek döntéséről, amely szerint a tetoválással rendelkező elhunytakat tilos rituálisan megmosdatni a temetésük előtt.⁹⁴

A Korán nem foglalkozik kifejezetten a tetoválással, de annak tilalmát elrendelik a hadiszok. Közvetett módon a Korán 4. szura 119 (A-Nisa) kimondja: „*S eltévélyítem őket, felcsigázom őket, s parancsolok nekik, s ők meg lemetszik a jószágok fülét. S bizony én megparancsolom nekik, s megváltoztatják Allah teremtését. S ki a Sátánt veszi patrónusnak Allah helyett, hát rajtaveszít nyilvánvaló veszteséssel.*”⁹⁵

Ibn Kesir az Allah teremtményei kinézetének megváltoztatására a kasztrálást és a tetoválást nevezte meg példaként.⁹⁶ Ibn Mes`ud kinyilatkoztatta, hogy „*Allah megátkozta azokat az asszonyokat, akik szépítkezve tetováltatják magukat és kizsedik a szemöldökeiket, kisebbítik fogaik nagyságát és mind ezáltal megváltoztatják kinézetüket, melyet Istentől kaptak.*” Amikor az egyik asszony erre felrótta neki ezen szavakat, ő azt válaszolta, hogy: „*Miért ne átkozzam azt, akit Allah prófétája megátkozott és ez az átok az Allah Könyvében áll.*”⁹⁷ A felsoroltak mellett a muszlimok követik az Ószövetséget is, amely a tetoválást tiltja a Leviták Törvénye 19.28-ban.⁹⁸

⁹¹ <http://zsidó.com/auschwitzos-tetoválást-viselt-hatan-nyolc-honapot-kapott-nemet-politikus/> Letöltve: 2019. június 28.

⁹² Je li muslimanu uopšteno dozvoljeno tetoviranje i da li je dozvoljeno tetoviranje ajeta ili hadisa na svom tijelu? Válaszadó: dr. Sulejman Topoljak.

<https://www.n-um.com/je-li-muslimanu-dozvoljeno-tetoviranje-1/> Letöltve: 2019. június 28.

⁹³ http://www.islamskazajednica.ba/index.php?option=com_content&view=article&id=9703 Letöltve: 2019. június 28.

⁹⁴ Murat Koyuncu, Željka Telišman: Tetovaže kao grijeh? <https://www.dw.com/hr/tetova%C5%BEE-kaogrijeh/a-6234072>. Letöltve: 2019. június 28.

⁹⁵ Forrás: <https://blog.poet.hu/mohamed/koran-4-szura>. Letöltve: 2019. július 3.

⁹⁶ Tetovaže i tetoviranje u vjeri

<http://imaboga.blogspot.com/2014/08/tetovaze-i-tetoviranje-u-vjeri.html> Letöltve: 2019. július 3.

⁹⁷ 59 El-Hašr/Progonstvo, pp. 1409-1417. <http://www.ummnet.at/html/multimedia/tefsir/059.pdf>. Letöltve: 2019. július 3., 1412. p.

⁹⁸ Tetovaže i tetoviranje u vjeri

IV.2.1. Piercing és a muszlim nők

A piercing az ősi kultúrákban létező szokás volt, amely például Afrikában, Indonéziában és Indiában (a fül átszúrása) a szépséget és a gazdagságot szimbolizálta, az ősi egyiptomiaknál (szemöldök és orr) az uralkodói családhoz való tartozást jelentette, Ausztráliában, Új-Guineában és Afrikában az ajak átszúrásával jelezték a nagykorúságot. Európában főként a fülbevaló viselése volt elterjedt, és csak a 20. század végén vált divatossá a testrészek piercingekkel történő díszítése. Többnyire egy csoporthoz való tartozásra utal, vagy a személyi identitást akarja kifejezni figyelemfelkeltő szándékkal.

Az iszlám tiltja a férfiak piercingjét, mivel az ékszerrel történő szépítkezés női tulajdonság, a férfiaknak pedig tilos. A nők esetében a négy szunnita jogi iskola engedélyezi a piercinget, bár vannak jogtudósok, akik ellene voksolnak. Ezt azzal magyarázzák, hogy a fül átszúrása fájdalmat okoz, a szépítkezés pedig se nem nélkülözhetetlen, se nem kihagyhatatlan dolog egy ember életében. Valójában a luxus egyik megnyilvánulása, ilyen esetben pedig tilos a test sanyargatása.

A muszlim vallástudósok a fülbevaló viselését általánosságban engedélyezik, de az orr, az ajak, vagy a szemöldök átszúrásával kapcsolatosan a vélemények teljesen eltérőek. Más testrészek ilyen jellegű díszítése a muszlim jogtudósok körében fel sem merült. Zijad Ljakić idézi azon muszlim jogtudósok sorát, akik engedélyezik a szépítkezést, amennyiben az nem károsítja a nő testét, és ha az nem más népek (indiaiak) vallási szertartásainak utánzása. Ezért az orr átfúrását öncsonkításnak és a test rongálásnak tartják. Vagyis a fülbevalók viselésén kívül (amit szépítkezésnek fogadnak el) minden más tilos. Ennek következtében az utóbbi években elterjedt piercing tilos, de nem csak a fenti okok miatt, hanem azért is, mert célja a figyelemfelkeltés, akik pedig utánozzák ezt a trendet, azok java részét kábítószeresek, huligánok, utcán élők, illetve a nyugati civilizáció fiatal kafirjai (hitetlenek). A piercing viselése ezért is tilos, mivel az a nyugati divat utánzása.⁹⁹

IV.3. A katolikus egyház álláspontja

A Katolikus Egyház nem tiltja, de nem is támogatja a tetoválást, a papság pedig óvá inti a hívőket (akár keresztény jelképekről is van szó), mert Isten saját képmására teremtette az embert.¹⁰⁰ Az emberi test a Szentlélek temploma, és azt nem szabad lerombolni.

A tetoválás pogány szokás, rossz hatással lehet az Istennel való viszonyunkra. Emellett az emberi test megromlása, megbélyegzése és önbüntetés.¹⁰¹ Írva van: *“Vagy nem tudjátok, hogy testetek, amit Istentől kaptatok, a bennetek levő Szentlélek temploma, és ezért nem a magatokéi vagytok? Mert áron vétettetek meg; dicsőítétek azért az Istent a ti testetekben és szellemetekben, a melyek az Istenéi.”* (1. Korintus. 6, 19-20)¹⁰²

<http://imaboga.blogspot.com/2014/08/tetovaze-i-tetoviranje-u-vjeri.html> Letöltve: 2019. július 3.

⁹⁹ *Nošenje pirsinga pokrivenoj ženi (na pupku, nosu, obrvi, jeziku i slično). Datum kreiranja srijeda, 25 Novembar 2015 19:26*

<https://www.ehklus-sunne.ba/index.php/fikh/ostalo/568-nosenje-pirsinga-pokrivenoj-zeni-na-pupku-nosu-obrvi-jeziku-i-slicno>. Letöltve: 2019. július 3.

¹⁰⁰ Egy keresztény csinálthat tetoválást? https://keresztynecsalad.blog.hu/2014/09/13/tattoo_572 Letöltve: 2019. július 3.

¹⁰¹ Dr. fra Ivo Pavić: Tetovaža – Oprez. <https://www.zupa-surkovac.com/hr/article/19/tetova%C5%BEa-oprez>. Letöltve: 2019. július 1.

¹⁰² Što Biblija kaže o tetovažama / 'body piercingu'?

<https://www.gotquestions.org/Hrvatski/tetovaze-Biblija.html>. Letöltve: 2019. július 2. V. ö.

<https://www.novizivot.net/je-li-grijeh-tetovirati-se/> Letöltve: 2019. július 2. V. ö.

<https://www.novizivot.net/stvari-koje-krscani-trebaju-uzeti-u-obzir-prije-tetovaze/>

Letöltve: 2019. július 2.

Az Ószövetségben Isten tiltja az ilyen megpecsételéseket. Az egyik rendelkezés előírja: *“A ti hajatokat kerekdedre ne nyírjátok, a szakállad végét se csúfítsd el. Testeteket a holt emberért meg ne hasogassátok, se égetéssel magatokat meg ne bélyegezzétek. Én vagyok az Úr.”* (Leviták 19, 27-28) Egy másik helyen pedig ez áll: *“Ne nyírják meg fejüket és szakállukat, testükön bevágásokat ne csináljanak.”* (Leviták 21, 5) Habár a keresztényeket nem kötelezi az Ószövetség (Rómaiak. 10,4, Galaták. 3,23-25, Efessusiak. 2,15), mégis gondolkodásra szólít fel maga a tény, hogy a törvény tiltotta a tetoválást. Az Újszövetség nem foglalkozik ezzel a kérdéssel. IV. Hadrianus császár a 12. században betiltotta a tetoválást, a II. Vatikáni Zsinat 1965. december 7-én kelt *“Gaudium et spes”* (Az Egyház a mai világban) elnevezésű lelkipásztori konstitúciójában az Egyház és a mai világ viszonyáról kimondja, hogy az ember *“kötelessége, hogy jónak és tiszteltreméltónak tartsa testét, hiszen azt Isten teremtette, és feltámasztja az utolsó napon.”*¹⁰³ Szent Pál Korintusiaknak írt első levelének 10, 31. verse megállapítja: *“Így tehát akár esztek, akár isztok, akár bármi mást tesztek, mindent Isten dicsőségére tegyetek.”* A fecskendezésről nehezen képzelhető el, hogy Isten dicsőségét szolgálja. Első Timóteus 2, 9-ben ez áll: *“Ugyanígy az asszonyok is, tisztességes öltözetben, szemérmesen és józanul ékesítsék magukat, nem bodorított hajjal, arannyal, gyönggyel és drága ruhával, hanem amint az az istenfélelmet valló asszonyokhoz illik: jócselekedetekkel.”*¹⁰⁴ Vagyis a hívektől szerény öltözködés az elvárás, a test képi ábrázolása pedig ennek pont az ellenkezője, hiszen célja a figyelem felkeltése.

A tetoválás tilalmának alapja főként a zsidóknál és muszlimoknál az is, hogy a befecskendezés komoly testmegrongáláshoz vezet, kifejezetten káros az egészségre, amiről több tanulmány is tanúskodik. Emellett olyan tényezők lehetnek, amelyek korlátozzák az embereket bizonyos jogaik gyakorlásában (például a rendőrségnél nem alkalmaznak tetováltakat, a rendőri iskolába se veszik fel őket, vagy egyes munkáltatók nem hajlandóak ilyen külsejű embert foglalkoztatni). Ivo Pavić ferences atya beszámolt arról, hogy egy fiatal lányt megtérését követően komoly gyötrelem nyomasztotta a tetovált Buddha képe miatt, amelyet lézerrel akar leszedetni. Egy hölgy a nászéjszakán férjének hátán sárkány tetoválást fedezett fel, ami félelmet keltett benne, majd depresszióba esett. Nem tudta túltenni magát a tetováláson, így a házasság felbontását kérte, mivel a férje nem értesítette a képi ábrázolásról. Ezért az említett pap arra kéri a híveit, hogy ha tetoválásra szánják magukat, mielőbb gyónják meg és béküljenek ki az Istennel.¹⁰⁵

További érv a tetoválás ellen a Rómaiaknak írt levél 14,23 fogalmazása, vagyis, ha valaki kételkedik, hogy valami Istennek tetsző cselekvés-e vagy nem, akkor inkább ne tegyen ilyent. *„Mert minden, ami nem hitből származik, az bűn.”*

V. Kitekintés: a tetoválások szerzői jogi védelme

A tetoválásoknak gyakran nem tulajdonítanak túl sok esztétikai, művészeti értéket, pedig vannak köztük olyanok, amelyek művészi igényességgel készültek. Ennek megfelelően pedig felmerül a kérdés, hogy mi a jogi sorsa egy testre „varrt” képi ábrázolásnak. E körben két kérdést kell megválaszolni az egyik az, hogy lehet-e szerzőnek tekinteni a tetováló mestert, a másik pedig az, hogy műnek minősülnek-e a bőr pórusaiba injekciózott mintázatok.

¹⁰³ A II. Vatikáni Zsinat *Gaudium et Spes. Az Egyház a mai világban kezdetű konstitúciója*, 1965. Ford.: Goják János http://tarsadalomformalas.kife.hu/a-ii-vatikani-zsinat-gaudium-et-spes/#ch1_1_14. Letöltve: 2019. július 1.

¹⁰⁴ Ó- és Újszövetségi Szentírás a Neovulgata alapján. Szent Jeromos Katolikus Bibliatársulat. Budapest, 2008. 1327-1328. p.

¹⁰⁵ Dr. fra Ivo Pavić: Tetovaža – Oprez. <https://www.zupa-surkovac.com/hr/article/19/tetova%C5%BEa-oprez>. Letöltve: 2019. július 1.

Az Szjt.¹⁰⁶ 1. § (1) bekezdésében akként szól, hogy szerzői jogi oltalomban részesülnek az irodalmi, tudományos és művészeti alkotások. A (2) bekezdés példálózó jelleggel felsorol néhányat a legtipikusabb szerzői művek közül. A h) pont külön is nevesíti a rajzolás, festés, szobrászat, metszés, könyvnyomtatás útján vagy más hasonló módon létrehozott alkotást, illetve annak tervét. Vagyis rögtön választ is kapunk arra a kérdésre, hogy amennyiben a tetoválás valamilyen rajzolás vagy festés útján létrehozott kép, képi ábrázolás, akkor szerzői műnek tekinthető. Egy igényes tetoválást minden bizonnyal előbb megtervez annak alkotója, majd a bőrön újra elkészíti, lemásolja azt. Hogy az így készített alkotás valóban műként minősüljön, további feltétel, hogy a szerző szellemi tevékenységéből fakadó egyéni, eredeti jellegű legyen.¹⁰⁷ A Nagykommentár¹⁰⁸ szerint a védelem közvetett tárgya a mű maga, nem pedig a szellemi tevékenység. Mivel az egyéni, eredeti jelleg nem függhet további mennyiségi, minőségi, esztétikai jellemzőktől, így ha fennáll a védelem két pozitív feltétele, meg kell, hogy illesse az adott művet,¹⁰⁹ akár a tetoválást is. A Kúria P.I.3581/1934. számú ítéletében akként fogalmaz, hogy *„Szerzői jogi védelem tárgya csak olyan mű lehet, amely megalkotójának önálló, egyéni szellemi terméke. Ismert adatok, meglévő anyagnak feldolgozása is védelem alatt álló mű, ha ebben önálló, egyéni tevékenység nyilvánul meg, és az újszerűség bélyegét viseli magán.”*

A Berni Unió Egylemény, amely az első nemzetközi szerzői jogi tárgyú egyezmény 2. cikk (1) bekezdése védelemben részesíti az irodalmi és művészeti műveket, tekintet nélkül a mű létrehozásának módjára vagy alakjára. Külön is nevesíti a rajzot és a festményt, mint a védelem közvetett tárgyát. A (2) bekezdés lehetővé teszi az Unióba tömörült országok jogalkotói számára, hogy a védelmet a rögzítés cselekményéhez kössék. Az Amerikai Egyesült Államok éppen azon országok közé tartozik, amely a szerzői jogi törvényében a rögzítést a védelem feltételeként határozza meg. Az U.S. Copyright Act of 1976 102. § (a) pontja kimondja, hogy szerzői jogi védelem illeti meg az eredeti szerzői művet, amely rögzítve van bármilyen kézzelfogható eszközön vagy kifejezésben, amelyet már ismernek vagy később fognak kifejleszteni, és amelyről a mű megismerhető, reprodukálható vagy más módon közvetíthető, akár közvetlenül vagy egy másik készülék vagy eszköz segítségével. Ilyen műnek tekinthető a 102. § (a) bekezdés (5) pontja értelmében a képi, grafikai vagy szobrászati mű.¹¹⁰ Az Egyesült Államok tehát hasonlóképpen tekint az alkotások szerzői műként való elismerésére, mint a nemzetközi közösség és hazánk szerzői joga. Feltétel, hogy eredeti legyen (*originality*), amely egy független, másokétól elkülönült mű, amely a kreativitás minimális színvonalát magán hordozza.¹¹¹ Ennek tükrében tehát minél inkább művészibb egy tetoválás, minél inkább képi ábrázolásában, annál valószínűbb, hogy megfelel majd a védelem kritériumainak. Ebből az is következik, hogy egy „börtöntetoválás” során a bőrre felírt szerető neve nem keletkeztet majd szerzői jogi védelmet, mert egy név önmagában való pusztán felírása aligha lehet egyéni, eredeti jellegű, ahogyan egy egyszerű geometriai ábra sem. Az amerikai szerzői jog rögzítési követelménye kimeríthető akár egy lapra előzetesen történő felrajzolással, akár a bőrbe való bevitellel.¹¹²

¹⁰⁶ 1999. évi LXXVI. törvény a szerzői jogról.

¹⁰⁷ Uo. (3) bekezdés.

¹⁰⁸ Gyertyánfy Péter (szerk.): Nagykommentár a szerzői jogról szóló 1999. évi LXXVI. törvényhez.

¹⁰⁹ Nagykommentár, I. § (2) bekezdés b) pont.

¹¹⁰ „Copyright protection subsist, in accordance with this title, in original work of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories: (5) pictorial, graphic, and sculptural works.”

¹¹¹ Yolanda M. King: Copyright protection of tattoos. In: Enrico Bonadio – Nicola Lucchi (szerk.): Non-Conventional Copyright – Do New and Atypical Works Deserve Protection? Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2018. p. 115.

¹¹² Uo. p. 117.

A tetoválások tehát kétségtelenül védelemben részesíthetők, amennyiben egyéni, eredeti jellegűek, függetlenül a rájuk vonatkozó értékítélettől. Viszont további kérdés, hogy kit kell a szerzőjének tekinteni. Ennek megválaszolására három irányból tehetünk kísérletet. Az Sztj. 4. § (1) bekezdése kimondja, hogy a szerzői jog azt illeti, aki a művet megalkotta. A tetoválások esetében azonban előfordulhat, sőt gyakran minden bizonnyal megtörténik, hogy a megrendelő saját ötletekkel, esetleg kiforrott képi ábrázolással érkezik a tetováló szalonba, ahol a tetováló művész a már kész mintákat, ábrázolást az ügyfél bőrére rajzolja. Ez esetben magát a klienst kell szerzőnek tekinteni, mert a tetováló nem tesz mást, csak szolgai módon követi az elé tett rajzot, a vendég instrukcióit. Ha azonban ő maga is egyéni, eredeti jelleggel járul hozzá egy vázlat tetoválássá fejlesztésében, közös művel állunk szemben. Közös mű az Sztj. 5. § (1) bekezdése szerint akkor jön létre, ha több szerző közös művének részei nem használhatók fel önállóan. Ekkor a szerzői jog egyenlő arányban illeti meg a szerzőtársakat és az esetleges jogsérelem ellen is bármelyikük tiltakozhat. Ha a mű részei önállóan is felhasználhatók, azok egymástól elkülöníthetők – egy tetoválás esetében véleményem szerint ez kevésbé fordulhat elő – akkor a (2) bekezdés szerint a saját rész tekintetében a szerzői jogok önállóan gyakorolhatók. Az így összekapcsolt művekből álló, együtt alkotott közös mű felhasználásához valamennyi szerző hozzájárulása szükséges.

Az is lehetséges, hogy a tetováló mester egy tetováló szalon alkalmazásában áll. Az így létrejövő művek munkaviszonyban vagy más hasonló jogviszonyban létrehozott művekként minősülhetnek (*works made for hire*). Az Sztj. 30. §-a úgy rendelkezik, hogy az ilyen művekhez kapcsolódó vagyoni jogok a mű átadásával a munkáltatóhoz kerülnek, amennyiben a mű elkészítése a szerző munkaviszonyból folyó kötelessége. A munkaviszonyban alkotott művek inkább az építészeti alkotások és a szoftverek esetében relevánsak, bár kétségtelen, hogy előfordulhat, hogy a tetováló a szalon alkalmazásában dolgozik.

A tetoválásokból valódi szerzői jogi jogviták is származtak az Egyesült Államokban. A *Whitmill v. Warner Brothers* ügyben¹¹³ a felperes tetováló művész azért perelte be a filmstúdiót, mert szerinte engedély nélkül használták fel az általa készített tetoválást a *Mánaposok II (The Hangover Part II)* című film reklámkampányában. A szóban forgó tetoválás Mike Tyson nehézsúlyú bokszoló arcára volt tetoválva. Whitmill kérte a bíróságtól, hogy ideiglenes intézkedés keretében tegye lehetetlenné a film reklámozását és forgalomba helyezését, ám ezt a bíróság arra hivatkozva utasította el, hogy a filmből származó gazdasági előny valamint a film levetítéséhez fűződő társadalmi érdek jelentősebb, mint Whitmill igénye. Ezt követően a bíróság meg is szüntette az eljárást.¹¹⁴

Az imént citált ügy már csak azért is fontos, mert rávilágít egy alapvető alapjogi összeütközésre. Nevezetesen mit tehet egy szerzői mű tulajdonosa, amellyel még nem sérti meg a szerző szerzői jogait. A szerzői jog kontra tulajdonjog az építészeti alkotások esetében is jelentős, amikor egy épületet a tulajdonosa átterveztet, vagy esetleg lebont. A tetoválások esetében is lehetséges, hogy az önrendelkezési jogát gyakorolva a tetoválás „tulajdonosa” azt átrajzoltatja, vagy esetleg egy igen költséges, hosszú és fájdalmas műtéti eljárás során megsemmisítteti.

Az építészeti alkotások esetében Sztj. és a bírói gyakorlat leszűkítette a tervezők szerzői jogait azt követően, hogy a mű felhasználását harmadik személynek – tipikusan az épület későbbi tulajdonosának – átengedték. Ettől a pillanattól ugyanis korlátozottan érvényesül a tervező tervhez, illetve épülethez fűződő integritási joga, amely tiltja a mű mindenfajta eltorzítását, megcsonkítását vagy más olyan megváltoztatását, továbbá egyéb visszaéléseket, amelyek a szerző becsületére vagy hírnevére sérelmesek lehetnek.¹¹⁵

¹¹³ *Whitmill v. Warner Bros. Entertainment Inc.*, 2011 WL 2038147 (E.D. Mo. April 28, 2011).

¹¹⁴ King, 2018. p. 120.

¹¹⁵ Sztj. törvény, 13. §.

Vagyis az építészeti alkotásokhoz hasonlóan a tetoválások esetében a szerzőnek túrnie kell, hogy a tetoválást annak tulajdonosa az átdolgozás mértékét meg nem haladóan megváltoztassa vagy azt megsemmisítse.¹¹⁶

VI. Zárszó

A test képi ábrázolása hosszú történelmi múlttal rendelkezik, és különböző tartalmat hordoz (közösséghez való tartozás, szépítkezés). Az utóbbi időben egy divatnak kikiáltott hóbort követése, amelyet a bulvársajtó folyamatosan népszerűsít. Celebek, sportolók, reality-show “sztárok” újabb és újabb tetoválásaikkal tűnnek fel az erre vevő a médiában. A fogyasztóipar igényeire reagálva 2009-ben már a Barbie baba is tetoválással jelent meg.

Az egy Istenben hívők számára azonban a tetoválás tilos, vagy legalább is nem kívánatos. Isten az embert saját képére teremtette, ezért a test megrongálása, eltorzítása bűn. Néhányan manapság lassan földönkívüliekre kezdenek hasonlítani. A tetoválások erőteljes üzenetek, amelyekkel az egyén ki akarja fejezni, hogy mi a fontos számára. Csakhogy az ember változik, az értékrendje is módosulhat, viszont a testbe befecskendezett tinta nehezen távolítható el, vélhetően ott marad élete végéig. A tetovált személy szembesül azzal, hogy nehezebben helyezkedik el, a börtönben tetováltak pedig, akik valamilyen veszélyes üzenetet karcoltak a testükre, ezzel kizárják magukat a társadalomba való beilleszkedés lehetőségétől. Hiába próbálják elhitetni, hogy ők megváltoztak, a testükre vésett fenyegető rajz vagy szöveg másra utal. Azokra, akik megbánták a tettüket az angol nyelvben megszületett a “*tattoo regret*” (tetkó sajnálat) kifejezés.¹¹⁷

Jóllehet a fiatalok sokkal toleránsabbak a tetoválásokkal szemben, mint az idősebb korosztály, mégis a társadalom szemében a képi ábrázolást viselő személyeket bűnözőknek, prostituáltaknak, munkakerülőknek, alulképzetteknek tartják, a módosabbakat közülük pedig “újjgazdagokak” a szó pejoratív értelmében.

A tetoválásoknak ezen felül jól mérhető gazdasági és adott esetben művészeti értéke, haszna van. Minél bonyolultabb egy kompozíció, a test minél nagyobb felületét fedi be, annál több munkaórát és befektetést igényel az elkészítése. Éppen ezért jogos igényként jelentkezik a tetoválásokat készítőik részéről, hogy munkájuk gyümölcsét ne csak a kifizetett ellenérték, hanem jogi védelem is oltalmazza. E jogi védelem a szerzői jog körében biztosítható, hiszen a tetoválások, amennyiben elérik az egyéni, eredeti jellegű alkotás színvonalát, védelemben részesülnek. Ennek semmiféle társadalmi érték-, esetleg előítélet nem lehet akadálya.

¹¹⁶ Faludi Gábor: Az építészeti művek a szerzői jogi szakértő testület gyakorlatában. In: Legaza Dénes (szerk.): A szerzői jog gyakorlati kérdései – Válogatás a Szerzői Jogi Szakértő Testület szakvéleményeiből (2010-2013) fennállásának 130. évfordulója alkalmából. Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala, Budapest, 2014. p. 130.

¹¹⁷Egy keresztény csinálthat tetoválást? https://kereszténycsalad.blog.hu/2014/09/13/tattoo_572 Letöltve: 2019. július 3.

Löffler Tibor¹

A menekült mint szuverén.

Az állam szuverenitása az állam- és államhatár-ellenes elméletek és jogideológiák tükrében²

Illegális bevándorlás és az állam szuverenitása. 21. századi kihívások a politikai tanulás és innováció előtt az Európai Unióban című tanulmányomat (Jogelméleti Szemle, 2019/1. szám) azzal zártam, hogy az illegalitáshoz való viszonyulás alaposabb elemzése olyan témák bevonását is igényli, mint az *államellenes és államhatár-ellenes jogideológiák*, valamint az egyetemes/alapvető emberi jogok és az állam szuverenitásának ütközése, a bevándorlás alapvető emberi jogként értelmezése, s különösen a „no one illegal”, a „without borders”, a „no borders” és az „open borders” politikai mozgalmakat és *nyomáscsoportokat* vezérlő ideológiái.

Jelen tanulmányomban azt igyekszem megvilágítani, hogy az elmúlt évtizedekben az állam szuverenitásával és a globális migrációs folyamatokkal kapcsolatban olyan eszmék, ideológiák, *jogideológiák*, valamint tudományos politikai és *jogi elméletek* nyertek teret szerte a világban, amelyekkel komoly *politikai-ideológiai nyomás* alá lehet helyezni a politikai és kormányzati eliteket, a médiát és az állampolgárok tömegeit. Az állam szuverenitását illetően gyökeres fordulatnak lehetünk tanúi: az államok és állami jellegű entitások, mint például az Európai Unió, lényegében feladják szuverenitásukat. Radikális következtetésem az, hogy az állami szuverenitás leépülésével párhuzamosan a migránsok és menekültek valóságos szuverenitásra tehetnek szert az államokkal szemben.

I. Az állam szuverenitása

A szuverén államok és állami jellegű entitások (EU) létének feltételei közé tartoznak az államhatárok (az EU határai), ennek megfelelően a szuverenitásnak része az államhatár védelme és ellenőrzése, a határátkelés szabályozása, a határon átkelők ellenőrzése, az állam területén tartózkodás szabályozása és ellenőrzése.

Az állam (EU) szuverenitása természetesen függ attól, hogy az állam mindenkori kormányának, vezetésének megvan-e a *szabad akarata és képessége* a szuverenitás érvényesítésére. A szuverenitás érvényesítésének külső-nemzetközi korlátai mellett szerepet játszanak belső és szubjektív tényezők is: az állam szabad akarral rendelkező vezetése *érvényt akar-e szerezni* állama jogszabályainak és – ezáltal – szuverenitásának, illetve az állampolgárok mérvadó többsége akarja-e, hogy az állam vezetése *érvényt szerezzen* államuk szuverenitásának, de legalábbis akarjon érvényt szerezni és törekedjen arra.

A kormányzati és állampolgári akaratok nagyban függnék attól, hogy az állam vezetői, a különféle elitcsoportok tagjai és az egyszerű állampolgárok *hogyan gondolkodnak* az államról, a nemzetállamról, a szuverenitásról, a migrációról, a migránsokról és a menekültekről, s ezen belül arról, hogy az államnak, a kormánynak *milyen jogai (vagy kötelességei) vannak* a migránsokkal, s akár a menekültekkel szemben, illetve a migránsoknak

¹ Egyetemi docens, SZTE ÁJTK Politológiai Tanszék.

² A kutatást az EFOP-3.6.2-16-2017-00007 azonosító számú, Az intelligens, fenntartható és inkluzív társadalom fejlesztésének aspektusai: társadalmi, technológiai, innovációs hálózatok a foglalkoztatásban és a digitális gazdaságban című projekt támogatta. A projekt az Európai Unió támogatásával, az Európai Szociális Alap és Magyarország költségvetése társfinanszírozásában valósul meg.

és menekülteknek *milyen jogai (vagy kötelességei) vannak az állammal szemben.*

II. A menekült, mint szuverén

Az Európai Unióban a 2015-16-os migrációs válsággal kezdődően a „menekült” az *állami szuverenitás valóságos antitézisévé* vált azáltal, hogy EU és tagállamainak nagy része nem tudott, de igazából nem is akart érvényt szerezni a szuverenitásnak: a „menekültek” szuverénvé válhattak az állam szuverenitását képviselő és annak érvényt szerezni hivatott hatóságokkal szemben. Azzal, hogy német kormány a 2015-ös menekültválság idején lehetővé tette a tömeges és *ellenőrizetlen* be- és átvándorlást, kialakult a migráció kezelésének egy olyan mintája, amelyben a kormányzatok képesek *ideológiai* megfontolásból lemondani szuverenitásuknak a migránsokkal (menekültekkel) szembeni gyakorlásáról, illetve a kormányzatokkal szemben támasztott elvárások között magától értetődővé válik, hogy a kormányzatok mondjanak le szuverenitásukról, de legalábbis *szuverenitásuk gyakorlását rendeljék alá a menekültek egyszerre univerzális és individuális emberi jogainak*. Ami a gyakorlatban azt jelenti, hogy ha az államnak a menekültek érdekeivel ellentétes jogszabályai ütköznek a menekültek vélt vagy valós jogaival, akkor a menekültek jogai élvezzenek elsőbbséget.

A menekültek állammal szembeni szuverénvé válásának egyik *ideológiai forrása* a menekültek fizikai-egészségi *integritásának* (physical integrity) elve: a menekültek *joguk van* fizikai-egészségi integritásukhoz, annak sérthetlenségéhez, melynek legalapvetőbb és legtermészetesebb esete az emberhez méltó táplálkozáshoz (élelemhez), szálláshoz és egészségügyi ellátáshoz való jog. A tágabb értelemben vett „integritás” azonban magában foglalja a *testük feletti autonóm kontrollt*, más, ismertebb kifejezéssel: a *testük feletti rendelkezési jogot*.³ A testükhöz fűződő jogaik nemcsak a fizikai szükségletek (táplálkozás, szállás, egészség) ki nem elégítésével vagy olyan erőszakos cselekmények által, mint a kínzás vagy szexuális erőszak, sérülhetnek, hanem – logikusan – azáltal is, hogy nem rendelkezhetnek *szabad akaratunk* szerint a testükkel, illetve mások, a hatóságok, a *szabad akaratuk ellenére* vagy a *beleegyezésük hiányában* „rendelkeznek” a testük felett. Ebből a megközelítésből egyenes következik a menekültek jogainak szinte határtalan értelmezése azon az alapon, hogy a hatóságoknak *nincs (morális) joguk* a menekültek korának, nemének vagy nemi orientációjának orvosi-biológiai ellenőrzésére, valamint ujjlenyomat vételére, avagy *morálisan-etikailag elfogadhatatlan* az ilyen eljárás.

A 2015-ös menekültválság során a *menekültek akarata* Magyarországon is középpontba került, amikor a Keleti Pályaudvarról a bicskei befogadó állomásra szállították a Németországba tartó migránsokat. Az osztrák és a magyar sajtó egy része úgy kommentálta a történeteket, hogy a magyar rendőrök *akaratauk ellenére* szállították táborba a menekülteket. Mintha a magyar államnak feladata vagy *kötelessége* volna a területén illegálisan (irregulárisan) tartózkodó *migránsok akaratainak érvényt szerezni*, miközben a nemzetközi elvárás az volt, hogy a magyar hatóságok folytassanak le menekültügyi eljárást.⁴

Az Európai Unióban az Eurodac adatbázis – a dublini szabályozásnak megfelelően – azzal segíti a tagállamokat, hogy a levett ujjlenyomatok összehasonlításával ellenőrizhetik, hogy a menedékkérő egy másik tagállamban is beadta-e menedékkérelmét

³ Samuel Mulkens: The Dehumanization of Refugees: A Framework An analysis of how dehumanization affects the lives of refugees in two different refugee camps/centers. Utrecht University, 2017. <https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/362019>

⁴ Allóháború: még Bicskén vesztegel a menekültvonat. Nol.hu, 2015.04.04.; Kikapott az osztrák sajtó, mert hamisan tudósított a magyar menekültválságról. Hvg.hu, 2015.02.24. (2019. augusztus 17.)

korábban.⁵ A menedékkérő az ujjlenyomat-vétel megtagadásával vállal némi kockázatot, de a fizikai integritás tézise szerint a hatóságoknak - függetlenül a hatályos szabályoktól – nincs joguk erőszakkal ujjlenyomatot venni vagy kényszeríteni a menekülteket, hogy működjenek közre. Ha viszont a menedékkérőknek mint menekülteknek alapvető joguk van arra, hogy ne toloncolják ki vagy ne fordítsák vissza őket, az ujjlenyomat-vétel megtagadásával a jogaik felülírják a hatóságokat vezérlő jogszabályokat. De a fizikai integritás magától értetődően feltételezi a *pszichikai integritást* is legalább annyiban, hogy a fizikai integritás megsértése pszichikai sérelemmel jár.⁶ Az, hogy a menedékkérőt a *szabályok szerint* visszatoloncolhatják abba az országba, ahol először lépett az EU területére, vagy ahol menedékkérelmet nyújtott be, és ujjlenyomatot vettek tőle, a *személyiséghez és méltósághoz fűződő jogait* sérti...⁷

Az életkor *ellenőrzésének* az ad jelentőséget, hogy ha a felnőtt migráns fiatalkorúnak vallja magát, akkor nagy valószínűséggel nem lehet őt őrizetbe venni vagy kitoloncolni, és általában a menekültügyi eljárás során más megítélés alá esik. A szexuális orientációval és a nemi identitással hasonló a helyzet: lehet, hogy alapesetben a migráns menedékkérelmét elutasítanak, de ha homoszexuálisnak stb. vallja magát, és azt állítja, hogy hazájában üldöztetésnek volt kitéve, számíthat menedékkérelmének pozitív elbírálására. A nemi orientációra hivatkozás tehát lehet *taktika*⁸, de amíg a menekültügy eljárás során a hatóságoknak *törvényes joguk van ellenőrizni* a kérelemben foglaltakat, azok valóságát és indokoltságát, valamint a kérelmező szavahihetőségét, és ez alapján *törvényes joguk van elutasító határozatot hozni*, a nemi orientációra hivatkozás valóságalapja is vizsgálat és mérlegelés tárgyát képezheti, ahogy a politikai, vallási stb. üldöztetésre, a háborús vagy polgárháborús állapotokra stb. hivatkozás is: vajon *tényleg* üldözött vallási vagy politikai csoporthoz tartozik a menedékkérő? Vajon *tényleg* üldözik őt vallási vagy politikai okból? Vajon *tényleg* üldözik a menedékkérőt szexuális orientációja vagy nem identitása miatt?

⁵ Az ujjlenyomat-vétel fontosságáról lásd Kézikönyv a menekültügyre, határookra és bevándorlásra vonatkozó európai jogról. Az Emberi Jogok Európai Bírósága, az Európai Unió Alapjogi Ügynöksége és az Európa Tanács közös kiadványa, 2014. http://publications.europa.eu/resource/cellar/cab5b3fd-cbfl-470a-beef-081e2049653c.0022.04/DOC_2 (2019. augusztus 17.)

⁶ Egy tudósítás szerint amikor egy szíriai menedékkérőtől az olasz hatóságok ujjlenyomatot vettek, akkor az „tönkretette az életét”. How a fingerprint can change an asylum seeker's life. [Egy ujjlenyomat hogyan változtathatja meg egy menedékkérő életét] <https://www.refworld.org/docid/5a1694724.html>, 2017.11.21. (2019. augusztus 17.) A történet szerint végső soron az EURODAC adatbázisa miatt sérültek a menedékkérő jogai éppen azzal, hogy más országban már nem adhatott be új menedékkérelmet. Az ujjlenyomat-vételnek a menedékkérők szabadságára/szuverenitására gyakorolt negatív hatásáról lásd Fazila Bhimji: Contesting the Dublin Regulation: Refugees' and Migrants' Claims to Personhood and Rights in Germany. Intersections. East European Journal of Society and Politics, [S.l.], v. 2, n. 4, dec. 2016.

<https://intersections.tk.mta.hu/index.php/intersections/article/view/214>

Egy emberi jogi beszámoló szerint Magyarországról azért szökött tovább Ausztriába egy menekült a békéscsabai Menekültügyi Őrölt Befogadó Központból, ahová a téli havas időben az utcáról beszállították („elkapták”), mert megtudta, hogy másnap ujjlenyomatot vesznek tőle. Hegedűs Réka (szerk.): Integráció önkéntes alapon. Önkéntesség mint menekültügyi integrációs eszköz. Menedék – Migránsokat Segítő Egyesület. H.n, é.n., 49. oldal. <https://menedek.hu/sites/default/files/article-uploads/integracio-onkentesalapon.pdf>

⁷ Uo.

⁸ A taktikai megfontolások különösen a kitoloncolások során játszanak szerepet. Ha a visszatoloncolt emberi jogai sérülhetnek a hazájában, a kitoloncolás felfüggeszthető, ezért a visszatoloncolásra ítéletek nemcsak homoszexuálisnak, hanem – *horribile dictu* – terroristának is képesek vallani magukat, mert ebben hivatkozhatnak arra, hogy kínzás és/vagy halálbüntetés fenyegeti őket... A szexuális orientáció és a nemi identitás miatt üldöztetést elszenvedő menekültek menedékkérelmének elbírálásához lásd: UNHCR's Views on Asylum Claims based on Sexual Orientation and/or Gender Identity Using international law to support claims from LGBTI individuals seeking protection in the U.S. <https://www.unhcr.org/5829e36f4.pdf> (2019. augusztus 17.) Janna Weßels: Sexual Orientation in Refugee Status Determination. Refugee Studies Centre. Workin Paper, Series No. 73. University of Oxford, 2011. (Lásd különösen a “Fear”: Subjectivity and credibility – how to prove sexual orientation című fejezetet.) Refugee Status Claims Based on Sexual Orientation or Gender Identity – A Practitioners' Guide. International Commission of Jurists. Geneva, 2016.

Vajon tényleg igazat mond a menedékkérő a szexuális orientációját vagy nem identitását illetően? Tényleg homoszexuális a menedékkérő, stb.? Ha viszont elfogadottá válik, hogy a nemi orientációt és a nem identitást a gyakorlatban *morális* megfontolásból kivesszük a mérlegelendő és megítélhető indokok és hivatkozások köréből, három, az állami szuverenitás gyakorlását erőteljesen korlátozó és a menekülteket az állammal szemben kvázi szuveréné tevő következményekhez jutunk:

1. A nemi orientáció vagy identitás *abszolútizálódik*: arra bárki (menedékkérő) hivatkozhat, azt mindenkinek (hatóságok) el kell fogadnia, és senki (hatóságok) nem vonhatja kétségbe. A nemi orientációra vagy identitásra hivatkozó menedékkérő állítása is – ennek megfelelően - *abszolút igazság*.

2. A nemi orientációra vagy identitásra hivatkozás az előbbieket nyomán nem lehet abszolút: miért pont *csak* a nemi orientációra vagy identitásra hivatkozás során lehet abszolút igaz a menedékkérőnek? A politikai, vallási stb. indokokokra hivatkozó menekültek miért szenvedjenek hátrányt? Ők miért nem lehetnek abszolút szavahihetők? A politikai, vallási stb. indokokokra hivatkozó menekültek indokait tehát szintén ki kell vonni a mérlegelés alól.

3. Ha nincsenek, mert nem lehetnek, preferált indokok a nemi orientáció vagy identitás mintája alapján, akkor az állam törvényes joga, hogy menedékkérelmekben megfogalmazott indokok alapján bírálja el menekültek menedékkérelmét, értelmét veszti: az államnak mindenki számára, aki menekültnek *mondja* magát, menedékjogot *kell* biztosítani.

Az ENSZ Menekültügyi Főbiztosságának irányelvei jól tükrözik a hatóságok dilemmáját: ha a kérelmező nem képes bizonyítékkal szolgálni szexuális orientációját illetően és/vagy hiányzik a kellően pontos származási országokra vonatkozó információ, a döntéshozónak *kizárólag az adott személy nyilatkozatára* (testimony) kell támaszkodnia.⁹ Az LMBTI menedékkérelmek elbírálásának EU-n belüli, tagállamai gyakorlatát alaposan feltérképező tanulmány¹⁰ tanulsága az, hogy bár *expressis verbis* nem vonják kétségbe a hatóságok és bíróságok jogát az LMBTI emberek menedékkérelmének elutasítására, olyan jogértelmezéseket, elveket és ajánlásokat fogalmaznak meg, amelyek alapján az elutasítás lényegében *morálisan lehetetlenné* válik. Így például: „Mivel az LMBTI identitások nem képeznek legitim orvosi, pszichiátriai vagy pszichológiai kategóriákat, az orvosi, pszichiátriai vagy pszichológiai szakvélemények felhasználása a kérelmező szexuális orientációjának vagy nemi identitásának [mint ténynek – L.T.] megállapítására teljességgel illegitim és helytelen. E szakvélemények előállítása a kérelmező *magánszférájának megsértésével* jár, amely intenzív szenvedést is okozhat (...) Mivel e szakvéleményeknek *nincs igazolható céljuk* [sic!], a kérelmező magánszférájába való beavatkozás a *magánélethez való jog* indokolatlan megsértését jelenti.” A kérelmező szexuális orientációjának vagy nemi identitásának mint ténynek a megállapítása tehát végső soron nem lehet igazolható cél az eljárás során, már csak azért sem, mert „a szexuális orientáció és a nemi identitás *önazonosság* kérdése és nem orvosi, pszichiátriai vagy pszichológiai kérdés”. Ugyanakkor: „A homofóbiának vagy transzfóbiának a kérelmezőt sújtó következményeivel kapcsolatos orvosi, pszichiátriai vagy pszichológiai szakvélemények viszont hasznosak lehetnek a menedékkérelmek vizsgálata során”. Abból az önmagában helyes megállapításból, hogy nem indokolt olyan gyakorlatok kialakulása, amelyek „a szexuális orientációjukat vagy nemi identitásukat nem *kitaláló*, hanem csak később felfedő és valóban védelmet igénylő menedékkérőket kizárják a védelemből”, levonható az a következtetés, hogy vannak vagy lehetnek olyan menedékkérők, akik *kitalált* szexuális orientációra vagy nemi identitásra hivatkoznak. De a tanulmány nem ad

⁹ UNHCR Guidance Note On Refugee Claims Relating To Sexual Orientation And Gender Identity. Geneva, 21 November 2008. <https://www.refworld.org/pdfid/48abd5660.pdf> (2019. augusztus 17.)

¹⁰ Jansen, Sabine – Spijkerboer, Thomas: Menekülés a homofóbia elől. A szexuális orientációval és a nemi identitással kapcsolatos menedékkérelmek Európában. COC Neherland, Vrije Universiteit Amsterdam, 2011. https://rechten.vu.nl/en/Images/web_110098_FH_HU_tcm248-243327.pdf (2019. augusztus 17.)

támpontot ahhoz, mert esettanulmányokkal nem példázza, hogy hogyan és – pláne - milyen alapon dönthesse el az eljáró hatóság, hogy a hivatkozott szexuális orientáció vagy nemi identitás kitalált...A hatóságok mozgásteret végül attól a feltételezéstől szűkülhet be radikálisan a szavahihetőség vizsgálata során, hogy: „Lehetséges, hogy a kérelmező csak a menedéket nyújtó ország körülményei között *ébredt tudatára* a szexuális orientációjának vagy nemi identitásának.”¹¹ Ami nem zárja ki azt a paradoxont, hogy hazájában, ahonnan menekülni kényszerült, szexuális orientációja vagy nemi identitása miatt üldözték, de ennek nem volt tudatában...Ennek fényében érthető meg a hatóságok helyzete: „Az LMBTI kérelmezők esetén kiemelt jelentőséggel bír a szavahihetőség vizsgálata, hiszen... emberi jogi szempontból a garanciális elemek miatt nagyon nehezen vizsgálható menekülési ok értékelését kell a menekültügyi hatóságnak elvégeznie, és sokszor a kérelmező saját vallomása az egyetlen bizonyíték, amit értékelhet (...) Ugyanakkor a szexuális identitásra hivatkozva, annak mérhetetlensége miatt *tömeges visszaéléseket* [sic!] tapasztalva egy érthető frusztráció alakulhat ki”.¹²

A menedékjoggal való visszaélés elkerülése érdekében Németországban felvetődött, hogy kétes esetekben orvosi vizsgálat alapján kellene meghatározni a fiatal vagy magukat fiatalkorúnak mondó menedékkérők életkorát. Az igény akkor kapott komoly politikai súlyt, amikor migránsok megölték két német tinédzsert, és az idősebbnek kinéző elkövetők fiatal korúnak mondták magukat, hogy a felnőtteknek járó súlyosabb büntetést elkerüljék. A német orvosi kamara azonban nemcsak az orvosi vizsgálatok esetleges pontatlansága, hanem *etikai* megfontolások miatt is visszautasította az igényt: a menekültek *testi-fizikai integritására* (körperliche Unversehrtheit) és a *minden embert megillető jóléthez* való beavatkozásra (Eingriff in das Menschenwohl) hivatkozva...¹³

III. A „menekült” mint egyszerre morális és esztétikai kategória

Ha az állam *morális kötelessége alávetni magát* a „menekültet” megillető egyetemes emberi jogoknak, szükségszerűen le kell mondania szuverenitásának a „menekülttel” szembeni érvényesítéséről. A „menekült” szuverénvá válásának *értékhierarchikus* alapja is kialakult: menekült > migráns > állam és állami szuverenitás. A „menekült”-tel szemben a „migráns” problematikus státusz és kifejezés, különösen a „*gazdasági bevándorlás*” ma még vitatott jelensége miatt: egy *”gazdasági bevándorlóról”* még azt feltételezik, hogy a racionális önérték vezéreli, a számítás, és életminőségének az anyagiak terén történő javítására törekszik. Egy menekült azonban kényszer- vagy vészhelyzetben van, ezért megítélése is egyértelműen más. Éppen ezért számít ideológiai és jogi kihívásnak a *gazdasági menekült* (economic migrant) fogalmának egyre szélesebb körű használata.¹⁴

¹¹ Id. mű, 9-10. oldal.

¹² Nagy-Nádasdy Anita Rozália: A menedékkérők szexuális orientációjának megállapítása. Iustum Aequum Salutare XIV. 2018. 3. 169. oldal. (Kiemelés tőlem – L.T.)

¹³ Kristina Ludwig: Bundesärztekammer lehnt systematische Alterstests für Asylbewerber ab. Süddeutsche Zeitung, 2018.01.02. (2019. augusztus 17.)

<https://www.sueddeutsche.de/politik/fluechtlinge-bundesaerztekammer-lehnt-systematische-alterstests-fuer-asylbewerber-ab-1.3810234>; Joób Sándor: Nem tudni biztosan, hány éves a német egyetemista lány gyilkosa. Index.hu, 2017.09.15.; Zsilák Szilvia: A német orvosok nem akarják vizsgálni, hány évesek a menekültek. Index.hu, 2018.01.02. (2019. augusztus 17.)

¹⁴ Az EU hivatalosan még nem sorolja a „gazdasági menekült” fogalmával definiált személyeket a menekültek kategóriájába: 1) A gazdasági bevándorlók [migrants] nem tartoznak a menekültstátusz kritériumai alá, ezért nem jogosultak a nemzetközi védelemre menekültekként [refugees]; 2) A gazdasági migránsokat néha gazdasági menekülteknek nevezik, de ez visszaélés a „menekült” fogalmával. https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/glossary_search/economic-migrant_en (2019. augusztus 17.) Ugyanakkor például az Európai Gazdasági és Szociális Bizottság álláspontja az, hogy: „Figyelembe kell venni,

A „menekülteket” általában a *vendégeknek* kijáró *tolerancia* illeti meg, akikről *gondoskodni* kell mint *áldozatokról*, és ez olyan *egyoldalú morális kötelességeket* teremt a befogadó állam és polgárai számára, amelyek a menekültek *jogai* alá rendelődnék. Kifejezetten esztétikai metszetben a Magyarországon a kilencvenes évekből ismert szlogen és kampány („*Az idegen szép*”) jól érzékelteti a menekültek szuverenizálódásának logikáját. Ha az idegen, mint olyan általánosságban szép, akkor az egyes idegen akkor is „szép”, ha a maga konkrét valóságában igazából „csúf” vagy „csúnya”: a konkrét-valóságos „csúnyság” zárójelbe tétetik. A szép-csúnya esztétikai és a jó-rossz morális kategóriapárosok átfedik egymást: a szép a jónak, a csúnya a rossznak felel meg, és viszont. Ha az idegen szép, akkor nem lehet csúnya, és nem követhet el csúnyságot. Ha szép, akkor jó is, és ennek megfelelően nem követhet el rosszaságot sem. Mindaddig, amíg a migránsok és menekültek az *uralkodó*, tehát *intézményesen újratermelt, védett és szankcionált* értékek és normák szerint *széppé és jóvá esztétizálódnak* politikailag, megjelenítésük a média világában is döntően csak *pozitív* lehet. És viszont: ha a nyilvánosság és a média világában széppé és jóvá esztétizálódnak, a róluk való beszédmód a politika világában is döntően csak *pozitív* lehet. A miattuk keletkezett vagy – pláne – általuk okozott problémák, a *köztörvényes* bűncselekmények elkövetése, az uralkodó társadalmi normák akár szisztematikus megszegése, például muszlim negyedekben nők kizárása a kávézókból; a „nyugati” öltözködési szokásokhoz (mini szoknya, dekoltázs stb.) való intoleráns és agresszív viszonyulás, a nőkkel és gyermekekkel szemben elkövetett szexuális zaklatások és erőszak, a hétköznapi antiszemitizmus, és az elkövetők etnikai háttére szinte *tabuvá* válik.

A médiamegjelenítés a nyilvános társadalmi és politikai diskurzusok determinálásával hat a kormányzati politikákra. A politikusoknak, pláne kormányzati döntéshozóknak, kockázatos a nyilvánosságot uraló menekültképpel szembe menni, *a jogszabályokat a jó/szép menekültekkel szemben érvényesíteni vagy azoknak érvényt szerezni*. A migránsok más, például ökonómiai, nemzet- és népesedéspolitikai összefüggésekben is esztétizálódnak: a migráció alapvetően *jó*, mert *hasznos* azzal, hogy törvényszerűen hozzájárul a gazdasági növekedéshez, és demográfiai egyensúlyt eredményez a népességcsökkenéssel sújtott országokban, továbbá a migránsok „erősebbé” teszik a befogadó nemzetet. Az ilyen értelmezési keretben értelemszerűen nincs helye a bevándorlás és a bevándorláspolitika bírálatának vagy a kormányzati bevándorláspolitika módosításának, hiszen az gyengíti a nemzetet és nemzetgazdasági érdeket sért. A menekültválság nyilvános problematizálása, a bevándorlás(párti)politika és a menekültek *bírálata* az uralkodó normák szerint idegenellenesség, idegengyűlölet, rasszizmus, nacionalizmus, populizmus stb., ami megmelegágya a *hallgatás* és *elhallgatás* társadalmi és politikai kultúrájának, aminek meg egyenes következménye az, hogy a menekültek végső soron mentesülhetnek a befogadó ország *uralkodó társadalmi normái és konvenciói*, ezáltal pedig *jogszabályai* alól. A burkatilalommal szemben felhozott jog-ideológiai érvek szerint a burkaviselés tiltása sérti a bevándorlókat is megillető *vallásszabadságot*, a *kisebbségi jogokat* (a burkát viselő nők egyszerre számítanak kisebbséginek mint bevándorló, mint muszlim és mint nő) és a *szabad önkifejezéshez való jogot*.

Az ENSZ Emberi Jogok Bizottsága 2018-ban a Franciaországban bevezetett általános burkatilalom ellen foglalt állást¹⁵ azon az alapon, hogy az sérti a közérdek és az individuális

hogy a következő években bizonyosan növekedni fog azoknak a migránsoknak a száma, akik az éghajlatváltozás következményeként fokozódó elsivatagosodás, éhínségek és környezeti katasztrófák miatt hagyják el otthonukat. Ez a jelenség arra kényszerít minket, hogy felülvizsgáljuk a menekült, a menedékkérő és a gazdasági menekült közötti mesterséges és diszkriminatív különbségtételt, legalább azokban az esetekben, amelyekben a migránsok éhínség és környezeti katasztrófák elől menekülnek”. Az Európai Gazdasági és Szociális Bizottság véleménye – Szociális vállalkozások, a migránsok integrációjának motorjai. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IE4769&from=SL> (Kiemelés tőlem – L.T.) (2019. augusztus 17.)

¹⁵ France: Banning the niqab violated two Muslim women’s freedom of religion - UN experts.

jogok közötti egyensúlyt: az állam csak különleges körülményekre tekintettel, például személyazonosítás céljából követelheti csak meg az arc felfedését, és a tilalom a burkához ragaszkodó nőket az otthonaikba *kényszeríti, megfosztja* őket a nyilvános/köz szolgáltatások elérésétől és társadalmilag *marginalizálja* őket. Az ENSZ Emberi Jogok Bizottsága még az Emberi Jogok Európai Bírósága döntését is kritizálta.

A burkatilalom ellen szociokulturális érvekkel (otthonba kényszerítés, társadalmi marginalizáció) való fellépés általában nem tér ki a *kötelező* burkaviselet ellen mindaddig magától értetődően felhozott szempontokra, amíg a burkaviselet csak a muszlim társadalmakra volt jellemző, és nem terjedt el a nyugati társadalmakban: a burkaviselet a nők patriarchális elnyomásának és *jogfosztásának* szimbolikus kifejeződése, ami összeegyeztethetetlen a nők *általános és alapvető emberi jogaival* és a nyugati liberális demokráciák alapértékeivel. A burkaviselet nyugati társadalmakban történő elterjedésével azonban a burkaviselet megítélése gyökeresen megváltozott azok körében, akik a *nők jogait* és az *államnak a nők jogaihoz való viszonyát* radikálisan értelmezik: a burka viselése a muszlim nők *szabad választása*, amihez *joguk van*, ellenben ha elfogadjuk az *állam jogát betiltani* a burka viselését, az ugyanolyan mintha elfogadnánk az *állam jogát kötelezővé tenni* a burka (vagy bármilyen ruhanemű) viselését...¹⁶ Az állam *legális* tilalmának (burkatilalom) nagyon elterjedt *ideologikus* minősítései (rasszista, iszlámfóbiás, xenofób stb.) azzal fenyegetnek, hogy az abszolút más kultúrákból érkező bevándorlókkal és menekültekkel kapcsolatos állami-kormányzati *jogpolitika* mozgásteret rendkívül beszűkül. A nyilvános burkaviselet körüli politikai-jogi vitáknak az állam szuverenitását érintő elágazása végső soron a „*militáns demokrácia*” koncepciójából ismert fundamentális kérdést veti fel: *van-e joga államnak*, a liberális demokrácia államának ahhoz, hogy *illiberális* (jogkorlátozó vagy jogot el nem ismerő) intézkedést hozzon a liberális demokrácia és annak értékrendje védelmében?¹⁷ Az állam és az – eddig ismert – liberalizmus azonban vereségre van ítélve az *önrendelkezés* (self-determination) *átértelmezett* elve alapján: a nők liberális demokráciában magától értetődő joga az önrendelkezésre azt is magában foglalja, hogy a nők szabadon dönthessenek arról, hogy mit akarnak viselni. Ha a burka mellett döntenek, szabadon, viselhessék is a burkát, szabadon. A liberális állam vereségének esélyét növeli, hogy liberális szabadságjogoknak elkötelezett *emberi jogi szervezetek*, mint például az Amnesty International is, a burkatilalom ellen foglalnak állást. Álláspontjuk szerint a burkatilalom a nők jogainak diszkriminatív megsértése, mert a nőknek szabadságában áll, hogy kedvük szerint öltözzenek, és olyan ruhát hordjanak, amely kifejezi identitásukat és hitüket, a jogszabály ellenben kriminalizálja a nőket ruháik megválasztása miatt, és gúnyt űz a szabadságjogokból.¹⁸ A burkaviselésre kiterjesztett önrendelkezési jog azonban előfeltételezi,

<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23750&LangID=E> (2019. augusztus 17.)

¹⁶ Kiraz Janicke: The burqa: reject the fake 'feminism' of the right. Green Left Weekly, 2010.10.08. <https://www.greenleft.org.au/content/burqa-reject-fake-feminism-right> (2019. augusztus 17.)

¹⁷ Macklem, Patrick: Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination. International Journal of Constitutional Law, Vol. 4, No. 3, 2006, pp. 488–516.; Macklem, Patrick: A külső határok védelme. Militáns demokrácia és vallásszabadság Európában. Fundamentum, 2010/4. szám; McCrea, Ronan: The Ban on the Veil and European Law. Human Rights Law Review, Vol.13, No.1, 2013, pp. 57-97.

A militáns demokrácia eredeti elmélete: Karl Loewenstein: Militant Democracy and Fundamental Rights I. In The American Political Science Review, Vol. 31, No. 3, 1937, pp. 417-432. és Karl Loewenstein: Militant Democracy and Fundamental Rights II. In The American Political Science Review, Vol. 31, No. 4, 1937, pp. 638-658. Lásd még Sajó András: Az Önvédő jogállam. Fundamentum, 2002/3-4. szám.

¹⁸ Martin Mono: Why the burqa ban is wrong. Deutsche Welle, 2016.08.19. <https://www.dw.com/en/opinion-why-the-burqa-ban-is-wrong/a-19488854> (2019. augusztus 17.); Popular initiative on the burqa ban: the Federal Council's counter proposal. Humanrights.ch, 2018.01.17. (2019. augusztus 17.); Denmark: Face veil ban a discriminatory violation of women's rights. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/08/denmark-face-veil-ban-a-discriminatory-violation-of-womens-rights/>; Bans on Full Face Veils would Violate International Human

hogy a muszlim nők felszabadultak vagy felszabadulnak a muszlim férfiaknak a kötelező burkaviselésben is kifejeződő totális kontrollja alól. Csakhogy a burkaviselés a valóságban az esztétizált menekültek és bevándorlók azon *szubkultúrájának* része, amelyben a muszlim férfiaknak a muszlim nők feletti akár totális kontrollja magától értetődő, és a lánygyermeket ennek megfelelően *szocializálják*, így azok *interiروزálják* is ezeket a normákat és szerepelvárásokat. Az állam amúgyis erőteljesen veszített a bevándorló szubkultúrák feletti kontrolljából, szuverenitásából, ezért a burkatilalom ellen a ténylegesen patriarchális kontroll alatt álló nők önrendelkezésére apelláló jogideológiai támadások tovább erodálják az identitása szerint liberális demokrata állam szuverenitását. Egyet lehet érteni azzal, hogy „az állam kötelessége, hogy biztosítsa a nemi egyenlőséget, és megvédje a nőket a közösségük vagy családjuk nyomásától, amely a burkák viselésére kényszeríti őket”, és a kormányoknak „a muszlim nők diszkriminációja ellen kellene harcolniuk a közösségeiken belül és kívül egyaránt”¹⁹, csakhogy a liberális demokrata államok de facto deffenzívába szorultak és szinte tehetetlenek *multikulturális* társadalmak szubkultúráival szemben. Többek között azért is, mert az államra mutogató emberi jogi szervezetek nem folytatnak gyakorlati harcot a nőket elnyomó muszlim közösségekkel és általában a szubkultúrák értékrendjével. Ráadásul a multikulturalizmus doktrínái szerint a bevándorló szubkultúrák egyenértékűek, és *az államnak semlegesnek kell lennie*: nem részesítheti előnyben a befogadó (többségi) társadalom értékrendjét és kulturális normáit.

IV. A bevándorlás, mint alapvető emberi jog és az önrendelkezés kifejeződése.

Az önrendelkezéshez való *jog* a migrációval kapcsolatos felfogásokban két, egymással ellentétes logika szerint játszik meghatározó szerepet.

1) *Kollektív jog*. Az államok és politikai közösségek önrendelkezéshez való joga, amely magában foglalja annak szuverén eldöntését és szabályozását, hogy a közösség kit és milyen feltételekkel enged be. Az állami kereteken belül élő közösség önrendelkezési joga igazolja az állam határainak létét, védelmét, és a határátkelés szuverén szabályozását is.

2) *Individuális jog*. Az el- és bevándorlás, valamint az önrendelkezés minden ember alapvető emberi joga. A migrációhoz való jog gyakorlása révén kifejeződik az egyén (migráns) önrendelkezése is.²⁰

Az államhatár-ellenes ideológiákban az, hogy az állam (politikai közösség) kit és milyen feltételekkel enged be, *nyelvpolitikailag* átértékelődik azzal, hogy a beengedés helyett inkább a *kizárásról* (exclusion, exclude) beszélnek, ami a *jogfosztás* értelmében vett *kirekesztésként* is értelmezhető: ha az adott állam „kirekeszt” más állampolgárokat, akkor ezzel megfosztja őket a joguktól, hogy az állam lakosai vagy polgárai legyenek...

Az állam/közösség önrendelkezési jogát (szuverenitását) és a nyílt határok (open

Rights Law. <http://www.amnestymena.org/en/magazine/issue16/Hijab.aspx?articleID=1021> (2019. augusztus 17.)

¹⁹ Miért ellenzi az AI a burkák betiltását? Amnesty.hu, 2010.07.15. <https://www.amnesty.hu/news/951/miert-ellenzi-az-ai-a-burkak-betiltasat> (2019. augusztus 17.)

²⁰A kollektív önrendelkezési jogról és az akörül vitakáról lásd Sarah Fine: The Ethics of Immigration: Self-Determination and the Right to Exclude. *Philosophy Compass*, Vol. 8, No. 3, 2013, pp. 254-268.; Matt Whitt: Democracy's Sovereign Enclosures: Territory and the All-affected Principle. *Constellations*, Vol. 21, No. 4, 2014, pp. 560-574.

A bevándorlásról mint emberi jogról lásd: Oberman, Kieran: Immigration as a Human Right. In Sarah Fine & Lea Ypi (ed.): *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership*. Oxford, Oxford University Press, 2016. pp. 32-56; Valadez, Jorge M.: Is immigration a human right? In R. Pierik & W. Werner (ed.): *Cosmopolitanism in Context: Perspectives from International Law and Political Theory*. Cambridge, Cambridge University Press. 2010. pp. 221-248.

borders) koncepcióját azonban nagyon tanulságos módon megpróbálják közös nevezőre hozni azzal, hogy a közösségek természete mindig változik: új nemzedékek születnek, külső társadalmi hatások érik a közösséget, és a migráció is nyomás alá helyezheti azt.²¹ Ez igaz, csak hogy éppen ez adja a jelentőségét az állam- és államhatárelles ideológiáknak, amelyek sikeres *politikai-ideológiai indoktrináció* révén alakíthatják át a nemzetállamokban megszerveződő közösségek természetét.

V. Határok nélküli világ: „open borders”, „without borders”, „no borders”

A Solidarity Across Borders egy „migránsigazság” nevében fellépő, kanadai központú hálózat²², amely a szerintük *igazságtalan* bevándorlási és menekültrendszer ellen küzd, és támogatja azok áldozatait. A szimpla szolidaritáson és támogatáson túl azonban a *szabad mozgás* és – azzal szorosan összefüggő – *nyílt határok* elvét hirdetik: szabadság a mozgáshoz, a maradáshoz és a visszatéréshez. Ennek megfelelően elutasítják a migránsok őrizetbe vételét, fogva tartását és kitoloncolását. A határokat és a nemzetállamokat inherens rasszistának és erőszakosnak tartják, és harcolnak egy *határok nélküli* (és értelemszerűen *államok nélküli*) világ megteremtéséért. Nem hajlandók együttműködni az állammal, beleértve a rendőrséget és a határőrizeti szerveket, és a *kanadai állam legitimitását nem ismerik el*, mert Kanada a bennszülöttek földjének ellopásán, az őslakos népek folyamatos népirtásán és áttelepítésén alapul. Határait a gyarmatosítók hasznáért folytatott gyarmati háborúk során húzták meg, ami további különös ok ahhoz, hogy Kanada *államhatárait ne ismerjék el...*

Az 1999-ben megszervezett No Border Network²³ mindenki szabad mozgása érdekében folytat harcot, hogy mindenki szabadon élhessen azon a helyen, amit választott, ezért mindenféle kontroll ellen is küzdenek, amelyek megsokszorozzák a határokat. A harc részeként kampányokat folytatnak a kitoloncolások és a kitoloncolásokban részt vevő légitársaságok, valamint a kitoloncolásokat és a migránsok visszafordítását lehetővé tevő határrezsimek ellen.²⁴

Az államhatárok megkérdőjelezésének van egy egyszerre demokrácia- és legitimitáseméleti, éppen ezért csábító stratégiája. A „demokratikus határok” tézise szerint, mely az államhatárok demokratikus és nem demokratikusra való, elméletileg önkényes felosztásával áll elő, csak akkor lehet demokratikusan legitim egy állam határelőzőrendszere, ha olyan politikai folyamatokból származnak az azt szabályozó törvények,

²¹ Vossen, Bas van der: Immigration and Self-determination. Politics, Philosophy & Economics, Vol. 14, No. 3, 2015, pp. 270–290.

²² Lásd <http://www.solidarityacrossborders.org>

²³ Lásd <http://www.noborder.org>

²⁴ A nemzetállami határokat megkérdőjelező szakirodalomból lásd Abizadeh, Arash: On the Demos and its Kin: Nationalism, Democracy, and the Boundary Problem. American Political Science Review, Vol. 106, No. 4, 2012, pp. 867-882.; Anderson, Bridget - Sharma, Nandita - Wright, Cynthia: Editorial: why No Borders? Refuge: Canada's Journal on Refugees, Vol. 26, No. 2, 2009, pp. 5-18.; Bauder, Harald: The Possibilities of Open and No Borders. Social Justice, Vol. 39, No. 4, 2014, pp. 76-96.; Honig, Bonnie: Democracy and the Foreigner. Princeton, Princeton University Press, 2001; Ochoa Espejo, Paulina: Why borders do matter morally: The role of place in immigrants' rights. Constellations, Vol. 25, No. 1, 2018. pp. 71-86.; Ochoa Espejo, Paulina: People, Territory, and Legitimacy in democratic States. American Journal of political Science, Vol. 52, No. 2, 2014, pp 466-478.; Riley, Jason: The Case for Open Borders: Six Common Arguments against Immigration and Why They Are Wrong. New York, Gotham Books, 2008; Song, Sarah: The Boundary Problem in Democratic Theory: Why the Demos Should be Bounded by the State. International Theory, Vol. 4, No. 1, 2012, pp. 39-68. Vossen, Bas van der – Brennan, Jason: In Defense of Openness: Why Global Freedom Is the Humane Solution to Global Poverty. Oxford University Press, 2018.

amelyekben az állampolgárok és a külföldiek [sic!] egyaránt részt vehetnek! A külföldiek határellenőrzést legitimáló szerepe abból a premisszából bomlik ki, hogy a határellenőrzés „kényszeríti” a leendő bevándorlókat, megsértve ezzel *autonómiájukat*, márpedig a *személyes autonómia* demokratikus eszméjének elismerésével ment végbe az alattvalók *állampolgárokká* válásának történelmi átalakulása, amiből logikailag egyenesen következik, hogy egy demokratikus államnak és közösségnek eleve autonóm személyként kell kezelnie a leendő bevándorlókat, ami meg *kvázi állampolgárként* való kezelésüket követeli meg, és *jogigényeket* biztosít számukra. Mivel az általánosan bevett legitimitációelméleti tétel szerint a kényszerítő hatalom gyakorlását mindazok számára igazolni kell, akik alávetettek a kényszerítő hatalomnak vagy akikkel szemben (bevándorlók) *kényszerítő hatalmat gyakorolnak*, a demokratikus legitimitáció radikális értelmezésével (a bevándorlók legitimáló szubjektummá tételével) megkérdőjeleződik a *legitim államok joga*, hogy az egyesülési szabadságnak az önrendelkezésen alapuló kollektív joga révén lezárhassák határaikat, illetve az *állampolgároknak az államuk területe feletti uralmi joga*, miáltal egyoldalúan tagadhatják meg a külföldiek belépését az államuk területére.²⁵ Ez a felfogás inherensen *anarchista*, mert praktikusán kivitelezhetetlen, hogy állampolgársággal nem rendelkező, az állam területén kívül lévő és oda belépni szándékozó külföldiek tevőlegesen kivegyék részüket az államon belüli olyan politikai folyamatokban, amelyre állampolgárként lennének jogosultak. Az elmélet ezáltal *delegitimálja* az állam és a benne egyesülő politikai közösség szuverenitását, aminek egyenes következménye lehet, ha a gyakorlatban követik az elmélet által preferált elveket, az effektív határellenőrzés leépülése. A gyakorlati anarchiát a szerző egy bevallottan kozmopolita megoldással próbálja intézményesen szabályozni: a „*globális démosz*” nevében fellépő, annak érdekeit artikuláló *kozmosopolita demokratikus intézményekhez* kell delegálni a határellenőrzést: a *határellenőrzés rendszereinek illegitimitása* (sic!) miatt a demokratikus politikai közösségekre hárul a feladat támogatni olyan kozmopolita demokratikus intézmények valamilyen formában történő létrehozását, amelyek belépési politika meghatározásának vagy delegálásának hatáskörével rendelkeznek!

Arash Abizadeh kozmopolitizmusa, amelyben az államhatárok nem felelnek meg demokratikus standardoknak, a *radikális demokrácia* új hulláma felé nyitott kaput. James Chamberlain politológus kidolgozta a „*kisebbségi demokrácia*” egy sajátos koncepcióját, hogy *lerombolja a többségi identitásokat mindenki kisebbségivé válása* (becoming-minoritarian of everyone) és – ezen keresztül – a *határok megszüntetése* érdekében.

A nyílt határok (open borders) melletti kiállás egészen korai terméke volt Joseph H. Carens 1987-ban megjelent tanulmánya²⁶, amely szerint a nyugati demokráciáknak mint *liberális* államoknak és társadalmaknak kötelességük (az akkori állapotok szerint) sokkal teljesebben megnyitni a határaikat, mert a bevándorlás korlátozásával – a mobilitás feudális akadályaihoz hasonlóan – *igazságtalan kiváltságokat* védnek meg, ami nem igazolható. A határok megnyitásának természetesen következményei vannak az adott közösség életére és jellegére, változásokat generál, az azonban mindaddig nem baj, amíg a közösség tagjai a közösségük *liberális* jellege és az igazságosság elvei iránt elkötelezettek maradnak. Joseph Carens közel három évtizeddel később írt könyvében továbbra is kiáll a nyílt határok elve mellett, és nagy hangsúlyt helyez az *individuális szabadságjogra*: ha az az államon belüli

²⁵ Abizadeh, Arash: Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders. *Political Theory*, Vol. 36., No. 1, 2008, pp. 37-65.; Abizadeh, Arash: Democratic Legitimacy and State Coercion: A Reply to David Miller. *Political Theory*, Vol. 38, No. 1, 2009, pp. 121–30.; Abizadeh felfogását a határellenőrzés „kényszerítő” jellegének tagadásával vitatta David Miller: Why Immigration Controls Are Not Coercive: A Reply to Arash Abizadeh. *Political Theory*, Vol. 38., No. 1, 2009, pp. 111-20.

²⁶ Carens, Joseph H.: Aliens and Citizens: The Case for Open Borders. *The Review of Politics*, Vol. 49, No. 2. 1987, pp. 251-273.

szabad mozgás *alapvető emberi jog*, a szabadsághoz való *általános jogunkból* kifolyólag miért nincs alapvető emberi jogunk az országok közötti szabad mozgáshoz?²⁷

A migránsokat tömegesen kibocsátó „globális démosznak” a „nyílt határokhoz” vagy egy „határok nélküli” világhoz való joga komoly támogatást nyer a nemzetállami kereteken jóval túllépő demokraciáelméletekben is, melyeket terjedelemi korlátok miatt itt csak kulcsfogalmakkal tudom megvilágítani: globális démosz (*global demos*), globális társadalom (*global society*), globális civil társadalom (*global civil society*), globális állampolgárság (*global citizenship*), kozmopolita állampolgárság (*cosmopolitan citizenship*), globális demokrácia (*global democracy*), kozmopolita demokrácia (*cosmopolitan democracy*) stb.²⁸ Ezen elméletek társadalmi és politikai gyakorlatra alkalmazásának vagy vonatkoztatásának ideológiai alapja a *globális igazságosság* (*global justice*) és/vagy a *méltányosság* (*equity*) követelménye, melyből közvetlenül levezethető a harmadik világbeli országokat elhagyó migránsok államhatárokkal és határrezsimekkel nem korlátozható *morális joga* a fejlett országokba történő bevándorlásra. A következetesen globalista és kozmopolita megközelítésekben mindazonáltal a transznacionalizmust és a transznacionalista koncepciókat elkülönítik abból a megfontolásból, hogy azokban a nemzeti kategóriák (nemzetállamok léte, nemzetállami szuverenitás, nemzetállami határok, stb.) még releváns szerepet játsszanak.²⁹

²⁷ Carens, Joseph H.: Ethics of Immigration. Oxford, Oxford University Press, 2013. A nyílt határok elméleteihez lásd még Higgins, Peter: Open Borders and the Right to Immigration. Human Rights Review, Vol. 9, No. 4, 2008, pp. 525-35.; Ypi, Lea: Justice in Migration: A Closed Borders Utopia. The Journal of Political Philosophy, Vol. 16, No. 4, 2008, pp. 391-418.

²⁸ Avila Hernández, M.F.: Challenges of Migration in Context of Cosmopolitan Citizenship. Journal of Mediterranean Knowledge, Vol. 3, No. 2, 2018, 107-121.; Archibugi, Daniele: Cosmopolitan Democracy and its Critics: A Review. European Journal of International Relations. Vol. 10, No. 3, 2004, pp. 437-473.; Archibugi, Daniele – Held, David: Cosmopolitan Democracy: Paths and Agents. Ethics & International Affairs, Vol. 25, No. 4, 2011, pp. 433-461.; Baban, Feyzi – Rygiel, Kim: Living with Others: Fostering Radical Cosmopolitanism through Citizenship Politics in Berlin, Ethics & Global Politics, Vol. 10, No. 1, 2017, pp. 98-116.; Beck, Ulrich: The Cosmopolitan Society and Its Enemies. Theory, Culture & Society, Vol. 19, No. 1-2, 2002, pp. 17-44.; Beck, Ulrich: Cosmopolitan Vision. Cambridge, Polity Press, 2006; Brock, Gillian: Global Justice: A Cosmopolitan Account. New York, Oxford University Press, 2010; Cabrera, Luis: The Practice of Global Citizenship. Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Fine, R.: Cosmopolitanism. London and New York, Routledge, 2007; Held, David: Principles of Cosmopolitan Order, In D. Held and G. Wallace Brown (eds): The Cosmopolitanism Reader. Cambridge, Polity Press, 2010.; Linklater, Andrew: Cosmopolitan Citizenship. In K. Hutchings & R. Dannreuther (eds.), Cosmopolitan Citizenship. New York, St. Martin's Press, 1999. pp. 35-59; McGrew, Anthony: Democracy Beyond Borders? Globalization and the Reconstruction of Democracy Theory and Practice. In A. McGrew (eds.): The transformation of democracy? Globalization and Territorial Democracy. Cambridge, Polity Press, 1997; Martens, Thomas: Cosmopolitanism and Citizenship: Kant Against Habermas. European Journal of Philosophy. Vol. 4, No. 3, 1996, pp. 328-347; Nyers, Peter: Abject Cosmopolitanism: the Politics of Protection in the Anti-deportation Movement. Third World Quarterly, Vol. 24, No. 6, 2003, pp. 1069-1093; Paker, Hande (eds.): Cosmopolitan Democracy Revisited in a World of Rising Populism, Deepening Polarization and Rampant Neoliberalism. Istanbul Policy Center, 2017; Schlenker, Andrea: Cosmopolitan Europeans or Partisans of Fortress Europe? Supranational Identity Patterns in the EU. Global Society. Vol. 27, No. 1, 2012, pp. 25-51.; Seglow, Jonathan: Immigration Justice and Borders: Towards a Global Agreement. Contemporary Politics, Vol. 12, No. 3, 2006, pp. 233-46.; Snauwaert, Dale T.: Cosmopolitan Democracy and Democratic Education. Current Issues in Comparative Education, Vol. 4, No. 2, 2002, pp. 5-15.; Turner, Bryan S.: Cosmopolitan Virtue, Globalization and Patriotism. Theory, Culture & Society, Vol. 19, No. 1-2, 2002, pp. 45-63.; Yuksekdog, Yusuf: Moral Cosmopolitanism and the Right to Immigration. Public Reason, Vol. 4, No 1-2, 2012, pp. 262-72.; Walker, Jeffrey P. – Serrano, Ana M.: Formulating a Cosmopolitan Approach to Immigration and Social Policy: Lessons from American (north and south) Indigenous and Immigrant Groups. Current Issues in Comparative Education, Vol. 9, No. 1, 2006, pp. 60-68.

²⁹ Lásd különösen Wimmer, Andreas - Glick Schiller, Nina: Methodological Nationalism and Beyond: Nation-State Building, Migration and the Social Sciences. Global Networks, Vol. 2, No. 4, 2002. pp. 301-34.; Wimmer, Andreas - Glick Schiller, Nina: Methodological Nationalism, the Social Sciences and the Study of Migration: An Essay in Historical Epistemology. International Migration Review, Vol. 37, No. 3, 2003, pp. 576-610.

VI. Mindenki migráns

„Mindannyian migránsok vagyunk” – teszi magáévá az ismert ideológiai tételt Gregory Feldman, és ennek megfelelően elutasítja az „állampolgár” és „migráns” kettősséget, pontosabban az emberek e kategóriák szerinti megosztottságát, és azt állítja, hogy a migránsság (*migranthood*) megszüntetése érdekében az *embereket fel kell hatalmazni szuverén terek létrehozására*, hogy eldönthessék, kikkel akarnak együttélni. Az állam szuverenitását erodáló elem: korunk neoliberális (sic!) világában az emberek, mint állampolgárok ugyanúgy magányosak, elidegenedettek, gyökértelenek, atomizáltak és hatalomnélküliek, mint a migránsok.³⁰

A „mindenki migráns” legerősebb érve historizáló: minden létező ország vagy állam tele van máshonnan érkezett emberek emlékeivel.³¹ Történelmi kontextusban a szabad, korlátozatlan migráció és – ezáltal – a *migránsok korlátozatlansága* (szuverenitása) totális igazolást nyer: szinte *minden* nép vagy ország történelmében meghatározó szerepe volt a migrációnak, *ezért* morális imperatívusz, hogy *egyetlen* nép vagy ország *sem* tagadhatja meg senkitől a bevándorlás jogát. A történelmi *tények* történelmi *kötelességet* és *jogot* generálnak, s mivel a jelenkori magyarok ősei is bevándorlók (migránsok) voltak a honfoglalás során, a jelenkori magyaroknak morális *kötelességük* elismerni mások *jogát* a Magyarországra történelmi bevándorlásra.³²

VII. Senki sem illegális

Az illegális bevándorlás (*illegal immigration*) és az illegális bevándorló (*illegal immigrant*) terminusait az elmúlt évtizedekben több szempontból komoly *nyelvpolitikai* támadások érték: a törvénysértés (illegálitás) egyenes következménye a törvénysértés jogi szankcionálása, ami óhatatlanul is a bevándorlók *morálisan elfogadhatatlan kriminalizálásához* vezet; az illegális (jogellenes, törvényellenes, jogsértő, törvénysértő) jelző *szégyenérzetet* kelt, holott a bevándorlóknak nincs semmi szégyellni valójuk; a kifejezések *politikailag mérgező* tartalmuk miatt gerjesztik az idegenellenességet és rasszizmust stb. Alternatív, politikailag korrekt terminológiai megoldásként egyre elfogadottabbá vált az az „*illegal*” helyett az „*irregular*” (szabálytalan vagy szabályozatlan), valamint az „*undocumented*” jelző használata. Utóbbi arra utal, hogy a bevándorló vagy migráns nem rendelkezik személyazonosságának *igazolására* és/vagy az országba *törvényes* belépésre vagy ott *törvényes* tartózkodásra *feljogosító* okmányokkal (dokumentumokkal). Jellemző, hogy az ENSZ Menekültügyi Főbiztosa (UNHCR) is fontosnak tartotta egy politikailag korrekt terminológia kidolgozását, amelyben a magyarra tömören nehezen lefordítható

³⁰ Gregory Feldman: We Are All Migrants. Political Action and the Ubiquitous Condition of Migrant-hood. Stanford University Press, 2015. 136p.

³¹ Lásd az UNICEF-hez kötődő Voice of Youth blogtárát. Imen Al-Aighaoui: We are all migrants. <https://www.voicesofyouth.org/blog/we-are-all-immigrants>. A szerző önmagáról: környezetvédő, a világbéke támogatója, emberi jogi aktivista, világpolgár (World Citizen). (2019. augusztus 17.)

³² A honfoglalás mint bevándorlás ideológiai toposzához a teljesség igénye nélkül lásd Tamás Gáspár Miklós: A honfoglalók is bevándorlók voltak. Válasz.hu, 2015.01.19. <http://felsoktatasi-rangsor.hu/itthon/tamas-gaspar-miklos-a-honfoglalok-is-bevandorlok-voltak-108665>; (2019. augusztus 17.) Ki a migráns? Erre vár választ Pukli István a Kликтől. 24.hu, 2016.08.10. <https://24.hu/kozelet/2016/08/10/ki-a-migrans-erre-var-valaszt-pukli-istvan-a-kliktol/> (2019. augusztus 17.); Húha, kiderült: mindannyian migránsok vagyunk. Népszava.hu, 2016.09.16. https://nepszava.hu/1106098_huha-kiderult-mindannyian-migransok-vagyunk (2019. augusztus 17.); „Mi is migránsként kerültünk ide, csak ezt honfoglalásnak hívjuk” – indul az MSZP EP-kampánya. Mandiner.hu, 2019.04.06. (2019. augusztus 17.) https://mandiner.hu/cikk/20190406_kecskes_csoma_jereb_botond_ujhelyi_pont_ott_tartunk_mint_par_eve_a_br_itek (2019. augusztus 17.)

„undocumented” magyar jelentésének a „rendezetlen jogállású”-t ajánlja.³³ Az „illegális” jelző ellen felhozott érvek: pontatlan (jogilag téves, félrevezet, figyelmen kívül hagyja a nemzetközi kötelezettségeket, sérti a tisztességes eljárás elveit, pontatlanul írja le a határookra érkező embereket), sértő (dehumanizáló, kriminalizáló, megakadályozza a tisztességes vitát, fenyegeti a szolidaritást, aláássa a társadalmi kohéziót), ellentétes az európai értékekkel (diszkriminatív, elnyomó, idejétmúlt). Az „illegális bevándorló” és „illegális bevándorlás”, illetve az „illegális” fogalmainak használata ellen felhozott *jogideológiai* érvek egy olyan rendszert alkotnak, amely alapjaiban kérdőjelezi meg az államnak a bevándorlással kapcsolatos szuverenitását, és szinte teljesen kitarja a kaput a tömeges bevándorlás előtt.

- Diszkriminatívnak tartja azt, hogy az „illegális” jelzőt az állampolgárookra nem, csak a migránsokra használják, amivel a „rendezetlen jogállású” migránsokat lényegében jogilag egyenrangúvá teszi az állampolgárokkal.

- Azt állítja, hogy mindenkinek vannak emberi jogai, így az adott állam joghatósága alá kerülő migránsoknak is, akik ezáltal értelemszerűen jogi személlyé (*legal person*) válnak. A szóhasználat azonban két jogideológiai csúsztatást takar. Egyrészt azzal, hogy a „*legal person*” fogalmát szembeállítja az „*illegal migrants*” fogalmával, az illegális migráns legálissá válik: mindenképpen úgy kell kezelni, mintha legálisan (törvényesen) jutott volna be és tartózkodna az országban. Másrészt azt a képzetet kelti, hogy az országban való tartózkodás törvénytelennek (illegálisnak) minősítésnek automatikusan valamifajta jogfosztás a jogkövetkezménye, miáltal az illegalitás olyan alapeseteit is legitimálja, mint amikor a migráns szándékosan kivonja magát a menekültügyi eljárás alól, avagy amikor törvényes eljárás során törvényesen tagadják meg tőle a tartózkodást és utasítják ki, de ő megszökik és – *illegalitásba* vonul. (Kérdés, hogy használhatnánk-e az „*illegal person*” fogalmát azokra az „undocumented” migránsokra, akik idővel – akár több – *hamis dokumentummal* élnek az állam területén.)

- Szóba kerül ugyan a migránsoknak az állam területére való belépése és ott tartózkodása, de azzal, hogy elutasítja a belépés és tartózkodás illegálisnak minősítését, rendkívül felpuhítja a belépés és tartózkodás jogi szabályozását: az lényegében nem lehet törvényt sértő.

- Elutasítja a migránsok *kriminalizálását*, azaz azt, hogy a bevándorlási törvények megsértését bűncselekménynek (*criminal offense*) nyilvánítsák, de teszi ezt úgy, hogy meg sem próbál különbséget tenni az „irregularisnak” minősített bevándorlás konkrét esetei között, miáltal *per definitionem* kizárja azt, hogy bevándorlók bűncselekményt követhetnek el. Holott például ide tartoznak a még le nem zárult menekültügyi eljárás során elkövetett vagy akkor felderített *expressis verbis* bűncselekmények is (rablás, gyilkosság, nemi erőszak, drogkereskedelem stb.), melyek elkövetése miatt a „menekültet” kiutasítják és kitoloncolják...

- Az előbbivel összefüggésben az „illegális” fogalmának elutasítása céljából csak a „bűnelkövető” vagy „bűnöző” fogalmával („*criminal*”) operál. Az „illegális” fogalmához azonban a „*jogsértő*” vagy „*törvényt sértő*” fogalma is társítható azon elv alapján, hogy minden bűncselekmény törvényt sértés, de nem minden törvényt sértés bűncselekmény, miáltal elmondható, hogy migránsok a bevándorlási törvények megsértésével nem feltétlenül bűncselekményt, de mindenképpen törvényt sértést követnek el.

- Az „illegális bevándorlás” fogalmát abszurd módon kezdi ki azzal, hogy egy ország *elhagyása*, tehát az *elvándorlás* vagy *kivándorlás* alapvető emberi jog, és a kísérlet, hogy elérjék Európa határait, azaz maga a *migráció*, nem lehet illegális, amivel azt a képzetet

³³ https://www.unhcr.org/cy/wp-content/uploads/sites/41/2018/09/TerminologyLeaflet_EN_PICUM.pdf (2019. augusztus 17.) A tájékoztató két fő kérdés alatt tárgyalja a témát: Why „undocumented” or „irregular”?; Why not „illegal”?

kelti, hogy a migráció célországai a saját hatályos törvényeik szerint törvénytelennek minősítenék a más országokból történő el- vagy kivándorlást.

- Az előbbi érvből az is következik, hogy ha valakinek alapvető emberi joga kivándorolni az országából, akkor logikusan és automatikusan joga is van bevándorolni más országba, illetve egészen pontosan abba az országba, amit kiválasztott magának, és ezt a célországnak nincs joga jogilag megakadályozni.

A terminológiai ajánlás végül eljut oda, hogy a bevándorláspolitikákat és a bevándorlást szabályozó törvényeket hibáztatja: azokat úgy kell alakítani, hogy a hatályos jogszabályok szerint a migráns eleve ne lehessen illegális...

Az ENSZ és az EU szerveinek az „illegális bevándorlás” elleni – és állami szuverenitást erodáló – *nyelvpolitikai* küzdelme összhangban van a jogilag korlátozatlan bevándorlásért folytatott politikai-ideológiai harcokkal.

A „*No One is Illegal*” (Senki nem illegális) egy olyan hálózat, amely a nyílt határok szellemében küzd azért, hogy *mindenkinek legyen joga (right of everyone)* az Európai unióba belépni és ott tartózkodni, és ezért dolgozik azon, hogy megváltoztassa az EU politikáját. Minden embernek joga van szabadon mozogni, a nemzeti határok nélküli világ olyan világ, ahol egyetlen ember sem illegális. A hálózat kiáltványa szerint a föld mindannyiunkhoz tartozik, ezért *mindannyiunknak joga van* a szabad mozgáshoz az országokon át, és *letelepedni bárhol, ahol tetszik*. A mindenki képessége szerint és mindenkinek szükségletei szerint elve alapján *jogunk van a világ földjeihez és erőforrásaihoz való egyenlő hozzáféréshez*. Egy adott helyen született személynek *nem lehet több igénye* ahhoz a helyhez, mint bárki másnak. Nem fogadják el a *nemzetállami határok legitimitását*, azokat *politikai konstrukcióknak* tekintik, és létük fenntartását morálisan igazolhatatlannak tartják. Semmilyen ország, szervezet vagy magánszemély jogát (*entitlement*) nem ismerik el az emberek határokon átnyúló szabad mozgásának korlátozására, vagy hogy azt „illegális” migrációként bélyegezzék meg.³⁴

Az „illegális bevándorlás” (*illegal immigration*) fogalma a „jogellenes tartózkodás” (*unauthorised residence*) és a „jogellenesen tartózkodó személyek” (*persons residing without authorisation*) fogalmaival együtt szerepel a Lisszaboni Szerződés 63a. cikkében.³⁵ Ennek ellenére az Európai Parlamentben nyelvpolitikai elmozdulás tapasztalható. Az Állampolgári Jogi, Bel- és Igazságügyi Bizottság (LIBE) migrációval kapcsolatos egyik vitája során az elnök, Claude Moraes (Brit Munkáspárt) leszögezte: „A helyes [*correct*] kifejezés nem az illegális, hanem az *irreguláris*. Senki sem illegális, amíg el nem ítélik”, és ez az Európai Parlament álláspontja.³⁶

A téma (legalitás és illegalitás) természete miatt az igen sokrétű jogideológiai próbálkozásokat komolyabb társadalom- és jogelméleti, politikai és jogfilozófiai munkák sora egészíti ki.³⁷

VIII. Civil jogi kultúra az állam szuverenitásával szemben: ellenállni a kitoloncolásnak

Az idegenrendészeti eljárásoknak része a menedékkérelmek vizsgálata és esetleges

³⁴ <https://www.ingenillegal.org/english/> (2019. augusztus 17.)

³⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/?uri=CELEX%3AC2007%2F306%2F01> (2019. augusztus 17.)

³⁶ <https://ditoverblik.dk/du-maa-ikke-sige-illegal-migrant-i-eu-parlamentet/> <http://www.europarl.europa.eu/ep-live/en/committees/video?event=20181127-0900-COMMITTEE-LIBE> (2019. augusztus 17.)

³⁷ A szinte könyvtárnyi irodalomból lásd Nyers, Peter: No One is Illegal Between City and Nation. *Studies in Social Justice*, Vol. 4, No. 2, 2010, pp. 127-143.; Wright, Cynthia: Against Illegality: New Directions in Organizing By and With Non-Status People in Canada. In Caelie Frampton at. al (ed): *Sociology for Changing the World: Social Movements/Social Research*. Halifax, Fernwood, 2006.

elutasítása azzal együtt, hogy azokat, akiknek bármilyen okból törvényesen elutasítják a menedékkérelmét, kiutasíthatják és kitoloncolhatják az országból.

Személyazonosságot és állampolgárságot igazoló dokumentumok híján az állam szuverenitásának a kitoloncolási eljárás során szinte lehetetlen érvényt szerezni. A visszatoloncoláshoz az Európai Unióban kormányközi megállapodások szükségesek - de csak az állampolgárságukban és személyazonosságukban azonosított kiutasítottak visszafogadáshoz.

A kitoloncolást, s így a szuverenitás gyakorlását, külön is megnehezítheti az *állampolgári jogi kultúra* sajátos változása: egyre gyakoribb, hogy egyes állampolgárok a kitoloncoltakkal való *szolidaritás* és a kitoloncolással szembeni „ellenállás” jegyében megpróbálják a kitoloncolásokat megakadályozni.³⁸

Az alábbiakban tipikus, a nemzetközileg is nagy nyilvánosságot kapott példákön keresztül mutatom be azt, ahogy az *állammal szemben saját polgárai kihívást intéznek szuverenitásának gyakorlása során*.

Yashika Bageerathit, aki 2011-ben az anyjával és fiatalabb testvéreivel érkezett Nagy-Britanniába, a hatóságok 2014-ben visszatoloncolták Mauritiusra. A család menedékkérelme arra az állításra alapozódott, hogy egy erőszakoskodó *rokon elől menekültek el* (sic!) hazájukból. Az időközben felnőtté vált Yashika ügyét külön kezelték, és 2013-ban megtagadták tőle a menedékjogot. A kitoloncolással szemben és azon belül a *törvényes kitoloncolási határozat érvénytelenítése* érdekében szervezett kampány bontakozott ki. Állítólag a lánynak Mauritiuson sem családja, sem barátai nem voltak, ezért a mellette kampányolókat szerint a kitoloncolással megsértik az *emberi jogok* törvényének (Human Rights Act) a *magán- és családi élet tiszteletéről* szóló 8. cikkelyét. Annak az iskolának az igazgatója, ahol tanult, az nyilatkozta, hogy a lánynak *joga van az oktatásra*. 175 000 aláírás sikerült összegyűjteni azért, hogy a hatóságok állítsák le a kitoloncolást, és a kampány során az Air Mauritius *légitársaságot* is felszólították, hogy ne szállítsák el az országból Bageerathit, a British Airways pedig meg is tagadta az elszállítását. Az ügyvédeknek azonban *fellebbviteli bíróságon* sem sikerült elérni a kitoloncolás felfüggesztését. A bevándorlási miniszter azt nyilatkozta, hogy az ügy „*megfelelő jogi eljárás*on” ment keresztül, mely során megállapították, hogy a lány nem szorul védelemre a *hazájában történő erőszak és üldöztetés* miatt. A munkáspárti árnyék bevándorlási miniszter, David Hanson fellépésével politikai nyomás alá helyezték személy szerint a brit miniszterelnököt is, Theresa Mayt, aki azonban arra hivatkozva tagadta meg a közbelépést, hogy „*megfelelő eljárást*” alkalmaztak az illetékesek. A kampány során a *jogszabályok érvényesítése ellen* olyan érveket sorakoztattak fel, mintha az országba *legálisan* bevándorolt, ott *törvényesen* tartózkodó és a társadalomba – ilyen előzmények után – *integrálódott* személyről lenne szó: Bageerathi diák, aki éppen nyelvvizsgára készül, különleges személyiség, aki a közösség értékes tagja, és ígéretes karrier előtt áll, stb. A kampányérvek keretén belül tehát a kétségtelen és dokumentált integrálódás felülírja és érvényteleníti az állam hatályban lévő jogszabályait.³⁹ (Az Izraelben kitoloncolásra ítélt Fülöp-szigeteki vendégmunkások és gyermekeik esete annyiban más, hogy a vendégmunkások a vízumuk lejártá után már *illegálisan* tartózkodtak az országban, és az ott

³⁸ Az idevágó szakirodalomból lásd Nyers, Peter: *Abject Cosmopolitanism: The Politics of Protection in the Anti-Deportation Movement*. *Third World Quarterly*, Vol. 24, No. 6, 2003, pp. 1069–1093.

³⁹ London student Yashika Bageerathi set for deportation 'won't be on plane' says school spokesman. *Evening Standard*, 2014.03.30. <https://www.standard.co.uk/news/london/london-student-yashika-bageerathi-set-for-deportation-wont-be-on-plane-says-school-spokesman-9224272.html> (2019. augusztus 17.) A visszatoloncolást támogatók ellenkampánya szerint „Yashika Bageerathinak nincs joga az Egyesült Királyságban lenni, őt azonnal ki kell toloncolni, és véget kell vetni annak, hogy gúnyt űznek a bevándorlás szabályainkból”. Lásd *Deport Yashika Bageerathi Now!*

<https://www.change.org/p/theresa-may-deport-yashika-bageerathi-now>; <https://www.itv.com/news/update/2014-04-01/ba-refusing-to-fly-student-facing-deportation-to-mauritius/> (2019. augusztus 17.)

született gyermekeik is *illegális státuszúak* lettek. Annak ellenére, hogy legtöbbjük izraeli iskolában járt, az izraeli kultúra szerint szocializálódott, és a hébert anyanyelvi szinten beszélt. Az egyik vendégmunkás, Rosemary Peretz, azzal érte el a kitoloncolás elhalasztását, hogy hangosan tiltakozott a repülőgép fedélzetén. A fellebbviteli bíróság azonban másnap elutasította fellebbezését, és egy ór kíséretében a tizenhárom éves gyerekével repülőre rakták és visszatoloncolták.⁴⁰ Az, hogy a gyermekek Izraelben születtek és integrálódtak a társadalomba, felvetette a törvényes döntések morális helyességét.⁴¹)

Elin Ersson svéd egyetemistának egy afgán menedékkérő Afganisztánba történő visszatoloncolását sikerült megakadályoznia azzal, hogy a repülőgépen „állószerájkat” kezdeményezett: a felszólítás ellenére mindaddig nem volt hajlandó elfoglalni helyét, amíg az afgán férfit nem szállítják le. A gép indulását valójában úgy sikerült megakadályoznia, hogy a reptéri *hatóságok nem jártak el vele szemben az előírásoknak megfelelően*, és nem távolították el őt erőszakkal a fedélzetről, és mindez azért, mert a *pilóta úgy döntött*, hogy a kitoloncolt személy és a kísérő személyzet nem utazhat a gépen.⁴² A későbbiekben kiderült, hogy Ersson valójában *emberi jogi „aktivista”*, akinek az akciója nem volt spontán: tudatosan vásárolt jegyet a járatra a kitoloncolás megakadályozása végett.⁴³ Mint „aktivista”, korábban is részt vett menekülteket mentő akcióban: társaival egy olyan busz elé feküdt, amely kitoloncolásra ítélteteket szállított a repülőtérré, és – jellemző módon – sikerült is elérniük, hogy őt fő ügyével újra foglalkozzanak.⁴⁴ Tettének motívumai között szerepelt, hogy *nem szereti országa jogszabályait* (sic!), és így próbálja megváltoztatni azokat, és hogy szerinte a kitoloncoltat a halálba küldik⁴⁵, amivel lényegében felülírta az illetékes hatóságok törvényes döntését, noha az azon alapszik, hogy Svédország - az Egyesült Királysággal, Franciaországgal, Svájjal, Hollandiával, Dániával, Norvégiával együtt - kormányközi megállapodást kötött Afganisztánnal azok visszafogadásáról, akiknek a menekültkérelmét elutasították.⁴⁶ Az állam szuverenitását illetően az ilyen eseteket fontos megkülönböztetni a menekültjogi vagy bevándorlásjogi aktivizmus olyan példáitól, amikor a bevándorlópárti aktivisták vagy jogvédők az eljáró hatóságok által elkövetett *szabálytalanságok vagy törvénytelenések* miatt lépnek fel.⁴⁷

⁴⁰ Chlotilde Mraffko: Born in Israel, hundreds of Filipino children risk expulsion. The Time of Israel. 2019.08.09. <https://www.timesofisrael.com/born-in-israel-hundreds-of-filipino-children-risk-expulsion/>; Toi Staff: Deportation of Filipino worker. Israel-born son delayed after protest on plane. The Time of Israel. 2019.08.09. <https://www.timesofisrael.com/deportation-of-filipino-worker-israel-born-son-delayed-after-protest-on-plane/>; Toi Staff: Israel expels Filipino worker, Israel-born son after court rejects appeals. The Time of Israel. 2019.08.09. (2019. augusztus 17.)

⁴¹ Yonah Jeremy Bob: Is Deportation of Filipinos a Legal, Moral or Law Enforcement Issue? – Analysis. The Jerusalem Post. 2019.08.13. <https://www.jpost.com/Israel-News/Is-deportation-of-Filipinos-a-legal-moral-or-law-enforcement-issue-analysis-598419> (2019. augusztus 17.)

⁴² Swedish activist stops deportation of Afghan man. BBC News, 2018.07.25. <https://www.bbc.com/news/world-europe-44948604> (2019. augusztus 17.)

⁴³ Abdul Bari Hakim: The man whose deportation Elin Ersson tried to prevent. Deutsche Welle, 2018.07.26. <https://www.dw.com/en/the-man-whose-deportation-elin-ersson-tried-to-prevent/a-44841129> (2019. augusztus 17.)

⁴⁴ Khuê Pham, Abdul Bari Hakim: Elin Ersson and Ismail K. — How an activist tried in vain to rescue an asylum-seeker. Deutsche Welle, 2019.01.31. <https://www.dw.com/en/elin-ersson-and-ismail-k-how-an-activist-tried-in-vain-to-rescue-an-asylum-seeker/a-47295356> (2019. augusztus 17.)

⁴⁵ A kép azzal teljes, hogy Elin Ersson nagy valószínűséggel szélsőbaloldali szubkultúrákhoz kötődik: az ott divatos FCK NZS [=fuck nazis] feliratú pólót viselt a nyilvánosságban.

⁴⁶ A bilaterális megállapodásokat kiegészíti az EU és Afganisztán között 2016-ban megkötött Joint Way Forward [Közös út előre] című, az irreguláris migráció kezeléséről és megelőzéséről, valamint az irreguláris bevándorlók visszatéréséről szóló megállapodás. Lásd Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU.

https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf

⁴⁷ An activist used a legal argument to stop an ICE arrest. He says others should do the same. The Washington Times, 2019.03.29. <https://www.washingtonpost.com/nation/2019/03/29/an-activist-used-legal-argument-stop->

A kitoloncolási eljárás „leggyengébb láncszemei” a repülő. A repülőgépeken történő kitoloncolás sikeres megakadályozására már oktatófilmeket is készítenek az „aktivista” szerveződések, melyekben kifejezetten ellenállásra bátorítják az állampolgárokat.⁴⁸

A pilóták gyakran vagy biztonsági okokra hivatkozva vagy erkölcsi megfontolásból tagadják meg a felszállást. A repülés biztonsága érdekében joguk és kötelességük elutasítani utasok szállítását, de a fentiek alapján belátható, hogy civilek (utasok) könnyen képesek *morális kényszerhelyzetbe* hozni a pilótákat, másrészt a döntésüket erkölcsi alapon meghozó pilóták saját jól felfogott érdekükben biztonsági szempontokra hivatkozhatnak. Nyilvánosságra került adatok szerint 2017-ben Németországban 222 kitoloncolást akadályoztak meg pilóták.⁴⁹ A munkaadók adott esetben fegyelmi intézkedésekkel büntethetik a pilótákat, de a törvényes kitoloncolások elleni morális ellenállásból maguk a légitársaságok is kivesszük a részüket. 2018-ban a Virgin Atlantic Airlines, az American Airlines, a Frontier Airlines és United Airlines bejelentette, hogy a továbbiakban nem fognak segédkezni a kitoloncolásokban. A légitársaságok azért is tehetik meg ezt, mert a hatóságok a kitoloncoltatottakat és a kísérőket szokványos utasként utaztatják, ezért a kitoloncolás kivitelezésének és – így – a szuverenitás érvényesítésének sokkalta nagyobb esélye van, ha charter gépeket bérelnék. Olykor azonban a charter járatokon történő kitoloncolást is sikerrel akadályoznak meg aktivisták, ha időben informálják őket. A Stansted 15 néven elhíresült csoport, melynek tagjai az End Deportation (Véget vetni a kitoloncolásnak) és a Lesbians and Gays Support the Migrants (Leszbikusok és melegek a migránsokat támogatják) szervezetekhez tartoznak, átvágta London-Stansted repülőtér kerítését, és többen közülük egy olyan charter géphez láncolták magukat, amely hatvan személyt szállított volna vissza Ghánába, Nigériába és Sierra Leoneba. Az aktivisták azzal igazolták tettüket, hogy a *kitoloncoltak emberi jogait védtek*, akikre akár halál vagy komoly sérelmek vártak volna. Közleményükben azt állították, hogy az igazi bűn az, hogy a kormány gyáva, embertelen és *törvényesnek alig nevezhető* deportálásra használja a repülőket. A szimpatizánsok az akciót *békés és erőszakmentes tiltakozásként*, a bíróság ítéletét pedig *tiltakozáshoz való jogra* mért csapásként értékelték.⁵⁰

Az állam szuverenitását romboló individuális állampolgári, a kollektív cselekvésben megvalósuló és a korporatív (vállalati) ellenállásból *intézményesített ellenállás* is kibontakozik.

Barcelonában 2015 szeptemberében indították el a „Barcelona, menekültváros” (Barcelona, ciutat refugi; Barcelona, refuge city) elnevezésű tervet el a migrációs válságra adott válaszként, a város felkészítésére a menekültek fogadására, támogatására és jogaik garantálására. Ennek részeként azonban a katalán parlament felszólította a katalán kormányt, hogy követelje a spanyol kormánytól a migránsokat fogva tartó központok (CIE, Centro de

an-ice-arrest-he-says-others-should-do-same/ (2019. augusztus 17.)

⁴⁸ A short film that wants to encourage people to resist against deportations! How to Stop a Deportation كيفية إيقاف الترحيل داخل الطائرة <https://www.youtube.com/watch?v=g2Umb7MyDhw> (2019. augusztus 17.)

⁴⁹ Elizabeth Schumacher: German pilots refuse to carry out deportations. Deutsche Welle, 2017. 12.07. <https://www.dw.com/en/german-pilots-refuse-to-carry-out-deportations/a-41638832> (2019. augusztus 17.)

⁵⁰ Damien Gayle: Stansted protesters believed deportees were at risk of death, court told. The Guardian, 2018.11.05. <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/nov/05/stansted-protests-were-to-protect-human-rights-court-told> (2019. augusztus 17.); Rebecca Nathanson: These Activists Blocked Migrant Deportations. Now They Face Life Imprisonment in the UK. The Intercept, 2018.11.17. <https://theintercept.com/2018/11/17/stansted-deportation-flights-uk/> (2019. augusztus 17.); Rahul Verma: Stansted 15 Launch Appeal Against Conviction Under Terror Laws. Right Info, 2019.01.08. <https://rightsinfo.org/stansted-15-launch-appeal-against-conviction-under-terror-laws/> (2019. augusztus 17.); Damien Gayle: Stansted 15: no jail for activists convicted of terror-related offences. The Guardian, 2019.02.06. <https://www.theguardian.com/global/2019/feb/06/stansted-15-rights-campaigners-urge-judge-to-show-leniency> (2019. augusztus 17.)

Internamiento de Extranjeros) bezárását⁵¹, és Barcelona városi tanácsa igazolást adott a kitoloncolásra ítélt integrálódásáról és városi lakos státuszáról, hogy a *kormányzati intézmény legális döntéseinek érvényesítését* megakadályozza. Ennek a bevándorláspolitikai manővernek jogi háttérét a spanyol jog „padron” nevű intézménye (empadronamiento) adta, amely megköveteli a településen hat hónapnál hosszabb ideig élő, de az állandó tartózkodási engedéllyel nem rendelkező külföldiektől, beleértve az országban „irregulárisan” tartózkodóktól is, hogy – személyazonosságuk és szálláshelyük igazolásával - *regisztráltassák* magukat a helyi önkormányzatoknál, miáltal hozzá is juthatnak helyi közszolgáltatásokhoz. A barcelonai városi tanács tehát az internált migránsokat, beleértve az illegális, dokumentumokkal többnyire nem rendelkező, ezért személyazonosságukat igazolni nem tudó bevándorlókat is, akiket az eljárás során kitoloncolásra ítélnének, *egyoldalú* aktussal úgy kezelte, mint akik a város *minden jogszabályai előírásnak megfelelő lakosai* lennének.⁵² A 2017-től kiadott igazolások (documento de vecindad) az illetékes állami hatóságokat nem kötelezi, de azokat - a bíróságokkal egyetemben - döntéseik során figyelembe vehetik.⁵³

⁵¹ Lásd <https://katesheabaird.wordpress.com/2015/10/23/the-barcelona-cie-is-closing-its-up-to-citizens-to-make-sure-it-never-opens-again/> (2019. augusztus 17.)

⁵² Lásd ehhez Gebhardt, Dirk: Cities and immigrant citizenship. A comparison of local citizenship policies in Barcelona and Munich. GRITIM-UPF Working Paper Series n.26 (Winter, 2015)

⁵³ Rübner Hansen, Bue: Stadt der Zuflucht und Migration. Die Bewegung „Barcelona en Comú” knüpft europäische Netzwerke der Solidarität. In Wenke Christoph - Stefanie Kron (Hrsg.): Solidarische Städte in Europa. Rosa Luxemburg Stiftung. Berlin, 2019. 64-66p.

From the privilege to equal treatment of the public sphere

It can be thought of between the appearance of preference and equal treatment. between the two concepts of living together. In fact, equal treatment and unequal treatment cover the entire spectrum of social problem management.

The privilege was first granted to the subjects by the rulers,² and this positive role was taken over by other state conglomerates, then by the churches and NGOs. However, Shutter mentions that the beginning of positive action dates back to the time when formal equality did not achieve its purpose. Positive discrimination is essentially the same as positive action, where quotas are often used in favor of a group with certain characteristics.³

De Schutter believes⁴ that equality is shared, there are those who bind them to the ICERD convention,⁵ while others interpret it less formally and further.⁶ The prohibition of discrimination was first proclaimed in New York on December 10, 1948, by Article 1 of the United Nations Convention on Human Rights (UDHR), but the desire for non-discrimination has already appeared in the founding documents of the UN. Conceptually equal treatment did not exist before the UDHR, but the concept is still changing today. It is well known that the development of equality theory is international in nature, so that different nations have different opportunities to apply the principle of equal treatment. Following the Bakke ruling of 1978, "California became the first state to allow a formal ban on race and other preferences when voters approved Proposition 209. Since then, Michigan and six other states - Washington, Florida, Nebraska, Arizona, New Hampshire and Oklahoma - have adopted similar bans. Following the ruling, "the state (including but not limited to public colleges and universities)" may not discriminate or grant preferential treatment to any person or group on the basis of race, color, ethnic origin or national origin in public employment, public education, or public procurement. course.⁷ The ECJ also plays an important role in developing and enforcing the doctrine of positive discrimination, which is discussed in more detail in the Equal Treatment section.

We can state that today it is primarily the responsibility of the state to ensure equal treatment and unequal treatment. The former is enshrined in international law,(Protected against discrimination include in particular the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD), the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), the Convention on the Rights of the Child (UNCRC), the Convention for the Protection of the Rights of Persons with Disabilities (ICMW) and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CPRD), the latter

¹ PhD. Student, National University of Public Service. makkos.nandor@gmail.com ORCID:0000-0001-8978-3870

² S. below.

³ Read more I. Makkos Nándor Equal Opportunities, Equal Treatment in State Social Policy Notaries and Public Administration 21 23-27. (2019).

⁴ Olivier De Shutter, D. Schiek, L. Waddington, and M. Bell (Eds.) Et al. Events, materials and texts on national, supranational and international anti-discrimination law Oxford Hart Publishing. 2007. p.757.

⁵ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 December 1965, p.7.

⁶ A. Epiney and M. Freirermuth-Abt: Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU. Baden-Baden, Nomos, 2003. p.185. S. FREDMAN: Discrimination Law. Oxford University Press, 2002. pp. 125-132.

⁷ <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/04/22/supreme-court-says-states-can-ban-affirmative-action-8-already-have/> Downloaded: September 12, 2019.

can be found in the Hungarian Fundamental Law⁸ and 2003 CXXV. Act on Equal Treatment and Promotion of Equal Opportunities (Ebkvtv.)

It is well known that people actually differ in their physical, mental, spiritual, qualities. These differences have always been perceived by empowered and 'social conglomerates' who want to regulate them, and therefore laws have been created to protect the weak.⁹ In the prevailing view, law derives from four sources, custom, legislation, case law, and legal opinion. In Egyptian law, the law is the 'word of the king'.

We see Richard A. Posner's statement that 'polycentric legal provisions for equal treatment and equal opportunities existed even before the appearance of Jewish-Christian religious standards, such as customary law, guild law, and commercial law' and the universal right which is essential for human life and dignity.¹⁰ The possessor of power, be it Pharaoh, religious leader, aristocracy, emperor, or king, was trying to hasten to help his widow materially and morally, and this help could be independent of any one religion. The possessor of power acted for the most cherished treasure of all, the future generation, the fundamental value of society for the family, but especially for those who formed the upper classes of society or the 'servant order'. (Hamurabi: Article 172) The emergence of literacy, unlike latency, has influenced the institutionalization of 'help' through the accompanying, visible, permanent and easily verifiable transmission of information. The protection of the weak over time extended to the lower-ranking population, the artisan family, and then prevailed in society. It can be stated that the protection of the weak in Europe was unevenly shaped by monopolistic legal traditions, the interests of the 'strong', the economy, the political situation and religions, both in antiquity and in the Middle and New Era. Equality before the law in the present sense with its content it did not exist before the Second World War, though it was previously justified by reforms of property rights and human rights. We see that economic and social rights are intertwined and form the basis for the institution of aid. The institution of privilege often served two purposes: supporting the needy¹¹ while consolidating its economic and political position.¹² Given that equality, equal opportunities and labor law did not exist in their current form, opportunities were not equal opportunity but merely the chance of survival. Giving the strong a chance gave the fallen extra money. In this world, therefore, we can not even speak of formal equality, since the usual power of regulating the life of the same group preceded or ignored it. Today, the state, churches and NGOs also provide services, often through jointly implemented programs, for the 'weak'.¹³ With regard to equal treatment, and in particular the granting of State preferential treatment, a number of concepts have acquired different meanings.

Bossuyt states: 'A reinforcement action is a temporary, coherent package of measures aimed at correcting the position of the target group's members in order to achieve effective equality in one or more aspects of their social life.'¹⁴ 'Action' in many countries, such

⁸ Hungarian Fundamental Law XV. Article 4.

⁹ Mihály Kmoskó: *The Laws of Hamurabi*. Ajtai K. Albert, Kolozsvár, 1911.

¹⁰ *The Jurisprudence of Polycentric Law* The University of Chicago School of Law A Paper Submitted to Professor Richard A. Posner In Accordance with the Requirements of 482: Jurisprudence & 499: Independent Research by Tom W. Bell Chicago, Illinois August 1992 <http://www.tomwbell.com/writings/JurisPoly.html> Download: Oct 29, 2018.

¹¹ For example see in Athens Constitution, Section 2, Clause 1, Twelve Tabular Laws, Second Book of King Stephen's Decrees, chapter 24, Widows and Orphans. Act for the Protection of widows, Married Women's Property Act 1870 etc. see more Edith Ennen: *Frauen in Mittelalten*. Sechste auflagen. Verlag C.H. Beck, München, 1999. p.136.

¹² Prof. Dr. Hartmut Oetker und Prof. Dr. Ulrich Preis: *Recht der Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Europäischen Union*. Forkel Verlag, 1996. p.20.

¹³ Over 'weak's. Aristotle: *Politics* Book. p.6.

¹⁴ The concept and practice of affirmative action Final report submitted by Mr. Marc Bossuyt, Special Rapporteur, in accordance with Sub-Commission resolution 1998/5 Economic and Social Council Distr. General

measures are referred to as preferential policies, reservations, compensation or distributive justice, preferential treatment, and various public sector entities such as the federal or provincial governments and municipalities, as well as private sector entities such as employers or educational institutions.

According to McColgan, measures to empower have traditionally been based on needs-based information or preference programs, the right to equal opportunities, we call it equivalent legal protection.¹⁵

Nalbandian notes¹⁶ that the US Supreme Court has already issued reinforcements in Griggs case.¹⁷ The reinforcing measures have been assessed to influence the composition of the Court, respecting the precedent and permeating the value of social justice in public policy and practice. In that case, the Court, referring to the Steelworkers case,¹⁸ found that the exclusion of voluntary positive measures would be contrary to the spirit of the law.

We see that at first certain groups in society have been given the opportunity by the rulers as they wish, but later we fought with Hepple, who says that social legislation is not the gift of enlightened rulers' is the result of struggles between different group's interest and ideologies.¹⁹

I. Causes of inequalities

According to Rosanvallon, inequality is the law of the world in its natural, moral, social and psychological sense.²⁰ According to Rosanvallon, the Janus-faced society is responsible for the increase in inequality, whose members 'complain about the consequences while taking care of the causes.'²¹ Equality is mentioned in the context of similarity, independence and nationality. Similarity refers to the most necessary material, independence to autonomy, citizenship to active participation of the community. We note that social equality can not be an individual characteristic, but makes sense only in relation to the social performance of society. According to Rosanvallon, religious equality is not synonymous with political or social equality, as there are different Christian, philosophical and legal approaches to natural equality.²² Dunoyer distinguishes between 'natural' and 'artificial' inequalities, the former being the result of human nature and the voluntary exchange of the free market, the latter the result of political privilege and access to state power.²³

E/CN.4/Sub.2/2002/21 17 June 2002. p. 3.

¹⁵ Alién, McColgan: *Discrimination Law. Text, Cases and Materials*. Second Edition, Hart Publishing, 2005 p.132.

¹⁶ John, Nalbandian: *The U. S. Supreme Court's "Consensus" on Affirmative Action Public Administration Review*, Vol. 49, No. 1 (Jan. - Feb., 1989), pp. 38-45.

¹⁷ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

¹⁸ *S. United Steelworkers of America v. Weber*, 443 US 193 (1979).

¹⁹ Bob, Hepple: *The New Single Equality Act in Britain* *The Equal Rights Review*, Vol. Five (2010) p.11.

²⁰ Pierre, Rosanvallon: *The Society of Equals*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2013. p.94.

²¹ *Ibid.* p.7.

²² *Ibid.* p.10.

²³ David, Mercer Hart: *Class, slavery and the industrialist theory of history in french liberal thought, 1814-1830: The Contribution of Charles Comte And Charles Dunoyer* <http://www.davidmhart.com/liberty/Papers/ComteDunoyer/CCCD-PhD/CCCD-shortthesis1993.pdf> p.85. Download: January 28, 2019.

II. Natural inequality

Locke did not consider the benefit incompatible with equality. 'Although I said above that all humans are naturally the same, I can not assume that I understand all kinds of equality. Age or virtue can give people a fair advantage. Granting parts and merit above the common level can surpass others. Through the birth of others and covenants, it may be useful to obey what is respected by nature, gratitude, or others. And yet, it is all the equality by which man can stand on top of each other in terms of jurisdiction or domination. What I've been talking about is my equality as a company in the hands of the same right, every person has the natural freedom to be subjected to the will or power of another person.'²⁴

III. Moral and psychological inequality

According Parr and Slavny in today's political and legal culture, people are equal, and the debate on moral equality makes it necessary to reject people's discrimination based on their psychological abilities.²⁵ The refusal is based on three considerations. The first is that the determination of possession of the relevant capacities is arbitrary, which allows the individual to be in the desired area. The second indicates that differences in psychological skills between individuals are morally relevant. The third reason is that people without the right psychological skills are disadvantaged.²⁶ However, it does not seem appropriate to order our fellow human beings under or over us, since both lead to a hierarchy. Yet the social division of labor creates a natural hierarchy. So not inequality, but unequal treatment is unacceptable? I think much more unfair treatment, because unfair treatment is certainly immoral. Unfair treatment is twice as unfair. It is unfair to the disadvantaged and may face the intrinsic value of the dishonest person.

IV. Rejection of inequality

In Carter's view, the rejection of inequality can also be justified by Rawl's theory that he does not scale different qualities in man, but rather binary, which means that they can be found in every human being.²⁷ On the one hand, fundamental equality plays a moral role in respectful relationships between individuals and imposes on them egalitarian obligations. On the other hand, the basic equality in the relations between state and citizens is morally relevant and defines the obligations of the state towards the citizen. However, Carter notes, 'Basic equality between individuals therefore depends on whether they are in a particular situation with each other and / or with third parties and are therefore morally entitled to respect the opacity.'²⁸

Hepple describes seven aspects of equality under the English Equality Act:²⁹

1. Equality, dignity and identity with due regard to human rights
2. State of Discrimination and Elimination of Disadvantages

²⁴ <http://www.yorku.ca/comminel/courses/3025pdf/Locke.pdf>. 127. Download: January 28, 2019.

²⁵ Read more Pacific Philosophical Quarterly 100 (2019) 837–857 ©2019 The Author Pacific Philosophical Quarterly University of Southern California and John Wiley & Sons Ltd.

²⁶ Ibid p.855.

²⁷ Carter, Ian: (2013). Basic Equality and The Site of Egalitarian Justice. *Economics and Philosophy*, 29(01), 21–41. p.28.

²⁸ Ibid. p.40.

²⁹ Alysia, Blackham: *Extending Working Life for Older Workers. Age Discrimination Law, Policy and Practice.* Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2016. p.10.

3. Continuous treatment / formal equality
4. Equal opportunities in content
5. Same skills
6. Same issue and
7. Honesty

In view of the above, only the latter needs an explanation from the list: According to Hepple, fairness refers to the distribution of opportunities.³⁰

In the view of Blackham,³¹ gender equality could alternatively include:

1. Formal equality is based on the similarity of individuals
2. Individual benefits that are free of stereotypes
3. Different treatment of people according to their needs
4. Adequate distribution of social resources (to prevent people being particularly burdened by belonging to a group)
5. Equal opportunities (so that individuals can choose from a range of options for the benefit of their lives)
6. Treatment of persons of equal dignity
7. Full social participation and inclusion.³²

V. Generations of equal treatment in the UK

Hepple mentions that there are five generations of equality laws in the United Kingdom.³³

The first generation was based on the concept of formal equality – 'similar things must be treated the same way' - spreading open discrimination on the continent. The law was a kind of reaction to the 1962 Commonwealth Immigrants Act, which made it difficult for black Asian immigrants to enter the UK.

The second generation, the Competition Act of 1968, was a measure of formal equality, but was not limited to racial discrimination, but also covered employment, housing, goods and services. The restrictive Commonwealth Immigrants Act of 1968 served to stop the influx of East African refugees into the UK.

The third generation was against sex discrimination, eg. through the Equal Pay Act of 1970 (EPA). This fight between the union and the feminist movements and between the workers and the liberal parties. Great Britain joined the Community in 1973, and the Treaty of Rome³⁴ had an impact on English anti-discrimination legislation, the principle of equal pay for men and women. The distinctive feature of the SDA in 1975, according to the Labor Government, was the introduction of an indicative approach and the principle of inappropriate or harmful discrimination. The provisions supported 'positive action'. This was the first step from formal to material equality. At that time it was also possible to file a complaint against discrimination with the labor tribunals. Another step towards material equality has been taken with the Disability Discrimination Act 1995 (DDA).

The fourth generation is Article 13 of the Treaty of Amsterdam (1997) and the

³⁰ Bob. Hepple: *Equality: The Legal Framework*. Hart Publishing, Oxford 2011. pp.13-24.

³¹ Alysia Blackham: *Extending Working Life for Older Workers: Age Discrimination Law, Policy and Practice*. Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2016. pp.10-11.

³² Read more Aranka VARGA (Ed.) *Fundamentals of Educational Sociology The further development of the TÁMOP-4.1.2.B.2-13/1-2013-0014 Teacher Training Networks in the Southern Transdanubia Region* was carried out with the support of a tender to digitize the curriculum. Bolko-Print Pécs, 2015. 251.o.

³³ Bob Hepple: *The New Single Equality Act in Britain* *The Equal Rights Review*, Vol. Five (2010) p.11.

³⁴ The participating States signed it on 25 March 1957, establishing the European Economic Community.

Executive Race Directive 2000/43/EC³⁵ and Employment Directive 2000/78/EC,³⁶ age discrimination, disability, religion or belief and sexual orientation. and Framework Directive 2006/54/EC³⁷ prohibiting discrimination on grounds of sex. According to Hepple, it would be unlikely that any national legislation without Article 13 of the EC Directive would have been implemented. Despite these shortcomings, a new generation of EU-inspired laws marks the beginning of comprehensive equality.

The fifth generation will continue to move towards equality as a whole and begin a period of transformative equality. The Northern Ireland Law of 1998 (implementation of the Belfast and Good Friday Agreement) provides for further positive responsibilities for public institutions to promote equal opportunities not only for Protestant and Catholic communities, but also for age, disability, race, religion, such as gender, marital status and sexual orientation. Generations of Hepple Equality move from promoting equality, from Equality of equality over their acceptance, development and preventive support by the state, right up to substantive equality.

VI. Different approaches to equal treatment

Po-Jen Yap's analysis shows that gender equality is not just about ensuring formal and material equality, as the constitutional practices in Malaysia, Singapore, India, the United States, South Africa and Canada contain four equality approaches.³⁸

1. At one end of the constitutional spectrum, there is a formal gender equality model which requires similar treatment of persons receiving the same treatment.

2. The consequence of the formal principle is the rational relationship model. This model requires not only the equal treatment of persons with the same characteristics, but also that legislation is considered arbitrary³⁹ if the reasons for the legislation are not adequately related to the objective pursued.

3. The normative model examines whether there is a rational connection between legislative departments and legitimate government policies. This normative model requires a forensic examination of whether the discriminatory treatment based on the legislative classification affects the applicant in a way that deeply reflects personal social stereotypes that can not or only be changed at unacceptable personal costs. The aim of the normative model is therefore to identify the forbidden reasons for legal differentiation.

4. Finally, the material model tries as a normative model to identify the banned causes of discrimination. However, it is the only gender equality model that does not justify a finding of inequality, statutory classification or unequal treatment. The material model therefore makes it possible to eliminate inequality if the state untreated people in different situations.⁴⁰

The research of Po-Jen Yap can be summarized as follows. Since absolute equality between all human beings and unequal treatment between groups of people is unavoidable,

³⁵ Council Directive 2000/43 / EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons of a racial or ethnic origin.

³⁶ Council Directive 2000/78 / EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

³⁷ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast).

³⁸ Po-Jen Yap, *Four Models of Equality*, 27 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 63 (2005).

³⁹ Victor V. Ramraj: *Comparative Constitutional Law in Singapore*, 6 *SING. J. INT'L & COMP. L.* 302, 312 (2002).

⁴⁰ Simpson, Amelia (2005). *Book Review The Logic of Equality: A Formal Analysis of Non-Discrimination Law.* *Federal Law Review*, 33(1), pp.177–179.

the material equality model embodied in the Canadian approach is the most important paradigm, since it allows for the characteristics that the Legislators used to justify the differential or equal treatment of groups of people. According to Po-Jen Yap, 'this recognition should be complemented by an Kantian theory of rights. It should reconcile the exercise of competing rights and interests within the legal system. Kant's theory-based deontological principle of rationality is based on the understanding that any consideration of the limits of rights must be in the light of the obligation to respect the rights and freedoms set forth in the rest of the Constitution.'

According to Kiss, 'the principle of equal treatment and equal treatment in private law has led to many disputes. There is a certain social, compensatory charge of equal treatment that is alien to private law even in its consolidated content.'⁴¹ However, the conflict between private and social rights is a source of constant conflict.

According to Dolvik and Visser, in *Laval Quartett*⁴² the Court expressed the supremacy of economic freedom over the Member States, fundamental social rights or social protection mechanisms.⁴³

VII. Unequal treatment and its embedding

The development of positive action stems from President Johnson's actions in the United States in 1965, which sought to enforce the UDHR's provisions in business and labor relations. In 1980,⁴⁴ Judge Stewart had referred to the 'blindness' of the law (non-discrimination) and cited a case from 1896⁴⁵ that his colleagues disagreed with because they considered that 'the rational exercise of the law is in good faith and in law in the interest of the Community'.⁴⁶ His judgment at the time is now obsolete.⁴⁷ McRudden differentiates between five forms of positive action: eliminating discrimination, neutral but focused inclusion of measures, advanced measures, preferences and redefined earnings.⁴⁸ McRudden called 'on-demand, extended programs' and 'preferential programs', stating that there are many forms of the latter, ranging from the quota application to the 'binding rule' to the naming rule.⁴⁹ The enforcement of the prohibition of discrimination is also possible at international, supranational and national levels. Including guidelines include and comprehensive human rights. Extended measures are information measures⁵⁰ to prevent

⁴¹ Legal Regulation of Public Service Careers Scientia Rerum Politicarum Series Editors György Kiss and Norbert Kis Edited by György Kiss, Dialóg Campus Budapest, 2019. p.81.

⁴² Case C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet*, C-438/05 - *The International Transport Workers' Federation and The Finnish Seamen's Union*, C-346/06 *Dirk Rüffert v Land Niedersachsen*, Case C-319/06 *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg*.

⁴³ Jon, Erik Dolvik and Jelle Visser Free movement, equal treatment and workers' rights: can the European Union solve its trilemma of fundamental principles? *Industrial Relations Journal* 40:6, 491–509.

⁴⁴ *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980).

⁴⁵ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁴⁶ Aliene McColgan: *Discrimination Law. Text, Cases and Materials*. Second Edition Hart Publishing, 2005 p.145.

⁴⁷ Later in *Brown v. Board of Education, Topeka*, 347 U.S.C. 483 (1954) included the now discriminated notion that "separate but equal" treatment of whites and African Americans is permissible under the Fourteenth Amendment.

⁴⁸ Case C-158/97. *Badeck and Others* 12. Read more I. Rethinking Positive Actions 1986 15 *Industrial Law Journal* 219. Read more in Aliene McCOLGAN *Discrimination Law: Text, Cases and Materials* Second Edition Hart Publishing 2005 130-131.

⁴⁹ *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 US 200 (1995).

⁵⁰ Read more Neil Addison: *Religious Discrimination and Hatred Law* Routledge. Cavendish Taylor & Francis London and New York, 2007. pp.76-77.

discrimination.⁵¹ This is called preference, e.g. in the case of *Kalanke*,⁵² where we give an advantage to underrepresented non-representatives. A newly defined earnings has occurred, eg. in the *Baddeck* case, because the principle of equal treatment may be contrary to the principle of best choice, because 'equal treatment not only prohibits the privileged treatment of a particular group but also guarantees the fundamental right of every individual, a right which citizens initially had guaranteed a level playing field rather than providing benefits to a particular group of people.'⁵³

VIII. Over generations of equal treatment in Hungary

1. After 1945, international law influenced the constitutional law of most democratic states in Europe. In Hungary, in the field of equal treatment, national legislation during the period of socialism was repealed, with the exception of the provisions of the Constitution, which pointed to formal equality. Most formal equality requirements consisted of statutory provisions according to the socialist constitution, e.g. 16. of 1955 for the prevention and punishment of genocide crime; 2. Citizenship of married women, 1960; 8. 1969 to eliminate all forms of racial discrimination; 7. of 1976 on mutual consent, the minimum age for marriage and the registration of marriages. 27. 1976 on the suppression and punishment of apartheid crimes; On October 10, 1982, it was about eliminating all forms of discrimination against women.

2. The change in the system was essential to make a significant change in gender equality, since the regulation of equal treatment was governed by genuine consensus laws, although they largely corresponded to the content of international treaties, eg. LXIV of 1991 Law XXXIV of 1999 on the Rights of the Child, Law for the Protection of National Minorities of the Council of Europe. In this circle we can mention the XXXI of 1993. Law LX of 2000 for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Law on Employment and Professional Discrimination and Law LX of 2001. There is also a law to eliminate all forms of discrimination against women.

3. The breakthrough in the field of equal treatment is *Ebktv.* its creation meant. This law contains the general requirements of equal treatment and equal opportunities. In the opinion of Gyulavári, 'the regulation on equal treatment at the legislative level has so far essentially been the so-called equal treatment regulation. It followed the concept of material prohibition (Labor Code, Civil Code, etc.) and procedural law (civil, state administration, etc.). This regulatory model contains anti-discrimination legislation in different jurisdictions - to varying degrees and depths.'⁵⁴ We can conclude that gender equality rights in Hungary will not become material equality until 2003, firstly because *Ebktv.* it also contains a preference, since the essential model of equality is the only logical and meaningful constitutional guarantee against legislative discrimination that seems to be moving in the direction of Hepple's transformative equality. On the other hand, the theoretical work of the Equal Treatment Authority, which has an impact on national case-law, and the practical work of the Authority to achieve equal treatment are essential.

4. According to Balogh,⁵⁵ 'the Hungarian model is the so-called equality policy, which

⁵¹ Colleen Sheppard: *Inclusive Equality. The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada.* McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, London, Ithaca, 2010. p.22.

⁵² Case C-450/93 *Eckhard Kalanke v Freire Hansestadt Bremen* 17 October.

⁵³ Case C-17/05 *B.F. Cadman v Health & Safety Executive*, intervener: Equal Opportunities Commission, 3 October 2006.

⁵⁴ Tamás Gyulavári: *Equal Treatment and Equal Opportunities Made with the support of the National Public Employment Foundation.* Published by LIGA Trade Unions, Budapest, 2003. p.4.

⁵⁵ Zoltán Balogh: *National Social Convergence Strategy 2011-2020 Civic Review* February 7, 2012. No.5-6.

assigns access to central and EU funds to a compulsory analysis and an equal opportunity plan'.⁵⁶ 'All on the ground The community needs a local equality program (HEP) to develop problematic statistical data for the population of the settlement.'⁵⁷ (The TeIR-Szoc-ÁIR system is a graphical representation of social phenomena based on 102 indicators and diagrams that are among the objectives of the National Strategy for Social Inclusion (NTFS). The list of compulsory indicators of the HEP and the aspects of their preparation are set out in Ebktv. In addition to its provisions, it is subject to two further provisions.⁵⁸ Balogh emphasizes: 'In preparation it is extremely important to assess whether the tel, in communal partnerships, non-discrimination, and support the close-up of disadvantaged groups.'⁵⁹ He started this work with Training and Research Institute István Türr (TKKI) after then, with Directorate General for Social Affairs and Child Protection (SZGYF)⁶⁰ and now the responsibility ont the Directorate-General for Social Opportunities (TEF).⁶¹ The obligation to ensure equal opportunities for all municipalities of different sizes is affected by asymmetrically because of their economic strength. In order to reduce the regional economic differences, the 'Economic Stimulus Program for Favored Settlements' or the 'Hungarian Village Program'(MFP). The 'catching-up communities' can be a long-term program. No. 1403/2019. (VII.5) contains the crucial local public services for the disadvantaged Hungarian citizens. The chapter 'Converging settlements'. The program covers the 300 most disadvantaged settlements selected on the basis of the lowest complex index created by the Central Statistics Office. In the first round of billing, it is being run by the Hungarian Maltese Charitable Association (MMSZSZ) in 30 rounds of billing.⁶² Certain program elements of the MFPP support the catch-up process specified in these programs.

IX. Summary

In my opinion, the development of the principle of equal treatment is linked to the UDHR Convention and its immediate history. The examples given above show that, for the first time in history, unequal treatment and disadvantage have developed, followed by a preference policy. In the past, due to the need for equal rights, equality rights were binary because, according to Hepple, 'public bodies had to enforce equality in all their functions'(...), which includes both equality of treatment and unequal treatment.

We have introduced some theoretical models of equal treatment but did not want to remain at the theoretical level. Rather, we would like to point out that after 2010, after formal equality, the Hungarian government has embarked on a new path in the search for substantive equality, in which municipalities are partners. Equal opportunities policies have a twofold temperature, they need to respond calmly to conceptual changes in equal treatment and respond quickly to new challenges in this area. Alongside the crucial role of law, the new approach to equal opportunities also accepts government action in this direction, its

⁵⁶ Equal Treatment Act. Section 31.

⁵⁷In connection with the HEP programs, municipalities are assisted by the Ministry of the Interior from 01.08.2019, from the Directorate General for Social and Child Protection, in the 180/2019. (VII. 26.) Government Department for Local Equal Opportunities Programs of the General Directorate for Gender Equality.

⁵⁸ 2/2012. (VI. 5.) EMMI Decree and Decree 321/2011. (XII. 27.) Government Decree.

⁵⁹ Zoltán Balogh National Social Convergence Strategy 2011-2020 Civic Review February 7, 2012 No.5-6.

⁶⁰On the proclamation of the Convention of 15 October 1985 on the European Charter of Local Self-Government, Strasbourg Article 9. 5.

⁶¹ 253/2016. (VIII. 24.) on the modification of certain government decrees in connection with the termination of the István Türr Training and Research Institute.

⁶²Annex 2 to Decree 1403/2019. (VII. 5.) Korm.

coordination, the rationalization of recovery and the continuous training on equal opportunities. Equal treatment between legal persons seems to be different from interactions between legal and natural persons.

It can be stated that the preference is fourfold. On the one hand, it includes the legislative support of disadvantaged local governments, and on the other, it includes the ministerial management of local governments in their equality policies.

The equal treatment of local authorities with the public requires a two-pronged requirement, including ensuring equal treatment in their procedures and ensuring equal opportunities before acting.

Since we are talking about discrimination against one person or a group on the basis of their characteristics, it is obvious that the requirement of equal treatment in some cases is to ignore difference, in other cases to change or disadvantage a person. Changing the environment of the disadvantaged person and / or being harmful means changing attitudes.

After the establishment of the national framework for equal opportunities, the process of catching up is strengthened by the development of a system of indicators, as well as the content-based but organized filling of the catching-up process of disadvantaged persons in municipalities.

A jogrendszer duplázódása

A jog strukturális összetettségét vizsgáltam bő harminc évvel ezelőtt Niklas Luhmann jogdogmatikát kiemelő tanulmánya alapján. Ez, valamint a jogdogmatika mellett a felsőbbbírósági esetjog szerepére vonatkozó vita Karl Larenz és Josef Esser között arra vezetett, hogy túlmenve a haza szakirodalomban bevett jogfelfogáson mely a jogot a törvényszövegekkel és más jogszabályszöveggel azonosítja, a jog többretegűségét megragadó jogfelfogást kíséreljek meg kialakítani.² Larenz és Esser vitája Németországban az 1950-es évek végén folyt le, és azóta az alkotmánybíráskodás kibomlása lényegesen átalakította és kibővítette a jogrendszer működését már a '80-as évek végére is, de azóta az egész világon még inkább az alkotmánybíráskodással megtöltött jog létezik egyre több államban. Így a jog többretegűségének megfogalmazására inspiráló elődökön túllépve az alkotmányi joganyagot is mint a jog új rétegét vettem be alapjogi rétegnek elnevezve a később továbbgondolt tanulmányaimban.³ Am az azóta elmúlt években a jog és a politika működésének alapvető átalakulásait vizsgálva – elsősorban a nyugati demokráciákban, de ezen túl a világ több részén is – egyre inkább a törvényhozásra alapuló demokrácia mellett a bírói jogalakítással megvalósuló társadalomirányítási rendszer mechanizmusai bukkanak fel. Ezt a szakirodalomban a jurisztokrácia kifejezéssel állítják a demokrácia mellé, vagy azzal szembe.⁴ Ennek következményeit végiggondolva egyre inkább úgy látom, hogy túlságosan leszűkítve fogtam fel a '90-es évek elején az újonnan felmerült alkotmányi és alkotmánybíráskodási joganyag egyszerű beemelését a jogrendszerbe, mint egy negyedik jogréteget.⁵ Ez ugyanis a jog és az állami politikai akaratképzés sokkal mélyebb átrendeződését jelenti, minthogy ennek elméleti megragadására elég lenne egy egyszerű bővítés a jog többretegűségén, és letudni ezt egy negyedik jogréteg hozzáillesztésével. A következőkben ezt az újragondolást szeretném ebben a tanulmányban elkezdni.

I. A jog hagyományos rétegei

Az ellentmondás-mentesség szükséglete együtt növekszik a jogban a társadalom fejlettségével, és a komplex társadalmak bonyolult működése csak az ellentmondás-mentesség magas foka mellett lehetséges. Ezt tudja a jogi normák rendszerszerűsége biztosítani. Az egyre sűrűbb társadalmi viszonyok, valamint az emberek és szervezetek milliói közti egyre intenzívebb érintkezések mellett – szemben például a korábbi társadalmi fejlettségi szinten a zárt falvakban élő kisközösségek változatlan viszonyai által támasztott

¹ Egyetemi tanár ELTE, alkotmánybíró.

² Lásd Pokol Béla: A jog rétegei. Jogtudományi Közlöny 1990/4. sz, 201-209.p.

³ Lásd ennek kiérett megfogalmazására Pokol Béla: A jog elmélete. Rejtjel Kiadó 2001.; illetve bővített formában: Pokol Béla: Jogelmélet. Társadalomtudományi trilógia II. kötet. Századvég Kiadó. 2005.

⁴Lásd a jurisztokrácia legismertebb megfogalmazására Ran Hirschl: Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press. Boston. 2004; a jurisztokrácia probléma továbbgondolására Pokol Béla: A jurisztokratikus állam. Dialóg Campus Kiadó Budapest 2017.

⁵ Jelezni szeretném, hogy erre az újragondolásra Cservák Csaba elmúlt években írt tanulmányai ösztönöztek, melyek az általam kiemelt jogrétegeken túl az alapjogi réteg vonatkozásában egy ezt kiegészítő ötödik jogréteg szükségességének megfogalmazását vetette fel az alapjogi dogmatikai réteggel (lásd Cservák 2015, 2017). Ezt végiggondolva azonban a harminc évvel ezelőtti jogréteg konstrukciómát még az általa javasoltnál is mélyebben revízióra érettnek találtam, és kezdtem el e tanulmány elkészítését.

követelményekkel – a jogi normák rendszerszerűségét ma már csak egyre bonyolultabb jogrendszerek teszik lehetővé. A korai középkor Európájában például a jogszolgáltatást (az akkori magyar nyelven: a törvénykezést) lényegében egyedül a bírák jelentették – akik hosszú ideig nem is voltak képzett jogászok –, és az ő döntéseiből szilárdult meg az adott ország joga évszázadokra, mint szokásjog. A későbbiekben viszont – az 1400-as évek végétől felgyorsulóan – már egyre inkább kiszakadt a tudatos jogalkotás a bírói jogszolgáltatásból, eleinte szokásjogi kódexek, majd egyre tudatosabban alakított új kódexek létrehozásával, és ezzel párhuzamosan a pontosabb jogi fogalmak kidolgozására a jogtudomány is egyre markánsabban megjelent. A Felvilágosodás utáni időktől már a különálló törvényhozás, a törvényeknek alávetett bírói jogalkalmazás és a jogi doktrínák, fogalmak kidolgozását végző jogdogmatikai tevékenység együtt jelenti a jog rendszerét.

A jogi normák rendszere, mint értelmi rendszer így egyre inkább, mint három jogréteg együttes terméke tud működni az utóbbi évszázadok modern társadalmában. A jogalkotási folyamatokban alakuló *szövegréteg*, a jogi szövegben levő fogalmak, kategóriák, disztinkciók értelmi összefüggéseit tisztázó és kidolgozó jogtudósok *jogdogmatikai rétege*, és végül a jogot az egyes esetekre alkalmazó-pontosító felsőbbbíróságok *eseti jogrétege* adja a jogrendszer három rétegét az 1800-as évektől kezdve.

E három jogréteg közötti arányok eltérők lehetnek az egyes jogrendszerekben. Például az angol jogrendszer, amely a bírói eseti jogra alapozódva fejlődött döntő mértékben – és az 1800-as évek második felétől teret nyerő parlamenti törvények is az eseti-részletező szabályozási technikát alkalmazzák és nem absztraktabb normákat adnak, ahogy az európai kontinens jogrendszerei – nem épített ki fejlett jogdogmatikai réteget, de épp a részletes-konkrét szabályozási mód miatt nem válik el erősen a bírói eseti jog sem a törvények szövegrétegének értelmi szintjétől (lásd Dawson 1968). Itt a jogot lényegében az esetekre szabott bírói precedensek, illetve az ugyanígy esetekre szabott konkrét és részletező törvényi rendelkezések együtt jelentik – mint egyetlen jogréteg két fele. Noha jelezni kell, hogy bizonyos jogdogmatikai fogalmi készlet azért az angol jogrendszerben is létezik, de ez nem annyira átható jelentőségű ott, mint a kontinentális absztrakt kódexjogban.

A kontinentális Európa jogrendszereiben azonban a három jogrétegre bomlás markánsan megjelenik, és azt lehet mondani, hogy minél erősebb egy jogrendszerben a jogdogmatikai réteg szerepe – és ezáltal az absztrakt kódexjog –, annál inkább rászorul a bírói eseti joggal való kiegészítésre. Ennek legtisztább példája a német jog, de az ennek hatása alatt fejlődött jogrendszerek – így a magyar is – jól mutatják a jogrendszer három jogrétegre bomlását. Ebben a megoldásban a jogi normák értelmi meghatározása erősen átcúsúszik a törvényhozóról a jogtudományi körökre, és az általuk kialakított absztrakt kódexjoghoz csak kevés meghatározást tudnak fűzni a parlamenti politikusok a törvénytörvények elfogadásánál. Ám másik oldalról a bírák nyitott normákat kapnak, és így az eseti jog kialakításában nagy szabadságuk van az absztrakt szöveg rendelkezéseinek keretei között. Vagyis ebben az elrendezésben a jog értelmi meghatározásában a súlypont eltolódik a parlamenti politikától, és a jogtudói körök illetve a bírói kar kapnak nagyobb szerepet. Nem vitás azonban, hogy így a professzionális jogászok kezébe kerül erősebben a jog, míg az említett angol megoldásnál a jogászok mellett a parlamenti politikusoknak is komolyabb befolyásuk van a jog meghatározására.

Ha az angol jogot a kontinentális joggal ütköztetjük, akkor azt is láthatjuk, hogy míg az angol részletező jogi normák döntő mértékben szabálypontosságú normákat jelentenek az egyes szituációkban cselekvők számára, addig az absztrakt jogi kódexekre épülő kontinentális jogrendszerek sokszor csak jogelvi szinten adnak iránymutatást az egyes helyzetekben követendő magatartásra. Csak a pontosító bírói eseti jog kiegészítő jogrétege mutatja meg, hogy mi is az adott helyzetben a "jogos", és kinek a cselekvését támasztja alá a jog akár állami kényszerrel is. Vagyis a szabálypontosságú angol joggal szemben az absztrakt jogelvi

normatív anyag és az ezeket pontosító bírói eseti jog kettőse adja az alternatívát a kontinentális európai jogrendszerekben, és a két eltérő megoldás, mint a modern társadalmak szabályozási szükségletére adott két válasz fogalmazható meg.

E hagyományos jogrétegek mellett az utóbbi fél évszázadban egy újabb joganyag jelent meg több ország jogrendszerében, és ennek megjelenése átstrukturálja bizonyos fokig a jog hagyományos rétegeit is. Ez az alkotmányos alapjogi joganyag, amely csak ott létezik hangsúlyosan, ahol az írott alkotmány mellett kialakul az alkotmánybíráskodás. Eleinte ez csak az Egyesült Államokra volt jellemző az 1800-as évek elejétől, majd az 1950-es évektől folyamatosan több nyugat-európai országban is megjelent, és az 1989-es közép-európai demokratizálódási hullámban a legtöbb új demokráciában is bevezették az alkotmánybíráskodást, de ugyanígy a többi kontinens országaiban is.⁶

Az alkotmányos alapjogok eredetileg a feudalizmus elleni ideológiai-politikai küzdelemben emberi jogokként jelentek meg, különböző politikai, humanitárius követelményeket megfogalmazva, és a XIX. illetve a XX. században kerültek be az állami alkotmányokba. Amikor az alkotmánybíráskodás is elkezdődött rájuk alapozva, és egy-egy konkrét törvényi rendelkezést kezdtek hozzájuk mérni, megvizsgálva ezek esetleges alkotmányellenességét, akkor vált nyilvánvalóvá, hogy absztrakt követelményként ugyan problémamentesen irányítani tudják az alapjogok az állami döntéseket, de ha konkrét eseti jogokat akarnak megállapítani a segítségükkel, akkor az egyes alapjogok eltérő és egymással szembenálló döntési irányok felé ösztönöznek. Vagyis eseti szinten ezek az alapjogok sokszor ellentmondásosak, és csak valamelyik visszafogásával, a másik alapjog előnyben részesítésével alkalmazhatók. Ám ha más bírák döntenek, és másik alapjognak adnak előnyt, akkor épp ellentétes eredményre jutnak majd. Így kiszámíthatatlan alkotmánybíráskodás igazgatja sokszor a jogot, hisz az egyes bírói belső értékhierarchiája dönti el, hogy ő mely jogokat tekinti előbbre valónak a többinél. Ráadásul ez az új típusú alkotmányi joganyag a demokráciára és a plurális politikai küzdelmekre alapozott országokban tud igazán csak kifejlődni, hisz diktatórikus politika mellett alkotmány nem tud működni. Így a demokratikus politikai küzdelmet vívó nagy társadalmi csoportoknak a törvényhozási többség megszerzése mellett, mint egy alternatív fölénybe kerülési lehetőség merül fel a bíróságok szintén való meghatározó pozíció megszerzése. Ezek a fejlemények már korán elkezdődtek, és ezt mint a politika eljogiasítását, másrészt ezzel együtt a jog átpolitizálódását emelték ki az elemzések. Nézzük meg az erre vonatkozóan létrejött eddigi elemzések főbb tanulságait.

II. A demokrácia jurisztokratikus háttérbetolása

A demokrácia és a politika eljogiasításának vitái már a weimari időkben megindultak a németeknél az 1920-as években, amikor szomszédos Ausztriában az alkotmánybíráskodást létrehozva elkezdték a parlamenti döntések felülvizsgálatát, de ugyanígy a németeknél is a szövetségi legfelső bírói fórum egyre tágabban kezdett belenyúlni a szakszervezeti küzdelmek munkajogi vitáiba illetve más politikai ügyekbe.⁷ Az 1950-es évek elejétől a németeknél és az

⁶ Például az afrikai kontinensen ma már 46 államban van alkotmánybíráskodás, és ezek közül huszonkilencben különálló alkotmánybíráskodás látja ezt el, a többi az USA megoldásának megfelelően a legfelsőbb bíróság keretében maradt. (Az adatok a Conference of Constitutional Jurisdiction of Africa - CCJA - 2018-as közleményén nyugszanak.) Ezek persze inkább csak a politikai hatalmi küzdelmekben játszanak szerepet, és kevésbé a jog meghatározói. (Lásd részletesebben ezt Pokol Béla: Az európai jurisztokrácia globális exportja. Jogelméleti Szemle 2019/1. sz. 78-108 p.)

⁷ A német jogászprofesszor, Otto Kirchheimer 1928-as tanulmányában már a munkaviszonyok akkor meginduló jogi szabályozását is a jognak a politikába való illetéktelen belenyúlásaként értékelte, és ezt az érvet aztán több dimenzióban felhasználta a politika területének szűkítését okozó jog ellen az elmúlt évtizedekben. Lásd: Rüdiger Voigt: Verrechtlichung. In: uő (szerk.): Verrechtlichung. Königstein. 1980. 15-16-p.

olaszoknál is meginduló alkotmánybíráskodás a demokrácia politikaformálásának még inkább gátat szabott, és ugyanebben az időben az alkotmánybíráskodás szülőhelyén, az Egyesült Államokban is radikális változás indult be a korábbi szolid-alárendelt alkotmánybíráskodásnak a politika középpontjába kerülése terén. Ennek nyomán az amerikaiaknál a belső politikai akaratképzés addigi demokratikus-választott intézményekre alapozása sok szempontból átcsúszott a bíróságokra, és a bírói tárgyalótermekben mint a perlési politizálás kezdte ezt felváltani, kiegészíteni.⁸ Ez a kiterjedt és a demokratikus politikai terepet alaposan maga alá gyűrő alkotmánybíráskodás kezdett el terjedni aztán a diktatúráktól megszabaduló európai országokban az 1970-es évek végétől – Spanyolország, Portugália –, és némileg később a katonai puccsoktól megszabaduló latin-amerikai országokban is az 1980-as években. A szovjet birodalom szétesése az 1990-es évek elejétől különböző erősségű alkotmánybíráskodásokat hozott létre az összes volt közép-kelet európai csatlós államban és az újonnan függetlenné vált, volt szovjet tagállamokban is. Ezekben a fejleményekben mind középponti szerepe volt a domináns amerikai politikai elitnek, vagy mint megszálló hatalomnak – mint a németeknél és az olaszoknál –, vagy mint hegemon globális hatalomnak, mely világpolitikai szinten ösztökelte e változásokat, és a változások után alapítványai és pénzügyi segélyei révén határozta meg főbb vonalaiban a kialakuló új politikai rendet. A diktatúrák bukása/megbuktatása után így ezekben az országokban nem egy tiszta demokratikus politikai keret jött létre, mely az adott társadalom tömegeire bízta volna önmaguk sorsának meghatározását, hanem több-kevesebb fokban felülről egy globális hatalom által meghatározott normatív keretet helyeztek föléjük.

De az olyan országokban is, ahol egyáltalán nem volt jelen addig a jog feletti alkotmányi ellenőrzés szerepe – és ezzel együtt a demokratikus politikai akaratképzés felett egy bírósági politikai szerveződés –, megindult a hatalmi súly ide áttolása. A kanadai politikatudós, Ran Hirschl elemzése e folyamatok elemzésére irányult.⁹ Ő négy országban vizsgált meg alkotmányjogi reformokat, melyek az addig alig korlátozott parlamenti szuverenitást az alkotmánybíráskodás bevezetésével nagymértékben csökkentette, és átadta a politikai alapkérdések ellenőrzési és esetleges megsemmisítési jogát a főbíráknak. Ez volt Izrael, Kanada, a Dél-Afrikai Köztársaság és Új-Zéland esete, és mivel e négy országban a brit jogi hagyományok alakították korábban a jogi berendezkedést, ezért háromban nem külön alkotmánybíráskodást hoztak létre – csak a Dél-Afrika esetében –, hanem az USA alkotmánybíráskodási rendszerének megfelelően a legfőbb bírói fórum kapta meg ezt a hatáskört.

Hirschl fő tézise, hogy mind a négy államban egy olyan hatalmi helyzet volt a parlamenti főhatalom egy komoly részének főbírói fórum felé leadása idején, amikor a hosszú ideje domináns politikai erők felett viharfelhők gyülekeztek, és olyan parlamenti eltolódás látszott beteljesedni, melyben csak idő kérdése volt, hogy elveszítik a hosszú ideje élvezett domináns pozíciójukat a parlamenti választásokon. Ilyen helyzetben, ha biztosak lehettek abban, hogy a felsőbírósági elit és körülötte az egyetemi jogász elit nagy része az ő kulturális értékeiket és társadalmi értékeiket vallja, akkor meglepték a politika alkotmányjogiasítását

⁸ A fejlemény támogatói és ösztökélői a „jó ügy jogászatának” nevezik ezt (cause lawyering) a saját értékítéletük alapján, nem érintve ennek a demokratikus politikai akaratképzésével való szembenállását. Lásd: Stuart Scheingold: *The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle*. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York. Oxford University Press. 1998, 118-150 p.

⁹ „The constitutionalization of rights and the corresponding establishment of judicial review are widely received as power-diffusing measures often associated with liberal and/or egalitarian values. As a result, studies of their political origins tend to portray their adoption as a reflection of progressive social and political change, or simply as a result of societies’ or politicians’ devotion to a „thick” notion of democracy and their uncritical celebration of human rights.” Ran Hirschl: *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. Boston. 2004, 2. p.

jelentő reformokat mielőtt végleg vereséget szenvedtek volna a feljövő rivális parlamenti erők által. Ez volt az a helyzet, amikor aztán ünnepélyes deklarációkkal és emelkedett beszédek kíséretében megszavazták ezekben az országokban a parlament lefejezését és főbírói fórumnak való alárendelést megvalósító alkotmánymódosításokat.

Ennek tiszta példája volt az 1992-es izraeli főbírói kontroll megteremtése az izraeli parlament, a Kneszet döntései felett. Izraelben a kezdetektől a kelet-európai gyökerű és már jórészt szekularizálódott askenázi kulturális- és politikai elit dominált minden téren, és bár erőtlén hangok a jogász körökből felhangzottak az amerikai típusú hatalommegosztás és alkotmánybíráskodás propagálására az izraeli közjogi rendszer kialakítása éveiben, de a politikai erőterben monopolhelyzetben levő MAPAI – a mai Munkapárt elődje – élén David Ben Gurion lesöpörte ezeket. Ez a hozzáállás végig megmaradt az 1980-as évek végéig, azonban a domináns pozíció lassú elenyészése – az alacsonyabb társadalmi státuszú szefárd zsidóság párttá szerveződésével, illetve mind a kelet-európai askenázik, mind a szefárd zsidóságon belüli ortodox, főként ultra ortodox (haredi) vallásos zsidóság politikai erejének növekedésével, illetve az egymilliót meghaladó, egy tömbben kivándorló, volt szovjet zsidóság erős politikai megjelenésével a Kneszetben – változtatott ezen a hozzáálláson. Mielőtt végleg megingatták volna az újonnan feljövő erők e domináns elit erejét az izraeli törvényhozásban, felülkerekedett soraikban a főhatalom leadásának támogatása az alkotmánybíráskodás formájában az askenázi társadalmi-szellemi elit egyik fő bástyájának számító főbírói elit, a legfőbb bírói fórum felé.¹⁰ A főbírói fórum pedig azóta is szilárdan hozza a korábbi domináns elit értékeinek megfelelő döntéseit, és hiába csúszott át lassanként koalíciós kormányzásba a törvényhozási többség a vallásos pártok bevonásával, az így létrehozott törvényeket az alkotmánybíráskodás kontrollt végző főbírói testület rendre megvétózza.

Az 1982-es kanadai alkotmányos reformok mögött hasonló hatalmi szerkezeti eltulodások álltak, és Kanada korábbi, szilárdan az angol típusú, korlátlan parlamenti szuverenitáson nyugvó közjogi rendszerét lecserélték az USA-ban honos, bírói főhatalmi ellenőrzés alá rendelt modellel. Itt a politikai erőter eltoldását az egyes kanadai tartományok feletti szövetségi szinten az angol kultúrájú politikai elit dominanciájának megroppanása jelentette, és egyrészt a fokozódó soknemzetiségű bevándorlás csökkentette ennek az elitnek a számszerű bázisát, másrészt a Québec-tartományban felerősödő francia szeparatista törekvések sikerei az egész Kanada politikai térképének megváltozását vetítette előre. Ebben a helyzetben erősödött fel a már az évtizedek óta hiába sürgetett alkotmányos reform és az alkotmánybíráskodás megteremtésének támogatása a parlament domináns pártjai között, és tolták át a főhatalom tekintélyes részét a kanadai Legfelsőbb Bíróság felé. A törvényhozási többség ellenőrzése azóta itt még az Egyesült Államok főbírói kontrolljának erejét is meghaladja, és itt még az absztrakt törvénykontrollt is lehetővé tették a főbírák számára, mely addig csak a fokozott erejű európai alkotmánybíráskodásnál vált bevetté.

De ugyanígy állt a helyzet az 1990-es új-zélandi alkotmányos változások mögött, és mivel az angol származású elit addigi rezzentlen parlamenti dominanciája a maori őslakosság magasabb születési aránya, illetve a más ázsiai illetve óceániai gyökerű bevándorlók tömegei révén csökkenni látszott, az addigi merev szembenállást az amerikai típusú főbírói kontroll megteremtése felé ez a fejlemény leépítette. Míg fiatal egyetemi jogászként amerikai

¹⁰„The 1992 constitutional entrenchment of rights and the establishment of judicial review in Israel were initiated and supported by politicians representing Israel’s secular Ashkenazi bourgeoisie, whose historic political hegemony in crucial majoritarian policy-making arenas (such as the Knesset) had become increasingly threatened. The political representatives of this group found the delegation of policy-making authority to the Court as efficient way to overcome the growing popular backlash against its ideological hegemony and perhaps more important, an effective short-term means of avoiding the potentially negative political consequences of its steadily declining control over the majoritarian decision-making arena.” Hirschl i.m. 51. p.

tanulmányútjáról hazatérő, későbbi miniszterelnök, Geoffrey Palmer még óva intett 1968-ban az amerikai típusú alkotmányos kontrolltól a pragmatikus angol parlamenti szupremácia védelme érdekében, addig az 1980-as évektől a változó parlamenti erőviszonyok fényében ő vált a törvényhozást főbírói ellenőrzés alá helyező reformok élharcosává, és vezette sikerre a törvényhozásban az ezt megvalósító alkotmányi változásokat.¹¹ Az angol elitnek a bírói elitben lévő rezzenetlen dominanciája a szétziláltabb politikai erőviszonyok ellenére is garantálja azóta a hatalmi viszonyok változatlanosságát Új-Zélandon. Külön ki nem térve a dél-afrikai hatalmi átmenet részleteire a '90-es évek közepéig, ott is ugyanezt lehetett megállapítani, és az európai fehér kisebbség politikai elitje a hatalom parlamenti erőviszonyokra bízása mellett egy óriási hatáskörű alkotmánybíróságot hozott létre, melyben – és ugyanígy a tágabb felsőbírói elitben is – még mindig enyhe többséggel jelen tudott maradni.¹²

De túlmenve Hirschl által vázolt speciális helyzeteken, a demokráciától a jurisztokrácia felé eltolódást az Egyesült Államok már a legyőzött Németország és Olaszország második világháború utáni újjászervezésénél is megtette, és különösen a tömegeit illetően veszélyesebbnek vélt németek esetében úgy teremtette meg a tömeges választásokra alapozott demokratikus berendezkedést, hogy addig példátlanul széles alkotmánybíróságot hozott létre a parlamenti kormánytöbbség fölötti ellenőrzésre.¹³ Az amerikai alkotmánybíráskodás ekkor az 1940-es évek végén otthon még csak vékony keretet jelentett a demokratikusan választott hatalmi ágak felett, és csak alkalmanként szólt bele a tartalmi alapdöntések formálásába. Ugyanígy a Hans Kelsen által megfogalmazott és Ausztriában már korábban kipróbált, rendes bíróságoktól különálló alkotmánybíróság eszméje is csak vékony procedurális keretet jelentett a szabadon működő demokratikus intézmények felett. Ehhez képest az amerikai megszálló csapatok jogászai által megkonstruált új német alkotmány a

¹¹ „In 1968, Geoffrey Palmer, then a young academic, had in his own words „recently returned from studying the mysteries of the United States Constitution.” He warned against a Bill of Rights on the grounds that it was not needed, would catapult the judiciary into political controversy, and would be „contrary to the pragmatist traditions of our politics”. Idézi Hirschl i. m. 87. p. „But two decades later, when the white bourgeoisie’s control over New Zealand’s major policy-making arenas was challenged, that same speaker – now Sir Geoffrey Palmer - in his capacity as Minister of Justice in the term Lange Labour government (1984-89) and later Prime Minister (1989-1990) initiated and championed the empowerment of the New Zealand’s judiciary through the enactment of the 1990 New Zealand Bill of Rights Act.” uo.

¹² A Dél-Afrikai Köztársaságban a High Court 194 bírāja közül 129 volt fehér és a 11 alkotmánybíró közül hat, miközben a társadalomban elenyésző volt ekkor is az arányuk. (Lásd Hirschl i.m. 239.p. 86. lábjegyzet.)

¹³ Az alkotmány amerikai megszállók általi oktroyált jelleg sokáig tabutémát jelentett a német tudományos kutatásokban is, de az utóbbi években már – ha is annyira az alkotmányjogi körökben, hanem inkább a történettudományi feltárásokban – már öszintébben írnak erről. A Konrad Adenauer Stiftung 2009 májusában tartott konferenciájáról szóló összefoglalóban Rüdiger Löwe-t idézik, miszerint a amerikai befolyás és meghatározás tényleges nagysága a Grundgesetz létrejöttére és tartalmára mindmáig tabutémának számít a tudományos kutatásban: “Löwes Meinung nach sei der Einfluss der USA auf die Entstehung des Grundgesetzes heute immer noch ein Tabu-Thema. Die USA hätten mit sanfter Strenge auf den richtigen Weg geholfen. “General Lucius D. Clay und die amerikanische Regierung gaben nach dem Zweiten Weltkrieg ein engen Korridor vor, in dem sich die deutschen Gründungsväter bewegen konnten”. (Lásd: Veranstaltungsbereichte Konrad Adenauer Stiftung, Berlin, 26. Mai 2009.) Ugyanerről a kérdéstről így ír egy recenzióban Marcus M. Payk: “Über Brisanz der Frage, inwieweit das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 23. Mai 1949 als eine eigenständig deutsche Verfassung oder doch eher als ein ”Diktat der Alliierten” zu werten sei, ist die Zeit hinweggegangen. Das Problem eines demokratischen Legitimationsdefizits durch die “Verfassungsschöpfung unter Besatzungsherrschaft” (R. M. Orsey) is zwar wiederholt aufgeworfen, größtenteils aber unter Hinweis auf den eigenständig deutsche Anteil an der Entstehung des Grundgesetzes sowie auf die akklamatorische Funktion der ersten und der nachfolgenden Bundestagswahlen verworfen worden.” (Lásd Payk recenzióját: www.hsozkult.de/publikationreview/id/rezbuecher-238 vagy másodpublikációja: H-NET Review in the Humanities and Social Sciences. A recenzált mű pedig Edmund Spivack terjedelmes könyve, lásd Spivack: Allied Control and German Freedom: American Political and Ideological Influences on the Framing of the West German Basic Law. Münster LIT Verlag 571. p.

legszelesebb törvénymegsemmisítési jogot adva az alkotmánybíráknak olyan tág és még továbbtágítható döntési formulákat tett be az alkotmányszövegbe a törvénymegsemmisítések alapjává, ami tendenciájában a teljes demokratikus döntési kompetenciát áttolhatta az alkotmánybírákra.

A németeknél bevált korlátozott demokrácia – ami persze a hivatalos narratívákban, mint az igazi és megnevesített „jogállami demokrácia” szerepel azóta is – aztán mintaként szolgált később a globális szinten domináns világhatalom, az eseményeket befolyásolni képes Egyesült Államok számára. Az 1970-es évek végén a diktatúrák megbuktatása után ezt támogatta Spanyolországban és Portugáliában, és különösen a spanyolok esetében sikerült a német alkotmánybírási modellt bevinni a demokratikus akaratképzés ellenőrzésére. Azóta a spanyoloknál még a németeket is meghaladó mértékben aktivista alkotmánybírási stílus létezik. Ennek egyik példája, hogy a spanyol alkotmánybírák még az alkotmány szószerinti rendelkezésével szemben is hajlandók döntéseket hozni, amit azért a német alkotmánybírák nem tettek meg.¹⁴ A spanyoloknál tovább radikalizált aktivista alkotmánybíráskodás modellje aztán az USA számára jó eszközt jelentett a spanyolajkú latin-amerikai országok alkotmányi berendezkedéseinek felépítésére. A nagy összegű segélyek felajánlása és ezek feltételekhez kötése, illetve az óriási szellemi befolyásolási intézményrendszer kiépítése alapítványok és politikai agytrösztök formájában az USA által Latin-Amerika nagy részét a jurisztokrácia elsőszámú bázisává tette. Óriási jogkörű alkotmánybíráóságok, ezek mellett – és ezek döntési stílusát átvevő – széles jogkörű főbíráóságok állnak a törvényhozás felett, és a társadalmi-politikai alapdöntések meghatározása jórészt csak ezek bevonása mellett lehetséges.

Ebbe a folyamatba illeszthetők be a Hirschl által elemzett, 1980-90-es években lezajlott fordulatok, melyek persze annyiban különböztek a globális szintű jurisztokrácia terjesztésétől, hogy itt a speciális hatalmi helyzetben lévő és a parlamenti arénában az elenyésző dominanciájukat megőrizni kívánó, országon belüli politikai erők választották a hatalmi átmentésükre ezt az utat. De a külső hatalmi meghatározás a jurisztokrácia terjesztésére továbbfolytatódott a szovjet birodalom felbomlása idején is a '90-es évek elején, és ekkor már a német-spanyol tapasztalatok dél-amerikai kipróbálásai is rendelkezésre álltak. A hatalmi átmenetet és a rendszerváltozást közvetlenül ellenőrző amerikaiak nem a szolid-korlátozott jogkörű osztrák alkotmánybíráskodást ajánlották az ekkor függetlenedő, közép-európai volt csatlós államoknak és a szétesett Szovjetunió utódállamai számára, hanem a parlamenti demokrácia felett a legszelesebb ellenőrzést gyakorló német-spanyol modellt. Ha valahol mégis korlátozott jogkörű alkotmánybíráóság jött először létre - mint a lengyeleknél - akkor is néhány év után áttértek itt az alig korlátozható alkotmánybíráskodás modelljére, mely globális narratívaként mint az „igazi demokrácia” kapott széleskörű propagandát. Ezek az alkotmánybíráóságok már csak nyomokban emlékeztetnek a valamikor Hans Kelsen által kigondolt, vékony keretet jelentő, demokratikus garanciákra, és inkább a főhatalom részeseit jelentik. Ez az alkotmánybírási 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 jogászai elitek ebbe becsatolt részei által – egy egységes globális alkotmányértelmezési rendszerbe. Ennek révén a formailag önálló államok parlamenti törvényhozásai felett egy sűrűn összefonódó globális alkotmányoligarchia szerveződött meg fokozatosan az 1980-as évek végétől. A Hirschl által elemzett speciális helyzetben létrejövő, „jurisztokrácia a

¹⁴ Például a spanyol alkotmány kimondja, hogy a házasság a nők és a férfiak közötti együttélés formája, és a spanyol alkotmánybírák nem vitatva, hogy az 1978-es alkotmányozók előtt ténylegesen is a nő és férfi közötti házasság állt, de azzal érvelve, hogy a közvélemény-kutatások szerint már sokan támogatják az azonos neműek közötti házasságot is, és a modern világ amúgy is már ebbe az irányba ment el, alkotmányosnak ismerték az ezt bevezető törvényi rendelkezést. Lásd részletesen ennek elemzését: Pokol Béla: Alkotmánybírási döntési stílusok Európában. Jogelméleti Szemle 2015/3. sz.

demokrácia helyett”-fejlemény így átfogóbban is szemlélhető, és ekkor a jurisztokrácia további aletei is feltárulnak.

III. A jogrendszer megduplázódása: törvényhozási jog versus alkotmányi jog

A fent vázolt fejlemények a politikai rendszer bizonyos fokú megduplázódását jelentették. Megmaradt a sok millió állampolgár választásai által működtetett demokrácia rendszere az ennek alapjait jelentő többpártrendszerrel és a parlamenti többségi törvényhozással, de mellette az alkotmány néhány oldalas szövegére és ennek absztrakt deklarációira illetve alkotmányos elveire támaszkodó és ezt szabad értelmezéssel kibontó alkotmánybírói döntések rendszere egy másik társadalomirányítási rendszert is létrehozott. E második rendszer nem mint nyílt küzdelmű alternatívaválasztás adja meg a társadalomirányítási döntéseket, hanem semlegesen mint egyszerű jogértelmezési végeredményeket, melyek indokolása igazi jogászai módon mint az alkotmányból való kényszerű levezetést igyekezik ábrázolni a meghozott döntéseket. Ténylegesen persze ezek a döntések a legnyíltabbak az eredményeiket tekintve, és ezért egy egész befolyásolási mechanizmus épült ki az átfogó Nyugat civilizációs térségének országaiban, mely az ezekben összefonódott szellemi körökben – főként a jogelméleti, nemzetközi jogi, alkotmányjogi és politikai filozófiai közösségekben – az egyes országok alkotmánybíróinak értelmezését egy közös pályára igyekezik állítani. Ez a közös értelmezési pálya bizonyos lehetséges értelmezéseket preferál, másokat pedig megtilt. Ennek része a különböző országokból származó egyes alkotmányjogászok, nemzetközi jogászok, jogelméleti teoretikusok hálózatának kiépítése globális alapítványhálózatok és agytrösztök szervezésében, mely tartós hálózatok rendszeres egyeztetései és konferenciái angol nyelvű kötetekben összegzik a „szakma” kötelezőnek deklarált alkotmánybírói értelmezési módjait és formuláit. De ugyanígy része ennek a különböző nemzetközi tanácsadói testületek felállítása, melyek aztán az előbbi alkotmányértelmezési hálózat „szakmailag ajánlott” értelmezéseinek betartását ellenőrzik az egyes országokban, és amennyiben problémát találnak, és felhívásukra nem történik meg a hálózathoz igazodás, akkor különböző gazdasági szankciók kilátásba helyezésével – segélyek, támogatási pénzek, vagy az uniós országok esetében kohéziós alapokból származó pénzek megvonása – történik meg az adott országon belüli társadalomirányítás megváltoztatására kötelezése. Ez a közös értelmezési pálya pedig olyan értelmezési módokat jelent, mely a nagybefolyású globális uralmi csoportok érdekeinek és jövővízióinak szolgálatába igyekezik állítani a különböző országok alkotmánybíróinak értelmezését. Európában ezt jelenti a Velencei Bizottság, melynek elvileg csak tanácsadó szervnek kellene lennie a statútuma szerint, de az EU hatalmi szervei ezt mint a tagállamok (elsősorban a kelet-európaiak) közjogának legszorosabb ellenőrzőjét alakították át, és tanácsadása az érintett országok közjogi intézményeinek mikéntjére inkább szankciók kitézése melletti kötelezést jelent.

Így ez a kettős politikai rendszer egyrészt az országon belül domináns körök demokratikus uralmát, másrészt a globális uralmi körök – zömmel az összefonódott globális nagytőkés csoportok – hatalmi törekvéseit feszíti egymásnak. A jogrendszer vonatkozásában ez a hatalmi küzdelem pedig a törvényhozási jog és az alkotmányszöveg valamint ennek soktízezer oldalas alkotmánybírói döntésgyűjteményekkel konkretizált alkotmányi jog kettős rendszerében csapódik le. Vagyis nemcsak a politikai rendszer duplázódik meg a demokrácia és a jurisztokrácia hatalmi mechanizmusában, hanem ez átgyűrűződik a jogrendszer megkettőződése felé is. Ez az, amit az alkotmányi joganyagnak egy egyszerű negyedik jogréteggé megfogalmazása nem tudott kiemelni, és e konstrukció átalakítása felé ösztökélt. Az alkotmányi jog középpontját jelentő alkotmányszövegnek ugyanis van egy

kiterjedt alkotmánybírói esetjoga, mely nélkül a nagyon absztrakt szöveg – deklarációk és alkotmányi elvek – nem is tudna a hétköznapiakban több-kevesebb biztonsággal érvényesülni. De ugyanígy az országoként soktízezer oldalt kitevő alkotmánybírói esetjogi réteg nem tudna kicsit is rendszerszerűen felépülni, ha kulcsfogalmait és értelmező formuláit nem rendszerezné egy alkotmánydogmatikai réteg. Vagyis a törvényhozási jog három hagyományos jogrétege mellett az alkotmányi jog mellett is kényszerűen felépül egy hármas jogrétegi szerkezet, ha az ünnepélyes keretek között kihirdetett alkotmány nem marad pusztán egy ünnepelt dokumentumnak, hanem mellette egy alkotmánybírói is elkezd működni. Láthatóan tehát az alkotmánybíráskodás a megkettőződés felé tolja a politikai rendszert – a demokrácia mellé a jurisztokrácia hatalmi mechanizmusait kiépítve –, és ugyanígy ez továbbhalad, és a jogrendszert is a megkettőződés felé tolja.

Ám ha az elemző a szemé elé kapja, hogy pl. Magyarországon úgy vezették be 1990-ben az alkotmánybíráskodást, hogy az csak az Országgyűlés törvényhozását és az ennek alárendelt jogalkotást ellenőrizte, de a bírói döntéseket nem, és csak a 2012-ben hatályba lépett új Alaptörvény terjesztette erre ki ezt az ellenőrzést, akkor felmerül az alkotmánybíráskodás politikát és jogot megkettőző természetének analitikai felbontási lehetősége. Még a politikai hatalmi küzdelmeket is alig kettőzi meg a bevezetett alkotmánybíráskodás – mutatja a lengyeleknél a kezdeti szerény jogkörű alkotmánybírói –, ahol a törvényt alkotmányellenesnek minősítő alkotmánybírói döntés után még az ottani parlament, a Szejm következett, és ha ez a megismételt döntésével megerősítette az alkotmánybírók által alkotmányellenesnek minősített törvényt, akkor ez lenullázta ennek hatását. Így lényegében csak kötelező jogi tanácsadásként lehetett felfogni az alkotmánybírók tevékenységét, de erre nem lehetett felépíteni a demokratikus törvényhozási többségre alapozott politikával szembenálló alkotmányértelmező politikai gépezetet. Ezzel szemben, míg Magyarországon 1990 és 2011 között a bíráskodást és így a jog belső szerkezetét kivonták az alkotmánybíráskodás ellenőrzése alól, addig a törvényhozás és a tágabb jogalkotási szféra felett a legszélesebb alkotmánybírói ellenőrzését valósították meg. Ennek hatására így, miközben a jogban szinte semmilyen megkettőződési tendenciát ez nem produkált, addig a politikai rendszer hatalmi küzdelmeit a legmarkánsabban megduplázta. Különösen a szabad választások első parlamenti ciklusában 1990-94 között szinte polárisan egymással szembenálló hatalmi tömböt jelentett egyrészt az országgyűlési kormánytöbbség, másrészt az alkotmánybírók mögé beállt szocialista/balliberális ellenzéki tömb, és az utóbbi a kormánytöbbség törvényeinek tömegét megsemmisítve triumfálni tudott az ország politikájának meghatározásában. Ekkor a nagyhatalmú magyar alkotmánybírók a döntéseik indokolásaiban a törvényhozást kötelezve befolyásolni tudták a jog belsejét is valamennyire, ám ez megmaradt a jogágak hagyományos jogdogmatikájának ellenőrzése alatt, és a törvényeknek a jogdogmatikára alapozott értelmezését végző felsőbb bíróságok kezében. Az alkotmányi jog így nem a jog belseje felé tudott hatást kiváltani, hanem inkább a törvényhozás politikai céljainak korlátozása és meghatározott irányokba terelése terén. Ekkor az alkotmánybírói döntéseket érthetően nem a bírók és az ügyvédek forgatták, hanem az egyes pártok jogpolitikusai és a minisztériumok törvényelőkészítő részlegei. A jogrendszer megkettőződése felé eltolódást Magyarországon csak a 2012-ben hatályba lépett új Alaptörvény és az ennek alapján kiadott új alkotmánybírói törvény hozott létre.

IV. Az alkotmányi jog és a törvényhozási jog hármas jogréteg szerkezetének eltérései

Fel kell tenni a kérdést, hogy miben tér el a törvényhozási jog mellé kiépült hagyományos háromrétegű jogszerkezet az alkotmányi jog mellé kiépült szintén háromrétegű jogszerkezettől? Ennek megértéséhez érdemesnek tűnik a magyar helyzetből kiindulás, de

látni kell, hogy ha fő vonásaikban meg is felel ennek a többi országban megkettőződött jogrendszer, nagy eltérések is vannak közöttük.¹⁵

1. A legfontosabb, mely minden országban jellemző e téren, hogy a szövegréteg súlya és irányt mutató ereje az alkotmányi jogban összehasonlíthatatlanul csekélyebb, mint a törvényhozási jog terén. Míg a hagyományos törvényhozási jog és ennek konkretizálását végző rendeleti jog soktízezer oldalas szövegben viszonylag pontosan megadják a bírászkodás esetjogi rétege számára a döntési irányokat, melyeket ez utóbbi már csak pontosíthat, addig az alkotmányi jog esetében a néhány oldalas alkotmány alig tucatnyi rendelkezése, deklarációja és alapelv-rögzítése legnyitottabban hagyja meg az ezeket konkretizáló alkotmánybírói döntések mérlegelési szabadságát. Így míg a hagyományos jogban a fő meghatározó súly a törvényeken és ezeket pontosító rendeletek szövegrétegén nyugszik, addig az alkotmányi jogban ez a súly a legnagyobb mértékben átmegy az alkotmány szövegrétegeről az ezt konkretizáló alkotmánybírói esetjogi rétegre.

2. Következő eltérés, hogy míg a törvényhozási jog hagyományos hármas szerkezetében a jogdogmatikai rétegnek van nagy súlya a bírászkodás és ennek felsőbírói esetjogi rétege felett – és eleve csak e dogmatikai réteg több évszázados kiformalódása tette csak lehetővé a törvényhozási kódexjog létrejöttét is –, addig az alkotmányi jognál a létrejöttkor még semmiféle alkotmánydogmatikai fogalmi apparátus nem létezett, és azóta is csak szerény mértékben alakult ki. Ráadásul ez a szerénymértékű alkotmánydogmatika is az alkotmányi deklarációk és alkotmányi elvek nagy normatív nyitottsága révén komoly politikaalakítási lehetőséggel rendelkezik, és így a legnagyobb mértékben átpolitizálódott. Ebből eredően nem lehet kiindulni politikailag semleges fogalmi készlet jellegéből, ahogy a hagyományos jogdogmatikánál ez lehetséges. Így ez csak egyes országok alkotmánybírói gyakorlatában létezik a döntéseik indokolásaiban kifejtve és körbevéve az ezt rendszerezni kívánó alkotmánydogmatikai tanulmányokkal, de átfogó európai, vagy még ennél is szélesebb körben szakmai konszenzussal rendelkező alkotmánydogmatikáról nem lehet beszélni. E helyett legfeljebb egy-két, hatalmi súlya miatt is jelentős ország alkotmánybíráskodásának néhány formulája fogható fel szélesebb körben elterjedtnek, mint főként az európai alkotmánybírók esetében a németeké, vagy még tágabban az amerikai szövetségi legfőbb bíróságé. Azok a világnyelveken megjelent kötetek, melyek ezt kívánják konszolidálni szélesebb térségekben, inkább a globális hatalmi körök által szervezett, már említett, értelmezési hálózatok termékei, melyek a szuverén államok alkotmányozó hatalmát igyekeznek így überelni, mintsem valóban semleges szakmai termékek lennének. Ugyanez mondható el az európai strasbourgi emberjogi bírászkodás egyes döntési formuláinak hatásáról az európai országokon belüli alkotmánybíráskodásra is, mert ez mint a nemzetállami szuverenitás korlátja és a globális uralmi rend közvetítője az egyes országok törvényhozásának meghatározására jön számba, és nem mint egy semleges normatív rend. Így az adott országokon belül a jogászai és politikai elitnek az a része karolja fel ez, mely jobban összefonódik a globális hatalmi körökkel, míg a szuverenitást védő elit ezzel szemben áll.

3. Ugyanígy eltérés a hagyományos törvényhozási jogról, hogy az alkotmányi jognál nem alakult ki kötelező hierarchia a speciális alkotmányi rendelkezések és az általános alkotmányi elvek, deklarációk között. A hagyományos jogban a *lex specialis derogat legi generali* értelmezési elv már 600 éve bevettén biztosítja az egyes szituációkra szabott speciális szabályok érvényesülését az általánosabb szabályokkal szemben,¹⁶ és ezzel védte a

¹⁵ Egy 2015-ben elvégzett összehasonlító vizsgálatban az egyes európai országok alkotmánybíráskodási stílusát elemezve egyes eltéréseket már ki tudtam mutatni (lásd Pokol 2015.)

¹⁶ A *lex generalis* és *lex specialis* közötti dilemma megoldását Bartolus alapján tanítványa, Baldus de Ubaldis formulája alakította ki a speciális javára, mely nyomán jött létre 1300-as évek végére a ma is használt formula, a *lex specialis derogat legi generali*. Peter Stein leírásában ez így történt: „Bartolus’ successor, Baldus, emphasized

modern időkben a törvényhozó ezt célzó akaratát is. Ám 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. Ez a megfordítás azonban nem áll le a felettes alkotmányi jog és az alárendelt törvényhozási jog viszonyában, hanem magán az alkotmányi jogon belül sem érvényesül az alkotmányozó részletes akarata szerinti speciális alkotmányi szabályok elsőbbsége a pusztán általános alkotmányi elvek és formulák felett. Igaz, hogy az ellenkezőjére sem született általános formula, és így itt inkább egy nyitottságról lehet beszélni. Vagyis szemben az alárendelt törvényhozási jog részletes szabályai felett kimondott prioritással az általánosabb alkotmányi jog számára, magán az alkotmányi jogon belül nincs kifejezett prioritása az általános alkotmányi elveknek és formuláknak a részletező alkotmányi szabályokhoz képest, de ennek fordítottja sincs megtiltva. Így az egyes alkotmánybíráóságokon belül a mindenkori többség érvelhet úgy, hogy a speciális alkotmányi rendelkezések mindig megelőzik az általánosabb alkotmányi elveket és formulákat, de ugyanígy lehet időnként olyan gyakorlat, amikor néhány legáltalánosabb, és így mindenhová odavonható alkotmányi deklarációból vagy alkotmányi elvből levezetve döntenek, mint például a jogállamiság elvéből elvét, vagy emberi méltósághoz való jogot lehet erre említeni.¹⁷ Röviden tehát, az alkotmányi jogon belül nem alakult ki még egy-egy ország jogászai elitjén belül sem e dilemma konszenzussal eldöntött formulája, és ez megítélésem szerint nem független e duplázó jog alapvető átpolitizálódásától. Így a mögöttes szakmai iránymutatás kényszere nélkül mindenkor az adott ország alkotmánybírói többsége dönti el, hogy elsőbbség illeti-e az általuk értelmezett alkotmány részletes szabályait a pusztán deklaratív általános alkotmányi elvekhez képest, vagy éppen fordítva, félretolják az adott esetben alkalmazható speciálisabb alkotmányi rendelkezést, és az általánosabb elv vagy egy alkotmányi deklaráció normatívan üres formulája alapján döntenek el az eléjük tárt ügyeket.

4. Még egy jelentős eltérést jelent az alkotmányi jognál a hagyományos jog konkretizáló bírói jogrétegéhez képest, hogy míg ott ez az eseti bíráskodásban kialakult jogréteg többszintes korrekcióval épül fel a fellebbezés, majd végül a felülvizsgálati legfelsőbb bírói szinten – és ez a bírói kar egészének széleskörű kontrollját valósítja meg az egyes bíróságok jogértelmezését illetően is –, addig az alkotmányi jognál az alkotmánybíráóság konkretizáló eseti jogréteg egyetlen bírói testület többségétől függ minden további kontroll és felülbírálati lehetőség nélkül. Ezt a kontroll nélküli helyzetet fejezte ki valamikor a '80-as években – eléggé cinikus módon tegyük hozzá – Brennan bíró, az Egyesült Államok szövetségi Legfelsőbb Bíróság bírójának, amikor kijelentette, hogy az USA alkotmányának legfőbb szabálya az „ötös” szabály. Az ugyanis, hogy mindig az az alkotmány a vitás esetben, amit kilenc tagú SCOTUS öt bírójának szavazatával kimond. Az USA legfőbb bíróját éppúgy, mint a legtöbb alkotmánybíráóság bíróját nem lehet felülbírálni, és amit kimondanak, az országon belül végső és megfellebbezhetetlen döntést jelent. Ez azonban azt is jelenti, hogy miközben az alkotmányi jog hármasszerkezetében az alkotmányszöveg-réteget konkretizáló alkotmánybíráóság eseti jogrétegnek messze nagyobb súlya van, mint a hagyományos törvényhozási jog melletti felsőbbbíráóság jogrétegnek, addig ez a szupersúlyú alkotmányi jogréteg egyetlen testületi többségi szavazatától függ. Ez adja aztán

that a party to an action who can cite a rule in his favour is prima facie in the right. There is a presumption that his case is the stronger and judgement must therefore be given for him, unless the other party specifically proves that the rule is not applicable” (Stein 1966:154).

¹⁷ Az európai alkotmánybíráóságok döntési stílusát elemezve a hazain túl a litván alkotmánybíráknál találok azzal a tendenciával, hogy igyekeznek a döntéseket a mindenhez odavonható jogállamiság formulára alapozni, még ha a speciálisan az esetre illő alkotmányi rendelkezést is megemlítik az indokolásban (lásd Pokol 2015.) Ebből a lehetőségéből eredő torzulások ellen irányul a „totális jogállam” kritikája, melyet a hazai szakirodalomban Varga Zs. András alkotmánybíró fogalmazott meg, lásd Varga Zs. András: *Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája*. Századvég Kiadó. Budapest. 2015.

a legnagyobb politikai súlyt az alkotmánybírák választásánál, mely hasonlóan az USA legfőbb bírói fórumának új tagjainál az egész országos jogi és politikai elitet megmozgatja.

5. Egy további eltérés a megduplázódott jogrendszer két része között, hogy míg a törvényhozási jog esetében még a késő római császárság jogából átvéve kialakult a régi jog formalizált megváltoztatásának lehetősége, és az államhatalom hatályba léptetett új joga megszünteti az addigi jogot – és ez a társadalmi változásokkal szükségessé vált jogváltoztatást beemelte a jogrendszerbe –, addig az alkotmányi jognál az itt legfontosabb jogréteget jelentő alkotmánybírói esetjognál ez máig nem került megoldásra. Így az egyszer a döntésekben – főként az indokolásokban – lefektetett normatív érvelések későbbi felhasználhatósága a hasonló eseteknél akkor is megmarad, ha időközben egy későbbi alkotmánybírói többség egy azzal szembenálló normatív érvelést fektetett le. E későbbi ügy eldöntésére ugyan ez hat ki, de mint precedens esetjog mind ez, mind a korábbi is rendelkezésre áll, és itt így nincs hatályon kívül helyezés, mely a változtatások ellenére is biztosíthatná ezen esetjog koherens értelmi rendszer jellegét. A nyilvánvaló probléma ellenére ez az állapot kényelmes helyzetet teremt az éppen meghozni kívánt döntések számára, így amíg ennek megoldási szükséglete nem éri el az átfogó jogi-politikai elit ingerküszöbét, és nem szabályozza ezt kötelező erővel az alkotmánybírói törvényben, addig ez így marad.

Ezt a kérdést már csak azért sem lehetett eddig megoldani, mert az alkotmányi jognál már az is vitás maradt, hogy az alkotmánymódosítások, sőt az új alkotmányok létrejötte esetén megszűnik-e az elvileg korábbi alkotmányszövegre alapozott alkotmánybírói esetjog hatálya? E kérdés eldöntetlensége miatt az alkotmánymódosítás, vagy az új alkotmány hatálybalépése után egy jogi és politikai küzdelem folyik mind az alkotmánybírói testületben, mind a politikai nyilvánosságban, hogy mennyiben használható fel az új alkotmányszövegnél a régire szabott alkotmánybírói esetjog.¹⁸ De nem csak ez a kérdés maradt vitás az alkotmányi jognál, hanem az is, hogy mennyiben ellenőrizheti az alkotmányozót az alkotmánymódosításnál vagy akár az új alkotmány létrehozásánál a saját, meglévő esetjoga alapján az alkotmánybírói? Nem vitás hogy ez az eldöntetlenség kevésbé a kérdés elméleti nehézségéből fakad, mint inkább az e kérdés körül rendszerint felbukkanó legszélesebb társadalmi-politikai harcokból. Így például a hazai kis létszámú kutatói és egyetemi oktatói kör az alkotmányi jog körül az elmúlt években annak adott hangot tanulmányaiban, hogy az alkotmánybírók nagyon is ellenőrizhetik az alkotmánymódosítások alkotmányosságát, és alkotmányellenesség kimondásával meg is semmisíthetik azokat.¹⁹ Ez a kontroll annyiban még súlyosbodhat is, hogy azt is vitatják egyes hazai kutatók, hogy a 2012-es Alaptörvény egy új alkotmányt jelent-e, vagy csak a korábbi egy módosítását, és így ez az egész is megsemmisíthető-e az alkotmánybírák által? (E tézist egy korábbi alkotmánybíró, Bragyova András képviselte több tanulmányában.)

E nyitottságok miatt, így az egyszer lefektetett érvelések az alkotmánybírói döntésekben (Abh.-k) akkor is állandóan visszatérhetnek, ha később egy másik alkotmánybírói többség épp ellenkező irányú érvelést mondott ki kötelezőnek. Így a sok év

¹⁸ A 2012-ben hatályba lépett új Alaptörvény után e küzdelmek odavezettek, hogy az alkotmányozó hatalom a 4. alaptörvény-kiegészítésben kimondta a régi alkotmánybírói döntések hatályon kívül helyezését, ám a testületi többség végül a 13/2013-as Abh.-ban ezek további alkalmazhatóságát deklarálta.

¹⁹ Az alkotmánymódosítások feletti alkotmánybírói kontroll lehetőségének elismerését illető konszenzus kialakulásának menetét az ezt kutató, kis létszámú hazai egyetemi oktatói körben Zsugyó Virág foglalta össze, lásd Zsugyó Virág: Az alkotmányellenes alkotmánymódosítás egyes elméleti kérdései az alkotmányosság tükrében. Állam- és Jogtudomány 2017/3 99-122. p. A korábbi alkotmánybírói többség nyitottsága erre a felülvizsgálatra arra sarkalta az alkotmányozót a negyedik Alaptörvény-módosításában, hogy a biztonság kedvéért kifejezetten szabályozza ezt, és szándékai szerint a legszűkebb körre szorítsa vissza: „Az Alkotmánybírói többség az Alaptörvényt és az Alaptörvény módosítását csak a megalkotására és kihirdetésére vonatkozó, az Alaptörvényben foglalt eljárási követelmények tekintetében vizsgálhatja felül.” Alaptörvény 24. cikk (5) bek.

alatt oda-vissza eltolódott érvelések és normatív konkretizálások egy-egy alkotmányi rendelkezést illetően mind párhuzamosan egyszerre hatályban maradnak, és az alkotmánybírói döntések esetleg váltakozva mindet felhasználják. Természetesen ez anomáliát jelent, de mivel az alkotmányi joggal foglalkozó egyetemi emberek zömmel átpolitizálódtak jogvédők, vagy ilyen szocializációval rendelkezőkből áll elsősorban, így csak akkor protestálnak egy-egy Abh. ellen, ha éppen nem az ő politikai irányukban és értékeik szerint született ez meg, ám ha igen, akkor akár az alkotmányszöveget a legnyíltabban sértő alkotmánybírói döntést is ünneplésben részesítik.

6. Egy következő eltérést jelent a hagyományos jogtól az, hogy a teljes jogrendszerre kiterjedő és azt megduplázó alkotmányi jognál a soktízezer – régebbi múlttal rendelkező alkotmánybírók esetében akár százezer – oldalt is kitevő esetjogi döntési anyaguk jogágakra osztása és az e szerinti specializálódás nincs megoldva. Jelezni kell még itt, hogy nem magától értetődő, hogy a hagyományos jogágak törvényhozási joga felett, ezek teljes anyagára ráborul és megkettőző alkotmányi joganyag ekkora terjedelemben létrejön. Hisz elvileg csak a törvényhozási jog garanciális pontjaira volt előirányozva az alkotmányeszmek kialakulásának idején az 1700-as évek végén az emberi jogokból alkotmányos alapjogokká változott normák rendszere. Ugyanígy az alkotmányos alapelvek is csak a törvényhozási jog garanciális alappontjait célozták meg. Ám az alkotmánybíráskodás menetében egyre inkább kiterjedt a döntésekben e garanciális pontokon túl az ellenőrzés, és fokozatosan a teljes jogterületek nagy része bekerült az alkotmánybíráskodás fennhatósága alá. Így a választójog vagy a népszavazáson való részvétel alapjogát nemcsak úgy fogták fel, hogy a jogállamban az államhatalomnak meg kell adni a választójogot és a népszavazáson való részvétel jogát minden állampolgárának, hanem a teljes választási rendszer és népszavazási folyamat szabályozását fokozatosan bevonták ezen alapjogokba, és ezzel az alkotmánybírói ellenőrzés alá. Ugyanígy a tulajdont biztosító alkotmányos alapjogra vonatkozó döntések fokozatosan a teljes vagyonszereket bevonták, majd az ezt meghaladó magánjogi részek bevonása is jórészt létrejött, és egyes magánjogi teoretikusok már egy külön alkotmányos magánjogról beszélnek éppúgy, ahogy a néhány büntetőjogi garancia alkotmányi szinten való megismétlése az ezt tágító alkotmánybírói döntések után már egy alkotmányos büntetőjog létrejöttének sürgetéséhez vezetett. Nem részletezve, így ez a folyamat az előbbieken túl az alkotmányos pénzügyi jog, alkotmányos munkajog, alkotmányos büntető- és polgári eljárási jog, alkotmányos családi jog stb. létrejöttét vetette fel, és mindegyikhez akár ezer oldalnyi hazai alkotmánybírói döntési anyag társul, de ezek mellett a német és az amerikai alkotmánybíráskodás sok ezer oldalas további döntési anyaga is a rendelkezésre áll.

E kiterjesztéseket egyrészt az alkotmánybírói testületek egyes tagjainak az eredeti jogágát illető ambíciói fűtik, és amennyiben az egyik ilyen tag meg tudja szerezni a testületi többség jóindulatú támogatását a számára fontos jogág alkotmányi joggal megkettőzésére, akkor ez viszonyos alapon majd más jogágakra kiterjesztést is eredményez, és ezek az ambíciók fokozatosan a hagyományos jogágak megkettőzése felé hajtják az alkotmánybírói esetjogot. De legalább ilyen erővel hatnak az egyes jogágakat illető jogpolitikai ellenállások a mindenkori kormányzat aktuális jogpolitikájával szemben a bírák egy-egy csoportjában vagy a jogágak egyetemi jogászprofesszorai között is. Ezek aztán alkotmányjogi panaszokban és bírói törvényemeltáradási indítványokban kapnak hangot, és arra ösztökélik az alkotmánybírákat, hogy semmisítsék meg a kormányzat jogpolitikája által megformált egyes büntetőjogi, eljárási, munkajogi, magánjogi stb. rendelkezéseket, és ezek helyett mondják ki az általuk protezsált normatívák alkotmányosságát.

Mindezek hatására tehát az alkotmányi joganyag az alkotmánybíráskodás néhány évtizede után megkettőzi a hagyományos jogágak anyagának nagy részét, ám itt nem jött létre ennek ellenére sem a jogágakra oszlás, és mind az alkotmánybírák, mind a döntés-előkészítő munkatársaik jórészt jogági specializálódás nélkül a teljes jogrendszerre kiterjedő

alkotmánybíráskodást együtt végzik. Bizonyos fokig ebben a német alkotmánybírák megoldása egy figyelemre méltó kivétel, mert itt az a rendszer jött létre, hogy egy-egy alkotmánybíró már a megválasztásakor eleve egy meghatározott jogterületre kerül be a testületbe a jövőbeni döntéstervezetek készítéséhez előadó bíróként – megörökölve az éppen kiszálló bíró jogterületét -, és így bizonyos fokú specializálódás egy-egy jogterületre itt kialakulhat. Ráadásul mivel itt az éppen beválasztott alkotmánybíró a szintén specializálódott elődje erre begyakorlott munkatársait örökli egy időre, majd maga választhat új munkatársakat ezek helyett - zömmel az alsó fokú bíróságok fiatal bírái közül -, így ezek is az általa őrzött jogágakra szakosodott bírák közül származhatnak. Így bizonyos fokig az alkotmányi jogban is reprodukálódhat a jogági specializálódás és megosztás, de ez csak részleges, mert a testületi döntésben a teljes alkotmánybíróság minden tagja egyenrangúan vesz részt, és így kénytelen átlátni minden alkotmánybíró egészben a teljes alkotmányi jog minden, részben specializált jogágát is, ha autentikus akar maradni. Ez azonban csak egy lehetőség, és alternatívaként ott áll, hogy egyrészt a saját előadói munkája során szükséges érdemi döntések jó részét is átadja a gyakorlott munkatársainak, másrészt a mások által készített tervezetknél csak követi a számára szimpatikus kollégák szavazatát, de maga nem alakít ki ténylegesen ezekre álláspontot. Összegezve tehát, a jogágakra tagozódás eltérései a hagyományos törvényhozási jogban és az alkotmányi jogban más szerepet ad az egyszerű bíróságok bíráinak, és mást az alkotmánybíráknak, és az utóbbiak esetében ez a rendszer lehetővé teszi, hogy tényleges alkotmánybíróvá válás nélkül a munkatársak számára adják le az érdemi döntések nagy részének súlyát.

V. A megduplázódott jogrendszer fejlődési dinamikája: alternatív scenáriók

A világon egyre több helyen hozták létre az elmúlt évtizedekben az alkotmánybíráskodást vagy különálló alkotmánybíróság felállításával, vagy az amerikai mintára a legfelsőbb bíróság erre a funkcióra átépítésével.²⁰ Az USA mintájára, a rendes bíráskodás legfelsőbb szintjére telepített alkotmánybíráskodás elsősorban a jog megduplázódásához vezet, ám a demokratikus politikai arénának egy ezzel konkuráló jurisztokratikus politikai gépezete csak lassabban formálódhat ki. De ahogy az USA-ban ez végül megtörtént az 1960-as évekre a demokratikus küzdelmek tömegeinek szintjén a gyengébb, de máskülönben hatalmas erőforrásokkal rendelkező csoportok több évtizedes erőfeszítésével, úgy ez máshol is a főszabálynak tekinthető. Ahol azonban eleve külön szervezett alkotmánybíróság jön létre, és zömmel nem a több évtizedes bírói múlt politikailag semlegesítő hatásával kiválasztott alkotmánybírák játsszák ebben a főszerepet, hanem a politikával és a pártvezérkarokkal folyamatos kapcsolatban álló ügyvédi múlttal vagy kisebb mértékben ugyanezzel jellemezhető jogászprofesszori múlttal rendelkezők, ott a politikai aréna azonnali megduplázódása törvényszerű. Némileg csökkenteni ezt a politikai szerepet, ha az ilyen alkotmánybíróságnak a törvénymegsemmisítés terén élvezett széles hatásköre mellett egyben a jogerős bírósági döntések felülvizsgálatát is el kell látnia. Ez utóbbi munkateher ugyanis rendszerint évi sok ezer beadványt jelent a pervesztes felek ügyvédei részéről az ellenük szóló jogerős bírói döntések megsemmisítését célozva, és így ez a munkateher megakadályozza az alkotmánybírákat a törvénymegsemmisítés terén a túlságosan agilis

²⁰ Míg az 1970-s évek végéig csak két működő alkotmánybíróság volt Európában - a német és az osztrák - addig az ekkor beinduló alapítási hullámban először a spanyol és a portugál alkotmánybíróság jött létre, majd a szovjet birodalom '89-ben meginduló szétesésével a függetlenné vált közép- és kelet-európai államokban mindenhol létrejött az alkotmánybíráskodás - ezen belül az észteknek a legfelsőbb bírósághoz telepítve, de a többieknek önálló alkotmánybíróság formájában -, ugyanígy több ázsiai országban is, és Afrikában mint már szó volt róla 46 államban.

előretörésben. Ezt ismerték fel 1992-ben az orosz alkotmánybíróság újjászervezésekor az ottani domináns politikai erők, és miután az alkotmánybírák korábban a legintenzívebben belefolytak a hatalmi küzdelmekben, ekkor a jogerős bírói döntések felülvizsgálata felé irányították át tevékenységüket, és ez a munkateher gyorsan lelohasztotta a politikai hatalmi ambícióikat.²¹ De ez játszhatott szerepet a korábban legaktivistább politikai szerepet játszó hazai alkotmánybíráskodás 2012-es átszervezésénél is, és a fő munkateher azóta a bírói döntések felülvizsgálata lett itthon is.

A következő kérdés annak tisztázása lehet, hogy ha az alkotmánybíráskodás a jog mikro-folyamataiba is belefolyik a jogerős bírói döntések felülvizsgálata révén, akkor mi dönti el, hogy milyen gyorsasággal és milyen expanzívan jön létre a jog hagyományos rétegeinek (szövegréteg, dogmatika, esetjog) megduplázódása. Az alkotmányi szövegréteg mellett az alkotmánybírói esetjog mindenképpen létrejön, hisz ez az alkotmánybírák közvetlen döntési tevékenységét jelenti a jogerős bírói ítéletek felülvizsgálatával is. Am hogy ez az esetjogi réteg milyen mértékben veszi át a döntési érvelés súlyát az alkotmányszövegtől, abban nagy eltérés van az egyes alkotmánybíróságok között. Az európai alkotmánybíróságok döntési stílusát elemezve egy korábbi tanulmányomban azt tudtam megállapítani, hogy az alkotmányszöveg itthon is megfigyelhető messzemenő háttérbe szorítása a korábbi alkotmánybírói döntések javára a spanyol és a litván alkotmánybíróság esetében figyelhető meg, míg a szlovén, a horvát és a román alkotmánybírák erősebben az alkotmányszöveg értelmezésére alapozzák a meghozott döntéseik indokolását. A lengyelek és a csehek esetében ez már némileg jobban átcsúszik a saját esetjogukra alapozására, de ez nem éri el a magyar, a spanyol vagy a litvánoknál látott erősséget (Pokol 2015:127-129). Itthon ezt az 1990-ben elkezdett alkotmánybíráskodás első alkotmánybírói ciklusának bírái alakították ki így, és saját tapasztalataim szerint ezt, ha egyszer már ez létrejött, szinte lehetetlen megváltoztatni, és visszavinni a súlyt az alkotmányszövegre. Feltehetően hasonló véletlenek – például az első alkotmánybírói elnök karizmatikus szerepfelfogása, az ekkori alkotmánybírói többség politikát és jogot erősebben uralni akaró ambíciói stb. – döntötték el az esetjog ilyen kiemelt és az alkotmányszöveget háttérbe toló szerepét az említett másik két országban is.

A hagyományos jogági dogmatikák felett egy önálló alkotmányi dogmatika – és ezzel egy alkotmányos büntetőjog, alkotmányos magánjog, alkotmányos közigazgatási jog stb. – létrejött, ha már egyszer az adott alkotmánybíróság megkapta a jogerős bírói döntések felülvizsgálatát és ezzel a jog mikro-folyamataiba behatolást, azonban kevésbé a véletlenek által meghatározottnak tűnik. Ugyanis ebben nagy jelentőséggel bír az, hogy az egyes alkotmánybíróknál az egyetemi professzorok és legfelsőbb bírósági bírók vannak-e többségben az erre vonatkozó szabályok és az ezekre alapozott kiválasztási gyakorlat révén, vagy ezzel szemben a volt gyakorló ügyvédek játszanak itt komolyabb szerepet. Tézisszerűen leszögezhető, hogy az utóbbi esetben kisebb súlya lesz az adott ország jogrendszerében a jogági dogmatikák felett az alkotmányi dogmatikának, és az egész alkotmányi jog megduplázó ereje a hagyományos jogrétegek hármasszerkezetéhez képest csak kisebb súlyt tud elérni. Ezzel szemben, ha jogdogmatika terén nagy ambíciókkal és gyakorlattal rendelkező jogászprofesszorok és legfelsőbb bírósági bírók vannak többségben az alkotmánybírói testületben, akkor az esetjoguk mellé az alkotmányi dogmatikát is gyorsabban és teljesebben kiépítik, és ezzel a jogrendszer megduplázása magasabb fokra jut.

²¹ Részletesen e folyamat leírásához és az alkotmánybíróság legfelsőbb bíróság feletti új szerepkörében kiobbant küzdelmekhez a két bírói fórum között lásd: William Burnham/Alexei Trochev: *Russia's War between Courts.: The Struggle over the jurisdictional Boundaries between the Constitutional Court and Regular Courts.* The American Comparative Law. (Vol. 55.) 2007. 381-352. p.

VI. Konzolidálható-e a politikailag semleges alkotmánydogmatika?

Az alkotmány sajátlagos funkcióját és evolúciós vívmány jellegét elemezve Niklas Luhmann ezt abban találta meg, hogy az alkotmány létrejötté az 1700-as évek végére az addig a politikai viták elől rejtve maradó hatalmi és társadalmi alapkérdéseket is a napvilágra hozta, és a politikai küzdelmek tárgyává tette.²² Ugyanis, noha néhány politikai filozófiai írásban az Arisztotelész nyomán fennmaradt államvezetési formák alternatívái, a demokrácia, politeia, arisztokrácia stb. megjelentek korábban is, de ez néhány tucat szellemi ember belső ügye maradt, és minden hatás nélkül volt az országok hatalmi-politikai életére. Ezen változtatott a Rousseau társadalmi szerződés eszméjében rejlő követelés elterjedése a Felvilágosodás szellemi csoportjaiban, mely szerint a társadalom alapjait a polgárok által megkötött szerződésben, az alkotmányban kell megvitatni, majd lefektetni írásos formában. Először az éppen függetlenségükért harcoló amerikai telepesek az Egyesült Államok megteremtése kapcsán hozták aztán létre ennek alapján alkotmányt, majd 1789-től a francia forradalmárok a belső harcaik menetében tucatnyi alkotmánytervezetet vitattak meg, példát adva arra, hogy a hatalmi alapkérdések eldöntése is a politikai küzdelmek tárgya lehet. Időközben aztán létrejöttek és tartósan fenn tudtak maradni a versengő pártokra és váltógazdaságukra épülő politikai demokráciák, melyekben egy sor társadalmi alapkérdés megoldása állandóan alternatív formában van jelen a politikai nyilvánosságban milliók által megvitatva és mellettük különböző törésvonalak mentén táborokba szétszakadozva. Ám az alkotmányba foglalt legalapvetőbb kérdéseket illetően ez a vita a széles nyilvánosság előtt csendesebb, mert rendszerint olyan magas küszöb létezik az alkotmány módosításához az egyes országokban, hogy ez pusztán akadémikus kérdéssé teszi az erről folyó vitát. Forradalom nélkül ez gyakorlatilag nem lehetséges, de a könnyebben módosítható alkotmányok esetén is néha csak évtizedek múltán jön létre az ehhez szükséges alkotmánymódosító többség. Kiemelve ebből a következményt, tehát az alkotmányok létrejöttével elvileg megnyílt lehetőséget a társadalom legalapvetőbb kérdéseinek megvitatására és alakíthatóságára a magas módosítási küszöb jórészt illuzórikussá tette. Ez persze jótékony is volt abban a tekintetben, hogy a túlságosan gyakori változtatás a társadalom és a hatalomgyakorlás alapjait illetően a káoszt hozhatja létre az adott társadalomban, de másrészt a lehetővé tett változtatást elérhetetlen magasba helyezve az erre törekvő elitek radikalizálódását hozhatja mindig létre.

Ilyen háttér mellett válik érthetővé az alkotmánybíráskodás létrejöttével megnyílt új lehetőség hordereje az alkotmány eszméjének megvalósulásával reflexió alá vett és vitathatóvá tett társadalmi alapkérdések eldöntésének módosításaira. Az alkotmányi rendelkezések, deklarációk és alkotmányos alapelvek normatívan jórészt üres jellege az alkotmánybírák számára nagy szabadságot biztosít az alkotmány konkrét értelmének meghatározása terén, és ezzel az alkotmánybírói döntési többség változásával/megváltoztatásával az alkotmány tényleges tartalmának folyamatos változása teremtődik meg. Ezzel válik valóságossá a már magával az alkotmányeszmével és ennek írott alkotmánnyá változásával megnyílt lehetőség a társadalom és a hatalmi szerkezet alapkérdéseinek politikai vitatására. Nem kell most már várni az elérhetetlen magasságba tett alkotmányozói hatalom megnyílásáig, hanem elegendő akár egy alkotmánybíró kicserélése a döntési többség megszerzéséhez. Ez reális törekvéssé teszi politikai nyilvánosságban az egyes elites csoportok szellemi háttére számára az alkotmányban rögzített megoldások feletti vitát, és az ehhez képest az általuk szem előtt tartott, mögöttes társadalmi csoport számára előnyös alternatívák végiggondolását.

Az alkotmánybíráskodás körüli szellemi aréna, vitatkozó közösség így menthetetlenül a politikai viták alkotmányjogi ruhába csomagolt küzdelmeit vívja, és ez vonatkozik az

²² Lásd Niklas Luhmann: *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. *Rechtshistorisches Journal*. 1990 (Vol. 9.) 176-200 p.

alkotmánydogmatikai konstrukciók kialakítására is. Bár a logikai koherencia itt is fontos, miként az egyszerű törvényi jog által szabályozott jogágak dogmatikája esetében. Ám itt egyrészt a dogmatikai tartalom nagy társadalompolitikai jelentősége, másrészt az alkotmányi szabályozás normatív nyitottsága által lehetővé tett formálhatósági szabadság az alkotmánydogmatikai megoldás kialakítói számára visszaszorítja a logikai koherencia szempontjainak a dominálását ebben a tevékenységben. Az alkotmánydogmatika alternatíváiban a logikai koherencia a gyakorlatban ténylegesen már csak másodlagos kérdés. Ez azonban csak az egyik különbség az alkotmánydogmatika és az egyszerű törvényhozási jog melletti jogági dogmatikák között. Ehhez jön, hogy a jogági dogmatikák (büntetőjogdogmatika, magánjogdogmatika stb.) alternatívái feletti vitára a létrehozataluk és jogtudományi folyóiratokban publikálásuk után a törvényhozásban felhasználáshoz közeledés előtt egy jogpolitikai szféra épült ki. Jogászegyletek szekciói, bírói egyesületek, ügyvédi kamarák az éves vándorgyűléseiken a közélet szellemi vitáiban résztvevő jogászprofesszorok és az egyes nagy pártok jogpolitikusi is szemrevételezik és megvitatják az egyes jogdogmatikai alternatívák politikai kihatásait. Így a pártok már ezek liberális vagy inkább konzervatív politikai táborokhoz közelségét ellenőrizve állnak ki valamelyik mellett, vagy vetik el a szembenálló konzekvenciákkal járó többi dogmatikai alternatívát.

A hagyományos jogági jogdogmatikák tehát egy közvetítő szférával rendelkeznek jogpolitikai aréna kiépülése révén, és e szűrőn keresztül aztán a mindenkori parlamenti többség pártjai beviszik a törvényhozásba ezek közül a hozzájuk közelállókat, rájuk építve az új törvényi szabályozásokat. Az alkotmánybíráskodás strukturális viszonyai következtében azonban ilyen külső professzori behatás az alkotmánydogmatika alakítására csak minimálisan létezik. Itt jórészt hiányzik az a különbség, amit a hagyományos törvényhozási jogban a külső jogászprofesszorok hozzáértése és a törvényről szavazó politikus-képviselők laikussága jelent. Az alkotmánybíró főszabály szerint maga is ki tudja alakítani a zsinórmértékszerű dogmatikai formulákat és közöttük a koherenciát az egyes esetcsoportokra. Vagy legalábbis van a testületben mindig egy-két olyan befolyásos alkotmánybíró, akik ezt elvégzik. Így a normatívan nyitott alkotmányi elvek és deklarációk dogmatikai pontosítása jórészt az alkotmánybíráskodást végző testület fennhatósága alatt marad, és csak minimális erre a külső, pusztán jogászprofesszori behatás. Változást az éppen alkalmazott alkotmánydogmatikában csak a testületi többség megváltozása hozhat, amikor az új parlamenti többség által megválasztott alkotmánybírók az elődeiktől eltérő politikai értékpreamisszákkal mellett döntenek. Ekkor az új testületi többség lesöpörheti a korábbi alkotmánydogmatikai distinkciókat és formulákat, és ezek helyett eltérő mércékkel kezdi betölteni a nyitott alkotmányi alapelveket és deklarációkat, és fokozatosan egy részben új alkotmánydogmatikát teremtenek meg.

Az alkotmánydogmatika és a törvényhozási jog jogágai melletti hagyományos jogdogmatikák viszonyát illetően különbséget kell tenni a különálló alkotmánybíráskodás által ellátott alkotmánybíráskodás országai és az USA modelljét követő országok között, ahol a rendes felsőbíróságok, különösen a legfelsőbb bíróság látja ezt el. Az utóbbi esetben a több évtizedes hagyományos bírói múlttal rendelkező bírák látják el az alkotmánybíráskodás funkcióját is, és így a törvényi jog rendelkezései mellé bejött alkotmányi rendelkezések, elvek és deklarációk még absztraktságuk ellenére is jobban egységben tudnak maradni a hagyományos joggal, és a jog megduplázódása kisebb mértékű lehet. Ugyanígy az új, absztraktabb alkotmányi rendelkezések mellé felépülő alkotmánydogmatika is erősebben megmarad a hagyományos jogdogmatikai gondolkodás keretein belül. Ezen az egységen belül persze a nyitott alkotmányi elvek és deklarációk által lehetővé tett formálhatósági szabadság révén erősebben átpolitizálódnak maguk a hagyományos jogdogmatikai fogalmak is. Egy-egy dogmatikai alternatíva ezzel az átpolitizáltsággal aztán jobban a szem elé hozza némelyiküknek az egyik politikai értékvilág felé húzását, másoknak pedig a másik irányhoz való közelségét. Így az erősebben egységessé maradt jogrendszer ára az, hogy az egész

jogrendszer fokozottabban átpolitizálódik, míg a különálló alkotmánybíróság esetén a fokozottan megduplázódó jog ellenoldala, hogy így az átpolitizálódott alkotmányi jog alatt/mellett ott marad a politikailag semlegesebb hagyományos törvényhozási jog.

A jogrendszer teljesebb megduplázódása felé igazán a rendes bíróságoktól különálló alkotmánybíróság nyitja meg az utat. Különösen, ha jogászprofesszorok, egyetemi jogászok töltik be az alkotmánybírói posztokat, akkor fokozott ez, de a főszabály szerint a különálló alkotmánybíróságoknál ez a helyzet. Ilyenkor a politikai táborok szerinti értékpremissza különbségek szerepe és ezek közvetlen behatásai az alkotmányi rendelkezések, elvek és deklarációk értelmezéseire erőteljesebb. Ehhez jön, hogy egyrészt az alkotmánybírók sokszor belső készletéből is tágitják az eredetileg csak alkotmányi garanciális pontként az alkotmányba beemelt jogági belenyúlási lehetőségeket – és mivel felettük már nincs instancia ennek fékezése, így csak a belső korlátjuk lehet visszafogó e téren –, másrészt még ha nem is válnak alkotmánybíróvá, de a hagyományos jogágakon belüli jogászprofesszorok számára ez lehetővé teszi, hogy kilépjenek eddigi szerény, törvényhozást és a pártok jogpolitikáit noszogató-rábeszélő dogmatikus szerepükből és alkotmányos büntetőjoggá, alkotmányos magánjoggá stb. átváltozva imperatív alkotmányos követelésként fogalmazzák meg dogmatikai javaslataikat. Erre már Magyarországon is van példa. de különösen a németeknél megfigyelhető ez már az 1980-as évektől kezdve.²³ A büntetőjogban például Claus Roxin kezdeményezései nyomán egyre inkább úgy kezdték felfogni itt a törvényhozás büntetőjogi szabályozási szabadságát, mint az „alkotmányos büntetőjog” korlátai közé szorított tevékenységet, és az addigi büntetődogmatika helyett a fő hangsúly jórészt átment a állami büntetőhatalom alkotmányos korlátaira. Ezeket a korlátokat pedig a büntetőjog professzorai maguk fogalmazzák meg, és így ténylegesen a törvényi szabályozás ellenőrzés alá vételét igyekeznek így elérni a korábbi szerényebb, *de lege ferenda* javaslatok nyújtása helyett. Ennek sikeréhez persze kell a külsőleg diktált politikai premisszák fényében készített alkotmányos büntetőjog felé nyitott alkotmánybírói többség is az alkotmánybíróságon belül. De van olyan német büntetőjogász professzor is, aki – konstatálva, hogy a német alkotmánybírák többsége nem kívánja őket követni –, az alkotmánybírói segítség nélkül is lehetők látja, hogy a rendes bíróságok bírái maguk tolják félre a hagyományos büntetőjogi dogmatika korlátait, és maguk gyakorolják az alkotmányos büntetőjogból következő értelmezési irányokat.²⁴

²³ Lásd ehhez részletesebben korábbi elemzésemet, Pokol Béla: Büntetőjogelméleti vizsgálódások. Rejtjel Kiadó. Budapest. 2016. 76-79. p.

²⁴ Jól mutatják ezt Bernd Schünemann jogi tárgyra vonatkozó elemzései is, aki az alkotmányjogi elvekhez kapcsolt jogi tárgy kategóriájának bevetésével néhány, eddig szentnek tekintett büntetőjogi alapelv félretolását is lehetők látja. Így a büntetőtörvénykönyv szövegétől elszakadó, szabad bírói jogértelmezés eszközeként fogalmazza meg ennek szerepét: „Indem sie gegenüber dem bloßen Wortlaut des Gesetzes eine allgemeinere Dimension erschließt und damit die Grundprinzipien des Strafrechts für die Interpretation fruchtbar macht, bildet sie deren „Fluchtpunkt“ und bringt den liberalen Grundgedanken, der eine verfassungsrechtliche Dimension repräsentiert, unmittelbar in die Gesetzesauslegung ein, ohne sogleich mit der Kalamität belastet zu sein, die Verfassungswidrigkeit einer Entscheidung des Gesetzgebers begründen zu müssen.” (Schünemann 2003:134). Vagyis az alkotmányjogi alapjogok absztrakt jogelvi szintű támpontjai Schünemann-nál már nemcsak az alkotmánybírói döntésekhez kötöttek, azok függvényében jönnek be a büntetőjogba, hanem ezt félretolva már bármely büntetőbíró által közvetlenül is használhatóan - a törvény szövegével szemben is („gegenüber dem bloßen Wortlaut des Gesetzes“!). E lehetőség felvetésének az oka aztán ott mutatkozik meg, amikor Schünemann kritizálja a német alkotmánybírói többséget, hogy a kanabis-használat pönalizálását - jogi tárgy hiánya miatt - nem minősítette alkotmányellenesnek, hanem a törvényhozó belátására bízta, hogy mit tesz ez ügybe: „Bedauerlicherweise hat das BVerfG das Gegenteil getan: Es hat bereits auf der analytischen Ebene die kritische Potenz des Rechtsgüterschutzprinzips verschmäht, es hat die spezifische Schwelle für den Einsatz des Strafrechts eingeebnet, und es hat damit im Ergebnis die Strafrechtstheorie auf ein voraufklärerische Niveau zurückgeschraubt” (Schünemann 2003:145). Ha nem lehet bízni az alkotmánybírákban, akkor a büntetőbíró maga veszi kézbe a dolgokat a törvényhozó és a törvényszöveg fölött álló „alkotmányos” jogi tárgyak alapján - vonhatjuk le Schünemann téziséét.

A címben feltett kérdésre tehát azt lehet válaszolni, hogy ha elvileg nem is kizárt, hogy egy-egy ország alkotmánybíráskodását tekintve és ezen belül is egyes jogágak vonatkozásában egyszer létrejön egy konszolidáltabb és politikailag semlegesebb alkotmánydogmatika pusztán a logikai koherencia szempontjai szerint tagolt fogalmi distinkciókkal és érvelési formulákkal, de ehhez egy sor szerencsés egybeesés kell, amire fent utaltam. A főszabály szerint egy ilyen semleges alkotmánydogmatikát azonban ma nem érdemes feltételezni a vizsgálódásokban.

Irodalom

- Burnham, William/Alexei Trochev: Russia's War between Courts.: The Struggle over the jurisdictional Boundaries between the Constitutional Court and Regular Courts. The American Comparative Law. (Vol. 55.) 2007. 381-352. p.
- Cservák Csaba (2015): A jurisztokrácia aggálya és az ellentmondások feloldása. Jogelméleti Szemle 2015/4. sz. 55-61. p.
- Cservák Csaba: (2018): Az alapjogokat érvényesítő intézményrendszer. Licum - Art Kiadó. Debrecen, 2018.
- Dawson, John P. (1968): The Oracles of the Law. Ann Arbor, University of Michigan Law School. 1968.
- Esser, J. (1956): Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Tübingen: Mohr.
- Esser, Josef (1970): Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Athenäum, Frankfurt,
- Hirschl, Ran: Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press. Boston. 2004,
- Larenz, K. (1979): Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 4. Aufl. Berlin/New York: Duncker & Humblott
- Luhmann, Niklas (1974): Rechtssystem und Rechtsdogmatik (Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1974)
- Luhmann, Niklas (1990): Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. Rechtshistorisches Journal. 1990 (Vol. 9.) 176-200 p.
- Pokol Béla (1990): Ajog rétegei. Jogtudományi Közlöny 1990/4. sz, 201-209.p.
- Pokol Béla (2001): A jog elmélete. Rejtjel Kiadó 2001.
- Pokol Béla (2005): Jogelmélet. Társadalomtudományi trilógia II. kötet. Századvég Kiadó. 2005.
- Pokol Béla (2015): Alkotmánybírási döntési stílusok Európában. Jogelméleti Szemle 2015/3. sz. 107-129. p.
- Pokol Béla (2016): Büntetőjogelméleti vizsgálódások. Rejtjel Kiadó. Budapest. 2016.
- Pokol Béla (2017): A jurisztokratikus állam. Dialóg Campus Kiadó. Budapest 2017.
- Pokol Béla (2019): Az európai jurisztokrácia globális exportja. Jogelméleti Szemle 2019/1. sz. 78-108 p.
- Scheingold Stuart: The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities. New York. Oxford University Press. 1998, 118-150 p.
- Schünemann, Bernd (2003): Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation In: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hg.): Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatische Glasperlenspiel? Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 2003 255-260. p.

Stein, Peter (1966): *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims.* Edinburgh: at University Press. 1966.

Varga Zs. András: *Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája.* Századvég Kiadó. Budapest. 2015.

Voigt, Rüdiger (1980): *Verrechtlichung.* In: uő (szerk.): *Verrechtlichung.* Königstein. 1980.

Zsugyó Virág (2017): *Az alkotmányellenes alkotmánymódosítás egyes elméleti kérdései az alkotmányosság tükrében.* *Állam- és Jogtudomány*, 2017/3 99-122. p.

Az ötlet védelme a joggyakorlatban és jogalapjának deregulációja²

„...azt tapasztalhatjuk, hogy az emberi cselekvésnek ama módjait, a gazdasági termelésnek ama gyümölcseit, amelyek értékesek a társadalomra nézve: a jogrend gondozása alá veszi azzal a cézzel, hogy azokat erősítse, fejlessze. Az anyagi javak körében ez általában így van, az eszmei javak körében ellenben ugyanezt csakis bizonyos kategóriák tekintetében tapasztalhatjuk.”³

Bevezetés

A gazdaság, a tudomány, a fejlődés motorja elsősorban az új, az addig ismeretlen látásmód, gondolat, ötlet megjelenése. Ez az újdonság, *innováció* viszi előre társadalmunkat, ezért az jellemző, hogy az innovatív megoldásokat a jog oltalmazza, és védi, megbecsüli az új megoldások, alkotások létrehozóit. A jog ezért sokszor monopóliumot biztosít a szellemi tevékenység eredményeként létrejött alkotáson, terméken. Ennek a jogi védelemnek a formája attól függően változik, hogy milyen jellegű maga az elgondolás, hogyan hasznosítható. Sok esetben többféle oltalom is kérhető (pl.: védjegyoltalom, formatervezési mintaoltalom). A tipikus oltalmi formák közé tartozik a találmány, szerzői mű, dizájn (formatervezési minta), üzleti titok. A jog védelmi lehetőségei ellenére sokan ötleteiket megosztják egymással. Ha nem figyel oda a feltaláló, leronthatja találmánya újdonságát azzal, hogy egy tudományos konferencián előadja kutatási eredményeit, és ezzel megfosztja magát (illetve munkáltatóját) a szabadalmi oltalom megszerzésétől. Különösen start-upok esetén jellemző az ötletek megosztása, ötletelés. Ez annak tudatában van így, hogy az elgondolásokat, ötleteket a versenytárs vagy általában másik piaci szereplő továbbgondolhatja, és azt hasznosíthatja.

Az ötleteket *önmagában* külön jogszabály nem védi, azok védelmét a szerzői jogi törvény egyébként általában kizárja. Az ötlet védelmének jogi megítélése, védelmének kizártsága a bírói gyakorlatban nem volt ennyire egyértelmű. Kialakult az ítélkezési gyakorlatban egy olyan irány, amely az ötleteket valamilyen formában oltalmazni kívánta. Ez pedig az innovatív megoldások, a kereskedelem és a gazdaság szempontjából kiemelkedő jelentőséggel bír. Nem mindegy ugyanis, hogy egy általános elgondoláson, ötleten, elven kizárólagos jogi védelmet biztosít a jog egy személy számára, vagy azt bárki felhasználhatja, alakíthatja, és ezzel újat, hasznosat hoz létre, konkrét tartalommal töltheti azt fel.

Ezzel kapcsolatosan a tanulmány három nagy kérdéskörre fókuszál: (1) az ötletek és a szellemi alkotások kapcsolódási pontjainak feltérképezésére, (2) azokra a jogintézményekre, jogalapokra, amelyek az ötleteket védhetik, átfoghatják, illetve (3) az ötlet védelméhez kapcsolódó joggyakorlat bemutatására. Ebben a tekintetben az ötletek alatt a műszaki jellegű megoldásokat, ötleteket nem vizsgáljuk, hanem csupán a szerzői joggal rokon elgondolások képezik a tanulmány tárgyát. A tanulmány az előbbieket bemutatásán keresztül alapvetően

¹ Doktorandusz, SZTE ÁJTK Civilisztikai Tudományok Intézete, E-mail: schultzmarton@gmail.com.

² A kutatást az EFOP-3.6.1-16-2016-00008 azonosítójú, EU társfinanszírozású projekt támogatta.

³ Fazekas Oszkár: A szellemi tulajdon jogbölcséletéhez. In Emlékkönyv Nagy Ferenc huszonöt éves egyetemi tanárságának megünneplésére. Atheneum, Budapest, 1906. 150. o.

kettő, elsősorban magán-jogbölcseleti problematikára koncentrált: az egyik az ötlet feletti esetleges kizárólagos jogosultság elismerésének elvi, jogértelmezési problémájára vonatkozik, a másik pedig az erre adott jogalkotói válasza: a deregulációra, a védelem alapjának megszüntetésére.

I. Jogi védelmére vonatkozó koncepciók

I.1. Numerus clausus

A szellemi alkotások, az eszmei javak, vagy korábbi terminológiával az ész szüleményeit külön-külön törvények oltalmazták. Ami ezeken kívül esett, azt alanyi jog hiányában a bírói gyakorlat sem ismerte el jognak. A királyi Kúria állandó és egységes gyakorlata az ötlet önálló jogalapon nyugvó – analogikus – elismerését elvi jelleggel zárta ki több döntésben.⁴ Ebben a tekintetben az innováció szempontjából a monopolizálható szellemi alkotások körét a törvényileg védett eszmei javaknál húzta meg a királyi Kúria, minden ezek körén kívül eső gondolat, eszme, javaslat, elgondolás, elv stb. jogi védelme ki volt zárva. Ezek bárki által szabadon felhasználhatóak voltak, és az ezen ötletekből származó esetleges újabb ötletek, újabb szellemi alkotások létrehozása számára a jog teret nyitott. Ez az elv nem pusztán eseti döntésekben jelenik meg, hanem azt a Kúria szokásjognak is tekintette, így normatív ereje volt: „Általános magánjogi elv, hogy az emberi munkának külön jogszabály által nem védett minden eredménye az emberiség közkincsévé válik és így bárki által szabadon felhasználható és utánozható. Azokat a külön jogszabályokba foglalt (szerzői, szabadalmi, védjegyjogi, mintaoltalmi) korlátokat, amelyek az egyéni munka eredményéhez fűződő egyéni érdekek érvényesülésének a külön jogszabályok által érintett vonatkozásokban az emberi közösség és fejlődés érdekében határt szabnak.”⁵

Azt mondhatjuk, hogy ez az elv ma is töretlen, a szabályozás alapvonalait tekintve változatlan. A jogi szabályozást egyébként uniós jogalkotó is lezártnak tekinti. Legalábbis erre utal az üzleti titok irányelv preambuluma: a szellemi tőke létrehozására és alkalmazására irányuló beruházás piaci versenyképességük és innovációs teljesítményük, valamint ezen keresztül a beruházás megtérülése vonatkozásában meghatározó elem, ami pedig az üzleti célú kutatás-fejlesztés mozgatórugója. Amennyiben kutatási és innovációs beruházásaik teljes körű kiaknázása nyilvános módon nem megoldható, a vállalkozások különböző eszközöket vesznek igénybe innovációs tevékenységeik eredményeinek biztosítása érdekében. Az ilyen eszközök közé tartoznak a szellemi tulajdon-jogok, így a szabadalmak, a formatervezési minták és a szerzői jog használata is. Az innovációs tevékenységek eredményei biztosításának egy másik eszköze a szervezet számára értékes, széles körben nem ismert tudásnak az ahhoz való hozzáférés védelme melletti kiaknázása. Az ilyen jellegű nem nyilvános, és a jogosult szándéka szerint bizalmasan kezelendő értékes know-how és üzleti információk üzleti titokként ismertek.⁶ Hasonlóan leszűkíti a védelem körét az innovációs törvény szellemi tulajdon és szellemi alkotás fogalmai által a külön nevesített szellemi alkotásokra.⁷

A szellemi alkotásoknak ezt a lezárt felsorolását a jogirodalom, a dologi jogokra vonatkozó rendezőelvhez hasonlatosan numerus claususnak nevezi. Ugyan viszonylag

⁴ K. 1934. máj. 11. — P. I . 4215/1933.; K. 1936. jan. 23. — P. I . 4708/1935.; K 1937. dec. 7. — P. I. 3996/1937.; K. 1940. dec. 5. — P. I . 3487/1940.

⁵ K. 1940. máj. 7. — P. IV. 1512/1940.

⁶Az Európai Parlament és a Tanács (Eu) 2016/943 Irányelve (2016. június 8.) a nem nyilvános know-how és üzleti információk (üzleti titkok) jogosulatlan megszerzésével, hasznosításával és felfedésével szembeni védelemről. Preambulum (1)

⁷ 2014. évi LXXVI. törvény 3. § 20. pont és 21. pont

egyértelműnek tűnik, hogy alanyi jog csak akkor létezik, ha a tárgyi jog, a jogszabály azt valamilyen formában tartalmazza, oltalmazza, ha közelebbről megvizsgáljuk e jelenséget, mégsem teljesen az.

Az áru- és vállalatjelzők joga csak részben kodifikált, hiányzik a bírói gyakorlat által egyébként védelemben részesített kereskedelmi név törvényi oltalmának alapja, az alanyi jog deklarálása. *Faludi Gábor* mutat rá, hogy az iparjogvédelem nemzetközi keretrendszerébe a kereskedelmi név is beletartozik.⁸ A Párizsi Uniós Egyezmény szerint a kereskedelmi nevet az unió mindegyik országa oltalomban részesíti, bejelentés vagy lajstromozás kötelezettsége nélkül, akár része az valamely gyári vagy kereskedelmi védjegynek, akár nem.⁹ Ugyan egyetlen törvény sem deklarál *általános* alanyi jogi jogosultságot e tekintetben, a joggyakorlat a kereskedelmi nevek (mint be nem jegyezett üzletjelzők) védelmét a jellegbitorlás¹⁰ és a névbitorlás¹¹ diszpozícióinak keretében védi. A törvényi alap hiánya miatt azonban senki nem vonja kétségbe annak jogalapját. Ehhez hasonlatosan tehát az ötlet jogi védelme sem lehet kizárt pusztán azon az alapon, hogy azt külön törvény nem nevesíti.

1.2. A Ptk. hatálybelépését megelőző gyakorlat

A Legfelsőbb Bíróság, illetve más felsőbbbíróságok a 2000-es évek környékén több esetben is foglalkoztak az ötlet önálló jogalapon nyugvó védelmével. Míg korábban a szellemi alkotások lezárt katalógust alkottak, addig ezekben a döntésekben alapvető felfogásbeli változást láthatunk. Ennek az alapja és okozója az 1977-es Ptk. novella ún. hézagmentes oltalomra vonatkozó szabálya (az ún. nem nevesített szellemi alkotáshoz fűződő jog), amely ezt a numerus clausust, ezt a korábbi zárt rendszert fellazította. A hézagmentes oltalom alapján a Ptk. jogvédelmet biztosított külön nem nevesített szellemi alkotásoknak, amelyek nem váltak közkinccsé és társadalmilag széles körben felhasználhatóak voltak.

A lazulás nem a jogirodalomban jelentkezett, hanem a joggyakorlat oldaláról, a felperesek oldaláról, a régi Ptk. 86. § (3) bekezdésének, mint jogalpnak a megjelenésében jelentett változást. Az alább vizsgált ügyekben nem a szerzői jogi védelem volt az, amire a felperes a keresetét alapozta, és nem az volt a felek között a vita alapja, hogy az ötlet a *szerzői jogi* védelem szintjét eléri-e, illetve hogy elérheti-e. A hézagmentes oltalom szabályának az a tényálláseleme adott fogódzót a feleknek, hogy a külön törvényben nem nevesített szellemi alkotás is védelemben részesül. Az ötlet hézagmentes oltalom alá vonása ilyen szempontból azonban nyilván téves, hiszen az ötlet, mint olyan nem 1977 után jelent meg a társadalmi fejlődéssel, hanem már előtte is létezett, szabályozásának hiánya pedig tudatos jogalkotói döntéssel alapult.

Az ötlet jogi védelmének vizsgálatát négy jogalap tekintetében találhatjuk meg a bírói gyakorlatban. Ide tartozik a szerzői jog, a hézagmentes oltalmi szabály, az üzleti titok és a know-how. Az alábbiakban ezek kerülnek bemutatásra.

⁸ Faludi Gábor: A licenciaszerződés. Polgári Jogi Kodifikáció 2008/2. szám, 12-23. o. <https://ptk2013.hu/polgari-jogi-kodifikacio/faludi-gabor-a-licencia-szerzodes-pjk-20082-12-23-o/76> (2019.11.25.)

⁹ Párizsi Uniós Egyezmény 8. cikk (1970. évi 18. törvényerejű rendelet)

¹⁰ 1996. évi LVII. tv. (Tptv.) 6. §; ÍH 2017. 51.; ÍH 2017. 52.; BDT 2012. 68.; Kúria Pfv. IV.20.489/2011/3.; ÍH 2005. 160.

¹¹ Ptk. 2:42. § (1) bek. és a 2:53. § f) pont.; ÍH 2014. 58.; ÍH 2008. 109.; BDT 2017. 33.

II. Az ötlet védelmének jogalapja

II.1. Szerzői jog

A szerzői jogi törvény szerint a szerzői jogi védelem az alkotást a szerző szellemi tevékenységéből fakadó egyéni, eredeti jellege alapján illeti meg. Ez a védelem ugyanakkor nem függ mennyiségi, minőségi, esztétikai jellemzőktől vagy az alkotás színvonalára vonatkozó értékítéllettől.¹² A szerzői jog az irodalom, a művészet, a tudomány területére eső egyéni, eredeti jellegű alkotásokat, műveket védi, és az ötletek, elvek, elgondolások jogi védelmét egyértelműen kirekeszti védelmi köréből.¹³ Az ötletek, elvek, elgondolások senki által nem sajátíthatóak ki, azok bárki által felhasználhatók, azokat bárki egyéni, eredeti jelleggel ruházhatja fel további szellemi alkotótevékenysége által. Az ötletek szerzői jogi védelmét a német bírói gyakorlat is kizárja.¹⁴

Erre egyrészt a társadalmi fejlődés, az innováció miatt kerülhet sor, másrészt pedig ez abból az általános elvből folyik, hogy egy személynek nem állhat fenn alanyi joga olyan jogtárgyon, amely nem rendelhető egyértelműen és kétséget kizáróan csak az adott személyhez. Az adott jogtárgy feletti rendelkezési jog nem szorítható meghatározott személyre vagy személyekre, nincs konkrétan beazonosítható jogosult, akinek jogi érdeke (alanyi joga) állhatna fenn.¹⁵ Erre utal lényegében *Fazekas* is, aki szerint a szellemi termékeket a jogalkotó „úgy vonja bele a jogrend csatornahálózatába, hogy az azok útján érvényesülő társadalmi energia minél teljesebb és hatékonyabb eredményeket érjen el”.¹⁶

A kifejezett törvényi tilalom nem is engedi a műszaki megoldások körén kívül jelentkező ötletek jogi védelmének másfajta, analógia alapú elismerését, hiszen a jogalkotói akarat viszonylag egyértelmű. Az ide sorolható ötletek lehatárolására két jogi tény kínálkozik: az irodalmi, művészeti, tudományi jelleg, másrészt pedig a szerzői jog hatálya alá eső művek köre.¹⁷ Helyesebb azonban a negatív irányú meghatározás: azon ötletek, amelyek nem vonhatóak a műszaki megoldások, a know-how védelmi körébe. E körbe tartozó, a szerzői jogi védelmet el nem érő ötletek esetén hívható fel ugyanis az analógia-tilalom a szerzői jogi törvény 1. § (6) bekezdése. A gondolatok, ötletek általános védelmének kizárása szükségszerű, *Balás* ezt a következőképpen fogalmazza meg: „a szerzői jog bitorlása szempontjából a szellemi tartalom kifejezésének egyéni különyszerűsége az irányadó, vagyis az, hogy egy bizonyos szellemi tartalom nem oly módon van-e utánozva, amint minden szellemi tartalmat mindenki újból alkothat, ha ismeri azokat a jeleket, amelyek az értelmet közvetítik, és megvan minden szükséges egyéb ismerete is a pusztá megértéshez, vagy pedig az utánzás már nem is utánzás már, hanem új alkotás, amelyen meglátszik az egyén bélyege.”¹⁸

A svájci jog ehhez hasonlóan a szerzői művek tervezeteit csak akkor védi, ha azok önmagukban kielégítik a szerzői mű kritériumait,¹⁹ a kutatási adatok nem ilyenek.²⁰ A német jog a lexikonok készítésére vonatkozó ötleteket szintén nem védi.²¹ A Legfelsőbb Bíróság ezt

¹² 1999. évi LXXVI. törvény 1. § (3) bek.

¹³ 1999. évi LXXVI. törvény 1. § (6) bek.

¹⁴ GRUR 1987, 704.; GRUR 1995, 47.; NJW 2003, 2828.

¹⁵ Schultz Márton: A vagyoni személyiségi jog: A személyiségi jog vagyoni és személyi viszonyainak monizmusa a tárgyiasítható személyiségi jegyek vonatkozásában. In *Jogelméleti Szemle* 2019/1. 109. 124. o.

¹⁶ *Fazekas*: i.m. 151.o.

¹⁷ 1999. évi LXXVI. törvény 1. § (2) bek.

¹⁸ Balás P. Elemér: Rádió, szerzői jog, sajtójog. In Koltay András (szerk.): Balás P. Elemér emlékkönyv. Wolters Kluwer, Budapest, 2018. 224. o.

¹⁹ Hilty, Reto M.: *Urheberrecht*. Stämpfli, Bern, 2011. 101. o.

²⁰ BGER, 1995, 101, E. 3 a – Laborergebnisse.

²¹ NJW-RR 1987, 1081 – Warenzeichenlexika.

az elvet szintén alkalmazza. A számítógépi programfejlesztő folyamat egyes elkülöníthető szakaszai is létrehozhatnak olyan önálló alkotásokat, amelyek külön szerzői jogi oltalomban részesülhetnek.²² A Szerzői Jogi Szakértő Testület álláspontja szerint a szerzői jogi védelem számítógépes programok esetén a feladat meghatározásának jellegétől és mélységétől is függ. Nincs védelem akkor, ha a megrendelő csupán az elvégzett feladatot határozza meg, védelem áll fenn akkor, ha meghatározza a létrehozandó számítógépi programot részleteiben pl.: az alkalmazandó algoritmusokat és a pontos képernyőterveket.²³

A jogalkotó akarata a szerzői jogi védelem szempontjából viszonylag egyértelműen kirajzolódik. Az 1945 előtti ítéletek minden esetben a szerzői joghoz kötötték az ötletekkel, elgondolásokkal kapcsolatos jogvitákat, illetve a felperesek kereseti kérelme is elsősorban erre vonatkozott, így a kereset elutasítása is erre támaszkodott minden esetben. Jelentős változást láthatunk ehhez képest a 2000-es években, amikor más jogalapokon, a szerzői jogot már egyértelműen figyelmen kívül hagyva érvényesítettek a legtöbb esetben igényt.²⁴ Így a hézagmentes oltalom szabálya alapján, az üzleti titokra, know-how-ra hivatkozva, illetve a régi Ptk. jogi érdekeket is védő 2. §-ára.²⁵

II.2. Hézagmentes oltalom szabálya

Az ötlet védelmének jogi alapját az ún. hézagmentes oltalom szabálya biztosította, biztosíthatta. A hézagmentes oltalom szabályát az 1977-es Ptk. novella építette be a kódexbe a know-how védelmével együtt. A Ptk. novella indokolása nem emeli ki annak részletesebb indokait, hogy a know-how mellett egyéb szellemi alkotások védelem alá helyezésére miért van szükség, csupán annyit mond ki, hogy a törvény az „általános rendelkezésével védelem alá helyez minden szellemi alkotást. Ennek különösen a még közkinccsé nem vált alkotásokkal és a jogi személyek vagyoni értékű gazdasági, műszaki ismereteivel és tapasztalataival kapcsolatban van jelentősége, mert jelenleg ezeknek nem nyújtanak védelmet külön jogszabályok.”²⁶ Az 1959-es Ptk. e szabálya védte azokat a szellemi alkotásokat is, amelyekről a külön jogszabályok nem rendelkeznek, de amelyek társadalmilag széles körben felhasználhatók és még közkinccsé nem váltak. Ezzel a törvény alanyi jogot biztosított a külön törvényben nem szabályozott szellemi alkotásoknak is. Az alanyi jog megsértése esetén az 1959-es Ptk. 87. § (1) bekezdés alapján a személyhez fűződő jogok megsértése esetén alkalmazható valamennyi polgári jogi igény alkalmazására lehetőséget biztosított. Egy álláspont az 1959-es Ptk. 86. § (3) bekezdés szerinti hézagmentes oltalmat alkalmasnak találja, találta az ötlet szerződési jogi védelmének megalapozására.²⁷ Egy másik, uralkodóvá vált álláspont ugyanakkor ennek a lehetőségét kizárja.²⁸ Ennek alapján került ki a törvényből a szellemi alkotások általános védelmének lehetősége, hiszen a hézagmentes oltalom elvét a Ptk. már nem tartalmazza. A szabály deregulációjának több oka volt. Ilyen a nemzetközi

²² BH 1993. 545.

²³ SZJSZT 26/2009. sz. vélemény

²⁴ BH 1999. 252.; BDT 2006. 23.; BDT 2007. 192.; BDT 2012. 135.; BH 2005. 209. A műszaki jellegű megoldások tekintetében a know-how védelemtől függetlenül szintén önálló jogalapon: BDT 2011. 2443.

²⁵ 1959. évi IV. törvény 2. § (1) A törvény védi a személyek vagyoni és személyhez fűződő jogait, továbbá törvényes érdekeit. Ezt a megközelítést alkalmazza, részben az üzleti titok védelmével összemosva a BDT 2012. 135. sz. döntés. A jogi érdek részletesebb tárgyalásától eltekintünk, ugyanis a jogi érdek nem önállóan, hanem valamely tárgyi jog által biztosított alanyi jog keretében kerülhet védelmezésre, ennél fogva bármely jogi érdek védelme valamely konkrét jogszabályhely alapján kell, hogy megjelölésre kerüljön.

²⁶ 1977. évi IV. törvény indokolás

²⁷ Faludi Gábor – Gyertyánfy Péter – Tóth Péter, 2014. 88. o.

²⁸ Faludi Gábor: Szerzői jog és Iparjogvédelem. In Vékás Lajos – Gárdos Péter (szerk.): Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz 1. kötet. Wolters Kluwer, Budapest, 2018. 203. o.

egyezményeken alapuló szabályozási háttér hiánya, a nevesített oltalmi formák bővülése és a bizonytalan bírói gyakorlat.²⁹ A bizonytalan bírói gyakorlat körében *Faludi Gábor* a kútfürési eljárás,³⁰ a Walton pezsgőnév³¹ és egy jelmondat („Mindannyian mások vagyunk”)³² védelmét emeli ki.³³ *Grad-Gyenge Anikó* ezen túl további érveket jelenít meg az eltörlés legitimálása mellett, így a hézagmentes oltalom alkalmazásának átmeneti jellegét, politikai jellegét és a nevesített jogok védelmének gyengítését.³⁴

II.3. Üzleti titok formájában megvalósuló védelem

Az üzleti titok formájában megvalósuló védelem releváns lehet, ha az üzleti titokként történő kvalifikáció feltételei fennállnak.³⁵ Ez azért lehet így, mert külön védelem hiányában is kötelezhetik magukat a felek szerződéses úton, hogy egy adott ötlet felhasználásának feltételeit meghatározzák. Valamely ötletnek titoktartás formájú védelme elképzelhető a bírói gyakorlat szerint is, ha az üzleti titoknak minősül. A Pécsi Ítéltábla szerint a peres felek a szerződés aláírásával egymás közötti viszonyukban arra kötelezték magukat, hogy a szerződés keretein kívül, azaz az ötletgazda kihagyásával nem valósítják meg az ötletgazda érdekkörébe tartozóként elismert ötletet.³⁶ A jogtárgy ebben a tekintetben azonban nem ötlet, hanem titkos ismeret, titok.

II.4. Know-howkénti védelem

Felmerülhet annak a lehetősége is, hogy egy ötlet know-howként jelenik meg, kerül értékelésre. A Legfelsőbb Bíróság a Pécsi Ítéltáblával ellentétben két okból sem tekintette know-how-nak a névötletet. Egyrészt azért, mert a névötlet, mint a gazdasági életben hasznosítható javaslat nem azonosítható a gazdasági ismeret tényálláselemével. Másrészt pedig azért, mert az ismeretnek valamilyen megoldásban testet kell öltenie ahhoz, hogy a know-how-ként védelemben részesülhessen. A névötlet a Legfelsőbb Bíróság szerint abban az esetben érné el az „ismeret” illetve a know-how-ra jellemző „megoldás” szintjét, ha a megfelelő kifejtés, indoklás azt megfelelő ismerettartalommal töltené meg, egyben megjelenítené megalkotásának reprodukálható gondolati folyamatát.³⁷ Ez a meglátás azonban alapvetően téves, hiszen ha a szóbeli megjelölések (a gazdasági életben a vállalat- és árujelzők) védelmét vizsgáljuk, úgy egyértelmű, hogy egy szóbeli megjelölésre vonatkozó ötlet, elgondolás nem részesülhet a know-how részéről védelemben, hiszen ezek védelmére más jogintézmények szolgálnak – a védendő jogi tárgy eltérő jellege okán. A védelem a célszerűtől leszűkítés (teleologikus redukció) okán kizárt. Szóbeli megjelölésen alanyi jog csak a megkülönböztető képesség megszerzésével szerezhető. Ez pedig bejegyzéssel (lajstromozással) vagy huzamos használatl (kereskedelmi név) szerezhető. Egyebekben a

²⁹ Faludi 2018: 202. o.

³⁰ BDT 2011. 2443.

³¹ BH 2005. 209.

³² BH 1999. 252.

³³ Faludi 2018: 203. o.

³⁴ Grad-Gyenge Anikó: Búcsú a szellemi alkotások jogától? – A szerzői jog és az iparjogvédelmi oltalmi formák polgári jogi védelme a magyar magánjogban. <https://ptk2013.hu/szakcikkek/grad-gyenge-aniko-bucusu-a-szellemi-alkotások-jogától-a-szerzői-jog-es-az-iparjogvédelmi-oltalmi-formak-polgari-jogi-vedelme-a-magyar-maganjogban/1776> (2019.11.25.)

³⁵ Az üzleti titok fogalma: 2018. évi LIV. törvény 1. § (1) bek.

³⁶ BDT 2012. 135. („Pécs Lexikon”)

³⁷ BH 2005. 209. („Walton”)

frappáns ötletek megmaradnak a szerződéses szolgáltatás kategóriáján belül, és kizárólag *inter partes*, mint szolgáltatás kerülhet értékelésre.

III. Az ötlet jogi védelmével kapcsolatos életviszonyok

Az ötlet jogi védelmével kapcsolatosan a bírói gyakorlatban többféle tipikus vagy jellemző életviszonyt találhatunk: a jelmondatok védelmét, a reklámötleteket, illetve a szakmai előkészítő anyagokat. Ide sorolhatóak még a kereskedelmi névre, védjegyre vonatkozó ötletelések, javaslatok is.

III.1. Jelmondatok

A szellemi alkotás formájában történő védelem oldaláról tekintve a jelmondatok (szlogen)³⁸ jogi védelme a védjegy jog keretében valósulhat meg. Ugyan lehetőség van arra is, hogy egy jelmondat kereskedelmi név formájában részesüljön védelemben, azonban a védjegy jogi regisztráció biztosabb, hatékonyabb védelmet nyújt és a jog létének bizonyítását a védjegylajstrom is megkönnyíti. Az SZTNH a jelmondatok védjegyként történő bejegyzését nem zárja ki, megengedhetőnek tartja.³⁹ A német jog rövidebb mondatok, reklámok jelmondatainak (*Werbeslogans*) védelmét nem zárja ki, ha azok megkülönböztető képességgel bírnak.⁴⁰ Tattay a kereskedelmi névvel összefüggésben emeli ki ehhez hasonlóan, hogy annak védjegykénti bejegyzése megkönnyíti a védelmet.⁴¹ Erre példa lehet a Knézy Jenő által sportközvetítések során használt „Jó estét! Jó szurkolást!” kifejezés, mint egy személyre jellemző jelmondat szóvédjegyként történő bejegyzése.⁴²

Amennyiben egy jelmondatot az azt kitaláló, alkalmazó személy, az ötletgazda nem kíván védjegyként lajstromoztatni, úgy bizonyos esetekben személyiségi jogi védelmet biztosít a bírói gyakorlat akkor, ha a személyiségi jog jogosultja, az ötletgazda jogos érdeke sérül a jelmondat más általi felhasználása következtében. Erre a magyar bírói gyakorlatban szintén Knézy Jenő korábban említett köszönési módja a legismertebb jogeset.⁴³ A bírói gyakorlat a jelmondat jogellenes kereskedelmi felhasználását az ezzel okozott hamis látszat keltése okán a jó hírnév megsértésének tekintette, az újabb bírói gyakorlat hasonló jogsértések esetén inkább az adott személyiségi jegy – a konkrét esetben a névjog – megsértését állapítja meg.⁴⁴ Kérdéses ugyanakkor, hogy a bírói gyakorlat jelmondatok esetén elismeri-e ezeket nem nevesített személyiségi jogoknak, vagy ebben a tekintetben fenntartja a jó hírnév általi védelmet. A német bírói gyakorlatban a hamburgi táblabíróság a hanghoz való jog elismerésével védte a jelmondatot („*Noch 'n Gedicht*”), amely Heinz Erhardtra jellemző tipikus jelmondat volt.⁴⁵

A védjegyként, illetve a személyiségi jogi védelmen túl a bírói gyakorlat a jelmondatok ötletkénti védelmével is foglalkozott. A Legfelsőbb Bíróság ugyanakkor a jelmondat ötletként, a hézagmentes oltalom alapján magvalósuló védelmét elvi érveléssel, általánosságban zárta ki a következő indokkal: „a felperesek által megalkotott jelmondatnak a rendezvény jellegéből és eszmei tartalmából eredően is megállapíthatóan az volt a funkciója,

³⁸ A szlogen kifejezést használja az 2001. évi XCVI. törvény 1. § (1) bek.

³⁹ Belényi Andrea et al.: Iparjogvédelem. Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala, Budapest, 2012. 112. o.

⁴⁰ Fezer, Karl-Heinz: Markenrecht. C.H. Beck, München, 2009. 381. o. [§ 3 Rn. 506.]

⁴¹ Tattay Levente: A kereskedelmi nevek. Gazdaság és Jog 2011/6. szám, 20. o.

⁴² EBH 2004. 1022. („Jó estét! Jó szurkolást! II.”)

⁴³ BH 2002. 261. („Jó estét! Jó szurkolást!”)

⁴⁴ BDT 2018. 87. („kutatóintézet”)

⁴⁵ OLG Hamburg Urt. v. 08.05.1989, Az.: 3 W 45/89 „Heinz Erhardt”

hogya a másság tiszteletét jelentő gondolatot és emberi magatartást népszerűsítse. A felperesek épp azt akarták elérni a rendezvényükkel, hogy az általuk vállalt eszmeiséget mindenki tegye magáévá, azaz e gondolat az általuk választott kifejezési mód révén is váljon élő gyakorlattá. Ezt a szándékot és ezt a célt szolgálta a felperesek által megalkotott, „mindannyian mások vagyunk” jelmondat. Emiatt meg lehetett állapítani, hogy a perbeli jelszó (jelmondat, szlogen) nyilvánosságra hozatala egyben a szellemi alkotást közkinccsé is tette. Így nem sértették meg az alperesek a felperesek szellemi alkotáshoz fűződő személyiségi jogait akkor, amikor a jelmondat által kifejezett célnak is megfelelően a jelmondatot saját tevékenységük során felhasználták. A közkinccsnek minősülő jelmondatot ugyanis bárki szabadon felhasználhatja.”⁴⁶ A jogi értékelés ebben a tekintetben tulajdonképpen szembekerül az előbb említett BH 2002. 261. sz. döntéssel, hiszen ha a valakire jellemző jelmondat közkinccsé válik, úgy az személyiségi jogi védelemben sem részesülhet. Ennél fogva helyesebb abból kiindulni, hogy a jelmondat védelme akkor lehet adott, ha az adott szlogen külső szemlélő számára egyértelműen egy adott személyhez kapcsolható, azaz a jelmondat egy személy érdekkörébe tartozik, a forgalom úgy tekinti, hogy a jogalanynak alanyi joga áll fenn afelett. Ez – függetlenül attól, hogy az ötlet önálló jogalapon történő védelmét elismerjük-e – lehetővé teszi a jelmondat védelmét általában. A kérdés szempontjából – szemben a Legfelsőbb Bíróság álláspontjával – annak nincsen jelentősége, hogy a jelmondat közkinccsé válik. A jogtárgyak csupán egyik csoportja válik annak felfedésével, nyilvánosságra hozatalával közkinccsé, más csoportja esetén a harmadik személyek irányában funkciójánál fogva meg kell jelennie (tkp. érzékelhetőnek, észlelhetőnek kell lennie) a jogtárgynak, mert jogi védelmének alapja éppen ebben rejlik. Ilyenek a személyiség külső megjelölései, és a jelmondat is.⁴⁷ A bírói gyakorlat esetlegessége és nem egységes jellegére mutat rá az is, hogy egy másik ügyben a Fővárosi Ítéltábla egy marketingkonceptióba ágyazottan megjelenő reklámötlet részeként felhasznált jelmondatot nem a közkinccsé válás, hanem éppen a széles körű társadalmi felhasználás hiánya miatt nem látta oltalmazni külön törvény védelme alá nem tartozó szellemi alkotásként.⁴⁸

III.2. Szakmai anyagok, szerzői művek előkészítő munkálatai

A szerzői mű megalkotásának folyamata nem egy pillanat, hanem általában hosszan tartó folyamat. Különösen igaz ez a kutatómunkával összeállított tudományos művekre is. Rengeteg energiát, munkát és ráfordítást, másrészt pedig tervezést és ehhez kapcsolódó koncepciót igényel az ilyen művek létrehozása, amely esetén maga a szellemi alkotótevékenység, az ötlet, a gondolat már megfogant ugyan, az a leendő szerző, szerzők fejéből kezd kivándorolni, kapcsolatba lépni a fizikai valósággal, tárgyiasulni, azonban még nem jut el a kész szerzői mű stádiumába. Mivel a mű nincsen megalkotva, így nem valósult meg az a jogi tény, amely a szerzői jog megszerzésének feltétele lehetne, így a jogi helyzet függő jellegű.

Egy ilyen, Pécs város lexikonának elkészítésével, összeállításával, szerkesztésével kapcsolatos üggyel találta magát szemben a Pécsi Ítéltábla is. Az elsőfokú bíróság által megállapított tényállás szerint dr. V.Gy. a felperesi alapítvány képviselőjeként 1999-ben tárgyalásokat kezdett Pécs város polgármesterével, a gazdasági kamara megyei szervezetének elnökével és a helyi kulturális élet más jelentős szereplőivel egy városlexikon kiadása érdekében. V.Gy. tervét minden érintett kiválóan minősítette, annak megvalósítása azonban a várható költségek fedezete hiányában elmaradt. Dr. V. Gy. később levelet intézett dr. S.T.-hez,

⁴⁶ BH 1999. 252. („Mindannyian mások vagyunk”)

⁴⁷ Schultz: i.m. 108. o.

⁴⁸ BDT 2007. 192. („Semmi trükk!”)

a Pécs-Baranyai Kereskedelmi és Iparkamara titkárához röviden vázolja a mű előtörténetét és tervezett vázát, kérve a segítséget befektetők felkutatásához. Az ötlet elnyerte dr. S.T. tetszését, javasolta reklámcég bevonását a megvalósításba. Elkezdődött a lexikon összeállítása, az abba felveendő tartalom kiválogatása, összegyűjtése stb. A lexikon összeállítását a pénzügyi helyzetre hivatkozással leállították. Később a Pécs Város Lexikonát kiadták, arra V.Gy.-nek ráhatása nem volt, de szerette volna, hogy mintegy „ötletgazdagként” tüntessék fel a művön a nevét.⁴⁹

III.3. Reklámötletek

Az ötlet feletti rendelkezési jog, az ötlet megvalósítása, kidolgozása gyakran kapcsolódik valamely megrendelésre készült reklámötlethez. A marketingkoncepcióba ágyazott reklámötletet a reklámszakma kreatívnak nevezi, ezzel összefüggő tevékenység a reklámstratégia kidolgozása, a reklám mondanivalójának meghatározása, a reklámötletek vizuális megjelenítése, reklámszövegek (jelmondatok, szlogenek) kidolgozása.⁵⁰ Egy ügyben a Fővárosi Ítéltábla kifejtette, hogy az adott esetben a „P. bank Leasing hitellel” reklámkampányához kidolgozást nyert egy bűvészfigura, amely egy sajátos gondolatosságot hordozó kapcsolatot teremtett meg a reklámozott termékkel kapcsolatban. A televízióban bemutatott reklámfilm, mint játékfilm ugyancsak a hitellel reklámozta, felhasználva ahhoz a reklámötletet, a bűvész figuráját élő szereplővel és nem rajzfilmfiguraként megjelenítve, ezáltal is közvetítve a termékkel összefüggésben azt a tartalmat, amit az eredeti reklámötlet tartalmazott. A bíróság szerint szorosan a reklámozott termékhez köthető gondolatossággal bíró reklámötletéről lévén szó, hiányzik a társadalmi széles körű felhasználhatóság, mint törvényi feltétel, amelyre tekintettel nem jöhet figyelembe a hézagmentes oltalom által nyújtott törvényi védelem.⁵¹

A királyi Kúria állandó gyakorlatában szintén elutasította a reklámötletek szerzői jogi, illetve más jogalapon nyugvó védelmét, azon indokkal, miszerint a jogi értékelés szempontjából közömbös az a kérdés, hogy az üzleti reklám a perlő személy eredeti ötletének megvalósulása-e.⁵²

III.4. Szóbeli megjelölések

Hasonlóan vitás volt egy termék kereskedelmi nevére vonatkozó ötlet jogi védelme. A konkrét perben pezsgők elnevezésére vonatkozó névötletek közül a Walton/Valton elnevezés esetleges, a hézagmentes oltalom alapján megvalósuló védelme képezte. A Legfelsőbb Bíróság álláspontja szerint a szóbeli megjelölésekre vonatkozó javaslatok, a névötletek nem minősülnek know-how-nak, mert annak feltételeit nem teljesítik, ugyanakkor önállóan, a hézagmentes oltalom szabálya alapján sem nyújtható védelem. A bíróság ezzel kapcsolatban a következő, meghaladott álláspontot foglalta el: A Valton névötletből nem állapítható meg, hogy a névnek az adott kereskedelmi termékhez való párosítása mögött milyen gondolati tartalom, milyen megfontolások, milyen szellemi alkotó folyamat húzódik meg. A felperes a pályázatában a Valton névötletet (szemben a V. A. által javasolt Walton névjavaslatlal) semmilyen indoklással nem látta el. A névötlet tehát a kellő kidolgozottság, a kifejtés, a név és a termék közötti kapcsolat megindokolásának a hiánya miatt nem hordozott olyan

⁴⁹ BDT 2012. 135. („Pécs Lexikon”)

⁵⁰ BDT 2007. 192. („Semmi trükk!”)

⁵¹ BDT 2007. 192. („Semmi trükk!”)

⁵² K. 1937. dec. 7. — P. I. 3996/1937.

ismerettartalmat, olyan gondolatiságot, amely a termékre vonatkoztatott névötletet a szellemi alkotás rangjára emelhetné volna. Az uralkodó álláspont alapján a vállalat- és árujelzők, mint a kereskedelmi élet vagyoni értékkel bíró szóbeli megjelölései, így a védjegy is, nem azok új, innovatív, kreatív szellemi alkotási jellege miatt részesülnek védelemben. Az árujelzők, a védjegy jogi védelmének alapja is abban rejlik, hogy ezáltal a fogyasztók a jogosult áruit és szolgáltatásait meg tudják különböztetni más árujától és szolgáltatásától. *Elster* még próbálkozik a védjegyet szellemi alkotótevékenységre visszavezetni azzal az indokkal, hogy egy megfelelő árujegy megválasztása is alkotó-teremtő jelleggel bír,⁵³ bár ez nála az általa felállított *trialista* (személyi, dologi és versenyjogi mozzanat együttese) szellemi alkotási védelem igazolásából is fakadt. Az erre vonatkozó tevékenység szerződéses szolgáltatás tárgyaként értelmezhető a normatív szabály alapján.

A Legfelsőbb Bíróság álláspontjával ellentétben a szóbeli megjelölések, így a kereskedelmi névre vonatkozó ötlet sem tud közkinccsé válni, hiszen egy szóbeli megjelölés csak akkor részesül védelemben, ha megkülönböztető képességet szerez magának. Valamilyen lajstromba vétel hiányában ez a kereskedelmi névi minőség által igazolható. A perbeli esetben csupán kereskedelmi névre vonatkozó ötletéről volt szó, így az nem kvalifikálható kereskedelmi névként. Kiemelendő egyébként, hogy a szóbeli megjelölések esetén a közkinccsé válás helyett elsősorban fajtanévvé válás vagy megkülönböztető képesség egyébkénti elvesztése eredményezheti a védelem megszűnését.

Az osztrák legfelsőbb bíróság (OGH) ehhez hasonlóan nem ismeri el a névötletek önálló jogi védelmét, azt ugyanakkor lehetségesnek tartja, hogy a felek szerződéses viszonyukban névötlet felhasználásáról rendelkezzenek.⁵⁴ Az OGH szerint csak olyan ötleteket és megoldásokat lehet szerződéses kikötésben szerepeltetni, amelyek ténylegesen valami újat, a megbízó által addig nem ismertet tartalmaznak, ezáltal pedig a megbízott önálló szellemi teljesítményén alapulnak.⁵⁵

IV. Dologiasult eszmei érték és az ötlet

Az egyes jogalapok, az egyes ötlet védelméhez kapcsolódó életviszonyok és azok jogi értékelésének vizsgálata után az ötlet jogi védelmének kizártságát helyezzük el dogmatikailag, azt pozicionáljuk és értékeljük. Ennél fogva a szellemi alkotások alapvető feltételei kerülnek megvizsgálásra – a szellemi teljesítmény és a fizikai világban megjelenő, tárgyiasuló alkotás.

IV.1. A szellemi alkotás jellegadó sajátosságai

A szellemi alkotások alapvetően a személyi jog területére esnek annak ellenére, hogy a vagyoni viszonyok nagymértékben áthatják és jellemzik ezeket a viszonyokat. A szellemi alkotás alapvetően az ember alkotótevékenysége eredményeként jön létre, azaz az valamely ember társadalmilag, iparilag hasznosítható, újszerű gondolatát oltalmazza. Ez a megoldás, alkotás monopolizálható, amely által az azt létrehozó vagy hasznosító személy vagyona kerül gyarapításra. *Alexander Elster* három jellegadó fogalmi elemet emel ki: (1) szellemi jellegű alkotásról (*geistige Schöpfung*) legyen szó, (2) amely forgalomképes formában jelenik meg, és (3) ez a szellemi alkotás, függetlenül annak forgalomképes formájától alkalmas az ipari

⁵³Elster, Alexander: *Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht (Gewerblicher Rechtsschutz)*. Walter de Gruyter & Co, Berlin und Leipzig, 1928. 4. o.

⁵⁴OGH 14.07.2009, 4 Ob 9/09s

⁵⁵OGH 14.07.2009, 4 Ob 9/09s

versenyben való részvételre.⁵⁶

Egy másik felosztás szerint a szellemi alkotásokra vonatkozóan a jogi szabályozásnak három szakasza különböztethető meg:⁵⁷

Az alkotás létrehozása,

a létrejött alkotás jogi oltalmának kiépítése, tekintettel mind a magán-, mind a közérdekére, a létrejött és oltalmazott alkotások felhasználása és elterjesztése.

A szerzői jog és a szabadalom elhatárolásának a kiindulópontja az, hogy a szerzői jog esetén egy egyéni, eredeti külső és belső forma jellemzi az oltalmat, addig a szabadalom esetében az egy műszaki megoldásként jelentkezik.⁵⁸

A szellemi alkotások esetén, beszéljünk az irodalom, a tudomány, a művészet területére eső alkotásról, iparilag alkalmazható műszaki megoldásról vagy védjegyről mindenképpen szükséges egy, kizárólag az ember által felfogható mozzanat, amely által ezek az alkotások valamilyen módon hasznossá válnak, függetlenül e hasznosság pénzben kifejezhető voltától. Ez az alkotó pillanat teszi e jogokat és e jogterületet szellemi, eszmei, immateriális jellegűvé. Ennek a jogi elismerése és értékelése lesz *a személyi pillanat*. Minden újszerű gondolat az ember fejében fogan meg, gondolatában ölt testet, ennél fogva az a fizikai világban kezdettől fogva nem létezik. Mindaddig tehát, amíg ezt a gondolatot az ötletgazda valami formában a fizikai világban nem rögzíti, nem tárgyasítja, addig az értelemszerűen hasznosításra sem kerülhet.

Az eszmei javak védelme alapvetően tehát két mozzanat együtteséből áll össze, a személyi pillanatból, az alkotás pillanatából, illetve ennek az alkotásnak a külső, fizikai világban való megjelenítéséből, közvetítéséből. A fizikai világban való megjelenés, tárgyasulás egyben funkciót is ad a gondolatnak, az ötletnek, az alkotásnak. Védelmének alapja abban rejlik, hogy abban mások vagyoni vagy nem vagyoni előnyt, felhasználást látnak. A tárgyasult alkotás tekintetében megjelenik a kereslet. A védelem ugyanakkor elsődlegesen mindig az eszmei jellegre koncentrálna jelenik meg, ahogy *Törő Károly* fogalmaz: „a szellemi alkotások joga csak akkor tölti be feladatát kielégítően, ha elsősorban nem az embertől elidegenített művet [...], hanem magát az embert, az alkotót védi, az alkotó személyiségi értékeit, és nem az alkotótól teljesen elszakadt „dologiasult eszmei értéket” oltalmazza.”⁵⁹

Ebben a tekintetben az ún. vagyoni személyiségi jog hasonlóan viselkedik. Egy álláspont szerint a vagyoni értékkel bíró személyiségi jegyek, így a filmsztárok imidzse sem egy eredeti ötlet vagy munka eredménye, ezért nem is lehet szellemi tulajdon tárgya.⁶⁰ Egy másik álláspont alapján a szellemi alkotási kvalifikáció szempontjából a testetlen jogtárgy fogalomképessége, átruházhatósága a jellegadó.⁶¹ Ez az álláspont elismeri a személyiségi jog egyes vonatkozásainak általános szellemi tulajdonjoggá válását,⁶² illetve egy részálláspont a név szellemi tulajdoni kvalifikációját. *Klippel* ezt *Namensimmaterialeigentum* néven nevezi.⁶³ A német legfelsőbb bíróság az örökölhető, átruházható személyiségi jegyek esetén azok alanyi

⁵⁶ Elster: i.m. 6. o.

⁵⁷ Faludi Gábor – Gyertyánfy Péter – Vékás Gusztáv – Lontai Endre: Szerzői jog és Iparjogvédelem. ELTE Eötvös, Budapest, 2017. 40. o.

⁵⁸ Faludi Gábor – Gyertyánfy Péter – Tóth Péter: Bevezető rendelkezések. In Gyertyánfy Péter (szerk.): *Nagykommentár a szerzői jogi törvényhez*. Wolters Kluwer, Budapest, 2014. 84. o.

⁵⁹ Törő Károly: *Személyiségvédelem a polgári jogban*. KJK, Budapest, 1979. 570-571. o.

⁶⁰ Beverly-Smith, Huw – Ohly, Ansgar – Lucas-Schloetter, Agnès: *Privacy, Property and Personality*. Cambridge University Press, New York, 2005. 3-4. o.

⁶¹ Götting, Horst-Peter: *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*. Tübingen, Mohr, 1995. 107.; Klippel, Diethelm: *Der zivilrechtliche Schutz des Namens eine historische und dogmatische Untersuchung*. K.n. Paderborn, 1985. 152. o.

⁶² Götting, Horst-Peter: *Die Vererblichkeit der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts – ein Meilenstein in der Rechtsprechung des BGH*. NJW 2001, 585. o.

⁶³ Klippel: i.m. 421. o.

jogi jellegének dogmatikai jellegét nem vizsgálta,⁶⁴ hasonlóan az osztrák legfelsőbb bírósághoz.⁶⁵ Ehhez hasonlóan, illetve ez alapján a szellemi tulajdonjogi minőséget az ötlet tekintetében is az alkotás és a tárgyasulás tekintetében vizsgálhatjuk.

IV.2. Az alkotás létrehozása

Az ötletek elsősorban két csoportra oszthatóak: a szerzői joggal rokon, ahhoz kapcsolódó ötletekre, illetve az ezen túli, elsősorban műszaki jellegű megoldásokra. Csécsy György ezt az alkotófolyamatot, az abban rejlő kreatív tevékenységet, illetve az innováció összefonódását emeli ki: „az alkotó munka és az innováció tehát kölcsönhatásban állnak egymással, az iparjogvédelem pedig a maga sajátos eszközeivel beépül mind az alkotómunkába, mind az innovációs tevékenységbe, ezáltal jelentős mértékben elősegíti az alkotó tehetségek kibontakozását és a gazdasági munkát.”⁶⁶ A szerzői jellegű védelmi rendszerekben a szerzői mű jellemzője, hogy az egyrészt az emberi elme alkotása, másrészt pedig egyfajta újszerűséget és egyéniséget, kreativitást kell, hogy felmutasson.⁶⁷ A svájci legfelsőbb bírói fórum szerint azok az eredeti ötletek érik el a védelem szintjét, amelyek egyéni jellegű szellemi alkotótevékenység eredményének önállósult lenyomatai, egy gondolat tárgyasulásai, amelyek léte egyéni szellemi ötletet igényelt.⁶⁸ A német bírói gyakorlat a szerzői jogi törvény (UrhG) 2. § (2) bekezdése alapján a személyes szellemi alkotási jelleget vizsgálja (*persönliche geistige Schöpfung*). A kölni táblabíróság szerint ez alapján a szerzői jogi védelemhez az szükséges, hogy a műben megnyilvánuló személyi, szellemi alkotótevékenység egy ötleten nyugaladjon, az azonban, hogy a létrejött műben felismerhető ez az ötlet, még nem jelenti önmagában azt, hogy az ötlet maga is védett lenne.⁶⁹ A német legfelsőbb bíróság ezt egy 2011-es ügyben konkretizálta, és kimondta, hogy a szerzői jogi védelem akkor állhat fenn, ha az ötlet megjelenítésének jellege, formája személyes jellegű, az adott terület hétköznapi alkotótevékenységétől eltérő szellemi alkotásban nyilvánul meg.⁷⁰ Az ötlet azonban – noha kétséget kizáróan a szellemi tevékenység terméke – nem ölt olyan formát, nem éri el azt a kidolgozottsági fokot, hogy abban a szerző szellemi tevékenységének egyéni-eredeti jellege felismerhető módon tükröződhetne és így az Szjt. 1. §-ának (3) bekezdése értelmében szerzői jogi védelem alatt állhatna.⁷¹ *Az alanyi jog vizsgálata szempontjából a szellemi tevékenységre igénylő választ kell adnunk, ennek kidolgozottsága azonban nem jut el az egyéni, eredeti jelleg szintjére, így ezen tényállás elem vizsgálatán vérzik el a védelem.* Ugyan a szerzői jogi törvény azt mondja, hogy a védelem nem függ mennyiségi, minőségi, esztétikai jellemzőktől vagy az alkotás színvonalára vonatkozó értékítéllettől,⁷² itt azonban nem is ennek az egyéni, eredeti jellegnek a milyensége, hanem egyáltalán a fennállta a kérdéses.⁷³ Sok esetben úgy jön létre szerzői mű, hogy azt más mű inspirálja, az alkotó ahhoz hozzátesz, saját jogon alakítja egyéni eredeti jellegűvé. Ebben az

⁶⁴ NJW 2000, 2195 – Marlene Dietrich; NJW 2000, 2201 – der blaue Engel.

⁶⁵ OGH 17 Ob 2/10h – Maria Treben.

⁶⁶ Csécsy György: Az iparjogvédelem heterogenitása. Debreceni Jogi Műhely 2018/3-4.

⁶⁷ Lewinski, Silke von: International copyright law and policy. Oxford University Press, New York, 2008. 45. o. [3.32.]

⁶⁸ BGE 113 II 190.

⁶⁹ OLG Köln, Urteil vom 28.08.2009 - 6 U 225/08; BGH GRUR 1952, 51 – Zahlenlotto; BGH, Urteil vom 27.02.1981 - Az. I ZR 20/79 – Fragensammlung; BGH, Urteil vom 03.11.1999. Az. I ZR 55/97 – Werbefotos; BGH, Urteil vom 26.06.2003 – Az. I ZR 176/01 – Sendeformat.

⁷⁰ BGH, 01.06.2011 - I ZR 140/09.

⁷¹ SZJSZT 03/09. sz. szakvélemény a reklámötlet és kreatív koncepció szerzői jogi védelme tárgyában

⁷² 1999. évi LXXVI. törvény 1. § (3) bek.

⁷³ Más szempontból ezt a kérdéskört részletesen vizsgálja a német legfelsőbb bíróság: NJW 1975, 1882 – Geist von Oberzell.

esetben nem beszélhetünk szerzői jog bitorlásáról, sem átdolgozásról, sem megváltoztatásról.⁷⁴ Ebben a tekintetben az alkotás megindul, az ötlet mutathat fel vagy egyéni jelleget vagy eredeti jelleget, de a kettőt együtt sosem. Így a Szerzői Jogi Szakértő Testület álláspontja szerint a közismert, közzétett és a tervezők által felhasználásra kifejezetten ajánlott ötletek alapján megtervezett ruhák és ruhatervek nagyon szorosan vett értelemben és szűk terjedelemben élveznek csak szerzői jogi védelmet. Csak és kizárólag akkor sérülnek a szerző jogai, ha minden változtatás nélkül, „egy az egyben” másolja le valaki a tervet.⁷⁵

IV.3. Tárgyasulás

Az ötletnek, a szellemi alkotómunka eredményének a fizikai világban meg kell jelennie, tárgyasulnia kell. Valamennyi ötlet, legyen az szerzői műre irányuló, vagy műszaki megoldás mások számára is érzékelhetővé kell hogy váljon, kapcsolatba kell, hogy kerüljön a fizikai világ tárgyaival. Ez nem csupán a szellemi alkotásokra, hanem egyes személyiségi jogokra is jellemző sajátosság, amely azok későbbi forgalomképességének alapjául szolgál. Az, hogy a tárgyasult immateriális jog valóban részt vesz-e a kereskedelmi forgalomban, elsősorban a piaci viszonyokon, a keresleten múlik. A csupán jogsértés céljára létrehozott színpadi mű is tárgyasul.⁷⁶ A szellemi alkotások joga nem is magát a fizikai tárgyat, hanem az abban megtestesülő ötletet, szellemi alkotó tevékenységet oltalmazza, így a tárgyasult formának kizárólagos jelentőséget tulajdonítani nem lehet. A tárgyasulás nem az alkotási jelleghez, a szellemi tevékenységhez kapcsolódik, hanem az immateriális jogi jelleghez. Ez az oka, hogy objektíve nem zárt ki a személyiségi jegyek tárgyasulása, hiszen a személyiségi jogok is immateriális jogtárgyak, amelyek alapjellegükben a forgalomképességet, vagyoni minőséget nélkülözik. Ahogy *Fazekas* fogalmaz, „azt mutatják ezek a jelenségek, hogy a testi tárgyakba is belebújt az új idők szelleme és azt a dualizmust, amelyet eddig az ember magának vindikált, hogy t.i. testből és lélekből áll, most már a gazdasági javak váltják valóra: állván egy érzékelhető testből és valamely elvont szubsztanciából, amely a testi tárgyban – de kívülre is – létezik”.⁷⁷ *Balás Elemér* a tárgyasítást a szerzői művek tekintetében, mint közlésre alkalmasságot konkretizálja, és érti alatta azt, amikor „az alkotó szellemi világából kilép az alkotás, és alkalmassá válik arra, hogy mint alkotás gyakoroljon hatást arra, akinek számára hozzáférhető”.⁷⁸

IV.4. Csökevényes alkotási jelleg és dologi szemlélet

Görög Márta emeli ki, hogy az ötlet addig nem részesül jogi védelemben, amíg valamilyen szellemi alkotás formájában nem tárgyasul.⁷⁹ Valójában a tárgyasulás és a tényleges vagyoni hasznosítás különválik. A tárgyasulás önmagában nem eredményez védelmet.⁸⁰ A szellemi alkotások nagyobb része esetén a jogszerzést, az alanyi jog

⁷⁴ SZJSZT 41/2004. sz. állásfoglalás azonos ötlet megjelenése különböző alkotásokban tárgyában

⁷⁵ SZJSZT 7/2005. sz. szakvélemény ruhatervek szerzői jogi védelme, ötletek felhasználhatósága tárgyában

⁷⁶ NJW 1975, 1882 – Geist von Oberzell.

⁷⁷ *Fazekas*: i.m. 145-146. o.

⁷⁸ *Balás P. Elemér*: Törvényjavaslat a szerzői jogról. In Koltay András (szerk.): *Balás P. Elemér emlékkönyv*. Wolters Kluwer, Budapest, 2018. 728. o.

⁷⁹ *Görög Márta*: A tudás hatalma vs. a jog keretrendszere. *Debreceni Jogi Műhely* 2018/1-2. http://www.debrecenijogimuhely.hu/archivum/1_2_2018/a_tudas_hatalma_vs_a_jog_keretrendszere/ (2019.11.25.)

⁸⁰ A személyiségi jegyek tárgyasulása esetén a jogi védelem továbbra is személyiségi jogi, azaz eszmei

keletkezését előidéző jogi tény valamely állami nyilvántartásba vétel lesz. A szerzői jog esetén a szerzői mű annak megalkotásától kezdve védelemben részesül,⁸¹ ebből a szempontból viszont a tárgyiasulás csak egy a jogi tények közül, amely csupán függő jogi helyzetet eredményez.⁸²

Az ötlet éppen azért marad kívül a jogi védelem körén, azért lesz közkinccs, mert személytelen marad. Az alkotás ennél fogva ott kezdődik, és ott válik el a puszta ötlettől, mikor az alkotó a tartalmi meghatározottság alakítását az alkotó személyiségének intuícióján, egyéniségén keresztül valósítja meg, és így hoz létre újat. Az így létrejött szellemi alkotás pedig egyénien újszerű (eredeti), és közlésre alkalmas.⁸³ Az ötlet ugyan közlésre alkalmas lesz vagy lehet, tehát alapvetően tárgyiasítható, az egyéni és újszerű jelleget⁸⁴ absztrakciójánál és személytelenségénél fogva azonban nélkülözi. *Tobias Lettl* is azt emeli ki, hogy az ötlet szerzői jogi védelme a személyes szellemi alkotótevékenység hiánya miatt nem lehetséges.⁸⁵ *Az első lépés ez egyéni, eredeti, újszerű szellemi tevékenység, amely az ötletnél már csökevényesen, részlegesen jelentkezik, és ebben a formában lép át a fizikai világba, tárgyiasul. A jogi védelem kizártsága tehát már a tárgyiasulás előtt jelentkezik.* Ez különösen akkor szembevetendő, ha a szerzői jogi oltalommal szembeállítjuk, amelynek szemléltetésére az alábbi táblázat szolgál.

A szerzői mű és az ötlet tényálláselemeinek összehasonlítása

		SZERZŐI MŰ	ÖTLET
Személyi szemlélet	Szemleli alkotótevékenység	X	X
	Egyéni, eredeti jelleg	X	–
Dologi szemlélet	Tárgyiasulás (megalkotás, rögzítés)	X	X

(saját szerkesztés)

V. Az ötletek dologi dinamikája és erkölcsi védelme

V.1. A joggyakorlat megoldása és a dereguláció

Az ötlet védelmének jogi megítélése igen eklektikusan mutatkozott az utóbbi évek gyakorlatában. A probléma magán-jogbölcseleti oldalát kidomborítva a következőket mondhatjuk el: a jogalkotó az ötletek, elvek, elgondolások szerzői jogi védelmétől szándékosan tekintett el. A királyi Kúria ennek megfelelően orientálódott kizárólagosan. Az 1977-es Ptk. novella által hézagmentes oltalom ezt a rendszert felborította, hiszen a szerzői jog explicit kizártsága okán nagyobb reménnyel biztosíthatott pernyertességet. *Lex posterior* jellege ellenére azonban a hézagmentes oltalomból sem következik a jogi védelem szükségessége, még csupán részben sem. Azonos életviszonyok jogi értékelése szempontjából több relevánsnak tűnő igény alkalmazása egyrészt jogértelmezés kérdése, másrészt az igényütközések feloldásán alapul. Ebben a tekintetben a jogalkalmazó az életviszony jogi

védelemre irányul, vagyoni személyiségi joggá ez akkor alakul át, ha a személyiségi jegy vagyoni érdekkörben (kereskedelmi, reklámcéllú) felhasználásra kerül.

⁸¹ Lewinski: i.m. 43. o. [3.25.]

⁸² BDT 2012. 135. („Pécs Lexikon”); BH 2005. 209. („Walton”)

⁸³ Balás P. Elemér: Szerzői jog és dologi dinamizmus. In Emlékkönyv Szladits Károly tanári működésének 30. évfordulójára. Grill, Budapest, 1938. 10. o.

⁸⁴ Balás 2018: 728. o.

⁸⁵ Lettl, Tobias: Urheberrecht. CH Beck, München, 2008. 43. o.

értékelését helytelenül végezte el. *A hézagmentes oltalom célja sosem volt az, hogy ötleteket védjen, a joggyakorlat mégsem ezen a szinten szakította meg a jogi értékelést, hanem a hézagmentes oltalom tényálláselemeinek valamelyikénél, és mint látható volt, azt is esetlegesen. A jogalkalmazónak ugyanis teleologikusan redukálnia kellett volna a hézagmentes oltalom szabályát, a 1959. évi IV. törvény 86. § (3) bekezdését, hasonlóan például ahhoz, amikor a bírói gyakorlat az általános kártérítés szabályát alkalmazva ítélte meg nem vagyoni kárigényeket.*⁸⁶

Ezt követte végezetül a jogalkotónak azon lépése, hogy a hézagmentes oltalmat megszüntette. Nem a megszüntetés helyességét, vagy helytelenségét kívánjuk vitatni, csupán arra rámutatni, hogy *egy alapvetően jogalkalmazásban, jogértelmezési szemléletváltásban célzott változást jogalkotói beavatkozással nem lehet megoldani, csupán az objektív jogi értékelést lehet korrigálni.* A jogi értékelés helytelenségét és az alanyi jog érvényesítésének más okból történő kizártságát elsősorban a joggyakorlatnak kellett volna felismernie. Ez szintén hasonlatos ahhoz, ahogy a bírói gyakorlat nem tudta helyén kezelni az analogikus nem vagyoni kárt és ezért sérelemként kodifikálta azt újra a jogalkotó.⁸⁷ *Az ilyen jogalkotói lépések egyrészt a legvégső jogi értékelésben a jogos-jogtalan értékdualban (az értékelés legvégső pontjában) jelennek meg, de azokat a defektusokat, amelyek a jogalkalmazás részéről jelentkeznek, nem tudja feloldani.* Ezt igazából hátráltatja is, hiszen nem hagyja a jogalkalmazást organikusan fejlődni. Ez a jelenség egyike azon tartóoszlopnak, amely a magyar jog rétegeinek egymáshoz való viszonyát meghatározza, és torzítja is el egyben. Mind az ötlet jogi védelme, mind az alapjául szolgáló jogalap erre hivatkozással való megszüntetése helytelen jogi lépés volt *ilyen szempontból.*

V.2. A dinamikus dologi szemlélet abszolút jellege

Kérdésként jelentkezik ugyanakkor, hogy ha valamely szellemi alkotás formájában védelemben nem részesülő gondolatok, ötletek önálló jogi védelmet nem érdemelnek, akkor tulajdonképpen ezek a teljesítmények, esetleges várományi helyzetek teljesen jogi védelem nélkül maradnak-e. A válasz természetesen: nem. A jogi értékelésben rejlő problémák alapját az képezi, hogy a fenti életviszonyokban megjelenő alkotó munkát, szellemi tevékenységet, az ötlet megszületését, a személyi pillanatot, emelték ki a kereseti kérelemben a felperesek. Ez a személyi eszme több formában jelenik meg a kereseti kérelemben: „ötlet szerzősége”, „ők találták ki a lexikont”. Ez végső soron a Ptk. alanyi jogi, jogalapi rendszerének helytelen értékeléséből fakad. A bíróságok, mivel a kereseti kérelemhez, a felek rendelkezéséhez kötve vannak, ez alapján kellett jogot, illetve igazságot szolgáltatniuk. Ugyan szerzői jogi védelem hiányában lehetséges lenne a szomszédos jogi védelem, hiszen az nem a szellemi alkotótevékenység, nem az egyéni eredeti jelleg oldaláról nyújt védelmet, hanem elsősorban a befektetett idő és energia oldaláról, azonban ekkor továbbra is kérdéses, mely ötletek milyen feltételekkel lehetnének ilyen értelemben védhetőek. Az ötleteken belüli ilyen szűkítés, absztrakciós szint nem látszik kirajzolódni.

A szellemi alkotótevékenység kiemelése helytelen perléshez vezetett, a jogrendszer ugyanis a nem külön jogintézmény formájában megjelenő ötleteket alapvetően nem veti a személyi szemlélet alá, hanem „dolog” módjára kezeli. Nem beszélhetünk tehát „a reklámötletrehoz fűződő valamennyi vagyoni természetű jogról”, sem az ötletgazda neve feltüntetéséhez való jogáról.⁸⁸ A dologi szemlélet az igények teljesen más köréhez vezet el

⁸⁶ Görög Márta: A kegyeleti jog és a nem vagyoni kártérítés. Pólay Elemér alapítvány, Szeged, 2008. 104-105. o.

⁸⁷ Hasonló állásponton Petrik Ferenc: A nem vagyoni kár megtérítése védelmében. Polgári Jogi Kodifikáció 2003/1.

⁸⁸ BDT 2012. 135.

minket: a dologi és kötelmi igényekhez. Az látható volt a feldolgozott esetekből, hogy az ötlet létrehozatala, felhasználása valamilyen szerződéses konstrukcióban valósult meg az ötletgazda és az esetleges jogsértő (alperes) között. Ez jellemzőbben jelent egy vállalkozási, megbízási jellegű vegyes konstrukciót, amely felhasználási szerződéssel is vegyülhet, egy esetben azonban konzorcium, így polgári jogi társaság keretében került sor az ötlettel való visszaélésre. Ebben a tekintetben tehát az ötlet, mint szolgáltatás kerülhet jogilag értékelésre.

Az esetleges jogsértő magatartások, az ötlet ötletgazda nélküli későbbi megvalósítása, az ötlet megrendelő általi túlgondolása, a félkész, hibás ötlet felhasználása is kötelmi oldalról bírnak relevanciával. Egy hagyományos szerződési konstrukcióban a szolgáltatás elfogadása, a hibás teljesítés lehet releváns. Az ötlet tehát külön jogi védelem hiányában, mint szerződéses szolgáltatás értékelhető.

Egyébiránt a jogellenes, erkölcsileg helyteleníthető magatartások esetén kártérítés vehető igénybe, különösen ilyen a Ptk. új, a tájékoztatási és együttműködési kötelezettség megsértéséhez kapcsolódó 6:62. § (3) és (5) bekezdés alapján kérheti a kára megtérítését, ennek hiányában pedig a külön nem kodifikált *culpa in contrahendo* eseteiben a Ptk. 6:587. § szerinti utaló magatartásra hivatkozással. Ezekben az esetekben olyan életviszonyokról van szó, ahol a felek közötti kapcsolat, relatív viszony megalapozhat egyfajta védelmet, ez azonban sosem eredményez ötleten fennálló abszolút, mindenkivel szemben érvényesíthető jogot.

Ez a dologi szemlélet a külön védelem alatt nem álló ötletek személyi szemlélet alá helyezését egy vonatkozásban engedi meg, ez pedig a nem vagyoni érdekek kompenzálása: a sérelemdíj fizetésére irányuló igény. Annak ellenére, hogy az ötletek, mint szolgáltatások jelennek meg, a jogsértő különböző magatartása a szerződés teljesítésén túli, erkölcsi jellegű sérelmeket is okozhat az ötletgazdának. Ilyen sérelem lehet az, ha arra a szerződés aláírásával a felek arra kötelezik magukat egymás közötti viszonyukban, hogy a szerződés keretein kívül, az ötletgazda kihagyásával nem valósítják meg az ő érdekkörébe tartozó ötletet.⁸⁹ Hasonlóan erkölcsi sérelem az, ha az ötletgazda helyett végül más tüntetnek fel ötletgazdaként.⁹⁰ Ez az esetkör a sérelemdíj iránti igény mellett a jogsértés megszüntetésére vonatkozó igényt is kiválthat, hiszen a névjog teleologikus értelmezéséből adódóan valamennyi esetben felhívható analogikusan, ha az összetéveszthetőség lehetősége fennáll. Különösen kidomborodik a nem vagyoni sérelem akkor, ha a még félkész, hibás ötletet használják fel, amely alkalmas az ötletgazda szakmai előmenetelének hátrányos megítélésének kiváltására.⁹¹

Az ötlet tehát önmagában nem, mint az „ész szüleménye”, mint szellemi teljesítmény kerül értékelésre, hanem mint tárgy, kizárólag a tárgyasulás pillanata utáni állapotában. Ez különbözteti meg a nevesített szellemi alkotásoktól, és ezért kezelendő a dologi dinamika alapján mint szolgáltatás. A személyi eszme kizárólag a nem vagyoni érdekek megsértése oldaláról szüremelhet be a jogi értékelésbe. Nem csak a szellemi alkotási védelem elmaradása, hanem az ötlet kidolgozásának szerződéses szolgáltatásra való szorítása is tudatos jogalkotói döntésen alapul.

⁸⁹ uo.

⁹⁰ uo.

⁹¹ BDT 2006. 23.

A vállalkozáshoz való jog alkotmányos tartalma az Alkotmánybíróság gyakorlata alapján.

*Történeti áttekintés a vállalkozáshoz való jog alkotmánybíróági értelmezéséről az Alkotmány hatálya alatt*²

A vállalkozáshoz való jogot az 1989. évi XXXI. törvény, vagyis az úgynevezett jogállami alkotmánynovella iktatta be a magyar Alkotmányba (annak 9. §-ába), ezáltal a tételes jogba,³ mely módosítás 1989. október 23-án lépett hatályba. Az Alkotmány 9. §-ának ezt megelőző (államszocialista) szövegváltozata még úgy szólt, hogy „[a]z állami vállalatok és gazdálkodó szervek a társadalom általános érdekeinek szolgálatában, a törvényben meghatározott módon és felelősséggel önállóan gazdálkodnak a rájuk bízott vagyonnal” – azaz vállalkozásról, vállalkozáshoz való jogról, illetve (a 12. § által elismert szűk körű kivételtől eltekintve) egyáltalán gazdasági magánszféráról és az ennek feltételét jelentő piactudományról (az államszocialista rendszerből következő tervgazdálkodásos-tervutasításos, a gazdaságot állami szabályozással vezetni gondolt ideológiának megfelelően) még nem volt szó.⁴ Az 1989. október 23-tól hatályos változat ebben (is) alapvető változást hozott: a 9. §-t két bekezdésre osztották, és míg az (1) bekezdésben az Alkotmány immáron úgy rendelkezett, hogy „Magyarország gazdasága a tervezés előnyeit is felhasználó piactudomány, amelyben a köztulajdon és a magántulajdon egyenjogú és egyenlő védelemben részesül”, addig a (2) bekezdés már azt is kimondta, hogy „[a] Magyar Köztársaság a versenysemlegesség elve alapján elismeri és támogatja a vállalkozás jogát és a verseny szabadságát, amelyet csak alkotmányerejű törvény korlátozhat”.

Az alkotmány- és politikatörténetből jól ismert MDF–SZDSZ-megállapodás („Antall–Tölgyessy-paktum”) eredményeképpen az első szabad országgyűlési választásokat követő közjogi finomhangolás a 9. §-t is érintette: amellett, hogy az „alkotmányerejű törvény” jogintézményét megszüntették, a demokratikus jogállami keretben megvalósult piactudomány gyorsan anakronisztikussá tette az 1989 őszén még előre mutatónak tűnő alkotmányszöveget, és a szocializmus maradványait is igyekezett felszámolni.⁵ Így az 1990. évi XL. törvény (a második jogállami alkotmánynovella), annak is a 4. §-a 1990. június 25-ével úgy módosította a 9. §-t, miszerint „Magyarország gazdasága olyan piactudomány, amelyben a köztulajdon és a

¹ Habilitált egyetemi docens; Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Jogtörténeti, Jogelméleti és Egyházjogi Tanszék. (E-mail: toth.zoltan@kre.hu)

² *Jelen tanulmány egy háromrészes, a vállalkozáshoz való jog magyarországi alkotmányos gyakorlatáról szóló tanulmányorozat első, bevezető része.*

³ 1989. évi XXXI. törvény, 2. §.

⁴ A 12. § az ún. maszekokról rendelkezett: „Az állam elismeri a kisárutermelők társadalmilag hasznos gazdasági tevékenységét. A magántulajdon és magánkezdeményezés azonban nem sértheti a köz érdekeit.” Emellett az államszocialista Alkotmány még a szövetkezeteket is szabályozta, a következőképpen: „10. § (1) A szövetkezetek a szocialista társadalmi rend részei; a szocialista állam társadalmi és gazdasági céljaival összhangban szolgálják tagságuk érdekeit. (2) Az állam támogatja a dolgozók önkéntes társuláson alapuló szövetkezeti mozgalmát, a szocialista szövetkezeti tulajdon fejlesztését, biztosítja a szövetkezetek önállóságát, a szocialista szövetkezeti elvek érvényesítése érdekében felügyeletet gyakorol tevékenységük fölött. (3) A Magyar Népköztársaság különös gondot fordít a parasztság mezőgazdasági termelőszövetkezeteire. Védi és fejleszti a föld szövetkezeti-szocialista tulajdonát.”

⁵ Megjegyzendő, hogy ez minden erőfeszítés ellenére sem sikerült tökéletesen: így az Alkotmányban (egészen az Alaptörvény hatálya lépéséig) – felváltva azt a korábbi (1989. október 23. előtti) rendelkezést, miszerint az Országgyűlés meghatározza a népgazdasági tervet – benne maradt az a szabályozás, hogy „az Országgyűlés ... meghatározza az ország társadalmi-gazdasági tervét” [19. § (3) bekezdés c) pont].

magántulajdon egyenjogú és egyenlő védelemben részesül” [9. § (1) bekezdés], illetve „[a] Magyar Köztársaság elismeri és támogatja a vállalkozás jogát és a gazdasági verseny szabadságát” [9. § (2) bekezdés]. Ezt egészítette ki az 1989. évi XXXI. törvény 34. §-ával megállapított alkotmányszöveg, mely az Alkotmány új 70/B. § (1) bekezdéseként úgy rendelkezett, hogy „[a] Magyar Köztársaságban mindenkinek joga van a munkához, a munka és a foglalkozás szabad megválasztásához”. Ezek a szövegek azután az Alkotmány hatálya alatt nem is változtak többet; azok alkotmányos értelmének kibontása és értelmezése az Alkotmánybíróság feladata lett.

Az Alkotmánybíróság 1990 és 2011 között elsősorban utólagos absztrakt normakontroll hatáskörében eljárva, fokozatosan kikristályosodó alkotmányos gyakorlatát is felhasználva, esetről esetre fejlesztette a vállalkozáshoz való jog (avagy a vállalkozás szabadsága) alkotmányos tartalmát.

Legfontosabb, a későbbiekben számos más határozatban visszahivatkozott döntésében azt mondta ki, hogy a vállalkozáshoz való jog alkotmányos alapjog (tehát nemcsak alkotmányos elv vagy államcél), mely ez alapján tehát más alkotmányos alapjogokhoz hasonlóan, az alapjogok korlátozására általánosan irányadó ún. szükségességi-arányossági teszt alapján⁶ korlátozható.⁷ Ezzel kapcsolatos alapdöntése a 34/1993. (X. 13.) AB határozat volt, mely szerint a vállalkozás joga az akkori Alkotmány 70/B. § (1) bekezdésében

⁶ Vö.: 21/1994. (IV. 16.) AB határozat, ABH 1994, 117, 122. Továbbá ezzel kapcsolatos megállapításokat a 13/1995. (V. 1.) AB határozat is tartalmazott: „A jogalkotót (...) megilleti az alkotmányos alapjogok bizonyos határok között (megfelelő jogforrási szinten: törvénnyel, és az alapvető jog lényeges tartalmának tiszteletben tartásával) történő korlátozásának joga is.” [13/1995. (V. 1.) AB határozat, ABH 1995, 77, 79.]

⁷ Az ún. szükségességi-arányossági tesztet az Alkotmánybíróság a 30/1992. (V. 26.) Abh.-ban fogalmazta meg, ennek értelmében: „Az állam akkor nyúlhat az alapjog korlátozásának eszközehez, ha másik alapvető jog és szabadság védelme vagy érvényesülése, illetve egyéb alkotmányos érték védelme más módon nem érhető el. Az alapjog korlátozásának alkotmányosságához tehát önmagában nem elegendő, hogy az másik alapjog vagy szabadság védelme vagy egyéb alkotmányos cél érdekében történik, hanem szükséges, hogy megfeleljen az arányosság követelményeinek: az elérni kívánt cél fontossága és az ennek érdekében okozott alapjogsérelem súlya megfelelő arányban legyen egymással. A törvényhozó a korlátozás során köteles az adott cél elérésére alkalmas legenyhébb eszközt alkalmazni. Alkotmányellenes a jog tartalmának korlátozása, ha az kényszerítő ok nélkül, önkényesen történik, vagy ha a korlátozás súlya az elérni kívánt célhoz képest aránytalan.” [30/1992. (V. 26.) AB határozat, ABH 1992, 167, 171.] E teszt egészen az Alaptörvény hatályba lépéséig csak az Alkotmánybíróság mindenkire kötelező (*erga omnes* hatályú) értelmezéseként működött, alkotmányi szintű megfogalmazása nem volt. Azt végül csak az Alaptörvény emelte a tételes (alkotmány)jog szintjére, amikor is az I. cikk (3) bekezdésében – lényegében a korábbi gyakorlatot elismerve – a következőképpen rendelkezett: „Az alapvető jogokra és kötelezettségekre vonatkozó szabályokat törvény állapítja meg. Alapvető jog más alapvető jog érvényesülése vagy valamely alkotmányos érték védelme érdekében, a feltétlenül szükséges mértékben, az elérni kívánt céllal arányosan, az alapvető jog lényeges tartalmának tiszteletben tartásával korlátozható.” Ez alapján bármely (nem abszolút) alapvető jog, így a vállalkozáshoz való jog korlátozásának is négy feltétele van: 1) Legyen egy alkotmányos cél (más alapvető jog érvényesülése vagy valamely alkotmányos érték /például közrend, nemzetbiztonság, közegészség/ védelme), amely indokolja az adott jog korlátozását (*legitimitás*). 2) Az adott alapjog korlátozása alkalmas legyen e legitim cél elérésére, vagyis feltétel, hogy az adott alapjog korlátozásával egyáltalán lehetséges legyen a másik alapvető jog érvényesülését vagy egy alkotmányos érték védelmét biztosítani, elősegíteni (*alkalmasság*). 3) E más alapvető jog vagy alkotmányos érték megóvása más módon ne, csak egy alapjog korlátozásával, illetve éppen ezen alapjog (és ne egy kevésbé fontos alapjog) korlátozásával legyen lehetséges, vagyis az alapjogok vagy alkotmányos célok ütközése (az adott alapjog korlátozása egy legitim cél érdekében) elkerülhetetlen legyen (*szükségesség*). 4) Az alapjog-korlátozásra az előző feltételek fennállása esetén is csak akkor kerülhet sor, ha az adott alapjog korlátozása kisebb alapjogi sérelemmel jár, mint amekkora az az előny, amelyet a másik alapvető jog vagy alkotmányos érték érvényesítése biztosítani képes, tehát egy alapjog korlátozásának megengedtségéhez elengedhetetlen, hogy az az által elért előny meghaladja a korlátozással okozott vagy okozandó hátrányokat (*arányosság*). Az Alaptörvény ezek mellett kiemeli még az alapvető jog lényeges tartalma tiszteletben tartásának követelményét, ez azonban valójában része az arányosságnak, mert egy alapjog lényeges tartalmának korlátozása bármilyen összetételben aránytalan, hiszen ez esetben az adott (lényeges tartalmában is korlátozott) alapjog gyakorlatilag kiüresedne, funkciótlanná válna. Végül az alapjog-korlátozás *formai* követelménye, hogy az csak törvényben lehetséges, alsóbb szintű jogforrásban (kormányrendeletben, miniszteri rendeletben stb.) nem.

szabályozott „foglalkozás szabad megválasztásához való alkotmányos alapjog” egyik aspektusa, mégpedig annak egyik, a különös szintjén történő megfogalmazása (miközben azok között nincs hierarchikus viszony).⁸ A vállalkozás így egy speciális feltételekkel megvalósuló foglalkozás, a vállalkozási tevékenység pedig olyan „munka”, amelyet az állam a munka szabad megválasztásához való jog részaspektusaként, nevesített részjogaként szubjektív alapjogi védelemben részesít, az azzal járó minden járulékos alkotmányos jogosultsággal együtt – annyi különbséggel, hogy míg a munka és foglalkozás szabad megválasztásához való jog a természetes személyeket illeti meg, addig a vállalkozáshoz való jog a jogi személyeket és más nem természetes személy jogalanyokat is.⁹

A vállalkozás joga az Alkotmánybíróság értelmezésében összességében azt jelenti, hogy „bárkinek Alkotmány biztosította joga a vállalkozás, azaz üzleti tevékenység kifejtése”.¹⁰ A vállalkozás joga ennek alapján pusztán „egy bizonyos, a vállalkozások számára az állam által teremtett közgazdasági feltételrendszerbe való belépés lehetőségének biztosítását, más szóval a vállalkozóvá válás lehetőségének – esetenként szakmai szempontok által motivált feltételekhez kötött, korlátozott – biztosítását jelenti. A vállalkozás joga tehát nem abszolutizálható, és nem korlátozhatatlan: *senkinek sincs alanyi joga meghatározott foglalkozással kapcsolatos vállalkozás, sem pedig ennek adott vállalkozási jogi formában való gyakorlásához. A vállalkozás joga annyit jelent – de annyit alkotmányos követelményként feltétlenül –, hogy az állam ne akadályozza meg, ne tegye lehetetlenné a vállalkozóvá válást.*”¹¹

Az 1105/B/1993. AB határozat értelmében „[a]z Alkotmány 9. § (2) bekezdésében meghatározott vállalkozás joga alapjognak minősül. (...) A vállalkozás jogának alapjogi minőségéből (...) az következik, hogy az csak akkor és olyan mértékben korlátozható, amennyiben a korlátozás végső eszközének fennállnak az alkotmányos indokai. Az Alkotmánybíróság számos határozatában követett eddigi gyakorlata szerint a korlátozás akkor nem alkotmányellenes, ha az az elérni kívánt alkotmányos cél szempontjából elkerülhetetlen és arányos mértékű...”¹²

Mindez azt jelenti (és ezt számos későbbi alkotmánybírósági határozat is megerősíti), hogy az Alkotmánybíróság nem tartja alkotmányellenesnek (a vállalkozási szabadságot sértőnek) azt, ha valaki egy konkrét tevékenységet, egy meghatározott típusú vállalkozást nem tud elindítani vagy folytatni – akár azért, mert az ahhoz szükséges, a jogszabály által előírt feltételeknek nem felel meg, akár azért, mert államilag (vagy önkormányzatilag) limitálva van az adott tevékenység folytatására jogosult (bár a normatív feltételeket teljesítő) személyek száma¹³ (feltéve természetesen, ha a korlátozás valamely alkotmányos jog vagy érték védelme érdekében feltétlenül szükséges, és a korlátozás az elérni kívánt célhoz képest arányos). Lényegében a vállalkozáshoz való jog (a munka és a foglalkozás „szabad” megválasztásához való joghoz magához hasonlóan) azt a lehetőséget garantálja, hogy bárki vállalkozóvá válhat (ezt az állam – a jog szubjektív oldalából fakadóan – nem tiltja meg, illetve e jog mások által

⁸ Ennek értelmében a vállalkozáshoz való jog kiemelése – a munkához való joghoz képest – „csupán ismétlés vagy részletező rendelkezés”. [21/1994. (IV. 16.) AB határozat, ABH 1994, 117, 121.]

⁹ „Az Alkotmány 70/B. § (1) bekezdésébe foglalt alapjogba, mely lényegéből fakadóan csak természetes személyeket illet meg, bármely munka, hivatás, foglalkozás megválasztásának és gyakorlásának szabadsága beletartozik. Ehhez képest a vállalkozáshoz való jog a foglalkozás szabad megválasztásához való jog egyik aspektusa, annak a különös szintjén történő megfogalmazása (...), amely bárkinek (tehát nemcsak természetes személyeknek) biztosítja a vállalkozási, üzleti tevékenység kifejtését.” [327/B/1992. AB határozat, ABH 1995, 604, 609.]

¹⁰ 34/1993. (X. 13.) AB határozat, ABH 1993, 340, 341.

¹¹ 34/1993. (X. 13.) AB határozat, 340, 341-342. (Kiemelés tőlem – T.J.Z.)

¹² 1105/B/1993. AB határozat, ABH 1994, 637, 639-640. (Kiemelés tőlem – T.J.Z.)

¹³ Ez utóbbi (objektív, a vállalkozó akaratától független, „külső”) korlátot ugyanakkor – az előbbi (szubjektív) korlátozási lehetőségekhez képest (ahogyan arról a későbbiekben szó lesz) szigorúbb (mégpedig „a legszigorúbb”) vizsgálatnak kell alávetni.

megsértését szankcionálja), továbbá (a jog objektív, intézményvédelmi oldalából következően)¹⁴ olyan feltételrendszert teremt, amelyben a vállalkozás alanyi alapjoga érvényesülhet.¹⁵

A vállalkozáshoz való jog konkrét tartalmát és a korlátozás szükségességének és arányosságának mércéit az Alkotmánybíróság elviekben a 21/1994. (IV. 16.) AB határozatban, az ún. „*taxishatározatban*”, továbbá – részben – az 1105/B/1993. AB határozatban fogalmazta meg. Az előbbi szerint a vállalkozáshoz való jogot [illetve emellett a munkához és foglalkozáshoz (azok megválasztásához és gyakorlásához) való jogot] az veszélyezteti a leginkább, „ha az ember az illető tevékenységtől el van zárva, azt nem választhatja. (...) Az Alkotmánybíróság már korábban feltétlen alkotmányos követelménynek minősítette, hogy az állam ne tegye lehetetlenné a vállalkozóvá válást.”¹⁶ Az utóbbi határozat értelmében pedig: „A vállalkozás alapjogát érintő állami korlátozások alkotmányossága eltérő mérték alapján minősül aszerint, hogy az állam a vállalkozás gyakorlását, vagy annak szabad megválasztását korlátozza-e. A vállalkozáshoz való jogot az veszélyezteti legsúlyosabban, ha az állam a vállalkozót valamely vállalkozói tevékenység folytatásából teljesen kizárja és ezáltal a vállalkozó azt nem választhatja.”¹⁷ Az olyan limit alkotmányosságát (főként annak szükségességét és elkerülhetetlenségét), mely egyes foglalkozások gyakorlását *tárgyi* (objektív) ismérvek alapján korlátozza (vagyis amely a létszám betelte esetén minden konkrét személyi tulajdonságtól függetlenül lehetetlenné teszi az adott foglalkozás választását), az Alkotmánybíróság szerint „a legszigorúbban kell vizsgálni”.¹⁸ Ehhez képest már nagyobb az alkotmányos mozgásteret a jogalkotónak akkor, ha *szubjektív* feltételeket ír elő a vállalkozás választásához vagy gyakorlásához. Bár az Alkotmánybíróság értelmezésében elvileg ez is a választási szabadság limitálását jelenti, ám e feltételek teljesítése már elvileg mindenki számára nyitva áll (ha mégsem, akkor a korlát nem szubjektív, hanem objektív).¹⁹ Végül, ha a foglalkozás gyakorlásának korlátai *sakmailag és célszerűségi szempontokból indokoltak*, úgy alapjogi problémát legfeljebb határesetekben okoznak.²⁰

¹⁴ „A versenyszabadság állami elismerése és támogatása megköveteli a vállalkozáshoz való jog és a piacgazdasághoz szükséges többi alapjog objektív, intézményvédelmi oldalának kiépítését. Elsősorban ezeknek az alapjogoknak az érvényesítése és védelme által valósul meg a szabad verseny, amelynek – a piacgazdasághoz hasonlóan – külön alkotmányossági mércéje nincs.” (818/B/1997. AB határozat, ABH 1998, 759, 761.)

¹⁵ Az alapjogok *szubjektív oldala* azt jelenti, hogy az adott alkotmányos jogra *alanyi jogként* lehet hivatkozni, vagyis bármely egyén, akit az adott alapjog megillet, az adott alkotmányos jog alapján *személyes* jogvédelmet kaphat, ha valaki az ő alapjogát megsértette. A szubjektív oldalból, vagyis az alkotmányos jog alanyi jogi jellegéből kétféle állami kötelezettség keletkezik: egy negatív (tartózkodási) és egy pozitív (tevéleges) kötelezettség. A *negatív kötelezettség* azt jelenti, hogy az állam az alanyi alapjogok megsértésétől fő szabályként köteles *tartózkodni*: az állam az alanyi joggal biztosított személyes szférába nem avatkozhat be (kivéve, ha a beavatkozásnak alkotmányos indoka van). A *pozitív kötelezettség* ezzel szemben azt jelenti, hogy az állam nemcsak tartózkodni köteles attól, hogy maga megsértse ezeket az alkotmányos alanyi jogokat, hanem azt is köteles *tevélegesen* biztosítani, hogy az egyének ilyen szabadságjogait más vagy mások se sértsék meg. Azaz köteles tiltani az ilyen, szabadság-szférába való mások általi beavatkozást, és köteles olyan eljárási rendszert működtetni, amely szankcionálni és ezáltal a jövőben megakadályozni képes azt, hogy mások az egyéni szabadságot korlátozzák. Az alapjogok *objektív oldala* ezzel szemben azt jelenti, hogy az állam kötelezettségei nem merülnek ki az egyéni jogvédelem (az alanyi jogi oldal) biztosításában, hanem az köteles olyan intézményrendszert fenntartani, amely az adott alapjog alapjául szolgáló értéket önmagában, vagyis az egyéni jogsérelmekről függetlenül is védi, és köteles olyan feltételeket teremteni, amelyek között ez az érték (az államtól immáron teljesen függetlenül is) biztosítható és támogatható (ez az állam ún. *intézményvédelmi kötelezettsége*).

¹⁶ 21/1994. (IV. 16.) AB határozat, ABH 1994, 117, 121.

¹⁷ 1105/B/1993. AB határozat, ABH 1994, 637, 640.

¹⁸ 21/1994. (IV. 16.) AB határozat, ABH 1994, 117, 121. A tárgyi korlátok megítélésénél továbbá arra is figyelemmel kell lenni, hogy mivel itt alapjog teljes elvonásáról van szó, ez az eszköz nem alkalmazható versenyszabályozásra. (Vö.: uo.)

¹⁹ Vö.: 21/1994. (IV. 16.) AB határozat, ABH 1994, 117, 121.

²⁰ 21/1994. (IV. 16.) AB határozat, ABH 1994, 117, 121.

A határozat meghozatalának indokául szolgáló konkrét esetben így az Alkotmánybíróság nem találta alkotmányellenesnek azt a törvényi rendelkezést, mely a taxis által esetleg okozandó károk fedezésére észszerű mértékű, nem aránytalan összegű (100 000 Ft-os) kaució biztosítását írta elő a személyfuvarozást végezni kívánó vállalkozók számára, sem azt, amely a taxik fokozott műszaki biztonságát garantáló feltételeket (és e feltételek teljesítéseként azok hatósági igazolását) rendelte el – ezek ugyanis fogyasztóvédelmi okokból indokolt korlátozásnak tekinthetők. A vállalkozás folytatásának feltételeként valamely vizsga megkövetelése szintén ilyen (alkotmányos) korlátozásnak minősül – hacsak nem indokolatlanul szigorú, amellyel reális alap nélkül zárna ki a szolgáltatás nyújtásából személyeket (jelen esetben erről nem volt szó). (Egy későbbi határozatban a hatósági ármegállapítást sem találta az Alkotmánybíróság alkotmányellenesnek, feltéve ha az nem diszkriminatív, vagyis a taxiengedélyesek mindegyikére azonos módon vonatkozik.)²¹ Alkotmányellenesnek találta azonban az Alkotmánybíróság a taxik számának településenkénti maximalizálását (illetve az erre az önkormányzatok számára adott rendeletalkotási felhatalmazást), mivel „az Alkotmánybíróság nem talált olyan alkotmányos jogot vagy érdeket, amely a foglalkozás megválasztásához való jog objektív korlátozását a taxis ipar tekintetében szükségszerűvé és arányossá tette volna”²² (bizonyosan nem ilyen a jogalkotó által a szabályozás meghozatalának indokául szolgáló azon érv, miszerint egyre több a taxis, és ezzel párhuzamosan egyre inkább csökken a szolgáltatási színvonal, nőnek a viteldíjak, vagy maradnak el a vállalkozók az adók befizetésével). *Alkotmányellenes* tehát a *vállalkozási jog korlátozása numerus clausus-szal*, mert azt alkotmányosan nem lehet a szolgáltatás színvonalának emelésére, az adóbehajtás pótlására vagy éppen a taxipiac anomáliáinak megoldására használni.²³

További konkrét jogszabályok alkotmányosságáról is állást foglalt a vállalkozáshoz való jog vonatkozásában az Alkotmánybíróság; így – története első két évtizedében – kimondta például, hogy a társas vállalkozások által fizetendő társadalombiztosítási járulék (valamint az ezzel kapcsolatos, másod- vagy harmadállásra vonatkozó tb-szabályok léte) nem korlátozza ezt a jogot, mivel az csupán az 54/1993. Abh.-ban definiált közgazdasági feltételrendszerbe való belépés közjogi feltételeinek biztosítását jelenti – nem teszi tehát lehetetlenné a vállalkozóvá válást. Ennek kapcsán az sem alkotmányellenes, ha a tb-fizetési kötelezettség a már meglévő foglalkozás mellett vállalkozást folytatók esetében ugyanakkora, mint a „főfoglalkozású vállalkozók” vonatkozásában.²⁴

Ugyanez a helyzet az egészségügyi hozzájárulás megfizetésére vonatkozó szabályokkal: nem alkotmányellenes, ha azt minden vállalkozásnak, így annak is fizetnie kell, aki a vállalkozási tevékenységet ténylegesen nem gyakorolja, de a vállalkozói igazolványát még nem adta vissza.²⁵ A vállalkozás joga ez esetben is csak a vállalkozások számára az állam által teremtett közgazdasági feltételrendszerbe való belépés lehetőségének biztosítását jelenti, e feltételrendszer pedig tág határok között, lényegében mindaddig alkotmányos, *ameddig az*

²¹ 782/B/1998. AB határozat.

²² 21/1994. (IV. 16.) AB határozat, ABH 1994, 117, 123.

²³ „A taxipiac anomáliáit – erőszakos helyfoglalást, versenytársak kiszorítását stb. – más, igazgatási intézkedésekkel lehet és kell megoldani. (Pl. a köztartozások befizetését is inkább a kötelező és nyugtát adó taxióra előírásával, semmint a szakmába lépés korlátozásával kell biztosítani ...) Az igazgatás saját munkáját nem könnyítheti az alapjogok ilyen korlátozása árán.” [21/1994. (IV. 16.) AB határozat, ABH 1994, 117, 123.] „Alkotmányellenes továbbá az önkormányzatokat létszámkorlátozó rendelet kiadására felhatalmazó törvényi rendelkezés amiatt is, mert a felhatalmazás a korlátozás semmilyen szempontját nem tartalmazza. (...) Alapjog közvetlen és jelentős korlátozása csak törvényben történhet. (...) Biankó felhatalmazást adni ilyen korlátozásra az önkormányzati rendeletalkotónak alkotmányosan kizárt.”

²⁴ Vö.: 34/1997. (VI. 11.) AB határozat.

²⁵ Ez ugyanis a vállalkozás egyik költsége, melynek megfizetése alkotmányosan írható elő a pusztán jogi helyzet alapján. [Vö.: 37/1997. (VI. 11.) AB határozat.]

(így például az adórendszer) *megfelel a piacgazdaság Alkotmányban rögzített követelményének, valamint nem diszkriminatív.*²⁶ Az sem alkotmányellenes, ha az egészségügyi hozzájárulás tényleges megfizetésének kötelezettségét a jogalkotó attól függően határozza meg, hogy az adott tevékenységet a nyugdíjas egyéni vállalkozóként vagy társas vállalkozás tagjaként végzi.²⁷ Az adórendszer vonatkozásában az Alkotmánybíróság azt is alkotmányosnak ismerte el, hogy az általános forgalmi adó visszaigénylését a jogalkotó feltételekhez kötheti.²⁸ Azt is kimondta a testület, hogy „az Alkotmányban rögzített vállalkozás joga nem jelenti azt, hogy minden vállalkozót egyaránt megillet a közbeszerzési pályázaton való részvétel joga”, valamint hogy „a közbeszerzési pályázatra történő ajánlattételi lehetőség nem képezi az Alkotmányban biztosított vállalkozás jogának részét”.²⁹

Hasonlóan nem alkotmányellenes a kötelező gazdasági kamarai tagság előírása sem, ha a kamarai tagdíj és az egyéb kötelezettségek nem lehetetlenítik el³⁰ a vállalkozóvá válást³¹ (hasonlóan az ügyvédek számára kötelező kamarai tagsághoz,³² a könyvvizsgálók számára csak főfoglalkozásként elérhető kamarai tagsághoz³³ vagy a befektetési szolgáltatók számára kötelezővé tett, tagdíjfizetési kötelezettséggel is járó tagsághoz a Befektető-védelmi Alapban,³⁴ illetve más, kamarai tagsággal és tagdíjfizetéssel kapcsolatos rendelkezésekhez).³⁵ Ugyane feltétellel az sem sérti a vállalkozáshoz való jogot, ha a jogszabályok pusztán bizonyos termékek kiskereskedelmi forgalmazásának feltételeit határozzák meg, és e

²⁶ 37/1997. (VI. 11.) AB határozat, ABH 1997, 234, 243.

²⁷ Vö.: 150/B/1999. AB határozat.

²⁸ Vö.: 887/B/2000. AB határozat.

²⁹ 1174/B/1996. AB határozat, ABH 1999, 571, 573. Lásd még: 649/B/2004. AB határozat, ABH 2005, 1258, 1265.

³⁰ Észszerűtlen mértékben korlátozta, ezáltal gyakorlatilag ellehetetlenítette bizonyos vállalkozások megkezdését az a szabályozás, mely strukturált rendszerben, de aránytalanul hosszú várakozási időt írt elő a Személy-, Vagyonvédelmi és Magánnyomozói Szakmai Kamarába belépni kívánó személyek számára, ha korábban (bármilyen) büncselekményt követtek el, és – bár már nem minősültek büntetett előéletűnek – nevüket még nem törölték a bűnügyi nyilvántartásból. Mivel a büncselekmények egy része tekintetében e (hosszú) tilalom nyilvánvalóan nem indokolt, ezért ezt a szabályozást az Alkotmánybíróság megsemmisítette. [Vö.: 144/2008. (XI. 26.) AB határozat.]

³¹ 38/1997. (VII. 1.) AB határozat, ABH 1997, 249, 260.

³² 942/B/2001. AB határozat; 458/D/2004. AB határozat.

³³ A 39/B/2001. AB határozat értelmében nem alkotmányellenes, ha a könyvvizsgálók e tevékenységüket csak főállásban végezhetik, mellékfoglalkozásként nem: „A könyvvizsgálói hivatással szemben alapvető követelmény a függetlenség. A könyvvizsgálói hivatás esetében a független tevékenység követelménye értelemszerűen indokolja azt, hogy e hivatást ne lehessen egyidejűleg gyakorolni más tevékenységekkel.” (39/B/2001. AB határozat, ABH 2007, 1312, 1320.)

³⁴ Lásd: 163/B/1999. AB határozat. Nagyon hasonló kérdés merült fel az ún. Egyetemes Távközlési Támogatási Alap esetében, hasonló végeredménnyel. (Vö.: 803/B/2002. AB határozat.)

³⁵ Így nem alkotmányellenes az, ha csak a könyvvizsgálói képesítést követően végzett, teljesített gyakorlatot ismeri el a törvény a kamarai tagfelvételhez megkívánt szakmai gyakorlatnak – azaz ha csak ennek birtokában lehet valaki a Magyar Könyvvizsgálói Kamara tagja. (Lásd: 497/D/2003. AB határozat.) Az sem az, ha a Magyar Állatorvosi Kamara tagja magán-állatorvosi tevékenységet csak akkor végezhet több megye területén, ha ezzel az illetékes területi szervezetek elnökségei, az ország egész területén pedig akkor, ha azzal az országos szervezet elnöksége egyetértett. „Ezek a rendelkezések valóban a szabad verseny korlátozását jelentik az állategészségügyi szolgáltatások területén. (...) Az Alkotmánybíróság megállapította: a magán-állatorvosi tevékenység területén a vállalkozáshoz való jog és a versenyszabadság korlátozásának kellő súlyú alkotmányos indoka van. A megfelelő színvonalú, folyamatos és az egész ország területét lefedő állategészségügyi ellátásnak kiemelkedő szerepe van a biztonságos és egészséges élelmiszer biztosításában (...)” (602/B/2006. AB határozat, ABH 2009, 1953, 1957. Ráadásul ez a helyzet nem is önmagában a törvényi szabályozás következtében, hanem a kamara gyakorlata következtében állott elő.)

³⁶ Pl.: a földgáz-készletelési tevékenység esetén előírt kötelező szövetségi tagság és a felhasznált földgáz mennyiségéhez igazodó tagi hozzájárulás megfizetésének kötelezettsége „a stratégiai készlet biztosításához szükséges, és mint legenyhébb eszköz, arányos intézkedés is, így nem sérti a vállalkozás jogát”. (358/B/2007. AB határozat, ABH 2008, 2677, 2688.)

tevékenységet olyan hatósági engedélyhez kötik, mely engedély megadása során a hatóság e feltételek meglétét vizsgálja.³⁷

Nem állapítható meg a közterület-használati szabályozás (illetve annak változása) és a vállalkozáshoz való jog közötti közvetlen kapcsolat, így az sem alkotmányellenes, ha az önkormányzat – a közterület meghatározott funkciójának, például zöldterületi jellegének megóvása érdekében – nem ad a vállalkozások számára közterület-használati engedélyt (vagy azt a jövőre nézve – az adott területen működő összes vállalkozástól kivétel nélkül) visszavonja.³⁸ De a kötelező szemétszállítási díj önkormányzati rendeletben történő előírása sem sérti a vállalkozáshoz való jogot, lévén a kettő úgyszintén nem áll összefüggésben egymással;³⁹ ahogyan a hulladékgazdálkodási tevékenységre kiírt pályázat nyertesének azon joga sem sérti azt, amely jog az adott településen számára e tevékenység gyakorlását – sikeres pályázata eredményeként – számára kizárólagosan (más vállalkozókat ebből kizárva) biztosítja.⁴⁰ Úgyszintén nem alkotmányellenes az üzletek működésére vonatkozó közrendvédelmi szabályok előírása, így az sem, ha a jegyző az üzletet közbiztonsági érdekből a büntető- vagy szabálysértési eljárás befejezéséig (de legfeljebb egy évi időtartamra) – a nyomozó, illetőleg a szabálysértési hatóság javaslatára – ideiglenesen bezárathatja,⁴¹ ha

³⁷ Vö.: 1105/B/1993. AB határozat, ABH 1994, 637, 640. {A konkrét esetben az Alkotmánybíróság azt vizsgálta, hogy a kőolajtermékek forgalmazásához az állam jogszabályilag előírhat-e bizonyos feltételeket. Az Alkotmánybíróság szerint e normák „a kőolajtermékek kiskereskedelmi forgalmazása tekintetében meghatározzák az engedély megadásának és a tevékenység folytatásának feltételeit. E megszorító rendelkezések alapján a szóban forgó jövedéki termékek forgalmazására engedély csak abban az esetben adható, ha a kérelmező üzemanyag-töltő állomással, önálló eladóhellyel, vagy telephellyel rendelkezik és a kiskereskedelmi tevékenység is csak ezekben az üzletkörökben folytatható. Ezek az előírások tehát a kiskereskedelmi tevékenység gyakorlásának feltételeit írják elő, s nem irányulnak az ezzel kapcsolatos vállalkozói tevékenység lehetlenné tételére. A vizsgált rendelkezésekben megállapított korlátozásokat a Tv. idézett céljában megfogalmazott követelmények indokolják, így nevezetesen az, hogy a jövedéki termékek után a különböző adók nagy biztonsággal befolyjanak és e tevékenységek az engedélyezéssel és az ellenőrzéssel nyomon követhetők legyenek, megszűnjék azok feketekereskedelme, s ezáltal a jövedéki termékek piacán a részt vevők között tisztességes verseny alakuljon ki. A fentiekre tekintettel az Alkotmánybíróság megállapítása szerint a Tv. kifogásolt előírásai a vállalkozáshoz való alapjog nem önkényes és nem aránytalan korlátozását jelentik.” [1105/B/1993. AB határozat, ABH 1994, 637, 640.]

³⁸ Az 1051/B/1991. AB határozat alapjául szolgáló indítványban Keszthely Város Önkormányzata képviselő-testületének azon önkormányzati rendeletét támadták meg, amely a keszthelyi Balaton-parti pavilionsornak a kövezett sétányától északra fekvő részeire egy két méteres zöldterületi védősáv meghagyását írta elő (és az e feltételt nem teljesítő vállalkozások pavilonjainak az elbontására kötelezte őket), míg a déli pavilonokat továbbra is működtetni engedte. A szabályozásnak ugyanakkor volt védhető indoka: az északi terület zöldterület volt, míg a délre eső terület művelési ágból kivett beépített területként volt bejegyezve az ingatlan-nyilvántartásba. Mivel a közpark zöldterületi funkciójának helyreállítása érdekében rendelte el a helyi építési szabályzat a védett közpark területén lévő épületek lebontását, és tiltotta meg a támadott önkormányzati rendelet ezen a területen közterület-használati szerződés megkötését, ezért az nem alkotmányellenes; a vállalkozás más területen (nem közparki részen) továbbra is folytatható. Az Alkotmánybíróság szerint „[a] közterület használatának megtiltása a vállalkozás megválasztásának és gyakorlásának szabadságát nem érinti. A vállalkozáshoz való jogból senkinek sem származik joga arra, hogy tevékenységét meghatározott területen, különösen a közterület meghatározott részén gyakorolja.” [1051/B/1999. AB határozat, ABH 2002, 1483, 1485.]

³⁹ „Az Alkotmánybíróság álláspontja szerint a hulladékgazdálkodással kapcsolatos helyi közszolgáltatásokról szóló törvényi és az annak felhatalmazása alapján, a törvényi előírások betartásával alkotott önkormányzati rendeleti szabályozás nem jelenti a hulladékgazdálkodási szakmai területen működő vállalkozók alkotmányos jogainak sérelmét.” [376/B/2000. AB határozat, ABH 2002, 1492, 1498.]

⁴⁰ 105/B/2001. AB határozat, ABH 2003, 1348.

⁴¹ „Az Alkotmánybíróságnak a jelen ügyben mindenképp azt kellett vizsgálnia, hogy a vállalkozáshoz való jogot sérti-e az, hogy a vállalkozást valakinek egy adott helyen (üzletben) ideiglenesen vagy véglegesen nem lehet folytatni. Az Szbvtv. 5. §-a ugyanis nem általában a vállalkozás jogától fosztja meg, hanem attól zárja el az üzemeltetőt, hogy valamely helyen (egy meghatározott üzletben) nem végezhet gazdasági tevékenységet. Ez egyúttal azt jelenti, hogy az üzletbezárással érintett személy (a vállalkozó) a szankció alkalmazását követően is élhet vállalkozási jogával, de ezt valamely más üzletben kell gyakorolnia. Az Alkotmánybíróság korábbi állásfoglalásai rámutattak arra, hogy a vállalkozás joga nem abszolutizálható, ennek megfelelően arra sincs

megállapítja, hogy az üzlet működésével összefüggésben az üzlet üzemeltetőjével vagy foglalkoztatottjával szemben meghatározott vagyon elleni bűncselekmények elkövetése miatt büntető-, illetve szabálysértési eljárás indult.⁴² Alkotmányellenesnek találta ugyanakkor az Alkotmánybíróság a földrendező és a földkiadó bizottságokról szóló 1993. évi II. törvény azon rendelkezését, amely a kárpótlással összefüggő földmérési tevékenység végzését kizárólag állami szervezeteknek (a földhivataloknak) engedte meg, nem közjogi jogi személyeknek (vállalkozóknak, gazdasági társaságoknak) azonban nem – mindezt elfogadható alkotmányos indok nélkül.⁴³

A 65/1997. (XII. 18.) Abh.-val egy konkrét ügyben az Alkotmánybíróság a vállalkozáshoz való jog azon aspektusát vizsgálta, miszerint *senkinek nincs abszolút joga valamely foglalkozásnak az általa kiválasztott vállalkozási formában történő gyakorlásához*, vagyis hogy *az állam* – ha az nem korlátozza szükségtelenül és aránytalanul a gazdasági verseny szabadságát, avagy az nem diszkriminatív – *meghatározott társasági vagy egyéb jogi formát írhat elő bizonyos típusú vállalkozási tevékenység végzésének feltételeként*. Ezen ügyben egyebek mellett az volt a kérdés, hogy sérti-e az Alkotmány 70/B. §-át az, hogy a szabadalmi ügyvivőkről szóló 1995. évi XXXII. törvény csak korlátozott felelősségű társaság keretében, önálló szabadalmi ügyvivőként, vagy szabadalmi ügyvivői iroda alkalmazottjaként engedi a szabadalmi ügyvivői tevékenységet folytatni (e három formán kívül nem), illetve hogy e szabályok nem alkotmányellenesek-e amiatt, hogy ezen vállalkozási formákhoz eltérő felelősségi és adózási szabályok tartoznak. Az Alkotmánybíróság válasza mindkét kérdésre az volt, hogy nem: az előbbi szabályozás nem akadályozza meg a vállalkozó válást, az utóbbi pedig nem diszkriminatív, arra is tekintettel, hogy az eltérő működési formák, ezáltal az eltérő felelősségi és adózási szabályok közötti választás a szabadalmi ügyvivői tevékenységet folytatni kívánó személy joga.⁴⁴ ⁴⁵ Ehhez képest pedig különösen nem alkotmányellenes az,

senkinek alanyi joga, hogy adott foglalkozással kapcsolatos vállalkozást egy meghatározott helyen folytasson. Erre tekintettel az Alkotmánybíróság az Szbvtv. 5. §-ának az Alkotmány 9. § (2) bekezdésébe ütközését nem állapította meg.” [685/B/1999. AB határozat, ABH 2004, 1363, 1374-1375. Vö. még: 1133/B/1998. AB határozat.] A szankcióalkalmazás alkotmányosságához lásd még: 527/B/2004. AB határozat.

⁴² Vö.: 1999. évi LXXV. törvény a szervezett bűnözés, valamint az azzal összefüggő egyes jelenségek elleni fellépés szabályairól és az ehhez kapcsolódó törvénymódosításokról, 5. § (1) bekezdés.

⁴³ 13/1995. (III. 1.) AB határozat, ABH 1995, 77. Vö. ehhez még a hasonló indokolást adó 541/B/2008. AB határozatot.

⁴⁴ „Az indítványozó által kifogásolt jogszabályi rendelkezés nem sérti a vállalkozáshoz való alapjogot, tekintettel arra, hogy a Szüt. nem akadályozza meg a szabadalmi ügyvivői tevékenység gyakorlását azzal, hogy azt korlátozott felelősségű társasági formában, illetőleg egyéni és szabadalmi ügyvivői iroda keretén belül, valamint alkalmazottként is engedi folytatni. Más kérdés az, hogy a társasági formára vonatkozó szabályozás eredményez-e tiltott diszkriminációt, vagy sérti-e a gazdasági verseny szabadságát.” [65/1997. (XII. 18.) AB határozat, ABH 1997, 391, 393.] „Az a tény, hogy – a vállalkozáshoz, illetőleg a foglalkozás szabad megválasztásához való jogával élve – valaki belép egy, az állam által az adott tevékenységre vonatkozóan megállapított feltételrendszerbe, amely az adott tevékenység végzésére eltérő lehetőségeket kínál fel, és e többféle lehetőség között választ, önmagában még nem ütközik a hátrányos megkülönböztetés tilalmába. Ebből következően nem jelent tiltott diszkriminációt az, hogy a társasági formában működő szabadalmi ügyvivőtől a többi szabadalmi ügyvivő eltérő felelősséggel tartozik, hiszen a tevékenység folytatásának módját illetően a választás lehetőségét az állam valamennyi szabadalmi ügyvivő számára biztosítja. Az a tény pedig, hogy ugyanazon tevékenységet folytatók egymástól eltérő vállalkozási formában folytatják tevékenységüket, amely vállalkozási formákhoz – az egyes adónemek szerint – eltérő, az állam mindenkori pénzügyi politikájának megfelelő közterhek tartoznak, nem diszkriminatív. Ebből következően nem jelent hátrányos megkülönböztetést, hogy a szabadalmi ügyvivők – az eltérő vállalkozási formák szerint – egymástól eltérő módon járulnak hozzá a közterhekhez. Mivel a támadott törvényi szabályozás valamennyi szabadalmi ügyvivőre vonatkozik, így hátrányos megkülönböztetésről nem beszélhetünk. Amennyiben a szabadalmi ügyvivő társasági formában kívánja tevékenységét folytatni, úgy erre korlátozás nélkül lehetősége van. Az azonban nem diszkriminatív, hogy az állam eltérő adózási rendet alakít ki egyfelől az egyéni (és alkalmazott) szabadalmi ügyvivőkre, másfelől a társaságokra vonatkozóan.” [65/1997. (XII. 18.) AB határozat, ABH 1997, 391, 394-395.]

⁴⁵ Hasonlóan: Az, hogy az egyszemélyes ügyvédi iroda nyugdíjas tagja az egészségügyi hozzájárulást maga

ha egy adott tevékenység meghatározott jogi formában történő végzéséhez az állam szigorú feltételeket ír elő, de e tevékenység más – e feltételeket nem tartalmazó – jogi formákban is gyakorolható; ez esetben ugyanis a feltételeknek való megfelelés kizárólag az adott személyen múlik, aki, ha nem kíván megfelelni e feltételeknek, bármely más jogi formát is választhat működése keretében. Később ugyancsak nem talált alkotmányossági problémát a testület a szabadalmi ügyvivőkről szóló 1995. évi XXXII. törvény azon szabályozásában, melynek értelmében szabadalmi ügyvivői társaságban csak akkor végezhető szabadalmi ügyvivői tevékenység, ha a társaságnak csak természetes személy tagjai vannak, akik közül legalább két tag szabadalmi ügyvivő. Az Alkotmánybíróság szerint ez sem a vállalkozáshoz való jogot, sem azzal összefüggésben a jogegyenlőség követelményét (a diszkrimináció tilalmát) nem sérti, nem hoz ugyanis létre társulási kényszert, mivel az ügyvivőkre vonatkozó szabályozás nem zárja ki, hogy valaki szabadalmi ügyvivői tevékenységet akár egyedül is (vagyis nem társasági formában is) folytathasson, pusztán a társasági formában folytatni kívánt (fakultatíve választható) tevékenységre ír elő többletfeltételeket.⁴⁶

Így az 506/B/1995. AB határozatban az Alkotmánybíróság kimondta, hogy nem sérti a vállalkozáshoz való jogot az a rendszerváltozás előtti minisztertanácsi rendelet,⁴⁷ mely a gépjárművezetés-oktatásra vonatkozóan az ún. oktatói munkaközösség tagjával kapcsolatban úgy rendelkezett, hogy e tagot a munkaközösség többi tagja egyhangú szavazással kizárhatja, ha a tag írásbeli felszólítás ellenére sem tesz eleget kötelezettségeinek, vagy magatartásával nagy mértékben veszélyezteti a munkaközösség jóhírét. Az indítványozók arra hivatkoztak, hogy ennek alapján akár egy tag is meg tudja akadályozni az egyébként minden szempontból indokolható kizárást, így e rendelkezés indokolatlanul szigorúbb, mint a gazdasági társaságokra vonatkozó ugyanilyen rendelkezések, amelyek csupán minősített szavazati többséget írnak elő. Az Alkotmánybíróság sommás elutasító határozatában leszögezte, hogy „a vállalkozás joga mint a foglalkozás szabad megválasztásához való alkotmányos alapjog”⁴⁸ nem tartalmazza azt a jogot, hogy bárki a gazdasági tevékenységét egy meghatározott vállalkozási formában folytathassa.⁴⁹ Ha az érintettek bármely okra (így akár működésükre, akár gazdasági eredményességükre, akár más okra) tekintettel úgy gondolják, hogy egy adott vállalkozási forma számukra nem megfelelő, úgy lehetőségük van egy másik, számukra megfelelő formát választaniuk. Ha azonban egy adott vállalkozási forma mellett döntöttek, úgy azzal az érintettek egyben elfogadják az adott vállalkozási formára vonatkozó szabályokat is. Az Alkotmánybíróság szerint „[h]a a hatályos szabályozás kizárólag oktatói munkaközösség formájában engedné a gépjárművezető-képzést, mint gazdasági eredmény elérésére irányuló tevékenység folytatását, akkor merülhetne fel az indítvány által tartalmazott alkotmányossági kérdés, nevezetesen: az állam (...) megakadályozza-e a vállalkozás jogának érvényesülését, az adott foglalkozás folytatását. Tekintettel arra, hogy az állam nem ír elő kötött vállalkozási formát, ezért a foglalkozás szabad megválasztásának alkotmányos alapjoga érvényesül, alkotmányellenes korlátozás nem merül fel.”⁵⁰ Később az Alkotmánybíróság azt

fizeti, illetve saját magától vonja le, nem vet fel alkotmányossági problémát, hiszen az egyszemélyes ügyvédi iroda nyugdíjas tagja sincs attól elzárva, hogy tevékenységét ne így, hanem az egészségügyi hozzájárulás-fizetési kötelezettség alól a nyugdíjasoknak mentességet biztosító „egyéni ügyvédként” lássa el. (Vö: 60/B/1998. AB határozat.)

⁴⁶ Vö.: 846/B/2009. AB határozat.

⁴⁷ 36/1990. (II. 28.) MT rendelet az iskolarendszeren kívüli magánoktatás egyes kérdéseiről és az oktatói munkaközösségekről.

⁴⁸ Itt tehát az Alkotmánybíróság már nem a rész-egész, az általános-különös viszonyként írta le e két jog kapcsolatát, hanem a vállalkozáshoz való jogot lényegében azonosította a foglalkozás szabad megválasztásához való joggal. (Igaz, e sommás döntés egy háromtagú tanácsi határozat volt, melynek nem az alkotmánybírósági gyakorlat továbbfejlesztése, hanem a korábbi gyakorlatban kimunkált elveknek a konkrét ügyben történő, rövidített – így elkerülhetetlenül felszínes – indokolással való alkalmazása volt a célja.)

⁴⁹ Vö.: 506/B/1995. AB határozat, ABH 1999, 722, 723.

⁵⁰ Vö.: 506/B/1995. AB határozat, ABH 1999, 722, 723. Hasonlóan: „Az indítványozók által sérelmezett

is alkotmányosnak ismerte el, ha a jogalkotó szigorúan kötött formában (pl. csak munkaviszonyban) engedi meg valaki foglalkoztatását, más jogviszonyban (pl. megbízási vagy vállalkozási jogviszonyban) nem.⁵¹

Nem sérült a vállalkozáshoz való alkotmányos alapjog amiatt sem, hogy a kis- és középvállalkozásokról, fejlődésük támogatásáról szóló 1999. évi XCV. törvény alapján nem minősült „vállalkozásnak”, így nem volt jogosult a Gazdasági és Közlekedési Minisztérium költségvetési fejezetében a kis- és középvállalkozói célelőirányzat terhére nyújtható támogatásra az ügyvédi iroda, miközben az ügyvéd (egyéni ügyvéd) mint egyéni vállalkozó igen.⁵² Az sem alkotmányellenes, ha előrehozott nyugdíjat nem kaphat az, aki vállalkozási tevékenységet folytat, vagyis társadalombiztosítási jogviszonya fennáll, és kereső tevékenységet végez (hiszen ez esetben az előrehozott nyugdíj feltétele, a munkaerő-piaci hátrányos helyzet, a munkaképesség-csökkenés, nem áll fenn).⁵³

Bizonyos esetekben az sem sérti a vállalkozáshoz való jogot, ha meghatározott tevékenységet az állam kizárólag *egyetlen* vagy korlátozott számú társasági jogi formában enged gyakorolni. Az 580/B/1997. AB határozatban az indítványozók a felszámolói tevékenységről szóló azon rendeleti szabályozás⁵⁴ alkotmányosságát kérdőjelezték meg, amely a felszámolók névjegyzékébe csak korlátolt felelősségű társaság, illetve kizárólag névre szóló részvényekkel rendelkező részvénytársaság felvételét engedte meg. Az Alkotmánybíróság kimondta, hogy ez önmagában nem valósít meg alkotmányellenességet. Indokolásában megállapította, hogy a felszámolók feladatai a csődeljárásról és a felszámolási eljárásról szóló 1991. évi XLIX. törvény, illetve ennek végrehajtási rendelete⁵⁵ hatálybalépése óta nagymértékben megnövekedtek, tevékenységük egyre összetettebbé, bonyolultabbá, felelősségteljesebbé vált. Ezzel párhuzamosan emelkedett annak a vagyonnak az értéke is, amelynek sorsát a felszámolónak rendeznie kellett. Emiatt elvárható, hogy a felszámoló megfelelő szakértői háttérrel, illetve olyan megfelelő saját vagyonnal, biztosítással rendelkezzen, amelyből – polgári jogi felelősségének megállapítása esetén – kártérítési kötelezettségének eleget tud tenni. E követelménynek pedig leginkább a tőkeerős, nagyobb vagyonnal (törzs-, illetve alaptőkével) rendelkező gazdasági társaságok felelnek meg.⁵⁶ Ezért

rendelkezés, amely szerint az egytagúvá vált kkt. megszűnik, ha három-, illetve hathónapos jogvesztő határidőn belül nem jelentenek be a cégbíróságnál újabb tagot, nincs összefüggésben a vállalkozás jogával.” (219/B/2004. AB határozat, ABH 2007, 1632, 1640.) Ugyanez a helyzet azon szabályozással, miszerint a cégbejegyzés (változásbejegyzés) iránti kérelmet a cégbíróság részére elektronikus formában kell benyújtani. (1418/B/2008. AB határozat.)

⁵¹ Az 1058/B/2005. AB határozat a sporttörvény (a sportról szóló 2004. évi I. törvény) 8. § (1) bekezdése és 78. § (3) bekezdése alkotmányellenességének megállapítására irányuló indítvány vizsgálata során azt deklarálta, hogy e rendelkezés (mely kizárja a sportoló munkavégzésre irányuló egyéb jogviszony keretében történő foglalkoztatását a sportvállalkozás részéről, azaz nem teszi lehetővé az egyéni vállalkozóként, illetve a betéti társaság beltagjaként történő foglalkoztatást), nem alkotmányellenes, mivel „senkinek sincs alanyi joga egy adott foglalkozásnak egy konkrétan meghatározott jogviszony keretében történő gyakorlására, illetve arra, hogy a szabadon megválasztott foglalkozást – választása szerint – egy vagy több konkrétan meghatározott jogviszony keretében végezhesse”. (1058/B/2005. AB határozat, ABH 2010, 1548, 1553.)

⁵² Vö.: 691/B/2001. AB határozat.

⁵³ „A 62. életév betöltését megelőzően az előrehozott nyugdíj – meghatározott kereset elérését követő – szüneteltetése nem korlátozza és nem akadályozza a jövedelemszerző tevékenység folytatását. Az előrehozott nyugdíjjogosultság feltételeinek megállapítása során a jogalkotó kedvezményt biztosított. Az előrehozott nyugdíj rendeltetése, hogy akik – az előbbieken vázolt okok miatt – nem tudtak aktívak maradni, ellátáshoz jussanak. Ha a nyugdíjas kereső tevékenységet kíván folytatni, a nyugellátás az adott időszakban funkcióját veszti, ezért függeszti fel a támadott rendelkezés annak folyósítását a nyugdíjkorhatár eléréséig. Ezt követően azonban a Tny. már vélelmezi az ellátásra szorultságot, és nem támaszt további feltételt a folyósításhoz.” (19/B/2007. AB határozat, ABH 2008, 2603, 2613.)

⁵⁴ 65/1997. (IV. 18.) Korm. rendelet a felszámolók névjegyzékéről szóló 167/1993. (XI. 30.) Korm. rendelet módosításáról, 1. § és 6. § (2) bekezdés.

⁵⁵ 165/1991. (XII. 26.) Korm. rendelet a felszámolók névjegyzékébe történő felvételről.

⁵⁶ 580/B/1997. AB határozat, ABH 2002, 1407, 1412.

„nem alkotmányellenes az, hogy a felszámolók csak meghatározott gazdasági társasági formában működhetnek, mivel ésszerű, a gazdaság zavartalan működésének biztosítását szolgáló indokok teszik szükségessé azt.”⁵⁷

A vállalkozáshoz való jog és a diszkrimináció kapcsolatát értelmezte a 41/2000. (XI. 8.) AB határozat, mely kimondta, hogy nem alkotmányellenes (nem valósít meg alkotmányellenes megkülönböztetést a vállalkozáshoz való alkotmányos alapjog szempontjából) az, ha az önkormányzat (jelen esetben a Fővárosi Önkormányzat) a lakosság számára kiemelt jelentőségű szolgáltatást nyújtó üzletek számára a közterület-használati jogviszony folytatása szempontjából kedvezményes elbírálást valósít meg.⁵⁸

A vállalkozáshoz való jog és az egészséghez való jog⁵⁹ kapcsolata került terítékre a 677/B/1995. alkotmánybírósági határozatban, melyben a testületnek arról kellett döntenie, hogy alkotmányellenes-e a gyógyszerárak létesítésére és működésére vonatkozó, újonnan bevezetett azon szabályozás, amely a gyógyszerárt működtető vállalkozás vezetőjével kapcsolatban személyi feltételeket (gyógyszerész végzettséget), illetve a működtetésre vonatkozóan szakmai kritériumokat ír elő. Az Alkotmánybíróság szerint nem: *a képesítési feltételek senkit nem zárnak ki a vállalkozóvá válás lehetőségéből*, hiszen a gyógyszerész végzettséget mindenkinek lehetősége van megszerezni; maguk a személyi és szakmai előírások pedig a lehető legmagasabb szintű testi és lelki egészséghez való jog biztosításához szükségesnek (és az elérni kívánt céllal arányosnak, azaz ésszerű mértékű korlátozásnak) tekinthetők.⁶⁰ Egy másik ügyben – hasonló alapon – az Alkotmánybíróság azt is kimondta, hogy a közjegyzők (utólagos) szakvizsgára kötelezése is alkotmányos előírásnak tekinthető,⁶¹ egy további döntésében pedig azt is, hogy az orvosi, fogorvosi, gyógyszerészi és klinikai szakpszichológusi *kötelező továbbképzés előírása sem sérti a vállalkozáshoz való jogot*.⁶²

Más vállalkozások folytatásához is előírhatók képesítési feltételek, akkor is, ha azok nem állnak összefüggésben a vállalkozáshoz való jogon kívül egyéb alapjogokkal. Így a

⁵⁷ 580/B/1997. AB határozat, ABH 2002, 1407, 1412.

⁵⁸ 41/2000. (XI. 8.) AB határozat, ABH 2000, 318, 326. Hasonlóan: az, hogy a közoktatási feladatot ellátó intézményt fenntartó gazdasági társaságot, valamint egyéni vállalkozót a helyi önkormányzatok számára meghatározott normatív állami hozzájárulás 30%-ának megfelelő, míg az ugyanilyen közhasznú társaságot 100%-os mértékű hozzájárulás illeti meg, nem diszkriminatív, és nem sérti a vállalkozáshoz való jogot. (566/B/2003. AB határozat.)

⁵⁹ Alkotmány 70/D. (1) bekezdés: „A Magyar Köztársaság területén élőknek joguk van a lehető legmagasabb szintű testi és lelki egészséghez.”

⁶⁰ Például: „Az Alkotmánybíróság álláspontja szerint a gyógyszerészeti tevékenység területén a vállalkozáshoz való jog és a versenyszabadság korlátozásának megvan a megfelelő súlyú alkotmányos indoka. A gyógyszerári hálózat stabilitása, a gyógyszerforgalom biztonságának garantálása összefüggést mutat az Alkotmány 70/D. §-ával.” [677/B/1995. AB határozat, ABH 2000, 590, 596.] „Alkotmányossági szempontból nem kifogásolható, hogy az említett törvényhozói célokat (a gyógyszerforgalom biztonságának, a gyógyszerárak üzemeltetése szakmai színvonalának biztosítását, a centralizált gyógyszerári szerkezet lebontását) a jogalkotó a személyi jog intézményében találta meg. (...) A személyi jog megszerzésének lehetősége minden – megfelelő diplomával és szakmai gyakorlattal rendelkező – gyógyszerész számára nyitva áll. Az pedig, hogy egy adott tevékenység gyakorlásához a jogi szabályozás megfelelő képesítést kíván, szintén nem tekinthető a vállalkozáshoz való jog sérelmének, hiszen e jog nyilvánvalóan nem azt jelenti, hogy az állam a különböző foglalkozások jellegéhez igazodva nem határozhat meg képesítési követelményeket. A vizsgált szabályozásban nem lelhető fel olyan elem, amelyben az állam a vállalkozás szabad megválasztását korlátozza (azaz a vállalkozók egy meghatározott csoportját kizárja a vállalkozói tevékenység folytatásból) a szabályok a vállalkozáshoz való jog enyhébb korlátjára, a vállalkozás gyakorlására vonatkoznak.” [677/B/1995. AB határozat, ABH 2000, 590, 597.] [Hasonlóan: a gyógyszer, vegyi termék vagy élelmiszer előállítására vonatkozó eljárás szabaddalmi bejelentéseknek a termékre is kiterjedő bejelentésekké történő átalakítása nem akadályozza a gyógyszer-előállítás vállalkozási tevékenységben való folytatását, illetve nem is korlátozza ezt a tevékenységet, tehát nem alkotmányellenes. Vö.: 188/B/2000. AB határozat.] A személyi joghoz mint nem alkotmányellenes korlátozáshoz lásd még az 1094/B/2006. AB határozatot.

⁶¹ 27/1999. (IX. 15.) AB határozat.

⁶² Vö.: 143/B/2005. AB határozat, ABH 2010, 2310.

3/2001. (I. 31.) Abh.-ban az Alkotmánybíróság alkotmányosnak ismerte el a magánnyomozói és vagyonvédelmi vállalkozások keretében ilyen tevékenységet végzők számára előírt igazolványszerzési kötelezettséget és az ehhez előírt vizsgakövetelmények meghatározását, mivel e feltételek meghatározása garantálja, hogy megfelelő szakértelemmel rendelkező vállalkozó (illetve alkalmazott) lépjen a vagyonvédelem és a magánnyomozás piacára. Ez a követelmény végső soron a fogyasztók (megbízók) védelmét szolgálja, azaz szükségesnek és arányosnak tekinthető.⁶³ E szubjektív (személyi) korlát tehát alkotmányosnak tekinthető, objektív (tárgyi, azaz a személytől független) korlátot pedig a kérdéses törvény nem állít fel.⁶⁴

⁶³ 3/2001. (I. 31.) AB határozat, ABH 2001, 68, 81.

⁶⁴ Emellett az sem alkotmányellenes, hogy a magánnyomozói és vagyonvédelmi vállalkozások számára a törvény profilkényszert írt elő, vagyis megtiltotta e vállalkozások számára más jellegű tevékenységek folytatását – e szabályozás ugyanis nem zárta ki azt, hogy a vállalkozások tagjai, illetve alkalmazottjai más vállalkozások keretében más jellegű tevékenységet folytathassanak. [Az Alkotmánybíróság szerint e „profilkényszer nem abszolút jellegű, a vagyonvédelmi vagy magánnyomozó vállalkozás tagjai valamely más vállalkozás keretében végezhetik a korlátozás folytán kizárt tevékenységet. A tilalom tehát csak a (vagyonvédelmi, magánnyomozói) vállalkozásra vonatkozik, s nem zárja el a természetes személyt attól, hogy az általa választott, e vállalkozás keretében nem üzhető tevékenységet más formában (vállalkozásban) folytassa.” 3/2001. (I. 31.) AB határozat, ABH 2001, 68, 84.] Emellett nem alkotmányellenes (nem valósít meg a vállalkozáshoz való joggal összefüggésben alkotmányellenes hátrányos megkülönböztetést) az, hogy vagyonvédelmi feladatokkal a vállalkozások munkaviszonyban álló, és ilyenként minősített feltételekkel nem rendelkező személyeket (portást, rendészt) is megbízhatnak, és ekkor nekik nem kell vagyonvédelmi vizsgát tenniük, illetve a támadott törvény egyéb speciális előírásai sem vonatkoznak rájuk; az ugyanis a vállalkozás saját választásán múlik, hogy e két lehetőség közül melyiket választja (vagy választja-e egyáltalán bármelyiket). [„Az Alkotmánybíróság megállapította, hogy a különbségtétel, amelyben az indítványozó diszkriminációt vél felismerni, nem azonos csoporton belüli vállalkozások között merül fel. Amikor egy cég portást, rendészt alkalmaz, a feladatot ellátó személynek munkabért fizet. Ezzel vállalja azt a kockázatot, hogy az alkalmazott, akinek nem kell részt vennie a vállalkozás keretében vagyonvédelmet ellátó személyekhez hasonlóan szakirányú képzésen és nem kell vizsgát tennie, esetleg alacsonyabb szakmai színvonalon látja el feladatát. Ilyenkor az esetleges káresemény következményeit is a cég viseli; az alkalmazott ör felelőssége csak a munkáltató és a munkavállaló belső viszonyában rendezhető. A másik lehetőség, hogy a cég kifejezetten vagyonvédelemmel foglalkozó vállalkozást bíz meg ezzel a munkával. Egy bekövetkező káresemény miatt a vagyonvédelmi cég természetesen felelősséget is visel valamilyen mértékben. A képzési feltételek és a vizsgakötelezettség nem azt a célt szolgálják, hogy a vagyonőr-vállalkozásokat hátrányos helyzetbe hozza a jogalkotó más cégekkel szemben, hanem ezek a követelmények a vagyonvédelem minőségének biztosítását alapozzák meg. A két megoldás közül a cég a kockázati tényezők, az elérni kívánt vagyonvédelmi minőségi szint, és a szolgáltatási díj (munkabér) mértékének mérlegelése alapján választhat. Dönthet akár úgyis, hogy saját helyzetében ezen megoldások egyikének igénybevétele sem indokolt. A vállalkozás szabadsága szempontjából a rendészt, portást alkalmazó – bármely területen működő – cég nem hasonlítható össze a vagyonvédelmi tevékenységre mint ilyen szolgáltatás nyújtására létrejött vagyonőr céggel, mert nem ugyanabban az üzletágban érdekeltek. A diszkrimináció tilalmának sérelmére akkor lehetne eredményesen hivatkozni, ha a jogalkotó a vagyonvédelmi vállalkozások között tenne indokolatlan vagy aránytalan különbséget.” 3/2001. (I. 31.) AB határozat, ABH 2001, 68, 75.] Alkotmányellenes (a vállalkozási szabadságot aránytalanul korlátozó) rendelkezés ugyanakkor az, amely megtiltja a „nyomozóhatósági jogkörrel rendelkező szervezet állományának volt tagja” részére szolgálati viszonyának megszűnésétől számított két éven belül a magánnyomozói vállalkozói tevékenység folytatását (egészen pontosan amely előírja, hogy az ilyen személy számára hatósági engedélyt a rendőrség nem adhat). E kategorikus tiltás ugyanis generálisan (az egész ország területén) kizárja pl. a volt rendőrök számára, hogy leszerelésük után két éven belül magánnyomozók legyenek, függetlenül attól, hogy e két tevékenységet ugyanazon a helyen végezte, illetve végezné-e. [„A nyomozó hatósági jogkörrel rendelkező szervezet volt hivatásos állományú tagjainak átmeneti időre történő kizárása a magánnyomozói piacról, a foglalkozás szabad megválasztásának másik, ugyancsak nem szükségtelen alanyi jellegű korlátozása. A szabályozás célja a foglalkozási szerepváltásból adódó, visszaélésre alkalmas információ-hasznosítás kiküszöbölése. Az Alkotmánybíróság által a foglalkozás szabad megválasztásának jogáról és egyes kizárási szabályok alkotmányosságáról kifejtettek szerint azonban a támadott rendelkezésben foglalt 2 évre szóló korlátozás céljához képest aránytalan. A szabály egyrészt azt valóban kiküszöböli, hogy a nyomozó hatóságnál korábban szolgálatot teljesítő személy információit – két éven át – a „piacon” magánnyomozóként értékesítse, másrészt viszont azt is lehetetlenné teszi, hogy az eredeti szolgálati helyétől teljesen különböző helyen magánnyomozói feladatokat végezzen. A jogalkotó a foglalkozás szabad megválasztásának jogát időlegesen teljesen elvonta, tekintet nélkül arra, hogy a nyomozó jogkörrel rendelkező szervezet hivatásos állományú tagjának e minőségben

Úgyszintén alkotmányosnak találta az Alkotmánybíróság azt a szabályozást, amely a gázszereléshez szükséges feltételként csőhálózat- és berendezésszerelő szakmunkás képesítést írt elő; e képesítési követelmény meghatározása ugyanis „nyilvánvalóan a tevékenység jellegével, annak veszélyességével, a fogyasztók védelmével indokolható, szükséges és arányos korlátozása a foglalkozás gyakorlásának”.⁶⁵

Frissebb határozataiban is követte az Alkotmánybíróság a korábban általa kimunkált mércéket. Így pl. az 1538/B/1996. AB határozatban kimondta, hogy nem sérti a vállalkozáshoz való jogot azon fővárosi önkormányzati rendelet, amely megtiltja a fővárosi önkormányzat tulajdonában lévő közutakra és közterületekre (a főutakra) lakossági és intézményi parkolási engedély kiadását. E szabály ugyanis „semmilyen rendelkezést nem tartalmaz a vállalkozói tevékenység folytatásából való kizárásról, nem is befolyásolja azokat a közgazdasági feltételrendszereket, amelyekbe a vállalkozó belép.”⁶⁶ [Ehhez hasonlóan önmagában az, hogy valamely foglalkozás gyakorlója nem várakozhat ingyenesen a lakóhelye közelében az általa üzemeltetett gépjárművel, nem zárja ki a vállalkozáshoz való alapvető joga érvényesítését (sem), sőt az azzal közvetlen összefüggésbe sem hozható.]⁶⁷ Nem alkotmányellenes, ha a már működő vállalkozás 180 napon belül köteles telepengedélyt kérni, akkor is, ha a korábbi szabályozás alapján már kapott engedélyt;⁶⁸ ha engedély nélkül rendezhet és bonyolíthat le vásárlással vagy szolgáltatás igénybevételével egybekötött ajándéksorsolást az, aki rendszeresen saját nevében áruk, szolgáltatások értékesítését végzi;⁶⁹ ha a jogalkotó a közérdekre tekintettel megtiltja egészségügyi intézményben a temetkezési szolgáltatással összefüggő ügyintézt, a temetés felvételét (a megrendelést), azaz az ún. temetési szolgáltatásokat, és korlátozza a szolgáltatás reklámozását;⁷⁰ a hűtlen kezelés bűncselekményre nyilvánítása a társaság (akár a saját tulajdonában álló egyszemélyes társaság) vagyongazdálkodójával szemben, aki a társaság – tőle független – vagyonával sajátjaként rendelkezik;⁷¹ illetve a gazdasági társaságokról szóló 1997. évi CXLIV. törvény (Gt.) azon egykori szabálya,⁷² miszerint vezető tisztségviselővé egy személy egyidejűleg legfeljebb három gazdasági társaságnál választható meg.⁷³ Szintén nem alkotmányellenes, ha a fő tevékenysége szerint ingatlanforgalmazásra jogosult vállalkozó mindaddig nem vehet igénybe illetékkedvezményt, amíg cégbizonyítvánnyal nem igazolja jogosultságát, vagyis ha a cégbírósági bejegyzés alatt álló, előtársaságként működő vállalkozásokat a kedvezmény nem illeti meg;⁷⁴ ha a köztartozás hiányára vonatkozó igazolás beszerzése a feltétele a annak, hogy

szerzett információi, ismeretei jórészt nem hasznosíthatók magánnyomozóként.” 3/2001. (I. 31.) AB határozat, ABH 2001, 68, 81.] Érdekes, hogy egy későbbi határozatában az Alkotmánybíróság szintén egy kétévi várakozási időt tartalmazó moratóriumszabályt vizsgált, és – a fentiekkel összhangban – arra jutott, hogy nem alkotmányellenes az ügyvédekről szóló 1998. évi XI. törvény 7. §-ában foglalt azon előírás, miszerint az ügyvéd 2 évig nem járhat el *annál* a bíróságnál, ügyészségnél vagy nyomozó hatóságnál, amelynél az ügyvédi kamarai tagsága előtt bíró, ügyész vagy a nyomozó hatóság tagja volt. (Vö: 365/B/2000. AB határozat.) A jogtanácsosokra vonatkozóan (korábbi bírósági és ügyészségi jogviszonyaik tekintetében) ehhez hasonlólt mondott ki az Alkotmánybíróság, elismerve a jogtanácsosi tevékenység e relatív korlátozására vonatkozó, a jogtanácsosi tevékenységről szóló 1983. évi 3. törvényerejű rendeletben előírt kétéves, jogi képviselőként történő eljárásra irányadó moratóriumot; vö.: 52/1996. (XI. 14.) AB határozat.

⁶⁵ 536/B/1999. AB határozat, ABH 2001, 1339, 1342.

⁶⁶ 1538/B/1996. AB határozat, ABH 2001, 1198, 1206.

⁶⁷ 407/E/2001. AB határozat, ABH 2003, 1667, 1669.

⁶⁸ 1011/B/1999. AB határozat.

⁶⁹ 1055/B/1998. AB határozat.

⁷⁰ 1042/B/1999. AB határozat.

⁷¹ 481/B/1999. AB határozat.

⁷² Gt. 22. § (1) bekezdés.

⁷³ Vö.: 793/B/2001. AB határozat.

⁷⁴ 1416/D/1996. AB határozat. Ugyanígy: azon szabályozás, amely az illetékkedvezményre való jogosultság vonatkozásában az üzletszerű ingatlanforgalmazás főtevékenységként történő végzését cégbizonyítvánnyal való igazoláshoz köti, nem alkotmányellenes. (141/B/2003. AB határozat.) Továbbá az, hogy az ingatlanforgalmazó

valaki taxiengedélyt kapjon;⁷⁵ ha a járulékfizetési kötelezettség nem teljesítése esetén az adóhatóság – hasonlóan a gazdasági társaságok felszámolása kezdeményezésének jogához – az egyéni vállalkozók vállalkozói igazolványa visszavonását is kezdeményezheti;⁷⁶ ha – a körbetartozás elkerülése és az alvállalkozók jogainak védelme érdekében – az építetővel szerződéses viszonyban álló vállalkozó kivitelező az építési szerződésben foglalt kötelezettsége maradéktalan teljesítéséről benyújtott végszámla teljes körű kiegyenlítésére csak akkor jogosult, ha a kötelezettsége teljesítésében részt vevő alvállalkozó kivitelezők követelésének kiegyenlítését hiánytalanul igazolja;⁷⁷ ha kizárható a közbeszerzésből, aki korábban meghatározott időn (a konkrét alkotmánybírósági határozat alapjául szolgáló esetben 5 éven) belül jogerős közigazgatási hatósági (versenyhatósági) vagy bírósági döntésben megállapítottan versenyjogi jogsértést követett el;⁷⁸ ha a felszámolás alatt álló gazdasági társaság már a felszámolás elrendeléséről szóló, nem jogerős első fokú határozat után sem köthet új ügyleteket,⁷⁹ illetve ha a fizetéseképtelenné váló gazdasági társaság vezető tisztségviselője bizonyos ideig nem lehet más gazdasági társaság vezető tisztségviselője;⁸⁰ illetve ha a szerencsejáték-szervező engedélyét a szerencsejáték-felügyeleti hatóság a játékadó bevallásával vagy megfizetésével kapcsolatos kötelezettsége teljesítésének elmulasztása esetén felfüggesztheti.⁸¹

A foglalkoztatási követelményekre vonatkozóan mondta ki az Alkotmánybíróság azt, hogy alkotmányosnak tekinthető azon rendelkezés, mely kizárja, hogy a közjegyző e hivatásának gyakorlásával egyidejűleg helyi önkormányzati képviselői tisztséget is betöltsön. Ezen összeférhetlenségi szabály ugyanis nem a közjegyzői hivatás (foglalkozás) szabad megválasztása elé emel korlátot, hanem pusztán annak ideiglenes gyakorlását korlátozza azon közjegyzők esetében, akik a helyi önkormányzati választásokon képviselő-jelöltként indulnak, illetve akiket helyi önkormányzati képviselővé megválasztanak.⁸² Ugyanez a helyzet más

terhére pótlólag előírják a kedvezményes illeték és az egyébként fizetendő visszerthes vagyonaátruházási illeték különbözetének kétszeresét, ha a továbbeladás céljából vásárolt ingatlant két éven belül nem adta el, illetve ezt a törvény által előírt módon nem igazolta, úgyszintén nem alkotmányellenes. (Vö.: 338/B/2003. AB határozat.) Ugyanez a helyzet azzal, ha az illetéktörvény csak azt a vállalkozót részesíti illetékkedvezményben, aki értékesítés céljára épít új lakást. (1197/B/2006. AB határozat.)

⁷⁵ 930/B/2001. AB határozat.

⁷⁶ 340/B/1995. AB határozat.

⁷⁷ 397/B/2010. AB határozat.

⁷⁸ 1078/B/2006. AB határozat.

⁷⁹ 778/D/2010. AB határozat.

⁸⁰ A gazdasági társaságokról szóló 1997. évi CXLIV. törvény 23. § (3) bekezdése a kérdéses időben úgy rendelkezett, hogy „a gazdasági társaság fizetéseképtelenségének jogerős megállapítását (a felszámolás elrendelését) követő három évig nem lehet más gazdasági társaság vezető tisztségviselője az, aki a felszámolást elrendelő jogerős végzés meghozatalának napját megelőző két évben legalább egy évig a felszámolásra került társaságnál vezető tisztségviselő volt, kivéve, ha a vezető tisztségviselői megbízatására kifejezetten a felszámolás elkerülése érdekében került sor”. E szabályt az Alkotmánybíróság 732/B/2003. AB határozatával nem találta alkotmányellenesnek.

⁸¹ Vö.: 36/B/2003. AB határozat.

⁸² 575/B/1999. AB határozat, ABH 2004, 1337, 1350. Részletesebben kifejtve: „A közjegyzői foglalkozás gyakorlásának korlátozása abban áll, hogy az érintett közjegyzők közjegyzői szolgálata – a kampányidőszakban, illetve megválasztásuk esetén a mandátumuk megszűnéséig – „ex lege” szünetel, s a szünetelés időtartama alatt e foglalkozásukat nem gyakorolhatják. E korlátozás azonban a közjegyzői foglalkozás gyakorlását nem önmagában véve, hanem egy más tevékenység, az önkormányzati képviselői tisztség egyidejű betöltésére nézve, és oly módon korlátozza, hogy meghagyja a közjegyző döntési szabadságát abban, hogy e hivatását folytatja-e (megszüntette közjegyzői szolgálata szüneteltetését), vagy önkormányzati képviselő tisztséget töltson-e be (közjegyzői szolgálatának szünetelése mellett). A közjegyző szabadon dönthet arról, hogy kívánja-e képviselőként jelöltetni magát az önkormányzati választásokon, illetve arról is, hogy megválasztása esetén kíván-e önkormányzati képviselőként tevékenykedni. A vitatott összeférhetlenségi szabály a szünetelés jogintézményével nem kötelezi a közjegyzőt tevékenysége megszüntetésére, amennyiben tehát a közjegyzőt nem választják meg helyi önkormányzati képviselővé (illetve megválasztása esetén mandátumának lejártát követően)

összeférhetetlenségi szabályokkal is, ha azoknak van az adott jogviszonnyal összefüggő, védhető jogpolitikai indoka.⁸³ Bár az indítványozó nem kifejezetten a vállalkozáshoz való jogra, hanem a munka és a foglalkozás szabad megválasztásának jogára hivatkozott, de lényegében e körbe sorolható az Alkotmánybíróság 58/B/2011. AB határozata is, melyben a testület kimondta, hogy alkotmányos az a szabályozás, miszerint ha az ügyvéd az ügyvédi kamarai tagdíjat vagy a felelősségbiztosítás díját nem fizeti meg, és emiatt kizárják a kamarából, úgy a tagság megszűnését kimondó határozat meghozatalától számított egy éven belül nem nyújthat be újabb felvételi kérelmet a kamarához, azaz ezt követően legalább egy évig nem lehet újra ügyvéd. Az Alkotmánybíróság szerint e szabályozás szükséges, hiszen a szankció lehetősége nélkül a kamarai tagdíj elmaradása miatti kizárás intézménye kiüresedne, a felelősségbiztosítás hiánya pedig rombolná az ügyvéd és az ügyfél közti bizalmat; és arányos is, mivel „a jogászi hivatástól nem, csak az ügyvédi kamarai tagságtól, azt is csak átmeneti időre zárja el a tagdíj-, biztosítási díjfizetési fegyelmet elmulasztó ügyvédet”.⁸⁴

Az árszabályozással kapcsolatban fogalmazott meg alkotmányos szempontokat a testület a 19/2004. (V. 26.) AB határozat alapjául szolgáló ügyben. Itt a gyógyszerpiacot érintő egyes rendelkezések alkotmányosságáról kellett döntenet, mely kérdések egyike az volt, hogy a hatósági árszabályozás sérti-e vállalkozáshoz való jogot és a gazdasági verseny szabadságát, illetve általánosságban a piacgazdaságot. Az Alkotmánybíróság kimondta, hogy *bizonyos közvetlen állami árbeavatkozásra még a piacgazdaság körülményei között is szükség lehet, főként akkor, ha a piaci mechanizmusok szabad érvényesülése a közérdekkel ellentétes magatartáshoz vezetne vagy a kivételes állami beavatkozás éppen a verseny érdekében*

nem kell ismételtlen a hivatás gyakorlásához szükséges jogszabályi feltételeket igazolni, és a kamarai tagságot helyreállítani. Az Alkotmánybíróság a fenti korlátozás alkotmányosságának a vizsgálata során tekintettel volt továbbá azon korábbi határozataira is, amelyek a közjegyzők jogállamban betöltött szerepét vizsgálták. E határozataiban az Alkotmánybíróság rámutatott arra, hogy a közjegyzők az igazságszolgáltatási tevékenységhez közel álló, ahhoz szorosan kapcsolódó jogalkalmazói tevékenységet végeznek. A közjegyzői tevékenység részét képezi meghatározott körben (hagyatéki eljárások, értékpapírok megsemmisítésére vonatkozó eljárás) a nemperes eljárások lefolytatása is. Mindezekből következően a közjegyzői hivatással szembeni alapvető követelményt jelent a függetlenség és a pártatlanság. A közjegyzői hivatás esetében a független és pártatlan jogalkalmazói tevékenység követelménye értelemszerűen indokolja azt, hogy e hivatást ne lehessen egyidejűleg gyakorolni a helyi önkormányzati képviselői tisztséggel. A közjegyző, amikor a helyi önkormányzati választásokon jelöltként indul, részt vesz a kampányban, képviselővé választását követően pedig a helyi közösség érdekében fejt ki politikai tevékenységet a képviselő testület tagjaként. A jogalkotó a vitatott összeférhetetlenségi szabály megalkotásával a közjegyzőt nem zárta el annak a lehetőségétől, hogy a helyi közügyek vitelében részt vegyen, a helyi közösség érdekében helyi önkormányzati képviselőként politikai tevékenységet fejtsen ki. Az Alkotmánybíróság álláspontja szerint a támadott összeférhetetlenségi szabály nem tekinthető az indítványozó által megjelölt, az Alkotmány 70/B. § (1) bekezdésében foglalt jogokat alkotmányellenesen korlátozó rendelkezésnek. A közjegyzői hivatás függetlenségének és pártatlanságának biztosítása érdekében a szükséges és arányos mértékben korlátozza – a közjegyzői szolgálat szünetelésének a jogintézményén keresztül – a közjegyzői foglalkozás gyakorlását.” [575/B/1999. AB határozat, ABH 2004, 1337, 1350-1351.]

⁸³Az 1217/B/2007. AB határozat pl. alkotmányosnak ismerte el, ha a jogalkotó – a betegek érdekében – összeférhetetlenségi szabállyal korlátozza a gyógyszerismertetői tevékenység folytatását, vagyis nem teszi lehetővé az utóbbi tevékenységet akkor, ha az ismertető személy egészségügyi szolgáltatóval egészségügyi tevékenység végzésére, abban történő közreműködésre jogosító jogviszonyban áll. „Az érintett személynek választási lehetősége van: vagy a gyógyszerismertetői tevékenységet választja és az egészségügyi tevékenység végzésére irányuló jogviszonyát megszünteti (szünetelteti), vagy fordítva. (...) Jelen esetben tehát nem beszélhetünk objektív akadályról, hisz nem bárki számára elérhetetlen a gyógyszerismertetői, illetve az egészségügyi dolgozói tevékenység, hanem csupán ugyanaz a személy egyszerre e kétféle tevékenységet nem végezheti.” (1217/B/2007. AB határozat, ABH 2011, 1759, 1766.) Ennek ugyanis legitim indoka van, az ugyanis a gyógyszerpiac védelmét (és a betegek biztonságát) szolgálja: „Mivel a gyógyszerismertetői tevékenység munkaviszony vagy munkavégzésre irányuló egyéb jogviszony keretében folytatható, fennáll a reális veszélye annak, hogy e jogviszony keretében a gyógyszerismertető olyan (munkáltatói) utasítást kap, amely ellentétben áll a beteg fenti érdekeivel.” (1217/B/2007. AB határozat, ABH 2011, 1759, 1768.)

⁸⁴ 58/B/2011. AB határozat, ABH 2011, 2335, 2338.

történik.⁸⁵ Az Alkotmánybíróság szerint: „A Kormány – alkotmányos keretek között – bizonyos szabadságot élvez az árakra vonatkozó rendelkezéseket illetően. (...) Az Alkotmányból az állami beavatkozás nagysága, ereje, még kevésbé annak tilalma közvetlenül nem vezethető le. (...) Az Alkotmánybíróság ezért elvontan, általános ismérvvvel csak a szélső esetekre korlátozottan határozhatja meg >> az állami beavatkozás<< kritikus nagyságát, amelynek túllépése már – a piacgazdaság sérelme miatt – alkotmányellenes. Az a beavatkozás minősíthető így, amely fogalmilag és nyilvánvalóan kizárná a piacgazdaság létét; például az általános államosítás és a szigorú tervgazdálkodás bevezetése. A >> piacgazdaság<< ugyanezen korlátok között jön számításba a gazdasági >> rendszert << leíró, illetve meghatározó jogok és intézmények értelmezésénél is. Ezek: a tulajdonhoz való jog, a köztulajdon és magántulajdon egyenlősége; a vállalkozás joga, a versenyszabadság (...)”⁸⁶ Ennek megfelelően az árakba való beavatkozásnak többféle, akár viszonylag széles körben is alkalmazott, alkotmányosan megengedett formája lehet (pl. akár a fogyasztók számára megfelelő árak biztosítása révén).^{87 88}

A testület az adókedvezmények alkotmányosságáról is állást foglalt a vállalkozáshoz való jog tekintetében. A 883/B/2002. AB határozatban a személyi jövedelemadóról szóló 1995. évi CXVII. törvény egyik, adókedvezményt megállapító rendelkezésének alkotmányosságát bírálta el, mely norma a magánszemélyek összevont adóalap adóját csökkentő kedvezmény igénybevételét meghatározott feltételek fennállása esetében⁸⁹ lehetővé tette. Az Alkotmánybíróság – utalva 61/1992. (XI. 20.) AB határozatára – ismét leszögezte, hogy az állam által biztosított adókedvezmények meghatározásánál a jogalkotót széleskörű mérlegelési jog illeti meg.⁹⁰ Kifejtette továbbá, hogy a kedvezményekre vonatkozó jogszabályi rendelkezések alkotmányossági felülvizsgálata során az Alkotmánybíróság hatáskörébe kizárólag annak vizsgálata tartozik, hogy a jogalkotó mérlegelési jogának gyakorlása során nem került-e ellentétbe az Alkotmány valamely rendelkezésével. Az Alkotmánybíróság nem jogosult a jogalkotói mérlegelés célszerűségi, pl. gazdaságpolitikai szempontú felülbírálatára.⁹¹

Szintén nem alkotmányellenes, ha bizonyos vállalkozókra (az adott vállalkozók mindegyikére, míg más vállalkozásokra nem) a jogalkotó valamilyen közteher-viselési kötelezettséget ír elő. Így a bortörvény⁹² azon előírása, mely ún. borforgalmi járulék megfizetését írja elő a borforgalmazók számára,⁹³ vagy a Gyftv.⁹⁴ azon rendelkezése, mely

⁸⁵ Vö.: 19/2004. (V. 26.) AB határozat, ABH 2004, 321, 339.

⁸⁶ 19/2004. (V. 26.) AB határozat, ABH 2004, 321, 339-340.

⁸⁷ Vö.: 19/2004. (V. 26.) AB határozat, ABH 2004, 321, 341. Továbbá: az alkotmányos „követelményeket nem sérti, a piacgazdaságot végképp lehetetlenné nem teszi, nem zárja ki fogalmilag a piacgazdaság létét, nem jelent általános államosítást és szigorú tervgazdálkodás bevezetését sem. Az árakba való beavatkozásnak határozott törvényi feltételei vannak, a beavatkozás időben korlátozott és nem ismételtető csak akkor, ha a feltételek ismét fennállnak (...)” [19/2004. (V. 26.) AB határozat, ABH 2004, 321, 341.] Így a földgáz díjának jogszabályi megállapítása sem alkotmányellenes. (Lásd: 1146/D/2001. AB határozat.)

⁸⁸ Ugyanezen okok miatt nem találta a testület alkotmányellenesnek a 2006. évi XCVIII. törvény azon szabályozását sem, melynek értelmében a gyógyászati segédeszköz forgalmazója az egészségbiztosítási szerv által a támogatás megállapítására irányuló eljárásban a közfinanszírozás alapjául elfogadott árnál magasabb árat nem köthet ki, illetve a megállapított támogatási összegtől és térítési díjtól nem térhet el – ez ugyanis nem zárja el a gyógyászati segédeszköz forgalmazóját attól, hogy a gyógyászati segédeszköz árát szabadon határozza meg, pusztán az államilag támogatott gyógyászati segédeszközök esetében (a támogatás feltételeként) ír elő – indokolható – többletkötelezettséget. (Vö.: 419/B/2010. AB határozat.)

⁸⁹ Amennyiben az adózó számítógépet, számítástechnikai eszközt meghatározott minisztériumi pályázatok keretében kiválasztott szállítói, illetve ilyen keretek között bevont forgalmazói értékesítéssel szerez meg.

⁹⁰ Vö. még: 360/B/2009. AB határozat.

⁹¹ Vö.: 61/1992. (XI. 20.) AB határozat, ABH 1992, 280, 281.; 883/B/2002. AB határozat, ABH 2004, 1675, 1678.

⁹² 2004. évi XVIII. törvény a szőlőtermesztésről és a borgazdálkodásról.

⁹³ 359/B/2006. AB határozat.

alapján az orvoslátogatóknak ún. „gyógyszerismertetési díjat” kell fizetniük, nem alkotmányellenes,⁹⁵ ahogy a házipénztár megadóztatása és a vállalkozások banki szolgáltatások igénybe vételére kötelezése sem az.⁹⁶ Ez a helyzet a vállalkozáshoz (is) szükséges vagyontárgyak végrehajtás alá vonásával is; a végrehajtás, és az annak érdekében alkalmazott lefoglalás mint a fizetési kötelezettség teljesítésének biztosítéka sem sérti a vállalkozáshoz való jogot.⁹⁷

Az sem alkotmányellenes, ha törvény felhatalmazást ad a helyi önkormányzatok számára arra, hogy azok a vendéglátóhelyek éjszakai nyitva tartását a jövőben korlátozzák. A 282/B/2007. AB határozat szerint az üzletek működésére vonatkozó jogi környezet bizonyos elemének (pl. az éjszakai nyitva tartásnak) önkormányzati rendeletben történő meghatározása „nyilvánvalóan nem akadályozza meg, nem teszi lehetetlenné a vállalkozóvá válást, illetve a meglévő vállalkozások további működését. *A vállalkozáshoz való jognak nem tulajdonítható olyan jelentés, amely szerint a már működő vállalkozásokra vonatkozó jogi környezet módosíthatatlan lenne.*”⁹⁸ Más feltételek előírását hasonló alapon kell mérlegelni; így pl. Hatvan Város Önkormányzata képviselő-testületének azon rendelete, mely meghatározott földrajzi területen meghatározott feltétel – jelen esetben konkrétan melegkonyha üzemeltetése – mellett tette csak lehetővé az éjjeli nyitva tartást a vendéglátó üzletek számára, nem lehetetlenítette el a vállalkozáshoz való jog gyakorlását, így nem volt alkotmányellenes.⁹⁹

További határozataiban az Alkotmánybíróság számos egyéb hivatkozást talált alaptalannak. Így a testület szerint nincs alkotmányossági probléma azzal az önkormányzati rendeleti szabályozással, mely szerint a kéményseprő-ipari közszolgáltatási feladatok teljes körét egy meghatározott gazdasági társaság jogosult kizárólagos jelleggel ellátni;¹⁰⁰ a pénztárgép vagy taxaméter alkalmazásának előírásával, mivel a számítógéppel előállított számlával kapcsolatos követelmények a vállalkozásnak nem személyi, hanem tárgyi feltételeihez kapcsolódnak, és ezek a feltételek nem teljesíthetetlenek;¹⁰¹ illetve a szövetkezet tagjának személyes közreműködését kizárólag két típusú jogviszony (munkaviszony és vállalkozási jogviszony) létrehozására szűkítő törvényi szabályozással.¹⁰² Nem alkotmányellenes az sem, ha jogszabály a társasházi közgyűlés döntésétől teszi függővé a társasházban vállalkozási tevékenység folytatását (azaz törvény meghatározott időben és helyen a vállalkozási tevékenységet közvetve lehetetlenné teszi – ha más helyen azt nem teszi lehetetlenné);¹⁰³ ha törvény alapján családi gazdálkodó csak az lehet, akinek legalább három év óta a bejelentett állandó lakhelye a családi gazdaság központjaként megjelölt településen

⁹⁴2006. évi XCVIII. törvény a biztonságos és gazdaságos gyógyszer- és gyógyászatisegédeszköz-ellátás, valamint a gyógyszerforgalmazás általános szabályairól.

⁹⁵ 192/2010. (XI. 18.) AB határozat.

⁹⁶ 642/B/2006. AB határozat.

⁹⁷ Valójában a konkrét ügyben még ennél is kisebb sérelem merült fel (mely tehát még kevésbé érte el az alkotmányos sérelem szintjét); ugyanis a támadott rendelkezés [a bírósági végrehajtásról szóló 1994. évi LIII. törvény 84. § (1) bekezdése] szerint a foglalkozás gyakorlásához nélkülözhetetlen gépjármű lefoglalásakor csak a törzskönyvet kell lefoglalni, így az adós az értékesítésig a gépjárművét használhatja; azaz a foglalkozás, vállalkozáshoz való joga gyakorlását messze nem tette lehetetlenné. (Vö.: 1361/B/2008. AB határozat)

⁹⁸ 282/B/2007. AB határozat, ABH 2007, 2163, 2168. (Kiemelés tőlem – T.J.Z.)

⁹⁹ 1448/B/2007. AB határozat.

¹⁰⁰ 1073/B/2001. AB határozat.

¹⁰¹ Vö.: 986/B/1999. AB határozat, ABH 2005, 889, 897.

¹⁰² 381/B/1998. AB határozat.

¹⁰³ A társasházról szóló 1997. évi CLVII. törvény úgy rendelkezett, hogy lakóépületben lévő társasházban a közgyűlés legalább 2/3-os szavazattöbbségű határozatával megtilthatja a külön tulajdonban lévő nem lakás céljára szolgáló helyiség használata, hasznosítása módjának megváltoztatását, illetve hogy jogszabályban meghatározott engedélyhez kötött tevékenységhez az engedély akkor adható ki, ha a hatóság felhívására a közgyűlés nem hozott tiltó határozatot. E rendelkezések a testület szerint tehát nem alkotmányellenesek. [Lásd: 3/2006. (II. 8.) AB határozat.]

van;¹⁰⁴ az erdővédelmi törvény azon rendelkezése, mely az erdőbirtokossági társulati tagságot kényszertagságként rendeli el;¹⁰⁵ továbbá a bányászati tevékenység közérdekű célból történő korlátozása.¹⁰⁶ Önmagában szintén nem alkotmányellenes, ha a jogalkotó a vállalkozás elnevezésének szabad megválasztását korlátozza (például ha a „kaszinó” megnevezést kizárólag bizonyos szerencsejáték-szervezők, valamint azok szakmai érdek-képviselői szervezetei használhatják);¹⁰⁷ a jövedéki adóról szóló törvény,¹⁰⁸ ha nem teszi lehetővé ingatlan jövedéki biztosítékul nyújtását;¹⁰⁹ ha a hitelintézetekről és a pénzügyi vállalkozásokról szóló 1996. évi CXII. törvény prudenciális előírásokat tartalmaz (pl. ha a felügyelet bizonyos bankokra, biztosítókra többlet-tőkekövetelményt írhat elő);¹¹⁰ ha a gazdasági reklámtevékenységről szóló 1997. évi LVIII. törvény előírja, hogy tilos közzétenni a szexuális árukon vagy a szexuális áruk üzletén kívül az olyan áru reklámját, amely szexuális ingerkeltésre irányul;¹¹¹ ha az ügyvéd nemcsak megbízás, hanem kirendelés alapján is eljárhat;¹¹² ha a Btk. a prostitúcióra – mint társadalmilag vitatott tevékenységre – épülő tevékenységeket bűncselekménnyé nyilvánítja.¹¹³ Az sem alkotmányellenes, ha önkormányzati rendelet az állattartásra szolgáló épületek esetén kötelező védőtávolságot határoz meg (akkor sem, ha az adott ingatlanon e védőtávolság kialakítása a helyszíni adottságok miatt nem lehetséges, hiszen a vállalkozás /az állattartás/ ettől máshol még folytatható).¹¹⁴ Az állattartásra vonatkozó egyéb szabályokat is megváltoztathatja az önkormányzat; ezek keretében pedig – a jövőre nézve – a tartható haszonállatok számát a település belterületi részén korlátozhatja.¹¹⁵ Továbbá az objektív felelősségen alapuló közigazgatásbírság-fizetési kötelezettség sem érinti a gépjárművek bérbeadásával üzletszerűen foglalkozó vállalkozások e jogát, még ha azok kötelesek is a bérbe adott járművekkel elkövetett szabálysértések miatt kiszabott közigazgatási bírság megfizetésére.¹¹⁶

Megfelelő indok nélkül korlátozta volna ugyanakkor a vállalkozási szabadságot az az elfogadott, de még ki nem hirdetett törvény, melyet Sólyom László akkori köztársasági elnök előzetesnormakontroll-indítványára az Alkotmánybíróság alkotmányellenessé nyilvánított. Ez a Sláger Rádió és a Danubius Rádió frekvenciájára kiírandó pályázatokat lehetetlenítette volna el azzal, hogy a frekvenciahasználati engedélyt újból pályázat nélkül megújíthatóvá nyilvánította volna, így elvonta volna a piacra lépni szándékozó vállalkozások esélyét arra, hogy a frekvenciákat pályázaton nyerhessék el.¹¹⁷

Úgyszintén *alkotmányellenes, ha az önkormányzat olyan mértékű közterület-használati díj fizetésére kötelezi a vállalkozókat, illetve egyes vállalkozókat, amelyek nincsenek arányban a közterület-használat módjával és mértékével.* A 38/1998. (IX. 23.) AB határozatban az Alkotmánybíróság Vámospércs azon rendeleti szabályát semmisítette meg,

¹⁰⁴ 7/2006. (II. 22.) AB határozat.

¹⁰⁵ 599/B/2002. AB határozat.

¹⁰⁶ 368/B/2001. AB határozat. Lásd még: 101/B/2008. AB határozat.

¹⁰⁷ Vö.: 421/B/2006. AB határozat.

¹⁰⁸ 2003. évi CXXVII. törvény a jövedéki adóról és a jövedéki termékek forgalmazásának különös szabályairól.

¹⁰⁹ 1374/B/1997. AB határozat.

¹¹⁰ 1110/B/2009. AB határozat.

¹¹¹ 23/2010. (III. 4.) AB határozat.

¹¹² 952/B/2007. AB határozat.

¹¹³ Az indítványozó szerint ugyanis a prostitúció és a hozzá kapcsolódó büntetni rendelt magatartások (üzletszerű kéjelgés elősegítése, kitarottság, kerítés) „tisztességes és becsületes szakmák”, „hivatásnak”, illetve „munkának” tekintendők, amelyek választása alanyi jog, s amelyek gyakorlását a Btk. alkotmányellenesen korlátozza. Az Alkotmánybíróság nem osztotta ezt az álláspontot. (Vö.: 1165/B/2004. AB határozat, ABH 2007, 1807.)

¹¹⁴ 403/B/2006. AB határozat.

¹¹⁵ 1161/B/2004. AB határozat.

¹¹⁶ 60/2009. (V. 28.) AB határozat.

¹¹⁷ 71/2009. (VI. 30.) AB határozat.

amely a mozgóárusokra vonatkozóan 5000 Ft/nap közterület-használati díjat írt elő. A testület szerint a mozgóárusítást végző vállalkozók által fizetendő közterület-használati díj kiemelkedően magas más, a közterületen kereskedelmi tevékenységet végző vállalkozók tekintetében megállapított közterület-használati díjhoz képest. Elvi jelleggel leszögezte: „A közterület-használati díj a közterület használatának ellenértéke. Ennek megfelelően *a közterület-használat díjának alapvetően a közterület-használat értékét befolyásoló tényezőkhöz (a terület nagysága, a településen belüli elhelyezkedése, a használat módja, időtartama stb.) kell igazodnia.* A közterület-használók között a közterület-használati díj mértéke tekintetében e tényezők alapján tett megkülönböztetés nem tekinthető alkotmányellenesnek. A közterület-használat díjának olyan szabályozása, amely a közterület-használat értékét meghatározó tényezők azonosságát esetén, a szolgáltatástól független, annak értékét nem befolyásoló szempontok alapján kirívóan magas díjfizetési kötelezettséget ír elő egyes vállalkozókra és ezzel megkülönböztetést tesz a közterületet használó vállalkozók között, önkényes, ezért alkotmányellenes.”¹¹⁸ Ahogy az is alkotmányellenes, ha a nem helyi székhelyű (a konkrét esetben nem pécsi) vállalkozók egységesen másfélszer annyit kötelesek fizetni, mint a helyi székhellyel rendelkezők.¹¹⁹ A 120/2009. (XI. 20.) AB határozat az előbbieket alapján egy másik, mozgóbolti árusítást diszkrimináló szabályozást is alkotmányellenesnek nyilvánított: sértette a vállalkozáshoz való jogot, hogy a szabályozás nem az elfoglalt közterület nagyságát és az elfoglalás időtartamát vette alapul (és ez alapján állapított meg több mint négyszázezer forintos évi közterület-használati díjat egy 6 négyzetméteres járműre, ami a többi üzlet díjának nagyjából tízszerese volt).¹²⁰ De *az is alkotmányellenes, ha egy önkormányzat rendeletével eleve kizárja a mozgóbolti árusítást,* mert ez a vállalkozáshoz való jog gyakorlásának más kereskedelmi vállalkozásoknál erőteljesebb (így alkotmányosan nem indokolható) korlátozását jelenti.¹²¹

A bemutatott határozatokból összességében látható, hogy *a jogszabályok alkotmányellenességének megállapítása a vállalkozáshoz való jog sérelme miatt az 1990–2011 közötti időszakban,* az Alkotmány hatálya alatt hozott alkotmánybírói döntésekben *kivételesnek volt tekinthető,* és csak nagyon indokolt esetben hozott az Alkotmánybíróság a jogalkotót elmarasztaló, valamely jogi rendelkezést megsemmisítő döntést. Bár *az Alkotmánybíróság* töretlen gyakorlatában mindvégig alkotmányos alapjogként, azaz alanyi jogi jelleggel is bíró, szubjektív védelmet is implikáló jogként tekintett a vállalkozáshoz való jogra, ám *a védelmi szintet viszonylag magasan szabta meg,* és a legitim cél által indokolt jogpolitikai döntések eredményeként megszületett jogszabályszovegek alkotmányellenességének megállapításához súlyos jogsértést követelt meg.

Értékelő megjegyzésként ehhez annyit tehetünk hozzá, hogy alighanem ez így is van jól: bár a különböző, normatív formában megszülető közhatalmi döntések közül nagyon sok érinti a vállalkozáshoz való jogot, sőt kifejezetten korlátokat állít a vállalkozás szabadsága elé, ám ezt legitim célok elérése érdekében teszi. Lényegében *a vállalkozások jogi szabályozása, a vállalkozásokat körülvevő közgazdasági feltételrendszer jogi körülírása*

¹¹⁸ 38/1998. (IX. 23.) AB határozat, ABH 1998, 454, 456-457. (Mindez ugyanakkor nem jelenti azt, hogy a helyi önkormányzat a közterület-használati díj megállapítása során ne érvényesíthetne helyi gazdaságpolitikai, városképi, városfejlesztési érdekeket is, alapvetően az ún. pozitív diszkrimináción alapulva. Pl. nem alkotmányellenes az a szabályozás, amely a helyi érdekek érvényesítése érdekében díjkedvezményt, mentességet nyújt meghatározott vállalkozói csoportok számára. [Vö.: 20/1998. (V. 22.) AB határozat, ABH 1998, 442, 444.]

¹¹⁹ 38/1998. (IX. 23.) AB határozat.

¹²⁰ Az 1110/B/2010. AB határozat Lengyel-tóti városának azon rendeletét, mely a mozgóbolti árusításra napi 5 000 Ft-os díjat írt elő, csak azért nem semmisítette meg, mert az Alkotmánybíróság utólagos normakontroll keretében kizárólag a hatályos rendelkezéseket vizsgálja, az önkormányzat képviselő-testülete azonban időközben megváltoztatta a támadott önkormányzati rendeletét, és jelentősen lecsökkentette a díj mértékét, amely így az elbírálás időpontjában már nem volt alkotmányellenes.

¹²¹ 198/2010. (XII. 17.) AB határozat, ABH 2010, 1169, 1173.

szükségszerűen behatást jelent a vállalkozók cselekvési szabadságába, ám enélkül az állam a szabályozó funkcióját nem tudná eredményesen ellátni; így valóban csak akkor indokolt egy adott normát alkotmányellenesnek nyilvánítani és megsemmisíteni, ha a vállalkozási jog korlátozása legitim cél nélkül vagy az által nem indokolható módon (azaz szükségtelenül), avagy az elérni kívánt célhoz képest aránytalan korlátozással történik.

Úgy véljük, az Alkotmánybíróság az 1990–2011 közötti időszakban az általa megfogalmazott általános alapjogi tesztet a vállalkozáshoz való jog tekintetében megfelelően, a szóban forgó érdekek megfelelő súlyú figyelembe vételével működtette, mellyel úgy tudta garantálni a vállalkozáshoz való jog érvényesülését, hogy közben nem nyúlt bele az észszerű és indokolt alapon kialakított jogszabályi rendelkezésekbe.

The legal and regulative aspect of the free movement of capital towards the Capital Markets Union

I. Introduction

The free movement of capital – as it is traditionally seen as the fourth freedom, after goods, workers and persons, services and establishment – is a long-standing objective of the European Union, a fundamental freedom at the heart of the single market. Despite the progress that has been made, Europe's capital markets remain fragmented along national lines and European economies remain heavily reliant on the banking sector for their funding needs.² This makes them more vulnerable should bank lending tighten, as happened during the financial crisis. The European economy is as big as the American one, but Europe's equity markets are less than half the size, its debt markets less than a third. More integrated capital markets will lead to efficiency gains and support Europe's ability to fund growth. The establishment of the Capital Markets Union is important, because with a uniform regulation of cross-border investments and – above all, with – the creation of common rules for the covered bond market (€ 2.1 trillion estimated by the Commission) results in a tangible new dimension in the deepening of European integration, and would save EU borrowers an estimated € 1.5 to 1.9 billion annually. The European Fund and Asset Management Association (EFAMA) represents through its 28 member associations and 62 corporate members close to € 23 trillion in assets under management of which € 15.6 trillion managed by 60,174 investment funds at end 2017. Close to 32,000 of these funds were UCITS (Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities) funds, with the remaining 28,300 funds composed of AIFs (Alternative Investment Funds).

The paper summarizes the development of the free movement of capital by describing the provisions of the primary law sources and listing the prominent directives and regulations. The major challenges of the capital liberalisation are demonstrated through the case law of the Court of Justice of the European Union, highlighting the different areas and judgments, legal principles. Finally, the situation of the Capital Market Union initiative and the Action plan are presented in details.

II. Historical preliminaries

At beginning of the creation of the European Economic Community, the Article 67 of the *Treaty of Rome* (25 March 1957) expressly declared, that during the transitional period and to the extent necessary to ensure the proper functioning of the common market, Member States shall progressively abolish between themselves all restrictions on the movement of capital belonging to persons resident in Member States and any discrimination based on the nationality or on the place of residence of the parties or on the place where such capital is invested. To foster these Article 71 contained, that the Member States are endeavour to avoid introducing within the Community any new exchange restrictions on the movement of capital

¹ PhD jur. PhD oec; associate professor, BME-GTK

² European Commission (2015): Action Plan on Building a Capital Markets Union COM(2015) 468 final

and current payments connected with such movements, and shall endeavour not to make existing rules more restrictive. It is interesting, that later the liberalisation of payments can be found in in Article 106: each Member State undertakes to authorise, in the currency of the Member State in which the creditor or the beneficiary resides, any payments connected with the movement of goods, services or capital, and any transfers of capital and earnings, to the extent that the movement of goods, services, capital and persons between the Member States has been liberalised pursuant to this Treaty. Therefore, while Article 67 has released autonomous capital-purpose movements, Article 106 has liberalized the payments related to the flow of other production factors, that is, ancillary natural payments. The legislation for the partial realization of the freedom of movement of capital is based on Article 69 of the Treaty of Rome, which authorized the Council to issue the necessary *directives*:

-EEC Council: First Directive for the implementation of Article 67 of the Treaty, OJ 43, 12.7.1960,

-Council Directive 72/156/EEC of 21 March 1972 on regulating international capital flows and neutralizing their undesirable effects on domestic liquidity, OJ L 91, 18.4.1972,

-Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty, OJ L 178, 8.7.1988.

It was also allowed for some countries to maintain temporary restrictions, but only for a specific period: Ireland, Portugal and Spain until 31 December 1992, and Greece until 30 June 1994. Protocol 32 to the Treaty on European Union (TEU) continues to allow Denmark to maintain existing legislation which restricts the acquisition of second homes by non-residents.

In the *Maastricht Treaty*, Article 63 TFEU prohibits all restrictions on the movement of capital and on payments between the Member States, and between the Member States and third countries. This terminates any limits on intra-EU buying or transferring currencies (transfers in euro are considered as domestic payments³), securities, company shares, stocks, bonds or financial assets, collective investment funds, credits, loans, sureties and guarantees, or government approval requirements for foreign investment.⁴ By contrast, the different types of taxes and or other charges with an equivalent effect on capital (e.g. corporate tax, capital gains tax – personal income tax, or financial transaction tax) are allowed, so long as they do not discriminate by nationality.

In cases where the Member States *restrict* the freedom of capital movement in an unjustified way, the usual infringement procedure set out in Article 258-260 TFEU applies. Some reasonable and rational exceptions and justified restrictions were built into the system, which related mostly to third countries. There was a so-called stand-still clause, because the provisions of Article 63 are without prejudice to the application to third countries of any restrictions which exist on 31 December 1993 under national or Union law adopted in respect of the movement of capital to or from third countries involving direct investment – including in real estate – establishment, the provision of financial services or the admission of securities to capital markets. In respect of restrictions existing under national law in Bulgaria, Estonia and Hungary, the relevant date shall be 31 December 1999. Furthermore, Article 65 reserves the right of Member States to take all requisite measures to prevent infringements of national law and regulations, in particular in the field of taxation and the prudential supervision of

³ This includes all member States of the EU, even those outside the eurozone providing the transactions are carried out in euro. Regulation (EC) No 2560/2001 of the European Parliament and of the Council of 19 December 2001 on cross-border payments in euro, OJ L 344, 28.12.2001

⁴ cf. 88/361/EEC for the implementation of Article 67 of the Treaty Annex I, including (i) investment in companies, (ii) real estate, (iii) securities, (iv) collective investment funds, (v) money market securities, (vi) bonds, (vii) service credit, (viii) loans, (ix) sureties and guarantees (x) insurance rights, (xi) inheritance and personal loans, (xii) physical financial assets (xiii) other capital movements.

financial institutions, or to lay down procedures for the declaration of capital movements for purposes of administrative or statistical information, or to take measures which are justified on grounds of public policy⁵ or public security. (The latter was invoked during the euro area crisis, when Cyprus (2013) and Greece (2015) were forced to introduce capital controls in order to prevent an uncontrollable outflow of capital.) The countries can even apply relevant provisions of their tax law which distinguish between taxpayers who are not in the same situation with regard to their place of residence or with regard to the place where their capital is invested. Articles 75 and 215 TFEU provide for the possibility of financial sanctions either to prevent and combat terrorism or based on decisions adopted within the framework of the common foreign and security policy.

Overview of exceptions stipulated in the Treaty

Specific exceptions of the Treaty		General exceptions of the Treaty
Free movement of capital - 63 TFEU	Third-country restrictions (grandfathered provisions) 64(1)TFEU	Restrictions on property ownership - 345 TFEU
	Tax differentiation 65(1)(a)TFEU	National security 346 TFEU
	Prudential measures 65(1)(b)TFEU	Defence 346 TFEU
	Public policy and public security 65(1)(b)TFEU	Financial sanctions 75 and 215 TFEU
Right of establishment 49-55 TFEU		General interest - CJEU jurisprudence

Source: Own compilation based on Treaty on the Functioning of the European Union and Kiefer Alonso Betina (2017): Legal basis for the free movement of capital

The legislation was continued by the following *major directives and regulations*:

- Regulation (EC) No 2560/2001 of the European Parliament and of the Council of 19 December 2001 on cross-border payments in euro, OJ L 344, 28.12.2001,
- Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, OJ L 345, 31.12.2003
- Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC, OJ L 319, 5.12.2007, so-called Payment Services Directive (PSD)
- Regulation (EC) No 924/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on cross-border payments in the Community and repealing, OJ L 266, 9.10.2009,
- Directive 2011/61/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011 on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2003/41/EC and 2009/65/EC and Regulations (EC) No 1060/2009 and (EU) No 1095/2010, OJ L 174/1, 1.7.2011
- Regulation (EU) No 260/2012 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2012 establishing technical and business requirements for credit transfers and direct debits in euro and amending Regulation (EC) No 924/2009, OJ L 94, 30.3.2012,

⁵ Article 144 TFEU Where a sudden crisis in the balance of payments occurs and a decision within the meaning of Article 143 (2) is not immediately taken, a Member State with a derogation may, as a precaution, take the necessary protective measures.

- Regulation (EU) No 345/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on European venture capital funds. OJ L 115/1, 25.4.2013
- Regulation (EU) No 346/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on European social entrepreneurship funds, OJ L 115/18, 25.4.2013
- Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, OJ L 337, 23.12.2015.

III. Jurisdictions and the practice of the European Court

The Court of Justice of the European Union is charged with the task of interpreting the provisions related to the free movement of capital, and extensive case law exists in this area.⁶ The European Commission's Case Law Guide – Free Movement Of Capital is a practical orientation tool which explains the meaning and the scope of the rules on free movement of capital through the wording of the European Court of Justice.⁷ This compilation classifies the major and governing cases and judgments into seven categories:

- capital movements and payments definitions: general definition of capital movements and payments, examples of capital movements (direct investments, investments in real estate, operations in securities, operations to liquidate or assign assets built up, financial loans and credits, operation in units of collective investment undertakings, sureties and other guarantees, gifts and endowments, inheritances, taxation);
- territorial scope of article 63 TFEU: general principle, inter-state movements of capital, movement between EU member state and a third country;
- the direct effect of article 63 TFEU: vertical direct effect, cases with a private individual as a defendant;
- definition of restrictions: general definition of restrictions, restrictions according to their effects (directly, indirectly and non discriminatory measures);
- types of restrictive measures divided by sector: direct investments, investments in real estate, operations in securities and in units of collective investment undertakings, financial loans and credits, taxation, physical import and export of financial assets, inheritances;
- exceptions to the free movement of capital: article 64 TFEU (grandfather clause), article 65 TFEU (exception clause), case law justifications (emergency brake), proportionality, article 66 TFEU (restrictive measures against third countries justified by economic reasons), article 75 TFEU (freezing of funds to prevent and combat terrorism);
- relationship with other treaty articles: article 49 TFEU (freedom of establishment), article 56 TFEU (freedom to provide services), article 344 TFEU (exclusive jurisdiction clause), article 345 TFEU (principle of the neutrality of the treaties in relation to the rules in member states governing the system of property ownership), article 351 TFEU (obligation for member states to abolish all previous provisions incompatible with the treaties).

Although the Treaty does not define the terms “movements of capital”, the nomenclature in respect of movements of capital annexed to Directive 88/361/EEC,⁸ which

⁶ Király Miklós (2003): Az Európai Közösség kereskedelmi joga. KJK-KERSZÖV, p. 117.

⁷ European Commission (2016): Case Law Guide of the European Court of Justice on articles 63 et seq. TFEU – Free Movement Of Capital

⁸ Judgment of the Court of 4 June 2002. *Commission of the European Communities v French Republic*. Failure by a Member State to fulfil its obligations - Articles 52 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 43 EC) and 73b of the EC Treaty (now Article 56 EC) - Rights attaching to the 'golden share held by the French Republic in Société Nationale Elf-Aquitaine. Case C-483/99. § 36.

list set out therein is not exhaustive.⁹ The physical transfer of assets falls not under Articles 30 and 59 but under Article 67 and the directive implementing that provision,¹⁰ and the physical export of means of payment cannot itself be regarded as a capital movement involving direct investment (including in real estate), establishment, the provision of financial services or the admission of securities to capital markets.¹¹ Means of payment are not to be considered as goods falling within the terms of Articles 30 to 37 of the treaty, these provisions do not, therefore, apply to silver alloy coins which are legal tender in a member state, gold coins such as Krugerrands which are produced in a non-member country but which circulate freely within a member state.¹² Current payments are transfers of foreign exchange which constitute the consideration within the context of an underlying transaction, whilst movements of capital are financial operations essentially concerned with the investment of the funds in question rather than remuneration for a service. The physical transfer of banknotes may not, therefore, be classified as a movement of the capital where the transfer in question corresponds to an obligation to pay arising from a transaction involving the movement of goods or services.¹³ Direct investment in the form of participation in an undertaking by means of a shareholding or the acquisition of securities on the capital market constitute capital movements.¹⁴

Measures were taken by Member State which are liable to dissuade its residents from obtaining loans or making investments in other Member States constitute restrictions on movements of capital within the meaning of that provision.¹⁵ A provision of national law which makes a direct foreign investment subject to prior authorisation constitutes a restriction on the movement of capital within the meaning of Article 73b (1) of the Treaty.¹⁶ Accordingly, a procedure of prior authorisation, such as that under the TGVG 1996, which entails, by its very purpose, a restriction on the free movement of capital, can be regarded as compatible with Article 56 EC only on certain conditions.¹⁷ But in the same case, it was declared, that

⁹ Judgment of the Court of 16 March 1999. - *Manfred Trummer and Peter Mayer*. - Reference for a preliminary ruling: Oberster Gerichtshof - Austria. - Free movement of capital - National prohibition on the creation of a mortgage in a foreign currency - Interpretation of Article 73b of the EC Treaty. - Case C-222/97. § 21.

¹⁰ Judgment of the Court of 23 February 1995. - Criminal proceedings against *Aldo Bordessa and Vicente Mari Mellado and Concepción Barbero Maestre*. - References for a preliminary ruling: Audiencia Nacional - Spain. - Directive 88/361/EEC - Authorization for the transfer of money in the form of banknotes. - Joined cases C-358/93 and C-416/93. § 13.

¹¹ Judgment of the Court of 14 December 1995. Criminal proceedings against *Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez and Figen Kapanoglu*. References for a preliminary ruling: Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional - Spain. Capital movements - Non-member countries - National authorization for the transfer of banknotes. Joined cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94.

¹² Judgment of the Court of 23 November 1978. - *Regina v Ernest George Thompson, Brian Albert Johnson and Colin Alex Norman Woodiwiss*. - Reference for a preliminary ruling: Court of Appeal (England) - United Kingdom. - Means of payment and movements of capital. - Case 7/78. § 26-27.

¹³ Judgment of the Court of 31 January 1984. - *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro*. - References for a preliminary ruling: Tribunale civile e penale di Genova - Italy. - Invisible transactions - National control requirements. - Joined cases 286/82 and 26/83. § 21-22.

¹⁴ Judgment of the Court of 4 June 2002. *Commission of the European Communities v Portuguese Republic*. Failure by a Member State to fulfil its obligations - Articles 52 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 43 EC) and 73b of the EC Treaty (now Article 56 EC) - System of administrative authorisation relating to privatised undertakings. Case C-367/98. § 38.

¹⁵ Judgment of the Court of 14 November 1995. - *Peter Svensson et Lena Gustavsson v Ministre du Logement et de l'Urbanisme*. - Reference for a preliminary ruling: Conseil d'Etat - Grand Duchy of Luxemburg. - Free movement of capital - Freedom to provide services - Interest rate subsidy on building loans - Loan by a credit institution not approved in the Member State granting the subsidy. - Case C-484/93. § 10.

¹⁶ Judgment of the Court of 14 March 2000. - *Association Eglise de scientologie de Paris and Scientology International Reserves Trust v The Prime Minister*. - Reference for a preliminary ruling: Conseil d'Etat - France. - Free movement of capital - Direct foreign investments - Prior authorisation - Public policy and public security. - Case C-54/99. § 14.

¹⁷ Judgment of the Court of 1 June 1999. *Klaus Konle v Republik Österreich*. Reference for a preliminary ruling:

Section 10(2) of the TGVG 1993, which exempts only Austrian nationals from having to obtain authorisation before acquiring a plot of land creates a discriminatory restriction against nationals of other Member States in respect of capital movements.

The golden shares (especially if they are owned by the state) is a crucial point in the free movement of capital. Paragraph 4(3) of the VW Law thus creates an instrument enabling the Federal and State authorities to procure for themselves a blocking minority (20 %) allowing them to oppose important resolutions. By limiting the possibility for other shareholders to participate in the company with a view to establishing or maintaining lasting and direct economic links with it which would make possible effective participation in the management of that company or in its control, this situation is liable to deter direct investors from the other Member States. It must, therefore, be held that the combination of Paragraphs 2(1) and 4(3) of the VW Law constitutes a restriction on the movement of capital within the meaning of Article 56(1) EC, and it is disproportionate for the government's stated aim of protecting workers or minority shareholders.¹⁸ Similarly, in so far as the national measures at issue entail restrictions on freedom of establishment, such restrictions are a direct on sequence of the obstacles to the free movement of capital, to which they are inextricably linked. Portugal infringed free movement of capital by retaining golden shares in Portugal Telecom that enabled disproportionate voting rights, by creating a deterrent effect on portfolio investments and reducing the attractiveness of an investment.¹⁹

IV. Capital Markets Union

Within the building on the Investment Plan for Europe, for a closer integration of capital markets,²⁰ on 30th September 2015, the Commission adopted the *Action Plan on Building a Capital Markets Union* (CMU) setting out a list of key measures to achieve a true single market for capital in Europe, which deepens the existing Banking Union,²¹ because this revolves around disintermediated, market-based forms of financing, which should represent an alternative to the traditionally predominant (in Europe) bank-based financing channel.²² The EU's political and economic context²³ call for strong and competitive capital markets to finance the EU economy.²⁴ The CMU project is a political signal to strengthen the Single

Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien - Austria. Freedom of establishment - Free movement of capital - Articles 52 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 43 EC) and 56 EC (ex Article 73b) - Authorisation procedure for the acquisition of immovable property - Article 70 of the Act concerning the conditions of accession of the Republic of Austria - Secondary residences - Liability for breach of Community law. Case C-302/97. § 39. and § 23.

¹⁸ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 23 October 2007. *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*. Failure of a Member State to fulfil obligations - Article 56 EC - Legislative provisions concerning the public limited company Volkswagen. Case C-112/05. § 50-59

¹⁹ Judgment of the Court (First Chamber) of 8 July 2010 - *European Commission v Portuguese Republic* (Failure of a Member State to fulfil obligations - Articles 56 EC and 43 EC - Free movement of capital - Portuguese State's 'golden' shares in Portugal Telecom SGPS SA - Restrictions on the acquisition of holdings and on the management of a privatised company - State measure) Case C-171/08. § 80

²⁰ Ruediger Veil, Philipp Koch (2012): Towards a Uniform European Capital Markets Law: Proposals of the Commission to Reform Market Abuse. in Bucerius Law School Working Paper No. 1/2012

²¹ Csaba László (2018): Tőkepiaci unió vagy szabadságharc? in *Közgazdasági Szemle*, LXV. évf., 2018. május

²² Vincenzo Bavoso (2017): Capital Markets, Debt Finance and the EU Capital Markets Union: A Law and Finance Critique. University of Manchester, p. 7.

²³ Lucia Quaglia, David Howarth, Moritz Liebe (2016): The Political Economy of European Capital Markets Union in *JCMS-Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, No. S1, 2016, p. 185-203.

²⁴ European Commission (2017): on the Mid-Term Review of the Capital Markets Union Action Plan COM(2017) 292 final

Market as a project of all 28 Member States,²⁵ instead of just the Eurozone countries, and sent a strong signal to the UK to remain an active part of the EU, before Brexit.²⁶The goals are widely acceptable: boosting investments, growth and employment; reducing financial fragmentation between member states; and establishing more integrated, efficient and competitive financial markets.

²⁵ Danny Busch (2017): A capital markets union for a divided Europe. SSRN Electronic Journal

²⁶ Wolf-Georg Ringe (2015): Capital Markets Union for Europe - A Political Message to the UK. in Law and Financial Markets Review 9 (2015), p. 5 and Oxford Legal Studies Research Paper No. 26/2015

Actions and indicative timeline

Financing for innovation, start-ups and non-listed companies	
Promote innovative forms of corporate financing - Report on crowdfunding	Q1 2016
Support venture capital and equity financing - Proposal for pan-European venture capital fund-of-funds and multi-country funds	Q2 2016
Overcome information barriers to SME investment - Strengthen feedback given by banks declining SME credit applications	Q2 2016
Revise EuVECA and EuSEF legislation	Q3 2016
Develop a coordinated approach to loan origination by funds and assess the case for a future EU framework	Q4 2016
Study on tax incentives for venture capital and business angels	2017
Map out existing local or national support and advisory capacities across the EU to promote best practices	2017
Investigate how to develop or support pan-European information systems	2017
Making it easier for companies to enter and raise capital on public markets	
Strengthen access to public markets - Proposal to modernise the Prospectus Directive	Q4 2015
Support equity financing Address the debt-equity bias, as part of the legislative proposal on Common Consolidated Corporate Tax Base	Q4 2016
Review regulatory barriers to SME admission on public markets and SME Growth Markets	2017
Review EU corporate bond markets, focusing on how market liquidity can be improved	2017
Investing for long term, infrastructure and sustainable investment	
Review of the CRR for banks, making changes on infrastructure calibrations, if appropriate	Ongoing
Support infrastructure investment - Adjust Solvency II calibrations for insurers' investment in infrastructure and European Long Term Investment Funds	Q3 2015
Ensure consistency of EU financial services rulebook - Call for evidence on the cumulative impact of the financial reform	Q3 2015
Fostering retail and institutional investment	
Increase choice and competition for retail - Green Paper on retail financial services and insurance	Q4 2015
Consultation on the main barriers to the cross-border distribution of investment funds	Q2 2016
Support saving for retirement - Assessment of the case for a policy framework to establish European personal pensions	Q4 2016
Help retail investors to get a better deal - EU retail investment product markets assessment	2018
Expand opportunities for institutional investors and fund managers - Assessment of the prudential treatment of private equity and privately placed debt in Solvency II	2018
Leveraging banking capacity to support the wider economy	
Strengthen local financing networks - Explore the possibility for all Member States to authorise credit unions outside the EU's capital requirements rules for banks	Ongoing
Build EU securitisation markets - Proposal on simple, transparent and standardised (STS) securitisations and revision of the capital calibrations for banks	Q3 2015
Support bank financing of the wider economy - Consultation on an EU-wide framework for covered bonds and similar structures for SME loans	Q3 2015
Facilitating cross-border investing	
Strengthen supervisory convergence and capital market capacity building - Strategy on supervisory convergence to improve the functioning of the single market for capital	Ongoing
White Paper on ESAs' funding and governance	Q2 2016
Develop a strategy for providing technical assistance to Member States to support capital markets' capacity	Q3 2016
Remove national barriers to cross-border investment - Report on national barriers to the free movement of capital	Q4 2016

Foster convergence of insolvency proceedings - Legislative initiative on business insolvency, addressing the most important barriers to the free flow of capital	Q4 2016
Enhance capacity to preserve financial stability - Review of the EU macroprudential framework	2017
Improve market infrastructure for cross-border investing - Targeted action on securities ownership rules and third-party effects of assignment of claims	2017
Review progress in removing remaining Giovannini barriers	2017
Remove cross-border tax barriers - Best practice and code of conduct for relief-at-source from withholding taxes procedures	2017
Study on discriminatory tax obstacles to cross-border investment by pension funds and life insurers	2017

Source: Own compilation based on European Commission (2015): Action Plan on Building a Capital Markets Union
COM(2015) 468 final

The CMU has a strong impact on competitiveness, according to the Commission calculations, if the integration of the EU venture capital markets were as deep as in the USA, more than € 90 billion of funds would have been available to finance companies between 2009 and 2014. Investment needs are also great – for example, it is estimated that for the EU's transition to a low carbon economy it will need EUR 200 billion of investment per year.²⁷ As a consequence of the CMU, the stronger capital markets will complement Europe's strong tradition of bank financing, and will.²⁸

-unlock more investment from the EU and the rest of the world: the CMU should help mobilise capital in Europe and channel it to all companies, including SMEs, and infrastructure projects that need it to expand and create jobs. It will provide households with better options to meet their retirement goals.

-connect financing more effectively to investment projects across the EU: the CMU is a classic single market project for the benefit of all 28 Member States. Those Member States with the smallest markets and high growth potential have a lot to gain from a better channelling of capital and investment into their projects. More developed market economies will benefit from greater cross-border investment and saving opportunities.

-make the financial system more stable: by opening up a wider range of funding sources and more long-term investment, reduce the vulnerability of EU citizens and companies to banking shocks such as those they were exposed to during the crisis.

-deepen the financial integration and increase competition: more cross-border risk-sharing, deeper and more liquid markets and diversified sources of funding should deepen financial integration, lower costs and increase European competitiveness.

Even the choice of “Union” for capital markets is a clear attempt to create parity of esteem with Economic and Monetary Union and Banking Union and thus to emphasise the importance of the subject and the European Commission's ambitions in this area. On a different scale to these two other ‘Unions’, the institutional content of CMU is smaller (with the possible exception of the strengthening of the powers of supervisory authorities). The other two Unions came into being first through the institutions and institutional mechanisms: EMU was founded on the creation of the European Central Bank (ECB) and the European system of central banks, whilst Banking Union was founded on the supervisory role granted to the ECB, on the Single Supervisory Mechanism (SSM), on resolution structures and on the planned European Deposit Insurance Scheme. The process is different for Capital Markets Union: the European Commission's initiatives will provide some, much needed, momentum, but it will be down to economic agents – savers, companies and the financial community – to transform this into a lasting trend.²⁹ Whereas Banking Union primarily concerns the euro area, CMU applies to all EU countries.³⁰

²⁷ European Commission (2015): Action Plan on Building a Capital Markets Union COM(2015) 468 final

²⁸ European Commission (2015): Action Plan on Building a Capital Markets Union COM(2015) 468 final

²⁹ Laurent Quignon (2018): The challenges of Capital Markets Union. BNP Paribas Eco Conjoncture January 2018

cf. The removal of the term “Community” and its replacement with the term “Union” in the Lisbon Treaty that came into effect on 1 December 2009 was about more than semantics. It recognised the establishment of the legal personality of the European Union and reflected the desire to increase political and economic integration.

³⁰ Christian de Boissieu (2017): The Banking Union Revisited - CMU and the Financing of the Real Economy in Raphaël Douady, Clément Goulet, Pierre-Charles Pradier (2017): Financial Regulation in the EU - From Resilience to Growth. Palgrave Macmillan. pp. 100-101



Source: European Commission (2018) Deepening Europe's Economic and Monetary Union. Commission Note ahead of the European Council and the Euro Summit of 28-29 June 2018.

The Action Plan sets out the measures that will be taken over the next years so that the building blocks of the CMU are in place by 2019. There is no single legislation that will deliver a Capital Markets Union. Instead, there will be a *range of steps* whose impact will cumulatively be significant. The Commission will take forward measures to remove the barriers which stand between investors' money and investment opportunities, and overcome the obstacles which prevent businesses from reaching investors.³¹

- financing for innovation, start-ups and non-listed companies (2016-2017)
- making it easier for companies to enter and raise capital on public markets (2015-2017)
- investing for long-term, infrastructure and sustainable investment (2015)
- fostering retail and institutional investment (2015-2018)
- strengthening banking capacity to support the wider economy and the capacity of EU capital markets- leveraging banking capacity to support the wider economy (2015)
- facilitating cross-border investing (2015-2017).

In 2015 two legislative proposals as immediate steps were introduced, one on establishing a framework high-quality and simple, transparent and standardised (so-called STS label) securitisation,³² and to set out revision of the new prudential calibrations for banks in the Capital Requirements Regulation (CRR), and another on allowing more funding to flow to infrastructure projects. Besides, an adjustment to the Solvency II legislation was prepared to make it easier for insurers to invest in infrastructure and European Long-Term Investment Funds (ELTIFs). Two consultations were also launched on how to build a pan-European covered bond (and similar structures for SME loan) framework and on venture capital to assess whether targeted changes to the regulations could boost the take-up of these investment funds. Even a call for evidence was started on the cumulative impact of financial services reforms, with the objective to ensure the consistency of EU financial services rulebook, and to assess the interactions between rules and the cumulative impact of the reforms adopted in the recent years. The purpose of the Green Paper on retail financial services and insurance is, to boost consumer choice and competition in cross-border retail financial services and insurance.

In 2016 the Commission defined three main targets for longer-term actions: supporting access to finance, increasing investment and removing (particularly national and tax) barriers to cross-border investment. Within supporting access to finance, innovative forms of corporate financing, venture capital and equity financing were supported by the Proposal for pan-European venture capital fund-of-funds and multi-country funds, focusing on SMEs.³³

³¹ European Commission (2015): Action Plan on Building a Capital Markets Union COM(2015) 468 final

³² Vincenzo Bavoso (2016): High Quality Securitisation and EU Capital Markets Union – Is it Possible? Convivium, Forthcoming

³³ Pierre Schammo (2015): Capital Markets Union and Small and Medium-Sized Enterprises (SMEs): A Preliminary Assessment in F. Allen, E. Carletti and J. Gray (eds), The New Financial Architecture of the

The European Venture Capital Fund (EuVECA)³⁴ and the European social entrepreneurship funds (EuSEF)³⁵ legislation were revised. A coordinated approach to loan origination by funds and assess the case for a future EU framework, and a strategy for providing technical assistance to the Member States to support capital markets' capacity were developed. The topic of increasing investment increased the choice and competition for retail consumers; supported saving for retirement for a policy framework to establish European personal pensions; and expanded opportunities for asset managers. The goals of the removing barriers to cross-border investment theme focus on removing national and tax barriers to cross-border investment, improve market infrastructure for cross-border investing; fostering convergence of insolvency proceedings; strengthening supervisory convergence; enhancing capacity to preserve financial stability. In order to foster the convergence of insolvency proceedings, a legislative initiative has launched on business insolvency, addressing the most important barriers to the free flow of capital.

According to the schedule, in 2017 different expert analytical documents were prepared: a study on tax incentives for venture capital and business angels, a study on discriminatory tax obstacles to cross-border investment by pension funds and life insurers, an investigation how to develop or support Pan-European information systems, and a fourth one to map out existing local or national support and advisory capacities across the EU to promote best practices. A major threat to the development of European capital markets is the financial transactions tax (FTT) proposed by the European Commission in September 2011, which highlights an apparent ambivalence of the Commission toward capital markets.³⁶The regulatory barriers to SME admission on public markets and SME Growth Markets; the EU corporate bond markets (focusing on how market liquidity can be improved); the EU macroprudential framework, and the progress in removing the remaining so-called Giovannini barriers³⁷ were reviewed. For removing cross-border tax barriers, best practice and code of conduct for relief-at-source from withholding taxes procedures were identified. To improve market infrastructure for cross-border investing, an action was targeted on securities ownership rules and third-party effects of assignment of claims. In this year the Commission prepared the Mid-Term Review of the Capital Markets Union Action Plan.³⁸ Over the past 18 months, in accordance with the original timetable, the Commission has delivered more than half the measures (20 out of 33) announced in the CMU Action Plan. The 178 responses to the public consultation on the CMU Mid-term Review confirmed the more specific challenges that CMU has to address. The report highlighted social-financial problems: there is not enough investment by insurance companies and pension funds in risk capital, equity and infrastructure, and engagement by retail investors with capital markets remains low. EU households are amongst the highest savers in the world, but the bulk of these savings are held in bank accounts with short maturities. More investment into the capital market can help meet the challenges posed by population ageing and low interest rates. The Pan-European Personal Pension Product (PEPP)

Eurozone (European University Institute, RSCAS, Florence School of Banking and Finance

³⁴ Regulation (EU) No 345/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on European venture capital funds. OJ L 115/1, 25.4.2013

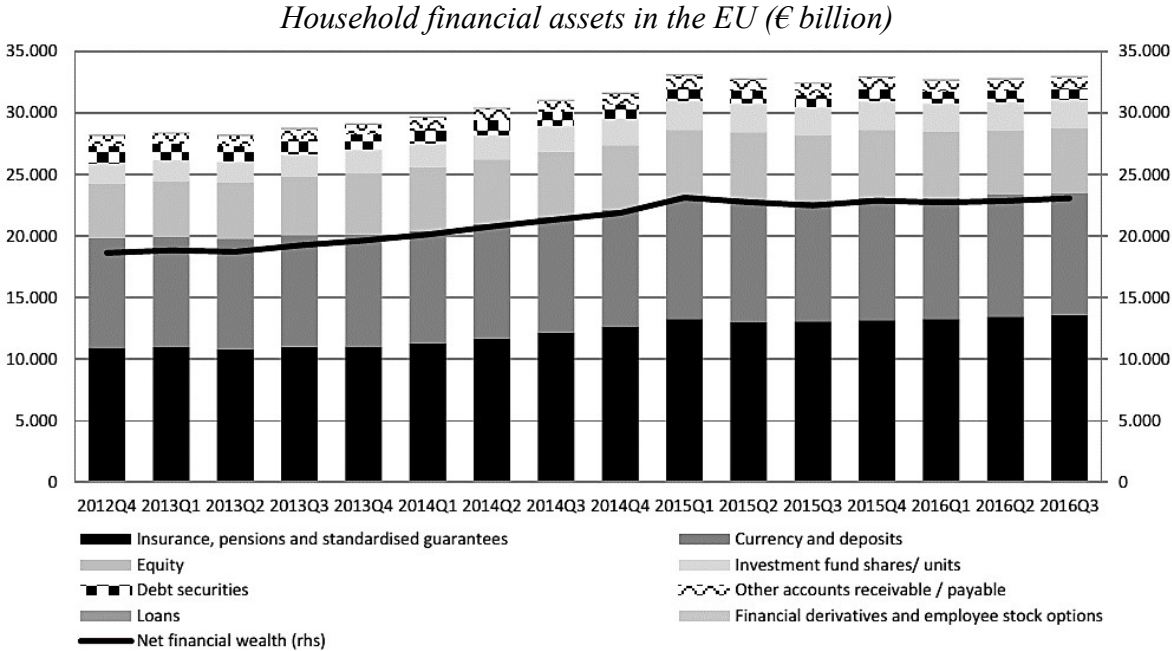
³⁵ Regulation (EU) No 346/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on European social entrepreneurship funds, OJ L 115/18, 25.4.2013

³⁶ Franklin Allen and Luboš Pastor (2018): The Capital Markets Union: Key Challenges. in SSRN Electronic Journal January 2018. p. 19.

³⁷The Giovannini barriers identified by the Giovannini Group in 2001 and 2003 within two reports for the European Commission. The list of barriers has been sub-divided under three main headings: (i) national differences in technical requirements/market practice; (ii) national differences in tax procedures; (iii) to issues of legal certainty. See Giovannini Group Report (2001): Cross-border clearing and settlement arrangements in the European Union. and Giovannini Group Report (2003): EU clearing and settlement arrangements.

³⁸ European Commission (2017): on the Mid-Term Review of the Capital Markets Union Action Plan COM(2017) 292 final

will lay the foundations for a safer, more cost-efficient and transparent market in affordable and voluntary personal pension savings that can be managed on a Pan-European scale.



Source: European Commission (2017): Commission Staff Working Document - Economic Analysis Accompanying the document - on the Mid-Term Review of the Capital Markets Union Action Plan. European Commission, p. 73.

The CMU Mid-term review set out *nine new priority actions*:³⁹

- strengthen the powers of European Securities and Markets Authority to promote the effectiveness of consistent supervision across the EU and beyond;
- deliver a more proportionate regulatory environment for SME listing on public markets;
- review the prudential treatment of investment firms;
- assess the case for an EU licensing and passporting framework for FinTech activities;
- present measures to support secondary markets for non-performing loans (NPLs) and explore legislative initiatives to strengthen the ability of secured creditors to recover value from secured loans to corporates and entrepreneurs;
- ensure follow-up to the recommendations of the High-Level Expert Group on Sustainable Finance;
- facilitate the cross-border distribution and supervision of UCITS and alternative investment funds (AIFs);
- provide guidance on existing EU rules for the treatment of cross-border EU investments and an adequate framework for the amicable resolution of investment disputes;
- propose a comprehensive EU strategy to explore measures to support local and regional capital market development.

In 2018, one of the goals of the progress is, to help retail investors to get a better deal within an EU retail investment product markets assessment, and expand opportunities for institutional investors and fund managers. An assessment of the prudential treatment of private equity and privately placed debt in Solvency II is under construction. By May 2018, the Commission submitted 12 legislative proposals on this subject, which it intends to finalize in the course of 2019 by the Council and the European Parliament.

³⁹ European Commission (2017): Completing the Capital Markets Union: Building on the first round of achievements. European Commission - Press release, 8 June 2017.

Delivering on the Capital Markets Union

MEASURE	DESCRIPTION	European Commission	European Parliament	Council of the EU
Legislative proposal on business insolvency and restructuring	Legislative proposal on preventive restructuring and second chance for businesses	P/A	A	A
Commission proposal for a Pan-European Personal Pension Product (PEPP)	New rules to provide pension providers with the tools to offer a simple and innovative Pan-European Personal Pension Product	P/A	A	P/A
Commission proposal for a review of the European Supervisory Authorities	Reform of the EU's supervisory architecture for stronger and more integrated financial markets	P/A	A	A
More proportionate and effective rules for investment firms	A more targeted regime to reduce risks in investment firms' activities	P/A	A	A
Commission proposals implementing the Action Plan on sustainable finance	First legislative measures, including harmonised criteria to determine whether an economic activity is environmentally sustainable, to increase transparency and facilitate investment insustainability through new sustainable benchmarks	P/A	A	A
Commission Action plan on FinTech and a legislative proposal for framework on crowdfunding and peer-to-peer lending	EU strategy to promote financial innovation while protecting consumers and investors. New EU rules to boost and facilitate cross-border activity in the crowd funding sector	P/A	A	A
European covered bonds	New rules to promote covered bond markets as a source of funding for banks there by increasing lending to the economy	P/A	A	A
Facilitate cross-border distribution of investment funds	Legislative initiative for easier EU-wide distribution of investment funds	P/A	A	P/A
Clear rules on ownership of securities and claims	Measures to enhance legal certainty in cross-border transactions in claims and securities	P/A	A	A
Rules to give smaller businesses easier access to growth markets	New rules to give small and medium enterprises better access to financing through public markets	P/A	A	A
Targeted amendments to the European Market Infrastructure Regulation (EMIR)	Improving the functioning of the derivatives market ensuring a more robust supervision of central counterparties (CCPs)	P/A	A	A
Enabling framework for Sovereign Bond-Backed Securities	Help investors diversify their euro area sovereign portfolios and contribute to weakening the link between banks and their home countries, without involving any mutualisation of risks and losses among the Member States	P/A	A	A

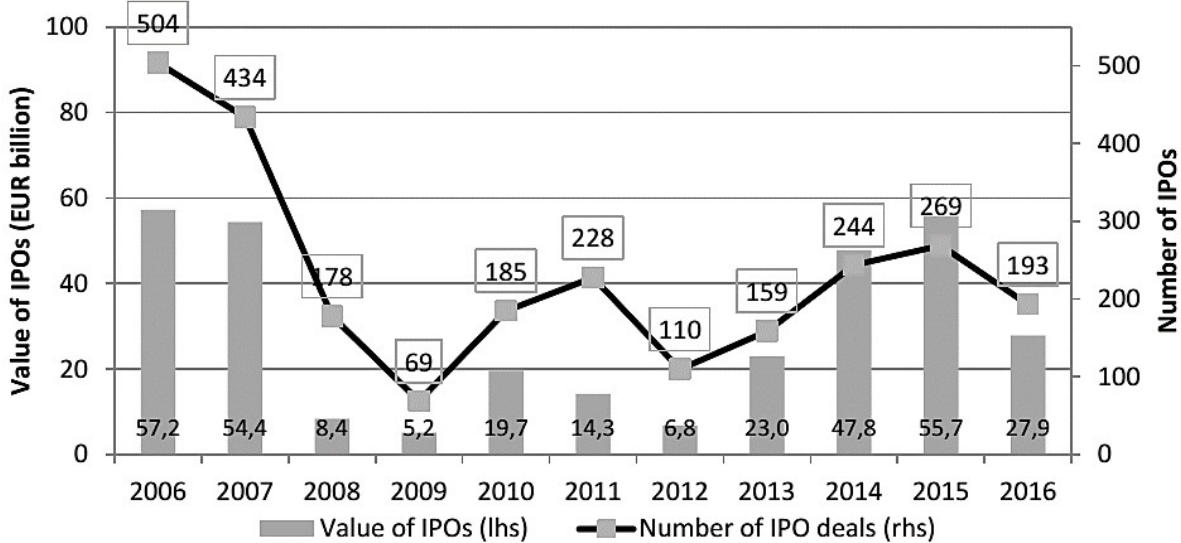
Source: European Commission (2018) Deepening Europe's Economic and Monetary Union. Commission Note ahead of the European Council and the Euro Summit of 28-29 June 2018.

P/A: presented/agreed; A: agreement possible by May 2019 if there is strong political commitment from all EU institutions

The Commission on 24 May 2018 proposed new rules to give small and medium enterprises (SMEs) better access to financing through public markets, which initiative can help EU companies to tap market-based funding more easily and cheaply so that they can

expand. Most actions are intended to boost non-bank financing (market or fund financing) tailored in particular to SMEs and intermediate-sized firms, such as alternative investment funds (private equity, hedge funds, money markets funds, real estate funds, crowdfunding, etc.) regulated in the EU under the AIFM directive.⁴⁰ Today out of the 20 million SMEs in Europe, only 3,000 are listed on stock exchanges.⁴¹ Beside markets and banks, it is useful to make more explicit the role of funds. Main proposed changes to SME listings rules: avoid excessive administrative burden for SMEs; allow issuers with at least three years of listing on SME Growth Markets to produce a lighter prospectus⁴² when transferring to a regulated market; make it easier for trading venues specialised in bond issuance to register as SME Growth Markets, by setting a new definition of debt-only issuers;⁴³ and create a common set of rules on liquidity contracts for SME Growth Markets.

European Initial Public Offering (IPO) activity



Source: European Commission (2017): Commission Staff Working Document - Economic Analysis Accompanying the document - on the Mid-Term Review of the Capital Markets Union Action Plan. European Commission, p. 39.

Of course, the simplifications are welcome, but how and who will put the STS label on some securitization vehicles: ESMA or national financial regulators or independent rating agencies. The financial crises raised the attention to this problem earlier, and even the investor-protection needs to handle this. Additionally, common legislation and harmonisation are needed regarding crowdfunding practices, corporate law (e.g. bankruptcy rules) and corporate taxation.⁴⁴The Action Plan set out a programme of actions which aim to establish

⁴⁰ Christian de Boissieu (2017): The Banking Union Revisited - CMU and the Financing of the Real Economy in Raphaël Douady, Clément Goulet, Pierre-Charles Pradier (2017): Financial Regulation in the EU - From Resilience to Growth. Palgrave Macmillan. pp. 100-101

For legal background see Directive 2011/61/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011 on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2003/41/EC and 2009/65/EC and Regulations (EC) No 1060/2009 and (EU) No 1095/2010, OJ L 174/1, 1.7.2011

⁴¹ Valdis Dombrovskis (2018): Capital Markets Union: Making it easier for smaller businesses to get financing through capital markets. European Commission - Press release, 24 May 2018.

⁴² A prospectus is a legal document with information an investor needs to have before making a decision whether to invest in the company.

⁴³ Those would be companies that issue less than € 50 million of bonds over a 12-months period.

⁴⁴ For details, see Christoph Kaserer (2008): Restricting Interest Deductions in Corporate Tax Systems: Its Impact on Investment Decisions and Capital Markets. European Private Equity and Venture Capital Association Special Paper

the building blocks of an integrated capital market in the European Union by 2019, and will follow key principles: connecting financing to the real economy by developing non-bank funding sources; creating more opportunities for investors; fostering a stronger and more resilient financial system; deepening financial integration and increasing competition.⁴⁵

V. Conclusion

After more than six decades of the signing of the Treaty of Rome, the European capital markets remained fragmented along national lines and European economies remain heavily reliant on the banking sector for their funding needs. The proliferative case law and sometimes controversial jurisdictions of the Court of Justice of the European Union still reveal the deficiency and the need for uniform regulation. Today the Capital Markets Union is not a reality, but even not a persistent, foggy goal or an unattainable dream. It is an ambitious, concrete, operational economy regulation solution that will open a new dimension in the development of European (financial) integration in the foreseeable future. But there is still today a big gap between the very ambitious goals of CMU and the lack of a concrete and credible roadmap for such a project, the timetable is still too vague and not binding enough.⁴⁶ Currently, there are both technical and conceptual differences in this area between the Member States. In this particular case, the risk sharing and mitigation are envisaged in a different order, by other techniques and by the different rates of national / international burden-sharing. And the details are not clear yet. These aspects have hindered the establishment of the Banking Union for a decade and a half, it can be forecasted, that the swift and comprehensive solution advocated by the Commission will not happen soon. Common legislation and harmonisation are needed regarding securitisation, integrated covered bond market, STS labelling, the involvement of retail investments, savings for retirement, prospectus, crowdfunding practices, corporate law (e.g. bankruptcy rules) and corporate taxation. These topics cover a fairly wide spectrum, so it can be fearful that the long-term goals will drop out of focus. The Commission cannot build CMU alone. Its success will depend on the level of political commitment from the Member States, the European Parliament and market participants. Therefore, the catching up is important for the non-euro zone states, since they could have experienced the disadvantages of the backlog in the case of the Bank Union, where the European Central Bank granted unlimited liquidity with favourable conditions for the eurozone member banks after the financial crisis. Later even similar situation may occur on capital markets, and on the other hand, a boosting development can start. Whoever stays out, misses out.

⁴⁵ cf. European Commission (2017): Completing the Capital Markets Union: Building on the first round of achievements. European Commission - Press release, 8 June 2017. and European Commission (2015): Questions and Answers on the Action Plan on building a Capital Markets Union. European Commission - Fact Sheet, 30 September 2015

⁴⁶ Christian de Boissieu (2017): The Banking Union Revisited - CMU and the Financing of the Real Economy in Raphaël Douady, Clément Goulet, Pierre-Charles Pradier (2017): Financial Regulation in the EU - From Resilience to Growth. Palgrave Macmillan. pp. 100-101

References

- Christian de Boissieu (2017): The Banking Union Revisited - CMU and the Financing of the Real Economy in Raphaël Douady, Clément Goulet, Pierre-Charles Pradier (2017): Financial Regulation in the EU - From Resilience to Growth. Palgrave Macmillan. pp. 100-101
- Christoph Kaserer (2008): Restricting Interest Deductions in Corporate Tax Systems: Its Impact on Investment Decisions and Capital Markets. European Private Equity and Venture Capital Association Special Paper
- Csaba László (2018): Tőkepiaci unió vagy szabadságharc? in Közgazdasági Szemle, LXV. évf., 2018. május
- Danny Busch (2017): A capital markets union for a divided Europe. SSRN Electronic Journal
- European Commission (2015): Action Plan on Building a Capital Markets Union COM(2015) 468 final
- European Commission (2016): Case Law Guide of the European Court of Justice on articles 63 et seq. TFEU – Free Movement Of Capital
- European Commission (2017): Commission Staff Working Document - Economic Analysis Accompanying the document - on the Mid-Term Review of the Capital Markets Union Action Plan. European Commission.
- European Commission (2017): Completing the Capital Markets Union: Building on the first round of achievements. European Commission - Press release, 8 June 2017.
- European Commission (2017): on the Mid-Term Review of the Capital Markets Union Action Plan COM(2017) 292 final
- European Commission (2018) Deepening Europe's Economic and Monetary Union. Commission Note ahead of the European Council and the Euro Summit of 28-29 June 2018.
- Franklin Allen and Luboš Pastor (2018): The Capital Markets Union: Key Challenges. in SSRN Electronic Journal January 2018.
- Giovannini Group Report (2001): Cross-border clearing and settlement arrangements in the European Union
- Giovannini Group Report (2003): EU clearing and settlement arrangements.
- Kiefer Alonso Betina (2017): Legal basis for the free movement of capital
- Király Miklós (2003): Az Európai Közösség kereskedelmi joga. KJK-KERSZÖV
- Laurent Quignon (2018): The challenges of Capital Markets Union. BNP Paribas Eco Conjoncture January 2018
- Laurent Quignon (2018): The challenges of Capital Markets Union. BNP Paribas Eco Conjoncture January 2018
- Lucia Quaglia, David Howarth, Moritz Liebe (2016): The Political Economy of European Capital Markets Union. in JCMS-Journal of Common Market Studies, Vol. 54, No. S1, 2016,
- Pierre Schammo (2015): Capital Markets Union and Small and Medium-Sized Enterprises (SMEs): A Preliminary Assessment in F. Allen, E. Carletti and J. Gray (eds), The New Financial Architecture of the Eurozone (European University Institute, RSCAS, Florence School of Banking and Finance
- Ruediger Veil, Philipp Koch (2012): Towards a Uniform European Capital Markets Law: Proposals of the Commission to Reform Market Abuse. in Bucerius Law School Working Paper No. 1/2012

- Valdis Dombrovskis (2018): Capital Markets Union: Making it easier for smaller businesses to get financing through capital markets. European Commission - Press release, 24 May 2018.
- Valdis Dombrovskis (2018): Capital Markets Union: Making it easier for smaller businesses to get financing through capital markets. European Commission - Press release, 24 May 2018.
- Vincenzo Bavoso (2016): High Quality Securitisation and EU Capital Markets Union – Is it Possible? Convivium, Forthcoming
- Vincenzo Bavoso (2017): Capital Markets, Debt Finance and the EU Capital Markets Union: A Law and Finance Critique. University of Manchester, p. 7.
- Wolf-Georg Ringe (2015): Capital Markets Union for Europe - A Political Message to the UK. in Law and Financial Markets Review 9 (2015), p. 5 and Oxford Legal Studies Research Paper No. 26/2015
- Judgment of the Court (First Chamber) of 8 July 2010 - European Commission v Portuguese Republic (Failure of a Member State to fulfil obligations - Articles 56 EC and 43 EC - Free movement of capital - Portuguese State's 'golden' shares in Portugal Telecom SGPS SA - Restrictions on the acquisition of holdings and on the management of a privatised company - State measure) Case C-171/08.
- Judgment of the Court (Grand Chamber) of 23 October 2007. Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany. Failure of a Member State to fulfil obligations - Article 56 EC - Legislative provisions concerning the public limited company Volkswagen. Case C-112/05.
- Judgment of the Court of 1 June 1999. Klaus Konle v Republik Österreich. Reference for a preliminary ruling: Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien - Austria. Freedom of establishment - Free movement of capital - Articles 52 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 43 EC) and 56 EC (ex Article 73b) - Authorisation procedure for the acquisition of immovable property - Article 70 of the Act concerning the conditions of accession of the Republic of Austria - Secondary residences - Liability for breach of Community law. Case C-302/97.
- Judgment of the Court of 14 December 1995. Criminal proceedings against Lucas Emilio Sanz de Lera, Raimundo Díaz Jiménez and Figen Kapanoglu. References for a preliminary ruling: Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional - Spain. Capital movements - Non-member countries - National authorization for the transfer of banknotes. Joined cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94.
- Judgment of the Court of 14 March 2000. - Association Eglise de scientologie de Paris and Scientology International Reserves Trust v The Prime Minister. - Reference for a preliminary ruling: Conseil d'Etat - France. - Free movement of capital - Direct foreign investments - Prior authorisation - Public policy and public security. - Case C-54/99.
- Judgment of the Court of 14 November 1995. - Peter Svensson et Lena Gustavsson v Ministre du Logement et de l'Urbanisme. - Reference for a preliminary ruling: Conseil d'Etat - Grand Duchy of Luxemburg. - Free movement of capital - Freedom to provide services - Interest rate subsidy on building loans - Loan by a credit institution not approved in the Member State granting the subsidy. - Case C-484/93. .
- Judgment of the Court of 16 March 1999. - Manfred Trummer and Peter Mayer. - Reference for a preliminary ruling: Oberster Gerichtshof - Austria. - Free movement of capital - National prohibition on the creation of a mortgage in a foreign currency - Interpretation of Article 73b of the EC Treaty. - Case C-222/97.
- Judgment of the Court of 23 February 1995. - Criminal proceedings against Aldo Bordessa and Vicente Marí Mellado and Concepción Barbero Maestre. - References for

- a preliminary ruling: Audiencia Nacional - Spain. - Directive 88/361/EEC - Authorization for the transfer of money in the form of banknotes. - Joined cases C-358/93 and C-416/93.
- Judgment of the Court of 23 November 1978. - Regina v Ernest George Thompson, Brian Albert Johnson and Colin Alex Norman Woodiwiss. - Reference for a preliminary ruling: Court of Appeal (England) - United Kingdom. - Means of payment and movements of capital. - Case 7/78.
 - Judgment of the Court of 31 January 1984. - Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro. - References for a preliminary ruling: Tribunale civile e penale di Genova - Italy. - Invisible transactions - National control requirements. - Joined cases 286/82 and 26/83.
 - Judgment of the Court of 4 June 2002. Commission of the European Communities v French Republic. Failure by a Member State to fulfil its obligations - Articles 52 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 43 EC) and 73b of the EC Treaty (now Article 56 EC) - Rights attaching to the 'golden share held by the French Republic in Société Nationale Elf-Aquitaine. Case C-483/99.
 - Judgment of the Court of 4 June 2002. Commission of the European Communities v Portuguese Republic. Failure by a Member State to fulfil its obligations - Articles 52 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 43 EC) and 73b of the EC Treaty (now Article 56 EC) - System of administrative authorisation relating to privatised undertakings. Case C-367/98.