

Bónis Péter
Ünnepi tanulmányok
Máthé Gábor 65. születésnapja tiszteletére

Szerkesztette: Mezey Barna, Révész T. Mihály,
(Bibliotheca Juridica, Libri Amicorum 25)
Gondolat Kiadó, Budapest 2006, 687 p.

Dr. Máthé Gábor, a Károli Egyetem Állam- és Jogtudományi Karának dékánja és intézetvezető egyetemi docense, az Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának egyetemi, valamint a Corvinus Egyetem Közigazgatástudományi Karának főiskolai docense, Európa-szerte ismert és elismert jogtörténész, nemrégiben volt hatvanöt esztendő. Ez alkalomból jelent meg 2006-ban az a színvonalas tanulmányokat egybegyűjtő kötet, amellyel pályatársai, tanítványai, munkatársai tisztelegnek a szakmáját igényesen művelő tudós, a hozzá fordulókat önzetlenül és készséggel segítő professzor, a jó tollú történetíró és a fáradhatatlan kutató előtt. Dr. Máthé Gábor, akinek szerteágazó tudományos munkásságát aligha kell bemutatni az értő közönségnek, több évtizedes szakmai tevékenységével méltán rászolgált az elismerésre. Kitűnő tanulmányaival, sokat forgatott könyveivel már eddig is maradandót alkotott nemcsak a jogtörténettudomány, az alkotmánytörténet, a közigazgatástörténet, hanem a tételes közigazgatástudomány, a közigazgatási büntetőbíráskodás és a tágabb értelemben vett közjog kutatása terén is.

Dr. Máthé Gábor 65. születésnapja alkalmából készített tanulmánykötet bemutatóját 2006 novemberében rendezték meg a gödöllői Grassalkovich kastélyban, ahol az ünnepeltet Prof. Dr. Mezey Barna, az Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának dékánja köszöntötte. Az ünnepeltet köszöntő tanulmányok sorához kíván csatlakozni e sorok írója is e szerény könyvismertetéssel.

A kötetet Mezey Barna Laudációja nyitja meg, amelyben méltatja Máthé Gábor tudományos munkásságát, bemutatja tudományos pályáját. Máthé Gábor tudományos munkásságát bemutató Laudatiót 36 tanulmány követi, amelyeknek részletes ismertetésére a terjedelmi korlátok miatt értelemszerűen nem vállalkozhatunk. A tanulmányok vázlatos áttekintésével célunk csak az lehetett, hogy bemutassuk azt a témagazdagságot és sokszínűséget, amelyet a tanulmányok felmutatnak, és amelyeknek kiválasztása, összegyűjtése és színvonalas kiállítású kötetbe szerkesztése Mezey Barna és Révész T. Mihály szervezői-szerkesztői munkáját dicséri.

Antal Tamás A nagyváradi ítélőtábla felállítása (1890-1891) című tanulmányában a törvénykezési decentralizáció egyik állomásának

megvalósításáról, az ítélőtábla székhelyének kijelöléséről, az ítélkező személyzet kiválasztásáról és a bíróság ünnepélyes megnyitásáról írt.

Babják Ildikó Formalizmus és okirathasználat a középkor hajnalán című tanulmányában a germán joggyakorlat jogügyleti formalizmusát, a jogügyletek (wadiatio, fides facta, stb) formáit elemzi, bemutatva az egyes magánokirati fajtákat, valamint vázlatosan a formuláskönyveket.

Balogh Elemér Az úriszéki bírászkodás megítélése a reformkori büntetőtörvény-tervezetekben címmel értékes tanulmányt írt a földesúri bírászkodás megszüntetéséről, áttekintve az 1795. évi és az 1830. évi büntetőjogi tervezetek idevágó rendelkezéseit.

Balogh Judit A közigazgatási és jogalkotási szervezet egymásra hatása a magánjogi kodifikációs folyamatokban címmel kiváló áttekintést nyújtott a polgári jogi kodifikáció XIX. századi szervezeti kereteiről.

Barna Attila Kísérlet a magyar vármegyerendszer átalakítására című tanulmányában II. József közigazgatási és büntetőjogi reformjairól írt, amelyeket a kalapos király a magyar vármegyerendszer korszerűsítésének céljával akart bevezetni.

Béli Gábor Bírói közgyűlések Magyarországon 1273 és 1301 között című tanulmányában alaposan és részletesen feldolgozta azokat a nyomtatott okleveles forrásokat, amelyek a congregatio generalis Árpád-kori történetére vonatkoznak.

Blazovich László A gyulai vár alkalmazottai számára 1520. május 11-én kiadott rendtartás címmel hasznos elemzést írt az említett szabályrendeletnek azokról a rendelkezéseiről, amelyek a várban és az uradalomban lakókra vonatkoztak.

Bódiné Beliznai Kinga Állatok és szimbólumok címmel a jogtörténetben és a különböző jogi népszokásokban jelentős szereppel bíró állatokat és a mögöttük lévő szimbólikus jelentéseket mutatja be.

Föglein Gizella Kvázi kisebbségi autonómiák Magyarországon című tanulmányában a német, a szlovák, a délszláv és a román nemzetiségi szövetségről és a szövetségek 1960 tavaszán megtartott első munkaértekezletéről írt.

Gönczi Katalin Hatalommegosztás és felvilágosodás címmel a felvilágosodás korának államfilozófiai eszméit (pl. szerződéses elmélet) és azok magyarországi hatását elemezte.

Homoki Nagy Mária Tulajdon és birtokviszonyok a dél-alföldi mezővárosokban a 18. században című tanulmányában kimutatta, hogy a jobbágyparasztság nemcsak birtokjoggal, hanem korlátozott tulajdonjoggal is rendelkezett, amely korlátok között a földesúri jóváhagyás volt a legjelentősebb.

Horváth Attila A büntetőjog története Magyarországon a szovjet típusú szocializmus időszakában, különös tekintettel a koncepciós perekre címmel a szovjet típusú diktatúra büntetőjogi gyakorlatát vette vizsgálódás alá, és kiváló

tanulmányában érzékletesen mutatta be a korabeli ideológia, a büntetőjogtudomány, és a büntetésvégrehajtás jellegzetességeit.

Kajtár István A magyar tengerjog „matuzsálemi” címmel kiváló és különösen hasznos áttekintést nyújtott a magyar tengerjog egyes forrásairól.

Kelemen Miklós A Római Birodalom tartományi igazgatásának koordinációs központjai címmel a római birodalmi területi igazgatás szintjeit, a katonai, pénzügyi és egyéb típusú igazgatást mutatta be.

Képes György Függetlenségi nyilatkozatok a 14. századi Skóciától a 19. századi Magyarorszáig címmel a skótok 1320. évi arbroathi deklarációját, az 1581-i holland függetlenségi nyilatkozatot, az 1776-os amerikai és az 1849-es magyar függetlenségi nyilatkozatot tette történeti összehasonlító vizsgálódás tárgyává.

Kis Norbert „Megérett az idő arra, hogy a közigazgatási büntetőjogot megcsináljuk!” című tanulmányában az objektív felelősségi szankció kritikáját adja, és az egyéni közigazgatási felelősség modellje mellett érvel.

Komáromi László A külföldi hatás kérdése a III. Béla kori központi írásbeliség tekintetében c. írásában arra a következtetésre jut, hogy az oklevélkiállítás módja nem alakult át III. Béla színre lépésekor, hanem inkább uralkodása alatt a Franciaországban tanult kápolnaispánok fejlesztették tovább az írásszerző gyakorlatot, ezért bizánci hatás helyett inkább nyugati hatás érvényesült.

Korsós né Delacasse Krisztina Az ügyvédi kamarák létrehozásának okairól és körülményeiről értekezett.

Mázi András Adalékok a köteles rész magyarországi bevezetéséhez című értékes tanulmányában elemzi az Ideiglenes Törvénykezési Szabályok kötelesrészre vonatkozó szabályozását, valamint értekezik a törvényes osztályrész jogi természetéről.

Mezey Barna Reformkori börtöntervek Magyarországon című tanulmányában bemutatja a börtönügy polgári modelljeit, majd pedig a magyarországi reformkori intézkedésekről és a börtönépítésekről ad kiváló áttekintést.

Nótári Tamás Virgil püspök bajorországi jogvitáinak margójára címmel Salzburg ír származású püspöke, Virgil és Bonifác konfliktusát és a salzburgi püspökség javaiért és jogaiért folytatott, a Libellus Virgiliiben általa lejegyzett vitáit mutatja be.

Pálvölgyi Balázs A Belügyminisztérium és az Országos Közegészségi Tanács helye a közegészségügyi igazgatás működésében Magyarországon (1867-1914) című tanulmányában bemutatja a Belügyminisztérium és a Közegészségi Tanács dualizmuskori szervezetét, hatáskörét és tevékenységét.

Pap András László Dogmatika és funkcionalizmus – Az etnicitás problematikája az amerikai jogtörténet példáján keresztül című tanulmánya a faji, etnikai, nemzetiségi kategóriák meghatározásának kérdését taglalja.

Peres Zsuzsanna A családi hitbizomány intézményének megjelenése Magyarországon című tanulmánya rámutat a Magyarországon meghonosított jogintézmény spanyol eredetére, és részletesen elemez néhány hitbizományt létesítő korabeli végrendeletet.

Petrasovszky Anna A nemesség közhatalmi szerepe és Werbőczy nádorsága Istvánffy Miklósnál című tanulmányában Istvánffy Miklós Historiarum de rebus Ungaricis libri XXXIV című történeti munkája alapján mutatja be a 16. század eleji kaotikus állapotokat és hatalmi torzsalkodást, amelyben Werbőczy is szerepet vállalt.

Rác Lajos Werbőczy István Tripartitumának első fordításai című tanulmányában Weres Balázs fordítását és a Heltai-féle fordítást veti össze, részletesen elemezve a két mű nyelvi sajátosságait.

Révész T. Mihály A külföldi lapok magyarországi rendszete a dualizmus első éveiben című tanulmányában a Magyarországra behozott idegen lapok rendszerének szabályairól és gyakorlatáról írt.

Ruszoly József Egy százesztendősi kúriai ítélet című írásában Achim L. András békéscsabai mandátumát 1906-ban megsemmisítő kúriai ítéletről értekezett, és tanulmányához az ítélet szövegét is csatolta függelékként.

Schweitzer Gábor Autonomia és várospolitikai címmel Kozma Miklós feljegyzéseiről írt, aki a szegedi ellenforradalmárok szélsőjobboldali vasmagjához tartozó hírszerző tiszt volt.

Stipta István Országgyűlési vita a pénzügyi közigazgatási bíróságról 1883-ban címmel a lefolytatott parlamenti vita rendjét, résztvevőit, az elhangzott politikai és alkotmányjogi érveket mutatja be, és részletesen kitér a bíróság hatáskörére, szervezetére, összetételére és eljárási rendjére vonatkozó javaslatokra is.

Szabó Béla A bécsi jogi kar doktori kollégiumának magyarországi származású tagjai Mária Terézia egyetemi reformjai előtt című tanulmányában bemutatja a bécsi jogi kar általános helyzetét, a doktorok kollégiumát, jogállását és összetételét, valamint részletesen ismerteti a doktorkollégium több mint egy tucat magyar tagjának életrajzát, pályáját.

Szabó István Az államforma kérdése 1919/1920 fordulóján című tanulmányában a Tanácsköztársaság bukását követő időszak államformára vonatkozó kérdéseit tárgyalja.

Szigeti Magdolna Az emberi jogok szabályozása és érvényesülése a szocialista Magyarországon című írásában részletes áttekintést nyújt arról, mennyire nem érvényesült az emberi jogok katalógusa a szovjet típusú diktatúra időszakában.

Varga Norbert A főispáni tisztség bevezetése Debrecen és Szeged szabad királyi városokban a köztörvény-hatósági törvény alapján című tanulmányában Debrecen és Szeged példáján mutatja be, hogy milyen fogadtatásban részesültek a kinevezett főispánok, és hogy mennyire szűkítette a városok autonómiáját az, hogy a városokat törvényhatóságként együtt szabályozták a megyékkel.

Völgyesi Levente Választójogi szabályozás az újkori városigazgatásban című írásában arról írt, hogy a magyar városok 1848-as választójogi modernizációja előtt hogyan választották egyes városokban a különböző tisztségviselőket, és hogy mennyire volt egységes vagy eltérő az egyes városok gyakorlata.

Zakariás Kinga A négy bevett vallás Erdélyben az Approbata Constitutio tükrében című tanulmányában a négy bevett vallás erdélyi szabályozását vizsgálva átfogó képet igyekszik nyújtani a fejedelemség kori Erdély vallási viszonyairól.

A tanulmánykötetet Máthé Gábor műveinek jegyzéke zárja. A publikációs jegyzékből láthatóan Máthé Gábor a rá jellemző magas színvonalon kiadott jogtörténeti témájú írásai mellett legszívesebben a közigazgatástudomány terén fejt ki munkásságát. Nagy felkészültsége alkalmassá teszi a legpontosabb munkákra. Publikációs jegyzékében a monográfiák és tanulmányok mellett helyet kaptak a könyvismertetések és más kötetek is. E művek is példázzák Máthé Gábor professzor úr széleskörű érdeklődését, tudományos igényességét.

Bónis Péter

Tóth J. Zoltán: A halálbüntetés filozófiája és kortárs jogelméleti kérdései

(Budapest, Rejtjel Kiadó, 2008. 288 oldal)

Az Amnesty International jelentése szerint 2004-ben 25 országban alkalmaztak halálbüntetést összesen 3 797 esetben. A tényleges kivégzések 90%-ára Kínában került sor. Kínában 1990 és 2001 között legalább 20 000 kivégzést hajtottak végre, részben politikai okokból is. Az Egyesült Államokban 38 államban van halálbüntetés, és 12-ben nincs. 2004-ben hat halálraítéltről derült ki, hogy ártatlan. Az 5 legtöbb halálbüntetést végrehajtó ország 2004-ben: Kína, Irán, Vietnam, Amerikai Egyesült Államok, Szaúd-Arábia. Mindezek az adatok bőségesen mutatják, hogy bár Magyarországon a halálbüntetés eltörlésével a kérdés jelentősége erőteljesen csökkent, mégsem érdektelen a halálbüntetés kérdésének elemzése. Erre a nehéz feladatra vállalkozott Tóth J. Zoltán: A halálbüntetés filozófiája és kortárs jogelméleti kérdései című könyvében.

A kötet két fő részre oszlik. Az első rész a halálbüntetés témájának a filozófiatörténetét foglalja össze a jogelméleti szempontból legjelentősebbnek tartott szerzők alapján.

Platón szerint a büntetésekre nem pusztán a megtorlás kedvéért, hanem azért van szükség, hogy az azoktól való félelem miatt az emberek a jövőben ne kövessenek el bűncselekményeket. Arisztotelész a halálbüntetést a disztributív igazságosság alkalmazása körébe sorolta, amely nem más, mint a megsértett igazságosság eszmei helyreállítása. A bűncselekmény elkövetése révén ugyanis a tettes előnyösebb helyzetbe kerül, mint az előtt volt, áldozata pedig hátrányosabbra. Ekkor a bírónak mint az igazságosság reprezentánsának a feladata, hogy a büntetés révén a bűnt elkövetőt megfossza attól az előnytől, amelyhez a bűn megvalósítása eredményeképpen hozzájutott, és így helyreállítsa a megsértett jogrendet, kiegyenlítse az igazságtalanságot.

A középkori keresztény teológusok, Szent Tamás és Szent Ágoston, továbbá a kora újkori reformáció két kiemelkedő alakja, Luther Márton és Kálvin János a halálbüntetés létjogosultságát a Biblia szövegében találták meg.

Az utópizmus megalapítójánál, Morus Tamásnál ugyan még helyet kap a halálbüntetés, de az már csak alárendelt szerephez jut a rabszolgamunkára ítélelssel szemben. Morus már ellenzi azt a gyakorlatot, amely minden jelentéktelen bűncselekményre, például a lopásokra halálbüntetést rendel, rájön továbbá arra, hogy a társadalom számára sokkal hasznosabb, ha a bűnözőket nem kivégzik, hanem munkaerejüket hasznosítják.

Bodin a „harmonikus kormányzás” szükségességére helyezi a hangsúlyt, amely egyesíti a demokratikus és az arisztokratikus kormányzást, vagyis az

uralkodó azonos típusú bűncselekményekre azonos típusú büntetést rendel (ez Bodin szerint a büntetések vonatkozásában a *tálio* alkalmazását jelenti).

Hugo Grotius szerint büntetést akkor lehet alkalmazni, ha ez valakinek közvetlen és valóságos előnyt jelent, ám a büntetés bármi lehet, amely ezen előnyök biztosítására vagy megvalósítására alkalmas. Ezen eszközök közé tartozik a halálbüntetés, sőt akár a minősített halálbüntetés is.

Hobbes és Locke a társadalmi szerződésből vezeti le az állam jogát arra, hogy az halállal büntethesse a bűnözőket, ám ezen kijelentés igazolása kettejüknél már eltérő.

A francia felvilágosodás képviselői úgyszintén elfogadták a halálbüntetést, de azt már garanciális feltételekhez kötötték. Közülük legfontosabbnak Montesquieu elmélete bizonyult, egyrészt önmagában véve, másrészt és különösen azon hatása miatt, amelyet Beccariára tett.

Beccaria a büntetés céljának a speciális és a generális prevenciót, azaz a jövőbeli bűncselekmények megakadályozását tartotta. A büntetésnek arányosnak, szükségesnek és célszerűnek kell lennie. A cél nem más, mint magának a bűnözőnek és másoknak a visszatartása bűncselekmények elkövetésétől; ha ezt a célt több büntetés azonos mértékben képes biztosítani, akkor a humanitás eszméjére is tekintettel ezek közül mindig a legenyhébbet kell alkalmazni. Beccaria felismeri, hogy „a bűnözésnek legerősebb fékje nem a büntetések kegyetlensége, hanem azok elmaradhatatlansága. ... Egy mérsékeltebb, de biztos büntetés mindig nagyobb hatást fog kelteni, mint egy másik, félelmetesebb büntetéstől való rettegés, amelyhez a büntetlenség reménye társul.” A bűnözés visszaszorítása érdekében tehát nem a büntetéseket kell kegyetlenebbé tenni, hanem a felderítő munkát hatékonyabbá. Beccaria a halálbüntetés helyett az „örökös rabszolgaságot” vagy más elnevezéssel „életfogytiglani kényszermunkát” javasolja mint az emberek elrettentésére igazán alkalmas szankciót.

Beccariát követően Kant és Hegel elmélete visszatérés a megtorlás eszméjéhez. Kantnál a büntetés *categoricus imperativus*, a gyakorlati ész feltétlen követelménye, amely nélkül a társadalom nem létezhetne. Hegel szerint a büntetés az egyén autonómiájának az elismerése mellett a jog igazolására is szolgál.

A szerző a fentiek alapján azt a megállapítást teszi, hogy valójában a XX. századig senki sem volt, aki a halálbüntetést minden körülmények között, tehát még rendkívüli helyzetekben is elutasította volna; ehhez a II. világháborúra és a náci és sztálini népirtásra volt szükség, amelynek ellenhatásaként az emberi jogok tisztelete abszolút sérthetetlen elvvé vált. Csak a XX. század második felétől jelenik meg a totális abolíció mint elérendő cél, és folynak le azok a viták, amelyek a halálbüntetés feltétlen és visszavonhatatlan eltörlésének kérdését járják körül.

A második rész a halálbüntetésről folytatott kortárs jogelméleti viták, az érvek és ellenérvek összefoglalását adja. Számba veszi azokat az érveket, amelyekkel a két oldal a maga igazát kívánja védeni, illetve amelyekkel az ellenfél

álláspontjának megalapozottságát kívánja megkérdőjelezni. E rész célja annak (lehetőség szerint teljes) bemutatása, hogy milyen érvek és ellenérvek léteznek a halálbüntetéssel kapcsolatban.

A szerző szerint a halálbüntetéssel kapcsolatos vita hat fő témakörbe foglalható, mégpedig az elrettentő hatás kérdése, a halálbüntetés „humanitása” vagy antihumanitása, szükségessége vagy szükségtelensége, gazdaságossága vagy gazdaságtalansága, a büntetés céljához való viszonya, illetve a justizmord problémája.

Ami az elrettentő hatás kérdését illeti, a halálbüntetés hívei azt mondják, hogy a büntetések annál nagyobb elrettentő hatással bírnak, minél súlyosabbak. Az abolicionisták ezzel szemben arra hívják fel a figyelmet, hogy azon elkövetők, akiknek a bűncselekménye esetében a halálbüntetés lehetősége egyáltalán ésszerűen felvethető, lényegesen különböznek a többi bűnözőtől. Ezen bűnözők legtöbbször ugyanis olyan motívumokból öl embert, amelyekre a halállal való fenyegetés nem képes hatni.

A humanitás/antihumanitás kérdéskörével kapcsolatban egyértelműen megállapítható, hogy a halálbüntetés antihumánus, embertelen. Bár sokak szerint az életfogytiglani szabadságvesztés még embertelenebb, az bizonyos, hogy ez utóbbi embertelensége nem teszi a halálbüntetést humánusabbá.

A halálbüntetés szükségességének avagy szükségtelenségének problémája kapcsán az abolicionisták szerint az életfogytiglani szabadságvesztés-büntetés éppúgy képes az elkövetőt az újabb bűncselekmény megvalósításában megakadályozni, mint a halálbüntetés (ráadásul a visszatartó hatása sem marad el semmiben attól), ezért a halálbüntetés alkalmazása szükségtelen. A halálbüntetés hívei ezzel szemben azzal érvelnek, hogy az életfogytiglanra ítéltnek ebben az esetben nem marad vesztenivalója, megölheti a rabtársait vagy a börtönőröket, gyilkosságok elkövetése útján is megkísérelheti a szökést.

Ami a justizmord kérdését illeti, az Egyesült Államok jó példát szolgáltat arra, hogy az igazságszolgáltatás korántsem tévedhetetlen. A halálbüntetés hívei ezzel szemben azt mondják, hogy nem a halálbüntetést kell megszüntetni, hanem a tévedéseket; ennek érdekében pedig olyan garanciális eljárási szabályokra van szükség, amelyek lehetetlenné teszik a tévedést. Különben is, kétséges esetekben nem a halálbüntetés kiszabásától kell tartózkodni, hanem egyáltalán a bűnössé nyilvánítástól.

A büntetés célja körüli viták arról szólnak, hogy a büntetés törvényi célját (céljait) mennyire szolgálja a halálbüntetés, és azokat bizonyos esetekben valóban csak a halálbüntetés szolgálja-e megfelelően.

A gazdaságossági szempontok elemzése az előbbi kérdéskörökhöz képest marginális jelentőségű. A halálbüntetés-pártiak abból indulnak ki, hogy a bűnös kivégzése olcsóbb, mint élethossziglani etetése, őrzése, tartása; az abolicionisták ellenben statisztikai adatokkal bizonyítják, hogy a halálbüntetés léte egy jogrendszerben sokkal többbe kerül, mintha ez a szankciófajta egyáltalán nem létezne.

Végül vannak a fentebb említett hat kérdéskörön kívül olyan egyéb érvek is, amelyek nem sorolhatók be a halálbüntetés létjogosultságával kapcsolatos nagy vitatémák egyikébe sem. Ilyen érv például az, hogy a halálbüntetés alkalmazása egyes helyeken diszkriminatív lehet; hogy a halálbüntetésnek ún. „brutalizációs hatása” van (vagyis nemhogy csökkentené az életellenes bűnözést, hanem egyenesen mintát szolgáltat az erőszakra), vagy hogy a halálbüntetés (a szabadságvesztéssel vagy a pénzbüntetéssel ellentétben) nem individualizálható.

A szerző e könyvével olyan jogelméleti munkát alkotott meg, amely mértékadó szakirodalma a kérdésnek. E kiváló könyv bizonyosságot tesz a szerző alaposágáról, és széleskörű jogelméleti-jogtörténeti műveltségéről. A kötet legnagyobb erénye és haszna a halálbüntetéssel kapcsolatos érvek és ellenérvek áttekinthető rendszerbe foglalása. Ezzel hasznos segítséget ad a halálbüntetéssel kapcsolatos tudományos és jogpolitikai vitákhoz. A történelem a szerző szerint azt mutatja, hogy a jog fejlődése a halálbüntetés teljes megszüntetése felé tart. Reméljük, hogy a szerző által felsorakoztatott érvek segítenek a halálbüntetés eltörlése irányában tett erőfeszítések sikerre vitelében is.

Erzsébet Csatlós

L'UNION EUROPEENNE ET LA GESTION CIVILE DES

CRISES :

L'UE DOIT/EST CAPABLE D'AGIR ? I.

PARTIE I. : L'ÉVOLUTION DE LA GESTION CIVILE DES

CRISES DANS UNE INTÉGRATION ÉCONOMIQUE:

L'APPARITION DE LA COMMUNAUTÉ DANS LES

RELATIONS INTERNATIONALES

Prévenir, plutôt que guérir. [\[1\]](#)

INTRODUCTION

Le succès de l'intégration économique a assuré une place significative à l'UE entre les pouvoirs économiques du monde et aussi provoqué les États membres pour pouvoir se présenter aussi en tant que l'unité au niveau politique concernant tous les intérêts non seulement dans les questions économique.

La formation d'une politique étrangère communautaire se centrerait pendant beaucoup temps plus au moins autour de la politique de la défense notamment d'une politique avec des solutions militaires des crises. En même temps, la structure des conflits est changée à celle de la guerre mondiale par exemple: la majorité des conflits depuis la fin de la Guerre froide est de nature intra-étatique^[2] et présente des caractéristiques auxquelles la diplomatie ordinaire et les mécanismes régionaux et internationaux ne sont pas adaptés. Ces conflits, par ailleurs, touchent des régions du monde qui sont en retard de développement économique et, donc ralentissent voire freinent leur marche vers le progrès. Enfin, les conséquences de ces nouveaux conflits se sont avérées particulièrement tragiques sur le plan humanitaire. Cela a requis un investissement financier lourd de la part de la communauté internationale pour faire face à ces urgences.^[3]

Dans le monde actuel, caractérisé par l'ouverture et l'instabilité, les populations civiles sont de plus en plus exposées à des risques tels que les conflits, les catastrophes naturelles et les pandémies. L'UE, continent sans frontières, se prête aux conséquences de ces risques et de ces menaces. Cohérente avec son rôle de partenaire de premier plan dans la promotion du développement durable, des valeurs humaines et de la gouvernance mondiale, l'Union doit aussi prendre des mesures extérieures ad hoc et soutenir efficacement les efforts au niveau international, qui ne concernent pas uniquement la sécurité physique des populations civiles et leur potentiel de développement, mais également la sécurité et la stabilité globales.^[4]

L'UE a déjà découvert que dans un monde caractérisé toujours plus par l'interdépendance de ses composantes, travailler au développement économique et à la stabilité politique universels revient à investir dans son propre avenir. En aidant les autres à résoudre les conflits, l'Union s'emploie à rendre la vie plus sûre pour ses citoyens à l'intérieur de ses frontières et à assurer le bon marché de l'économie, Donc, L'Union agit tout autant dans son propre intérêt que par solidarité internationale et, pour se faire entendre, ses États membres doivent parler d'une seule voix.

« En conséquence de l'élargissement, l'UE se verra confier des responsabilités encore plus importantes, en tant que chef de file régional et partenaire mondial. Elle devrait donc renforcer sa capacité à promouvoir les droits de l'Homme, la démocratie et l'État de droit et concentrer ses efforts sur la lutte contre la pauvreté, tant dans son voisinage que par le biais de ses politiques multilatérales et bilatérales, qui visent essentiellement le développement durable et la stabilité politique. De cette façon, l'UE parviendra à une véritable cohérence entre son agenda intérieur et son agenda extérieur, contribuant ainsi à la sécurité et à la prospérité à l'échelle mondiale »^[5]

L'UE a aussi reconnu qu'il est plus compliqué et plus coûteux d'éteindre un feu déjà allumé que de prendre des précautions pour éviter un incendie. Un conflit est plus coûteux en ressources (humaines, matérielles et financières) que les efforts à l'éviter. Depuis 1990, les guerres ont fait à travers le monde plus de 4 millions de morts, dont 90 % de civils. Les sept conflits majeurs des années 90 ont coûté à la

communauté internationale 200 milliards d'euros, une somme qui aurait été mieux employée à des fins pacifiques. C'est pourquoi l'Union européenne est résolue à agir de manière plus effective pour les conflits en manière civile et non militaire.^[6] Il existe un volet militaire à la gestion des crises, mais l'action militaire est en règle générale le dernier recours; les forces militaires interviennent lorsque tous les moyens civils ont échoué à empêcher l'escalade.^[7]

Plusieurs facteurs sont à la base des conflits. Il s'agit de la pauvreté, de la stagnation économique, de la répartition inégale des ressources, de la faiblesse des structures sociales, de l'absence de bonne gouvernance, de la discrimination systématique, de l'oppression des minorités, de l'effet déstabilisateur des flux migratoires, des antagonismes ethniques, de l'intolérance religieuse et culturelle, de l'injustice sociale et de la prolifération des armes de destruction massive et de petit calibre.^[8] Pour contrôler ces facteurs et empêcher qu'ils ne débouchent sur un conflit, la Commission a préparé une liste des causes potentielles de conflit à surveiller étant la base de la politique de *prévention des conflits et gestion civile des crises* (GCC) afin d'éviter des troubles origines de ces causes.

Tout d'abord, il faut essayer à la prévention du conflit qui est soutenu au niveau de l'UE par la politique commerciale, la politique de développement, les accords de coopération et d'association, les programmes sociaux et environnementaux, l'aide humanitaire, et la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures.^[9] Ces outils forment la partie de la diplomatie préventive de l'UE.

En fait, le terme « gestion de crise » renvoie aux discussions et débats. Il fait référence à plusieurs thèmes de sécurité. Le premier concerne l'émergence de menaces transfrontalières nouvelles ou réputées telles: terrorisme, prolifération des armes de destruction massive NRBC, voire des menaces sociétales telles que l'internationalisation du crime organisé ou des mouvements d'immigration illégale échappent à la politique extérieure et de sécurité et défense et se situent dans le cadre de l'ancien troisième pilier notamment la coopération en matières judiciaire criminelle. Ce domaine apparait a niveau de gestion civile des crise lorsque l'UE apporte son soutien aux mesures de désarmement et de contrôle des armes dans le cadre de la Conférence des Nations unies sur le désarmement, en ce qui concerne les armes légères; les armes classiques; les armes biologique et les armes chimiques dans les États sortant d'un conflit dans le cadre des missions de stabilisation.^[10]

Le second est fondé sur l'adaptation des politiques traditionnelles de défense extérieure et de sécurité intérieure en les combinant au niveau national (coordination interministérielle) et au niveau international (organisations multinationales), afin de répondre plus efficacement à ces menaces. Le troisième débat traite des sources mêmes des conflits post-Guerre froide dans le monde. L'Agenda pour la Paix de 1992, précisait que le but de l'action des Nations Unies consistait à traiter les causes des conflits, afin de le prévenir et non plus simplement d'en contenir les effets. Constatant que l'essentiel des conflits était interne aux Etats, les causes étaient donc à rechercher dans les contradictions

internes des sociétés fragiles: pauvreté, inégalité d'accès aux ressources, mépris des droits élémentaires de l'Homme et corruption. Qu'en conséquence, il existait un lien direct entre les causes de ces conflits internes et les menaces déjà citées et qu'il convenait des les traiter pour protéger la sécurité internationale commune.^[11]

Ces deux derniers domaines concernent la priorité de la politique étrangère dans l'UE malgré le fait qu'il n'existe paradoxalement pas de définition officielle de la gestion civile des crises au sein de l'UE. Elle fait en effet l'objet de divergences où entrent en jeu des intérêts nationaux, des rivalités interinstitutionnelles, voire des clivages idéologiques.

L'appropriation du terme de « gestion de crise » par ces différentes institutions offre plusieurs avantages expliquant sa large diffusion dans les documents et rapports officiels des services de l'Union, sans toutefois y inclure une définition cohérente. D'une part, les intervenants civils sont désormais concernés par un thème général traitant de sécurité au même titre que les militaires, en raison de leurs expertises sur des sujets aussi divers que l'assistance technique dans les différents domaines de la gouvernance (police, justice, services publiques), l'aide humanitaire, l'aide au développement; d'autre part, le terme crise est plus neutre que celui de conflit. L'intervention dans un conflit pose toujours la question politique de la légitimité et de la légalité des actions et de leur opportunité. Il a donc toute chance de créer des divisions. Le terme crise est compris plutôt comme une situation passagère de rupture d'équilibre, qu'il convient de rétablir par un

ensemble de mesures techniques civiles, parfois militaires. Ces mesures cessent dès lors que la situation de « sortie de crise » est atteinte.^[12]

Étant donné que la formation d'une véritable politique extérieure de l'UE se manquait pendant beaucoup de temps, c'était une longue marche vers la conception et la mise en oeuvre d'une politique et d'une gestion civile des crises. L'évolution dramatique s'est réalisée après les attentats du 11 septembre 2001 et la fin de la Présidence belge, lorsque le véritable progrès dans l'élaboration de ses instruments de politique extérieure a été commencé dans le domaine de la prévention des conflits. En effet, tant au niveau des Etats que des organisations régionales et internationales, la prévention des conflits s'affirme aujourd'hui comme une préoccupation de politique étrangère. Les sommets à Cologne, Helsinki et Feira ont confirmé la volonté européenne de se doter d'outils d'intervention dans les situations conflictuelles qui l'interpellent en Europe et dans les pays tiers.

L'Union porte un regard attentif à la politique de prévention car celle-ci est moins coûteuse que celle consistant à réparer les conséquences d'un conflit. La PESC s'intéresse, dès lors, à la prévention, la gestion et la résolution des conflits, ainsi il est urgent que l'Union européenne et ses Etats membres renforcent les outils de prévention des conflits et de gestion civile des crises, adoptent une réelle volonté politique afin de privilégier le règlement pacifique des différends. C'étaient les missions de Petersberg qui ont mis l'accent sur le maintien ou le rétablissement de la paix, ainsi que sur la protection des populations civiles. La stratégie européenne

de sécurité, publiée en 2003, adopte une conception plus offensive de la politique européenne de gestion des crises. Le document souligne que, dans un monde où " les marges de manoeuvre dont disposent des groupes non-étatiques pour jouer un rôle dans les affaires internationales" se sont considérablement accrues depuis la fin de la guerre froide, la sécurité européenne et internationale est indissoluble de la capacité de l'ensemble des Etats à maintenir l'ordre sur leur propre territoire.

Considérées sous l'angle du soutien ou de la construction des Etats, les opérations de gestion de crise peuvent comporter plusieurs phases: *la prévention*, qui s'efforce d'empêcher le déclenchement de conflits internes et l'effondrement des autorités centrales; *l'intervention*, qui vise à mettre un terme au conflit interne lorsque celui-ci s'est déclenché ; *la stabilisation*, qui suit immédiatement l'intervention; et *la reconstruction* matérielle et institutionnelle, visant à rétablir une autorité étatique légitime et efficace.

La gestion non militaire des crises bénéficie d'une attention grandissante de la part des institutions européennes. Cette approche de la gestion des crises s'intègre dans une démarche générale de contribution à la paix couvrant de multiples aspects: sauver des vies humaines ; maintenir l'ordre public ; la prévention, gestion et résolution *pacifique* des conflits ; et la gestion des effets secondaires néfastes des conflits sur les Etats membres de l'UE.

La véritable problématique du sujet est ce que l'Union Européenne désire à devenir un acteur mondiale dans tout le domaine de la politique mondiale et non

seulement dans le monde de l'économie malgré le fait que son capacité à parler d'un seul voix dans une question politique a raté plusieurs fois pendant les décennies et ce fait ne semble à se changer. Même les premières missions ont renforcé ce fait. Ce n'est pas un hasard que la formation de la politique étrangère commune est encore un domaine difficile entre les autres politiques. Étant donné que la prévention des conflits et la gestion civile des crises sont des questions fortement issues de l'intérêt économique et relèvent des questions de politique internationale dans laquelle les États membres ont rarement d'accord. Fruit d'une ambiguïté constructive et de l'expérience des premières actions sur le terrain, le volet civil de la PESD est arrivé aujourd'hui à un certain degré de maturité. Le déploiement en 2008 de deux missions inédites au Kosovo et en Géorgie pourrait en outre annoncer des nouvelles évolutions lourdes de conséquences. Pourtant, quelle est l'intentionnalité des États ? Pourquoi développent-ils des capacités civiles d'intervention et pourquoi leur choix s'est-il porté sur l'UE plutôt que sur une autre organisation - ONU, OTAN ou OSCE - dont l'activité est plus proche à cette tâche? Quelle est la véritable nature des tâches qui sont assignées à la GCC ?^[13]

La grande question est si l'Union Européenne, une organisation basée sur les buts économiques en origine, peut répondre aux défis de ce domaine et est enfin dans la bonne voie devenir un acteur de succès de la gestion des crises ou le succès de ce domaine s'étend aux distributions des aides humanitaires.

Dans ce qui suit la route d'une organisation régionale de la caractéristique purement économique sans aucun volet de politique étrangère commune vers la capacité de gestion civile des crises dans le cadre d'une politique étrangère et de sécurité commune est présentée. Dans la première partie de la dissertation, le processus de développement est présenté en point de vue de la formation de la politique de gestion civile des crises dans le domaine de politique étrangère et de sécurité d'une intégration économique et après dans la deuxième partie de la dissertation la prévention et la gestion civile des conflits sont présentées, les acteurs de l'UE, les partenariats et les missions concrètes sont examinés et finalement la conclusion contient la rédaction du sujet et la conséquence est tiré : aujourd'hui l'UE est capable à réagir.

CHAPITRE 1. L'origine des relations extérieures de l'Union européenne concernant la prévention et la gestion des conflits

La gestion des conflits internationaux et inter-étatique s'intègrent dans la politique étrangère et la sécurité qui sont des attributs fondamentaux de la souveraineté des États. Il y a donc eu une réticence historique bien compréhensible, aggravée par l'échec de la Communauté européenne de défense (CED) en 1954, à envisager un transfert de compétences, même partiel, en ce domaine – qui est totalement absent du traité de Rome.

C'étaient les objectifs de la politique de sécurité qui a donné l'essor à l'intégration pendant les premières années de l'existence du projet européenne comme la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) avaient des but militaro-industriel pour surveiller la métallurgie. Auparavant, lors du fondement des Communautés européenne (CE) en 1957 les traités fondateurs évitaient encore toutes les questions de la politique étrangère de la Communauté, mais étant donné que la coopération économique avait un succès inattendu, les États membres souhaitaient également un rôle politique conforme à la potentiel économique immense.^[14]

En dépit de ce désir, la réalisation avançait lentement comme le domaine de la politique étrangère faisaient partie et la de la souveraineté absolue des États membres et le thermomètre de l'autonomie, de plus, les question de la politique de sécurité appartenaient de la compétence des organisations internationales déjà existantes.^[15] Apart ces faits, concernant les circonstances de guerre froide et l'ordre universel bipolaire, un intégration qui englobait seulement une petite fraction des États de l' Europe de l'ouest n'auraient pas pu jouer un rôle significatif dans la formation des relations extérieures, ainsi la CE s'est mis en route sans des dimensions extérieures.^[16]

Dans *section 1*. les racines de la politique extérieure et de défense sont présentées.

Section 1. Les racines de la politique extérieure et de défense : La Communauté européenne de défense et l'Union de l'Europe occidentale (UEO)

En raison de la guerre de Corée et de la menace jugée croissante du bloc soviétique, l'Europe a pris conscience de sa vulnérabilité militaire, particulièrement en Allemagne de l'Ouest, et s'est décidée à la création d'une armée pan-européenne.

Moins de six ans après la fin de la Seconde Guerre mondiale l'idée, suggérée par Jean Monnet, serait été d'organiser une armée européenne qui aurait compris des contingents allemands. L'armée européenne aurait remplacé les armées nationales et les "soldats nationaux" sous le commandement d'un ministre européen de la Défense. Ainsi, on n'aurait pas réarmé directement l'Allemagne, mais on lui fournirait des armes servant uniquement sous supervision européenne. A la suite de la conférence de Paris du 15 février 1951, deux idées étaient abandonnées: un Conseil de ministres européens étaient préféré à un ministre unique et le maintien de certaines armées nationales au sein de l'armée européenne étaient envisagée. Des négociations s'engagent qui aboutissent le 27 mai 1952 à la signature du traité de Paris instituant la CED par les gouvernements français, ouest-allemand, italien, néerlandais, belge et luxembourgeois.^[17]

Le traité a prévu l'institution d'une Communauté européenne de défense, dans le cadre intégré et sous le contrôle opérationnel du commandant suprême de l'

Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN), disposant d'un budget, d'un armement, et d'un commandement communs. Elle a repris le fonctionnement institutionnel de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier créée en 1951, modèle plus tard repris par la Communauté économique européenne (CEE).^[18]

En France, les critiques du traité sont nombreuses. Les gaullistes portent sur l'inexistence d'une Europe politique et le placement de la CED sous tutelle de l'OTAN. Pour les communistes, l'impérialisme hégémonique du camp occidental, symbolisé par l'attitude belliciste de l'OTAN accentuant la division des deux Allemagnes, cherche à isoler le camp des démocraties populaires. Le Président du Conseil Pierre Mendès France a présenté le projet de loi autorisant la ratification du Traité de Paris, mais le 30 août 1954, l'Assemblée nationale, avec l'opposition des communistes et des gaullistes du RPF, d'une partie des socialistes et des radicaux, a refusé de donner l'autorisation de ratifier le traité en adoptant la question préalable.^[19]

La crainte du réarmement allemand a joué un rôle significatif dans cette décision et à long terme, la question d'une défense européenne intégrée a été ajournée jusqu'à la fin de la Guerre froide et aux négociations du Traité de Maastricht et sur un côté, l'intégration européenne s'est commencée en tant qu'une coopération économique de succès, sur l'autre côté, le 17 mars 1948^[20], la Grande-Bretagne, la France et les pays du Benelux ont signé le traité de Bruxelles instituant l'Union

de l'Europe occidentale qui a comporté un système d'assistance mutuelle automatique en cas d'agression armée en Europe.^[21]

Par ces événements d'échec l'idée d'une politique étrangère et de sécurité commune a été rayée de l'ordre du jour pour presque vingt ans lorsque les États membres encouragés par le succès économique ont commencé à reformuler des exigences de se parler d'une seule voie au niveau de politique extérieure et de quitter l'indicatif de „géant économique, nain politique”.^[22]

La section suivante s'occupe du nouveau désir à l'établissement d'une politique étrangère commune notamment de la naissance de la Coopération politique européenne (CPE) qui se marque par une initiative française.

Dans *section 2*. la première forme de la politique extérieure commune, la Coopération politique européenne est présentée.

Section 2. La Coopération politique européenne: l'ouverture à une diplomatie préventive?

Au sommet de La Haye en 1969, l'idée d'une coopération politique entre les différents États membres a été relancée et a conduit à la création de la Coopération politique européenne en 1972. Un processus de coordination intensif s'est mis donc en place entre les diplomates en matière de politique extérieure et

l'élaboration d'une vision commune a commencé à se dessiner avec une volonté de diplomatie préventive.^[23]

§1. Les antécédents

A: Les Plans Fouchet et ses contre-propositions

Lorsque le refus des projets de réforme de l'OTAN par les Américains et les Britanniques, le général de Gaulle a focalisé en partie son action internationale sur la réalisation d'une Europe politique. En juillet 1960, il a fait part au chancelier allemand Adenauer de ses réflexions en matière d'union politique européenne. L'objectif du général était en effet d'opérer une réforme des Communautés européennes dans le sens d'une Europe des États. Pour ce faire, il a proposé notamment la tenue de rencontres régulières entre ministres, chefs d'État ou de gouvernement des Six pour discuter de certaines questions politiques, et de défense.^[24]

Lors d'un sommet à Paris les 10 et 11 février 1961, les États membres se sont accordé à développer leur coopération politique. Le général de Gaulle a proposé alors à ses cinq partenaires de réunir une Commission d'études composée de représentants des six gouvernements et chargée d'étudier les modalités d'une éventuelle coopération diplomatique et politique entre les États membres de la CEE. La Commission d'études a été présidée par le diplomate français et ancien

député gaulliste Christian Fouchet. Les six semblaient avoir l'intention de créer une Union politique sans pour autant la définir. ^[25]

Le 19 octobre 1961, Christian Fouchet a présenté à la Commission d'études un premier projet de traité (*Plan Fouchet I*) établissant une union d'États indissoluble fondée sur la coopération intergouvernementale et le respect de l'identité des peuples et des États membres. Il suggère d'établir une coopération, en marge des traités communautaires, en matière de politique étrangère et de défense, de science, de culture et de protection des droits de l'homme. Sur le plan institutionnel, le projet a prévu la création d'un Conseil constitué de chefs d'État ou de gouvernement qui se réunit trois fois par an et statuant à l'unanimité. Un Conseil des ministres des Affaires étrangères est chargé d'assurer l'intérim. Le projet n'a pas confié à l'Assemblée des Communautés qu'un rôle consultatif. Le Conseil seraient assisté d'une commission formée de diplomates des pays membres représentant leur gouvernement. Le plan a établi une distinction entre les compétences de la Communauté et celles de l'Union politique à créer.

Les partenaires de la France s'opposent à cette version du plan car certains craignaient une domination française dans les relations extérieures des Six. Ils ont refusé aussi d'accentuer le caractère intergouvernemental des institutions, y voyant une menace pour l'indépendance et le caractère supranational des organes communautaires. Qui plus est, les Pays-Bas ne voulait pas compliquer davantage les négociations d'élargissement du marché commun engagées avec la Grande-Bretagne ni hypothéquer les discussions euro-atlantiques en cours quant à l'avenir

de l'OTAN. Face à ces résistances, de Gaulle a durci sa position et a abandonné les compromis auxquels étaient parvenus les négociateurs européens. Le 18 janvier 1962, Christian Fouchet a présenté en effet une nouvelle version du plan (*Plan Fouchet II*) qui a projeté cette fois de confier à l'Union des compétences économiques a priori réservées aux Communautés qui se voient subordonnées à l'organe de coopération intergouvernementale. Cette seconde mouture n'a fait par ailleurs plus allusion à l'Alliance atlantique. ^[26]

Au moment où le marché commun a entamé la deuxième étape de sa réalisation, les États membres ont formulé alors des contre-propositions dans un sens plus fédéraliste qui sont à leur tour rejetées par le gouvernement français. Début avril, le secrétaire général du Ministère italien des Affaires étrangères Emilio Cattani a remplacé Christian Fouchet à la tête de la Commission d'études. Cattani propose de nouveaux amendements, mais il n'a pas parvenu à concilier les intérêts de la France et de ses partenaires européens. La Belgique et les Pays-Bas veulent en effet faire aboutir l'adhésion de la Grande-Bretagne à la CEE avant de poursuivre plus avant la mise en œuvre d'une union politique. En conséquence, les ministres des Affaires étrangères de Luxembourg le 17 avril 1962 ne pouvait que constater leur désaccord. Le 15 mai, le général de Gaulle a consommé la rupture des tentatives d'Europe politique. Au cours d'une conférence de presse retentissante, il a stigmatisé en effet les thèses fédéralistes européennes et a dénoncé ouvertement le jeu des Anglo-Saxons.

L'échec des Plans Fouchet a entraîné une série de crises marquées par le désaccord portant sur la nature même du processus d'unification européenne, le pouvoir des institutions communautaires, l'indépendance de l'Europe ainsi que la solidarité atlantique. Les chefs d'État et de gouvernement allait d'ailleurs cesser de se réunir pendant sept ans.^[27]

B: Du sommet de La Haye à la naissance de du Conseil européenne

Lors du sommet de La Haye de décembre 1969, les Six s'accordent pour considérer que la phase de transition de douze ans de la CEE étaient en bonne voie d'achèvement et qu'il est dès lors urgent de passer à la phase définitive.^[28]

Un groupe de travail composé des directeurs des affaires politiques des Ministères des Affaires étrangères des Six présidé par le diplomate belge Étienne Davignon a réfléchi aux possibilités d'une plus grande coopération politique européenne dans la perspective de l'élargissement des Communautés à de nouveaux membres. Après une première approbation de principe en juillet 1970, le Conseil a adopté le 27 octobre à Luxembourg les propositions définitives du groupe de travail qui a resté pourtant en retrait par rapport aux propositions contenues en 1962 dans le Plan Fouchet. Le *rapport Davignon*, également appelé "*rapport de Luxembourg*", a prévu en effet la consultation mutuelle des Six sur les problèmes de politique étrangère et la mise en œuvre de décisions concertées mais n'a pas évoqué en revanche aucune consultation en matière de sécurité extérieure et de défense.^[29]

Pour les auteurs du rapport, l'objectif à atteindre est avant tout le rapprochement des points de vue sur la politique internationale via un système de consultations régulières. Il a proposé une consultation semestrielle des ministres des Affaires étrangères et des réunions trimestrielles des directeurs politiques des six ministères. La préparation de ces réunions ministérielles est confiée à un comité politique habilité à créer des groupes de travail thématiques. La commission politique du Parlement européen serait été informée des résultats de ces rencontres et la Commission serait été consultée sur les questions qui sont de son ressort. Le document a prévu enfin l'association au processus de concertation des pays candidats à l'adhésion aux Communautés. Néanmoins, le *rapport Davignon* a initié, en dehors de toute contrainte juridique, la discussion à six puis à neuf *des problèmes internationaux* et a donné une première dimension communautaire à la politique étrangère des États membres. Il étaient à la base de la Coopération politique européenne inaugurée à Munich le 19 novembre 1970 lors de la première réunion ministérielle. La CPE s'est notamment manifestée au cours des longues discussions de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) dont l'acte final est signé à Helsinki le 1er août 1975 par Aldo Moro en sa double qualité de président en exercice du Conseil des ministres des Neuf et de chef du gouvernement italien.^[30]

§2. Le fonctionnement de CPE

A : La formation et les premiers battement d'ailes

Parallèlement au processus d'élargissement de la Communauté, les chefs d'État ou de gouvernement s'est aussi fixé comme objectif de transformer, à l'horizon de l'année 1980, toutes leurs relations au sein d'une Union européenne dont les contours institutionnels n'a pas été précisés.^[31] Ils ont fixé au nombre de quatre par an les réunions de coopération politique et chargent leurs ministres des Affaires étrangères de préparer la rédaction d'un rapport portant sur les méthodes susceptibles d'améliorer le fonctionnement de la coopération politique européenne. Les premiers communiqués de presse communs ont apparu à la fin de 1972.^[32]

Adopté le 23 juillet 1973 par les chefs de gouvernement réunis au Danemark, le rapport de Copenhague a proposé d'intensifier le principe des consultations entre ministres de Affaires étrangères et de mettre sur pied un groupe de correspondants diplomatiques formant la Committée politique, au sein des chancelleries et des ambassades, afin de faciliter l'information mutuelle. Influencé par le contexte général de la guerre au Proche-Orient, le rapport a préconisé également la création d'un réseau de liaison télex directe entre les ministères des Affaires étrangères afin d'assurer la diffusion des documents et d'accorder les agendas. ^[33]C'était le réseau des correspondants européens (COREU)^[34].

Les 14-15 décembre 1973, les Neuf se sont réunis à Copenhague pour s'engager une nouvelle fois à se retrouver plus souvent pour discuter de l'avenir du processus communautaire. Ils ont confirmé également l'importance de l'identité européenne dans les relations extérieures de la CEE. Le "document sur l'identité européenne" a défini la conception que partagent les Neuf de la vie en société et ont précisé aussi les grandes orientations de leur politique étrangère.

Sur la proposition de Valéry Giscard d'Estaing, nouveau président de la République française, le sommet de Paris entre 9-10 décembre 1974 a institué, en marge des traités constitutifs, le *Conseil européen des chefs d'État et de gouvernement*.^[35] Organe hybride de coordination et de décision, le Conseil européen s'est réuni, en principe, trois fois par an et chaque fois que nécessaire. En matière de coopération politique, les Neuf ont projeté de développer une diplomatie concertée dans tous les domaines de la politique internationale qui affectent les intérêts de la Communauté. Par la naissance du Conseil européen le lien institutionnel est réalisé entre l'intégration économique et l'intergouvernementalisme qui a signifié la politique étrangère.^[36]

Les Neuf ont confié en outre à Leo Tindemans, Premier ministre belge, la tâche de présenter un rapport détaillé sur les moyens de transformer la Communauté en Union européenne. Ce faisant, ils ont démontré que l'union de l'Europe constituaient la pierre de touche de leur politique extérieure.

Cet objectif est à nouveau rappelé un an plus tard dans *le rapport Tindemans sur l'Union européenne* commandité par les Neuf à l'issue du sommet de Paris de

décembre 1974. En matière de coopération politique, le Premier ministre belge a plaidé en effet pour une action commune des États membres de la Communauté dans tous les domaines essentiels de ses relations extérieures en vue d'initier une politique extérieure commune. Il a prévu une obligation juridique des États membres de parvenir à une position commune, éventuellement par recours au système majoritaire. Pour ce faire, Tindemans a suggéré aussi la mise en oeuvre d'une politique de défense commune et une plus grande coopération dans la production des armements. Le 30 novembre 1976, le Conseil européen de La Haye a examiné le rapport Tindemans et a affirmé que la coopération européenne en matière de politique étrangère devaient progressivement conduire à l'élaboration d'une politique extérieure commune. Les détails du fonctionnement et les réunions ont été déclarés lors de la déclaration de Londres de 1977.^[37]

La Coopération politique européenne s'est manifesté à de nombreuses reprises au cours des années 1970. La solidarité politique des Neuf s'est exprimé notamment dans leur appel commun au cessez-le-feu des hostilités au Proche-Orient le 13 octobre 1973, lors de la signature, le 30 juillet 1975, de l'Acte final d'Helsinki de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe dans diverses déclarations communes en faveur d'une solution pacifique de la crise chypriote en été 1974, ou encore dans leur condamnation unanime du régime de l'apartheid en Afrique du Sud.^[38]

B : Les modifications par l'Acte unique européenne (AUE)

a. Les antécédents des dispositions de politique étrangère dans l'AUE

Le Parlement européen désireux de se démarquer des diverses initiatives gouvernementales de réforme institutionnelle ou politique, élu pour la première fois au suffrage universel en juin 1979, a adopté le 14 février 1984, un projet de traité instituant l'Union européenne ou "*projet Spinelli*" partiellement inspirée par le projet de Communauté politique européenne abandonné suite à l'échec de la Communauté européenne de défense en 1954.^[39] Suite aux dispositions, l'Union a dû faire porter ses efforts en matière de relations internationales sur l'établissement de la paix par le règlement pacifique des conflits et renforcer son rôle international.^[40] C'était la première fois que la CE a mentionné l'importance de la gestion pacifique des crises en tant que l'objectif de l'intégration ou correctement celui de l'Union en projet. En outre, le Projet a réglé en détail la conduite de l'action commune et les institutions européennes compétentes en domaine de l'affaire extérieure.^[41] Selon le projet l'Union était représentée par la Commission dans ses relations avec les États tiers et les organisations internationales,^[42] elle pouvait proposer des politiques et des actions qui sont mises en œuvre, à la demande du Conseil européen ou du Conseil de l'Union, soit par la Commission, soit par les États membres ;^[43] le Conseil de l'Union pouvait

adresser à la Commission des lignes directrices pour la conduite des actions internationales ;^[44] et le Parlement était seulement informé, en temps utile et selon des modalités appropriées, de toute action.^[45] Comme l'Union veille à la cohérence des orientations de politique internationale des États membres, elle coordonne les positions des États membres lors de la négociation d'accords internationaux et dans le cadre des organisations internationales.^[46] Dans ce cadre, la Commission peut, avec l'accord du Conseil de l'Union, établir des représentations dans des États tiers et auprès des organisations internationales.^[47]

Aucun parlement national, hormis le parlement italien qui salue la démarche de Spinelli, n'a pas examiné le projet de traité. Au printemps 1985, les travaux du Comité Dooge, mis en place un an auparavant pour l'examen des questions institutionnelles et l'amélioration de la coopération communautaire et politique européenne, a rappelé l'intérêt de l'esprit et des méthodes du projet de traité adopté par le Parlement européen.

b. L'AUE et la fonctionnement de la CPE^[48]

La Coopération politique européenne avait fonctionné dans un cadre informel pendant 17 ans lorsque l'Acte unique européenne a intégré la question de la politique étrangère dans les traités fondateurs en donnant pour la première fois une base juridique au Conseil européen créé de façon pragmatique en 1975 en

dehors des traités ayant institué les Communautés européennes. Elle a également codifié, pour la première fois, les pratiques et procédures développées de façon progressive depuis le début des années 1970. Il reste néanmoins en retrait par rapport à plusieurs suggestions du Projet et du rapport remis en mars 1985 par le *Comité Dooge*.

Selon l'Acte unique, les mécanismes de la politique étrangère européenne reposent sur la consultation et sur l'information des États membres des Communautés. L'obligation de se consulter avant d'adopter une position définitive est d'ailleurs formalisée. Les États membres se sont engagé à poursuivre une politique étrangère commune: chaque Etat était obligé à prendre en compte les positions de ses partenaires ainsi que l'intérêt européen commun avant d'arrêter sa propre politique.^[49]

Il est envisagé d'étendre ensuite la coopération entre États membres au domaine de la sécurité, notamment dans ses aspects politiques, économiques et technologiques, sans qu'il soit porté atteinte à *l'Union de l'Europe occidentale* (UEO) ou à *l'Alliance atlantique* (OTAN).^[50]

L'Acte unique a introduit par ailleurs le concept de "sécurité européenne" et porte création d'un secrétariat politique permanent à Bruxelles. L'article 30 de l'AUE a prévu que les États membres étaient prêts à mettre en œuvre une politique étrangère européenne commune. Pour ce faire, ils se sont engagé à se consulter sur les questions de politique étrangère qui pourraient avoir un intérêt pour la sécurité des États membres. *La présidence du Conseil* était donc responsable de

l'initiative, de la coordination et de la représentation des États membres vis-à-vis des pays tiers dans ce domaine. ^[51]

Selon les dispositions, les ministres des affaires étrangères et un membre de la Commission se réunissent au moins quatre fois par an dans le cadre de la coopération politique européenne et afin de permettre l'adoption rapide de positions communes et la réalisation d'actions communes, les États membres avaient l'obligation de s'abstenir, dans la mesure du possible, de faire obstacle à la formation d'un consensus. ^[52]

Le Parlement européen était lié étroitement à la coopération politique européenne. À cette fin, la présidence informait régulièrement le Parlement européen des thèmes de politique étrangère examinés dans le cadre des travaux de la coopération politique.

La présidence de la coopération politique européenne était exercée par le président du Conseil des Communautés européennes et il avait la responsabilité en matière d'initiative, de coordination et de représentation des États membres vis-à-vis des pays tiers pour les activités relevant de la coopération politique européenne. Elle était également responsable de la gestion de la coopération politique, et en particulier de la fixation du calendrier des réunions, de leur convocation ainsi que de leur organisation. ^[53] Un *secrétariat* établi à Bruxelles a assisté la présidence dans la préparation et la mise en œuvre des activités de la coopération politique européenne ainsi que dans les questions administratives sous l'autorité de la présidence. ^[54]

Les États membres et la Commission, étaient en relation grâce à une assistance et une information mutuelles par leurs *représentations accréditées* dans les pays tiers et auprès d'organisations internationales.^[55]

En pratique, la coopération et le fonctionnement régulier était assisté par les *directeurs politiques* qui se réunissaient régulièrement au sein du comité politique afin de donner l'impulsion nécessaire, d'assurer la continuité de la coopération politique européenne et de préparer les discussions des ministres.^[56] Le *comité politique* ou, en cas de nécessité, une réunion ministérielle étaient convoqués dans les quarante-huit heures à la demande d'au moins trois États membres,^[57] et des *groupes de travail* se réunissaient selon les directives du comité politique.^[58] Le *groupe des correspondants* européens avait pour tâche de suivre, selon les directives du comité politique, la mise en œuvre de la coopération politique européenne et d'étudier les problèmes d'organisation générale.^[59]

Les États membres ont planifié la révision de ces dispositions cinq ans après l'entrée en vigueur en vue des exigences émergentes pendant le fonctionnement de cette politique mais étant donné que sans pouvoirs explicites la CPE ne pouvait pas effectivement réagir aux situations internationales problématiques donc le problème touché par Kissinger avec sa fameuse demande de 1970 « *l'Europe, quel numéro de téléphone?* » n'étaient pas encore résolus.^[60]

3§ La pratique de la PAC concernant la gestion des crises : les essais de l'aile et les échecs

« Malheureusement, la CPE ne peut être jugée que sur la base de résultats concrets, et non pas de déclarations ou appels qui n'obtiennent aucun écho. »^[61]

Il était suffit de citer la réponse donnée par les Douze au regard de la crise du Golfe: certains pays ont dépêché des unités navales mais chacun a eu soin de préciser qu'il s'agissait d'opérations purement nationales. Ceci est vrai également au sujet désarmement nucléaire. Dans les suivants les mouvements de succès et les échec de la CPE sont présentés.

A : Les succès

Le foctionnement de la CPE a remporté le succès au trois domaines: lors de la coopération avec l'ONU, au cours de la processus d'Helsinki et aux représentations accréditées dans les pays tiers.^[62] Au forums de l'OTAN, la manifestation des intérêts des États membres d'un seul voix pouvait être réalisée grâce à la pratique suivie concernant l'obligation d'harmoniser les points de vues avant les sessions. La Grande Bretagne et le France, les deux mebres de le Conseil de sécurité, ont refusé cette obligation^[63] ce qui a marqué le problème globale de la politique étrangère commune: le rattachement aux souveraineté étatique.

Concernant les négociations et les coopérations aux autres forums des organisations internationales la représentation des idées communes de la CEE n'avait aucune difficulté comme dans la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe l'activité ne s'est allée plus loin que la déclaration des droits de l'homme, l'acceptation des principes et désignation des directions - pas comme dans l'Organisation des Nations Unies (ONU) – donc il ne fallait pas se charger de l'activités concrètes. Mais il faut ajouter que la Communauté s'est déjà engagé au règlement pacifique des différends et au non-recours à la menace ou à l'emploi de la force.^[64] Quant aux représentations accréditées dans les pays tiers, la coopération politique des États membres ne causait pas de problème – en temps de paix.^[65] En regardant les situations qui exigeait vraiment l'action commune des États membres au niveau international, et argumenter d'un seul voix l'attitude de CEE, la Coopération politique extérieure a échoué. Dans les suivants, les échecs de la CPE sont présentés.

B : Les échecs

Concernant les situation internationale la CEE ne pouvait pas se porter dans l'unité. Le mécanisme établit pendant les années fonctionnait en principe, mais il n'avait aucun résultat effectif et l'attitude des États membres a également laissé à désirer. Il a fallu annuler, par exemple, la réunion des ministres du 22 novembre 1978 à cause du manque d'intérêt de la part des États membres malgré le fait que la la

vie publique internationale avait beaucoup points critiques à discuter et à réagir. Tout simplement ils ont évalué les autres forums – l'OTAN, la CSCE, l'ONU et les réunions bilatérales - plus compétent dans les sujets de politique internationales que la CEE.^[66] Le problème a dérivé des intérêt nationaux comme les toutes les crise internationales ont touché l'industrie, l'économie ou autres aspects de presque tous les États membres et c'était le véritable défi à chacun à repousser les propres intérêts égoïstes, les harmoniser et à agir au bénéfice de la CEE. Ce qui était le plus sérieux c'était la manque de la véritable volonté à réaliser ce dernier.

Le premier défi était la guerre arabe - israélien en 1973 et la crise pétrolière qui l'a suivie. Étant donné que les États membres étaient incapable à se mettre d'accord sur la question de la politique énergétique commune, ainsi la CEE ne pouvait pas se présenter au niveau international. C'était la même situation lors des négociations avec les États de la Proche-Orient, lors du coup d'État grec au Chypre et l'intervention turque qui l'a suivi, la révolution portugale en 1975, l'intervention soviétique en Afghanistan en 1979 et lors de l'affaire de diplomatie en Iran.^[67] De plus, à cause de la désaccord et la hésitation des États membres, même les sanctions commerciales ont retardé qui auraient justifié la position commun et la soutenance des autres pouvoirs mondiaux au niveau international.

L'échec de la fonctionnement de la CPE était imputable à la France où Giscard d'Estaing a suivi Pompidou en 1974 dans la chaise présidentielle et il s'est détourné des solutions communes concernant les questions de politique

extérieure. Pour mettre fin à cette situation et à la négligence étatique le 13 octobre 1981, les ministres européens des Affaires étrangères ont adopté à Londres ^[68] un nouveau rapport sur la coopération politique européenne et après, la déclaration solennelle en 1983^[69] qui ont révisé les idées de coopération extérieure et l'obligation de se consulter avant de lancer des initiatives nationales sur les questions de politique étrangère touchant l'ensemble des Dix.

Malgré les efforts « sur papier » rien n'est changé dans les attributs des États membres. En 1986 par exemple, concernant le bombing américain de Tripoli la Grande Bretagne a assisté la réunion occupant de cette question sans dire aucun mot et en même temps elle a déjà permis aux avions militaires américains d'utiliser les territoires britanniques. Peut-être la seule crise internationale dans laquelle la CEE pouvait former une seule voix était la guerre de Falkland lorsque les intérêts nationaux ont été relégués au second plan – par exemple les intérêts d'industrie militaire de la France – et les États membres ont introduit des mesures d'embargo.^[70]

La manque des réponses communes aux situations de crises internationales bien montre l'antagonisme entre les intérêts nationaux et les intérêts communs qui empêche l'élaboration d'une position commune dans les cadres de la CEE.^[71] En réalisant ce fait et le danger économique qui se manifeste dans l'instabilité de paix et dans les situations de crises dans le monde, les États membres ont commencé à voir une autre solution pour entrer la vie politique internationale : la prévention et pas la sanctions des crises.

Dans la chapitre suivantes les causes directes de ce changement de l'attitude étatique et l'évolution de cette nouvelle volet de la politique étrangère sont examinés.

Dans *chapitre 2* la route à la naissance de la PESC est présenté par rapport du développement de la CPE.

CHAPITRE 2. Réformes des traités: de CPE à la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC)

Dans *section 1* les changement de la concept de gestion des conflits dans le monde et ses effets dans les domaines prioritaires de la CPE sont présentés et les bases doctrinales de l'intervention des tiers dans un conflit étatique avec l'intention de rétablir le paix sont examinées.

Section 1. La politique de gestion des conflits dans le monde : la prévention en tant que priorité

Le règlement pacifique des différends et l'éviction du recours à la force n'est pas de nouveauté de nos jours, mais une obligation qui a déjà apparue lors du Traité de Westphalie en 1648. Ces deux catégories convergent et se complètent.^[72]

Dans l'ordre international, la recherche de la paix par le droit s'est surtout développée à partir du dernier tiers du XIX^e siècle. Elle a abouti à la systématisation et au perfectionnement des procédures diplomatiques de règlement. Quant à l'éviction du recours à la force amorcée encore timidement dans le Pacte de la Société des Nations, elle a été ensuite développée dans le Pacte Briand-Kellog de 1928, puis réaffirmée dans la Charte des Nations Unies.^[73]

C'est l'article 33 de la Charte des Nations Unies qui précise les modalités d'application de l'obligation générale de règlement pacifique des différends. Il est ordonné autour du principe du libre choix des moyens et réaffirmé notamment dans la Déclaration de Manille^[74] proclamée dans le cadre des Nations Unies en 1982 et dans la Déclaration de 1988 sur la prévention et l'élimination des différends.^[75]

La catégorie de règlement pacifique des différends se divise en mode diplomatique et mode judiciaire. Comme l'UE ne s'occupe de cette dernière, le mémoire focuse sur les règlements diplomatiques.

Dans ce qui suit, le changement dans le traitement des situations de crises en conformité avec les principes des Nations Unies sont présentés.

§ 1. Les nouveaux défis du monde et le plan de l'ONU en tant que programme à suivre

A. Le changement de concept de l'instauration de stabilité et de paix

La notion de gestion de crise n'a pas changé, elle couvre la même : la préservation de paix et la résolution des conflits, mais c'est le monde qui s'est modifié. Les dernières années quatre-vingts on a vu « ...s'effondrer la barrière idéologique quasiment insurmontable qui, pendant les décennies, avait nourri la suspicion et l'hostilité, ainsi qu'un effroyable amoncellement de moyens de destruction. ... Nous voici entrés dans une phase de transition mondiale marquée par des tendances hautement contradictoire. »^[76]

Le maintien de la paix appartient aux Nations unies dans le point de vue général bien que l'expression « maintien de la paix » ne figure pas dans la Charte des Nations unies et ne peut être expliquée par une simple définition et elle n'appartient pas dans le pouvoir exclusive de l'ONU. ^[77] Dag HAMMARSKJÖLD, le deuxième Secrétaire général des Nations unies, a fait référence au maintien de la paix comme s'inscrivant sous le Chapitre « six et demi » de la Charte, entre les méthodes traditionnelles de résolution pacifique des différends, telles que la négociation et la médiation placées sous le Chapitre VI, et les actions plus coercitives autorisées sous le Chapitre VII.^[78]

Au fil des ans, le maintien de la paix des Nations unies a évolué de manière à répondre aux exigences posées par différents conflits et un paysage politique changeant. Depuis la création de l'ONU en 1945, plus d'une centaine de conflits majeurs ont éclaté. Né à l'époque où les rivalités de la Guerre froide paralysaient

régulièrement le Conseil de sécurité, le maintien de la paix avait comme principaux objectifs le maintien de cessez-le-feu et la stabilisation des situations sur le terrain afin que les efforts entrepris au niveau politique puissent aboutir à un règlement pacifique des conflits. Avec la fin de la Guerre froide, le contexte stratégique du maintien de la paix des Nations unies a profondément changé, conduisant l'Organisation à modifier et étendre ses opérations sur le terrain de missions « traditionnelles » impliquant des tâches strictement militaires à des entreprises pluridimensionnelles complexes destinées à veiller à la mise en œuvre d'accord de paix globaux et à aider à bâtir les fondations d'une paix durable.^[79]

La nature des conflits a également changé au cours de ces dernières années. Initialement conçu comme un moyen de régler des conflits inter-étatiques, le maintien de la paix a progressivement été appliqué aux conflits intra-étatiques et aux guerres civiles. Il apparaît des problème comme la pauvreté, la maladie, la famine qui sont à la fois la source et la conséquence des conflits. La porosité de la couche d'ozone pourrait également faire peser une menace plus lourde sur une population exposée qu'une armée.^[80] Bien que les soldats demeurent l'épine dorsale de la plupart des opérations de maintien de la paix, celles-ci se composent également d'administrateurs, d'économistes, de policiers, d'experts juridiques, de démocrates, d'observateurs électoraux, d'observateurs des droits de l'homme, de spécialistes dans les domaines des affaires civiles, de la gouvernance ainsi que des employés humanitaires et des experts en communication et en information publique.

Conformément aux nouveaux défis, l'ONU a élaboré un nouvel programme avec les priorités suivantes.

B. La réponse de l'ONU aux nouveaux défis

Les nouveaux buts de l'ONU concernant la paix étaient publiés dans le document-cadre du Secrétaire général actuel, Boutros-Boutros GHALI. En tant que priorité il faut essayer de déceler aussi tôt possible les situations porteuses de conflit et de parer au danger, par la voie diplomatique, avant que la violence éclate, mais lorsqu'un conflit éclate il faut rétablir la paix en réglant les différends et au sens le plus large il faut essayer d'extirper les causes les plus profondes du conflit: misère économique, injustice sociale et oppression politique.^[81]

Cette nouvelle vague – également nommé comme la deuxième génération de l'activité de maintien de la paix – focuse sur trois termes étroitement liés: la diplomatie préventive, la rétablissement de la paix et le maintien de la paix. *La diplomatie préventive (preventive diplomacy)* a pour objet d'éviter que les différends ne surgissent entre les parties, d'empêcher qu'un différend existant ne se transforme en conflit ouvert et si un conflit éclate, de faire en sorte qu'il s'étende le moins possible.^[82] *Le rétablissement de la paix (peacemaking)* vise à rapprocher des parties hostiles, essentiellement par des moyens pacifiques tels que ceux prévus au chapitre VI. de la Charte des Nations unies.^[83] *Le maintien de la paix (peace-keeping)* consiste à établir une présence des Nations unies sur le

terrain, ce qui n'a jusqu'à présent été fait qu'avec l'assentiment de toutes les parties concernées, et s'est normalement traduit par un déploiement d'effectifs militaire et/ou de police des Nations unies ainsi, dans bien des cas, que de personnel civil. Cette technique élargit les possibilités de prévention des conflits aussi bien que de rétablissement de la paix.^[84] Pour être vraiment efficace, les opérations de rétablissement et de maintien de la paix doivent également définir et ériger des structures propres à consolider de la paix ainsi qu'à susciter confiance et tranquillité dans la population. Au lendemain d'une guerre internationale, *la consolidation de la paix (peace-building)* peut prendre la forme de projets concrets de coopération dont le but ne serait pas seulement de contribuer au développement économique et social, mais aussi de renforcer la confiance, condition si décisive de la paix.^[85] Pour le succès de ces instruments l'Agenda souligne l'importance de la coopération avec les accords et organismes régionaux,^[86] en indiquant que la force est un instrument *ultima ratio*.

Les activités de l'ONU influencent ceux de l'UE, ainsi la politique étrangère de l'UE a commencé à se déplacer vers les nouveautés des Nations unies dans le cadre de la PESC récemment établie en 1992.

Dans ce qui suit les bases doctrinales sont examinées notamment les conditions qui permettent à l'UE d'intervenir dans les affaires internes d'un Etat.

C. Les bases doctrinales: droit de/à l'intervention

a. La souveraineté nationale et l'intervention^[87]

Lors d'un conflit, la compétence des autres États ou des organisations sont toujours à questionner. Les termes du débat sont la souveraineté nationale et légalité et la légitimité du droit à l'intervention. La souveraineté nationale évolue dans un sens positif, non pas pour être bafouée, mais, tout au contraire, pour être davantage respectée. Cette démarche est positive et elle émane des victimes qui la réclament. Il ne s'agit pas d'une espèce de bris de clôture ou d'activités de pillards. Le droit international est fondé sur la souveraineté nationale et il le demeurera, mais cette notion de souveraineté conçue comme une barrière, comme une sorte de mur à l'abri duquel tout peut se passer n'a plus cours en raison de l'évolution de la société civile vers l'humanitaire, de l'évolution des armées et de l'évolution politique elle-même.^[88]

Tous les Etats sont responsables du renforcement de la sécurité et de la stabilité dans le monde. La force n'est pas le privilège des uns, le droit l'alibi des autres. La légitimité est la clé de l'efficacité de l'action internationale. Si on veut définir des réponses à la hauteur des enjeux de notre monde contemporain et prendre les mesures nécessaires, y compris le recours à la force, nous devons le faire au nom d'une décision collective.^[89]

En principe, l'intervention dans les affaires d'un autre État est interdite. En principe, intervenir dans les affaires intérieures d'un État est prohibé par la règle de non-ingérence telle que stipulée dans l'article 2(4) de la Charte des Nations

unies et est considérée comme un acte d'agression et une menace à la paix et la sécurité internationale. Mais l'intervention armée peut être justifiée comme une exception permise à la règle selon les articles 39 et 42 du Chapitre VII. de la Charte des Nations unies.

Il y a des exceptions au principe de non-intervention. D'abord, lorsqu'un État commet ou s'abstient de prévenir un génocide ou des crimes contre l'humanité sur son territoire. La communauté internationale a alors le droit et, dans certains cas, le devoir d'intervenir pour protéger la vie des innocents. Lorsqu'un gouvernement commet un tel crime ou, par faiblesse ou par choix, laisse un tel crime se commettre, il doit en être tenu pour responsable. L'intervention humanitaire^[90] est une question délicate et très complexe sur le plan politique et ne se prête pas à des réponses faciles. Toutefois, ce qui est certain, c'est qu'aucun principe juridique - même pas celui de la souveraineté - ne saurait excuser des crimes contre l'humanité. Lorsque de tels crimes sont commis et que les moyens pacifiques pour y mettre fin ont été épuisés, le Conseil de sécurité a le devoir moral d'agir au nom de la communauté internationale. Ce n'est pas parce qu'on ne peut pas protéger les populations partout dans le monde que on ne doit pas agir chaque fois qu'on le peut. L'intervention armée – comme les missions militaires – doit toujours demeurer le dernier recours mais, face à des massacres, c'est une possibilité qu'il ne faut pas écarter.^[91]

Il existe également des interventions humanitaires non autorisées par le Conseil de Sécurité des Nations unies. Les interventions non autorisées par le Conseil de

Sécurité sont généralement considérées illégales, même si elles peuvent être légitimes et légalisées *post-facto*. Par exemple, l'intervention non autorisée de l'OTAN au Kosovo en 1999 est généralement considérée illégale mais légitime.

Le principe de non-intervention n'est plus absolu, même aux Nations unies, organisme créé par des États souverains en vue de leur propre défense. Lorsque des pays ayant une tradition d'agression et de soutien au terrorisme cherchent à se doter d'armes de destruction de masse, mettant ainsi en danger la communauté internationale, ils mettent en danger leur immunité en matière d'intervention, y compris d'intervention anticipée destinée à détruire leur capacité de mise au point de ces armes. La souveraineté n'est pas absolue mais relative. Lorsqu'un État viole les normes fondamentales en commettant - ou en menaçant de commettre - ou en permettant des actes intolérables contre ses ressortissants ou ceux d'autres nations, il perd certains privilèges de la souveraineté.^[92] L'utilisation de la force dans le but de maintenir la paix et la sécurité internationale est la prérogative du Conseil de Sécurité des Nations Unies et doit recevoir son assentiment pour être légale. La responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité internationale nécessite des mesures pour prévenir et régler les conflits.^[93]

En réponse à l'appel du Secrétaire général de l'ONU, le gouvernement canadien et un groupe de grandes fondations ont créé une Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États (CIISE) qui a rendu un rapport en décembre 2001 abordant l'ensemble des questions juridiques, morales, opérationnelles et politiques qui se posent dans ce domaine.^[94]

b. Les règles d'intervention

La souveraineté de l'Etat et la non-intervention ont toujours été des principes fondamentaux qui ont contribué à garantir l'ordre international.^[95] Depuis 1990, toutefois, la non-intervention n'est plus une valeur irréfutable des relations internationales. Bien que les Etats continuent à être les unités de base de la légitimité politique et jouissent à ce titre d'une grande autonomie, trois évolutions ont nuancé le principe traditionnel de souveraineté. Premièrement, un nouvel accord entre les membres permanents du Conseil de sécurité a conduit à son engagement actif dans les crises et les conflits internationaux et internes, à travers l'adoption de mesures collectives significatives. Ces mesures, allant des opérations de maintien de la paix aux sanctions économiques, en passant par la tutelle politique de certains Etats et territoires, l'établissement de tribunaux internationaux chargés de faire respecter le droit humanitaire et l'autorisation du recours à la force, ont souvent été exécutées sans le consentement des gouvernements concernés.^[96]

Deuxièmement, la reconnaissance des droits de l'homme comme valeur centrale des relations internationales a également eu un impact sur les anciennes conceptions de l'Etat souverain. Ainsi, le fait que certains gouvernements soient les auteurs des pires violations des droits de l'homme contre leurs ressortissants a

été largement condamné depuis la fin de la guerre froide. La communauté internationale ne tolère plus en effet l'alibi des frontières étatiques pour couvrir les atteintes aux droits de l'homme. [\[97\]](#)

Troisièmement, pendant les années 90, certains Etats ont décidé d'intervenir dans d'autres pays pour la bonne cause, notamment pour éviter de graves catastrophes humanitaires, et avec les moyens appropriés, ce que la société internationale a jugé acceptable. Certaines interventions décidées pour évacuer des réfugiés ou, dans les années 70, à titre de légitime défense, ont été considérées dernièrement comme légitimes parce qu'elles avaient permis de remédier aux désastres humanitaires et contribué à la stabilité. [\[98\]](#)

L'analyse des dimensions de la légalité, de la légitimité et l'opportunité permet de définir le nouveau principe d'intervention limitée.

Dans son rapport sur la *Responsabilité de protéger*, la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États conclut qu'une intervention humanitaire armée est légitime et légale si elle est:

- une cause juste (dommage grave et irréparable touchant des êtres humains soit en train — ou risque à tout moment — de se produire);
- basée sur la bonne intention (prévenir ou cesser les souffrances humaines, peu importe les autres motivations qui animent les États intervenants);
- le dernier recours (lorsque toutes autres options non militaires de prévention ou de règlement pacifique de la crise ont été explorées);

- proportionnelle (correspond au minimum nécessaire pour atteindre l'objectif de protection humaine défini);
- capable d'atteindre ses objectifs (l'intervention ne peut être justifiée que si elle a des chances raisonnables de faire cesser ou d'éviter les souffrances qui l'ont motivée, les conséquences de l'action ne devant pas être pires que celles de l'inaction);
- autorisée par le Conseil de Sécurité.^[99]

L'intervention humanitaire armée s'effectue souvent dans le cadre des opérations de paix des Nations Unies. Il n'existe pas de critères clairs pour déterminer le mandat des opérations de paix. Elles auront pour mandat « lorsque cela est approprié et au cas par cas » de:

- Protéger les civils en cas de menace imminente d'atteinte à leur intégrité physique;
- Prévenir les violences sexuelles et y répondre;
- Faciliter l'assistance humanitaire;
- Garantir la sécurité dans les camps de réfugiés et aux alentours;
- Créer des conditions qui favorisent leur rapatriement volontaire et en sécurité.^[100]

Seule la prévention limitera l'intervention. La codification du droit d'ingérence peut éviter les interventions discriminatoires, même si le principe du "double standard", qui permet d'intervenir dans certains endroits et pas dans d'autres,

existe toujours. Il est, hélas, encore vrai que nous ne pouvons pas intervenir dans certains pays pour mettre un terme aux exactions, ce qu'ici nous déplorons tous, tout en étant assurés qu'il n'en sera pas toujours ainsi. C'est pourquoi, il faut améliorer la prévention. A un moment donné, il deviendra plus difficile de massacrer des minorités et un Etat qui se respectera et qui sera respecté par les autres, dans ses relations diplomatiques et commerciales, sera un Etat qui ne massacrera plus ses minorités. En attendant, il est vrai que nous intervenons plus facilement dans certains endroits du monde que dans d'autres: je le regrette, mais, pour autant, serait-il préférable de ne pas intervenir là où nous avons la possibilité de le faire? [\[101\]](#)

Concernant la gestion civile des crises, il ne s'agit pas d'intervention armée – donc il ne faut pas atteindre à l'autorisation du Conseil de sécurité pour que l'opération soit légale au niveau de droit internationale – donc selon la définition la gestion civile des crises de ne se constitue pas d'intervention humanitaire, mais malgré ce fait, il est une intervention forte dans les affaires internes d'un État qu'on appelle *l'assistance humanitaire*. [\[102\]](#)

Pour cela, l'UE et l'État concerné conclut un accord qui serve à quarantiser la légalité de la présence et l'opération de l'UE. Ce type de convention est appelé SOMAs (Status of Mission Agreement) [\[103\]](#) pour les missions civiles. Une telle convention règle toutes les questions qui concernent le travail de la mission comme par exemple le passage aux frontières, la circulation dans le pays, l'immunités et les privilèges des experts qui travaillent là, la juridiction criminelle, et le règlement

des différends. Quelquesfois il n'y a pas de convention concrète mais un série de correspondance qui sert la même par exemple dans le cas de EUJUST Lex, EUCOPPS ou EUBAM Rafah ou dans le cas de la mission de Congo le SOMA du mission de l'ONU (MONUC) a été éteindu aux opérations de l'Union (EUFOR RD Congo). [\[104\]](#)

§ 2. La situation européenne et la réponse communautaire : la crise yougoslave et la guerre de Koweït comme des points à réfléchir dans la mer des échecs

Avec l'effondrement du mur de Berlin, en 1989, la probabilité d'un conflit armé à l'échelle de toute l'Europe semble avoir disparu. Par contre, au cours des quinze dernières années, plusieurs conflits ont déchiré l'Europe centrale, orientale et balkanique ainsi que les pays pauvres de la planète. Certains de ces conflits sont perçus par l'Union européenne comme une menace à sa sécurité ou comme un défi à ses valeurs. Néanmoins, même si une attaque directe contre un Etat membre de l'Union européenne n'est pas une hypothèse réaliste, cela ne signifie pas pour autant que l'Europe soit à l'abri de tous les dangers. Après la Guerre froide, dans le nouveau contexte géopolitique de diverses menaces pèsent de manière systématique sur la sécurité européenne.[\[105\]](#) Ces menaces sont principalement les suivantes : les conflits de territoire latents pouvant déboucher sur des conflits ouverts; les rivalités ethniques conduisant à l'implosion des Etats ou à des massacres de groupes minoritaires ; les menaces économiques telles que les

atteintes à la sécurité des approvisionnements ou des voies de communication ; le manque de culture démocratique ou d'expérience de l'économie de marché qui engendre la déstabilisation d'un pays ou de régions entières au profit de groupes armés, de mafias et du crime organisé ; les disparités économiques trop criantes entre deux Etats qui provoquent des flux migratoires déstabilisants pour des pays ou zones fragiles; le terrorisme qui prolifère sur le terreau de l'injustice sociale, économique ou culturelle ; et la prolifération, la diffusion et le trafic des technologies militaires et de leurs vecteurs. [\[106\]](#)

Face à ces menaces, l'Union européenne a décidé de se doter d'une capacité autonome de prévention et de gestion des conflits. Dans sa relation aux pays tiers, l'Union européenne s'appuyait traditionnellement exclusivement sur ses relations au développement avec ses partenaires. Le Traité de Maastricht ainsi que le Traité d'Amsterdam ont permis le développement de l'instrument diplomatique grâce à la PESC, ainsi qu'une capacité d'intervention civile et militaire dans la gestion des crises, par le biais des missions de Petersberg. [\[107\]](#)

A. Le conflit yougoslave

L'Europe a traditionnellement intérêt à la stabilisation et au développement des Balkans. [\[108\]](#)

Alors que la dislocation de l'Union soviétique s'était faite sans trop de heurts, celle de la République fédérale de Yougoslavie entraînait des années d'une guerre

civile particulièrement cruelle qui ne pourra prendre fin qu'avec l'intervention des puissances occidentales.

La République populaire de Yougoslavie proclamée en 1945 par Tito, chef communiste de la résistance aux troupes allemandes, comprenait six Républiques : Slovénie, Croatie, Bosnie-Herzégovine, Macédoine, Serbie et Montenegro, et deux provinces autonomes : Voïvodine et Kosovo.^[109] En 1989, Slobodan Milošević a accédé à la présidence de la République de Serbie et a affirmé sa volonté de réaliser une « Grande Serbie », avec les minorités serbes de Croatie, de Bosnie, de Macédoine. Le statut d'autonomie de la Voïvodine et du Kosovo au sein de la République de Serbie a aboli. Alors que le parti communiste s'est maintenu en Serbie et au Montenegro, il a rompu les ponts avec la Ligue fédérale en Slovénie et en Croatie en février 1990. En avril les réformateurs l'ont emporté en Slovénie et un gouvernement non communiste s'est formé en Croatie après des élections libres. En juillet, la Slovénie a adopté une déclaration de souveraineté. En septembre, le Kosovo s'est proclamé une République. En novembre, des élections libres en Bosnie ont signifié la défaite des communistes. En décembre, la Croatie se dote d'une nouvelle Constitution lui conférant le droit de faire sécession et un référendum en Slovénie se prononce pour l'indépendance. Les parlements slovène et croate proposent, les 20 et 21 février 1991, la « dissociation » de la Fédération en plusieurs États souverains et autonomes.^[110] Finalement, la Croatie et la Slovénie proclament leur indépendance le 25 juin 1991 et leur « dissociation » de la Fédération yougoslave, ce que le Parlement

fédéral rejette. L'armée fédérale, essentiellement serbe, est intervenue en Slovénie le 27 juin pour prendre le contrôle des postes frontières avec l'Italie, l'Autriche et la Hongrie. Des combats meurtriers commençaient. En Croatie, des affrontements sanglants se produisent entre forces de l'ordre croates et extrémistes serbes appuyés par l'armée fédérale.^[111]

Le 29 juin 1991 quatre jours après les déclarations d'indépendance de la Slovénie et de la Croatie, le ministre des Affaires étrangères du Luxembourg et président du Conseil de l'Union européenne, Jacques Poos, déclare que « c'est l'heure de l'Europe ».^[112] Sur le plan diplomatique, la Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe et la Communauté européenne sont ainsi impliquées,^[113] tandis que l'éventualité d'une opération militaire en Croatie est discutée au sein de l'Union de l'Europe occidentale. Ces différentes initiatives ont cependant une portée limitée et aucune des institutions européennes n'offraient pas le cadre approprié, et les Européens eux-mêmes ont divergé sur les réponses à apporter, qu'il s'agisse des dissensions franco-britanniques sur le rôle à donner à l'UEO ou de celles opposant l'Allemagne aux autres pays européens sur la reconnaissance de la Slovénie et de la Croatie. Et c'est donc sur fond d'échec de la diplomatie européenne que le dossier yougoslave est transféré, en septembre 1991, au Conseil de sécurité des Nations unies. Celui-ci adopte sa première résolution sur la Yougoslavie le 25 septembre 1991,^[114] dans le contexte de la guerre opposant Serbes et Croates en Croatie et a décrété un embargo sur les livraisons d'armement à l'ensemble de la Yougoslavie. Cette résolution a également marqué l'entrée en

scène de l'ONU jusqu'à la signature de l'accord de paix de Dayton en novembre 1995. L'implication de l'ONU est favorisée par les États qui, d'une part, souhaitent privilégier une gestion institutionnelle des conflits, d'autre part, voient dans l'ONU l'organisation adaptée aux besoins. Cette approche est en particulier celle de la France et du Royaume-Uni, qui jouent un rôle primordial dans l'élaboration de la politique de gestion des conflits yougoslaves par les acteurs étatiques. La France commence par favoriser l'action de la Communauté européenne et de l'UEO, mais se rallie à l'ONU suite aux échecs des deux premières. Quant au Royaume-Uni, il préfère le cadre de l'ONU à celui des institutions européennes, jugées inadéquates et dont le développement ne correspond pas à ses priorités.^[115]

Les États membres n'ont pas été d'accord pour intervenir dès le début du conflit. Ensuite ils ont fourni des contingents à l'ONU et à l'OTAN pour intervenir et imposer un règlement de paix, mais n'ont pas utilisé le « bras armé » de l'Union de l'Europe occidentale. L'Union européenne a ainsi donné l'impression d'être incapable de prévenir et de régler un conflit survenant à sa porte. Toutefois elle a joué un rôle diplomatique important à partir de novembre 1993 en définissant un plan d'action dont s'inspirera le « groupe de contact » (USA, ONU, Union européenne, Russie) et qui sera appliqué par les accords de Dayton imposés par les États-Unis et signés à Paris.

B. L'invasion de Koweït

La crise éclate le 2 août 1990, lorsque l'Irak, dirigé par le président Saddam Hussein, a envahi et a annexé le Koweït qui était toujours considéré dans l'histoire comme une partie de l'état d'Irak. Cette invasion avait des causes lointaines et récentes. L'Irak n'a jamais reconnu l'indépendance du Koweït décidée par les Britanniques en 1961, alors que ce territoire des plus riches en pétrole était autrefois rattaché à l'Irak. D'autre part, Saddam Hussein a rapproché à l'émir Jaber III de maintenir les cours du pétrole trop bas, sous pression économique britannique et ainsi a privé l'Irak d'une partie de ses revenus, tandis que la guerre contre l'Iran, menée avec le soutien des monarchies arabes de la région, a plongé l'économie irakienne dans la crise. Les forces koweïtiennes sont rapidement débordées et la population soumise à un brutal régime d'occupation. L'Irak décrète officiellement que le Koweït redevient la 19^e province irakienne, le 28 août. Entre août et novembre, le Conseil de sécurité des Nations unies entérine une série de résolutions, puis exige finalement de l'Irak un retrait inconditionnel et total du Koweït, le 15 janvier 1991 au plus tard.

La Communauté et ses Etats membres ont rappelé leur condamnation sans réserve de l'invasion brutale du Koweït par l'Irak ainsi que leur demande pour un retrait immédiat et sans conditions des forces irakiennes du territoire du Koweït, déjà exprimées dans leur déclaration du 2 août. Ils ont estimé sans fondement et inacceptables les motivations fournies par l'Irak pour justifier l'agression militaire

contre le Koweït et ils se sont abstenus de tout acte qui puisse être considéré comme une reconnaissance implicite des autorités imposées par l'envahisseur au Koweït. Afin de sauvegarder les intérêts du gouvernement légitime du Koweït, La Communauté a décidé de prendre des mesures visant à protéger tous les avoirs appartenant de façon directe ou indirecte à l'Etat koweïtien.^[116]

D'abord les États-Unis désiraient à ramasser des supporteurs pour réaliser des sanctions de l'ONU et lorsque les actions irakiennes ne cessaient pas par ces sanctions donc les américains se sont tournés vers les outils militaires. Par contre la Communauté avait des problèmes de coordination comme la France, la Grande Bretagne et l'Allemagne – les États membres les plus puissants – ne pouvaient pas se mettre d'accord sur le soutien des américains.^[117] Les allemands s'occupaient avec la réunification et ne voulaient pas envoyer les troupes militaires en dehors de l'Europe, la Grande Bretagne supportait fortement les États-Unis et la France donnait seulement un support tiède.^[118] Cette manque de la coordination et le fait de la disorganisation totale signifiait l'incapacité absolue de la CEE et ces phénomènes ont abouti aux réformes nécessaires et inévitables qui ont formé une pointe dans le traité de Maastricht.

Section 2. La formation de la politique en vue des événements mondiaux

La crise qui a éclaté en ex-Yougoslavie en 1991 a révélé la faiblesse de l'Union européenne en matière de politique étrangère et de sécurité commune. Les faibles tentatives de réaction en ordre dispersé des Etats membres ainsi que l'impossibilité commune d'agir et de prévenir ce type de crise aux portes mêmes du continent ont poussé l'Europe à mieux s'équiper sur la scène internationale.^[119]

§1. La naissance et la fonctionnement de la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC): l' institutionnalisation du maintien de la paix et la gestion civil des crises

La politique étrangère et de sécurité commune, était le deuxième des trois piliers instaurés par le traité sur l'Union européenne de Maastricht. La structure en pilier a été abolie par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009.

Pour permettre à l'Union européenne de jouer un rôle politique sur la scène internationale, le traité de Maastricht a institué une politique étrangère et de sécurité commune y compris la définition à terme d'une « politique de défense commune ». Elle est le volet diplomatique et de sécurité de l'action extérieure de l'Union européenne, et complète les politiques extérieures de la Communauté européenne telles que la politique commerciale commune, la politique de développement, ou la dimension externe des politiques communautaires internes (Euro, environnement, immigration, visas etc.). Les dispositions de la PESC ont

été révisées par le traité d'Amsterdam et par le Traité de Nice qui a initié la Politique européenne de sécurité et de défense (PESD) et autant par les résultats des sommets de Conseil européenne. La formation de la politique extérieure de l'UE a également signifier la formation et l'évolution de la politique de la maintien de paix et la gestion civile des crises.^[120]

A : L'organisation et le système de moyens de la PESC dans la maintien de paix et la gestion civile des crises

Les bases ont été étendu lorsque le Conseil européen a approuvé le rapport des ministres des Affaires étrangères sur l'évolution probable de la politique étrangère et de sécurité commune visant à cerner les domaines se prêtant à une action commune vis-à-vis de pays ou de groupes de pays particuliers lors du sommet de Lisbonne de 1992.^[121]

Selon cette conclusion de présidence la PESC doit être considérée comme succédant aux activités jusqu'alors exercées par les Etats membres dans le cadre de la coopération politique européenne en vertu de l'Acte unique Avec la nouvelle phase qui débute maintenant, la PESC devrait contribuer à ce que l'activité extérieure de l'Union soit moins une "réaction" aux évènements extérieurs et davantage une "action" visant à faire valoir les intérêts de l'Union et à créer un climat international plus favorable. Cela permettra à l'Union européenne d'être mieux à même de prendre les problèmes à leur racine afin d'anticiper les situations

de crise. En outre, l'Union pourra mieux faire comprendre aux pays tiers quels sont ses objectifs et ses intérêts et répondre plus étroitement aux attentes de ces pays à l'égard de l'Union.^[122] Afin de contribuer au renforcement des activités extérieures de l'Union dans leur ensemble, il appartiendra au Conseil et à la Commission d'assurer la cohérence entre la PESC, l'action extérieure de la Communauté et la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.^[123]

Pour cela, le Conseil européen examinera la situation internationale afin d'établir les lignes directrices nécessaires pour l'action commune à la lumière des changements intervenus dans les domaines déjà mis en évidence et dans tout autre domaine où cela serait nécessaire.^[124]

a. Les innovations par rapport à la Coopération politique européenne

Au sein de la Conférence intergouvernementale sur l'Union politique et au Conseil européen de Maastricht, les discussions avaient été vives sur le projet de politique étrangère et de sécurité commune en raison du problème posé par la compatibilité avec l'Alliance atlantique, les Français et les Allemands voulant une véritable défense commune tandis que les Britanniques s'en tenaient à une simple politique de défense commune. Finalement, l'accord était réalisé sur une politique de défense qui pourrait conduire à une défense commune. Ces objectifs allaient

entrer dans le cadre élargi de la Coopération en politique étrangère commencée en 1970 et renforcée par l'Acte unique européen des 17-28 février 1986 qui imposait la consultation entre les États. Le traité sur l'Union européenne comporte donc un « pilier » Politique étrangère et de sécurité commune de nature strictement intergouvernementale.^[125]

Le traité sur l'Union européenne (traité de Maastricht) de 1992 est à la fois l'aboutissement logique des vingt années de coopération politique européenne et une étape résolument nouvelle et ambitieuse. Dans son préambule, ses signataires s'y affirment « *résolus à mettre en oeuvre une politique étrangère et de sécurité commune, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune, qui pourrait conduire à une défense commune, renforçant ainsi l'identité de l'Europe et son indépendance afin de promouvoir la paix, la sécurité et le progrès en Europe et dans le monde* ». ^[126]

Le traité de Maastricht a institué à cette fin, dans un cadre institutionnel unique (l'Union européenne), une structure fondée sur trois piliers. La politique étrangère et de sécurité commune constitue le “deuxième pilier” de cet édifice. Nouvelle dimension de la construction européenne, elle conserve cependant des règles de fonctionnement proches des mécanismes intergouvernementaux, distinctes de celles qui régissent le premier pilier (affaires communautaires), et plus proche de celles gouvernant le troisième pilier (justice, affaires intérieures). Par rapport à la coopération politique européenne, la PESC a innové sur trois points fondamentaux.

Le traité de Maastricht est plus ambitieux que le Titre III de l'Acte unique. La PESC couvre *“tous les domaines de la politique étrangère et de sécurité”*, y compris la *“définition à terme d'une politique de défense commune”*. Non seulement les États membres *“s'informent mutuellement et se concertent au sein du Conseil sur toute question de politique étrangère et de sécurité”*, mais surtout ils *“veillent à la conformité de leurs politiques nationales avec les positions communes”*, qu'ils défendent au sein des organisations et conférences internationales. Un État ne doit plus se désolidariser d'une position commune; enfin, un nouvel instrument juridique est créé, en plus de la position commune : l'action commune, qui permet de mobiliser des moyens financiers de l'Union.^[127]

Selon les dispositions du traité de Maastricht l'Union définit et met en oeuvre une politique étrangère et de sécurité commune couvrant tous les domaines de la politique étrangère et de sécurité, dont les objectifs – entre autres – est le maintien de la paix et le renforcement de la sécurité internationale, conformément aux principes de la Charte des Nations unies, ainsi qu'aux principes de l'acte final d'Helsinki et aux objectifs de la Charte de Paris, y compris ceux relatifs aux frontières extérieures.^[128] Cette politique de l'Union comprend *expressis verbis* – après le traité d'Amsterdam - les missions de maintien de la paix et les missions de forces de combat pour la gestion des crises, y compris les missions de rétablissement de la paix, notamment les tâches de Petersberg.^[129]

Pour atteindre ces objectifs, le traité prévoit la « coopération systématique entre États membres sur les questions de politique étrangère et de sécurité ». Le Conseil

des ministres des Affaires étrangères peut définir à l'unanimité une « position commune » dans les domaines présentant un intérêt commun, position à laquelle les États doivent conformer leur politique nationale. Lorsque les États membres ont des « intérêts importants en commun » et en fonction des orientations données par le Conseil européen, le Conseil pouvait décider à l'unanimité d'une « action commune », dont il définissait les objectifs et les moyens. Seules les mesures d'exécution pouvant être prises à la majorité qualifiée, à la condition - imposée par la Grande-Bretagne - que le Conseil unanime l'a autorisé. Devant le risque évident de blocage par veto, il était toutefois déclaré que pour les décisions qui requirait l'unanimité, les États membres évitaient, autant que possible, d'empêcher qu'il y avait unanimité lorsqu'une majorité qualifiée était favorable à la décision.^[130]

b. Les bases du fonctionnement de la PESC y compris la gestion de crises

Concernant le fonctionnement de la PESC c'est encore *le Conseil européen* qui jouait le rôle le plus important. Il définissait les principes et les orientations générales et décidait des *stratégies communes* qui étaient mises en oeuvre par l'Union dans des domaines où les États membres avaient des intérêts communs importants. Les stratégies communes précisaient leurs objectifs, leur durée et les moyens que devront fournir l'Union et les États membres.^[131]

Le Conseil veillait à l'unité, à la cohérence et à l'efficacité de l'action de l'Union.^[132] Dans le cadre de cette activité il prenait les décisions nécessaires à la définition et à la mise en oeuvre de la politique étrangère et de sécurité commune, sur la base des orientations générales définies par le Conseil européen. Afin de dépasser le stade de la déclaration, qui constituait la forme classique d'expression de la coopération politique, le traité de Maastricht a conçu deux nouveaux instruments au service d'une politique étrangère commune : la position commune et l'action commune. Toutes deux requièrent un vote unanime, du Conseil.

Le Conseil recommandait des stratégies communes au Conseil européen et les met en oeuvre, notamment en arrêtant des actions communes et des positions communes.^[133] Il arrêtait aussi des *actions communes* qui engage les États membres dans leurs prises de position et dans la conduite de leur action lorsqu'une action opérationnelle de l'Union est jugée nécessaire. Elles fixent leurs objectifs, leur portée, les moyens à mettre à la disposition de l'Union, les conditions relatives à leur mise en oeuvre et, si nécessaire, leur durée. Il révisé les principes et les objectifs de cette action et adopte les décisions nécessaires en cas de *clausula rebus sic stantibus*. Aussi longtemps que le Conseil n'a pas statué, l'action commune est maintenue.^[134]

En cas de nécessité impérieuse liée à l'évolution de la situation et à défaut d'une décision du Conseil, les États membres peuvent prendre d'urgence les mesures qui s'imposent, en tenant compte des objectifs généraux de l'action commune. L'État

membre qui prenait de telles mesures en informe immédiatement le Conseil.^[135]

En cas de difficultés majeures pour appliquer une action commune, un État membre saisissait le Conseil, qui en délibérait et recherchait les solutions appropriées. Celles-ci ne pouvaient aller à l'encontre des objectifs de l'action ni nuire à son efficacité.^[136]

Le Conseil a arrêté aussi des *positions communes* qui définissaient la position de l'Union sur une question particulière de nature géographique ou thématique. Les États membres veillaient à la conformité de leurs politiques nationales avec les positions communes.^[137]

Les États membres s'informaient mutuellement et se concertent au sein du Conseil sur toute question de politique étrangère et de sécurité présentant un intérêt général, en vue d'assurer que l'influence de l'Union s'exerce de la manière la plus efficace par la convergence de leurs actions.^[138]

Dans le domaine de la PESC, *la Commission* n'avait pas, comme dans les affaires communautaires, le monopole des propositions sur lesquelles le Conseil devait décider. Mais elle pouvait saisir le Conseil comme tout État membre. D'autre part les moyens économiques de politique étrangère (aides, embargos, négociations commerciales) restaient de son ressort. Elle était donc forcément impliquée.

^[139] *Le Parlement* était informé, procède à des débats sur la PESC et peut adresser des questions et recommandations au Conseil, mais son rôle n'est que consultatif.

^[140]

Quant à la *Cour de Justice des Communautés Européenne*, elle n'étaient pas compétente, les États n'acceptaient pas d'engagement juridique dans le domaine de la PESC. La Cour de justice n'était pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombait aux États membres.^[141] Elle était seulement compétente pour contrôler la légalité des décisions-cadres et des décisions lorsqu'un recours était formé dans un délai de deux mois à compter de la publication de l'acte par un État membre ou par la Commission pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir.^[142]

Pour les matières relevant de la PESC la *présidence du Conseil* représentait l'Union. Elle avait la responsabilité de la mise en œuvre des décisions et, à ce titre, elle exprimait la position de l'Union dans les organisations internationales et au sein des conférences internationales.

Le traité de Maastrich prévoyait que les dépenses opérationnelles de la PESC étaient à la charge soit du budget communautaire, soit des États membres selon une clé de répartition à déterminer. Cette procédure "au cas par cas" a suscité plusieurs critiques, notamment de la part de la Commission, concernant son caractère complexe et inefficace.^[143]

B : La politique extérieure commun et la défense commun : ses rapports dans la maintien de paix et la gestion civile des crises

a. La PESD/PECSD et la PESC- la relation concernant la gestion des crises

Après le traité d'Amsterdam, les dispositions du TUE comportent les missions humanitaires et d'évacuation, les missions de maintien de la paix et les missions de forces de combat pour la gestion des crises, y compris les missions de rétablissement de la paix, notamment les tâches de Petersberg.^[144] Concernant les notions, c'était le traité de Nice qui a fait la différence entre *«la politique étrangère et de sécurité commune»*, et la *« politique de défense commune »*. Le traité a souligné que *“l'Union se donne pour objectifs (...) d'affirmer son identité sur la scène internationale, notamment par la mise en oeuvre d'une politique étrangère et de sécurité commune, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune, qui pourrait conduire à une défense commune (...)”*.^[145]

La politique étrangère et de sécurité commune (PESC) est un domaine de coopération intergouvernementale entre les pays de l'Union européenne avec le traité de Maastricht. La notion de la PECSD (Politique européenne commune en matière de sécurité et de défense) et celle de la PESD (Politique européenne de

sécurité et de défense) sont synonymes avec un nuance qui sert à signaler le développement d'une capacité de défense de l'UE.

La PESD est un volet spécifique de la politique étrangère qui se concentre autour des questions de défense et qui repose sur deux catégories d'instruments pour faire face à des crises ou des conflits: d'une part, des moyens civils destinés à prévenir les crises ou à y mettre fin; d'autre part, des moyens militaires ^[146] devant être déployés quand les moyens civils auront démontré leurs limites. Ces deux outils sont censés être complémentaires dans la mesure où leur usage est envisagé de manière simultanée ou successive. Javier Solana a estimé que *« face à une crise, le recours à l'armée devra toujours être envisagé en dernier ressort. Adopter une politique de défense commune, c'est aussi se doter de nouveaux instruments, plus adaptés que les forces armées pour assurer le maintien de la paix et la sécurité »*^[147]

Les conseils européens de Cologne (juin 1999), de Helsinki (décembre 1999) et de Feira (juin 2000) ont été à l'origine d'évolutions institutionnelles permettant à l'Europe de se doter d'une capacité autonome de gestion commune des crises. Les déclarations de Cologne et d'Helsinki ont tracé le cadre institutionnel de la PECD: celle-ci se développera sous l'autorité du Conseil « Affaires générales », assisté du Comité politique et de sécurité, du Comité militaire et de l'état-major militaire. Le Conseil « Affaires générales », en tant qu'organe directeur de la PESC, décidera des actions de gestion des crises que l'Union européenne pourra entreprendre. Concernant le cadre des responsabilités internationales, l'UE a

clairement identifié ses domaines d'intervention qui touchent à la prévention des conflits ainsi que des missions de gestion de crises.^[148]

Le mémoire concentre sur les moyens civils et ne s'occupe pas de moyens militaires et leurs développement sauf les cas des actions civilo-militaires dans le cadre de gestion civile des crises et la prévention de paix. Ce terme, l'action civilo-militaire désigne un ensemble d'opérations: aide humanitaire, actions de reconstruction, reconstruction de structures étatiques, plans civils d'urgence, coordination avec les ONG.^[149]

La gestion non-militaire des crises au sein de l'UE s'intègre dans une démarche générale de

contribution à la paix recouvrant de multiples aspects: sauver des vies humaines; maintenir l'ordre public; prévenir, gérer et résoudre pacifiquement des conflits; gérer les effets secondaires néfastes sur les Etats membres de l'UE; et coordonner l'action européenne.^[150] Ces objectifs sont traduits en des missions civiles concernant la police, le renforcement de l'Etat de droit, le renforcement de l'administration civile et la protection civile.^[151] Ces missions civiles ont été identifiées, suite aux expériences des guerres balkaniques, comme étant le noyau dur des opérations de gestion et de résolution des crises.

Enfin, conformément aux prévisions du Conseil européen de Nice, lors du Sommet de Laeken, les Quinze se sont félicités du fait que « l'Union est désormais capable de conduire des opérations de gestion de crise », notamment en matière

de police.^[152] Malgré ce fait le progrès de développement ne s'est encore fini, c'est un domaine bien efficace.

b. L'UOE et l'UE après le Traité de Maastrich

Le traité de Maastrich prévoit une politique étrangère et de sécurité commune, incluant l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'UE, y compris la définition à terme d'une politique de défense commune. Depuis la ratification du TUE, un partenariat a été constitué entre l'UEO et l'UE. La première a perdu partiellement son autonomie en appliquant les demandes du Conseil de l'UE relatives aux questions de sécurité et de défense.

Les dispositions du TUE reflètent la domination de l'UE sur l'UEO.^[153] Autrement dit, la marge de manoeuvre de l'UEO dans le domaine de la défense s'était limitée par ce paragraphe. D'autre part, l'UE veut développer sa dimension de sécurité et de défense. A ce sujet, sous l'impulsion de la présidence belge, le Conseil de l'UE a transformé, le 20 juillet 2001, l'Institut d'études de sécurité de l'UEO en agence de l'UE.

Lors d'une crise ou un conflit spécifique, si l'UE était politiquement et économiquement confrontée à une telle crise ou à tel conflit, elle pouvait demander un soutien supplémentaire de l'UEO en tant que l'observateur militaire, et dans les actions de cessez-le-feu, de maintien de la paix et de suivi des

sanctions. *Les missions ou les tâches de Petersberg* sont une série de missions décidées en 1992 à Petersberg^[154] par les États membres de l'UEO pour déterminer quelles actions de défense ils pourraient entreprendre ensemble, en coopération avec l'Union européenne (dont tous les membres de l'UEO font partie) et avec l'OTAN. Ces tâches - les missions humanitaires et d'évacuation; les missions de maintien de la paix; les missions de forces de combat pour la gestion des crises, y compris les opérations de rétablissement de la paix – font également la partie du TUE en désignant la parmi les autres la gestion civile des des crises en premier lieu. ^[155]

Dans la pratique, toute action coercitive armée de l'UE reste subordonnée à une autorisation du Conseil de sécurité des Nations unies.^[156] Le développement de la politique de sécurité et de défense européenne commune renforce la contribution de l'UE à la paix et à la sécurité internationales conformément aux principes de la Charte des Nations unies, mais l'UE reconnaît la responsabilité première du Conseil de sécurité des Nations Unies en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales.^[157]

Longtemps en sommeil, l'UEO a retrouvé un certain rôle avec le traité de Maastricht: elle devient le "bras armé" de l'Union européenne car celle-ci demande à l'UEO "d'élaborer et de mettre en œuvre les décisions et les actions de l'Union européenne qui ont des implications dans le domaine de la défense". Le traité d'Amsterdam indique, dans une formulation moins impérative, que l'Union européenne "*aura recours*" à l'UEO pour élaborer et mettre en œuvre les décisions

et actions de l'UE. Ce traité prévoit aussi l'intégration éventuelle de l'UEO dans l'Union européenne. Comportant 10 membres pleins, l'UEO avait la possibilité de diriger elle-même une opération militaire, en utilisant les forces mises à sa disposition (Corps européen, EUROFOR et EUROMARFOR, moyens d'observation satellitaire de Torrejon en Espagne). En pratique, l'UEO était seulement le bras armé de l'UE et tirant toutes les conséquences de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la France et ses partenaires concernés ont pris la décision de dissoudre l'Union de l'Europe occidentale en se retirant du traité de Bruxelles de 1954. Bernard Kouchner a déclaré le 31 mars 2010 à l'occasion du dernier Conseil des Affaires étrangères que „*le rôle de cette organisation est entièrement repris par l'Union européenne*”, qui assume toutes ses responsabilités pour la sécurité européenne grâce au développement de l'Europe de la défense. La clause d'aide et d'assistance du traité de Lisbonne, qui lie entre eux tous les États européens, reprend et élargit les engagements que nous avons pris à dix dans le traité de Bruxelles. En conséquence, l'ensemble des États membres de l'UEO, qui sont tous également membres de l'Union européenne, ont décidé d'un commun accord de mettre fin à cette organisation, qui a aujourd'hui achevé sa tâche historique. Conformément aux règles de l'UEO, la dissolution sera effective au mois de juin 2011. [\[158\]](#)

§2. Les réformes de la politique extérieure en cadre de la gestion civile des crises^[159]

Lorsqu'on veut illustrer l'incapacité de l'Europe à influencer la vie internationale, on souligne souvent qu'elle ne sait ni gérer les conflits, ni les prévenir. Il s'agit là de deux aspects très différents des choses et si l'on doit malheureusement admettre que l'Union a connu peu de réussite dans le règlement des crises, il en est tout autrement du problème de la prévention des conflits.

Lorsqu'une crise éclate, c'est à l'évidence que les tentatives pour la prévenir n'ont pas été couronnées de succès. Mais comment peut-on apprécier l'excellence d'une politique de prévention puisque, par définition, elle se traduit par l'absence d'événement? Accuser l'Union d'incapacité dans sa politique de prévention constitue donc un bien mauvais procès: inutile, compte tenu des crises ouvertes avérées auxquelles l'Europe n'a pu faire face, et fort injuste car son action extérieure se caractérise, au contraire, par un fort contenu préventif.

Pour limiter les risques de tension après l'éclatement du bloc socialiste, l'Union a ainsi organisé, en mai 1994, une conférence de lancement d'un pacte de stabilité en Europe. Très largement inspiré d'une initiative du premier ministre français, M. Edouard Balladur, ce pacte prévoyait l'organisation de relations de bon voisinage entre Etats. Plus généralement, on peut considérer que l'Europe se préoccupe de la prévention des déséquilibres, par une approche économique, globale, menée sur le long terme. Désamorcer les conflits sociaux, protéger

l'environnement, veiller aux équilibres démographiques et migratoires, influencer sur les négociations commerciales internationales, c'est aussi faire acte diplomatique; une diplomatie sans vaine gloire, peut être, mais qui n'est pas sans effet.

La véritable défaillance des outils que peut mettre en oeuvre l'Europe se mesure lorsqu'elle est confrontée à une situation de conflit ouvert et d'agression, de celles qui cristallisent les sentiments de l'opinion publique et font subir aux gouvernements une pression médiatique sans cesse croissante. L'histoire récente a fourni plusieurs illustrations de la faiblesse des possibilités d'action au niveau européen.^[160]

Dans ce qui suit les réformes de la PESC et celles de la gestion civile des crises sont présentées.

A. Les réformes et le développement de la politique extérieure de l'UE concernant la prévention de paix et la gestion civile des crises

a. Le traité d'Amsterdam

Le traité d'Amsterdam (2 octobre 1997/1^{er} mai 1999) a attribué à l'Union la capacité de conclure des accords internationaux dans l'ensemble des domaines de la PESC. ^[161] Selon ces règles le Conseil autorisait la présidence, assistée, le cas échéant, par la Commission, à négocier les accords. Il décidait de leur conclusion, en statuant à l'unanimité, sur recommandation de la présidence. Le Conseil était

assisté d'un comité politique, qui devient le *comité politique et de sécurité* (COPS) suite à la réforme du traité d'Amsterdam.^[162]

i. La stratégie commune – un nouvel instrument de la PESC

Le traité d'Amsterdam a introduit un nouvel instrument de politique étrangère, qui s'ajoutait à l'action commune et à la position commune: la stratégie commune. Le Conseil européen, qui était l'organe définissant les principes et les orientations générales de la PESC, définit par consensus des stratégies communes dans les domaines où les Etats membres ont des intérêts communs importants. Elle précise également ses objectifs, sa durée et les moyens fournis par l'Union et les Etats membres. La mise en œuvre de ces stratégies communes, par le biais d'actions et de positions communes, revenait au Conseil, à la majorité qualifiée. Il était également habilité à recommander des stratégies communes au Conseil européen.^[163]

ii. Modification de la prise de décision dans la PESC

Les décisions relevant de la PESC se prenaient toujours à l'unanimité. Néanmoins, les Etats membres avaient la possibilité d'avoir recours à *l'abstention constructive* qui signifiait que l'abstention d'un Etat membre n'empêche pas

l'adoption d'une décision. Par ailleurs, si l'Etat membre en question assortissait son abstention d'une déclaration formelle, il n'était pas tenu d'appliquer la décision mais il accepte, dans un esprit de solidarité mutuelle, que la décision engage l'Union dans son ensemble. Il s'est abstenu donc de toute action susceptible d'entrer en conflit avec l'action de l'Union. Il était convenu toutefois de noter que le mécanisme de la déclaration formelle assortie à l'abstention ne s'appliquait pas si les Etats membres décidant d'y recourir représentaient plus du tiers des voix pondérées du Conseil.^[164] Il y avait la possibilité toutefois le recours à *la majorité qualifiée* dans deux cas: pour l'adoption de décisions d'application d'une stratégie commune définie par le Conseil européen et pour toute décision mettant en œuvre une action commune ou une position commune adoptée au préalable par le Conseil. Dans le contexte des décisions prises à la majorité qualifiée, les Etats membres disposent cependant d'une clause de sauvegarde leur permettant d'empêcher le recours au vote s'ils justifient le blocage par des raisons de politique nationale importantes. Dans une telle situation, après qu'un Etat membre était exposé ses motifs, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, pouvait choisir de renvoyer la question devant le Conseil européen, en vue d'une décision à l'unanimité par les chefs d'Etat et de gouvernement.^[165]

iii. Le secrétaire général/haut représentant pour la PESC (SG/HR)

Le traité d'Amsterdam a prévu aussi la création d'une nouvelle fonction qui devait contribuer à une plus grande visibilité et à une cohérence accrue de la PESC.¹¹⁶⁶

En effet, le Secrétaire général du Conseil remplissait désormais la fonction de Haut représentant pour la PESC. Il était chargé d'assister le Conseil pour les questions relevant de la PESC en contribuant à la formulation, à l'élaboration et à la mise en œuvre des décisions. A la demande de la présidence, il agissait au nom du Conseil en conduisant le dialogue politique avec les tiers.

Cette nouvelle fonction a impliqué une réorganisation des tâches au sein du Conseil où la gestion administrative du Secrétariat général revient désormais au Secrétaire général adjoint. Par contre, elle n'a pas empêché le Conseil de nommer, chaque fois qu'il l'estimait nécessaire, un représentant spécial auquel pouvait être conféré un mandat en liaison avec des questions politiques particulières, comme il l'a déjà fait en ex-Yougoslavie.

Sur le plan logistique, le Haut représentant bénéficiait du soutien d'une unité de planification et d'alerte rapide, créée au Secrétariat général du Conseil et placée sous sa responsabilité.

Un *Représentant spécial de l'Union européenne* était un haut fonctionnaire assumant la représentation diplomatique de l'Union européenne dans certains pays ou régions d'intérêt particulier pour l'Union, sous l'autorité du Haut représentant de l'UE pour la politique étrangère et de sécurité commune. Ils relayait ainsi sont travail de promotion de la paix et de reconstruction, et son « le visage » de l'UE sur place. Ils coordonnaient le cas échéant les missions PESC ou PESD dans leur

dimension politique. Les fonctions de représentant spécial de l'UE et de chef de la délégation de la Commission européenne étaient d'ores et déjà fusionnés dans plusieurs cas. Ils disposaient ainsi à la fois de la légitimité diplomatique et politique incarnée par le Conseil et des moyens (aide humanitaire, ouverture commerciale, aide publique au développement) placés sous l'autorité de la Commission. Cette innovation anticipait sur la fusion, à Bruxelles, des fonctions de Secrétaire général du Conseil/Haut Représentant pour la PESC, d'une part, et de commissaire européen pour les relations extérieures, d'autre part.^[167]

La présidence était assistée après le Traité d'Amsterdam par le secrétaire général du Conseil qui est le haut représentant (SG/HR)^[168] pour la PESC et, le cas échéant, par la présidence suivante, formant ce qui est appelé la «troïka»^[169]. La Commission est pleinement associée à ces tâches.^[170]

iv. L'unité de planification et d'alerte rapide (UPPAR)

La cohérence de la politique étrangère et de sécurité commune dépend de la réaction des Etats membres face aux développements internationaux. En effet, les leçons du passé démontrent que si la réaction se fait en ordre dispersé, la position de l'Union européenne et de ses Etats membres sur la scène internationale s'en trouve affaiblie. Aussi, une analyse collective des enjeux internationaux et de leurs conséquences ainsi qu'une mise en commun de l'information devraient

contribuer à une réaction efficace de l'Union face aux développements internationaux. Dans cette optique, une déclaration jointe au traité d'Amsterdam a convenu de la création d'une *unité de planification et d'alerte rapide*, au sein du Secrétariat général du Conseil et placée sous l'autorité du Haut représentant pour la PESC. Constituée de spécialistes provenant du Secrétariat général du Conseil, des Etats membres, de la Commission et de l'Union de l'Europe occidentale (UEO), ses tâches couvrent notamment: la surveillance et l'analyse des développements dans le domaine de la PESC; l'évaluation des intérêts de l'Union en matière de politique étrangère et de sécurité commune et le recensement des domaines auxquels la PESC pourrait principalement s'attacher à l'avenir; l'identification en temps utile des événements, des crises politiques potentielles ou des situations susceptibles d'avoir des répercussions importantes sur la PESC; et l'élaboration, à la demande du Conseil, de la présidence ou de sa propre initiative, de documents présentant d'une manière argumentée des options concernant la politique à suivre par le Conseil.^[171]

v. Les missions de Petersberg, la sécurité et l'Union de l'Europe occidentale

Les missions dites de Petersberg ont été intégrées dans le traité sur l'Union européenne. Ceci constitue une avancée essentielle à une époque où la menace de conflits de grande ampleur a nettement diminué par rapport au temps de la guerre

froides par exemple mais où on constate une recrudescence de conflits locaux porteurs de risques réels pour la sécurité européenne par exemple le conflit en ex-Yougoslavie. Dans ce contexte, les missions de Petersberg constituent certainement une réponse appropriée de l'Union qui traduit la volonté commune des Etats membres d'assurer la sécurité en Europe par le biais d'opérations telles que les missions humanitaires ou de rétablissement de la paix. [\[172\]](#)

Sur le plan de la sécurité traité sur l'Union européenne ouvre également deux perspectives, bien que celles-ci demeurent encore lointaines: une défense commune; l'intégration de l'UEO dans l'Union européenne. Concrètement, le nouveau texte prévoit que la PESC inclut l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune qui pourrait conduire à une défense commune, si le Conseil européen en décide ainsi. Une formule similaire concerne le rapprochement UE-UEO en prévoyant que l'Union encourage l'établissement de relations institutionnelles plus étroites entre les deux organisations en vue de l'intégration éventuelle de l'UEO dans l'Union, si le Conseil européen en décide ainsi. [\[173\]](#)

vi. Le financement des dépenses opérationnelles liées à la PESC

Le traité d'Amsterdam remédie à la situation créée en 1992 en plaçant les dépenses opérationnelles entraînées par la PESC à la charge du budget

communautaire, sauf lorsqu'elles concernent des opérations ayant des implications militaires, de défense ou lorsque le Conseil en décide autrement à l'unanimité. Dans ce dernier cas, il est prévu qu'un Etat ayant assorti une abstention d'une déclaration formelle, n'est pas tenu de contribuer au financement de l'opération. Lorsque les dépenses sont prises en charge par les Etats membres, la répartition se fait selon la clé du produit national brut, sauf si le Conseil en décide autrement à l'unanimité.^[174]

b. Sommet de Cologne 3 et 4 juin 1999^[175]

Les États membres ont renforcé de la politique européenne commune en matière de sécurité et de défense en adoptant des principes directeurs. Ils ont exprimé le volonté européenne de se doter d'une capacité d'action autonome; de réaliser des missions de Petersberg; de développement des activités en matière de prévention des conflits et de réaffirmer que l'Alliance atlantique reste le fondement de la défense collective des membres de l'UE. Ils ont aussi adopté des procédures décisionnelles concernant cette future capacité autonome: ils ont assuré un contrôle politique et une direction stratégique ainsi qu'un dispositif d'analyse et ils ont confié les tâches au Conseil Affaires générales, à un futur comité politique et de sécurité (COPS), un futur comité militaire (CM) ainsi qu'un futur Etat-major

(EM). Cette date se marque dans l'histoire de l'UE en tant que la date de naissance de la PESD.

c. Helsinki 10 et 11 décembre 1999^[176]

La décision du Conseil européen réuni à Helsinki visant à la création des organes politiques et militaires permanents, permettant à l'Union européenne de renforcer sa capacité à gérer des crises, doit conduire à la mise en place d'une architecture définitive favorisant prise de décision et conduite des opérations dans le cadre de la PESD qui vient d'être. Les États membres ont développé le fonctionnement sous le contrôle du Conseil. Grâce à cette évolution le *Comité politique et de sécurité* composé de représentants permanents avec rang d'ambassadeurs, ayant vocation à traiter, en temps normal, ou dans le cas d'une opération militaire de gestion de crises, exerce, sous l'autorité du Conseil, le contrôle politique et la direction stratégique de l'opération. Le *Comité militaire* composé des Chefs d'état-major des armées, représentés par leurs délégués permanents, donne des avis militaires et formulera des recommandations destinées au COPS; il fournira des instructions militaires à l'Etat-major de l'UE. Le président du Comité militaire assistera aux sessions du Conseil lorsque celui-ci aura à prendre des décisions ayant des implications dans le domaine de la défense. L'état-major met ses compétences militaires au service de la PESD, notamment dans la conduite des

opérations militaires de gestion des crises menées par l'UE. Il est chargé de l'alerte rapide, de l'analyse de situations, et de la planification stratégique pour les missions dites de Petersberg, y compris l'identification des forces européennes nationales et multinationales.^[177]

Sur le plan de la gestion civile les nouveautés sont la détermination des domaines d'action comme celle de la police, de l'aide humanitaire, et de la réhabilitation des fonctions régaliennes de l'Etat. Les États membres ont déterminé une base de données des moyens nationaux et de l'UE disponibles pour ces actions et les réflexions sur les synergies inter-piliers de l'UE. Ils ont aussi lancé l'idée d'un fonds de financement rapide des opérations civiles.

d. Le sommet de Santa Maria da Feira les 19 et 20 décembre 2000

Lors du sommet de Feira les États membres, sur le plan de la gestion civile des crises et la prévention de paix, ont donné leur assentiment à un comité chargé de réfléchir sur les actions en matière de gestion civile des crises (créé le 22 mai 2000). Un mécanisme de coordination entre le conseil et la commission a été aussi mis en place. Ils ont également adopté le principe d'une étude devant définir les objectifs du domaine de la gestion civile et fixé des objectifs concrets pour la capacité de police civile et l'adoption de l'objectif final de 5.000

policiers disponibles en 2003. Ils ont aussi pris en considération d'une proposition de règlement du conseil pour la création d'un dispositif de réaction rapide. Le véritable acquis de ce sommet est les priorités de la gestion civile des crises qui sont déterminées pour la première fois. Les tâches se concentrent dès lors autour des domaines suivants : l'état de droit, la police, l'administration civile et la protection civile. [\[178\]](#)

e. Le sommet de Nice et les nouveautés

Lors du sommet de Nice de 2000, sur le plan de la gestion civile, les États membres ont poursuivi des engagements de Feira dans les domaines de la police, renforcé de l'Etat de droit, administration civile et de la protection civile en initiant en particulier des travaux dans le domaine du renforcement ou du rétablissement du système judiciaire et pénitentiaire des pays en crise et en engageant des travaux de coopération avec l'ONU, l'OSCE et le Conseil de l'Europe. Ils ont également décidé sur la création du COPS dont la compétence et le fonctionnement ont été adoptés. Les États membres ont incorporé dans l'UE des fonctions appropriées de l'UEO conformément à la Déclaration de Marseille. [\[179\]](#)

Dans le domaine de la prévention des conflits, ils ont donné leur entérinement aux recommandations concrètes présentées par le SG/HR et la Commission

européenne concernant la manière d'améliorer la cohérence, l'efficacité de l'UE dans ce domaine.^[180]

Suite aux déclarations faites par les États membres à Nice, plusieurs innovations ont été élaborées dans le cadre de ce volet de la PESC. Bien que la prévention des conflits avait été inscrite à l'agenda de l'UE à partir de la moitié des années 1990, le rapport du Haut représentant et de la Commission sur la prévention des conflits, présenté au Conseil européen de Nice en décembre 2000 (*Rapport Solana/Patten*), représente la première conceptualisation de l'Union sur ce thème.^[181]

Ce document part de l'argument selon lequel la prévention des conflits est « l'essence même de l'Union européenne », celle-ci étant la parfaite illustration d'une entreprise de réconciliation, de stabilité et de prospérité par la construction d'une coopération étroite entre ses membres. La démarche est également justifiée par le faible coût des dépenses liées à la prévention si on les compare à celles allouées à la reconstruction post-conflit. Le rapport souligne les quatre défis majeurs que l'Union doit relever si elle veut poursuivre ses efforts dans le domaine. Le tout premier défi consiste bien évidemment à combler le manque de cohérence généralisée entre la palette d'instruments dont dispose l'Union européenne à tous les niveaux, qu'ils soient diplomatiques, humanitaires, commerciaux, économiques, sociaux

et environnementaux ou qu'ils aient trait à la coopération au développement. Le rapport propose pour ce faire d'identifier des zones de conflit potentiel devant

mener à la formulation de politiques *ad hoc* cohérentes et coordonnées.

Deuxièmement, face à la nécessité d'établir

des partenariats efficaces, l'Union est conviée à renforcer ses liens avec les Nations unies, les organisations régionales, les institutions financières internationales et les ONG. Troisièmement, le rapport signale la nécessité de développer des mesures préventives à long

terme, portant notamment sur les armes légères, le commerce des diamants, le crime organisé

et le trafic de drogues et invite la Commission à intégrer des mesures de construction de la paix dans ses actions. Quatrièmement, des mesures préventives à court terme devraient porter sur le renforcement de la diplomatie et sur l'amélioration de la capacité de réaction de l'UE, notamment grâce au développement de l'alerte rapide.^[182]

Le Conseil européen de Nice en 2000 a été à l'origine de la mise en place de ces structures permanentes, politiques et militaires, ainsi les opérations n'ont été rendues possible que par la mise en place de structures politico-militaires nécessaires à la gestion des crises par l'Union européenne : *le Comité politique et de sécurité (COPS)*^[183], *le Comité militaire de l'UE (CMUE)*^[184], *le Comité chargé des aspects civils la gestion des crises (CIVCOM)*^[185] ou encore *l'Etat-major européen (EMUE)*^[186]. Ces structures s'intègrent dans le processus de décision des institutions européennes. Elles sont donc placées sous l'autorité du Conseil européen et du Conseil après la précision par le sommet de Göteborg.

Un *centre de situation (SITCEN)* a également été créé. Rattaché directement au Secrétaire général/Haut représentant pour la PESC, il fonctionne 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7, et permet à l'Union européenne de disposer d'une capacité de renseignement, d'analyse et d'alerte. Créé en 2001, le *Centre satellitaire de l'Union européenne (SATCEN)* est venu renforcer les fonctions d'alerte rapide et de suivi des crises de l'UE, notamment de la PESD, en fournissant de l'analyse de l'imagerie satellitaire.

Dans le domaine de la formation et dans le prolongement de la décision du Conseil européen de Thessalonique de juin 2003, un collège européen de sécurité et de défense (CESD) a été créé en juillet 2005. Ce collège, opérationnel depuis le premier janvier 2006, permet le développement d'une culture commune de la PESD et des enjeux de sécurité entre les Etats membres.

f. Le traité de Nice

Les nouvelles dispositions de traité de Nice (signé le 26 février 2001 le 1^{er} février 2003) incluent les missions humanitaires et d'évacuation, les missions de maintien de la paix et les missions de forces de combat pour la gestion des crises, y compris les missions de rétablissement de la paix. [\[187\]](#)

Il incorpore aussi dans les dispositions de traité le rôle et un comité politique et de sécurité lorsque le traité dit qu'il suit la situation internationale dans les domaines

relevant de la politique étrangère et de sécurité commune et contribue à la définition des politiques en émettant des avis à l'intention du Conseil, à la demande de celui-ci ou de sa propre initiative. Il surveille également la mise en œuvre des politiques convenues, sans préjudice des compétences de la présidence et de la Commission. Dans le cadre du présent titre, le comité exerce, sous la responsabilité du Conseil, le contrôle politique et la direction stratégique des opérations de gestion de crise.^[188]

Le traité de Nice n'a pas changé fondamentalement la PESC dans le cadre de la prévention de paix et la gestion civile des crises. Il a fallu attendre quelques mois pour le sommet de Göteborg lorsque les États membres ont finalement se chargeaient à cette politique en tant que priorité. Dans ce qui suit les innovations du programme de Göteborg et ces réformes sont présentées.

B. Göteborg et après: la signification du sommet de Göteborg et les documents de la Commission de 2001^[189]

En 2001, le Conseil européen engageait clairement l'UE vis-à-vis de la prévention des conflits. Le programme pour la prévention des conflits violents énonce clairement que *“Conformément aux valeurs fondamentales de l'UE, la priorité politique la plus élevée sera accordée à l'amélioration de l'efficacité et de la cohérence de l'action extérieure de l'Union en matière de prévention des conflits”*.^[190] Le document présente également quatre domaines prioritaires: fixer

des priorités politiques précises en matière d'actions préventives, améliorer la cohérence aux niveaux de l'alerte rapide, de l'action et de la définition de la politique, renforcer les instruments de prévention à long et court termes, et mettre en place des partenariats efficaces. [\[191\]](#)

Plus récemment le 11 avril 2001, la Commission présentait sa Communication sur la prévention des conflits, dans la droite ligne du Rapport Solana/Patten et propose une approche européenne consolidée en matière de prévention des conflits. [\[192\]](#)

La Commission se dit déterminée à mobiliser les instruments communautaires afin de soutenir la prévention des conflits. Plus concrètement, elle propose d'intégrer la paix, la démocratie et la stabilité politique et sociale dans ses programmes d'aide; de prendre en compte dans ces programmes des indicateurs d'exclusion politique, ethnique, de marginalisation sociale et régionale, de dégradation environnementale ; de contribuer aux initiatives internationales sur les « questions transversales » que sont le crime organisé, la prolifération des armes légères, le commerce des diamants, la drogue, les enfants soldats ; d'utiliser d'autres moyens tels que les

instruments commerciaux ou relatifs à la justice et aux affaires intérieures, la politique sociale et environnementale; de développer des instruments nouveaux pour faire face aux conflits. En

outre, elle recommande toute une série d'actions spécifiques ayant trait à la prévention à long terme, à court terme et à la coopération internationale. Cette communication a le mérite de reconnaître l'importance de la prévention des

conflits dans l'action extérieure de l'Union, non seulement comme une matière relevant de la politique étrangère et de sécurité, mais qui a trait tout aussi bien au commerce, au développement, à l'aide humanitaire, à la justice et aux affaires intérieures. Matières pour lesquelles l'Europe représente sur la scène internationale le principal bailleur de fonds.^[193] Elle insiste également, à l'instar du rapport Solana/Patten, sur le manque de volonté politique européenne en matière de prévention.^[194]

a. Le sommet de Göteborg et l'évolution fondamentale

Lors du sommet de Göteborg l'Union européenne s'est engagée à développer et affiner ses capacités, structures et procédures afin d'améliorer sa capacité de prendre en charge l'ensemble des tâches en matière de prévention des conflits et de gestion des crises à l'aide de moyens militaires et civils. Comme cela est indiqué dans le rapport de la présidence et ses annexes adoptés par le Conseil, le développement de la PESD renforce la capacité de l'Union de contribuer à la paix et à la sécurité internationales conformément aux principes de la Charte des Nations unies. L'Union européenne reconnaît la responsabilité première du Conseil de sécurité des Nations unies dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales.^[195]

De nouveaux objectifs concrets ont été fixés pour les aspects civils de la gestion des crises, qui devraient être réalisés d'ici 2003 grâce à des contributions volontaires. *Les structures politiques et militaires permanentes* ont été créées au sein du Conseil et du Secrétariat du Conseil. Les conditions sont en place pour assurer la réussite des conférences sur l'amélioration des capacités militaires et sur les capacités de police au cours de la prochaine présidence. [\[196\]](#)

La mise en place d'une relation permanente et effective avec l'OTAN a progressé. Des arrangements permanents en matière de consultation et de coopération ont été conclus et appliqués, comme en témoigne l'étroite coopération dans la gestion des crises dans les Balkans occidentaux. Un accord doit être trouvé rapidement sur des arrangements permettant à l'UE d'avoir accès aux moyens et capacités de l'OTAN. [\[197\]](#)

Le Conseil européen a également approuvé le programme de l'UE pour la prévention des conflits violents, qui améliorerait la capacité de l'Union de prendre en charge de manière cohérente l'alerte rapide, l'analyse et l'action. La prévention des conflits est l'un des principaux objectifs des relations extérieures de l'Union et devrait être intégrée dans tous ses aspects pertinents, y compris la politique européenne en matière de sécurité et de défense, la coopération au développement et le commerce. Les futures présidences, la Commission et le Secrétaire général/Haut représentant sont invités à promouvoir la mise en œuvre du programme et à présenter des recommandations pour son développement futur. Le Conseil européen se félicite que la Suède soit prête à accueillir une réunion

régionale avec les organisations participant à la prévention des conflits en Europe.

[\[198\]](#)

A Göteborg un plan d'action en matière de police a été adopté et l'évaluation positive des contributions volontaires aux forces de police était fixé en tant que l'importance. Les États membres ont également adopté des mesures communes de sélection, des méthodes de recrutement et de formation des policiers et ils ont aussi déterminé des modalités de financement. En plus, les États membres avaient finalement de la succès à l'adoption de nouveaux objectifs concrets pour les aspects de civils de la gestion des crises: ils ont établi une liste de 200 fonctionnaires pour des opérations de gestion de crise; créé un pool d'experts pour la réhabilitation des fonctions régaliennes régaliennes de l'Etat et ils ont adopté un objectif de 2.000 personnes pour des actions de protection civile.[\[199\]](#)

Sur le plan de la prévention des conflits les États membres ont adopté un programme de l'UE pour la prévention des conflits violents[\[200\]](#) et une conclusion sur la coopération UE-ONU en matière de prévention des conflits et de gestion des crises.[\[201\]](#)

Principalement basé sur les recommandations du Rapport Solana/Patten et sur la Communication de la Commission de 2001, le programme de Göteborg identifie des objectifs ainsi qu'un cadre d'action ambitieux devant être élaboré sous les prochaines présidences.[\[202\]](#)

Pour le succès l'Union s'engage dans quatre types d'actions. *Premièrement*, deux fois par an, au début de chaque présidence le Conseil devra fixer des priorités

politiques précises en matière d'actions préventives. *Deuxièmement*, afin d'améliorer la cohérence de la politique extérieure, les différentes instances sont invitées à harmoniser les informations et les analyses qu'elles développent sur l'évolution des situations de conflit potentiel. *Troisièmement*, l'Union se propose de renforcer ses instruments en matière de prévention à long et court termes. *Quatrièmement*, l'Union s'engage à mettre en place des partenariats de prévention des conflits avec les Nations unies, l'OSCE, d'autres organisations internationales ou régionales, la société civile, les acteurs humanitaires, le monde académique et le secteur privé.^[203]

b. Le sommet de Laeken entre le 14 et 15 décembre 2001

Suite aux attentats du 11 septembre, un Conseil européen extraordinaire s'est tenu le 21 septembre 2001 pour adopter un plan d'action en matière de lutte contre le terrorisme.

Les acquis de ce sommet étaient dans le cadre de gestion civile des crises une déclaration d'engagements en matière de capacités policières, l'intégration d'une unité de police au sein du COPS; l'identification des capacités dans les domaines de l'administration civile, la protection civile et de l'Etat de droit; l'entrée en fonction de l'Institut d'études et de sécurité et le centre satellitaire pour aider l'achèvement des buts.^[204] En outre, les États membres ont déclaré que l'Union

européenne étaient devenue capable de mener des opérations de gestion de crises de plus en plus complexes grâce aux capacités militaires et de police permettant de mettre sur pied une force de réaction rapide et grâce à la mise en place de structures et de procédures permettant d'analyser, de planifier et de décider.^[205]

c. La stratégie européenne de sécurité, Bruxelles, le 12 décembre 2003

Selon les États membres la politique étrangère de l'Union européenne a gagné en cohérence; sa gestion des crises est devenue plus efficace. L'UE dispose les instruments nécessaires en matière de gestion de crises et de prévention des conflits, y compris les actions au plan politique, diplomatique, militaire et civil, commercial et dans le domaine du développement donc il faut des politiques actives pour faire face au dynamisme des menaces nouvelles. Ainsi l'UE doit développer une culture stratégique propre à favoriser des interventions en amont, rapides et, si nécessaire, robustes.^[206] L'UE doit soutenir l'action des Nations unies en réponse aux menaces qui pèsent sur la paix et la sécurité internationales. L'UE est déterminée à renforcer sa coopération avec les Nations unies pour ce qui est d'aider les pays sortant d'un conflit et à fournir un soutien accru aux Nations unies dans le cadre de la gestion de crises à court terme. Dans ce cadre l'UE a défini les principaux défis mondiaux: les guerres, la pauvreté, les maladies, la sécurité et l'indépendance énergétique.^[207]

La stratégie vise la nécessité du développement des capacités mais l'actions en cours -notamment la création d'une agence de défense - vont dans la bonne direction. En plus, il faut renforcer les capacités visant à mobiliser tous les moyens civils nécessaires dans les situations de crise et postérieures aux crises et rendre la capacité diplomatique plus forte car on a besoin d'un système qui combine les ressources des États membres et celles des institutions de l'UE.

Les arrangements permanents UE/OTAN, en particulier les dispositions "Berlin plus/ou Berlin +", renforcent la capacité opérationnelle de l'UE et fixent le cadre dans lequel s'inscrit le partenariat stratégique entre les deux organisations dans le domaine de la gestion des crises.^[208]

Il y a des menaces qui se constituent des menaces communes que nous partageons avec l'ensemble de nos partenaires les plus proches. La coopération internationale est une nécessité. L'UE poursuivre nos objectifs aussi bien par la coopération multilatérale au sein des organisations internationales que par le biais de partenariats avec d'autres acteurs clés. La relation transatlantique est irremplaçable. En agissant ensemble, l'Union européenne et les États-Unis peuvent constituer une formidable force au service du bien dans le monde. L'objectif devrait être un partenariat efficace et équilibré avec les États-Unis. C'est une raison supplémentaire pour l'UE de renforcer encore ses capacités et sa cohérence.^[209]

d. Le sommet de Séville de 2002 [\[210\]](#)

Lors du sommet de Séville l'Union européenne a confirmé qu'elle était en mesure de prendre en charge des opérations de gestion de crise, en décidant notamment de conduire la mission de police en Bosnie Herzégovine (EUPM), qui assurera le suivi, à partir du 1 janvier 2003, de l'actuelle opération de l'ONU. [\[211\]](#)

Le Conseil européen a également exprimé la volonté de l'Union européenne d'assurer la relève de l'OTAN dans l'ancienne République yougoslave de Macédoine. Il a chargé le Secrétaire général/Haut représentant et les instances compétentes de l'Union européenne de prendre les contacts nécessaires avec les autorités de l'ancienne République yougoslave de Macédoine et les responsables de l'OTAN, et de poursuivre et intensifier les mesures de planification entreprises, de manière à être en mesure d'assurer la relève de l'opération de l'OTAN à l'issue du mandat actuel de cette dernière, étant entendu que les arrangements permanents entre l'Union européenne et l'OTAN (Berlin+) seraient alors en place. Dans le domaine civil, le travail s'est poursuivi dans les quatre secteurs prioritaires (police, état de droit, administration civile et protection civile) tant sur les aspects qualitatifs que quantitatifs des capacités. Les structures et procédures de décision de la PESD ont été testées avec succès lors du premier exercice de gestion de crise conduit par l'Union. [\[212\]](#)

Le Conseil européen a réaffirmé également que le terrorisme pose un véritable défi à l'Europe et au monde et constitue une menace pour notre sécurité et notre

stabilité,^[213] et il a pris acte des résultats importants obtenus dans la mise en oeuvre du plan d'action contre le terrorisme et a réaffirmé que la lutte contre le terrorisme restera un objectif prioritaire de l'Union européenne et un des principaux volets de sa politique extérieure. La solidarité et la coopération internationale sont des instruments essentiels pour lutter contre ce fléau.^[214] Dans ce cadre l'objectif est de renforcer la coalition internationale et de prévenir ou de contenir les conflits régionaux. Pour cela, l'UE doit renforcer ses instruments pour la prévention à long terme des conflits.^[215]

La politique étrangère et de sécurité commune, y compris la politique européenne de sécurité et de défense, grâce aux capacités militaires et civiles mises en place par l'Union européenne pour la gestion des crises, la PESC deviendra plus forte et contribuera plus efficacement à la lutte contre le terrorisme dans l'intérêt des populations concernées.^[216] Dans ce cadre l'UE focuse sur la prévention des conflits – notamment la terrorisme – et en tant que priorité elle planifie à approfondir le dialogue politique avec les pays tiers en promouvant les droits de l'homme et la démocratie, ainsi que la non-prolifération et la maîtrise des armements; à renforcer les mécanismes d'échange de renseignements et à recourir davantage à l'évaluation des situations et aux rapports d'alerte rapide; et à déterminer les capacités militaires nécessaires pour protéger contre des attentats c'est-à-dire l'utilisation des capacités militaire pour des buts civils.^[217]

d. Le sommet de Thessalonique 2003

Lors de ce sommet des progrès ont été réalisés dans le développement des capacités et quatre domaines prioritaires ont été déclarés de la gestion civile des crises, à savoir la police, l'État de droit, l'administration civile et la protection civile.^[218]

e. Le sommet de Bruxelles de 12 décembre 2003

Lors du sommet de Bruxelles de 12 décembre 2003 le Conseil européen a approuvé le rapport régulier concernant la PESD ainsi que le programme de travail de la future présidence. Il s'est félicité des progrès réalisés dans le développement des capacités militaires et civiles en matière de gestion de crises et malgré le fait que la prévention avait été déterminé en tant que priorité avant, l'UE en déclarant sa stratégie de sécurité a focusé aux opérations militaire et la gestion des crises militaire et non à la prévention et à la gestion civile des crises.^[219]

f. Le sommet de Bruxelles de 17-18 juin 2004

Lors du sommet de Bruxelles de 2004 des progrès concrets sont réalisés sur la voie d'un renforcement des capacités de l'UE. Le Conseil européen approuve l'objectif global à l'horizon 2010. Le Conseil européen approuve également le *Plan d'action pour la gestion civile des crises* et se félicite des mesures prises pour accroître encore davantage la capacité de l'UE à mener, dans le cadre de la gestion des crises, des opérations militaires de réaction rapide. Il approuve également l'élaboration des modalités selon lesquelles l'UE pourrait fournir des capacités militaires en soutien aux Nations unies. La prochaine présidence et le SG/HR sont invités à poursuivre les contacts avec les Nations unies sur cette question.^[220]

g. Le traité constitutionnel : un cul-de-sac ?

Le traité constitutionnel visait la réforme de l'UE mais il n'est jamais entré en vigueur.

Sur le plan de l'étendue de la PESD, la Convention aurait élargi la définition fixée par le Traité de Nice, avec une reformulation des anciennes « missions de Petersberg » et leur extension à la lutte contre le terrorisme. La PESD aurait visé désormais au maintien de la paix, à la prévention des conflits et au renforcement de la sécurité internationale,^[221] ce qui avait inclu^[222] des actions conjointes de désarmement, des missions humanitaires et d'évacuation, des missions de conseil et d'assistance en matière militaire, des missions de prévention des conflits et de

maintien de la paix, des missions de forces de combat pour la gestion des crises, y compris les missions de rétablissement de la paix et les opérations de stabilisation à la fin des conflits. Il aurait précisé que « *toutes ces missions peuvent contribuer à la lutte contre le terrorisme, y compris par le soutien à des États tiers pour combattre le terrorisme sur leur territoire* ». [\[223\]](#)

En ce qui concerne les dispositions du traité constitutionnel, elles ne se sont jamais entrées en vigueur mais elles ont fortement influencé les dispositions de modifications du traité de Lisbonne.

h. Le sommet de Bruxelles, 16 et 17 juin 2005 et celui de 21 novembre

Le développement des capacités civiles européennes en vue d'atteindre l'objectif global civil

2008 a été activement poursuivi selon les échéances fixées par le Conseil européen de décembre 2004. Ainsi, les hypothèses de planification stratégique et les scénarios illustratifs concernant la stabilisation et la reconstruction, la prévention des conflits, le renforcement ciblé des institutions et le soutien civil à des opérations humanitaires ont pu être élaborés. Le travail sur le déploiement rapide des capacités de gestion civile des crises a également été poursuivi. [\[224\]](#)

Lors du sommet de décembre l'UE a déterminé les mesures à prendre au niveau des États membres pour réaliser le plan d'amélioration des capacités civiles devrait

amener les États membres à remédier aux insuffisances ayant le degré de priorité le plus élevé, en fonction d'une "liste ciblée" d'insuffisances à traiter en priorité, fondée sur une vue globale des insuffisances dans les capacités; à favoriser activement la participation des principaux intervenants nationaux à la gestion civile des crises dans le cadre de la PESD, notamment ceux qui contribuent à mettre du personnel à la disposition des missions dans chaque domaine prioritaire de la gestion civile des crises dans le cadre de la PESD; et à mettre en commun les meilleures pratiques des structures nationales de coordination afin de faciliter la mobilisation de ressources civiles en vue d'une opération de gestion de crise et la liaison avec l'UE et les organisations internationales.

En cohérence avec les obligations des États membres, les mesures à prendre au niveau de l'UE sont à approfondir, en coopération avec chaque État membre concerné à faire en sorte que les besoins en matière de capacités soient énoncés dans des termes qui permettent une mise en correspondance rapide avec les données des États membres, l'examen de mécanismes permettant aux États membres de recruter du personnel pour les missions civiles, l'objectif étant de mettre en commun les meilleures pratiques et d'avoir une meilleure compréhension des capacités des États membres; à établir, en concertation avec des experts des États membres, une "liste ciblée" des insuffisances dans les capacités auxquelles il convient d'accorder la plus haute priorité et à mettre sur pied un système garantissant que les efforts accomplis par les États membres pour y remédier

soient coordonnés; à diffuser, d'ici avril 2006, un concept sur le soutien aux missions, couvrant l'achat et l'élimination des équipements, la logistique et le soutien aux opérations, la sécurité, les ressources humaines et le financement; à cet effet le Secrétariat général du Conseil et la Commission devraient présenter des propositions concrètes sur la question des achats et du soutien aux missions; à définir les grandes lignes d'un document générique sur les besoins en matière de soutien aux missions pour les opérations civiles de gestion de crise, portant également sur les missions d'information, et à diffuser aux États membres un questionnaire sur la question; à établir, au besoin en coopération avec la Commission, un document sur la formation qui fasse la synthèse des besoins en matière de formation dans le cadre du volet civil de la PESD; à inviter les États qui ne sont pas membres de l'UE, notamment les États en voie d'adhésion, les pays candidats, les pays européens membres de l'OTAN mais non membres de l'UE, ainsi que les autres pays tiers qui ont conclu un accord-cadre relatif à la participation à des opérations de gestion de crises menées par l'UE, à fournir des contributions supplémentaires qui serviront à établir la liste ciblée des insuffisances à traiter en priorité; et à mettre en commun les meilleures pratiques et l'expertise en concertation avec d'autres acteurs internationaux engagés dans la gestion civile des crises, dans le respect des procédures et modalités convenues au niveau de l'UE.^[225]

C. Jusqu'à nos jours: les capacités et les possibilités en théorie

a. Les objectifs globales

Près de dix ans après la fondation de la politique européenne de sécurité et de défense, qui constitue le volet opérationnel de la politique étrangère et de sécurité commune, l'Union européenne est un acteur reconnu et sollicité sur la scène internationale.

L'UE est déterminée à prendre sa part de responsabilités à l'égard de la sécurité mondiale; pour ce faire, comme souligné dans la Stratégie européenne de sécurité, la gestion civile des crises doit constituer une composante essentielle de la politique extérieure de l'Union européenne.^[226] Pour achever ces buts dans le domaine de la gestion civile des crises, l'UE détermine sa politique à suivre de temps en temps dans le cadre des documents « objectifs civiles globales ».^[227]

On veut que l'Union, avec tous les moyens dont elle dispose, renforce sa contribution à la paix et à la sécurité internationale, et sa capacité à faire face aux risques et aux menaces qui affectent sa sécurité, tels qu'identifiés dans *la Stratégie Européenne de Sécurité* et son document de mise à jour. Le renforcement des capacités disponibles en Europe constitue donc, pour les années à venir, le premier des défis à relever. Dans un contexte budgétaire exigeant, un tel objectif ne pourra être atteint que par un effort commun dans la durée, partagé et répondant au besoin

opérationnel. Pour faire face aux défis de sécurité actuels et répondre à de nouvelles menaces, l'Europe devrait être effectivement capable, dans les années à venir, dans le cadre du niveau d'ambition fixé, notamment de déploiement de 60 000 hommes en 60 jours pour une opération majeure, dans la gamme d'opérations prévues dans *l'objectif global 2010* et dans *l'objectif global civil 2010*, de planifier et de conduire simultanément une série d'opérations et de missions d'envergures différentes. Pour ses opérations et missions, l'UE a recours, de façon appropriée et conformément à ses procédures, aux moyens et capacités des Etats membres, de l'Union européenne et, le cas échéant pour ses opérations militaires, de l'OTAN.^[228]

Au niveaux des principes, dans le cadre de *l'objectif global civil 2010*,^[229] l'UE a décidé de poursuivre les objectifs prioritaires suivants:^[230]

- renforcer la capacité de l'Union européenne à planifier et à déployer simultanément plusieurs missions, notamment en situation de réaction rapide;
- poursuivre le développement d'outils de gestion adaptés pour mobiliser efficacement les capacités nécessaires aux missions civiles;
- améliorer la formation des personnels susceptibles être déployés dans les missions et continuer le renforcement des équipes d'interventions civiles;

- renforcer la fonction de soutien aux missions, en matière administrative, financière, logistique et de ressources humaines, y compris en recherchant la plus grande synergie possible entre moyens civils et militaires;
- développer des stratégies nationales permettant de faciliter le déploiement de personnels dans les missions et encourager l'échange de bonnes pratiques entre États membres;
- renforcer la cohérence et les synergies entre les missions menées au titre de la PESD et les autres instruments de l'Union européenne ; et
- mettre en place, pour les missions civiles de la PESD, un véritable système de retour d'expériences.

Lors des dernières années les sommets de Conseil européen les États membres se sont tournés vers les objectifs de gestion de crises militaires et ils ont focusé sur les opération militaires. De l'autre côté, c'était la crise financière qui a fait occuper les États membres mais cette domaine de problématique exige des moyens de gestion économique spécifique. [\[231\]](#)

b. Le traité de Lisbonne et ses implications pour la PESD [\[232\]](#)

Le troisième aliéna de l'Article premier souligne que *“l'Union est fondée sur le présent traité (TUE) et sur le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après dénommés “les traités”)*. Ces deux traités ont la même valeur juridique.

L'Union se substitue et succède à la Communauté européenne.» C'est-à-dire que l'Union en substituant la CE dispose désormais de la personnalité juridique. L'article 24 y ajoute que "*L'Union peut conclure des accords avec un ou plusieurs États ou organisations internationales...*" Les mots "*les Communautés européennes*" sont systématiquement remplacés par "*l'Union*".

Le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1 décembre 2009, introduit des avancées importantes en matière de défense, faisant de la PESD une politique à part entière de l'Union européenne. Le traité de Lisbonne instaure et modifie le rôle des acteurs dans la PESD. Un poste de *haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité* est créé, avec pour mission de conduire la PESD, fusionnent ainsi les postes actuels de haut représentant/secrétaire général du Conseil et de commissaire pour les relations extérieures. Pour faire faciliter son travail, *un service européen pour l'action extérieure* au soutien du haut représentant est également créé. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le président du Conseil européen, poste nouvellement créé par le traité, partage avec le haut représentant la représentation extérieure de l'Union dans le cadre de la PESD. [\[233\]](#)

Pour l'élargissement des capacités d'action de l'Union européenne en matière de PESD les capacités d'action de l'Union européenne sont renforcées grâce à l'extension des missions de Petersberg. Elles incluent désormais les missions de désarmement, de conseil et d'assistance en matière militaire, de prévention des

conflits et de stabilisation à la fin des conflits. Ces missions peuvent également contribuer à lutter contre le terrorisme. [\[234\]](#)

L'institutionnalisation de *l'Agence européenne de défense* sous l'autorité du Conseil sert également le renforcement de la PESD. Ceci doit permettre de mettre son travail en exergue et d'obtenir un consensus politique quant à ses orientations. Pour financer les activités préparatoires des activités militaires de l'Union européenne un fonds de lancement a été instauré. Ce fonds devrait faciliter le déroulement des opérations militaires de l'Union européenne. [\[235\]](#)

Une autre nouveauté est la possibilité d'adopter des décisions à la majorité qualifiée au sein du Conseil pour certains aspects de la PESD concernant la décision relative à la création de la coopération structurée permanente, au fonctionnement de l'AED, et au fonds de lancement.

Les conditions relatives à la minorité de blocage et au système d'abstention constructive dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune permettant la prise de décision à l'unanimité qui n'engage qu'une partie des Etats membres ont été également assouplies.

Le traité de Lisbonne assure une plus grande solidarité et coopération entre les Etats membres

Le traité renforce la solidarité entre les Etats membres, *via* la création d'une clause de solidarité entre Etats membres en cas d'attaque terroriste ou de catastrophe naturelle ou d'origine humaine ; la création d'une clause d'aide et d'assistance en cas d'agression armée. Il instaure, en outre, de nouveaux outils de coopération

utiles à la défense: la création des coopérations renforcées est désormais possible dans tous les domaines de défense. Elles pourront permettre à un petit groupe d'Etats d'approfondir leur coopération sur un projet donné; la coopération structurée permanente (CSP) pourra être créée en matière de défense. Elle vise à permettre à un groupe d'Etats membres remplissant des critères de capacités militaires et de disponibilité d'une partie de leurs forces au service de l'Union, d'engager entre eux diverses coopérations visant à la constitution d'un "réservoir de forces" pour l'Union.

Dans la deuxième partie de la dissertation le fonctionnement de gestion civile des crises est présenté: les acteurs, les partenariats de l'UE, la prise de décision et la mise en oeuvre d'une mission avec les exemples.^[236]

^[1] Joschka FISCHER, le ministre allemand des Affaires étrangères de la politique étrangère européenne en 2001 sur le nouvel axiome de la politique étrangère européenne en marquant l'importance de la prévention et gestion civile des conflits avant les interventions militaires. Le Tribune, 23 janvier 2001

^[2] On a pu constater que par exemple de 1998 à 1999, des 27 conflits enregistrés 25 étaient de nature interne. NKUNDABAGENZI, Félix: *L'Union européenne et la gestion civile des crises*. GRIP. 07/11/00, RÉf. Data: G1808.[ci-après : NKUNDABAGENZI] <http://www.grip.org/bdg/g1808.html> (06.07.2009.)

^[3] *Ibid.*

^[4] PATRY, Jean-Jacques: *Union européenne et stabilité: un instrument en devenir*. Fondation pour la recherche stratégique, Note de la FRS, 15 septembre 2007. [ci-après : PATRY] <http://www.frstrategie.org/barreFRS/publications/notes/20070915.pdf> (08. 06.2010.)

^[5] *Construire notre avenir commun, défis politique et moyens budgétaires de l'Union élargie 2007-2013*. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Bruxelles, 10 février 2004, p. 26.

^[6] *L'Union européenne et le monde. La politique extérieure de l'Union européenne*. Brochure de la Commission européenne. 2007. p. 11. www.ec.europa.eu/publications (03.17.2010.)

^[7] PATTEN, Chris: *Prévention des conflits, gestion civile des crises: une contribution européenne*. Politique étrangère, Année 2001, Volume 66, Numéro 3, p. 654.

^[8] *Communication de la Commission, du 11 avril 2001, sur la Prévention des conflits*. Bruxelles, COM(2001)211. final.; VERSTEGEN, Suzanne : *Poverty and Conflict : an Entitlement Perspective*. Conflict Prevention Network (CPN) Briefing Paper, September 2001, http://www.clingendael.nl/publications/2001/20010900_cru_other_verstegen.pdf (06.06.2010.)

^[9] *Paix et sécurité: au cœur de la politique européenne de développement*. http://www.regards-citoyens.com/ext/http://ec.europa.eu/development/policies/9interventionareas/peace-and-security_fr.cfm (06.06.2010.)

^[10] *Ibid.*; Voir aussi, BLOCH-LAINÉ Amaya, *L'Union européenne et la 'soft security' : les attributs de la puissance civile*. Annuaire Français de Relations Internationales AFRI 2000, volume I Editions Bruylant, Bruxelles. <http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/amaya2000.pdf> (05.06.2010)

^[11] PATRY, *supra*.

^[12] *Ibid.*

^[13] PFISTER, Stéphane: *La gestion civile des crises : un outil politico-stratégique au service de l'Union européenne*. Thèse n° 686 présentée à la Faculté des sciences économiques et sociales de l'Université de Genève, 2008, p. 14. [ci-après : PFISTER : La gestion civile des crises...]<http://archive-ouverte.unige.ch/vital/access/manager/Repository/unige:1407> (01.02.2010.)

^[14] BALÁZS, Péter: *Az Európai Unió külpolitikája és a magyar EU-kapcsolatok fejlődése*. KJK Kerszöv, Budapest, 2002 [ci-après : BALÁZS], p. 230., HORVÁTH, Zoltán: *Kézikönyv az Európai Unióról*. Magyar Országgyűlés, 2005 [ci-après : HORTVÁTH], p. 44.

^[15] HORVÁTH, *supra* p. 533. ; Voir aussi, STEWART, Emma J.: *The European Union and conflict prevention: policy evolution and outcome*. LIT Verlag Berlin. 2006.[ci-après: STEWART: The European Union and Conflict Prevention: policy evolution and outcome] p. 41-43.

^[16] WOUTERS, Jan - NAERT, Frederik: *The EU and Conflict Prevention: a Brief Historic Overview*. In : KRONENBERGER, Vincent – WOUTERS, Jan: *The European Union and conflict prevention: policy and legal*

aspects, Maintien de la paix et prévention des conflits. T.M.C. Asser Press, The Hague, 2004, [ci-après : KRONENBERGER - WOUTERS] p. 33-66.

^[17] BALÁZS, *supra* p. 231.

^[18] Le rejet de la ratification du traité instituant la Communauté Européenne de Défense <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/ced/sommaire.asp> (16.02.2010.)

^[19] Débats de l'Assemblée nationale du 30 août 1954, Journal Officiel Mardi 31 août 1954. <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/ced/30aout1954-1ere-seance.asp> (16.02.2010.)

^[20] Traité entre la Belgique, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, signé à Bruxelles, le 17 mars 1948, 304 U.N.T.S. 52. Le traité a été amendé par les Accords de Paris du 23 octobre 1954.

^[21] Voir, PALÁNKAI, Tibor : *A nyugat –európai integráció*. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1981, p. 19-20.

^[22] BALÁZS, *supra* p. 230.

^[23] LEMAIRE-PROSCHE, Geneviève: *La coopération politique européenne: vers une politique étrangère commune?* Études internationales, vol. 22, n° 4, 1991, p. 787-797.; Voir, BACHES, Opi Sergio – FLOYD, Ryan: *A Shaky Pillar of Global Stability: the Evolution of the European Union's Common Foreign and Security Policy*. Columbia Journal of International Law Vol. 9., 2002-2003. [ci-après : BACHES - FLOYD]p. 299-304.

^[24] BITSCH, Marie-Thérèse: *Histoire de la construction européenne de 1945 à nos jours*. Editions Complexe, 2004, p. 135-141.

^[25] *Ibid.*

^[26] *Ibid.*; GÁLIK, Zoltán: A közös európai kül- és biztonságpolitika történelmi tapasztalatai és a Lisszaboni Szerződés. <http://www.grotius.hu/publ/displ.asp?id=MVVYUP> (16.07.2010.) p. 2-3.

^[27] *Ibid.*

^[28] *Communiqué final du sommet de La Haye* (2 décembre 1969) Bulletin des Communautés européennes. Janvier 1970, n° 1, p. 12; 15-17.

^[29] *Report by the Foreign Policy Ministers of the Member States on the Problems of Political Unification*, 20 July 1970, Reproduced from the Bulletin of the European Communities No. 11-1970. http://aei.pitt.edu/4543/01/epc_first_report_oct_1970.pdf (02.05.2010.)

^[30] Voir, *Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*, Helsinki, 1 août 1975 14 I.L.M. 1295 [ci-après: Acte final d’Helsinki]

^[31] DEÁK, Péter: *A biztonságpolitika kihívásai – A válság és konfliktuskezelés elmélete*, Ú.M.K. ZSKF, Budapest, 2005

^[32] GEORGE, Stephen-BACHE, Ian: *Politics in the European Union*. Oxford University Press, 2001, [ci-après : GEORGE - BACHES]p. 395-396.

^[33] *European Political Cooperation: Document on the European Identity published by the Nine Foreign Ministers*, Copenhagen, 14 December 1973, http://aei.pitt.edu/4545/01/epc_identity_doc.pdf. (02.02.2010.)

^[34] Le COREU (CORrespondance EUropéenne) est un réseau de communication de l'Union européenne entre les États membres et la Commission pour la coopération dans les domaines de la politique étrangère. Il facilite une prise de décision rapide en cas de crise. *Glossaire*. http://europa.eu/scadplus/glossary/coreu_fr.htm (03.03.2010.)

^[35] Réunion des chefs de gouvernement: Communiqué, dans Bulletin des Communautés européennes. Décembre 1974, n° 12, p. 7-8.

^[36] BACHES – FLOYD, *supra*, p. 303.

^[37] Réunion du Conseil européen de Londres les 29 et 30 juin 1977, Développements institutionnels - Politique européenne: Conseil européen, Bulletin des Communautés européennes, Juin 1977, n° 6, p. 91.

^[38] STEWART, *The European Union and Conflict Prevention: policy evolution and outcome*. *supra* p. 170.

^[39] Projet de traité instituant l'Union européenne, Bulletin des Communautés européennes. Février 1984, n° 2, p. 8-26. [ci-après : Projet de traité instituant l'Union européenne]

^[40] *Ibid*, art. 63.para. 1.

^[41] *Ibid*, art. 64-65.

^[42] *Ibid*, art. 65. para. 1.

^[43] *Ibid*, art. 67. para. 1.

^[44] *Ibid*, art. 65. para. 2.

^[45] *Ibid*, art. 65. para. 3.

^[46] Projet de traité instituant l'Union européenne, art. 67. para. 2-3.

^[47] *Ibid*,. art. 69.

^[48] BACHES– FLOYD, *supra* p. 302-304.

^[49] Acte Unique Européenne, 17 février Luxembourg et 26 février La Haye, 1986, JO n° L 169 du 29.06. 1987.[ci-après : AUE] art. 30. para. 7.

^[50] AUE, *supra*, art. 30. para.6. c)

^[51] *Ibid*, art. 30.

^[52] *Ibid*, art. 30 para. 3.

^[53] *Ibid*, art. 30 para. 10. a)- b)

^[54] *Ibid*, art. 30 para. 10. g)

^[55] *Ibid*, art. 30 para. 9.

^[56] *Ibid*, art. 30 para. 10. c)

^[57] *Ibid*, art. 30 para. 10. d)

^[58] *Ibid*, art. 30 para. 10. f)

^[59] *Ibid*, art. 30 para.10. e)

^[60] „When I want to speak to Europe, whom do I call?” ECHIKSON, William: *Europe's 15-Headed Diplomat Tries to Face the Word as One*. Christian Sci. Monitor, Apr. 1, 1997, p. 6.; CROUZET, Anne-Sophie: *Quelle présidence pour l'Europe ?* Lundi 24 Février 2003, <http://www.fenetreeurope.com/file/2003/file80.htm> (03.03.10.)

^[61] GAZZO, Emanuele: *Vous avez dit "coopération politique européenne"?* Europe, 07 octobre 1987, n° 4633, p. 1.

^[62] GEORGE - BACHE, *supra*, p. 396-397.; KENDE, Tamás : *Európai Közjog és Politika*. Osiris-Századvég, Budapest, 1995, p. 146.

^[63] AUE, *supra* art.30 para. 7.

^[64] Acte final d' Helsinki, *supra* a) II. et V.

^[65] GEORGE-BACHES, *supra* p. 396-397.

^[66] GAZDAG, Ferenc: *Európai integráció és külpolitika*, Osiris Kiadó, Budapest, 2005, p. 220.

^[67] BALÁZS, *supra* p. 219.

^[68] *Rapport de la Commission sur l'Union européenne*. Bulletin des Communautés européennes. 1981, n° Supplément 3/81, p. 20-23.

^[69] *Déclaration solennelle sur l'Union européenne*, 19 juin 1983, Stuttgart, dans Bulletin des Communautés européennes, Juin 1983, n° 6, p. 26-31.

^[70] KENDE, *supra* p. 146-147.

^[71] GEORGE - BACHE, *supra* p. 397.

^[72] DUPUY, Pierre-Marie: *Droit international Public*. 3^e édition, Dalloz, Paris, p. 403.

^[73] *Ibid* ; *Charter of the United Nations*. 24 October 1945, 1 UNTS XVI, [UN Charter] art. 2. para. 4. et art. 33.

- ^[74] *Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends*, Doc. ONU A/RES/37/10, (1982).; 68e sess. plén 1982.; ECONOMIDES, Constantin: *La déclaration de Manille sur le règlement des différends internationaux*. Annuaire français de droit international, volume 28, 1982. p. 613-633.
- ^[75] *Déclaration de 1988 sur la prévention et l'élimination des différends et des situations qui peuvent menacer la paix et la sécurité internationales et sur le rôle de l'Organisation des Nations Unies dans ce domaine*. Doc ONU Rés. A/RES 43/51, 65e sess. plén. 1988.
- ^[76] *Agenda pour la paix : Diplomatie préventive, rétablissement de la paix, maintien de la paix*. Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la déclaration adoptée par la réunion au sommet du Conseil sécurité le 31 janvier 1992. A/47/277. 17 juin 1992. [ci-après *Agenda pour la paix*]; Voir SCHRICKE, Christian: *L'Agenda de la Paix du Secrétaire général B. Boutros-Ghali - Analyses et premières réactions*. Annuaire français de droit international, volume 38, 1992.[SCHRICKE] p. 11-31.
- ^[77] SÜLYÖK, Gábor. *A humanitárius intervenció elmélete és gyakorlata*. Gondolat kiadó, Budapest, 2004,[ci-après : SÜLYÖK] p. 86-87.
- ^[78] *Nations Unies Maintient de la paix*. <http://www.un.org/fr/peacekeeping/> (10.03.2010.)
- ^[79] BALÁZS, *supra* p. 343-344.; *Agenda pour la paix*. point 14-15.; Nations Unies Maintient de la paix. <http://www.un.org/fr/peacekeeping/> (10.03.2010.)
- ^[80] *Agenda pour la paix*, *supra* point 13. Voir SCHRICKE ; *European development policy in the context of redefined foreign and security interests-the political dimension*. in. *Civilian Perspective or Security Strategy ? European Development Policy Confronting New Challenges in Foreign and Security Policy*. International Conference Berlin, 23 November 2004. p. 6-15.
- ^[81] *Agenda pour la paix*, *supra*, point 12-15.; Voir, SCHRICKE, p. 11-31.
- ^[82] *Ibid*, point 20.; 23-33. ; Voir, SCHRICKE.
- ^[83] *Ibid*, point 20; 34-45. Voir, SCHRICKE.
- ^[84] *Ibid*, point 20; 46-54. Voir, SCHRICKE.
- ^[85] *Ibid*, point 55-59. Voir, SCHRICKE.
- ^[86] *Ibid*, point 60-65. Voir, SCHRICKE
- ^[87] Voir, TESÓN, Fernando R.: *Humanitarian Intervention: an Inquiry into Law and Morality*. Transnational Publishers, Inc. Irvington-on-Hudson, New York. 1997. p. 133-174.; Voir aussi, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment of June 27, 1986, I.C.J. Rep. 14.

^[88] STEWART, Emma J. : *Conflict Prevention: Consensus or Confusion?*

<http://www.peacestudiesjournal.org.uk/dl/ConflictPrevention.PDF> (29.06.2010.); Intervention de Bernard KOUCHNER, Rapport d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées, sur le colloque international "pour défendre la paix, réformer l'ONU", tenu à Paris les 31 janvier et 1er février 2001, Assemblée nationale, juin 2001. <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i3106.asp> (06.04.2010.)

^[89] *Discours de Dominique de Villepin*, ministre des affaires étrangères français, à l'Institut d'études stratégiques, Londres, 27 mars 2003.in : COLARD, Daniel: *L'axe Paris-Berlin-Moscou: le « camp du refus » dans la crise iraquienne (2002-2003)*. Annuaire français de relations internationales 2004 volume 5. p. 216.

^[90] ZANETTI Véronique : *L'intervention humanitaire: Droit des individus, devoir des Etats*. Editions Labor and Fides, 2008, p. 87-91. ; SULLYOK, *supra*, p. 64.

^[91] *"Nous les peuples : le rôle des Nations unies au XXIème siècle"*, rapport du millénaire du Secrétaire général de l'ONU, 2000. point 219. <http://www.un.org/french/millenaire/sg/report/full.htm> (16.03.2010.)

^[92] Discours de Richard HAASS: *Towards Greater Democracy in the Muslim World* , devant le *Council on Foreign Relations*, le 4 décembre à Washington www.state.gov/s/p/rem/15686.htm (16.03.2010.)

^[93] Résolution du Conseil de Sécurité sur la protection des civils, 5430^e sess. 2006, ONU Doc. S/RES/1674 (2006)

^[94] *La responsabilité de protéger, rapport de la Commission internationale de l'intervention et la souveraineté des Etats*, décembre 2001. point 1.7. <http://www.iciss.ca/pdf/Rapport-de-la-Commission.pdf> (16.03.2010.)

^[95] UN Charter, *supra* art. 2 para. 4 al 1.

^[96] ORTEGA, Martin: *L'intervention militaire et l'Union européenne*, Cahiers de Chaillot, Institut d'Etudes de Sécurité de l'UEO 2001, No. 45. [ci-après : ORTEGA : L'intervention militaire et l'Union européenne] p. 134.; Voir, COTTEY, Andrew : *Beyond humanitarian intervention : the new politics of peacekeeping and intervention*. Contemporary Politics, Vol. 14, No. 4, 2008, p. 429–446. ; MOORE, John Norton : *The Control of Foreign Intervention in International Conflict*. The Virginia Journal of International Law, Vol 9 May 1969 Number 2, p. 209-217.

^[97] ORTEGA : L'intervention militaire et l'Union européenne, *supra* p. 134.

^[98] *Ibid.*

^[99] *Rapport du Secrétaire général sur la protection des civils dans les conflits armés*, Doc. ONU S/2007/643 (2007).; ORTEGA : L'intervention militaire et l'Union européenne, *supra*, p. 136-137. Voir, RYNIKER, Anne: *Position du Comité international de la Croix-Rouge sur l'« intervention humanitaire*. *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 2001, Vol. 83 No. 842, p. 521.

^[100] *Rapport du Secrétaire général sur la protection des civils dans les conflits armés*, Doc. ONU S/2007/643 (2007)

^[101] Intervention de Bernard KOUCHNER, Rapport d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées, sur le colloque international "pour défendre la paix, réformer l'ONU", tenu à Paris les 31 janvier et 1er février 2001, Assemblée nationale, juin 2001. *Voir aussi, Renforcement des capacités d'intervention de l'Union européenne en cas d'urgence ou de crise*. Document 10551/06. Conclusions de la Présidence - 15/16 juin 2006.10633/1/06 REV 1 6.

<http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i3106.asp> (16.03.2010.)

^[102] SULLYOK, *supra* p. 88. ; MEZZALAMA, Francesco: *Études de la relation entre l'assistance humanitaire et les opérations de maintien de la paix*. Genève 1995, JIU/REP/95/6 p. 8-17. http://www.unjiu.org/data/reports/1995/fr95_06.pdf (28.06.2010.); DOMESTICI-MET, Marie-José: *Aspects juridiques récents de l'assistance humanitaire*. Annuaire français de droit international, volume 35, 1989. pp. 117-148.

^[103] Pour les missions civiles les partenaires concluent des SOFAs (Status of Forces Agreement).

^[104] SARI, Aurel: Status of Forces and Status of Mission Agreements under the ESDP: The EU's Evolving Practice. *EJIL*, Vol. 19., no. 1., 67-68.

^[105] Parlement européen, *Rapport sur l'établissement d'une politique européenne commune en matière de sécurité et de défense après Cologne et Helsinki*, A5-0339/2000 Final Par. 2, 21 novembre 2000.

^[106] WARD, Ian: *The Challenges of European Union Foreign and Security Policy: Retrospective and Prospective*. Tulane Journal of International and Comparative Law, Volume 13, Spring 2005, p. 13-20.

^[107] BAGAYOKO Niagale, *L'Union européenne et la réforme des systèmes de sécurité*, Note d'Analyse du GRIP, 17 décembre 2008, Bruxelles. [ci-après : BAGAYOKO]

http://www.grip.org/fr/siteweb/images/NOTES_ANALYSE/2008/NA_2008-12-17_FR_N-BAGAYOKO.pdf

(07.06.2010.); NKUNDABAGENZI, Félix: *La gestion des crises et des conflits*. In: NKUNDABAGENZI, Félix – PAILHE, Caroline et PECLOW, Valérie: *L'Union Européenne et la Prévention des Conflits. Concepts et instruments d'un nouvel acteur*. Document du GRIP. 2002.[ci-après : NKUNDABAGENZI – PAILHE – PECLOW] p. 26. <http://www.grip.org/en/siteweb/dev.asp?N=simple&O=536> (03.02.2010.); DAVID, Dominique: *La Communauté entre la paix et la guerre*. Politique étrangère, Année 1993, Vol. 58. Numéro 1. p. 79-91.

- ^[108] PECLOW, Valérie: *Les Partenariats de l'UE*. in: NKUNDABAGENZI – PAILHE – PECLOW, *supra*, p. 41.
- ^[109] Tito était parvenu à maintenir cette construction fédérale en dépit des antagonismes entre nationalités, grâce à un régime autoritaire, à la Ligue communiste fédérale et au maintien d'un équilibre entre les Serbes et les autres populations. Il avait rompu avec l'Union soviétique et pris la tête du mouvement des pays non-alignés, a joué à la Yougoslavie un rôle international important. Après sa mort en 1980, le pouvoir était exercé par un pouvoir collégial qui a dû faire face à la détérioration de la situation économique (échec du socialisme autogestionnaire) et surtout à la résurgence des conflits interethniques. *Bref historique de la crise yougoslave*. L'Union européenne dans les Balkans: Althea et autres opérations. Assemblée de l'Union de l'Europe occidentale, Assemblée interparlementaire européenne de sécurité et de défense, 7 décembre 2005, DOCUMENT A/1919, , Annexe III.
- ^[110] Voir, BADAWI, Wael: *Les opérations de maintien de la paix en Europe: essai d'évaluation et de prospective à la lumière du cas de la Bosnie-Herzégovine*. Presses Universitaire de Louvain, 2003[ci-après : BADAWI] p. 10-14.; *La Guerre en ex-Yougoslavie : Chronologie*. <http://balkanologie.chez.com/chronowar.htm> (03.03.2010.)
- ^[111] *Ibid.*
- ^[112] TARDY, Thierry: *L'ONU et la gestion des conflits yougoslaves (1991-1995): faillite d'une institution, faillite des États ?* Presses Universitaires de France Relations internationales 2006/4 - n° 128. [ci-après : TARDY : L'ONU et la gestion des conflits yougoslaves]p. 38.
- ^[113] Voir, GHEBALI, Victor-Yves : *La cogestion du conflit yougoslave par les organisations internationales : beaucoup de bruit pour rien*. Le Trimestre du monde, no 24 (4), 1993, p. 167-184.
- ^[114] Résolution 713 du Conseil de sécurité du 25 septembre 1991, 3009^e séance, sur la République fédérale socialiste de Yougoslavie, S/RES/713.
- ^[115] TARDY : L'ONU et la gestion des conflits yougoslaves, *supra*, p. 38.
- ^[116] Déclaration de la Communauté européenne et de ses Etats membres sur l'invasion du Koweït par l'Irak (04/08/1990)
- ^[117] BRADFORD, William: The Western European Union, Yugoslavia, and the (Dis)Integration of the EU: The New Sick Man of Europe. 24 B.C. Int'l& Comp. L. Rev. 13 (2000) [ci-après : BRADFORD]p. 21.
- ^[118] *Ibid.*
- ^[119] BACHES OPI– FLOYD, *supra*, p. 304. ; STEWART : *The European Union and conflict prevention*, *supra*, p. 57.
- ^[120] NEFRAMI, Eleftheria: *La politique étrangère et de sécurité commune et l'identité de l'Union européenne*. Annuaire française de droit international, L-2004-CNRS Éditions, Paris, [ci-après : NEFRAMI] p. 826-828 ;

CABALLERO-BOURDOT, Corine: *Sécurité /Défense: les modifications de Lisbonne*. Défense n^o 134. juillet-août. http://www.ihedn.fr/userfiles/file/associations/aae/aae_revue_defense_134.pdf (06.06.2010.)

^[121] Conseil européen de Lisbonne (26-27 Juin 1992) Conclusions de la présidence. DOC/92/3 27. 06. 2010, II. 3. et Annexe I. [ci-après Conseil européen de Lisbonne (26-27 Juin 1992)]

^[122] *Ibid*, Annex I. p. 3.

^[123] *Ibid*, Annex I. p. 4.

^[124] *Ibid*, Annex I. p. 16.

^[125] CHEVILLOT, Denis: *La construction de l'Union européenne et les grands programmes d'intérêt stratégique militaires, peut-on sortir d'une logique de déclin?* novembre 2004, www.diploweb.com/forum/chevillot.htm (18.06.2010.), *Voir aussi*, BAGAYOKO, *supra*.

^[126] Traité sur l'Union européenne. JO C 191 du 29 juillet 1992. [ci-après: Traité de Maastricht] Préambule.

^[127] *Guide de la PESC*. République française, Ministère des affaires étrangères, Service de la politique étrangère et de sécurité commune, Paris, 2006. p. 82. http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/guide_pesc.pdf (15.04.2010.)

^[128] Traité de Maastricht, *supra*, art. J.1. para. 2; NEFRAMI, *supra*, p. 845-847.

^[129] Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés . européennes et certains actes connexes. C 340 du 10.11.1997. [ci-après: traité d'Amsterdam] art. J. 7.2 ; NEFRAMI, *supra*, p. 847-849.

^[130] Traité de Maastricht, *supra*, art. J.3. para. 2.

^[131] Traité de Maastricht, *supra*, art. J.8. para. 1.

^[132] Traité de Maastricht, *supra*, art. J.8. para. 2-3.

^[133] Traité de Maastricht, *supra*, art. J.3. para. 3.

^[134] Traité de Maastricht, *supra*, art. 14. para. 1 al. 2.

^[135] Traité de Maastricht, *supra*, art. J.3. para. 6.

^[136] Traité de Maastricht, *supra*, art. J.3. para. 7.

^[137] Traité de Maastricht, *supra*, art. J.3. para. 2-3.

^[138] Traité de Maastricht, *supra*, J.2. para. 1.

^[139] FINK-HOOIJER, Florika: *The Common Foreign and Security Policy of the European Union*. European Journal of International Law, 174, 1994,[ci-après : FINK-HOOIJER] p. 190.

^[140] FINK-HOOIJER, *supra*, p. 192.

^[141] Traité de Maastricht, *supra*, art. 35 para. 5.

^[142] Traité de Maastricht, *supra*, art. 35 para 6.

^[143] KAVANAGH, John J.: *Attempting to Run Before Learning to Walk: Problems of the EU's Common Foreign and Security Policy*. Boston College International Comparative Law Review, Vol.XX, No. 2, 1997, p. 365-366.

^[144] Traité d'Amsterdam, *supra*, art. J.7. para 2.

^[145] Traité de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes. JO C 80 du 10.03.2001 [ci-après : Traité de Nice], art. 1. para. 2.

^[146] Voir PECLOW Valérie : *L'Europe et la gestion militaire des crises : des instruments pour quelles missions ?* in : NKUNDABAGENZI – PAILHE – PECLOW, *supra*.

^[147] AHTISSARI, Martti: *Les capacités civiles de l'UE doivent être à la hauteur de ses capacités militaires*. Revue des Questions Humanitaires, été 2000, p. 41.

^[148] NKUNDABAGENZI, Félix: *La gestion des crises*. in : NKUNDABAGENZI – PAILHE – PECLOW, *supra* p. 27-28.

^[149] Voir, DEBIEL Tobias - FISCHER, Martina: *Crisis Prevention, Conflict Management by the European Union*. Berghof Report Nr. 4. September 2000,

^[150] Voir, GOURLAY C. - PICKARD R. : *EU Non-military crisis management: violence control or peace building ?* *European Security Review*, n°1, juillet 2000.

^[151] Conclusions de la Présidence – Conseil européen de Santa Madeira de Feira les 19 et 20 juin 2000, SN 200/00.

^[152] GARAMVÖLGYI, p. 71-72. ; NKUNDABAGENZI, Félix: *La gestion des crises*. in : NKUNDABAGENZI – PAILHE – PECLOW, *supra* p. 27.

^[153] Traité de Maastricht, *supra*, art. J.4. 2.

^[154] Voir, Conseil des Ministres de l'UEO - Déclaration de Petersberg; Bonn, 19 juin 1992.

^[155] Traité d'Amsterdam, *supra*, art. J.7. para. 2.

^[156] ORTEGA : *L'intervention militaire et l'Union européenne*, *supra*, p. 117.

^[157] REÇBER, Kamuran: *Les relations entre l'UEO et l'UE dans le cadre des dispositions du traité sur l'UE*. *Actualité et Droit International*, août 2002. p. 7-8.

^[158] Voir, *Dissolution de l'Union de l'Europe occidentale (31 mars 2010)*

http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/europe_828/evenements_13497/dissolution-union-europe-occidentale-31.03.10_81293.html (13.03.2010.)

^[159] Voir, *Les grandes étapes de l'Europe de la défense*.

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/europe-defense/grandesetapes.shtml> (13.03.2010.)

^[160] BARNIER, Michel: *Une politique étrangère pour l'Europe après Amsterdam?* Rapport d'information 167 (98-99) - délégation du Sénat pour l'Union européenne, N° 167 Sénat session ordinaire de 1998-1999, la séance du 27 janvier 1999.[ci-après : Rapport BARNIER]

^[161] Traité d'Amsterdam, *supra*, art. J.14.; ARNHILD-Spence, David : *The Common Foreign and Security Policy from Maastrich to Amsterdam*. ELIASSEN, Kjell A.: *Foreign and Security Policy in the European Union*. British Library, 1998, p. 43-58.

^[162] Traité d'Amsterdam, *supra*, art. J.15 Voir, BARNIER, Michel M. : *Rapport d'information au nom de la délégation du Sénat pour l'Union européenne sur la politique étrangère et de sécurité commune dans le traité d'Amsterdam*. Sénat, N° Session ordinaire de 1998-1999, 27 janvier 1999.

^[163] Traité d'Amsterdam, *supra*, art. J.2-J. 6

^[164] Traité d'Amsterdam, *supra*, art. J.13. para. 1.

^[165] Traité d'Amsterdam, *supra*, Art. J.13. para. 2.

^[166] Traité d'Amsterdam, *supra*, Art. J.16.

^[167] Voir, Représentants spéciaux de l'UE. <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=263&lang=fr> (07.06.2010.)

^[168] Secrétaire général du Conseil et l'UE et Haut Représentant pour la PESC

^[169] La troïka représente l'Union européenne dans les relations extérieures relevant de la politique étrangère et de sécurité commune. Depuis le traité d'Amsterdam, la troïka réunit: le ministre des Affaires étrangères de l'État membre qui assure la présidence du Conseil de l'Union européenne ; le secrétaire général/haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune ; et le commissaire européen chargé des relations extérieures et de la politique de voisinage. La présidence peut également être assistée, le cas échéant, par l'État membre qui exercera la présidence suivante. TUE, *supra*, art. 18.; Glossaire. http://europa.eu/scadplus/glossary/troika_fr.htm (05.04.2010.)

^[170] TUE, *supra*, art. 18.

^[171] Traité d'Amsterdam, *supra*, Déclaration n° 6. relative à la création d'une unité de planification de la politique et d'alerte rapide.

^[172] Traité d'Amsterdam, *supra*, art. J.7.

^[173] Traité d'Amsterdam, *supra*, art. J.7.

^[174] Traité d'Amsterdam, *supra*, art. J. 18.

[\[175\]](#) Conclusions de la Présidence - Conseil européen de Cologne, les 3 et 4 juin 1999, SN. 150/99, p. 55-56. et Annexe III.

[\[176\]](#) Conclusions de la Présidence – Conseil européen de Helsinki, les 10 et 11 décembre 1999. SN 300/99, Annexe I. à l'Annexe IV.

[\[177\]](#) *Le dispositif prévu pour la politique européenne de sécurité et de défense.*

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/europe-defense/dispositions.shtml> (16.03.2010.)

[\[178\]](#) Conclusions de la Présidence – Conseil européen de Santa Madeira de Feira les 19 et 20 juin 2000, SN 200/00. p. 6-12 et Annexe I. p. III.

[\[179\]](#) Conseil des Ministres de l'UEO Marseille, 13 novembre 2000. <http://www.weu.int/documents/001113fr.pdf> (16.03.2010.)

[\[180\]](#) Conclusions de la Présidence – Conseil européen de Nice, les 7, 8 et 9 décembre 2000. SN 400/00,

[\[181\]](#) *Voir, Améliorer la cohérence et l'efficacité de l'action de l'Union européenne dans le domaine de la prévention des conflits.* Rapport présenté au Conseil européen de Nice par le Secrétaire général/Haut représentant et la Commission, 30 novembre 2000, 14088/00.; PAILHE Caroline: *L'Union européenne : la prévention des conflits comme instrument d'une politique extérieure en devenir.* in : NKUNDABAGENZI – PAILHE – PECLOW, *supra*, p. 10.

[\[182\]](#) *Améliorer la cohérence et l'efficacité de l'action de l'Union européenne dans le domaine de la prévention des conflits, supra.*

[\[183\]](#) Décision du Conseil 2001/78/PESC du 22 janvier 2001, instituant le Comité politique et de sécurité (COPS). JO L 27 du 30.01.2001

[\[184\]](#) Décision du Conseil (2001/79/PESC) du 22 janvier 2001, portant création du Comité militaire de l'Union européenne. JO n° L 27 du 30.01.2001

[\[185\]](#) Décision du Conseil (2000/354/PESC) du 22 mai 2000 instituant un comité chargé des aspects civils de la gestion des crises. JO L 127/1 du 27.5.2000

[\[186\]](#) *Voir, Décision du Conseil 2001/80/PESC du 22 janvier 2001, instituant l'État-major de l'Union européenne.* JO L 27 du 30.01.2001

[\[187\]](#) *Voir, Traité de Nice, supra.*

[\[188\]](#) *Traité de Nice, supra, art.1 5.*

[\[189\]](#) Communication de la Commission, du 11 avril 2001, sur la Prévention des conflits COM(2001) 211 final Non publié au JO. [ci-après : Communication sur la prévention des conflits de 2001]

^[190] PAUWELS, N. : *Conflict Prevention Takes Centre Stage*. European Security Review, n° 6, juin 2001, [ci-après : PAUWELS : Conflict Prevention Takes Centre Stage] p. 1-2.; PAILHE Caroline: *L'Union européenne : la prévention des conflits comme instrument d'une politique extérieure en devenir*. in: NKUNDABAGENZI – PAILHE – PECLOW, *supra*, p. 11.

^[191] Conclusions de la présidence - Conseil européen de Göteborg 15 et 16 juin 2001, SN 200//1/01 REV 1.

^[192] Communication sur la prévention des conflits de 2001.

^[193] Communication sur la prévention des conflits de 2001.

^[194] PAILHE Caroline: *L'Union européenne : la prévention des conflits comme instrument d'une politique extérieure en devenir*. in : NKUNDABAGENZI – PAILHE – PECLOW, *supra*, p. 11.

^[195] Conclusions de la présidence - Conseil européen de Göteborg 15 et 16 juin 2001, SN 200//1/01 REV 1p. 47. et V.

^[196] *Ibid*, p. 48.

^[197] *Ibid*, p. 49.

^[198] *Ibid*, p. 52.

^[199] *Voir, Programme de l'Union européenne pour la prévention des conflits violents*. adopté au Conseil de Göteborg des 15 et 16 juin 2001. Conclusions de la présidence - Göteborg, 15 et 16 juin 2001, SN 200//1/01 REV 1 [ci-après: Programme de Göteborg]

^[200] *Ibid*.

^[201] *Ibid*.

^[202] PAUWELS : *Conflict Prevention Takes Centre Stage*, *supra*, p. 1-2.

^[203] *Voir en général, Programme de Göteborg, supra*.

PAUWELS N. : *Belgian Presidency Risks Sidelining Conflict Prevention*. European Security Review, n° 5, avril 2001, p. 3-4.

^[204] Conclusions de la Présidence – Laeken, les 14 et 15 décembre 2001, SN 300/1/01 REV 1, Annexe II.

^[205] *Ibid*, point 6. et Annexe II. *Voir aussi*, Rapport de la Présidence sur la PESD, 15193/01 + COR 1 (de) + COR 2 (en)

^[206] *Európa A-tól Z-ig*, Az Európai Integráció kézikönyve, Az EK Hivatalos Kiadványainak Hivatala, 1997, p. 46.

^[207] *Une Europe sûre dans un monde meilleur*. Stratégie européenne de sécurité. Bruxelles, le 12 décembre 2003.

[ci-après : Une Europe sûre dans un monde meilleur] p. 12.

<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/031208ESSIIFR.pdf> (03.21.2010.)

^[208] *Ibid*, p. 13.

^[209] *Ibid*, p. 14.

^[210] Voir, GONZALO, Elena: *Plus d'Europe, la présidence espagnole de l'Union européenne*. Fondation Robert Schuman. Questions d'Europe n° 54. 22 juillet 2002, point 3.

^[211] Conclusions de la Présidence – Conseil européenne de Séville, les 21 et 22 juin 2002, SN 200/02, point 13.

^[212] *Ibid*, point 16.

^[213] *Ibid*, p.31., Annexe V. point 1.

^[214] *Ibid*, p.31., Annexe V. point 2.

^[215] *Ibid*, p.32., Annexe V. point 4.

^[216] *Ibid*, p.33., Annexe V. point 5.

^[217] *Ibid*, p.34., Annexe V. point 7.

^[218] Conclusions de la Présidence - Conseil européen de Thessalonique, les 19 et 20 juin 2003, 11638/03 p. 17 point 57.

^[219] Conclusions de la Présidence – Conseil européen de Bruxelles, le 12 décembre 2003, 5381/04 , point 87.

^[220] Conclusions de la Présidence – Conseil européen de Bruxelles, 17 et 18 juin 2004, 10679/2/04 REV . p. 13 point 62.

^[221] Traité établissant une Constitution pour l'Europe. JO n° C 310 du 16 12. 2004, Art. 40, para. 1.

^[222] *Ibid*, Art. III-210, para. 1

^[223] *Ibid*, Art. III-210, para. 1. ; BONO, Giovanna: *La PESC et la PESDC dans la constitution européenne: Évaluation sur la base du projet de la convention*. www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/AFRI%2020.pdf (17.04.2010.) WESSELS, Wolfgang: *La voie d'une puissance européenne ou bien cosmétique intergouvernementale? Les dispositions du traité constitutionnel sur la PESC*. http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/43_647-662.pdf (17.04.2010.)

^[224] Conclusions de la présidence – Conseil européen de Bruxelles, 16 et 17 juin 2005, 10255/1/05 REV 1., p. 24, point 81.

^[225] *Conférence d'amélioration des capacités civiles*. Déclaration ministérielle Bruxelles, le 21 novembre 2005. 14713/05. Annexe.

^[226] GRIS, Emese: *Közös kül- és biztonságpolitika 2004–2009*. Európai Tükör, Különszám, p. 266-279. <http://www.mfa.gov.hu/NR/rdonlyres/26DFF340-E3C7-499D-B480-25D7472683B9/0/europaitukor200903kulonszam.pdf> (07.06.2010.)

^[227] Voir, *Objectif global civil pour 2008*. Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, le 7 décembre 2004 15863/04.; Voir aussi, *Acting on commitments: How EU strategies and programming can better prevent violent conflict*. International Alert, Saferworld & EPLO report - April 2007. <http://www.eplo.org/documents/IA-SW-EPLO-final3.pdf> (28.06.2010.)

^[228] Déclaration sur le renforcement des capacités. Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, le 11 décembre 2008. p. 1. http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/esdp/104677.pdf (05.05.2010.)

^[229] *New Civilian Headline Goal 2010*, COPS, Doc. 14823/07, Brussels, 9 November 2007.

^[230] Voir, Déclaration sur le renforcement sur des capacités civiles.

^[231] Voir en général sur le site: http://ec.europa.eu/archives/european-council/index_fr.htm (18.05.2010.)

^[232] *Traité de Lisbonne et ses implications pour la PESD*.

http://www.defense.gouv.fr/europe_de_la_defense/layout/set/wai/la_pesd/traite_de_lisbonne/traite_de_lisbonne_et_ses_implications_pour_la_pesd/traite_de_lisbonne_et_ses_implications_pour_la_pesd (09.06.2010.)

^[233] Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. JO C 306 du 17 décembre 2007.[ci-après: Traité de Lisbonne] art. 9E et 13bis para. 3.

^[234] Traité de Lisbonne, *supra*, art. 10 C.

^[235] Traité de Lisbonne, *supra*, art. 28 D.

^[236] *Peacebuilding and the Lisbon Treaty*. EPLO August 2008.

<http://www.eplo.org/documents/Peacebuilding%20and%20the%20Lisbon%20Treaty%20final.pdf> (25.04.2010.)

Egri-Kovács Krisztián
Állam- és szuverenitáselmélet I.
**(Az állam fogalma, megjelenése, elhelyezése térben és időben,
kapcsolata a joggal)**

Az államelmélet diszciplína keretében 2008 januárjától folytattam kisebb vizsgálódásokat. Érdeklődésem három nagyobb „makroszintű” tematikai egységre irányult. Az első kérdéskör az állam fogalmának meghatározását foglalja magában. Az állam fogalmának meghatározásánál azon álláspontra jutottam, hogy az állam fogalma nem vizsgálható meg teljes és egzakt módon a szuverenitás fogalmának meghatározása nélkül. A második tematikai egység a modern állam fejlődéstörténetét fedi le. Az elemzés a modern állam megjelenését igyekszik nyomon követni. Megítélésem szerint a kitűzött cél eléréséhez az államelmélet diszciplínát össze kell kapcsolni az alkotmánytörténet diszciplínával. A két tudományterület kutatási eredményeinek felhasználásával rekonstruálható a modern állam megjelenéséhez vezető folyamat. A történeti előzmények feltárásában az alkotmánytörténet nyújt segítséget, az egzakt államfogalmat pedig az államelmélet diszciplína kutatási eredményeinek felhasználásával ismerhetjük meg, állíthatjuk elő. A modern állam megjelenésénél distinkcióként vettem az állam rendelkezik a jog felett tételt. Ahhoz azonban, hogy ezen állítást általános rendezőelvként tudjuk alkalmazni meg kellett vizsgálni ezen állítás jelentését. Történeti háttérként fel kellett térképezni az állam és a jog fogalmak közötti kapcsolatot. A harmadik tematikai egység a jogállamiság elemzésére terjed ki. A jogállamiság vizsgálatánál abból a tételből indultam ki, hogy a modern állam szükségképpen jogállam kell, hogy legyen. A jogállamiság vizsgálatánál distinkciónak szántam az állam rendelkezik a jog felett tétel megfordítását, a jog rendelkezik az állam felett tételt. A jogállamiság vizsgálata előtt meg kell határozni az állítás értelmét. A három nagy témakör mellett 2009 tavaszán kezdtem el foglalkozni a szuverenitás fogalmának elemzésével, átnéztem a szuverenitás jelentésváltozásait (uralkodói szuverenitástól népszuverenitásig terjedő fejlődést). A „mikro szintű” tematikai egységet a közjogi, társadalmi szerződéselméletek elemzésével egészítettem ki. Állásponantom szerint az ún. klasszikus társadalmi szerződéselméletek az uralkodói szuverenitás tételének legitimálására jöttek létre. Véleményem szerint a közjogi és a magánjogi szerződéselméletek háttéréül a természetjog eszméje és a római jog szolgált. A XVI. században Hugo Grotius munkásságával közös distinkciót jelent a közjogi és a magánjogi szerződéselméletekben a pacta sunt servanda elve. Mielőtt a közjogi, társadalmi szerződéselméletek elemzéséhez fogtam volna, meg kellett vizsgálnom a természetjog eszméjének fejlődéstörténetét.

Kutatási eredményeimet három fejezetben foglaltam össze. Jelen tanulmányban az első részt ismertetem. Az Állam-és szuverenitáselmélet I. címet viselő első része a tanulmánynak négy alpontra tagolódik. A meghatározó szerep az állam fogalmának meghatározására került. (A pont). A megalkotott állam fogalmat elhelyeztem térben és időben (B pont). A C pontban az állam és a jog kapcsolatát elemeztem. Lezárásképpen megpróbáltam általános rendezőelvet keresni az antik és a középkori államelméleti szerzők műveinek elemzéséhez. A D pontban az antik és a középkori államelméleteket kategorizáltam, osztályoztam két halmazba az organikus felfogás és a természetjogi (szerződéselmélet) ismérve alapján.

A.) Kísérlet az állam fogalmának meghatározására

Megítélésem szerint egy államelméleti, általános államtani tárgyú munkát az állam fogalmának meghatározásával célszerű elkezdeni. Az állam definíciója egyrészt a dolgozat egészét átfogó distinkcióként jelenik meg, másrészt az eltérő korban élt államelméleti szerzők műveinek textualista módszerrel történő elemzésénél és összehasonlításánál is vezérmértékül szolgálhat. A definíciós kísérlethez véletlenszerűen választottam ki hat művet. Az első könyv az államelmélet, állambölcselet diszciplína kialakulásakor jelent meg Schilling Werner Rudolf által fordított 1880-ban megjelent kézikönyve; a második Franz Oppenheimer: Az állam című szociológiai tárgyú műve; ezt Moór Gyula: Jogfilozófiája követi; a következő könyv Horváth Barna: A jogelmélet vázlata lesz; dogmatikai rendszerezésképpen az 1980-ban megjelent Állam és jogtudományi enciklopédiát választottam ki, valamint végezetül egy 2007-ben megjelent államelméleti tankönyvre támaszkodom. Az alkalmazott módszer a következő lesz: először röviden ismertetem a felsorolt szerzők államra vonatkozó definícióját, majd a megadott fogalmakból kiválasztom az állam fogalmi jegyeit jelentő ismérveket, az ismérvekből pedig egy állam fogalmat konstruálok, amelyet a további fejtegetésekben meghatározónak és kiindulópontnak tekintek.

a.) Az állam fogalmának meghatározása Schilling J. A művében

Schillingnél „Az állam bizonyos meghatározott földterületen együttlakó embersokaságnak szerves egészé rendezett és a főhatalom által kormányzott egyesülete, melynek célja a jogállapot megvalósításában és az anyagi jólétnek, mivelődésnek és polgárisodásnak saját körén belüli előmozdításában áll.”^[1]A továbbiakban röviden ismertetem Schilling államról vallott felfogását. Az állam társaság és intézet. Az állam polgári jogi társaságot alkot. Az állam „összszemélyiség” is, melyben személyek és társasági körök közösséggé egyesülnek. Az állam vagyoni jogokkal is bírhat, kötelezettséget is vállalhat. Az államcél a közjólét. Schillingnél feltétele az államnak, hogy a közhatalmat a magánhatalomtól, a közjogot a magánjogtól elválasszák, a magánautonómiát

biztosítsák. Amennyiben erre nem kerül sor, abban az esetben patrimoniumról beszélhetünk. Az állam keletkezésére azt a magyarázatot olvashatjuk, hogy a családokból több család vagy törzs képződik, amelyek községekké alakulnak, a községek pedig egész néppé nőnek ki magukat. **Az állam fogalmánál kritériumként jelenik meg, hogy a főhatalomnak meg kell jelennie.** A főhatalom a résztvevők akaratával jön létre, amely az általános népakaratot jelenti. A nép egy személyt vagy egy testületet választ államfőül. (Megelőgezve a további elemzést elmondható, hogy e sorokból Jean Bodin, valamint Rousseau gondolatvilága bontakozik ki.)

b.) Az állam fogalmának meghatározása a szociáldarwinizmus képviselőjének Franz Oppenheimer: Az állam című munkájának alapján

Franz Oppenheimer: Az állam című munkájában az államfogalom negatív módon való meghatározását adja. Az állam definiálása, valamint az „államalakulatok” történeti aspektusból történő bemutatása a szociológia tudomány nézőpontjából és módszerének alkalmazásával történik. *„Az állam egyetemes történeti objektum s lényegét csak széleskörű, egyetemes történelmi szemlélődéssel érthetjük meg. Erre az útra, a tudomány igazi útjára eddig a szociológián kívül egyetlen államelmélet sem lépett [...]”*^[2] Oppenheimer a szociológiát a természettudomány és a társadalomtudomány határterületeként jellemezte. Az erőszak jelentős helyet kap Oppenheimer szociológiájában. *„A rablás, a hódítás magasabb formája Oppenheimer tanításában az állam [...] Hódító nomád népek rávetették magukat a békés paraszti népekre. Ez az állam első csírája, ebből sarjadzik a primitív, feudális, az alkotmányos állam, amelynek mindegyikének közös karaktere, hogy osztályállamok. De ahogy a gazdaságban a nagybirtok földarabolásával megszűnnek az osztályok, az osztályállam is úgy közeledik a szabad polgárság állama felé, amelyben állam és társadalom eggyé lesznek.”*^[3] (A primitív állam alkotmányos állammá fejlődésének folyamatát a dolgozat II. fejezetében ismertetem.) A negatív meghatározás alapján az állam nem a csatlakozás szükségességéből fakad, ahogyan Platón írja. A szerző Arisztotelésszel sem ért egyet, miszerint az állam természetszerű képződmény. Még csak nem is jogi társulás, ahogyan Ciceró állította. A szerző tagadja Bodin államra vonatkozó meghatározását is, amelynek értelmében az állam több család szuverén hatalommal való jogi kormányzása. Az állam nem társadalmi szerződéssel jött létre, fölszámolva a bellum omnes, contra omnes (mindenki háborúja, mindenki ellen) állapotát, ahogyan Hobbes az első klasszikus társadalmi szerződéselméleti szerző, majd követői állították. A műben a szerződéselmélet egyik kritikusanak Henry Sumner Mainenak fogalom meghatározásának - röviden: az állam a családokból alakult ki - cáfolatát olvashatjuk. A pozitívabb meghatározás szerint az állam az uralom végső törekvése a legyőzöttek gazdasági

kizsákmányolására. Az állam fogalma helyett a szabad polgári egyesülést kellene használni.

c.) Az állam fogalmának meghatározása Moór Gyula: Jogfilozófiájának tükrében

Moór Gyula: Jogfilozófiájában az államot meghatározott népesség, terület feletti főhatalomként határozza meg, vagyis a szuverenitás fogalmát előrevetítve megállapítható, hogy az **állam fogalma azonos a szuverenitás fogalmával**. Az állam alatt jogilag szervezett főhatalmat kell érteni.

A jogilag szervezett főhatalom „*az állam az alkotmány, vagyis a közjog által egységbe foglalt nép valamely területen.*” Moór Gyula szerint a jog fogalmát meg lehet határozni az állam fogalma nélkül is, de az állam fogalmának meghatározásához a jog fogalmának meghatározása előfeltételt képez. A meghatározott terület népesség feletti főhatalmat egy tételes jogrendszernek kell összekapcsolnia egymással, a legerősebb hatalomnak jogszabályokat kell alkotnia és azok érvényesülését ki kell kényszerítenie. „*Egy meghatározott tételes jogrendszer léte és tényleges érvényesülése szükséges ahhoz, hogy államról beszélhessünk.*”^[4]A jogrendszer egy adott állam jogszabályainak összessége. A jogrendszer egy kodifikált, belső értelmi rendszerrel és jogdogmatikai fogalmi készlettel rendelkező fogalmi kényszert is felvethet. Álláspontom szerint, **ahhoz hogy jogrendszerrel beszéljünk már egy absztrahálódott pozitív, az állam – a jog felett rendelkező állam - által alkotott, jogforrási hierarchiában megjelenő jog szükséges.**^[5]Moór Gyula ezen államfogalommal szembeni kritériuma – ha elfogadjuk ezt az elméletet – újabb kérdést vet fel, nevezetesen azt, **hogy mely (politikai) közösségre (polisz, stato, civitas stb.) lehet alkalmazni az állam fogalmát és ez a történelem során mikor jelenik meg elsőként? Az állam fogalmának meghatározását követően ez lesz a következő kérdés, amelyet meg kell vizsgálni.** A társadalom együttműködése szükséges ahhoz, hogy jogrendszer érvényesüléséhez, a jog fogalmának megadásához társadalmi együttműködés szükséges. Az államot a jogrendszer egysége konstruálja, ez az egység pedig a szuverenitás. **A tételből következik, hogy azt lehet államnak nevezni, ami szuverén. A fenti kérdést egyszerűbben úgy is fel lehet tenni, hogy mikortól lehet szuverenitásról beszélni?**

d.) Az állam interpretálása Horváth Barna jogelméletében

Horváth Barna interpretációjában: „*Az állam oly területi jogközösség, amely csakis a legtágabb a nemzetközi jogközösség által esetleg korlátozott területi és tárgyi hatáskörrel – főhatalommal, amelynek ágai közül a területi, a hadügyi és a pénzügyi felségjog a legjellemzőbbek -, és pedig viszonylag teljes és autonóm*

(szuverén) hatáskörrel bír.”^[6]Az államnak e fogalom szerint is szuverénnek kell lennie, vagyis a viszonylag legszélesebb körű autonómiával kell rendelkeznie. Horváth Barnánál azonban egy lényeges tényre fel kell hívni a figyelmet, mégpedig arra, hogy **a szuverenitás fogalma nem abszolút, akár egy egyház vagy más jogközösség^[7] is lehet szuverén.** Az állam más államok része tagja lehet. (Egyes gondolkodóknál például Bodinnál azon állam, amely más állam alá van rendelve az nem szuverén állam.) Igen ám, de a két oldallal később már azt olvashatjuk, hogy egyház nem lehet állam, a nomád népek jogközösségei sem államok. **Az állam elemeiként Horváth Barnánál is a terület, nép és főhatalom jelenik meg.** Horváth Barna nem feltétlenül osztja Hans Kelsen állam és a jog azonosságára épülő koncepcióját, azonban úgy vélekedik, hogy az állam fogalom meghatározásához ismérveket szükséges kiemelni, mert amennyiben ezt nem tesszük meg, akkor egy megyét, községet, szélsőséges esetben két embert is államnak tekinthetünk (ez a jogközösség definíciójából következik). Itt a nemzetközi jogi autonómiát mint viszonylagos teljes hatáskört emeli ki a szerző. Az állam rendelkezik teljes hatáskörrel, ahhoz képest kevesebb hatáskörrel rendelkezik például a megye. „*Valamely hatáskör más hatáskörhöz viszonyítva akkor teljes tehát, ha ahhoz képest nála gazdagabb hatáskör nincs. Ennélfogva bármely jogközösség hatáskörének teljessége attól függ, hogy a közvetlen tágabb jogközösség hatásköre és az övé között van-e gazdagabb – tárgyilag kimerítőbb, átfogóbb – hatáskör [...]*”^[8]**Horváth Barna nem fogadja el az állam és a jog azonosságát arra hivatkozva, hogy az államon kívül egyéb jogközösségek (pl.: egyház) is vannak. Ha nem tennénk különbséget jog és jogközösség között, akkor lehetne vagy lehet az állam és a jog azonosságát elfogadni.**

e.) Az állam, mint szócikk ismertetése a szocialista állam-és jogtudomány 1980-ban kiadott enciklopédiájából

1980-ban a Magyar Tudományos Akadémia Állam-és Jogtudományi Intézetében Szabó Imre főszerkesztő vezetésével közreadott **Állam és jogtudományi enciklopédiában** került sor az államelmélet és a jogelmélet diszciplína, diszciplínák fogalmi készletének, fogalmi rendszerének átfogó kodifikációjára^[9], a tudományos eredmények szintetizálására, összegzésére. A munka elkészítésében további szerkesztőként Kovács István, Eörsi Gyula és Nagy Lajos működött közre. Az enciklopédia az állam- és jogelméletet egységes diszciplínaként kezelte, a munka célkitűzése szerint tudományos jellegű mű, a marxista-lenini tanítások alapján összegzi a magyar népi demokratikus államra és a magyar népi demokratikus jogra vonatkozó tudományos megállapításokat, valamint egységes elméleti alapot nyújt a jogalkotók és a jogalkalmazók munkájához.^[10]A munka megjelenése óta 30 év telt el, az államelméleti és a jogelméleti diszciplína és a magyar alkotmányos berendezkedés területén

lényeges változásokra került sor, véleményem szerint a munka állam fogalmára vonatkozó megállapításai a tudomány mai állása szerint is igaznak tekinthetők. Az államra vonatkozó definíciót egy történeti rész előzi meg, amelyben a polgári (bourzsoá) államelméleti szerzők munkái is ismertetésre kerülnek. A definíció ismertetése előtt rövid kivonatát adnám a tanulmánynak.

A marxizmus megjelenése előtt spekulatív határozták meg az állam fogalmát, amely azt jelenti, hogy egy eszméből kiindulva nem valóságos ismérveket fogalmaztak meg. Az állam fogalmára vonatkozó formai ismérvek „*az állam szervezet-mivoltát és azt emelték ki, hogy az állam a társadalomban az embereket átfogja és szervezi vezető-irányító szervei (elsősorban a király vagy a köztársasági elnök) útján képviseli.*”^[11]Tartalmi szempontból megkülönböztethetünk szociológiai, politikai, hatalomelméleti, jog-és erkölcsi megközelítést. Az egyik megközelítés szerint az állam a társadalommal azonos. Arisztotelész szerint az állam társadalmi szövetség az emberek összessége. (Véleményem szerint Arisztotelésznél jelenik meg elsőként az organikus államfelfogás.) Az állam célja az embertömegek tökéletes együttélésének biztosítása, a közjó vagy a közérdek szolgálata, sőt az állam az emberek jólétének biztosítására hivatott. **A polgári államtudomány szerint az állam terület, népesség feletti főhatalom. E definíció a szuverenitás fogalmával azonosítható. Az adott politikai közösség akkor tekinthető államnak, ha szuverén, tehát rendelkezik a szuverenitás fogalmi jegyeivel.** Az államnál hozzátették, hogy az állam az isteni vagy vallásos követelmények kifejezője és megvalósítója. Hegel szerint az állam öncél a szabadság megvalósulása, a szellem tudatos realizálódása, az erkölcsi eszme valósággá válása, az értelem valósága. **A különös államtan (alkotmányjog, az 1980-as évektől a politológia) az államot a hatalommal azonosítja, „az állam a társadalomban létező legerősebb hatalom, amely bizonyos területen kényszert gyakorol az emberek meghatározott köre fölött.”**^[12]Hobbes is úgy értékeli, hogy az államot abból a célból hozták létre, hogy az alattvalók békéjéről és biztonságáról gondoskodjon. Pulszky Ágost szerint az állam döntőbírásként jelenik meg a társadalmi csoportok küzdelmeiben. A jóléti vagy szociális állam megjelenésével az államnak a nép érdekét kell biztosítania. A XIX. század utolsó harmadában jelennek meg az ún. második generációs alapjogok.^[13]A korábbi liberálkapitalista megközelítés a jogi személy szemszögéből elemezte az államot. Kant szerint az állam embertömeget egyesülése jogi törvények alatt. **Az újkantianizmus szerint az állam jogilag szabályozott rend.**

[Kitérésképpen említhető Bibó István kényszer, szabadság és a helyes jog című tanulmánya.^[14] A jog kényszer, az objektivitás legmagasabb fokát jelentő kényszer, de ugyanakkor a szabadság és az objektivitás legmagasabb fokát elért szabadságot is jelenti a jog. Helyesnek mondható az a jog, ahol a jog mögött valóságos kényszer áll. A kényszer és a szabadság megfelelő (egyensúlyra törekvő) elosztása adja meg a helyes jogot. A társadalmi kényszer elosztása a rendet jelenti, amely a jogbiztonsággal azonosítható. A társadalmi szabadság

megfelelő elosztása adja meg az igazságosság fogalmát. Az igazságosság és a rend a helyes jog értékmérője. Az egyensúlyi állapotból való kitérésre, „az inga elmozdítására” a tanulmány megírásakor komoly törekvéseket láthatott a szerző. Az egyik véglet a szabadságintézmények túlzott növelését jelenti, az állami rend minden megnyilvánulását az alattvalók szabad akaratára akarják bízni. A másik véglet a totális állam, amely az ember minden megnyilvánulását a kényszer rendjébe szorítja vissza. A közvetlen demokrácia megvalósítására való törekvés lerombolja a parlamentarizmust.]

A Kommunista Kiáltványban a bourzsoá államot kritika érte, mely szerint a bourzsoá állam, a bourzsoázia intézőbizottsága. Lenin szerint az állam *„különleges hatalmi szervezet, valamely osztály elnyomására szolgáló erőszakszervezet.”*

A szocialista államelmélet szerint az állam 1, történelmi kategória: a társadalom fejlődésének szükségszerű következménye, kialakulása, fejlődése és elhalása a társadalom gazdasági, hatalmi, politikai és kulturális fejlődésén alapszik; 2, a társadalom hivatalos képviselője, az uralkodó osztály vezető szerepének biztosítására szolgál; 3, az állami tevékenység ellátására elkülönült szervezetet jelent; 4, az állam hatalom függetlensége és korlátlansága meghatározott terület fölött – e fogalom a szuverenitás fogalmával azonos.

Az állam történelmi kategória. A szocialista államelmélet meghaladta a korábbi tételt, hogy az állam örök és változatlan. Az állam kialakulását tekintve elsőként **a nemzetség jelent meg. A nemzetség primitív önkormányzat volt,** az ősközösség védelmét látta el. A felhalmozódással vagyoni egyenlőtlenséggel megkezdődött az osztályok kialakulása. Kialakult az uralkodó osztály és az uralkodó védelmére az erőszakszervezet.

Megjelent a területi állam, a központi irányítással. Az államok fejlődési rendjét a gazdasági viszonyok változása határozza meg. Ez az állam önfejlődését jelenti.

Talán érdemes egy rövid kitérőt tenni és a szociológiatudomány által kidolgozott autopoezis elméletét összehasonlítani a fent említett önfejlődési renddel. Megítélésem szerint a további elemzés szempontjából lényeges kérdéseket vethet fel az autopoezisre épülő felfogás ismertetése.^[15] Az autopoezisre épülő koncepciót Huberto Maturana chilei sejtbiológus dolgozta ki. *„Az autopoezis rendszer reprodukciója során az új elemeket a meglévők segítségével hozza létre az elemek összerendeződése által fennálló struktúra segítségével, egy cirkulárisan ismétlődő folyamatban.”*^[16] Az autopetikus rendszer új elemeit a meglévőből hozza létre egy szakadatlan láncolatban, amelyhez a környezetből csak anyagot és energiát vesz fel. A Szociológia tudományában Niklas Luhmann rendszerelméletének megalkotásában támaszkodott az elméletre. Luhmann a körbetartozás jelenségét hasonlította autopetikus rendszerhez. Az elmélet további fejlődésében a jogra is alkalmazhatóvá vált az autopoezis jelenség. Az autopetikus zárt rendszer új elemeit a meglévők segítségével és a meglévő elemekből hozza létre. „A

*jogrendszer*nél ez az új normák régiekre való visszavezethetőségéből áll, illetve szélesebben: az új jogi döntések már hatályos jogi döntésekből származtatásaiból...”^[17]A jogalkotási eljárásban lehet észlelni, ha a társadalmi változások meghaladnak egy hatályos jogszabályt és amennyiben tömegesen megsértik a jogszabályt a jogalkotó a hatályos jogszabály megváltoztatásának szükségességére következtet. (Pokol Béla Jogelméletében ismerteti, hogy a jogszabály ún. szociológiai (szűkebb értelemben: normaszociológiai értelemben vett^[18]) érvényességének megkérdőjelezése egy konkrét perben pernyertességet eredményező ügyvédi (jogi képviselői) stratégiát is jelenthet.) Luhmann 1972-es Jogsociológiája szerint pozitív jog akkor keletkezik, ha a társadalomban egy alrendszer a jog feletti döntést megszerzi.

Elemzésünk szempontjából itt következik egy igen lényeges mondat, amely a továbbiakban megvizsgálandó kérdéseket jelent. A pozitív jog elkerülhetetlenül a politikailag kiválasztott állami jog. Bodin óta a jog az állami politika eszköze. Ez a tétel azt jelenti, hogy az állam rendelkezik a jog felett.^[19] Az államilag (uralkodó által) alkotott jog az 1700-as évektől váltotta fel az évszázadok alatt kialakult szokásjogot. A modern állam törvényhozási mechanizmusa („gépezete”) az 1800-as évektől épült ki. (A jogalkotásra külön jogpolitikai koncepciókat dolgoztak ki. Ebben az időszakban alakult ki a jogpolitika tudománya, amely a politika és a jog alrendszere között elhelyezkedve a politikai akaratot, jogszabállyá alakítja és a jogszabályt a jogdogmatikai fogalomkészlet segítségével beilleszti a jogrendszerbe. Az autopoetikus zárt jog gondozására különálló réteg az egyetemi jogászság alakult ki, ezáltal a jog professzionális alrendszerré vált.) A törvényhozás által megalkotott jogi normák gyorsabban változtak, mint a korábbi bírói jogfejlesztésen alapuló szokásjog. Nagy mennyiségű norma jelentek meg, amelyek rövid időnként változtak, kicserélődtek, ennél fogva nem tapadt hozzá állampolgári jogkövetés. E jelenséget nevezte Eugen Ehrlich 1913-ban megjelent könyvében „papírjognak”.^[20] A jogszabály csak papíron létezett, a címzettek nem követték a hatályba lépett jogszabályt, a norma létezése nem vált általánosan megszokottá és elfogadottá. **Véleményem szerint érdemes összehasonlítani a fent említett tételt, állítást – az állam rendelkezik a jog felett – az állam fogalmára adott meghatározásokkal. Ha az állítást Moór Gyula államról alkotott definíciójával vetjük össze, megállapíthatjuk, hogy egy jogrendszer megléte szükséges ahhoz, hogy államról beszéljünk. Az állam fogalma, tehát előfeltétel egy jogrendszer. A továbbiakban azon kérdések merülnek föl, hogy a történelem folyamán elsőként az állam vagy a jog fogalma jelent-e meg elsődlegesen,^[21] egységesnek tekinthető-e az állam és a jog fogalma, valamint azon kérdés is felmerülhet, hogy a jog rendelkezik-e az állam felett - vagy mint fent említettük - az állam a jog felett? A kérdés röviden úgyis feltehető, hogy az állam fogalma vizsgálható-e anélkül, hogy az állammal egységesen kezelnénk a jog fogalmát is. Az újkantiánusok szerint (Hans Kelsen, Moór Gyula) az állam és a jog fogalma egységet alkot. (Egyes marxista**

álláspontok szerint is egységesen alakult ki az állam és a jog fogalma. Ezen álláspont képviselőjének Szilágyi Péter tekinthető.)

Varga Csaba a jogalkalmazással kapcsolatos felfogásra két ellentétes, egymással szemben álló koncepciót nevez meg. Az egyik felfogás a mechanikus jogfelfogást jelenti, mely szabályozás teljességére törekszik, a másik felfogás a másik - evvel ellentétes álláspont – a szabadjog koncepcióját jelenti, amely szerint a jogszolgáltatás semmilyen szabályrendszer által nem köthető meg.^[22] (Álláspontom szerint a mechanikus jogfelfogás azonosítható a Georrg Friedrich Puchta munkásságával megkezdett Bernhard Windscheid összegzésével lezáruló fogalmi jogtudomány korszakával is. Puchta szerint a jogszabályok háttérben jogtudományi-jogdogmatikai kategóriákon alapuló fogalomrendszernek kell állnia. „*a jog egy formális logika szerint összezsírt fogalmi piramis és a jog továbbfejlesztése a meglévő és összezsírt jogi fogalmak további tágítását és a logika szabályai szerint további fogalmi levezethetőségének megteremtését jelenti.*”^[23] A fogalmi jogtudomány eredményének tekintik a magánjogban a BGB-t, az államjog (különös államtan – ma az elnevezést az alkotmányjog terminológia váltotta fel) területén Paul Laband emelhető ki, aki a jogtudománytól átvette és az államtudományokban is alkalmazta a jogdogmatika rendszerező jogszemléletét.^[24]

A szabadjog koncepciója a szabadjogi iskola tételeivel azonosítható. A szabadjogi iskola képviselőjének tekinthető a már említett Eugen Ehrlich, aki a jogot a bírói gyakorlattal azonosította.) Larenz szerint Hans Kelsen pozitívizmusa a szabadjogi iskola által fellazított jogtudomány orvosolásaként értékelhető. Kelsen a jogalkalmazást a jogi aktus tanával azonosította. A tételes jog hierarchikus rendje a jogi tevékenység számára a deduktív alkalmazás kizárólagos lehetőségét sugallja.^[25] A rendszeren belül a rendszerre történik hivatkozás, amely ismétlődik. A hivatkozásokból önszerveződés útján egység keletkezik. Kérdésként merül fel, hogy egység alatt a joglépcső elméletet értjük-e vagy az állam és a jog egységét? Az egység az önreferálás útján jön létre, amely nem jelent mást mint: „*a normatív rend nevében eljáró szerv a normatív rend normáira történő hivatkozással önmagát, valamint eljárását és eljárásának az eredményét a normatív rend szervének, eljárásának és aktusának fogja minősíteni*”^[26]. Bóka János szerint a jogrendszeren belül nem deduktív-logikai művelet sor fut. *Szó sincsen itt valamilyen szigorúan deduktív rendszerről, hiszen az alacsonyabb normák a magasabb normáktól elsősorban érvényességüket, s csak másodsorban és esetlegesen egyes tartalmi összetevőiket nyerik.*”^[27] A rendszerben azok a viszonyok bírnak relevanciával, amelyet ennek a rendszernek az eljárásain keresztül hoztak létre. A jogalkotást a jog maga szabályozza. Talán a legvilágosabban úgy lehetne rávilágítani az állítás értelmére, ahogyan a törvény fogalmát egyes különös államtani alkotmányjogi szerzők szokták megadni, nevezetesen: törvény az, amit az Országgyűlés ilyenként elfogad. Egyszerűsítve e felfogás jelentené a (jog)pozitívizmus lényegét. A rendszerben alapvető jelentőséggel a normativitás rendelkezik. A jogrendszer folytonosan

újratermelődik. Ezt jelenti az autopoiesis. Sajátos fogalmat olvashatunk a jogrendszer fogalmára is: „*a jogrendszer egysége sem egyéb, mint az ugyanarra a szövegre történő normatív hivatkozások szüntelenül visszacsatolt, gyakorlatában társadalmilag és szakmailag egyaránt folytonosan megerősített láncolatának a fogalmiasítása.*”^[28] Az újratermelődő jog jelenti az autopoetikus jogot. **Kelsennél azonban az állam és a jog fogalma azonos. Kérdésként merül fel, hogy az állam rendelkezik a jog felett vagy a jog az állam felett? Továbbá eltérő megközelítéseket lehet olvasni arra vonatkozóan, hogy az állam vagy a jog keletkezett-e előbb.**

A kitérőt követően ismertetnénk az államra vonatkozó meghatározásokat, majd a megkonstruált államfogalmat térben is időben elhelyezzük. Ezt követően az állam és a jog kapcsolatára vonatkozó vizsgálatokat végezzük el.

Az állam társadalmi szükségletet elégít ki. A következő állítás azonos Franz Oppenheimer tételével. Az uralkodó osztálynak van vezető szerepe. Az állam célját a gazdasági viszonyok határozzák meg, erre pedig az uralkodó osztály érdeke van befolyással. Az államcél befolyásolja az uralkodó osztály politikai – ideológiai koncepciója is. Az állam a munkamegosztás külön ága abban az értelemben, hogy az államban a dolgozóktól elkülönült személyek irányítják az államot. Az elkülönült embercsoportból fakad az állam viszonylagos önállósága is. A szocialista jogelmélet célul tűzte ki az állam elhalását.

A szocialista állam-és jogelmélet a következőképpen határozta meg az állam fogalmát: „Az állam tehát a társadalom történelmileg meghatározott hatalmi-politikai szervezete, amely a munkamegosztás külön ágát jelenti és viszonylagos önállósággal rendelkezik, emellett a szuverenitás birtokában irányító és szervező tevékenységet végez a területén belül élő lakosság fölött és tölti be sajátos funkcióit az uralkodó osztály érdekeinek megfelelően.”^[29]

f.) Definíció egy államtani tankönyvből

A 2007-ben megjelent Államelmélet II. kötetében az állam meghatározására két fejezetet szentelnek. Az első fejezet^[30] nem alkot definíciót államra, az állam heterogén meghatározását adja a második fejezet azonban Georg Jellinek államfogalmából indul ki. A következőkben az államfogalmak gyarapítása céljából – hogy az általános mértékül szolgáló, dolgozat egészét átfogó állam fogalmat nagyobb halmazból tudjuk kiválasztani – röviden ismertetem az első fejezetben tárgyalt definíciókat.

Ahhoz, hogy az állam fogalmát alkalmazni tudjuk, meghatározott kritériumoknak kell megfelelni, melyek a következők: az állam rendelkezzen személyi és területi főhatalommal, meghatározott jogi renddel, ennek érvényesítéséhez független intézményrendszerrel, valamint gazdasági önállósággal. Az állam fogalmát meg lehet adni az Arisztotelész és Cicero által

kidolgozott fogalommal, hogy az állam politikai célból történt társulás. Az állam fogalmának hatalmi szempontból történő meghatározásánál az állam és a szuverenitás fogalmát összekapcsolják.

A tankönyv Jean Bodint említi ennek az irányzatnak a képviselőjeként. Kantnál az állam emberke sokaságának az egyesülése jogi törvények alatt. Otto Gierkenél az organizmus jelenik meg. Kelsennél az állam jogi intézmény. Az államról egyesek azt feltételezték, hogy egy ideál megvalósításának az eszköze. Jeremy Bentham szerint az államnak a lehető legnagyobb szám lehető legnagyobb boldogságát kell biztosítania. Karl Marxnál az állam az osztály, uralkodó osztály uralmát biztosítja. Max Weber szerint az állam a legitim kényszeralkalmazás monopóliumával rendelkező intézmény. **A tartalmi elemek szerint az állam terület, népesség és a közhatalom hármasságára épül. Christian Thomosius felfogása Schelling művében él tovább, miszerint az államhoz négy ismérv megléte szükséges: államterület, állami lakosok, főhatalom, államszervezet alkotmány. Az állam „joguralom létesítése, a szellemi és anyagi tökélyesbülés előmozdítása, határozott területen, közös főhatalom által szervezett társaság.”**

Takács Péter álláspontja szerint az állam fogalmára vonatkozó elméletek három nagy koncentrikus körbe gyűjthetők össze. A legszélesebb kört a szociológiai elméletek, amely az államot társadalmi jelenségnek tekinti. A második szűkebb körbe tartoznak az államot a jog szemszögéből elemző elméletek, amelyek az államot a normatív renddel azonosítják. A legszűkebb kört a politikai államfogalom kategóriájába sorolható elméletek képezik. A jog szemszögéből történő elemzésre Takács Péter Hans Kelsen elméletét említi. Valamely magatartás annyiban társadalmi jellegű, amennyiben normákat követ. Kelsen állami aktusokat dolgozott ki, amelyek állami tevékenységeket jelentenek. Az állami aktus abban az esetben válik érvényessé, ha jogi normákat követ. **Kelsennél az állam, mint rend bizonyos emberi magatartásokat szabályozó normák rendszere. Az állam normatív rend. Az állam és a jog azonos. Az állam és a jog kényszerítő rend.**

A szociológiai államfogalom képviselőjének Max Weber. Gazdaság és társadalom című két kötetes munkáját idézik. **Max Webernél az állam üzemként működő uralmi szervezet, egy adott területre érvényes igazgatási és jogrend keretei között. Az állam a rend érvényre juttatásához az állam a legitim fizikai erőszak monopóliumával rendelkezik.** A modern állam monopolizálta az erőszakot. A modern állam racionális állam, célok szerint működik, a racionális jogrendszer által meghatározott szakigazgatást végző hivatalnoksereg működteti. A politikai államfelfogás szerint a politika a konfliktusok világa. Az állam a konfliktusban álló csoportok egységét termeti meg. Takács Péter **Carl Schmitt** elméletét ismerteti. (Ludassy Mária szerint Carl Schmitt a totalitárius állam elméleti háttérét kidolgozó tudós Thomas Hobbes: Leviatán című munkája alapján bontotta ki államelméletét.

A Leviatán fordításához írt előszóban Ludassy Mária Carl Schmittet Hobbes betetőzőjének tekinti. A kérdés részletesebb megvizsgálást a II. fejezet 2.2.

pontjában az egyes államelméleti szerzők ismertetésénél végzem el.) **Az állam a nép politikai egysége.**

Lezárásképpen a szerző egy a különös államtan, alkotmányjog körébe tartozó tudóst említ **Rudolf Smendet**, aki szerint **az állam a társadalom integrációját jelenti.**

Létezik olyan felfogás is, ahol nincs egységes meghatározása az államnak, hanem az államot az államapparátussal azonosítják.

A fejezet azzal a lényeges megállapítással zárul, hogy az államnak szuverén főhatalma van.

A XIV. fejezet Georg Jellinek államra vonatkozó felfogását tekinti kiindulópontnak. „Az állam a földfelszín elhatárolt területén letelepedett, legfőbb hatalommal rendelkező és ezáltal egységgé összefogott emberi sokaság.”^[31]

g.) Összegzés: Az állam ismérveinek meghatározása – az első konklúzió levonása (a szuverenitás fogalma nélkül nem beszélhetünk az állam fogalmáról sem)

A fenti definíciók egybegyűjtését követően érdemes az állam fogalmára vonatkozó definíciók rendszerezését elvégezni. Az interpretációkból a következő ismérvek, fogalmi jegyek emelhetők ki: terület, embersokaság feletti főhatalom az állam. Az állam szuverén. Az állam főhatalommal teljes és autonóm hatáskörrel bír (szuverén). Az állam elemei: terület, nép, főhatalom. Az állam egy bizonyos területen a legerősebb hatalom.

Az államnak rendelkezni kell meghatározott személyi és jogi renddel. Az államot a jogi rend keletkezteti.

Az állam egyesülés, integráció, egyesült sokaság, közösség, az állam organizmus. **Megítélésem szerint két metszettel is rendelkező halmazba gyűjthetőek az állammal kapcsolatos definíciók.** Az egyik halmazba a főhatalom ismérve alapján kerülnek az elemek. Azon definíciók, amelyekben a főhatalom fogalmi elem szerepel, az A halmazba kerülnek. A másik halmazt az egyesülés ismérve alapján lehet kialakítani. Azok a definíciók, amelyekben az egyesülés, integráció fogalmi elem szerepel a B halmazba kerülnek. A metszetet azok a definíciók alkotják, amelyekben a főhatalom ismérve is megjelenik, valamint az állam az egyesülés ismérve alapján jön létre.

A többség elve (a fent ismertetett definíciók nagyobb hányada az A halmazba sorolható) alapján az elemzést az A halmaz elemeinek vizsgálatával érdemes kezdeni.

Ha betartjuk a fent meghatározott „lépési sorrendet”, akkor most következik azon lépés, hogy kiválasztjuk az eddig olvasott definíciók közös ismérvét, ismérveit. **A szuverenitás kifejezés tekinthető azon közös ismérvnek, amely a meghatározások között kohéziót alkot.** Magától értetődik azon következtetés

– legalábbis az eddigi tapasztalatok alapján –, hogy az állam és a szuverenitás fogalmak, kifejezések között kapcsolatnak, összefüggésnek kell lennie. Talán érdemes lehet néhány sort két a fogalom közötti kapcsolat megvizsgálására fordítani. Ha minden meghatározásban megtalálható a szuverenitás, akkor az állam fogalmának lényeges elemét kell, hogy képezze. Ennek alapján rögtön fölmerül a kérdés, hogy beszélhetünk-e az állam fogalomról abban az esetben, ha a definícióból kimarad a szuverenitás? Gyakorlatiasabban megfogalmazva a kérdést: találunk-e olyan államot, amely nem szuverén, de mégis állam? A kapcsolat miben léteire vonatkozóan is tehetőek fel kérdések: Azonos-e az állam a szuverenitás fogalmával? Ha nem ugyanaz a két fogalom, akkor igaz-e az a tétel, hogy minden államnak szuverénnek kell lenni? Igaz-e a tétel megfordítása, hogy minden szuverént államnak kell-e tekinteni? Ha nem igaz e tétel, akkor megfogalmazható-e azon dichotómia, hogy minden állam szuverén, de nem minden szuverén állam? (Előre vetítve a további elemzést ez esetben arra gondolok, hogy „a királyt megtegyük (akár hitlevéllel, szerződéssel stb.) szuverénnek”, akkor az kijelentheti-e, hogy ő maga az állam? A probléma részletesebb vizsgálata a II. fejezetben, az uralkodói szuverenitásnál Jean Bodin: Az államról című művének ismertetésénél olvasható. Napjainkban a transznacionális vállalatoknál^[32] merül fel az a kérdés, hogy önálló államnak tekinthető-e a nemzetállamokon átnyúló vállalatok? A nemzetközi jogban a jogi személyeknek már jogalanyiságot adtak.^[33])

A kérdések megválaszolásához három különös államtan körébe tartozó tárgyat is segítségül hívtam: 1, A Nemzetközi jogra e fejezetben támaszkodom, 2, az Alkotmányjogra az Utószóban kerül sor és végezetül 3, a Politológiára, melyet a dolgozat konklúziójának megalkotásánál használok fel.

A Nemzetközi jogban^[34] elfogadott tétel szerint „Minden állam szükségszerű sajátossága a szuverenitás, amely alatt egyrészt az államnak saját területén gyakorolt főhatalmát, másrészt a nemzetközi kapcsolatait terén őt megillető függetlenséget értjük.”^[35] A tételeből következik, hogy minden állam szuverén. Az állam fogalmának alkalmazásához a szuverenitás fogalma előfeltételt képez. Nem található olyan állam, amely nem szuverén, ami nem szuverén az nem állam. Röviden fogalmazva: **nincs állam szuverenitás nélkül.** A szuverenitásnak külső és belső oldala különböztethető meg. A belső oldal alatt egy terület feletti felségjogot értünk. A külső oldal azt jelenti, hogy az állam nemzetközi kapcsolataiban nincs alávetve semmilyen főhatalomnak.

Abszolút szuverenitásról nem beszélhetünk, minden egyes állam a maga szuverenitását csak a többi állam szuverenitásának tiszteletben tartásával érvényesítheti. Az állami szuverenitás tiszteletben tartásának elve a nemzetközi jog alapelve.

A szuverenitás fogalmát érdemes distinkcióként felfogni, az államfogalmakat a szuverenitás fogalma köré célszerű felépíteni. Egy következtetést már le lehet vonni az állam fogalmára vonatkozóan: **csak azon társadalmi közösség,**

szervezet tekinthető államnak, amely szuverénnek is tekinthető. Az államnak tehát szuverénnek is kell lennie.

A továbbiakban az államkép pontosabb kialakításához a szuverenitás fogalmának kialakulását, jelentésváltozását kell megvizsgálni. A további elemzésnek a szuverenitás megjelenésére, a szuverenitás fogalmának jelentésváltozása, átalakulására kell irányulnia (az I. fejezet a szuverenitás antikvitáskori és középkori előzményeit ismerteti, a második fejezet az uralkodói szuverenitástól a népszuverenitásig terjedő jelentésváltozást tárgyalja, a harmadik fejezet pedig a szuverenitás fogalom XX. századi elméleteit ismerteti).

A közös ismérv, distinkció (szuverenitás) kiválasztását követően kíséreljük meg felírni az állam meghatározását. Az eddig ismertett államfogalmakból egy egyszerűbb és egy összetettebb államfogalmat lehet alkotni. Megítélésem szerint az állam fogalmára vonatkozó legegyszerűbb definíciót a következőképpen lehet felírni: **az állam meghatározott népesség, terület feletti főhatalom.** Ettől egyszerűbb (legkevesebb elemet tartalmazó) államfogalmat véleményem szerint jelen pillanatban nem tudunk meghatározni. **Az állam fogalmánál azonban feltételt alkalmaztunk, az állam fogalmának alkalmazásához előzetesen a szuverenitás fogalmát kell alkalmazni.** A továbbiakban a szuverenitás fogalmát kell megvizsgálni. Ettől az államfogalomtól összetettebb definíciót jelent az, amelybe már beleveszik a jogfogalmat is. **Összetettebb definíciót jelent az a fogalom, amely az állam fogalmához nemcsak a szuverenitást feltételezi, hanem előírja, hogy ahhoz, hogy államról beszéljünk, előzetesen létre kell jönnie egy jogrendszernek, amely felett az állam rendelkezik.** Ezen fogalom maga után vonja azt a problémát, hogy vizsgálatokat kell folytatni az állam és a jog kapcsolatára vonatkozóan. **Kérdésként merül fel, hogy az állam jelent-e meg előbb és az rendelkezett a jog felett vagy a jog jelent meg elsődlegesen és a jogrendszerből vezethető le az államfogalom? Tehát egyszerűsítve feltehető úgymint a kérdés, hogy ki rendelkezik a jog felett? (Moór Gyula államfogalma még elsődlegesen feltételezte egy jogrendszer meglétét.)**

B.) Állam fogalmának elhelyezése térben, időben (Az állam kialakulása megjelenése, ha idővonalon kellene ábrázolni, mely időponthoz lehetne bejelölni az állam fogalmát?)

Vizsgálódásunknak a további irányvonalakat jelölhetjük ki: 1, először meg kell nézni, hogy az államfogalom időben mikor jelent meg elsőként. Világosabban megfogalmazva a következő kérdés tehető föl: **Mikortól beszélhetünk államról?** 2, Ezt követően az állam fogalmának időbeni elhelyezését követően az állam és a jog kapcsolatára vonatkozó elemzéseket végezzük el.

Az állam fogalmának térben és időbeli elhelyezésénél két meghatározó, egymással szemben álló álláspontot ütköztettem. Szilágyi Péter képviseli azt az álláspontot, hogy az állam elsőként Mezopotámia akkádok általi egyesítése során jelent meg. E felfogás szerint az ókori társadalmak, „államalakulatok”, politikai közösségek is államnak minősülnek. Paczolay Péter szerint az állam önálló fogalma a XVI-XVII. században jelent meg. Az állam fogalma kizárólag az abszolút monarchiák kialakulását követően alkalmazható az azt időben megelőző „politikai közösségekre” nem alkalmazható az állam fogalma.

a.) Az egyik véglet: Szilágyi Péter álláspontja

Elsőként Szilágyi Péter^[36] álláspontját ismertetem. Az állam fogalmának meghatározására való törekvések a XIX. század második felében értek el meghatározó sikereket. Az állam fogalmának meghatározásában segítségül hívták a század második felétől fellendülő szaktudományokat is (etnográfia, archeológia, jogantropológia). Szilágyi Péter szerint a XIX. században két meghatározó elmélet alakult ki az állam fogalmának meghatározására. Az egyik elmélet a szociáldarwinizmus, a másik elmélet a marxizmus volt. A II. fejezetben ismertetésre kerülő társadalmi szerződéselméletekkel szemben mindkét elmélet elutasítja a konszenzus, a megegyezés lehetőségét. Az elméletek közös jellemzője az, hogy a társadalmi fejlődést a konfliktusok idézték elő. A szociáldarwinizmus a különböző társadalmak, népcsoportok közötti konfliktusra helyezi a hangsúlyt. A szociáldarwinizmus képviselői közül a fent már hivatkozott Franz Oppenheimert kell kiemelni. Oppenheimer az elmélet azon irányzatához tartozott, akik az állam fogalmát az egyik népcsoportnak a másik népcsoport által történő meghódítása és tartós alávetése révén eredeztetik. Ezzel szemben a marxizmus a társadalmakon belüli konfliktusokból indul ki. A marxizmus az állam és jog kialakulását a társadalmi osztályok közötti konfliktusra vezeti vissza. „E felfogás szerint az állam a társadalmi osztályok kialakulásának a következménye.”^[37] Bár e tételnél azt olvashatjuk, hogy a modern kutatási eredmények nem igazolták a marxista álláspontot. Szilágyi Péter is írja, hogy nem egységes a marxista felfogás sem.

E könyvben két irányzatot emel ki. Álláspontja szerint az egyik álláspontot Engels képviseli. Engels művét a következőképpen foglalta össze Szilágyi Péter: „a technikai fejlődés a nemzeti társadalmon belül többletterméket eredményezett, ami kereskedelmet és árutermelést hozott létre, az vagyoni differenciálódáshoz, a magántulajdon és a társadalmi osztályok kialakuláshoz vezetett és ennek következtében jött létre a vagyonos osztályok magántulajdonának a védelmére az állam.” A másik felfogás eltérő magyarázatot ad az állam keletkezésére. „a közösségi feladatokat ellátó és a többletterméket is újraelosztó vezetőréteg a javak feletti rendelkezést és a javak fogyasztását tekintve mindinkább privilegizált helyzetbe kerül, fokozatosan kizsákmányoló osztállyá válik és a rendelkezésre álló

közhatalmat mindinkább saját érdekei védelmében, a kizsákmányoltak fékentartására is felhasználja, ami által a közhatalom állammá válik.” Ezt az utóbbi felfogást képviseli Szilágyi Péter is. Én magam abban látom a két marxista elmélet között a különbséget, hogy eltérően helyezik el az állam fogalmát térben és időben. Nevezetesen Engels az állam fogalmát Athénra tartja fenn, addig nemzetségről beszél. Az ókori Athénban jelent meg az állami hatóságok szolgálatában álló fegyveres közhatalom.^[38] Véleményem szerint helyesebb lenne a közhatalom helyett a karhatalom kifejezést használni. A „Szilágyi Péter-féle” marxista felfogás - majd mindjárt fogjuk látni - az ókori Mezopotámia akkádok általi birodalomra fejlődésének idejét jelöli meg az államfogalom keletkezésének. Mielőtt elhelyeznénk az államfogalmat térben és időben (meghatároznánk azt, hogy mikortól beszélhetünk államról), nézzük meg, hogyan definiálja Szilágyi Péter az államot, az állam milyen sajátosságait emeli ki. Az enciklopédiához lényegében hasonló definíciót olvashatunk. Az államnak elkülönült szerveződéssel, néptől elkülönült közhatalommal kell rendelkeznie. Az államnak a szuverén főhatalom birtokában kell lennie. Még itt olvashatunk egy általános szuverenitás definíciót is: *„Az állami szuverenitás fogalmán tehát legáltalánosabban véve az államhatalom felső voltát, felsőbbbségi jellegét értjük befelé, és az állam függetlenségét kifelé. A szuverenitás az állami közhatalom politikai-jogi kifejeződése, ami az adott terület és lakosság felett az államhatalom korlátlanosságában nyilvánul meg.”*^[39] (A szuverenitás elméletét elemezve a II. fejezetben kérdésként merül föl, hogy korlátozza-e a szuverenitást az isteni jog vagy egyesek szerint természetnek, vagy a John Locke által kifejtett alapjogok, majd később emberi jogok korlátozzák-e a szuverenitást? Báró Eötvös József: A XIX. század uralkodó eszméinek befolyása az álladalomra című műve alapján lehet összehasonlítani az ókori despotát az abszolút uralkodóval. Eötvös József megfogalmazza azon tételt, hogy az ókori despotikus monarchiában nagyobb szabadságot biztosítanak, mint az abszolút monarchiában.)

Szilágyi Péternél először az állam a Mezopotámiát egyesítő akkádok idejére teszi, ekkor létrejött a despotikus monarchia első változata.^[40] A műben három egymásra épülő és egymást feltételező államfejlődésre vonatkozó utat láthatunk (az ázsiai, az antik és a germán fejlődési út.) Véleményem szerint ez a fejlődés egészen a germán államig ún. „lépcsőzetese fejlődést alkot”. Ez úgy értelmezhető, hogy az ázsiaira épül az ókori görög politikai közösségek államfejlődése. Az ázsiai modell ráépült a felbomló ősi társadalmak törzsi-nemzetségi társadalmára. Az ázsiai fejlődésnél először a faluközösségek jelennek meg, amelyet még nem tekinthetünk államnak. A faluközösséget a városközösség váltotta fel. (A városközösség a köztudatban úgy terjedt el, mint a templomgazdaságok szervezete.) A városközösségre már „a félállam” fogalmat olvashatjuk. Az ázsiai fejlődés legmagasabb szintje a már említett a despotikus monarchia volt. Erre az „államalakulatra” alkalmazható az állam fogalma. *„Az antik társadalom az ázsiai termelési mód meghaladását, tagadását, korlátainak szét törését jelenti; végül harmadszor azt kell kiemelnünk, hogy az antik fejlődés*

feltételezi az ázsiai termelési módot, méghozzá az e termelési mód fejlettebb termelőerőket, távolsági kereskedelmet és pénzgazdálkodást, illetőleg az ennek hatását közvetítő (de még ázsiai alapú) kereskedővárosokat; közreható tényezőként a katonai demokráciát, közvetlen előzményként az ázsiai típus államok sajátos változatát."^[41] Az antik társadalomnál ki kell emelni egy fontos tényezőt, nevezetesen, hogy az ókori Rómában kialakult az egymástól elkülönült normarendszer az ún. (ius, fas, mos) normák rendszere.^[42] A germán fejlődési út a Római Birodalomra épült. A Nyugat-Római Birodalom bukása (476 augusztusában) a rabszolgatartó társadalmi rendszer válságára épült. A kolonátus rendszer már a feudális gazdasági és társadalmi rendszer csíráit hordozta magában. **A Római Birodalom bukásával eltűnt a köztulajdon, a magántulajdon alakult ki. A következő államfejlődés a patrimonális monarchia lesz, de ezt már a második fejezetben tárgyalom.** A feudális államot és jogot az államhatalom decentralizáltsága és az ezzel járó jogi partikularizmus jellemezte. A jog partikularizmusáról beszélhetünk (Szilágyi Péter). A királyt majdhogynem egyenlő az egyenlők között szerepet tölt be. **Még egy fontos megállapítást tenni kell. Szilágyi Péternél arra lehet következtetni, hogy együtt fejlődött az állam és a jog.**

b.) A másik véglet Paczolay Péter álláspontja

Szilágyi Péterrel felfogásával ellentétes álláspontra jutott Paczolay Péter az állam időbeli elhatárolását illetően. (Paczolay Péter álláspontját rövidebben fogom ismertetni, mert a műben kifejtett álláspontok nagyobb részét a II. fejezetben mutatom be.) **Paczolay Péter szerint az állam fogalma a modern állam fogalmával azonos, a modern állam pedig a XVI. századi abszolút monarchiában testesült meg. A területi széttagoltságot a centralizáció megszünteti, a főhatalom egy kézben (az uralkodó kezében) jelenik meg, a főhatalom tevékenységét adminisztratív-végrehajtó szervezet segíti elő.**^[43] **A szuverenitás megjelenésével alkalmazhatjuk az állam kifejezést.** Ezen álláspont szerint addig, amíg az abszolút monarchiák létre nem jönnek, pontosabban az uralkodói szuverenitás meg nem jelenik, nem beszélhetünk államról. *„Az állam önálló fogalma mindenesetre csak a „modern” állam kialakulásának időszakában a 16-17. században jelent meg, és később számtalan, egymástól olykor gyökeresen eltérő változata jött létre. E sok alakban mutatkozó állameszme történeti megjelenését és elterjedését csak újabb késéssel követi a 19. század közepén az államelméletnek, az állam jelensége önálló vizsgálatára hivatott tudományterületnek a körvonalazása.*"^[44] Az állam terminológia csak a XVIII. századra terjed el az európai jogi szaknyelvekben. Paczolay azt javasolja, hogy a XVI. század előtti – az államfogalom megjelenése előtt „virágzott” – közösségekre a politikai közösség terminológiát alkalmazzuk. Művében ismerteti, hogy az államelméleti munkákban sokszor tévesen és keverten használnak

különböző terminus technikusokat az állam megjelölésére, amelyek nem alkalmasak arra, hogy lefedjék az állam fogalmát. Az elkövetkezendően néhány fogalmat ismertetnék Paczolay Péter munkájából. A városállam kifejezésére Arisztotelész a polisz kifejezést alkalmazta, amelyet a rómaiak a civitas terminológiával ültettek át latin nyelvre. Azt a megállapítást olvashatjuk, hogy a res publica nem tekinthető a római államfogalomnak, a Romanus pedig a polgárok közösségét jelenti.^[45] A status szót valamely dolog állapotára alkalmazták. A status szó a 13. században két jelentést vett fel, jelenthette egyrészt az alkotmányt vagy uralmi formát, másrészt pedig az uralomgyakorlást, kormányzást. A középkorban a politikai közösségeket az universitas terminológiával jellemezték. A regnum várost vagy tartományt jelentett vagy egy más jelentése szerint a mérsékelt államot vagy kormányzást foglalta magában. A civitas szó is módosult a középkorban a politikai közösség elvontabb értelemben való megragadására alkalmazták. A mai értelemben vett államfogalom a stato a 14. századi itáliai városi kommunák szóhasználatából alakult át a modern államfogalom megjelölésére.

A status szó korábban hűbérjogi jelentéssel bírt vagy a római jogban az egyén „személyállapotát” jelentette. A középkorban konkrét alkotmányfajta megjelölésére is alkalmazták.

Összefoglalóan tehát azt lehet megállapítani, hogy az állam fogalmát, csak a modern állam megjelölésére használhatjuk, a XVI. századtól korábban keletkezett politikai közösségekre nem használhatjuk az állam fogalmát. **Tehát Paczolay Péternél csak az abszolút monarchiától beszélhetünk államról.**

c. Összegzés a végletek egymáshoz való közelítése, a közös nevező megkeresése (Az alkotmánytörténet és a jogantropológia tudományának segítségével hívása a kérdés megválaszolásához)

A továbbiakban érdemes az eddig kifejtett álláspontok rövid rendszerezését elvégezni. Az állam terminológiájának ismertetését követően föltettük, hogy csak az lehet állam, amely a szuverenitás fogalmi jegyével is rendelkezik. Az összetettebb definícióból következik, hogy az állam fogalmához szükséges egy jogrendszer megléte is. Ha az autopoezis sejtbiológiai koncepciót az állam-és jogtudományokra alkalmazzuk, megállapíthatjuk, hogy a jog egy önfejlesztő rendszerként jön létre. Az autopoezis koncepciónál felmerült egy másik distinkció is, nevezetesen az állam jog felett való rendelkezése. Varga Csaba az autopoezis koncepciót Hans Kelsen műveinek tükrében ismertette. Kelsennél az állam és a jog egymással azonos.

A bevezetőben kitértünk arra, hogy külön diszciplínát kell, hogy alkosson az államelmélet és a jogelmélet. A fenti fejtegetésekben azonban számos helyen azt az álláspontot olvashattuk, hogy a jogelmélet professzionális szinten művelhető az állam fogalmának meghatározása nélkül is, azonban az

államelmélet nem művelhető a jogelmélet egyes kategóriáinak mellőzésével. Ebből az állításból egyszerűsítve az a következtetés vonható le, hogy a jog fogalma kidolgozható, kimunkálható az állam fogalmának meghatározása nélkül is, de az állam fogalmának meghatározásához megkívánatik a jog fogalmának ismertetése is. [Elég itt az állam fogalmára adott összetettebb definícióra gondolni (Moór Gyula).] Kétféle elképzelésből indulhatunk ki az állam és a jog kapcsolatára vonatkozóan. Az egyik elképzelés szerint a jog önmagát fejlesztő rendszer, a jog fejlődéséhez nem szükséges az állam megléte. A jog létezhet állam nélkül is. A másik elképzelés szerint a jogot az állam alkotja, az állam rendelkezik a jog felett állításhoz érkező el ezzel a tétellel. Az elemzés további irányát a következő kérdések befolyásolják. Az állam jelent-e meg - (akár király, törzsfőnököt, vezetőt tekintünk államnak, [– föltettük, hogy az államnak szuverénnek is kell lennie, kérdés, hogy ha ez az törzsfő, király stb. szuverén, elmondhatja-e magáról, hogy ő maga az állam?] - elsődlegesen és az rendelkezik a jog felett? Ennek fordítottja is elképzelhető, a jog jelent meg elsődlegesen és erre „épül rá” az állam fogalma. Tehát a jog jelent meg elsődlegesen és másodlagosan jelenik meg az állam. (Ezt az álláspontot képviselte Szabó Imre, Lövétei István.) Harmadik változat is lehetséges, amelyet Szilágyi Péter állít, nevezetesen az, hogy az állam és a jog egyszerre keletkezett. (A III. fejezetben foglalkozunk a jogállamisággal, ott elképzelhető ennek a tételnek a megfordítása is, nevezetesen a jog rendelkezik az állam felett. Ebből a megfordított állításból az is következik, hogy azonos-e az állam a joggal, vagy a kettő független egymástól?) **Ha az állam jog felett való rendelkezését distinkciónak fogjuk fel, akkor azon tétel is következik, hogy az állam egységbe (kódexekben) foglalja a jogot.** (A II. fejezetben majd látjuk, hogy az állam jog feletti rendelkezésének (abszolút állam megjelenése) tudható be az újkorban a kontinentális jogrendszerben meginduló kodifikációs hullám, amely a XX. századig is elhúzódik (ALR, Code civil, Code penal, ABGB, BGB, OR, ZGB, Ptk. és további törvénykönyvek. A szokásjog írásba foglalásával indul meg a kodifikációs hullám, amelynek eredményképpen kialakul a jog jogágakra való tagozódása, az egyes jogágakat, átfogó törvénykönyvekben (kódexekben) rendszerezik. A magánjogi, büntetőjogi kódexek mellett, kialakul a közhatalom gyakorlásának kódexe is, az ún. kartális alkotmányok.)

Mielőtt az állam és a jog kapcsolatának vizsgálatát megkezdénénk, érdemes árnyalni a fenti államfogalom megjelenésével kapcsolatos nézeteket.

Véleményem szerint a két elmélet (Szilágyi, Paczolay) az állam megjelenésére vonatkozóan végletet jelent. Ha számegegyesen (idővonalon, időegyenesen) zárt intervallumok alkalmazásához hasonlítjuk a két elméletet, akkor megállapíthatjuk, hogy Paczolay Péter elmélete képezi a maximumot az állam keletkezéséről illetően. Szilágyi Péter minimumként jelöli meg a despotikus monarchiát. Ettől még van korábbi álláspont. Az 1998-as egyetemes állam-és

jogtörténeti tankönyv már mezopotámia városállamaira is alkalmazza az állam fogalmát. Mindenképpen érdemes több elméletet is megadni az állam keletkezésére vonatkozóan, mert a két véglet egyikét elfogadva, zsinórmértékül választva, ellentmondásokra juthatunk a további vizsgálódások során. Induljunk ki példaképpen Paczolay Péter elméletéből. Paczolay az államfogalmat a 16. századi abszolút uralkodóktól eredezteti. Az államfogalmat érdemes összevetni a fenti kitételrel, miszerint az államnak szuverénnek is kell lennie. (A szuverenitás megjelenését sokan Jean Bodin: Az államról című művének megjelenésétől eredeztetik. Ez a korszak egybeesik az abszolút monarchiák megjelenésével. Az 1976-os nemzetközi jogi tankönyv szerint a szuverenitás mindig létezett a történelem során, függetlenül attól, hogy Bodin 1576-ban dolgozta ki az uralkodói szuverenitásra vonatkozó elméletét. Magam részéről a szuverenitás létezését bizonyosan megkérdőjelezem a középkori politikai közösségeket illetően (patrimoniális monarchia, rendi monarchia).^[46]

A szuverenitást az abszolút uralkodótól eredeztetem. Felfogás kérdése, hogy az ókori despotákat szuverénnek tekintjük-e. Eötvös József a XIX. század uralkodó eszméinek befolyása az álladalomra című művében megítélésem szerint államnak tekintette az ókori despotikus monarchiát. Erre azon – abszolút monarchia elleni tiltakozásra utaló – kijelentéséből következtethetünk, hogy az abszolút monarchiában kevesebb szabadsággal rendelkezik az alattvaló (később állampolgár), mint az ókori kelet despotikus monarchiáiban.) Fentebb megállapítottuk, hogy az állam rendelkezik a jog felett tétel gyakorlati lecsapódása, megjelenése a kodifikáció.^[47] Szabó Imrénél jelenik meg, majd Pokol Béla műveiben kidolgozottabb formában olvasható azon tétel, hogy a Iustinianus-féle kodifikáció ugyanolyan kodifikációnak tekinthető, mint akár a porosz ALR. E tekintetben ellentmondásra jutunk abban az esetben, ha Paczolay államfogalmát vesszük alapul. Az ókori császárkori Rómában nem beszélhetünk kodifikációról, mert Paczolay államfogalmának tükrében államról sem beszélhetünk. Ilyen értelemben a Iustinianus-féle kodifikáció nem tekinthető kodifikációnak. Meggyőződésem, hogy ezt az érvelést a római jogászok, jogtörténészek nem fogadnák el, ezért mindenképpen érdemes az állam időbeli elhelyezésére vonatkozó elméleteket részletesebben ismertetni. Szilágyi Péternél láttuk, hogy az államfejlődésnek három egymást feltételező útja alakult ki az ázsiai, az antik és a germán út.

A Mezey Barna-Szente Zoltán-féle alkotmánytörténetet tankönyv^[48] a germán államtól ismerteti a modern alkotmányos állam megjelenéséig tartó folyamatot. A könyv végén a Montesqueiu-féle három hatalmi ág fejlődéstörténetét és egymástól való elkülönülését olvashatjuk. A munka alapvető szemléte megítélésem szerint a következő: a germán állam vagy a könyvben olvasható elnevezés szerint nomád törzsi államra épül a modern európai alkotmányos államok államszervezete. A Nyugat-római Birodalom bukását követően kialakuló patrimoniális monarchia és a feudális gazdasági és társadalmi rendszerre építhető fel a modern abszolút, majd alkotmányossá váló állam államszervezeti modellje.

Az alkotmánytörténetben kifejtett jogra vonatkozó definíció szerint a joghoz nem szükséges az állam megléte. *„A jog a társadalmi élet szempontjából leglényegesebb viselkedésmódok általános szabályozója, melyet éppen fontosságánál fogva a közösség vagy annak képviselője a szervezetre kényszerít.”*^[49] E tétel szerint a jog előbb jött létre, mint az állam. Ezen álláspont szemben áll a Szilágyi Péter-féle állásponttal, mely szerint az állam és a jog egyszerre keletkezett. A jogi norma úgy jön létre, hogy a fölöslegesnek vagy károsnak ítélt magatartást a csoport kiveti és tilalmakkal látja el. (Egyes szerzők a Büntetőjog kialakulását erre a tételre vezetik vissza.) A kényszerítő erő maga a közösség volt, melynek feltétlen szabályozó reakciója feleslegessé tette az elkülönült igazságszolgáltató szerv megjelenését. A közösségen belül kollektív igazságszolgáltatásról beszélhetünk, a közösségen kívül pedig a sérelmek kollektív megtorlása kerül előtérbe.

Az állam keletkezését elsődlegesen a törzs létrejöttében, törzsszövetséggé alakulásában, majd a nomád birodalom megjelenésével adják meg a szerzők. A közösségi kereteket a közösségből kiváló vezetők, vezető akarata tölti meg. A törzskar, törzsfőnök, vezető egyéni akarata alkotja a jogot. A könyvben is megjelenik az állam rendelkezik a jog felett kitétel, csak a szerzők az államot a közösség vezetőjével azonosítják. *„A rétegzett társadalom kialakulásával függetlenedő állami szervek végrehajtották a jog teljes kisajátítását, s a társadalmi hierarchia legfelső köreinek szolgálatába állították. Ezzel megszűnt az érdekek „tagolatlan egyetemessége”, s ettől kezdve a jog az állam speciális eszköze az általa helyesnek tartott társadalmi rend fenntartására, kényszerítő ereje pedig immáron az állam fegyveres kényszerapparátusa. Az állam (a hatalmat gyakorlók igazgató és erőszak szakszervezete) természetesen a hatalmon lévők érdekeit tartja irányadónak, azt védelmezi elsősorban, s a jog rendje is ennek felel meg.”*^[50] A definícióból következik, hogy az állam rendelkezik a jog felett, létrejön Eugen Erlich szavaival élve a változtatható, kicserélhető jog. Magam részéről az államapparátus által változtatható, kicserélhető jogkonceptió megjelenését a modern államra tartom fenn. Véleményem szerint a fent idézett definícióban marxista elemek is megtalálhatóak, különösen a Lenin által meghatározott államfogalomhoz hasonlítható a fent idézett definíció. A fenti meghatározásból kikerült azon tétel, hogy az állam valamely osztály elnyomására irányuló erőszakszervezet. A szerzők álláspontja eltér Szilágyi Péter felfogásától, mely szerint az állam és a jog egyszerre alakult ki. A szokásrend és a jog megelőzte az állam fogalmát. **A továbbiakban azt érdemes megvizsgálni, hogy az ókori uralkodók szuverénnek tekinthetőek-e. Egyet lehet-e érteni azon különös államtanban (nemzetközi jogban) megfogalmazott állásponttal, hogy az ókori közösségek is rendelkeztek a szuverenitás fogalmi jegyével, függetlenül attól, hogy Jean Bodin csak 1576-ban dolgozta ki az uralkodói szuverenitás elméletét? Álláspontom szerint a patrimonialis monarchia, illetve a rendi monarchia nem tekinthető szuverénnek, következésképpen államnak sem. (Ezen állítást a II. fejezetben ismertetem részletesebben.) Az**

állam és a jog kapcsolatának vizsgálatát követően az elemzést avval célszerű folytatni, hogy hogyan jelent meg az egyes ókori, középkori államelméleti szerzőknél az állam fogalma, illetve miért tekinti Paczolay Péter Machiavellit az államfogalom előlegezőjének. Azt azonban mindenképpen le kell szögezni, hogy az állam rendelkezik a jog felett kitétel csak az írott jog esetében érvényes, szokásjog esetén ez nem mondható el.

(A római jogászok nem osztják e tételt. Jean Bodin a római jogot nem tekinti pozitív jognak.

A romanista álláspont a kommentárok Butrigarius [1274-1348] és Baldus felfogását veszi alapul, amely szerint a „*római jog mint az egész emberiség „közös értelme” ott is szerephez juthat a jogalkalmazásban, ahol például politikai okból nem tekintik pozitív jognak.*” Du Moulin 1510-es kommentárjában a római jogot kötelezően alkalmazandó ius communének tekintette. 1554-ben változtatott álláspontján a római jogot már csak akkor tekinti alkalmazandónak, ha nincs megfelelő szomszédos szokásjog vagy általánosan érvényesülő consuetudo.^[51]

Az állam fogalmát a családtól eredeztetik. Elsőként jelent meg a nagycsalád, amely vagyon, vér és munkaközösséget jelentett. A házközösség is nagycsaládnak tekinthető. A nemzetség tekinthető a fejlődés következő állomásának, amelynek tagjai már nem tartják fenn az együttes gazdálkodást, de a vérségi összetartozást tudatosan vallják.

A munkamegosztás, a specializáció eredményeképpen a nemzetségi fölé igazgatási szint épül ki a közfunkciók ellátásának céljából. A vérségi igazgatást a politikai igazgatás váltotta fel. A szerzők hasonló álláspontot képviselnek e tekintetben Szilágyi Péterrel. A fent említett módon jöttek létre a folyó menti társadalmak, amelyek a despotikus monarchiában teljesedtek ki. A despotikus monarchiák az európai modern államok fejlődésére is hatást gyakorló antik állam kialakulásához vezettek. Véleményem szerint e fejlődést lépcsősorhoz hasonlíthatjuk. Az állam fejlődésének két útja alakult ki az egyik az ázsiai úttól tart az antik állam megalakulásáig. Az ókori államok fejlődése a Római Birodalom államszervezetében és jogában összegződött. A rómaiak kulturális és az állam-és jogtudományba sorolható örökségét, a Kelet-római Birodalom, majd Bizánc és a római katolikus egyház, valamint a szerzetesrendek mentették át. Az állam fejlődésének másik ága, amelyre a modern európai államok épülnek, a germán modellre épül. (A modern állam létrejöttének folyamatát a II. fejezetben ismertetem. Az ázsiai fejlődési út megléte előfeltételt képez az antik állam létrejöttéhez, a germán állam típusa pedig a hanyatló Nyugat-római Birodalom jogintézményeire épül rá. Az antik és a germán modell a reneszánsz korstílus időszakában kapcsolódott össze, az államelmélet tekintetében Machiavelli életműve tekinthető összegzésnek és a modern államfogalom előlegezőjének. Paczolay Péter Machiavellit jelöli meg az állam fogalmának megteremtőjének. A tankönyv szerkezetéből azon álláspont olvasható ki, hogy a modern államok kialakulásánál nagyobb jelentősége van a germán államtípusnak. Az állam fogalmának meghatározását úgy folytatják, hogy a törzsi gyűlés örökössé tett egy

vezető személyt, aki személyes hatalommal rendelkezik. A vezető munkáját törzskar, tanácsadó testület segítette.

Az államot illetően a következő meghatározást olvashatjuk: *„Az állam a társadalomtól elkülönült, de annak keretében funkcionáló, rendfenntartó, védekező, társadalomigazgató és szervező apparátus, a hatalom szervezője, mely „egyszerre sajátos politikai gyakorlat, eszme és szervezet, és amelynek lényegei mozzanatai az állami közösség, államtág és az államhatalom, azaz az állampolgárok által képződő hatalom. Az államot eszköznek, vagy eszmének, vagy eszmények, szervezetnek tekinteni csupán – ez mindig csak kiragadott egyoldalúság, mivel a politika rendszerében történetileg kialakult állam teljes politikai jelenség és lényegegyüttest alkot”*(Gombár Csaba)^[52] Az idézett államfogalmat a Max Weber-féle államfogalommal egészítik ki.

A vérségi közösségnél magasabb szinten megfogalmazódó, önálló politikai célú és érdekű, önálló funkcióval rendelkező szerveződést már államnak tekintik. **Álláspontom szerint akkor lehet államról beszélni, ha az szuverénnek is tekinthető. A továbbiakban elemezni kell a szuverenitás fogalmát.** A nomád törzsi szervezetrendszer már magában hordta a modern állam megjelenését. A II. fejezetben ezen állítást vizsgáljuk meg. A II. fejezetben elemezzük azon állítást is, hogy az alkotmányfogalom a közjogi szerződéselméletből eredeztethető. Az utószó vonatkozásában érdemes itt idézni, hogy mit értenek a szerzők alkotmány alatt: *„Az alkotmány az állam szervezeti és jogi rendjének szabályozására szolgáló alapelvek (szabályok) összessége, melyek a főhatalom gyakorlója, az állami szervek működésére, az állam és polgára viszonyára, jogaikra és kötelezettségeikre terjednek ki.”* **Megvizsgálandó kérdést jelent, hogy van-e minden államnak alkotmánya?**

A magam részéről az állam fogalmának időbeni elhelyezésével kapcsolatos vitában Paczolay Péter álláspontját vagyok kénytelen elfogadni és a további fejtegetésekben alapul venni. Ha az állam fogalmát a szuverenitás distinkciójának mellőzéssel vizsgálánk, elfogadhatnám Szilágyi Péter álláspontját, mely szerint az ókori kelet despotikus monarchiája már államnak tekintendő. Az államra vonatkozó terminológiák ismertetését követően azonban föltettük, hogy csak azon politikai közösség (szűkebb értelemben szervezet) tekinthető államnak, amely a szuverenitás fogalmi jegyeit is magán viseli. A nemzetközi jog kialakulására vonatkozóan azt az álláspontot fogadtam el, hogy a nemzetközi jog közel 500 éves múltra tekint vissza. A veszfáliai békét követően alakult ki a történetírásban uralkodói diplomáciaként említett jelenség, ezen időpontra tekinthető a diplomáciai kapcsolatok rendszerének kiépülésének rendszere.^[53] Az európai hatalmi egyensúly a franciák, majd az angolok vezetésével 1648-1945-ig állt fenn. 1945-ben a status quo európai hatalmi egyensúlyon alapuló rendszert a bipoláris világ váltotta fel, amely 1991-ig a

Szovjetunió felbomlásáig állt fenn. Ezt a korszakot a hidegháború korszakaként nevezik a Nemzetközi jogban.

A szuverenitás megjelenése az abszolút monarchiák kialakulásához kapcsolódik, az uralkodói szuverenitás elméletének kimunkálása Jean Bodin nevéhez fűződik. A szuverenitás XVI. századi megjelenéséből következően az állam fogalmának megjelenését is ezen korszakra tehetjük, tehát egyet kell értenünk Paczolay Péter felfogásával, aki az állam fogalmának megjelenését a modern állam kialakulásának korára helyezi el.

Szilágyi Péter elméletében elfogadom azon állítást, hogy az állam megjelenésének három egymást feltételező útja van (ázsiai fejlődés, antikvitás, germán állam). Álláspontom szerint az állam fejlődésben ez a szakasz képezi az „első lépcsősort”. Ezen korszak lépcsőzetes fejlődéshez azonosítható a Római Birodalomban összegződött az antikvitás korának államelméleti, valamint jogelméleti eszmerendszerének, elméleteinek, tételeinek összessége. Véleményem szerint az állam fogalmának megjelenéséig egy „második lépcsősort” is említhetünk, amely a germán állam megjelenésétől a modern állam megjelenéséig tart. E korszak magában foglalja a patrimoniális monarchiának korszakát, a rendi állam fejlődését, az abszolút monarchia megjelenését, valamint az abszolút monarchia alkotmányos monarchiává alakulásának korszakát. A „második lépcsősor” tekintetében a Mezey Barna, Sente Zoltán által kidolgozott alkotmánytörténet tankönyv koncepciójával tudok azonosulni, mely szerint a nomád törzsi állam vagy politikai közösség államszervezetére építhető fel a modern alkotmányos állam. (A II. fejezetben a modern állam kialakulásának folyamatát ismertetjük.) Álláspontom szerint az ún. „második lépcsősor” az „első lépcsősor” a Szilágyi Péter által kifejtett államfejlődési utak meglétét. Meggyőződésem szerint az állam fogalmának kialakulása kétlépcsős fejlődési úttal írható le.

C.) Az állam és a jog kategóriák, fogalmak közötti összefüggés, kapcsolat elemzése __

A következőkben célszerűnek látszik választ adni a fentebb feltett kérdésekre, nevezetesen, hogy az állam vagy a jog fogalma jelent-e meg elsődlegesen?

A kérdések megválaszolásához a Jogantropológiai kutatások eredményeit is figyelembe kell venni. A jogtörténészek közül sokan az egyes ókori uralkodók törvényeit azonosítják a jog fogalmával. A törvényeket úgy állítják be, mint a jog megjelenési formái. „... a jogtörténetírás mégis azt sugallja, hogy a jog az emberi társadalom történetének adott fokán, a civilizációban létrejött államokkal együtt, azokban alakult ki.”^[54]

Egyes elméletek distinkcióként veszik, az állam rendelkezik a jog felett tételt, ennek következtében a jogot az állam vagy társadalmi rend megjelenéséhez kötik. Az említett koncepcióból kiinduló elméletek a hatalomból eredtetik a jog fogalmát. E szerint előbb jelent meg az állam és aztán keletkezett a jog. A XIX. században a jogot magát mint általános szabályozó rendszert határozták meg. A jog előzményeit a szokásokban találták meg. A Savigny nevével fémjelezett történeti jogi iskola (a fent már említett „fogalomjogászat” és a szabadjogi iskola korszakát megelőző irányzat) értelmezésében a jogot népszellemnek tekintették. A XIX. század során a római jogra és az ősi germán jogintézményekre épülő tudós jogot kívántak létrehozni. A római jog fejlődése során kialakult jogintézményeket egyes újonnan kialakított történeti kategóriák, fogalmak alá sorolták be. E korszakban alakult ki az egyetemi jogászság által formált modern jogdogmatikai réteg, a jog mögött meghúzódó absztrakt fogalomrendszer jött létre. A történeti jogi iskola az állam keletkezésére a következő magyarázatot adja: a szokásrendszerrel bíró gyűjtögető, halászó, vadászó kis csoportok törzsi társadalmakká fejlődnek, az állam megjelenésével a szokásrendszerek átalakulnak jogrendszerre. Szokásjog alakul ki elsődlegesen, ezt váltja fel a tudatosan alkotott jog. **E mondattal ismételten az állam rendelkezik a jog felett distinkcióhoz jutunk. A distinkcióból ismételten ahhoz a kérdéshez érkezünk, hogy mikortól beszélhetünk államról? A circulus vitiosus (hibás kör) elkerülése érdekében célszerű megválaszolni azt a kérdést, hogy az állam jelent-e meg elsődlegesen és az rendelkezett a jog felett vagy elsőként a jog alakult ki és azt követte az állam megjelenése vagy a Szilágyi Péter-féle elképzelés szerint az állam és a jog egyszerre alakult ki.**

A kérdések megválaszolásához érdemes két csoportba foglalni az állam keletkezésére vonatkozó elméleteket. Lövétei István a már hivatkozott tankönyvben két fő csoportot alakított ki az egyik az evolúciós szemlélet, a másik a jogi antropológia elmélete. Az evolúciós elmélet a modernizálódó társadalom alapjait kereste az őstörténetben. Ez az elmélet a XIX. században megjelenő államelmélet diszciplína, államtan tantárgy keretében kidolgozott és elhatárolt állam fogalmat vetítette vissza az ősi társadalmakra. Az elméletek fő célkitűzése a modern államhoz megjelenéséhez vezető folyamat rekonstruálása volt. Az elméletek közös ismervét jelenti, hogy a család, a házasság, az ősi közösségi tulajdon bomlása, ősi konfliktuskezelések, büntetések, negatív szankciók felől közelítik meg a modern állam megjelenését. A család szerkezete a korai matriarchátustól alakul át patriarchátussá.

(E körben megjegyezhető, hogy a napjainkban a középiskolai történelem tantárgy keretében használt tankönyvek egy része is az evolúciós álláspontot veszi alapul.) A régészeti, antropológiai kutatások nem igazolják ezt az álláspontot. A kutatások során nem találtak még olyan társadalommal, amelyre a matriarchátus lett volna jellemző. Az elméletek szerint az cselekvési szabadsága a közvetlen közösségi ellenőrzés által korlátozott. Az evolúcióra épülő felfogás szerint az ember fejlődése a szabadság irányába halad. Ezen állítást két érveléssel szokták

alátámasztani. Az első érv szerint a társadalom a haladás révén fokozatosan felszabadult a korlátozó természeti kényszerek alól. Lövétei István állítása szerint az újkori filozófiai ezen állítás alátámasztása céljából jött létre. A másik érv szerint a jog területén az ember helyét általánosan rögzítő normákat felváltják a liberális elveknek megfelelő szabad cselekvési formák. (Ez az álláspont Pokol Bélánál is megjelenik: *„Ha visszamegyünk az emberi közösségek fejlődésének első szakaszaira, látni kell, hogy ekkor az élet szinte minden szituációjára egy pontos szokásnorma alakult ki, és az ebbe beleszülető ember ezt szocializálva szinte csak normatív ismeretekkel rendelkezett, és ezek az életét reggeltől estig minden lépésben irányító szokásnormák egyben vallási jelleget is kaptak hosszú ideig, ez eleve nem tette lehetővé az ettől eltérést. Ez a szokásnorma általi lefedettség csak egészen későn engedte meg, hogy az élet sok területén az emberek mérlegelve döntsenek a felmerülő lehetséges magatartások között, és a közösség több lehetséges magatartást is toleráljon.”* A modern társadalomban egyre differenciáltabb normarendszerek alakultak ki, jogi, erkölcsi, vallási normák, szakmai etikai kódexek stb.^[55]) A jogrendszer által garantált individuális cselekvési szabadság válik a társadalom meghatározó szervező elvévé. Lövétei István szerint nem teljesen igazolható e tétel igazsága. (Erre az állításra említette Lövétei István példaként a Bevezetés a jogtudományba tantárgy keretében tartott előadásán példának a modern büntetőtvénykönyvek felfogását. A Btk. szabályozási mechanizmusából nem következik a Tízparancsolatban szabályozott tétel, hogy Ne ölj!. A Btk. nem mondja azt, hogy tilos lenne embert ölni vagy az ember ne öljön embert. A Btk. 166.§-a arról rendelkezik (negatív szankciót fogalmaz meg), hogy ha valamely természetes személy megvalósítja az emberölés tényállását, akkor (alapesetben) 5-15 év szabadságvesztéssel büntetendő. Ebből nem következik, hogy tilos lenne embert ölni, de ha valaki megvalósítja az emberölés tényállását a törvényben meghatározott szankciót, büntetési nemet, büntetést fogják vele szemben érvényesíteni.)

A modern állam fogalmához a tulajdon felől közelítve az evolucionista elmélet azt tételezte fel, hogy az ősi társadalomban kollektív tulajdon volt, emellett a használati tárgyak személyes tulajdona is létezett. A magántulajdon a munkamegosztással függ össze. *„a közösségi földhasználat átadja helyét az egyéninek, majd ennek rögzítése a magántulajdon megjelenése. Ilyen levezetés pl. az ager publicus végleges felosztásához vezető folyamat leírása a köztársaságkori Rómában.”*^[56] A modern antropológia szerint ez az állítás egyszerűsítés, nincsenek olyan szabályok, amelyek előírnának valamilyen használati módot. Az egyén javaira való jogok léteznek, de alárendelődnek a közösségnek. Lövétei István párhuzamot von, hogy nincs ez másképpen a modern államban sem, hiszen a tulajdonjognak számos korlátja különböztethető meg, pl.: a közigazgatási jogi szabályok is korlátozzák a tulajdont. A büntetés felől közelítve a modern államot megállapíthatjuk, hogy az evolucionista felfogás szerint a közösség számúzi a normasértőt, a normák maguk a szokások. (Ezt az álláspontot képviseli Mezey Barna is a Büntetőjog fejlődéstörténetére

vonatkozóan.) A tétel szerint a vérbosszú átadja helyét a társadalmi békét szolgáló kompozíciónak, majd az államhatalom megjelenése után az állami büntető hatalomnak, a büntető eljárásnak. A modern antropológiai kutatások ezt az érvelést sem támasztják alá. A vérbosszú helyett inkább a megegyezés dominál. **Az evolucionista felfogás szemléletében a modern állam értékrendszere jelenik meg. Az evolucionisták a jogot államhoz vagy specializált intézményhez kötötték. A „primitív népek” esetében nem találták meg a modern intézmények alapjait, ezért kijelentették, hogy ezek a népek jog nélküliek. Erőltetett érvelés szerint nem tudták igazolni az állam rendelkezik a jog felett tételét.**

A másik irányzat a jogi antropológia irányzata, amelyet az evolucionizmussal való szakítás eredményeként értékelhetünk. Az antropológia elmélete az Émile Durkheim (1858-1917) által kidolgozott funkcionalizmus elméletére épül. Durkheim a társadalmiság elemzésénél az alapelvek rekonstrukciójára törekedett. *„A társadalom tartós struktúráját az egyes egyének fölötti tények szerveződése adja.”* ^[57] A társadalom különböző intézmények egymásra épülő, egymással szorosan összefüggő kapcsolatából áll. A funkcionalizmust B Malinowski alkalmazta az antropológiára. Malinowski szerint minden társadalom adott szükségletekre adott intézményes válaszok rendszere, minden társadalom kialakítja a saját válaszát. A jogi antropológia a következőképpen fogalmazza meg a jog fogalmát: *„a jog lényege annak funkciója, ez pedig a társadalom folyamatainak rendezettsége, a zavaró magatartások feletti őröködés, a rend megsértésének a helyreállítása. A jog tehát a társadalmi kontroll intézménye, a tanulmányozott népeknél tehát mindaz jogi intézmény, amely a társadalmi kontroll funkcióját valósítja meg.”* ^[58] Ekkor még természetesen nem beszélhetünk differenciált normarendszerekről (pl.: ius, fas, mos hármass normarendszer), a jogi, erkölcsi, vallási normák összemosódását figyelhetjük meg. A jog intézménye a társadalom egész intézményrendszere, annak struktúrája. A jogi antropológusok jogfogalmába még a mágia is beleérthető. **Lövétei István ismerteti a tradicionális társadalmak jogának jellemzőit: nincs kialakított szanckciórendszer, a jog partikuláris. Ennél a jellemzőnél érdemes megállni egy pillanatra. E tétel újabb adalékot jelent az állam fogalmának időbeli elhatárolásával kapcsolatos vitához. Ha a jog partikuláris (mint a középkori patrimonialis monarchiák idején), akkor abban az esetben nem beszélhetünk szuverenitásról. Ha nem beszélhetünk a szuverenitás fogalmáról, akkor a fenti feltételből magától értetődik, hogy ebben az esetben államról sem beszélhetünk. Ha nem beszélhetünk államról, akkor nem tudjuk azt a tételt értelmezni, hogy az állam rendelkezik a jog felett. Evvel a kijelentéssel azonban még nem adtunk választ arra a kérdésre, hogy a jog volt-e előbb vagy az állam? Mindesetre azt már előrevetíthetjük, hogy az állam fogalmának absztraktabb, egzaktabb meghatározásához meg kell vizsgálni, határozni a szuverenitás fogalmát is. A fenti gondolatmenetből nem következik az, hogy ha nincs állam, akkor jog nincs. Attól, hogy állam nincs,**

még jog lehet. Ennek a jognak azonban függetlennek kell lennie az államtól, nem az állam rendelkezik tehát a jog felett. Röviden: jog van, állam nincs. Érdeemes itt ezt az állítást a fent kifejtett autopoezis koncepcióval összevetni, a jog egy önmagát fejlesztő rendszer lenne. Először jelent meg a jog és arra épül rá az állam fogalma. Azt kell megnézni, hogy ez a jog hogyan tud magatartási szabállyá válni, hogyan kényszeríthető ki érvényesülése, azonos-e ez napjaink jogfogalmával?

A partikuláris jognál mint jellemzőnél Lövétei István is említi, hogy ez akár igaz lehet ókori és feudális politikai közösségekre is. Ha ez ókori közösségekre is igaz, akkor nem beszélhetünk ennél a közösségeknél államfogalomról.

A következőkben több vallásos világgépet ismertet a szerző. Egyet érdemes kiemelni, amit az európai civilizációk archetípusaként mutatnak be a könyvben. A vallást a jog fölé rendelik. A világ az isteni teremtetés eredménye, s az Isten nem hagyja magára a teremtést, hanem továbbra is beavatkozó irányítást gyakorol. A jog maga is az isteni parancsolat része. Ennek az állításnak jelentősége lesz a II. fejezetben a természetjog eszméjének fejlődésének bemutatásakor.^[59] A jog mint a társadalom alakító ereje, az állam parancsa, amelyet a parancs alá vetettek követni kötelesek, engedetlenség esetén szankcióval kell számoljanak. E jogfogalom akár az abszolút monarchiák korára (az uralkodói szuverenitás) megjelenésével lehetne igaz. Ezen állításnál is elérkezünk az állam rendelkezik a jog felett tételhez. A továbbiakban mindenképpen érdemes megvizsgálni az állam keletkezésére vonatkozó elméleteket és a szuverenitás fogalmának kialakulását.

Ha az eddigi fejtegetéseket röviden összegezni kívánjuk, azt állapíthatjuk meg az evolucionizmus elmélete szerint az állam jelent meg előbb és az rendelkezett a jog felett, a jogi antropológia elmélete szerint a jog előbb jelent meg mint az állam. A jogantropológiára vonatkozó fejtegetéseket érdemes összevetni az autopoezis jogkoncepciójával.

A továbbiakban két elmélet tükrében próbálnék választ adni az állam és a jog kapcsolatára vonatkozóan feltett kérdésekre. Az egyik elméletet Szabó Imre felfogása jelenti. Szabó Imre szerint a jog előbb jelent meg, mint az állam. A másik elmélet Tamás András Állam-jog-jogállam című írása lesz.

Szabó Imre elméletét^[60] érdemes a továbbiakban röviden ismertetni az állam és a jog kapcsolatára vonatkozóan. Szabó Imre azt a felfogást vallja – megelőlegezve az elmélet ismertetését -, hogy először a jog fogalma jelent meg és arra épül rá az állam fogalma.

Szabó Imre jogkoncepciójának ismertetését azzal a megállapítással kell kezdeni, hogy az államelmélet és a jogelmélet 1971-ben még egységes diszciplínát képezett, nem vált szét két tudományterületre és nem kapcsolódott számos egyetemi tantárgy a két különálló diszciplínához. Röviden utalnék arra, hogy 1945 után az egységes állam-és jogelmélet diszciplínát elválasztották a tételes

jogtudományi tárgyaktól (Magánjog, Büntetőjog, Közigazgatási jog), a jogágak fölé emelték, tartalmát kiüresítették, vizsgálódási területét leszűkítették a jogszabályok érvényességének és hatályosságának vizsgálatára.^[61]

Véleményem szerint Szabó Imre igyekezett elemzéseibe bevonni a marxista-leninista állam-és jogelmélettel ellentétesnek mondott polgári vagy bourzsoá jogelméletet, államelméletet is.

Szabó Imre 1971-ben megjelent jogelméletében talán természetesnek is mondható, hogy az állam-és a jogelméletet egységes diszciplínaként kezeli, művében úgy fogalmaz, hogy a jog nem tárgyalható állami összefüggés nélkül és az állam nem tárgyalható a jog vonatkozása nélkül. Ugyanakkor az állam-és a jogelmélet diszciplínák különválasztásának irányába tett haladó lépésnek is tekinthető azon állítás, hogy meg lehet különböztetni az államot és a jogot egymástól. Szabó Imre nem ért egyet a Hans Kelsen-féle jogállamiság koncepciójával, amely az állam és a jog egységének elvére épül. A szerző 1971-ben nem ért egyet azon állásponttal, hogy az államot jogállamnak kell tekinteni. A jog és az államra vonatkozó fejtegetések azzal a megállapítással kezdődnek el, hogy a jogalkotás, a jogalkalmazás és a jogkövetés állami tevékenység, a jogelméletnek (akkorin állam-és jogelméletnek) tárgyát és részét kell, hogy képezze. *„Az állam jogalkotó tevékenysége azt jelenti, hogy általános jellegű, de egyben társadalmilag sajátos, azaz jogi normák elvont alakjában visszatükrözi a gazdasági és az egyéb társadalmi viszonyokat, ez által megadja ezeknek, mint jogi viszonyoknak a formáját, biztosítja ebben az alakban való megjelenésüket.”*^[62] A jogi normák a jogviszonyok megjelenési formáit jelentik. A polgári (bourzsoá) jogelmélet szerint az állam a jogalkotással a társadalmi renddel biztosítja a kényszerítő rendet. Ez a felfogás véleményem szerint Hans Kelsen felfogásával, elméletével azonosítható. Engelsnél „elsődleges szükségletet jelent” (saját kifejezés) a termelés, az elosztás és a csere szabályozása. Ezt a szükségletet kell elsőként megszervezni. (Ez a szükséglet megszervezésére vonatkozó állításom rokonítható a fent kifejtett Jogantropológia témakörébe tartozó elmélettel.) **Elsőként a szokás alakul ki, azt követően a törvény alakul ki, majd létrejönnek olyan szervek, amelyek a törvény betartásával vannak felhatalmazva, majd létrejön az állam. Megítélésem szerint ez az álláspont hasonló elvet képvisel a Mezey-Szente-féle – már hivatkozott – Alkotmánytörténet tankönyv álláspontjával.** Előrevetítve a további elemzést álláspontom szerint ez az álláspont rokonítható Tamás András: Közigazgatási jog elmélete (Szent István Társulat, Bp., 1997) álláspontjában kifejtett állásponttal. Ha jól értelmezem, Tamás András arra az álláspontra jut, hogy a Közigazgatási jog sui generis jogintézmény.

Elképzelhető, hogy az állam és a jog elsőként való megjelenésének vitájában a közigazgatás, mint végrehajtó hatalom jelent meg elsőként és erre épül rá a jog és az állam fogalma. Ezt az álláspontot a továbbiakban mindenképpen érdemes részletesebben megvizsgálni. (Tamás András művét a III. fejezetben vesszük

alapul, amikor azt az állítást vizsgáljuk meg, hogy elképzelhető-e az állam rendelkezik a jog felett tétel megfordítása, nevezetesen, hogy a jog rendelkezik az állam felett. E fejezetben azt a kérdést vizsgáljuk meg, hogy a II. fejezetben bemutatott modern állam megjelenésének folyamatát követően szükségszerű-e az, hogy a modern államnak szükségszerűen jogállamnak is kell lennie?)

Az idézett álláspontban azon marxista felfogás jelenik meg, amely szerint a gazdaság tekinthető alapnak és erre „épül rá” felépítményként a jog fogalma. E tétel szerint az államnak feladata jogi normákká transzformálni a társadalmi viszonyokat. (Kérdésként merül fel, hogy mennyiben lehet ezt az álláspontot összevetni az állam rendelkezik a jog felett distinkcióval?) **Szabó Imre felfogásában elsődlegesen az esti jog jelent meg, azt követően a precedens jog alakult ki, végül a fejlődésben megjelent az állam fogalma.** [Ezt az álláspontot érdemes összevetni egyes római jogászok (Földi András-Hamza Gábor) és jogtörténészek (Rácz Lajos például) felfogásával, miszerint az ókori Római Birodalom és a középkori angol jog kialakulásában hasonló fejlődési tendenciák mutathatóak ki. Sokan a jogtörténészek közül az ókori Rómában kialakult civil jog (szigorú jog, formális jog) és a praetori jog (méltányosságot tükröző jog, az egyes jogesethez igazított méltányossági formula), rendszerét a középkori angol jogban kialakult civil jog és a writekkel, eljárási formulákkal hasonlítják össze a két fejlődést.^[63]] Szabó Imre szerint a jog jelent meg elsődlegesen, ezt követte az állam fogalmának kialakulása. Szabó Imre egyes külföldi szerzőkre hivatkozik (Allen: Law in the making), aki szerint az újkorban jelent meg a kodifikáció eszméje. (Ezt követően érkezünk el a már fentebb idézett 100. oldalhoz és a 7. lábjegyzethez, amely szerint az ókori Római Birodalomban is kodifikációról beszélhetünk. A kodifikációnál a II. fejezetben majd kitérünk a Pokol Béla által jellemzett jog absztrahálódásának folyamatára. A hivatkozott hellyel az állam rendelkezik a jog felett tételhez érkezünk. Ahhoz, hogy pontosabb definíciót tudjunk adni az állam fogalmára vonatkozóan, elkerüljük a hibás körben (circulus vitiosus) való forgást a továbbiakban a szuverenitás fogalmát érdemes megvizsgálni.

Hegel Jogfilozófiájában is megjelenik általános, egyenlő, feltétlen jogegyenlőség (feltétlen jogképességet is ide érthetjük) elve. Szabó Imre Eötvös József terminológiáját alkalmazva megemlíti, hogy az említett jogegyenlőség megjelenésétől beszélhetünk a formális jogegyenlőség korszakáról. Kelsen álláspontját is ismerteti a szerző, aki különbséget tett szokásjog és az állam által alkotott jog között. A szokásjogot ember és ember közötti, a társadalmi vagy állami jogot ember (állampolgár) és az állam közötti jogviszonyként határozzák meg. Eugen Ehrlich kategóriáira is hivatkozás történik, aki állam nélküli és állami jogot különböztetett meg. **Szabó Imrénél megjelenik az állam rendelkezik a jog felett distinkciója is.** *„A jog mindenképpen állami közbenjöttel keletkezik, lesz azzá, amit jognak, a társadalmi viszonyok meghatározott formájának nevezünk, s aminek megjelenési formája a jogszabály; államnak visszatükröző - transzformáló szerepe viszont nem egyszerűen a szokásszerűen kialakított vagy*

kialakult szabályokhoz a kényszer hozzáadása, azaz megerősítése azoknak, hanem a szokásszerű kifejlődés több vonatkozásban nem nélkülözhető társadalmi viszonyok, elsősorban a gazdasági kényszerítő rend hatása alatt kialakuló termelési-gazdasági viszonyok olyan átalakítása, azaz joggá tétele, jog alakjába való öltöztetése, amelynek menetében e viszonyok szereplőinek és egyben maguknak a viszonyoknak a társadalmi jellege is átalakul.”^[64] **A szerző ugyanakkor leszögezi, hogy állam nélkül nincs jog, a jog uralkodó jog, az állam is uralkodó állam. Az említett állítás egyértelmű kinyilatkoztatása az állam rendelkezik a jog felett tételnek.** Az állam rendelkezik a jog felett tétel gyakorlati megvalósulása a kodifikáció. Engels is kritériumként jeleníti meg a jogi normák rendszerbe foglalását.

A szerző kitér a jogállamiság vizsgálatára. Az államot és a jogot a kezdeti marxista írások is különválasztották. Az állam és a jog egységben való tárgyalása osztrák területeken alakult ki az 1850-es években. Hans Kelsen hirdette az állam és a jog egységét. Kelsen szerint minden állam jogilag szabályozott rendet (kényszerrendet, kényszerítő rendet) tart fenn, ezért válik az állam jogállammá. Az államot definiálhatjuk úgyis, hogy jogilag szabályozott rend, azaz jogrend. Szabó Imre Kelsen koncepciójának kritikáját fogalmazta meg. A szovjet jogelméletben 1930-tól más elméleti alapon az állam-és a jogtudományok összefogását vallották. Tagadták azt az állítást, hogy a jogdogmatika a független az államtól. Az 1960-as évektől kezd elkülönülni a Szovjetunióban az államelmélet a jogelmélettől. Opalek 1965-ös munkájában fogalmazza meg az államelmélet és a jogelmélet külön diszciplínára bontását. Magyarországon Szabó Imre 1977-ben látta célszerűnek a korábbi egységes diszciplína kettébontását.^[65] Szabó Imre mint írtam, 1971-ben kritikával illette a jogállamiság koncepcióját. Igaz, a kritika főként a Hans Kelsen által kidolgozott koncepcióra irányult. Az állam realitása fölszámolódik, a jog elnyeli az államot. A polgári jogtudomány a jogot önmagából magyarázza. Jellinek elméletében a ténybeli viszony jogviszonnyá fejlődik, vagyis hatalmi viszonyból jogviszony lesz. Az állam azért alkotja a jogot, hogy az állami szervek tevékenységét, „kezét” megkösse vele, ezzel az állam magát korlátozza. A népszuverenitásnak előbb kellett megjelennie, mint az alkotmánynak.

Az első francia alkotmány a népszuverenitás tételére épült. **Ha Jellinek állítását fogadjuk el, akkor a fenti kérdésre, hogy van-e minden államnak alkotmánya nemleges választ kell adnunk. Mint láttuk a népszuverenitás kialakulását követően jelentek meg az alkotmányok. (A szuverenitás kialakulását és jelentésváltozásait, részletesebben a II. fejezetben vizsgáljuk meg.)** A hatalmi és az erőszak elméletek szerint az állam a jogi rend fenntartására irányuló szervezete, a jog az állam céljává válik.

A természetjogi elméleteknél (részletesebb ismertetését a II. fejezetben olvashatjuk) még létezik egy államot létrehozó, azt megelőző jog. **A marxista felfogás szerint az állam és a jog egyszintű, egymást kölcsönösen befolyásolja.** A polgári elméletekben a hatalmat joggá változtatják át. A gazdaság tekinthető

alapnak, amelyre felépül a jog. Arzsanov szerint az alkotmányokban nem az állam, hanem az államnak meghatározott formája jön létre. **Szabó Imre szerint a jogállamiság tétele fikció, hiszen a jogot alakítani lehet [állam rendelkezik a jog felett, kicserélhető, változtatható jogkonceptió], másrészt semmitmondó az állam jog által való kötöttsége.** „... az állam jogszabályokban kifejeződő jogi felépítettségét a demokrácia konkrét jellege és milyensége határozza meg.”^[66] (Sajnos a demokrácia elméleteire vonatkozó utalás szétfeszítené a tanulmány kereteit, egységét is, ennél fogva eltekintenek a közvetlen és a közvetett demokrácia összehasonlításától.)

A jogalkalmazás szintén állami tevékenységet jelent. A szociológia tudománya jogalkalmazásnak tekinti a döntést és a döntés kialakítására ható tényezőket. Szabó Imre rávilágított arra, hogy nem elég pusztán a döntést nézni, a döntés több elemből áll. Eltűnik a kapcsolat a jogszabályba rendezett társadalmi viszony és a jogesetben előforduló konkrét eset között. (Pokol Béla a Szabó Imre által vallott állam-és jogelméleti felfogást decizionista felfogásnak minősítette.) Ugyanakkor túlzottan joginak tekinthető az a jogalkalmazásra adott definíció, hogy a jogalkalmazás a formális logika módszerével az általánost egyedi esetre alkalmazzák. E felfogást vette alapul Hans Kelsen a jogalkotás és a jogalkalmazás egyneműségét hirdető elméletének kidolgozásakor. Szabó Imre a következőképpen definiálja a jogalkalmazást: „Az állami szervnek azt a tevékenységét, amellyel egyedi jogviszonyt létesít, módosít vagy szüntet meg, illetőleg annak létét vagy nem-létét deklarálja, s mindehhez bizonyos jogi és kikényszeríthető következményeket fűz, jogalkalmazásnak nevezzük.”^[67] Ezt szűkebb értelemben vett definíciónak lehet tekinteni. A tágabb értelemben vett meghatározás szerint a jogérvényesítés szervező hatóságok hangsúlyozására épül: „A jogalkalmazás egyedi konfliktusokat old meg, hozzájuk fűződő különböző következmények útján- egyedi viszonyokra igyekszik befolyást gyakorolni, az adott viszony lebonyolításában, menetében jelentkező fennakadást igyekszik feloldani.”^[68] Jogalkalmazást egyén nem folytathat. A jogkövetés az, amit az egyének végeznek. Az egyén tehet vagy nem tehet valamit, amit a jogszabály tőle elvár. A jogkövetés konfliktus kerülő magatartás. A jogalkalmazás konfliktusokat old meg. A jogi norma egyedi viszonyokból általánosított (absztrahált) és kellő eljárással elfogadott, magatartási szabály. A jogalkalmazás az általános szabályt ismét visszavezeti egyedi viszonyokra. A jogalkalmazásra adott definíciókkal ismét oda jutunk, amit Hans Kelsen állított, hogy az állam kényszerítő rend. „az állami kényszerítő erő a jogalkalmazásban meghatározott szankciók érvényesítésére irányul, abban konkretizálódik ...”^[69]

Említettük, hogy a jogkövetés egyéni tevékenység. Austin szerint a szuverenitás (melyet az állam fogalmi elemének tekintettünk) szükségszerű sajátossága, hogy követik a jogot. „Austin a szuverenitás és az azt magában foglaló „független politikai társadalom” jellemzőjét abban látta, hogy benne egyrésztől az adott társadalom tagjainak egésze vagy része szokásosan aláveti magát, azaz általánosságban engedelmeskedik egy meghatározott közös felsőbbségnek,

másrészről azonban e személyek egyike-másika vagy bizonyos csoportja nem áll okvetlenül az engedelmisség viszonyában a felsőbbséghez.”^[70] Somló Bódog vitte tovább ezt a gondolatmenetet nála azonban a jogkövetés nem a szuverenitás, hanem a jog sajátossága. Moór Gyulánál a jogszabályok érvényesülését esetenként kell vizsgálni.

(Szabó Imre nem ért egyet a jogszabály érvényességének jogszociológiai alapon történő megkérdőjelezésével, melynek értelmében egy jogszabály érvényességét veszíti azon okból, mert a jogszabályt nem alkalmazták a gyakorlatban vagy az abban előírt magatartást (tevést, vagy nem tevést) az állampolgárok nem követték.) Jellineknel is az a felfogás jelenik meg, hogy az állampolgárok engedelmeskednek a szuverén parancsának. Szabó Imre meghatározza az engedelmisség fogalmát. Az engedelmisség közjogi kötelesség, az állam és az állampolgár közötti alapvető politikai viszonyok része. **Itt egy fontos megállapításhoz érkezünk el. Ebből a felfogásból vezethető le a társadalmi szerződéselmélet koncepciója.** (A társadalmi szerződéselméletek ismertetésére a II. fejezetben kerül sor.) Szabó Imre kritikát fogalmaz meg a társadalmi szerződéselméletekre vonatkozóan. A hatalomnak való alávetési szerződés elnyomja az egyenlő emberek egyesülési szerződését. A szocialista alkotmányokban az állampolgár részese a hatalomnak. **Itt egy elméleti felvetés elejéig szeretnék megállni az elemélet ismertetésében egy kitérőt tenni.**

A közjogi szerződéselméletek mellett létezik egy másik államot létrehozó elmélet is, mégpedig az organikus államfelfogás. Véleményem szerint Werbőczy Hármaskönyve az organikus államfelfogásra épül. Röviden megvilágítanám az organikus államfelfogás jelentőségét. A magyar államot a Szentkorona testesíti meg, előrevetítve az elemzést az tekinthető szuverénnek. (A Szentkorona 1386-tól nemzetközi szerződés jogalanyává is vált, ezért említhetjük, hogy az államot a Szentkorona testesíti meg.) A mai állampolgárság úgy írható le, hogy a nemesség –majd 1848-tól a jogkiterjesztéssel minden magyar állampolgár – tagja a Szentkoronának. A nemesség tagjainak összessége konstruálja meg az államot.

Véleményem szerint Werbőczy Hármaskönyvének inverzének tekinthető az 1949.évi XX. törvény. (Hegedűs Géza író meggyőződése szerint Jókai Mór inverzének tekinthető. Az Európa közepén tízkötetes regényciklusában „romantikus realistiként” ábrázolja a Magyarország történetének alakulását a második világháború megelőző időktől.) Werbőczy Hármaskönyve a nemességnek biztosította a jogokat, a 1949-es alkotmány pedig a dolgozóknak biztosított jogokat. Mind a két esetben beszélhetünk jogfosztott rétegekről. 1848-ig nem tekinthettük teljes jogú polgárnak azt, aki nem rendelkezett nemességgel, 1949-et követően pedig a reakciónak minősített elemei a társadalomnak váltak jogfosztottá. A reakciós elemekbe a korábbi arisztokrata személyek (korábbi

nemesség) is beleértettek (uralkodó osztály). Ennek részletesebb részletes elemzése szétfeszítené a tanulmány kereteit.

[A dolgozat II. fejezetében ismertetném a közjogi és a magánjogi szerződéselméletek kialakulásának folyamatát. A közjogi és a magánjogi szerződéselméletben a Pacta sunt servanda elve közös distinkciót képez. Ezt az elvet Hugo Grotius dolgozta ki a közjogra és a magánjogra is érvényesen. A magánjogban ennek az elvnek a megjelenését követően beszélhetünk a szerződési szabadságról. Az állam rendelkezik a jog felett tétel gyakorlati megjelenése a kodifikáció a jog jogágakra tagolását. Ennek háttéréül a jog absztrahálódása szolgál. Ennek folyamatát vizsgáljuk meg a dolgozat II. fejezetében.]

A kitérőt követően ismételten az állam rendelkezik a jog felett distinkcióhoz. Szabó Imre szerint a kényszerítő erő a jog része, az állam társítja a joghoz. A következőkben érkezünk el az elmélet jelen tanulmány szempontjából leglényegesebb részéhez. (A teljesség kedvéért célszerűnek találtam a könyv teljes állam és jog viszonyával kapcsolatos részét röviden összefoglalni.) Szabó Imre is felteszi azt a kérdést, hogy a jog jelent-e meg elsődlegesen vagy az állam?

Szabó Imre a kérdést negatív meghatározással közelíti meg. Nem ért egyet az Austin-féle meghatározással, amely szerint a jog az állam parancsa. Nem tekinthető célravezetőnek az a meghatározás, hogy az állam a jog szolgája kell, hogy legyen.

„A konkrét elemzés eredményeképpen azt lehet mondani, hogy az állam és a jog funkcionális egységben vannak egymással; az egyik feltételezi a másikat, egyik fogalmi eleme a másiknak.”^[71] **Az állam társadalmi viszonyokat tükröz vissza jogként.** (Ebben a definícióban benne rejlik az állam jog felett való rendelkezésének tétele. Megítélésem szerint e tétel részletesebb megvizsgálást a szuverenitás fogalmának tükrében lehet részletesen elvégezni.) Egyes elemzések szerint a politika a jog felett domináns erővel rendelkezik. Szabó Imrénél a politikai viszonyok egyszintűek a joggal, jogviszonyokkal. Pokol Béla jogréteg elméletét hozzátéve a könyvben kifejtett állásponthoz, azt mondhatjuk, hogy az új jogi normát be kell illeszteni a jogdogmatika rendszerébe, rétegébe, meghatározott jogdogmatikai modellt, a többpártrendszer kialakulásával jogdogmatikai modelleket kell alkotni egy jogi norma jogrendbe való beillesztésekor. Amíg a szokásjog bírt meghatározó erővel, addig a jogot nem a jogalkotásra hivatott szerv, szervek, hanem a jogalkalmazást végző szervek állapítják meg. Ezek szerint, amíg az állam nem rendelkezett a jog felett, addig a jogalkalmazásra hivatott szervek állapították meg a jogot. A Szabó Imrénél kifejtett álláspont Paczolay Péter álláspontjához közelít. (Ebben az esetben, ha az állam fogalmát Paczolay Péter álláspontjához igazítjuk, ellentmondásba juthatunk abban a tekintetben, hogy a Római Birodalomban kodifikációs folyamatok zajlottak le.)

„A jogalkotás modern fogalma történetileg nemrégén jött létre, a modern államfogalommal együtt, a politikai államnak a társadalom gazdasági szervezetétől való határozott elkülönülésével, - már ahol ez létrejött és érvényre jutott.”^[72] A szocialista decizionista jogkonceptió Szabó Imrénél úgy mutatkozik meg, hogy a jogalkalmazást a jogalkotás alá kell rendelni.

Zárásképpen érdemes megadni a Szabó Imre által meghatározott jog fogalmat. „... a jog fogalma nem más, mint a dinamikus általános-elvont jogviszony megmerevedett, statikus kifejeződése.”^[73]

Szabó Imre jog és állam keletkezésére adott magyarázatát úgy lehet röviden összefoglalni, hogy először az eseti jog jelent meg, azt a precedens jog váltotta fel, végül a fejlődésben megjelent az állam fogalma vagy az államilag alkotott jog. (Szétfeszítené a tanulmány kereteit, ha a Szabó Imre által kidolgozott elméletet rávetítenénk az angolszász jog és a kontinentális jog fejlődésére, és a jogtörténet megállapításaival összekapcsolva az elemzést, megpróbálnánk alátámasztani a fent említett állítás igazságát.)

A kérdés nyitott maradt azt illetően, hogy beszélhetünk-e már államilag alkotott jogról az ókori Rómában?

Álláspontom szerint a nyitva maradt kérdésekre akkor tudunk választ adni, ha az állam fogalmának elemzését a szuverenitás fogalmának megjelenésével, definiálásával, jelentésváltozásainak ismertetésével egészítjük ki. (A vizsgálódást mindenképpen el kell végezni, hiszen fentebb feltételt alkalmaztunk, hogy csak abban az esetben beszélhetünk államról, ha előbb beszélhetünk a szuverenitás fogalmáról is. Nem lenne teljes értékű az állam fogalmának ismertetésére, meghatározására irányuló elemzés, ha a szuverenitás fogalmát nem vonnánk be a vizsgálódásunk körébe.) **Ha ily módon járunk el véleményem szerint elkerülhető a hibás körben való forgás. A szuverenitás fogalmának megvizsgálása előtt, véleményem szerint érdemes a fenti kérdés megválaszolására (ti. az állam jelent-e meg elsőként vagy a jog, esetlegesen az állam és a jog egyszerre alakult ki) egy másik kísérletet is tenni.**

Az állam és a jog összefüggésének vizsgálata az elmúlt években megjelent államelméleti és jogelméleti munkákban egyre nagyobb jelentőséggel rendelkezik.

Pokol Bélánál a Jogelmélet diszciplína kereteinek, határainak meghatározásánál merül fel az állam és a jog kapcsolata.^[74]

Az államelmélet diszciplína keretébe illeszkedő Államtan tantárgy oktatásához 2007-ben két kötetből álló tankönyvet adtak ki.^[75] A II. kötet tanulmányaira már hivatkoztunk az állam fogalmának ismertetésénél. A II. kötet az állam fogalmának meghatározásával, az állam, jog és a jogállam közötti összefüggés, kapcsolat vizsgálatával, a gazdaság és a jog közötti összefüggés elemzésével, valamint a jogállam modelljeinek ismertetésével, a szociális jogállam kérdéskörével foglalkozik. A jogállamiság mellett a kötetben a totális állam elméletére vonatkozó tanulmányok is helyet kaptak. **Az állam és a jog közötti kapcsolat**

vizsgálatához a második kötet Hatodik részéből: **Állam- jog- jogállam Tamás András: Állam és jog című tanulmányát választottam ki.**^[76] A tanulmány arra a kérdésre igyekszik választ adni, **hogyan tartozik egybe a jog és az állam?**

Tamás András szerint **a közös ismérv az állam és a jog fogalma között az akarat.** A két kategória fogalom közötti összefüggést a szerző úgy vizsgálja, hogy külön, quasi két halmazba gyűjti az államot és a jogot. Az állam és a jog meghatározásával kezdődik a tanulmány. A szerző a következőképpen definiálja az államot: „...*az emberi összetartozás tudatosságának, egyesítő akarat korlátozásának és érvényesítésének módja az állam és az a szabályrendszer, amelyet jognak nevezünk.*”^[77] (A definíció, majd a tanulmány ismertetését követően látjuk a fent említett B jellel ellátott definíciós halmazba sorolható.) Ebből a definícióból az következik, hogy egységét képez az állam és a jog. Az állam és a jog közötti kapcsolat meghatározását megelőzően azt a kérdést kell fölteni, hogy mi a jog? Tamás András szerint érdemes a jog fogalmat is jogágakra bontani, először azt a kérdést kell fölteni, hogy milyen jogról beszélünk Polgári jogról, Büntető jogról, Közigazgatási jogról?

Tamás András az állam és a jog kapcsolatára vonatkozóan három ismérvet emel ki: 1, kölcsönös előfeltételezettség, 2, kölcsönös igazolhatóság, 3, kölcsönös meghatározottság. A 1, kölcsönös előfeltételezettség azt jelenti, hogy nincs állam jog nélkül. A jogot az állam hozza létre. Meg kell állapítanunk, hogy ismételten az állam rendelkezik a jog felett tételhez érkezőnk. Véleményem szerint azonban ezen tételt akkor lehet ellentmondásmentesen (ti. nem mindegy, hogy Paczolay Péter állítását vagy Szilágyi Péter álláspontját vesszük alapul) distinkcióként alkalmazni, ha megvizsgáljuk a szuverenitás fogalmát is.

(A szuverenitásnál még az is kérdést, jelent a Nemzetközi jog – mint különös államtani tudomány - művelői körében, hogy Jean Bodin 1576-ban megjelent műve előtt is lehet-e szuverenitásról beszélni? E kérdést mindenképpen érdemes részletesen megvizsgálni.)

E felfogás kritikájaként említi Tamás András azt a tényt, hogy a jog fogalma alatt érthetjük a nem az állam által alkotott jogot is. A szokásjogot nem az állam alkotja. E tekintetben nem igaz a fent distinkcióként említett tétel, hogy az állam rendelkezik a jog felett. Tamás András azon példát hozza föl az állam rendelkezik a jog felett tétel cáfolására, hogy az állam fogalmát alkalmazhatjuk azon esetben is, amikor jogról nem beszélhetünk, az államot központos irányításnak fogjuk föl (egyszerű kifejezéssel jellemezve a katonai állam), ebben az esetben nem szükséges az érvényes és hatályos jogszabály megléte, a parancs is elégséges lehet az irányításhoz. **Ugyanakkor Tamás András leszögezi azon tételt, hogy a modern politikai államban nincs állam jog nélkül, és jog állam nélkül.** (A dolgozat II. fejezetében kitérünk a modern állam kiépülésének folyamatának vizsgálatára, a III. fejezetben pedig a jogállamiság vizsgálatát végezzük el.) **A szerző azon kérdés vizsgálatát végzi el, mint Szabó Imrénél láttuk, hogy az**

állam keletkezett-e előbb (és az rendelkezik a jog felett (ezen utóbbi állítás, már a kérdés saját distinkcióval való megtoldását jelenti) vagy az államnak a jogrendszere keletkezett elsődlegesen. (Ez utóbbi – második tagmondatban szereplő kérdés véleményem szerint Moór Gyula államról adott definíciójához áll közelebb.) Tamás András feltételt alkalmaz, nevezetesen nincs állam jog nélkül. (Már korábban említettem álláspontomat, hogy az állam fogalmát a szuverenitás fogalmának vizsgálata nélkül megadni hibás kört, circulus vitiosus eredményezhet. Gondolok itt arra az esetre, ha Paczolay Péter államfogalmát vesszük alapul és az államot a 16. századi abszolút monarchiák megjelenésének idejére helyezzük el térben és időben, abban az esetben aligha beszélhetünk arról a tételről, hogy az ókori Római Birodalomban az állam rendelkezett a jog felett. A második fejezetben a modern állam megjelenésének folyamatát kell megvizsgálni. Tamás András Moór Gyula álláspontjához áll közelebb, melynek értelmében az állam önálló jogrendszert hoz létre, az állam a jogrendszerével legitimálja magát. Véleményem szerint ebben az állításban benne rejlik, az állításból „kiértetődik” az állam rendelkezik a jog felett tétel is. Ahogyan Szabó Imrénél is idézni kellett a világos álláspont kialakításához a jog fogalmát, úgy Tamás András tanulmányának ismertetésénél sem mellőzhetjük a jog fogalmának ismertetését. Tamás András interpretálásában a következő jogra adott definíciót olvashatjuk:

„a jog a társadalom, az ország általános magatartási szabályainak összessége, amely kötelező valamennyi állampolgárra, s mindazokra, akik az ország területén jelen vannak. Az a magyarázat, amely szerint jog minden állami szervet is kötelez, a későbbi jogállamiság elképzeléséhez tartozik.”^[78](Előrevetítve a korábbi elemzést (III. fejezetben végezzük el az állítás igazolását, alátámasztását) az idézet állításban azon tétel is benne rejlik, hogy a modern államban (amely szükségképpen jogállam is kell, hogy legyen) az állam rendelkezik a jog felett tétel megfordítását is láthatjuk, nevezetesen arról beszélhetünk, hogy a jog rendelkezik az állam felett. A harmadik fejezetet megelőzően a második fejezetben a modern állam kialakulásának folyamatát vizsgáljuk.) **Tamás András és Szabó Imre álláspontja között közös nevezőt találunk abban a tekintetben, abban a tekintetben, hogy a jogalkotás során [az állam] a társadalmi viszonyokat jogviszonyokba foglalja. Tamás András interpretálásában azonban a jogviszonyok nemcsak a természetes személyekre és a jogi személyekre nézve kötelezőek, hanem az államra és különféle szerveire is kötelező erővel bírnak. Tamás András szerint minden állam jogalkotó államnak tekintendő, minden állam fönntart létrehoz egy jogrendet. Ebből az állításból ismételten azt a distinkciót olvashatjuk ki, hogy az állam rendelkezik a jog felett. Tamás András ugyan nem foglal állást abban a tekintetben, hogy az állam fogalma időben (ha úgy tetszik számegegyenesen, időegyenesen ábrázolva) mikor jelent meg, de az államra, mint kategóriára, fogalomra adott meghatározásából arra, következtethetünk, hogy a szerző közös nevezőre jut a Hans Kelsen által kifejtett állásponttal, nevezetesen az állam és a**

jog azonosságát vallja. Ez így sarkosított megfogalmazás vegytiszta formában inkább a Kant-féle állásponthoz (abból quasi „gyököt vonva” Rousseau felfogáshoz érkezünk), jutunk vissza, nevezetesen az állam emberek sokaságát jelenti, akik az államban egységes akaratként jelennek meg (általános akaratként (az általános akarathoz a népszuverenitás fogalmának megjelenése, kidolgozása is társul), ha úgy tetszik népakaratként jelennek meg. Az állam az egyes akaratok, valamint a közösség csatlakozása által kifejtett népakaratot, általános akaratot (voluntaé general), a jog által, mint szabályrendszer által korlátozza. (Majd John Locke műveinek elemzésénél látjuk, hogy az alapjogok vagy pontosabb terminológiával emberi jogok a feudális uralkodó hatalmának korlátozása céljából jelentek meg. **Egy rövid kitérőt véleményem szerint érdemes tenni a természetjog eszméje, majd a későbbi alapjogok fejlődéstörténetére vonatkozóan.**

A kitérőt igyekeztem röviden ismertetni, „rövidre fogni”, ezért az alapjogok fejlődésére vonatkozóan egyszerűsített és kissé sarkosan megfogalmazott álláspontot fejtenék ki.

Korábban az uralkodó hatalmát az „isteni jog” (újabb kifejezéssel élve természetjog) korlátozta (például: Jean Bodin: Az államról című művében), John Locke elméletétől kezdve megjelennek az alapjogok is. Ez azt jelenti, hogy az abszolút uralkodó nem tehet meg mindent – szemben a despotikus uralkodóval (Závodszy Géza összehasonlítása.^[79]) A despotikus és az abszolút monarchia közötti különbséget legtisztábban Báró Eötvös József: A XIX. század uralkodó eszméinek befolyása az álladalomra című művében lehet felfedezni. Az abszolút uralkodó hatalmát az alapjogok vagy emberi jogok korlátozzák. [(Az abszolút monarchia korában alakulnak ki az ún. I. generációs alapjogok (szabadságjogok). A II. generációs jogok képezik az állampolgári jogokat, melynek megjelenése a XIII. Leó 1891-es „Rerum Novarum” kezdetű enciklikáját követően jelentek meg. E követelésből bontakozott ki a szociális állam (később a XX. századi fejlődés során jogállam) koncepciója. A III. generációs alapjogok „modern találmányt” jelentenek. (Álláspontom szerint az alapjogok osztályozásánál kronologikus sorrendet érdemes követni.) Ezek a jogok az egész emberiséget átfogják, példaként említhető e körben az egészséges környezethez való jog. A magam részéről ellentétes felfogásban vagyok a Sári János – Somody Bernadette-féle alkotmányjogi tankönyv felfogásával, amely az alapjogok generációkba sorolásánál nem kronologikus sorrendet követ, például a tankönyv a betegjogokat a III. generációs jogok közé sorolja.)] ***Pokol Béla** szerint a feudalizmusban a természetjog eszméje jelentette a korlátot az abszolút uralkodóval szemben. A későbbi fejlődés során a jogpozitivizmus fejlődése háttérbe szorította a természetjog eszméjét. A természetjog eszméje a II. világháborút követően a Nürnbergi-perekben került újra felfedezésre (Gustav Radbruch: Öt perc jogfilozófia). A háborús bűnösöket a természetjog eszméjére és főként az igazságosságra alapozva ítélték el. A természetjog eszméje az 1950-es években*

átalakult ún. alapjogokká.^[80] Az alapjogok nagy része pozitíválódott, az emberi jogokat a kartális alkotmányokba foglalták. (Az 1970-es évektől az emberi jogokra hivatkozva igyekeztek meggyengíteni a Szovjetuniót.)

Az alkotmány szerkezetére, felépítésére, „műfajára” vonatkozó előírások azonban nem engedik meg a részletes, terjedelmes szabályozást. Ennek következtében az alapjogok tartalmát nem pontosították részletes (szektorális) törvényekkel.

Az alapjogokra való hivatkozás 1950 és az 1970 – es évek végéig igen jelentős emelkedést jelentett (ezt a korszakot az „alapjogi forradalom” kategóriával lehet jellemezni) mind a kontinentális, mind az angolszász országokban. Az „alkotmányjogiasítás” és az angolszász jogrendszerekben a „perlési politizálás” (a perlési politizálás jelensége a precedens rendszerhez kötődik) jelensége vált meghatározóvá. Az „alkotmányjogiasítás” jelensége egyaránt jelentkezett az angolszász és a kontinentális jogrendszerben is. „Az alkotmányjogiasítás” jelensége azt jelenti, hogy a kartális alkotmányokban többnyire néhány mondattal rendezett (morális töltettel^[81]) felvértezett alapjogokat a törvényhozással szemben korlátként igyekeztek megjeleníteni. Az alapjogokkal ellentétes tartalmú törvény (jogszabály) nem alkotható meg. Igen ám az alapjogok tartalmi kereteit vagy a legfelsőbb bírói fórum bírái vagy a különbíróként (speciális) bíróságként az alkotmány értelmezésére jogosult alkotmánybírók bírái határozzák meg. Pokol Béla szerint a francia forradalom időszakában keletkezett terror és az 1917-es októberi forradalom időszakában véghezvitt terror is az alapjogokra vagy emberi jogokra vezethető vissza. Az alapjogok háttérében ugyanis absztrakt morális elvek állanak.^[82]

A kitérőt követően ismertetném a második ismérvet az állam és a jog kapcsolatára vonatkozóan. A második ismérv alatt a kölcsönös igazolhatóságot értjük. Tamás András mint említettem a Moór Gyula államról adott bővebb, összetettebb definícióhoz közelít, amikor leszögezi, hogy minden államnak kell, hogy legyen saját jogrendszere. A jogi szabályok (amelynek összessége a jogrendszer) a társadalom szabályozott rendjét írják elő. A jogrendszer fogalma azonban tágabb, mint Moór Gyulánál, ezért nem beszélhetünk maradéktalanul az állam rendelkezik a jog felett tétel igazságáról. Tamás Andrásnál ugyanis a jogrendszer lehet kodifikált jog, amely az állam rendelkezik a jog felett állítás gyakorlati megjelenését jelenti, valamint lehet szokásjog is. A szokásjogot nem az állam alkotja. Tamás András megítélésem szerint utal az autopoezis jogkonceptióra is. Ez esetben az állam nem rendelkezik a jog felett, a jog önmagától fejlődik. Pontosabban abban, az esetben, ha egy országban szokásjog van érvényben a jog a bírói jogfejlesztés (bírói kazuisztika vagy Pokol Bélánál konkretizáló bírói réteg, igen ám, de az elméletben az 1800-as évektől alakul ki, a többszintű, végrehajtástól elkülönült bírósági (igazságszolgáltatás a közigazgatástól elkülönült független (csak a törvényeknek

alárendelt) harmadik hatalmi ág), szervezetrendszer kialakulásával jelenik meg) által fejlődik. Ezen álláspont lényegében azonos Szabó Imre felfogásával, amelynek értelmében elsőként a szokásjog jelent meg, majd a precedens jog és végső soron alakult ki az államilag fejlesztett, alkotott jog. (Ezen állítás igazolásához véleményem szerint részletesebben kellene tanulmányozni a Common law fejlődéstörténetét.)

E tétel azonban azt igazolja, hogy a jog előbb jelenik meg mint az állam. **Megítélésem szerint azon álláspontból, hogy az államot a jog törvényesíti, jogot az állam törvényesíti, amely a kölcsönös igazolhatóságot jelenti, előrébb nem lépünk azon kérdést illetően, hogy az állam jelent-e meg előbb vagy a jog, esetlegesen a kettő egyszerre alakult ki. Ebből az állításból arra tudunk következtetni, hogy Tamás András az állam és a jog egységének elvét vallja. A harmadik ismerv a kölcsönös meghatározottság.** Ezen ismerv elemzésénél ismételtelen az állam rendelkezik a jog felett distinkcióhoz érkezőnk. Minden jogszabályalkotás az államiság kifejezése, az állami akarat előírása. Ezen állítás véleményem szerint egyértelműen alátámasztja az állam rendelkezik a jog felett distinkciót.

Az állam és a jog közötti összefüggés meghatározására a szerző az alkotmányosság kategóriáját hozza be. Alkotmányosság alatt azt értjük, hogy egy önálló államnak általánosan érvényes szabályok szerint rendezett, elfogadott kapcsolatrendszere van az egymáshoz tartozók számára. Az alkotmányosság e szerint az országban alapvetőként érvényesíthető hatalmi helyzet szabályossága. A jogrend azonos az alkotmányos renddel. A jogrend egy államra jellemző rend. A jogrend definíciójánál ismét az állam rendelkezik a jog felett tételhez érkezőnk. Az alkotmányosság fogalmánál fentebb felmerült, hogy minden államnak van-e alkotmánya. Véleményem szerint a kérdés megválaszolásához az egyes államelméleti szerzők álláspontját és a különös államtan Alkotmányjog diszciplína eredményeit is segítségül kell hívni. Kérdésként merül fel még, hogy az önálló állam fogalma alatt szuverén államot értünk-e, ugyanis fentebb feltettük, hogy csak azon politikai közösség tekinthető államnak, amely szuverén is egyben. A kérdés megválaszolásához meg kell vizsgálni a szuverenitás fogalmát.

Tamás András elismeri, hogy a szuverenitás fogalmát Jean Bodin dolgozta ki és a szuverenitás fogalma az alkotmányosság fogalmának szükségképpen elemét képezi. Tehát egyszerűsítve az állítást alkotmányosság nélkül nincs szuverenitás. Venn Dicey politikai és jogi szuverenitást különböztetett meg.

Politikai szuverenitás alatt a jog által nem korlátozható felelősséget értünk, jogi szuverenitás alatt a parlament törvényalkotásában megnyilvánuló hatalmat értünk. E felfogás John Austin felfogásán alapul, e tétel szerint jog a szuverén parancsa. Austin elméletében a parlamenti szuverenitás koncepciója bontakozik ki.

Megítélésem szerint az állam pontos fogalmának meghatározásához érdemes a szuverenitás fogalmát elemezni. Tamás András is azon álláspontra jut,

amelyet fentebb feltételként alkalmaztunk, hogy nincs állam szuverenitás nélkül. „Minden állami rend egységes alapja az államszuverenitás, amely az állam politikai és jogi rendjében ölt testet: semmi sem történhet, amely nem alkotmányos és nem törvényes.”^[83]

Szabó Imre és Tamás András elméletében azonosságok is kimutathatóak. Az egyik azonosság, hogy előbb keletkezett a jog és azt követte az állam megjelenése. Az állam rendelkezik a jog felett distinkció, az állam a társadalmi viszonyokat jogviszonná transzformálja. Tamás András elmélete azonban eltér egy igen jelentős dologban a fent ismertetett elmélettől, nevezetesen az utóbbi elméletben a szerző elfogadja és a modern állam szükségképpen követelményének (megjelenési formájának) is tekinti a jogállamiság eszméjét. Az állításokból arra következtethetünk, hogy a modern állam jogállam is egyben. Kérdésként merül fel, hogy jogállamban megfordítható-e az állam rendelkezik a jog felett distinkció oly módon, hogy azt jelentjük ki, hogy a jog rendelkezik az állam felett. (Az állítás igazolását és a distinkció vizsgálatát végezzük el a harmadik fejezetben.)

D.) Az antik és a középkori államelméletek kategorizálása, osztályozása

Szándékosan hagytam a fejezet végére, mintegy lezárásként a B halmaz elemeinek vizsgálatát. (Fentebb az államok definiálásánál már említettem, hogy két egymást metsző halmazba csoportosítottam az államra vonatkozó definíciókat. A B halmazba azon definíciók kerülnek, amelyben az egyesülés, integráció elve szerepel, illetve az állam fogalma főként úgy jelenik meg, hogy az állam a tagjainak közösségét jelenti.) A legutóbb Tamás Andrásnál kifejtett (Kant-féle) definíció is a B halmaz elemeibe sorolható. Az A halmaz elemeit vizsgálva felírunk egy egyszerűbb (amelyben nincs benne a jog fogalma (az állam meghatározott terület, népesség feletti főhatalom)) és egy összetettebb definíciót (amely egy jogrendszer előzetes fennállását működését feltételezi, mielőtt államról beszélhetnénk). Az összetettebb definíciót Moór Gyula, Szabó Imre, Tamás András műveiben találtuk meg.

A B halmaz elemei a fent már ismertetett két A halmazba tartozó definícióktól eltérően határozzák meg az állam fogalmát. A B halmaznak az a sajátossága, hogy az állam fogalmát a tagjainak a közösségében jelöli meg. Az állam tagjai mai kifejezéssel élve az állampolgárok közössége együttesen adja meg az államot. Ahány tagja van az államnak, az állam annyi részre osztható. Minden tag egy meghatározott hányadát, részét képezi az államnak, sokan hozzáteszik az állam hatalmának. Az elméleti szerzők közül sokan hozzáteszik, hogy az állam a tagjainak közös akaratából tevődik össze, ez képezi az általános vagy állami akaratot. Az általános akarat az egyéni akaratok összességét jelenti.

A hatalmat annyi részre lehet felosztani, ahány része van az államnak. Ebből szükségképpen következik, hogy mindenkinek egyenlő hatalma van. Egyesek a szabadság terminológiáját alkalmazzák. Minden egyesnek egyenlő szabadsága kell, hogy legyen, cselekedetemmel a másik tag szabadságát nem sérthetem. Bárány Eötvös József: A XIX. század uralkodó eszméinek befolyása az álladalomra című művében alkalmazott terminológiát alapul véve, úgymond mondhatnánk, hogy minden tagját az államnak egyformán kell alárendelnie a közösségnek vagy az államhatalomnak. Eötvös József hivatkozott művében megkülönbözteti a formális és a materiális egyenlőséget is. A formális egyenlőség a jogegyenlőséget, a materiális egyenlőség a tényleges vagyoni egyenlőséget jelenti. (Az itt kifejtett elmélet jelentős leegyszerűsítést jelent. A definíció ideológiai háttérét adó egyes elméleti szerző műveit majd részletesebben mutatom be.

A római jogászok államra adott definíciója a B halmaz elemeibe sorolható. Az államot a rómaiak a római polgárok közösségével írták le, erre alkalmazták az SPQR megjelölését. A B halmazra, amelyben a definíciók úgy ragadják meg az államot, hogy az állam az állampolgárok közösségéből áll, azt is mondhatjuk, hogy ez az elmélet az organikus államfelfogást jelenti. „*A társadalom olyan mint egy élő fa.*”^[84] Az elméletet Menenius Agrippa-tól eredeztetik, aki szerint a társadalom az állam egy hatalmas organizmus. Az államot testnek lehet felfogni. A középkorban a kánonjogászok fejlesztették tovább az organikus államfelfogást, a kánonjogban található meg a *persona ficta*, képzelt személy fogalma. Az organikus államfelfogás jelen van az ókori gondolkodóktól a XX. századig. Az organikus államfelfogást még a szociológia tudománya is alapul vette. „*Egyes liberális szociológusok is azt tanítják, hogy a társadalom egy nagy organizmus /pl. Spencer, de mások is/. Állat és társadalom párhuzamba állíthatók, utóbbinak az individuumok a sejtjei.*

A társadalmi organizmus annyiban tér el az állattól, hogy emennek sejtjei csak részei az egésznek, önálló létük elképzelhetetlen. [Tehát ebből a felfogásból az következik, hogy állam nélkül az emberek nem tudnak békében élni. Ezen álláspont akár Thomas Hobbes által kifejtett állásponthez is hasonlítható.] A társadalom sejtje az individuum ezzel ellentétben önálló életet él. A liberálisok organikus államfelfogása így az individualizmus alapján áll. A század első felében a társadalmi harmóniát és egységet eleve adottnak, magától értetődőnek tartják. A század vége-felé már szükség van az organikus tan bizonyító erejére is.”^[85] Az organikus államfelfogásra épül a középkori uralkodók hatalmának legitimációjául szolgáló király két testének koncepciója. Az organikus államfelfogás elméletének egyik legtisztább példája a magyar jogban kimunkált Szentkorona-tan vagy Szentkorona-eszme, amely egyben államfogalmat is jelöl. A Szentkorona államfogalmat is megtestesít. A Szentkorona az államnak a királyi hatalom felett álló jelképét jelenti. A Szentkorona államterületet is jelent, a Szentkorona tagjainak meghatározott száma van, így kialakul a meghatározott népesség is. A Szentkorona birtoklásához meghatározott hatalom is társul.

„Határozottan a magyar államot jelöli a XIX. században is a szentkorona vagy magyar korona...”^[86]

Az organikus államfelfogást is metszi véleményem szerint a szuverenitás fogalma. A magyar jogban véleményem szerint a népszuverenitás eszméje oly módon jelent meg, hogy a Szentkorona tagságát az „áprilisi törvényekben” kiterjesztették azokra is, akik nem voltak nemesek.

Véleményem szerint az organikus államfelfogás elméletével szemben egy másik elmélet is elindult az ókorból, mégpedig a természetjog-eszméje. Megítélésem szerint a természetjog eszméje áthatja a közjogot és a magánjogot is. A természetjog eszméje áll a háttérben a közjogi vagy társadalmi szerződéselméleteknek, amelyre egyes szerzők az állam keletkezését visszavezetik. Az állam vagy korábban az uralkodó a társadalmi szerződéselmélettel legitimálja magát. A társadalmi szerződéselmélet elméleti kidolgozásához véleményem szerint a természetjog eszméjének fejlődése áll a háttérben. A természetjog eszméje az ókori görögöknél jelent meg és Pokol Béla álláspontja szerint tovább él az alkotmányos alapjogokban.

Véleményem szerint az ókorban két államelmélet „indult el a fejlődés útján” egymással párhuzamos módon. Az egyik a természetjog eszméje, melyből kialakultak a szerződéselméletek, a másik pedig az organikus államfelfogás. Véleményem szerint a két elmélet a reneszánsz korstílus idején az államelméleti szerzők idején kapcsolódott össze.

Véleményem szerint az államról alkotott pontosabb kép kialakításához célszerűnek látszik a szuverenitás fogalmát elemezni, valamint az egyes államelméleti szerzők írásai alapján felvázolni a társadalmi szerződéselméletek kialakulását (Platón: Az állam, Törvények I-II, Arisztotelész: Politika, Cicero: Az állam, Szent Ágoston: Dei civitatis Dei Isten városáról, Aquinói Szent Tamás: A teológia foglalatja, Machiavelli: A fejedelem, Jean Bodin: Az államról, Thomas Hobbes: Leviatán, Benedictus Spinoza: Teológiai és politikai tanulmány, alapján rekonstruálni az állam, John Locke: Értekezés a polgári kormányzatról, Rousseau társadalmi szerződés, Immanuel Kant: Az erkölcsök metafizikája. Az államelméleteknél véleményem szerint distinkcióként érdemes felfogni a természetjog eszméjét, legalábbis abból érdemes kiindulni. Érintőlegesen érdemes megvizsgálni a társadalmi szerződéselméletek kritikusaik műveit is Báró Eötvös József: A XIX. század uralkodó eszméinek befolyása az álladalomra és Henry Sumner Maine: Az ősi jog.

Irodalomjegyzék

1. Államelmélet I-II. szerkesztette: Takács Péter, Szent István Társulat, Budapest, 2007. A második kötet az kézirat 2005-ben tették közzé az ELTE honlapján
2. Állam-és jogtudományi enciklopédia A-J. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980 Az állam fogalma Samu Mihály írása
3. Bibó István: Válogatott tanulmányok 1935-1944 Magvető Könyvkiadó Bp. 1986
4. Bruhács János: Nemezetközi jog I. Általános rész Dialóg Campus, Budapest-Pécs, 2008-2009
5. Dr. Schilling J. A.: A bölcsészeti jogtudomány kézikönyve Werner Rudolf fordította. Franklin Társulat Budapest. 1880-
6. Dr. Sztodolnik László: Fejezetek: A politikai -jogi gondolkodás történetéből Kiadja: ELTE ÁJK Állam-és Jogelmélet Tanszék vezetője, Budapest, 1970,
7. Engels: A család, a magántulajdon és az állam eredete Magyar Helikon, 1970
8. Földi András- Hamza Gábor: A római jog története és intéúciói Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1996. hatodik átdolgozott és bővített kiadás.
9. Franz Oppenheimer: Az állam Révai Kiadás, 1912 Világkönyvtár sorozat sorozatszerkesztő Pogány József
10. Hamza Gábor: Az európai magánjog fejlődése A modern magánjogi rendszere kialakulása a római jogi hagyományok alapján Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2002.
11. Harszti György-Herczeg Géza Nagy Károly: Nemzetközi jog Tankönyvkiadó Budapest, 1982. harmadik kiadás
12. Horváth Barna: A jogelméle vázlata. Attraktor Kiadó Gödöllő-Máriabesenyő, 2004
13. Kincses László: Diplomáciatörténet Hvgorac Lap-és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2005.
14. Kisteleky Károly- Lövétei István - Nagyné Szegvári Katalin - Rácz Lajos - Schweitzer Gábor - Tóth Ádám: Egyetemes állam-és jogtörténet ókor- feudális kor Hvgorac, Bp., 1998
15. Mezey Barna-Szente Zoltán: Európai alkotmány és parlamentarizmustörténet Osiris Kiadó, Bp. 2003.
16. Moór Gyula: Bevezetés a jogfilozófiába Budapest, 1923. Zeidler Testvérek
17. Moór Gyula: Jofilozófia. Püski Kiadó, 1994
18. Paczolay Péter: Államelméletl. Machiavelli és az államfogalom születése Korona Kiadó Budapes, 1998.
19. Pokol Béla: Autentikus jogelmélet Dialóg Campus,2010
20. Pokol Béla: Jogelmélet Rejtjel Kiadó Budapest, 2001.

21. Pokol Béla: Jogi alaptan. Rejtjel Kiadó, 2000
22. Pokol Béla: Jogszociológiai vizsgálódások, Rejtjel Kiadó, Budapest, 2003
23. Pokol Béla: Szociológiaelmélet Társadalomtudományi Trilógia I. kötet. Századvég Kiadó, 2004. 220. o.
24. Pokol Béla: Társadalomtudományi Trilógia Szociológia, jogelmélet, politikaelmélet Internetes Előadások. Telemedai Network Bt., 2008.
25. Práger László: A világ (gazdaság) és Magyarország a XXI. század elején Unió Kiadó, 2003.
26. Sári János-Somody Bernadette: Alapjogok alkotmánytanII. Osiris Kiadó 2008.
27. Szabó Imre: A jogelmélet alapjai Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971
28. Szathmáry Béla: A zsidó jog alapjai Századvég-Lux Budapest, 2003
29. Szilágyi Péter: Jogi alaptan. Nemzeti Tankönyvkiadó, 1994
30. Tóth J. Zoltán: A természetjog szükségszerűsége avagy miért nélkülözhetetlen a természetjog az emberi társadalom létrejöttéhez? In.: Jogelméleti Szemle 2005/2.szám
31. Varga Csaba: Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról Osiris Kiadó, Budapest, 1998.

^[1] Kézikönyv. 198.o.

^[2] Oppenheimer: Az állam fordította Sebestyén Ede Révai Kiadás 1912, 12.o.

^[3] Uo. 6.o. (Pogány József bevezetője)

^[4] Moór Gyula: Bevezetés a jogfilozófiába Budapest, 1923 Zeidler testvérek. 219.o. Moór Gyula: Jogfilozófia Püski Kiadó, 1994. 200.o.

^[5] Pokol Béla: Jogi alaptan. Rejtjel Kiadó 2000. 62.o. A szokásjogi normákat felváltja az államapparátus által alkotott pozitív jog. Jean Bodin is e tételre építette fel az uralkodói szuverenitás elméletét. Pokol Béla: A jog elmélete Rejtjel Kiadó, 2001, 208-209.o. [A továbbiakban: Jogelmélet]

^[6] Horváth Barna: A jogelmélet vázlata Attraktor Máriabesenyő-Gödöllő, 2004 24. fejezet Jog és állam 172.o.

^[7] Jogközösség akár lehet akár két ember is vagy egy család uo. 50.o.

^[8] Uo.176.o.

^[9] „Kodifikált egy tudományág, ha ismeretanyagát nagymértékben szintetizálták átfogó tételrendszerekbe, így a mindenkori újoncnak nem ezernyi apró tényanyag elsajátításán keresztül kell birtokba vennie diszciplínája felhalmozott tudáskincsét.” In.: Pokol Béla: Szociológiaelmélet Társadalmi Trilógia I. Századvég Kiadó 2004. IX. fejezet: A tudomány mint professzionális intézményrendszer 220.o. [A továbbiakban Szociológiaelmélet]

^[10] Állam és jogtudományi enciklopédia Akadémiai Kiadó Budapest, 1980 főszerkesztő Szabó Imre Előszó [a továbbiakban: enciklopédia]

^[11] Enciklopédia 49.o. Az állam fogalma A tanulmányt Samu Mihály írta

^[12] Uo.

^[13] Sári János- Somody Bernadette: Alapjogok Alkotmánytan II. Osiris, Bp. 2008. 18. fejezet 252-258.o. [A továbbiakban: Sári- Somody]

[14] Bibó István: Válogatott tanulmányok 1935-1944 első kötet magvető könyvkiadó. 1986. 12.

tanulmány: Kényszer, szabadság és a helyes jog

[15] Az autopoezisre épülő elmélet ismertetésénél a Szociológiaelmélet 88-95. oldalig terjedő részeire támaszkodtam és Varga Csaba: Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról Osiris Kiadó Budapest, 1998. Függelék VII. Autopoezis és a jog bírói újratermelése [A továbbiakban: Előadások], valamint Bóka János: Autopeézisz és hierarchia című írását vettem alapul, amely a Jogelméleti Szemle 2000/3. számában jelent meg.

[16] Szociológiaelmélet 88-89.o.

[17] Uo.90.o.

[18] A szociológia a tényszerűség tudománya. A jogot a tényszerűség oldaláról is meg lehet világitani. A jogszociológiai kutatások a jogot, jogrendszert a tényszerűség oldaláról elemzik. A jogszociológia 1970-es években jelent meg egyetemi tantárgyként. Jogszociológiáról szűkebb és tágabb értelemben beszélhetünk. Szűkebb értelemben a normaszociológia egy adott jogszabály tényleges, a gyakorlatban, a mindennapokban vett érvényesülését jelenti. Tágabb értelemben az egész jogrendszert vizsgálat alá lehet venni. A jogrendszerre vonatkozó átfogóbb kutatások a jogrendszer-szociológiája körébe sorolhatóak. In. Pokol Béla: Jogszociológiai vizsgálódások Rejtjel Kiadó, 2003. I. fejezet: A jogszociológia szemléletmódja 9-13.o. [A továbbiakban: Jogszociológia]

[19] Az állítás részletes kibontása, elemzése olvasható a Jogelmélet 208-211. oldalig. Az állam jogfeletti rendelkezésének ellentéte is olvasható a 211. oldalon. A XX. század végétől a neoliberalis állam jegyében az állam háttérbe szorul, egyre több állami tevékenységet a magánfelek látnak el. A jog feletti állami rendelkezés formái alatt (szűkebb értelemben) az abszolút államtól a liberális állam megjelenéséig terjedő folyamatot jelenti.

[20] Jogszociológia 14-16.o.

[21] Moór Gyulánál azon állítás is felmerül, hogy az állam fogalma vizsgálható a jog fogalmának meghatározása nélkül, de az állam fogalma nem határozható meg, ha jog fogalmát nem ismertetjük.

[22] Varga Csaba: Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról Osiris Kiadó Bp., 1998. Függelék VII.

Autopoezis és a jog bírói újratermelése 358.o. [A továbbiakban: Előadások]

[23] Jogelmélet idézet 296 oldalról, összefoglalva a 294-302. oldalak.

[24] Kérdésként merülhet fel, hogy milyen összefüggés mutatható ki a jogdogmatikai fogalmak (pl.: kezesség, kötbér, foglaló, szándékosság stb.), fogalomrendszer és az államelméleti fogalmak (pl.: jogállamiság, szuverenitás, állam, stb.), fogalomrendszer között? A jogdogmatikai fogalomkészletet az egyetemi jogászság dolgozza ki. Véleményem szerint az államelméleti fogalmakat is az egyetemi jogászság alkotja meg. Kérdésként merülhet föl, hogy mennyiben mutatnak hasonlóságot a jogdogmatikai fogalmak és az államelméleti, „államdogmatikai” (meg lehet-e egyáltalán ilyen kategóriát különböztetni) [államtani] fogalmak. Diszciplináris szempontból megítélésem szerint mindenképpen két halmazt alkot az államelméleti fogalmak rendszere és a jogdogmatika rétegébe tartozó, a jogrendszernek fogalmi háttérét, hálóját biztosító jogdogmatikai fogalmak rendszere. Azon kérdés merül föl, hogy metszi-e egymást a két halmaz. **Van-e olyan jogelméleti fogalmi kategória, amely közös kategóriát képez az államelméleti fogalmi kategóriával is?** Olyan fogalmat keresünk, amely egyszerre jogi és „állami” (államtani) fogalom is egyben. Találomra kiválasztva egy fogalmat, esetlegesen a jogállamiság (joguralom) merülhet fel ilyen közös (metszetben lévő) fogalomként. A jogállamiság elemzésénél azonban választ kell adni arra a kérdésre, hogy egységet alkot-e a jog és az állam? Ezt a kérdést, „az állam rendelkezik a jog felett” állítás distinkciója mentén kell megválaszolni. E distinkcióból kétféle felfogás adódhat. Egyrészt az államot és a jogot egységnek felfogva találhatunk közös kategóriákat. A másik megközelítés érdekesebb, ha külön kategóriának tekintjük a jogot és az államot, akkor is lehetséges-e közös fogalmat találni? (A bevezetőben hivatkoztunk arra, hogy célszerű elkülöníteni egymástól – és külön diszciplinákra tagolni - az államelméletet és a jogelméletet.) Ha Pokol Béla Jogréteg elméletét tekintjük, akkor azt a következtetést vonhatjuk le, hogy **a jogdogmatika rétegébe nem tartoznak bele az államelméleti, államtani fogalmak, mert az államelmélet önálló diszciplinát alkot. Ebből következik, hogy beszélhetünk-e a jogdogmatika rétegéhez hasonlóan az államelméletre vonatkozó dogmatikai rendszerről? Sajnos a kérdések megválaszolása szétfeszítené a tanulmány terjedelmi kereteit, a kérdések megválaszolása önálló tanulmányban lenne lehetséges.**

[25] Előadások 360.o.

[26] Uo.366.o.

[27] Bóka János: Autopoezis és hierarchia In.: Jogelméleti Szemle 2000/3.szám.

[28] Uo.368.o.

[29] Enciklopédia

[30] Államelmélet II. kézirat XIII. fejezet az állam fogalma, e fejezetet Takács Péter írta a XIV. fejezet az állam jellegét tárgyalja. [A továbbiakban Államelmélet II.]

[31] Uo. XIV. fejezet.

[32] Práger László: A világ (gazdaság) és Magyarország a XXI. század elején Unió Kiadó Bp, 2003. 127- 146. o.

[33] Bruhács János: Nemzetközi jog I. Általános rész. Dialóg Campus Kiadó Bp. 2008-2009. 15.o. [A továbbiakban: Bruhács János]

[34] Az államra vonatkozó meghatározásokat egy nemzetközi egyezményben kidolgozott definícióval lehet bővíteni. Az 1933-ban elfogadott Montevideói Egyezmény szerint az állam állandó népesség, meghatározott terület, kormányzat, képesség arra, hogy más államokkal kapcsolatba lépjen.

[35] Haraszti György .- Herczeg Géza- Nagy Károly: Nemzetközi jog (szerk.: Haraszti György) Tankönyvkiadó, Bp., 1982 80.o.

[36] Az elemzés elkészítése során Szilágyi Péter: Jogi alaptan Nemzeti Tankönyvkiadó 1994-ben megjelent művére támaszkodtam. [A továbbiakban: Szilágyi]

[37] Szilágyi 49.o.

[38] Engels: A család, a magántulajdon és az állam eredete Magyar Helikon Kiadó 1970, V. fejezet (Az athéni állam keletkezése) 144.o.

[39] Szilágyi 139.o.

[40] Szilágyi 71.o.

[41] Szilágyi 76.o.

[42] A zsidó jogban a vallási norma fogalmával elválaszthatatlan egységet alkotott a jogi norma fogalma is. „A zsidó alaptörvény erkölcsi és rituális parancsolatokat is tartalmaz, ugyanis a törvény az Istennel kötött szövetség minden területére kiterjed.”(In.: Szathmáry Béla: **A zsidó jog alapjai Századvég-LUX, Budapest, 2003, 29.o.** A görög nyelvben nem volt önálló kifejezés a jog fogalmára, a nomos szó egyaránt magában foglalta a szokást is, dikaiion kifejezés jelentése csak az igazságos kifejezés jelentésére terjedt ki. A Kr.e. VIII. századi archaikus Róma társadalmában még nem határolódtak el vallási (fas), erkölcsi (mos) és jog normarendszerei. A vallási normarendszerről elsőként a szokásjog (consuetudo) vált le. Quasi pozitív jogként értékelhető a Kr.e. 451-450-ben megalkotott XII. táblás törvény. „a XII. táblás törvény legtöbb rendelkezése már a Kr.e. V. században olyan éles, tiszta formában mutatja fel a jog mint önálló normarendszer sajátosságait, amilyenre egyetlen más ókori jogrendszerben sem találunk példát. Ezért mondhatjuk, hogy a jogot abban a formájában, ahogy azt a mai napig ismerjük, a rómaiak „találták ki”... (In: Földi András- Hamza Gábor: **A római jog története és intézményei Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1996. (hatodik átdolgozott, bővített kiadás) 27.o., tartalmi idézet, kiemelés 26-29.o.)** A jog fogalomra a ius szó jelent meg, amely azt a helyet jelölte, ahol a praetor törvénykezett. A köztársaság idején keletkezett a ius civile (ünnepélyesebben ius Quiritium kifejezés), amely a római jogot, a római polgárok jogát jelölte. A fas kifejezéssel jelölt vallási normarendszer alatt minden olyan magatartást értettek, amely az isteneket nem sérti. **A fas szabályainak egy része a császárkorban közjogi jelleggel is bírt, ez jelentette az isteni jogot.** (Majd látjuk a II. fejezetben Henry Sumner Maine leírásában, hogy voltaképpen a szuverenitást kidolgozó szerzők (elsősorban Jean Bodin, majd a „klasszikus társadalmi szerződéselméletek kidolgozói (Thomas Hobbes, John Locke, Spinoza) a természetjog, isteni jog kifejezéseket szándékos tévesztéssel alakították át az ókori rómaiak jogából, azon célból, hogy az abszolút uralkodó hatalmát legitimálják, mondván az uralkodó hatalma fölötti korlátot csak Isten jelenti. A további fejlődésben megjelent az erkölcs (közerkölcs) is korlátként.) A mos kifejezés alatt jelölték az erkölcsöt a rómaiak, amely még a szokást is magában foglalta. Ide sorolták a későbbi fejlődés során azokat a normákat, amelyek sem a ius, sem a fas normarendszerébe nem tartoztak.

[43] Paczolay Péter: Államelmélet I. Machiavelli és az államfogalom születése Korona Kiadó Bp., 1988. 129.o.[A továbbiakban: Paczolay]

[44] Paczolay: Bevezetés

[45] Paczolay: 115.o.

[46] Meg kell vallanunk, hogy a nemzetközi jog - mint különös államtani diszciplína - keletkezésére vonatkozó álláspontok sem egységesek. Két egymással ellentétes felfogás fogalmazódik meg a nemzetközi jog keletkezésére vonatkozóan. „Az egyik álláspont szerint a nemzetközi jog a XVI. század folyamán fejlődött ki, és az 1648. évi vesztfáliai békeében kristályosodtak ki alapelvei. A másik nézet szerint a nemzetközi jog egyidős az írott történelemmel, gyökerei visszanyúlnak az első civilizációk kialakulásának korszakáig. Leegyszerűsítve tehát azt kell eldönteni, hogy a mai nemzetközi jog 500 vagy 5000 éves múlttal rendelkezik-e.” (Bruhács János, (II. fejezet. **A nemzetközi jog története**). Az a felfogás, amely a nemzetközi jogot a vesztfáliai békétől eredezteti, azonos Paczolay Péter álláspontjával. „A modern állam kialakulása, azaz a területileg szervezett szuverén politikai közösség és a törvényes hatalom monopóliumát gyakorló szervezet kifejlődése a XV-XVIII. századra tehető. Az államok egyenlősége, mint a szuverenitás korolláriuma ekkor vált elfogadottá.” ”Ez az álláspont

ellentmond az 1976-ban kifejtett álláspontnak, mely szerint a szuverenitás fogalmi jegyeit a történelem során minden politikai közösség magán viselte. Az említett álláspont szerint a szuverenitás, az abszolút monarchiák korszakától eredeztethető. **Márpedig, ha az abszolút monarchiák korát megelőzően létrejött politikai közösségek nem rendelkeztek a szuverenitás fogalmi jegyével, abban az esetben nem beszélhetünk államfogalomról. (A fentiekben feltettük, hogy az államnak a szuverenitás fogalmi jegyével kell rendelkeznie.) Amennyiben ezt az álláspontot fogadjuk el, egyet kell értenünk Paczoly Péter államról adott felfogásával, miszerint az állam az abszolút monarchiák korában jött létre, azt megelőzően nem beszélhetünk államfogalomról.** A kiegyensúlyozottság elvére törekedve ismertetném a másik álláspontot is, amely a már hivatkozott 1976-os nemzetközi jogi tankönyv felfogásával azonosítható. *„A modern állam előtt is léteztek egymástól elkülönült, magukat közösségként meghatározó, politikailag szervezett közösségek, nevezetesen birodalmak, királyságok, városállamok stb., melyek elkerülhetetlenül kapcsolatba kerültek egymással még akkor is, ha egymást szükségképpen ellenségnek tekintették.”* (Bruhács János II. fejezet) Ennek az álláspontnak ellentmond azon tény, hogy az ókorban egymással párhuzamosan több politikai közösség állt fenn (India, Kína, amely a XVI. századtól került kapcsolatba az európai kultúrával). Az egymástól függetlenül létező politikai közösségek, de még az egymással kapcsolatban lévő „államok” (vagy politikai közösségek) sem ismerték el egymást egyenlőnek. Ebből következik, hogy nem beszélhetünk a mai nemzetközi jogban fennálló egyenlő szuverén államok elfogadásának elvéről, tehát a nemzetközi jog nem létezett az ókori civilizációkban. A szuverenitásról Jean Bodin elméletének megjelenését követően beszélhetünk. Márpedig ha ezt az állítást elfogadjuk, akkor az állam fogalmáról is csak a XVI. századot követően beszélhetünk. (Paczoly Péter állásfoglalásához érkezünk, ha ezt az érvelést igaznak fogadjuk el.)

^[47] Szabó Imre: A jogelmélet alapjai Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971. 100.o. 7. lábjegyzet. [A továbbiakban: Szabó Imre] *„a római birodalom alkonyán szintén kodifikációra került sor.”* Részletesebben jelenik meg ezen állítás Pokol Bélánál a Jogelméletben az 5.1. pontban az állam jog feletti rendelkezésének tételénél 208.o.: *„A jogi folyamatnak ebben a részében világos tendencia mutatható ki, és azt lehet látni, hogy ha a társadalom egy fejlettségi szintre eljut, akkor a jogi normák alkotásában egyre erősebb szerepet kap az átfogó közösséget szervező állam, és az államon túli tényezők háttérbe szorulnak. Ez a trend látható a római jog fejlődésében éppúgy, mint a középkori és újkori európai jogfejlődésben, de az észak-amerikai XX. századi jogfejlődés is mutatja az államapparátus szerepének gyors növekedését a komplexebb társadalmi viszonyok létrejötte után. A római jog fejlődésében a szokásjogi, majd jogtudósi jogfejlesztés után a császári hatalom szabad jogalkotása elismerésre talált, és a Digesták már tartalmazták a „Princeps legibus solutus”-tézist, amely a császár jogalkotó hatalmát jelentette. Ezzel a korai köztársasági Róma álamtól jórészt függetlenül létező joga egyre inkább a császári államapparátus által meghatározottá vált.”* A szerző Autentikus jogelmélet című művének (Dialóg Campus Budapest-Pécs, 2010) [A továbbiakban: Autentikus] IV. fejezetben egy jogtörténettel összekapcsolt jogelméletet olvashatunk. (A szerző célul tűzte ki a jogelmélet leszűkített kereteinek bővítését.) A többretegű jog rétegekre bomlásának megjelenését olvashatjuk ebben a fejezetben. *„... [a] Codex Theodosianus, a Keletrómai Birodalom császára, II. Theodosius által kiadott kódex már a tervszerű rendszerezés és célzatos megváltoztatások után szedte össze az e korszakig kiadott egyes császári rendeleteket, és az ő nevében az általa erre a célra felállított kodifikációs bizottság mint a jog felett szuverén módon rendelkező legfőbb állami hatalom alkotott belül átformálással egy átfogó kódexet. A jog ezzel az állam legfőbb hatalma által szabadon változtathatóvá vált.”*

^[48] Mezey Barna-Szente Zoltán: Európai alkotmány- és parlamentarizmustörténet. Osiris Kiadó Budapest, 2003. [A továbbiakban: Alkotmánytörténet]

^[49] Alkotmánytörténet 20.o.

^[50] Uo. 21.o.

^[51] Hamza Gábor: Az európai magánjog fejlődése (A modern magánjogi rendszerek kialakulása a római jogi hagyományok alapján Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2002. 141.o. 180. lábjegyzet.

^[52] Alkotmánytörténet 27.o.

^[53] Kincses László szerint a XVI-XVIII. században a diplomácia az uralkodók kezében összpontosul. A szerző véleménye szerint a feudális széttagoltsággal szemben a központosított hatalom alátámasztására születtek meg Maciavelli, Bodin, Grotius, Hobbes munkái, *„... melyek a központi államérek megalapozását a politikai egyensúly megteremtésének szükségességével, az ún. „természetes államhatárok” kiemelésével, a háború és béke jogának, a tengerek szabadságának és a nemzetközi szerződések kötelező erejének hangsúlyozásával támasztják alá.”* **Kincses László: Diplomáciatörténet. Hvg-Orac, Bp., 2005. (ELTE ÁJK Egyetemes Állam-és Jogtörténeti Tanszéke) IV. Diplomácia az újkor kezdetén a XVI-XVIII. sz.)** Kincses László azt az álláspontot képviseli,

hogy a nemzetközi jog alapjait a veszfáliai békét követően alkották meg, tehát a Nemzetközi jog közel 500 éves múltja tekint vissza.

[54] Kisteleki Károly - Lövétei István – Nagyné Szegvári Katalin – Rácz Lajos – Schweitzer Gábor – Tóth Ádám: Egyetemes állam – és jogtörténet Ókor –feudális kor. Hvgorac, Bp. 1998. I. rész: Az ókori állam és jog 1, fejezet Jogantropológia a társadalom és a jog őskora (Lövétei István). 9. oldal. [A továbbiakban: Lövétei István]

[55] Pokol Béla: Társadalomtudományi trilógia Szociológiaelmélet, jogelmélet, politikaelmélet Internetes előadások Telemédia Network, 2008, II. rész Jogelmélet és jogszociológia 1, A jog rétegei és fogalma 112.o.

[56] Lövétei. 15.o.

[57] Szociológiaelmélet 22.o.

[58] Lövétei István 19.o.

[59] Vö. Tóth. J. Zoltán: A természetjog szükségszerűsége avagy miért volt nélkülözhetetlen a természetjog az emberi társadalom létrejöttéhez? In.: Jogelméleti Szemle 2005/2.szám.

[60] Szabó Imre: A jogelmélet alapjai Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971. Második rész: A jog és az állam 95-193. oldalig. [A továbbiakban: Szabó Imre]

[61] Autentikus: Előszó. A Jogelmélet határainak tágítására már a szerző Középkori és újkori jogtudomány (Dialóg Campus, Budapest-Pécs, 2008) című munkájában is törekvéseket látunk. A jogelméletet igyekezett a szerző összekapcsolni a Büntetőjoggal és a Magánjoggal, mégpedig oly módon, hogy a mű utolsó két fejezetét a magánjogtörténeti és büntetőjogtörténeti elemzések képezik. Az Autentikusban a 2008-ban kitűzött törekvések folytatódnak. Pokol Béla az 1945-1990-ig terjedő korszakot a decizionista jogkoncepció korának nevezi. Jogelmélet:354-365.o. A jog fogalmát leszűkítették az állami döntés fogalmára, jog az, amely a jogszabályszövegekben (szövegrétegre szűkült le a jog) megjelenik. Ezt a decizionista jogkoncepciót Szabó Imre képviselte. Peschka Vilmos, Peschka Vilmos: A jog sajátossága Akadémiai Kiadó, Bp., 1988, 43o. Varga Csaba már elszakadni szándékozott ettől a jogkoncepciótól. A leszűkített jogkoncepció kitágítását jelenti a szerző Komplex társadalom című műve. Ebben a többrétegű jogkoncepció bemutatását láthatjuk.

[61] Szabó Imre 28.o.

[62] Szabó Imre 96-97.o.

[63] A hasonlóság ismertetése meghaladná a tanulmány terjedelmi kereteit. Az elemzésben eltekintenek a külföldi művek ismertetésétől (R C. Van Caenegem: The birth of the English Common Law Cambridge University Press, 1973, 1998 és J. H Baker: An introduction to English legal History, Oxford University Press, 2007 fourth edition. First edition in 2002. Jelen esetben úgy gondolom elégséges röviden az 1988-ban megjelent egyetemes állam- jogtörténet tankönyvre hivatkozni: Lövétei István-Nagyné Szegvári Katalin- Rácz Lajos- Schweitzer Gábor –Tóth Ádám HVG Orac, Bp., 1998. 211.o.

[64] Szabó Imre 102.o.

[65] Autentikus 27. o.

[66] Szabó Imre 122.o.

[67] Szabó Imre 127.o.

[68] Szabó Imre 129.o.

[69] Szabó Imre 146.o.

[70] Szabó Imre 150.o.

[71] Szabó Imre IV. A jog állami jellege 175.o.

[72] Szabó Imre 181.o.

[73] Szabó Imre 28.o.

[74] Autentikus I. fejezet: A jogelmélet diszciplináris önreflexiója

[75] Államelmélet I. szerkesztette: Takács Péter Szent István Társulat, Bp., 2007. Államelmélet II. Szent István Társulat, Bp, 2007. **A munka elkészítésénél a második kötetnek a 2005-ben kiadott és az ELTE-ÁJK honlapján közzétett Kéziratára támaszkodtam.** (Kevés példányszámban adták ki a II. kötetet.) [A továbbiakban: Államelmélet vagy Államelmélet II.]

[76] In.: ÁllamelméletII. Hatodik rész Állam – jog - jogállam XXI. fejezet (Tamás András) Állam és jog [A továbbiakban: Tamás András]

[77] Tamás András 1. o.

[78] Tamás András 5. oldal

[79] „*Félreértés ne essék, a francia uralkodó nem volt despota. Hatalmát korlátozta az íratlan szokásjog [lásd Hamza Gábor idézett munkájában a római jog is írott szokásjognak minősülhet] (az örökösödés, az alattvalók tulajdonának tiszteltben tartása [A tulajdonjog, majd látjuk John Lockenál jelenik meg]).* In.: Závodszy Géza. Történelem III. Nemzeti Tankönyvkiadó, Bp. átdolgozott kiadás (nincs kiadási év megjelölve, ezért: ISBN: 963 19 4828 5) 25. oldal.

[80] Autentikus 65.o.

[\[81\]](#) Autentikus IV. fejezet Jogelmélet/Jogtörténet. II. (A morál absztrahálódása) 127-133.o.

[\[82\]](#) Uo. 127.o. „A francia felvilágosodás absztrakt racionalizmusa absztrakt elvekből dedukált ítéleteket és társadalomépítési terveket hozott létre a mindennapi szellemi harcokban, és amikor e szellemi mozgalom alapján a francia forradalom végbement, és az absztrakt elvek és emberi jogok alapján kérlelhetetlenül ítelték el az ellenségnek minősítetteket, majd a forradalmárok absztrakt racionalizmusa jórészt a forradalmárok egymás általi kiírásához vezetett. (Kísértetiesen ugyanez ismétlődött meg később az ugyanilyen elvi alapokon és gondolkodási stílussal tevékenykedő orosz bolsevik forradalmárok esetében is!)”

[\[83\]](#) Tamás András 18.o.

[\[84\]](#) Dr. Sztodolnik László: Fejezetek a politikai és jogi gondolkodás történetéből Budapest, 1970.

Kiadó: Az ELTE Állam-és Jogelméleti Tanszékének vezetője. 58. oldal.

[\[85\]](#) Uo. 92.o.

[\[86\]](#) A Szentkorona-eszme története írta Eckhart Ferenc Budapest, 1941. Kiadja a Magyar Tudományos Akadémia Franklin - Társulat Nyomdája 266. o.

Frivaldszky János

Jó kormányzás és helyes közpolitikaalkotás

1. Parlament, kormány és a kormányzás XVIII-XIX. századi modellje

A 'jó kormányzás' fogalmának elterjedésével az állam-központú kormányzás modern *közjogias* és *közhatalmi* szemlélete immáron meghaladásra került. Ez utóbbi szerint a szavazók felhatalmazása képezi a törvényhozó hatalom számára a legitimációs alapot, hogy az autonóm jogalkotáspolitikát folytasson, amelyet a parlamentnek felelős kormány végrehajtási normákkal és programokkal foganatosít. Ezen XIX. századi felfogás jegyében az *államhatalmi ágak szét vannak választva*, a *hatáskörök* szigorúan rögzítettek, továbbá a *jogforrási hierarchia* jellemzi a jog termelését. A közigazgatás az igazságszolgáltatással együtt jobbra a végrehajtás területén helyezkedik el, s így válnak a szó szoros értelmében vett *jogalkalmazó* szervekké. Mindezek a jogállamiság, pontosabban a *törvényuralom* garanciáját is jelentik. A törvényhozó parlamentnek felelős kormány programjának *legitimitása* a választóktól a *választásokon* kapott felhatalmazásából származik, amely program a pártok választási programjaiból áll elő. Fő szabály szerint a választók csak a választásokkor tudnak a kormányprogramra befolyással lenni. Ha az angolszász, azaz az egyéni kerületi, az egyszerű (relatív) többségi rendszerről van szó, akkor a két releváns rivális párt közül a győztes a *face to face* módon megígért *pártprogramját* – valószínűség szerint – egypárti kormányként kormányozva immáron *kormányprogramként* köteles megvalósítani, amit a következő választásokon számon is fognak rajta kérni a választók a választókerületekben.^[1] Ebben a választási rendszerben a demokratikus kormányzat megbízási-bizalmi-számonkérési jellege különösen érzékelhetővé válik. A kormány helyénvalósága, manapság pedig inkább a hatékonysága ugyanis a választóknak tett ígéretek és a kormányzati teljesítmény összemérése alapján lesz megítélve a mindenkor elkövetkezendő választásokon. Az arányos – közismertebben, a listás – választási rendszerben ezzel szemben az egyes pártok választói nem tudják, tudhatják egészen pontosan, hogy milyen politikát fog megvalósítani a létrehozott kormány, minthogy a koalíciós tárgyalások alkui és kompromisszumai eredményeképpen fog összeállni a kormány és annak programja. Az azonban elképzelhetetlen, hogy a választási küzdelemben kifejezetten ígért vagy kizárt lényeges döntés szöges ellentétét valósítsa meg végül is a kormányzat, hiszen a megbízási jogviszony alapján a megbízott nem verheti át a megbízót, úgymond az „ő érdekében”.^[2]

2 A jó kormányzás kortárs modelljei

A jó kormányzás nem csak azért 'jó' a kortárs felfogás szerint, mert a kormányzat legális és legitim az előbb leírt közjogi értelemben, tehát, mert mandátumot kapott a választóktól. Hanem azért is 'jó', mert legitim a kormányzás *tartalmi* helyessége révén, amelyben a politikai közösség tagjai is aktívan *részt vesznek*. A 'politikai' és a 'közpolitikai' immáron ugyanis nem azonos a magánjogról, illetve a magánszféráról leválasztott *közjog* határaival. A jó kormányzás posztmodern modelljében (*governance*), illetőleg a többszintű (*multi-level governance*) vagy pedig szubszidiárius kormányzás esetében a polgárok nem a törvényhozási és kormányzási tevékenység címzettjei, mintegy annak alattvalóként tárgyai, hanem a kormányzati cselekvés *alanyai*. (Angliában eleinte csak magas szinten kielégített fogyasztóknak tekintetnek, Németországban pedig egyre inkább azt kívánják, hogy a politikai cselekvés alanyaiként tekintsenek rájuk.) Anélkül, hogy már most eldöntenénk, hogy melyik modell jelenti a valóban jó kormányzást, annyit mondhatunk, hogy az tartalmilag mindenképpen azt jelenti, hogy a közpolitika-alakítás említett „civil” alanyai a közhatalmi kormányzati cselekvőkkel együtt határozzák meg szakpolitikai területenként és valósítják meg a közpolitikai ciklusokban a közjót. A *részvételi kormányzás* a *tartalmi* értelemben vett *demokratikus legitimitás* fenntartását és elmélyítését valósítja meg a választások *között*, s egyben növeli ezáltal a kormányzás *hatékonyságát* is. Márpedig ez utóbbi manapság a helyes közpolitika-alkotás legfőbb kritériuma is egyben. Ily módon azonban a kormányzati tevékenység folytatásának közegét nem lehet merev határvonalakkal meghatározni, s nem lehet ekképpen elkülönítetten megítélni azt, a közhatalmi szférára lehatárolván a közpolitikai cselekvés területét, minthogy a kormányzás nem olyasvalami, ami csak *kívülről* érinti a polgárokat, s ami így a kormányzás tág értelemben vett alanyaitól szigorúan és egyértelműen elkülöníthető lenne. A részvételi és többszintű kormányzás – mert ezek látszanak a jó kormányzás főbb elemeinek lenni – egyik velejárója, hogy a kormányzati tevékenységben azok is részt vesznek, akik nem kaptak demokratikus felhatalmazást és nem is felelősek a választópolgárok előtt. A kormányzásban részt vevő alanyok, állampolgárok, azok közösségeinek tagjai azonban maguk is választók, akik a kormányzati teljesítményt, az általuk képviselt értékek kormányzati megjelenítését értékelik szavazatukkal a választásokkor. Ugyanakkor a kormányzási döntéshozatalban történő nagymértékű horizontális részvétellel a háttérbe szorul a kormány *közjogi legitimitációjának* ideája, ami a kormány parlamenthez kötöttségében testesül meg, s a háttérbe szorul az ezen hatalmi ág vonatkozásában fennálló alapvető szerepe, ami a meghozott törvények *végrehajtásában* áll. Ekképpen azonban nem is annyira a parlament kormányoz immáron a törvényei révén. Tudjuk a politikai tapasztalatból, hogy egy szigorú pártfegyelemmel rendelkező kormány nagyon szűk keretet hagy az egyéni parlamenti képviselői kezdeményezéseknek, olyannyira, hogy azt mondhatnánk, hogy nem a parlamentnek „van immáron

kormány”, hanem a kormánytöbbségnek, pontosabban a kormányzó elitnek, a „miniszterelnöknek van parlamentje” a kormányprogramja végrehajtására, törvényhozási programjának foganatosítására. Ily módon a hatalmi ágak konstellációja merőben megváltozott a modern alapálláshoz képest. Ugyanis a kormánytöbbség és nem a parlament kormányoz, miközben a kormány is alkot egyre tágabb körben jogszabályokat, s közpolitikája sem merül ki a törvények pusztá végrehajtásában. Továbbá a *jó kormányzás* politikájának a legitimitációja egyre kevésbé korlátozódik a választás aktusára, hanem ideáltipikusan tartalmilag erősödik a *részvételi és a többszintű kormányzás* folyamataiban. Ily módon a közpolitikaalkotás tartalma és minősége nemcsak a választásokon kapott felhatalmazástól függ, hanem a részvételi kormányzás folyamataiban érvényesített tartalmaktól is. De kik is pontosan azon alanyok, akiket be szükséges vonni a kormányzásba? Nem az a kérdés tehát, hogy kiket *képvisel* az állam (a parlament), minthogy mindenkinek egyenlő joga van a képviseletre, amit a választás egyszeri aktusa is megjelenít, az ‘egy szavazó – egyetlen szavazat’ elvével. A kérdés az, hogy a választások tétjét jelentő közpolitika-formálásba kiknek az *érdekeit jeleníti meg* a kormányzat, illetve, hogy *kik* azok, akik valójában kormányoznak, akik a közpolitikai döntések meghozatalában valóságosan részt vesznek.

3. ‘Jó kormányzás’ vagy ‘jó kormányzat’ - avagy egy harmadik modell?

Ebben a fejezetben arra keresünk választ, hogy mely kormányzati modell valósítja meg a leginkább a részvételi és decentralizált kormányzást, ami a helyes – mert tartalmilag legitim és egyben hatékony – közpolitikaformálás kívánatos feltétele. Vessük először össze az Európai Unióban olyannyira divatos ‘*good governance*’, vagyis a ‘jó kormányzás’ modellt a ‘*good government*’, vagyis a ‘jó kormányzat’ modelljével, amely utóbbi hazánk vezető agytrösztjében kidolgozásra és propagálásra került az elmúlt években, mivel ezek látszanak a politikai és a tudományos közbeszédben hazánkban jelenleg egymásnak feszülni. A ‘neoweberianus’ (neoweberi), azaz a ‘*good government*’ modell képviselői (a *Századvég* agytröszt részéről Stumpf István és G. Fodor Gábor)^[3] olykor azt vetik fel a *New Public Management*, vagyis a ‘*good governance*’ irányzattal^[4] szemben, hogy a *piac* meghatározott és kivételezett szereplői azok, akik végül is bevonásra kerülnek a kormányzásba.^[5] Mindez azzal a következménnyel jár, hogy a *piac költség-hatékonyság* kritériumai a háttérbe szorítják a társadalom egészének közjavát. Ez utóbbi ugyanis – szögezhetjük le – mindenekelőtt nem azonos a piac javával, hanem mindenkinek a javát jelenti, nem funkcionális, de még csak nem is annyira társadalompolitikai, hanem inkább morálfilozófiai értelemben, különösen pedig azok javát, akiknek a java, érdeke nem fejezhető ki és így nem mérlegelhető a gazdasági hatékonyság paraméterei szerint. Az említett *Századvég* agytröszt megállapítása szerint a *jó kormányzat*, azaz a neoweberianus modell a

good governance, vagyis a *jó kormányzás* (*New public management*) modelljével szemben aktív, erős és a választópolgárok előtt *felelős államban* gondolkodik, amely képes tehát felvállalni azon felelősséget, hogy a közjó érdekében – a szó klasszikus értelmében – *kormányozzon*. A neo-weberianus állam „új”, mert merít a *good governance* modelljéből, amennyiben arra törekszik – nézetünk szerint –, hogy a lehetséges legjobb minőségben és áron szolgáltatassa a közszolgáltatásokat a *fogyasztó-állampolgároknak*, oly módon, hogy ezen paraméterek, illetve szolgáltatások meghatározásába őket is belevonja. Ennek következtében – megállapíthatjuk – a közigazgatási döntések nem kizárólag a jogi normák egyszerű *végrehajtását* jelentik immáron, hanem az azokban foglalt olyan tartalmi tényezők adott helyzetben való értékelését is igénylik, amely tényezők konkrét meghatározásához nem pusztán a döntések kihatásainak mintegy modellező mérlegelése, hanem a döntéssel érintett alanyok, aktorok szempontjainak aktív érvényesítése, azoknak participációval történő valóságos megjelenítése is szükségessé válik egy valóban helyes kormányzati/közigazgatási döntéshez. Ekképpen a közigazgatás közszolgáltatásokat érintő közpolitikai döntéseinek kimeneti hatékonysága, valamint társadalmi minősége legalább annyit nyomnak a latban, mint a döntések közigazgatási vagy jogi értelemben vett *szakmaisága*.^[6] Egy olyan – nem hatósági jogalkalmazói – közigazgatásilag kifogástalan aktus, amely egyáltalán nem számol a polgárok valóságos igényeivel, a dolgok és viszonyok valós természetével, pedig jogilag megtehetné, manapság semmiképpen sem a jó kormányzás aktusa. Azonban a közigazgatás alanyainak, azaz a polgárok érdekeit, ahol azok megjelenítését a jogszabály lehetővé vagy szükségessé teszi, nem csupán távollétükben és feltételezett tartalmukban *beszámítani* kell, hanem azokat valóságosan jelenlevővé szükséges tenni egy élő párbeszéd, konzultatív folyamatban – egy bizonyos tekintetben vett és – érvényesített partnerség jegyében. A modell azonban ettől még – a meglátásunk szerint – lehet ‘weberi’, minthogy az állam a bürokráciájával érvényesíti a *legalitás* és a *közjó* közjogilag biztosított kritériumait.^[7] Az állam így erős lesz abban, hogy bizonyos privilegizált alanyi körök, ‘járadékvadászok’ állami erőforrásokat, közjavakat a jogalkotáson keresztül magánjavaikká szándékozni tevők egoisztikus törekvéseit elhárítsa.^[8] Az összetársadalmi közjó folyamatos keresése az állami kormányzati döntésekben az, ami tartalmi értelemben legitimé és jóvá teszi az újweberi állam, de általában is a jó kormányzat kormányzását. A kérdés az, hogy milyen kormányzási/kormányzati modellben ragadhatjuk meg leginkább ezen közjókeresés legmegfelelőbb módjait? Milyen intézményrendszer, s milyen rendezőelvek felelnek meg tehát a leginkább a jó kormányzás fogalmának? Az újweberi államban az a vonzó, hogy a *governance* modell döntési kompetenciákat és így a felelősséget elmosó, partnerségek és hálózatok alkudozására épülő kusza, entrópiikus rendszerével szemben a normatív szabályozott közjogi és közhatalmi tradicionális legitimációs és felelősségi elemek a döntőek a végrehajtásban és a kormányzásban. Kétséggel az állam, a piac és a társadalom azok, amelyek a jó kormányzás legfőbb alanyai,

azonban ezen kormányzási típusban a kormányzás *felelőssége* elodázhatatlanul a kormányt, az államot terheli.^[9] A kormányzáshoz szükséges *állami hatalom* adta *tekintély*, valamint a választók előtt való *felelősség*^[10] nélkül nem létezik se modern, se posztmodern kormány, de jó kormányzás sem.

Az elmúlt nyolc évben Magyarországon a posztmodern „kommunikatív” kormányzás olyan *virtuális* módját valósították meg a kormányok, amelyben nem a kormányzati teljesítmény volt a középpontban, hanem annak *kommunikációja*, vagyis a virtuális kormányzás *elő- és eladása* a választók, mint *média-fogyasztók* számára. A kormányzati eredmény (teljesítmény) e virtuális térben mérhetetlenné, s ezért is relatívvá, sőt szubjektívvé vált, a kormányzás politikuma pedig konzumerizálódott.^[11] Márpedig mindezekkel szemben a mindenkori kormánynak valóságos közjavak bonyolult rendszerét kell a politikai bölcsesség jegyében megvalósítania, a választópolgároknak pedig képeseknek kell lenniük az átlátható kormányzati *teljesítmény* objektív kritériumok szerinti értékelésére. Ha a posztmodern jó kormányzás (*governance*) jegyében, annak megvalósításával párhuzamosan csökken a kormányzás *közhatalmi* jellege,^[12] illetve a kormányzat törvényvégrehajtási szerepe,^[13] ez csak akkor és annyiban elfogadható, ha az mindenekelőtt nem párosul törvénytelenséggel. Ezen *közjogi értelemben vett legitimitásvesztés* – tehát, hogy nem a választásokon legitimált parlament kormányoz általános és absztrakt törvényekkel a neki alávetett kormány révén – a jó kormányzás révén *tartalmi értelemben vett legitimitás-növekedésével* párosulhat.^[14] Legalábbis ideálisan, hipotetikusán tekintve ezen modell működését. Mint már volt módunk utalni rá, a valóban jó kormányzás legitimitás-növekedése nem csupán a kormányzati hatékonyságnak, hanem azzal szoros összefüggésben a *részvételi kormányzásnak* is köszönhető.^[15] Ebben az esetben a kormányzat alkotmányos és közjogi parlamenti *demokratikus többségi* legitimitása, azaz a *közvetett képviseleten* alapuló kormányzás kiegészül a többszintű kormányzás participatív demokráciájával, azaz a polgárok és azok közösségeinek, önkormányzatainak kormányzásba való *közvetlenebb* bevonásával. A neokorporativizmus^[16] és a *good governance* csak annyiban „jó” tehát, amennyiben a mindennapi kormányzás parlamenti kontrolljának csökkenésével együtt növekszik a kormány tartalmi demokratikus hatékonysága, egyszerre érvényesítve a legalitást, a szakmaiságot és a társadalmi igények érvényesítésének kritériumait. Ekkor is kérdéses azonban, hogy a neoweberi modellben rejlő nagyobb közhatalmi legitimitás vagy a participáció átláthatatlanabb viszonyait involváló *governance* modellje-e a kívánatosabb a valóban jó kormányzás szempontjából. Minden típusú ‘jó’, mint ‘új’ kormányzási módszer bizonyos szempontból *kevésbé átlátható*, mint a kormányzás modern, klasszikus parlamentáris modellje: a terjedőben levő *networking* például, az informális konzultációs fórumok elhomályosítják a döntéshozás valódi alanyait, és elmoszák magát a döntés felelősségét is.^[17] Az is megállapítható, hogy a köz- és a magánviszonyok, illetve a köz- és magánjavak, valamint a *törvényhozás* és a törvények *kormányzati végrehajtása* nem különülnek el olyan élesen, mint

korábban. Maguk a magas szintű jogforrások igénylik ugyanis sok esetben, hogy a ‘többszintű kormányzás’ révén kerüljenek alkalmazásra, aminek eredményeképpen a *hatáskörök* merev, absztrakt és szigorú előzetes alkotmányos telepítése sem járható út immáron minden esetben.^[18] Azonban ezen okból kifolyólag a törvényhozói és az állami kormányzati tevékenység közjogi normatív, voltaképpen közhatalmi és képviseleti jellege halványul el a választók, mint külső megítélők előtt.^[19] Az uralkodó posztmodern kormányzási módszer, a „governance» modell az egymástól elválasztó kompetenciák helyett elsősorban a kapcsolatokra, a kapcsolatok hálózatára, illetve a döntéshozáshoz képest a végrehajtásra, a normatív legitimáció helyett pedig a kimenetre, az eredményre figyel”^[20] – írja Pálné Kovács Ilona. Mindezek miatt szükséges a *kormányzati döntési átláthatóság* és ahhoz kapcsolódó *felelősségi rendszerek* külön erre a célra létrehozott megfelelő módszereit és intézményeit létesíteni, amelyek között kiemelkedő szerepet kell hogy kapjon az erős és folyamatos, valóban *társadalmi kontroll*. Abban az esetben, ha a törvényhozó és a végreható hatalom – részbeni – szétválasztásában álló *közjogi és egyben többségi demokratikus* legitimáció *governance*-kormányzás eredményezte deficitjét közpolitikailag nem *ellensúlyozzák* az említett „jó” kormányzás *részvételi* demokráciájának jótéteményei, a kormányzás nem lesz sem jó, sem legitim.^[21] Nem lesz, mivel nem az immáron sem a parlamentáris képviseleti (többségi) demokrácia, azaz a parlamentáris kormányzat modelljének megfelelően, sem a többszintű kormányzás tartalmi, participációs értelmében, amit a ‘jó kormányzás’ (*governance*) közvetlenebb demokratikus elemeket tartalmazó paradigmája lenne hivatva megvalósítani. A kormányzati és a közigazgatási döntések át nem láthatósága, szándékosan is gerjesztett „opálósága” ebben az esetben valószínűleg a közviszonyok korrupcióját van hivatva palástolni.^[22] Talán nem tévedünk, ha Magyarország elmúlt éveinek kormányzati gyakorlatát – azt tág értelemben véve – ebben az irányban akarjuk megérteni. Itt kell megjegyeznünk, hogy amint van ‘jó kormányzás’, úgy politológiai vagy a politikai intézmények reflektív politikai elemzésével objektíve feltárható módon nemcsak fogalmilag, hanem reálisan is létezik a ‘rossz kormányzás’ formája is,^[23] s – nézetünk szerint – közviszonyainkban az előbbi jelszava az elmúlt években az utóbbi gyakorlatába torkollott.^[24] A *governance partnerségi* viszonyai mindenképpen a folyamatok *át nem láthatóságát* eredményezik.^[25] Minthogy a *hálózatok* kialakulása *bizalmi* viszonyt feltételez a partnerek között, az a jótékony közpolitikai hatások mellett adott esetben nemcsak a többségi demokratikus felhatalmazottságon alapuló *legitimációt* veszélyeztetheti, hanem nemegyszer, különösen a fiatal demokráciákban, a *korrupció* melegágya is lehet.^[26] Hazai viszonyaink között úgy tűnik, hogy a „jó” kormányzás – ha a virtuális kormányzáson túl egyáltalán történt komoly és őszinte szándékú törekvés annak részbeni bevezetésére – miközben nem hozta jótéteményeit, jelentősen erodálta a kormányzás klasszikus modelljének szinte majd minden bevált közjogi és politikai előnyét. Ezért nézetünk szerint első lépésben a ‘jó kormányzat’ felé kellene alakítani a jelenlegi

kormányzást, ami egyszerre jelenti a közjogi, államhatalmi viszonyok klasszikus alkotmányos berendezkedésének megerősítését, másrészt a ‘jó kormányzat’ részvételi demokratikus elemeinek valóságos kialakítását. Ezen modell megvalósítása azonban csak átmeneti állomás lehet a legjobb kormányzási modell, a ‘szubszidiárius állam’ felé. Ez utóbbihoz azonban az szükséges, hogy időközben a részvételi és az ellenőrzési funkciókhoz megerősödjön a civil társadalom, de hasonlóképpen a politikaformálás egyéb szubnacionális szintjei is. A valóban szubszidiárius állam ugyanis igazodik a nemzetet, a politikai társadalmat alkotó közösségek kollektív identitásformáló és politikumképző szintjeihez.

A fentiek jegyében – a hazai területszervezési viszonyokat tekintve – elsősorban az erős tradíciókkal rendelkező *megyei*, de a járási (vagy kistérségi) szintnek is hangsúlyosabb szerepet kellene adni a közpolitikai folyamatok formálásban, míg a mesterségesen létrehozott regionális szintet közjogilag rendezett módon *politikai legitimációval* szükséges ellátni, és azt az ezen a szinten megjelenő érdekek és közjavak valódi konszenzus- és közjóorientált politikaformálásának átlátható színterévé kell tenni. Talán mindezek hiányának tudható be az, hogy a regionális reform mindezidáig kudarcot vallott hazánkban,^[27] miközben bizonyos nagy súlyú közpolitikai döntések már ezen a szinten kerülnek meghozatalra, sőt összességében az első számú területi kormányzási – pénzelosztási – szintté vált immáron a régió. A modellek összevetésével megállapítható, hogy míg a *governance* többszintű kormányzási^[28] minta egyszerre a *globális* és a *helyi* (EU-s szinten a regionális) szintet preferálva – divatos kifejezéssel – a ‘glokalizációt’ segíti elő a nemzeti, *állami* szintet *elerőtlenítve*, addig a szubszidiárius modell a nemzeti kormányzati szintnek jelentős szerepet szán a közjó előmozdítása terén. Ez utóbbi kormányzási és államszervezési forma, valamint cselekvési elv összhangban van – nézetünk szerint – a korunkban az Európai Unióban észlelhető renacionalizáció jelenségével, ami feltétlenül kívánatos is, ha annak mérsékelt értelmet, a többi közpolitikai szereplőhöz viszonyított harmonikus jelleget tulajdonítunk. Ezen nemzetállamokat erősítő jelenség és folyamat nem válhat ugyanis egyfajta paternalisztikus etatizmussá vagy agresszív nacionalizmussá, amely kísértésektől és veszélyektől nem mentesek a Közép-Kelet Európa új demokráciái (sem). Mindezt a neoweberi modell propagálóinak is tudatosítani szükséges. Vagyis a neoweberi modell csak egy szükséges *átmeneti* kormányzási mintaként jöhet számításba a legjobb modell, a szubszidiárius állam és kormányzás felé vezető – hosszú és rögös – úton. Mindazonáltal elismerjük, hogy a legalitás, a rend és a fejlesztő állam jelenleg egy újweberi államot igényelnek.

A *governance* modell problémái azonban nem csak a hazai viszonyok között tűnnek szembeötlőeknek. Nem csak az a baj, hogy a posztmodern kor bármiféle modellt, magát a ‘modell’ fogalmát delegitimálta a nagy ‘metafizikátlanítás’ hevében az összes ‘aszimmetrikus metanarratíva’ – és a mögöttes ‘hierarchikus oppozíció’ – „mítosztalanításával” együtt. A valódi probléma az, hogy a

governance kormányzási mód eljárás- és folyamatszerűségében nem csak egy kormányzási mód, azaz egy eszköz egy jó cél elérésére, hanem működésében önmagában válik céllá,^[29] vagyis nem irányul egy *objektíve* vett jó keresésére és így nem is értékelhető a helyessége annak fényében. A ‘*governance*’ kormányzás fogalma ekképpen voltaképpen egy közjogi megvalósíthatósággal és politikatudományi kidolgozottsággal alig rendelkező politikai szlogen, valójában egy posztmodern ideológia (paradox módon), ami illetően módon alkalmatlan arra, hogy tudományos és kézzel fogható politikai kritériumok szerint megmérjessék.

4. A közjó, a perszonalizmus, az igazságosság és a részvétel elvei egy harmadik modellt kívánnak: a szubszidiárius állam színrelépése

Mint hogy a *governance* kormányzási modell elemei „kevésbé magától értetődőek, sokkal kevésbé tiszta formátumúak, és általánosíthatók, a kutatók a kormányzás új formáját ilyen értelemben a »második legjobb megoldásnak« tartják” – írja Pálné Kovács Ilona.^[30] Van, aki egyenesen úgy véli, hogy a posztmodern fogalom tartalmilag megragadhatatlan, definiálhatatlan, hasonlatosan a ‘*fitness*’ kritérium nélküli diffúz fogalmához, ami az ‘egészség’ modern fogalmát felváltotta.^[31] Hazai viszonyainkban – mint említettük – a *governance* modell egyenesen kaotikus és nem egy esetben korrupció-gyanús helyzeteket eredményezett regionális szinten (is) megjelenően, de amiben feltételezhetően – de, legalábbis nem kizárt, hogy – érintett az előző kormányok kormányzati és pártelitjének egy bizonyos része is.^[32] Ezért az út a ‘jó kormányzat’, a ‘*good government*’ felé kell, hogy vezessen a törvényeknek alárendelt végrehajtás, a normativitás, a közhatalmi képviselő és közjogi legitimitás, valamint a kormányzati felelős döntés és átláthatóság, s végül a választásokon való számonkérhetőség elemeinek újra középpontba állításával. A kívánatos kormányzati modell azonban – nyomatékosítjuk – középtávon a ‘szubszidiárius állam’ formája és kormányzati módja, amely ugyanakkor szolidáris, azaz szociális is, de a közjóorientált kapcsolatiság (partnerség) és a részvétel társadalmi tőkéjére építve.

Az egyébként manapság az Unióban is nagyon divatos ‘jó kormányzás’ paradigma aktuális megvalósítási problémái – amelyek részben a modell elméleti tisztázatlanságaiból adódnak –, valamint a ‘jó kormányzat’ régiókban etatizmussal fenyegető veszélyeiből támadt kérdőjelek arra mutatnak rá, hogy egy harmadik modell, a szubszidiaritás és a szolidaritás elvei szerint szerveződő ‘relacionális állam’ jelenthetné középtávon a helyes kormányzati struktúrát. Nyomatékosítani kívánjuk, hogy a szubszidiaritás kormányzási, állam- és politikaszervezési módja semmiképpen sem a (civil) társadalom, valamint a piac államtalánítását^[33] jelenti az ún. ‘washingtoni konszenzus’^[34] mielőbbi és teljes megvalósításában érdekelt nagyvállalatok és a globális pénzügyi szereplők

(magán)érdekeinek érvényesülése érdekében. A szubszidiaritás a ‘politikum’-nak ad új jelentést azáltal, hogy az ‘állami’ és a ‘nem-állami’ XIX. századi merev dualizmusát meghaladva nem a közjog által kijelölt, az állami vagy államilag elismert kollektív cselekvő alanyokkal fémjelzett területet tekinti immáron a ‘*politikai*’ szférájába tartozónak,^[35] hanem a politikailag integrálandó és érvényesítendő *közjó* plurális, többszintű és társadalmi, azaz „állam-alatti” – és feletti – értelme felé közelít. A szubszidiárius kormányzási modell elismeri ugyanis, hogy bizonyos korábban magánszférába tartozónak tekintett relációk, cselekvések, közösségek és érdekek publikus érdeklődésre tartanak számot, minthogy össztársadalmi érdeket és értéket jelenítenek meg, amiért politikai tartalmat hordoznak partikularitásuk, egyediségük vagy helyiérdekűségük ellenére. Ezért úgy tűnik, hogy éppen a szubszidiárius modell, s nem pedig a *governance* modell jelenti a valóban hiteles, részvételi és többszintű kormányzati módot. Ezidáig a ‘jó kormányzást’ gondolati kísérletképpen sokszor a *governance* modellel azonosítottuk, minthogy az ideáltipikusan a partnerség, a participáció és a közpolitikai hatékonyság elvei szerint szerveződik. Azonban – mint láthattuk – a problémák is számosan tűnnek, különösen hazai viszonyaink közepette. Ez is indokolja azt, hogy a valóban jó kormányzás legjobb formáját keresve immáron véglegesen elhagyjuk a *governance* modelljét, minthogy az – már ha pontosan meghatározhatóak egyáltalán annak tartalmi elemei és mérhetőek annak eredményei – nem szolgálhatja a legjobb mértékben a közjót. Az intézményi és a politikai döntéshozatali gyakorlatot tekintve meg kell továbbá állapítanunk, hogy a jó kormányzás egyik fő tartalmi elemének tekinthető ‘többszintű kormányzás’ sem valósult meg az Unióban, és az azt övező vérmes remények is alábbhagytak az alkotmányozási kudarc után (mert végülis a többszintű kormányzás nagyra törő mércéi és vágyai után kudarcnak tekinthető az, ami alkotmány helyett elfogadásra került). Talán éppen ennek ellenhatásaként készítette el 2009-ben a *Régiók Bizottsága* fehér könyvét a többszintű kormányzásról.^[36] A valóban többszintű kormányzást nem tudta tehát, s talán nem is kívánta elérni az alkotmányozó. Az is lehet azonban, hogy maga a célkitűzés, illetve annak megfogalmazása volt helytelen vagy irreális.^[37] Már csak ebből is tanulva a szubszidiárius kormányzási modell felé kellene fordulnunk, amelynek alapelve elvileg szintén az Európai Unió egyik fontos sarokköve. Az már más kérdés, hogy nézetünk szerint a szubszidiaritással foglalkozó alkotmányozó munkabizottság megközelítésmódja maga mutatta azt, hogy helytelen módon értelmezik az alkotmányozók az elvet.^[38]

A szubszidiárius kormányzási modell azonban *relacionális* is, ezért a folyamatokban diszkurzíve formálódó logosz-orientált közjó lesz az, ami a jó kormányzatot minden szinten legitimálja, aminek elengedhetetlen részét képezik a normatív intézményesített konzultációs para-kormányzati fórumok és eljárások, amelyek az állam alatti tényezőket is bevonják a közös közjókeresésbe.^[39] Ennek jegyében utalunk arra, hogy a *governance* modell egyesek szerint *értelem*-nélküli fogalom,^[40] amit mi annak logosz-nélküliségében, öncélú eljárás- és folyamatorientáltságában, valamint a partnerségi viszonyok,

hatalmi relációk hálózatos kaotikus-entropikus jellegében látunk visszaigazoltnak.

A szubszidiaritás elve nem arra való, hogy az államot felmentse azon felelőssége alól, hogy hatáskörében a közjót előmozdítsa (így nem teheti meg azt, hogy a súlyos költségvetési forráshiányt túlzott mértékben az önkormányzatokra hárítja), hanem arra, hogy a valóban többszintű közpolitikai döntéshozatali rendszerébe bevonja azon aktorokat, amelyek közösségei integrálandó és érvényesítendő *saját partikuláris közjőval* rendelkeznek, s így a *decentralizáló* bevonás is már egyfajta társadalmi tőkét jelenít meg.^[41] Az általunk preferált jó kormányzás konzultációs eljárásai nem arra intézményesítettek, hogy önmagukat, a kormányzati intézményeket magukat és azok döntéseit pusztán *eljárászerűségükben* legitimálják – olykor mondván: mi egyeztetünk, „csak” éppen, adott esetben, az egyeztetésbe „bevon” másik fél nem tud róla... –, hanem azoknak valóságosan teret kell adniuk a közpolitikai döntések tartalmának személyközi kommunikációban való igazi formálódásának. A jó kormányzás részvételi folyamatai lehetővé teszik, hogy a döntéshozatalba bevonott alanyok elvárásai egy magasabb szintű közjó kritériumai felé irányuljanak, azok szempontjait is mindig bevonva, akiknek érdekei nem tudtak megjelenni. Ezen feladat megvalósítása kiváltképpen az államot, illetve a területi és a helyi önkormányzatok kormányzati, illetve közigazgatási szereplőit terheli. Ha ezen közjó-orientált konzultációs folyamatokban sikerül *minőségi konszenzust*, s nem pedig *mennyiségi szemléletű, redukált perspektívájú és a feleket sokszor frusztráló kompromisszumot* – a legnagyobb közös osztó mintájára – elérni, akkor a felek képesek lesznek egy olyan egzisztenciális bevonódást igénylő közpolitikai szellemi többletet elérni, ami csak izzadságos, egzisztenciálisan elkötelezett kormányzati, közpolitika-alkotási munkában jöhet létre.^[42] A szakágazati szakmai racionalitást a közpolitikai döntésekben mindenkor a *prudencia* gyakorlati bölcsessége kell, hogy vezesse a közjó keresése felé, ami tipikusan (köz)politikai erény,^[43] s ami csak nyitott párbeszédés formában gyakorolható sikerrel. Láthattuk tehát, hogy a közjót célzó párbeszédnek valóságosnak kell lennie, s nem pedig csupán a közpolitikai döntések *önlegitimációja* (‘legitimizációja’) miatt szükséges létrehozni a konzultáció helyeit, eljárásait.^[44] A közjó ugyanis *normatív* fogalom, amelynek vannak jogi és társadalometikai tartalmai. Egy *közigazgatási* döntés attól még nem feltétlenül legitim a jó kormányzás értelmében, hogy a közigazgatási-politikai önreferenciális társadalmi alrendszer eljárásai szerint hozták meg azt. Egy döntés akkor jó *közpolitikai* döntés, ha a legalitás mellett a közjóra irányul, ami viszont az érintettek szempontjainak a megfelelő eljárásokban, megfelelő elkötelezettséggel történő bevonását igényli. Hasonlóképpen a jó kormányzás *jogi* társadalmi alrendszer érintő elemei nem önreferenciálisak Niklas Luhmann rendszerelméletének értelemben, mivel az nem szakítható el a ‘jog’ és a ‘törvény’ klasszikus normatív fogalmától, aminek konstitutív elemét adja a *közjóra* (*ad bonum commune*) irányultság.^[45] A ‘jog’ jó kormányzáshoz kötött fogalmának

értelmében főként az állam és nem pedig a jogi alrendszer maga az, ami a jog alkotására (termelésére) hivatott, minthogy ahhoz, hogy a normák klasszikus jogfilozófiai értelemben törvényeknek, jognak neveztesse, a közjóra kell irányulniuk, ami pedig az önreferenciális jogrendszer számára – luhmanni értelemben – pusztán csak ‘informatív környezet’, amiképpen voltaképpen az ember is az az alapvető jogaival együtt. A közjóra irányítás természetesen nem magától történik egy olyan nagy nyomású közegben, ahol egymásnak feszülő nagyhatalmú politikai erők és gazdasági érdekek küzdenek a jogalkotás befolyásolása révén – magát a játékszabályokat alakítva – a magánérdekeik érvényesítéséért.^[46] Egy ilyen hatalmi térben a bátorság, a bölcsesség és a felelősségvállalás *közerényeit* gyakorló *kormányzó* politikai alakja nélkülözhetetlen a jó kormányzás elérése és annak gyakorlása érdekében. A felelősen kormányzó kormányzat politikusainak erényes alakja nélkülözhetetlen tehát a jó kormányzáshoz, mivel sem az önreferenciális szerveződésű rendszerek, azaz jog, a politika vagy a piac (gazdaság) szakracionális eljárásaikkal, sem a részvételi demokrácia önmagában még nem garantálják a közjó elérésére való törekvést, az arra tartó őszinte erőfeszítést. Mint láttuk, az önreferenciális rendszereknek nincsenek rendszeren *kívüli* normatív érvényességi kritériumai, mivel a társadalmi alrendszer a maga belső logikája által határozza meg azt, hogy mi a ‘jog’, mi hogyan tehető joggá, és ekként termeli újra önmagát. Így maga a születendő ember is áldozatául eshet ezen logikának, ha őt a jogi rendszer, például az Alkotmánybíróság – amely testület a normák alkotmányhoz mérésével voltaképpen arról dönt, hogy mely norma ‘jogi’ és melyik alkotmányellenesként nem minősül annak – nem tekinti jogi értelemben emberi személynek.^[47] Mindezeket különösen azért fontos leszögezni, mert az igazság-nélküliséget hirdető posztmodern korban a közjó vagy az alapvető emberi jogok nem képezik automatikusan a jogpolitika, illetőleg a *public policy* lényegi kritériumát, s helyette a politikaformálók a hatékonyság, a hasznosság/funkcionalitás, illetve az eljárási racionalitás technikai kritériumait általánosítják kizárólagos megítélési szempontokként, avagy csak egyszerűen hagyják, hogy a *governance*–folyamat önmagát legitimálja.^[48] A közpolitikaformálás célpontrendszere így elvétheti a személyt és annak közösségeit, azok javát, s helyette önös politikai érdekek és ideológiák szempontjai – s mögötte pedig nyers egoisztikus törekvések – kerülnek kiszolgálásra a hangoztatott (látszólagosan) formális, technikai-szakmai vagy a rendszerimmanens kritériumok érvényesítése helyett. A közpolitikai döntések ugyanis sohasem születnek politikailag légtüres térben, és sohasem zajlanak pusztán a technikai racionalitás szerint, bár el kell ismerni, hogy a *technokrácia* valóban valóságos uralmat nyert a *governance* korszakában.^[49] A hatalom egyrészt ‘szétszóródott’ (a Michel Foucault által ezen fogalomnak tulajdonított értelmében), azaz nem koncentrált módon van jelen,^[50] másrészt – mint említettük – a technokrácia kezében van, de végül is mindez – mutat rá több elemző – egy gazdasági (neo)liberális gazdasági-pénzügyi érdekeltségű elit érdekeit szolgálja közvetlenül vagy közvetve. Ezért szükséges a *kormányzást*, mint felelős,

döntéseket hozó *politikai* tevékenységet – s nem csak mint technikait vagy gazdaságát – a tudatosan vállalt *politikai vezetés* kérdésének tekinteni, aminek végső soron a közjó szolgálatában álló *hatalom helyes gyakorlása* áll a középpontjában egy jól meghatározott és képviselt *államkoncepció* jegyében.^[51]

5. A szubszidiárius állam paradigmája.

A szubszidiárius állam a nemzetet alkotó közösségek minden szintjét politikailag relevánsnak, konstitutívnek tartja a közpolitikai döntések alakítása szempontjából és ekként viszonyul hozzájuk. Nem azért, hogy azok viszonyait a jogalkotás tárgyaiként részleteiben szabályozza, hanem hogy azok közjavát a jogalkotás és a kormányzati programalkotás eszközeivel szubszidiárius módon – tehát ezen közösségeket „helyzetbe hozva”, kiegészítő és támogató módon – kiteljesíteni segítve előmozdítsa. A közpolitikaalkotás hétköznapi tárgyköreinek fő aktorai így a helyi és területi közösségek, amelyek alapsejtjei elsősorban a családok, illetve az azokat alkotó személyek, akik az egyes társadalmi alrendszerekhez rendelkezhetően jelennek meg a maguk funkcionális szerepeikben, professzionális közösségeikben. Ezek mind-mind a közpolitikai-alkotás számára megannyi közjó-elemet tartalmaznak, amelyeket felszínre hozni és politikailag érvényesíteni csakis magukkal az érintettekkel együtt lehetséges, minthogy ők, pontosabban az ő javuk hordozza a közpolitikailag szolgálandó, kiteljesíteni rendelt közjót. Nem a társadalmi alrendszerek szakracionálisai hordozzák tehát önmagukban a közpolitikaformálás egyedül legitim és hiteles szempontjait, ‘logosz’-ait, hanem az azokban is megjelenő személyek, illetve azok közösségeinek bonyolult érték- és érdekrendszerai, amely személyek egyszersmind – vagy főként – a családot alkotó személyek is egyben, akik – mint láttuk – ezen vitális közeget meghaladó területi és egyéb funkcionális közösségekben (is) élnek hétköznapi életüket.

A szubszidiaritás jó kormányzáshoz hozzájáruló alapvető kritériuma nem csupán a *hatáskörök* megfelelő lehatárolását jelenti, majd az így megállapított hatáskörökbe való *be nem avatkozást* írja elő, hanem a kompetenciák elosztásának egyszersmind folyamatos *újrafelülvizsgálatát* is igényli a *funkciók elláthatóságának* függvényében,^[52] továbbá adott esetben *pozitív* kormányzati politikai *cselekvést* is megkíván a kiegészítés jegyében. A kompetenciák nem határozhatóak meg tehát minden esetben előre absztrakt normák által, hanem a közjó többszintű megvalósíthatóságától, s így részben a közfeladatok elvégzésének hatékonyságától, az arra való képességtől is függenek.^[53] Így a hatáskörök flexibilisek, és utólag, a tapasztalatok alapján változtathatóak, újraelosztandóak.^[54]

Ezen elv alapján a jó kormányzást végző kormány egy olyan közjó jegyében tevékenykedik, amely nem pusztán mechanikus összege az egyes alacsonyabb szinten megjelenő partikuláris érdekeknek, hanem azokat

tartalmazva, és sohasem az alacsonyabb közösségek közjavaival szemben, azokat egy magasabb szintézisbe, perspektívába emeli.^[55] Azonban az alacsonyabb szintű közösségek közjait nem elég pusztán *beszámítani* a központi kormányzati döntési folyamatokban, hanem azok egy élő párbeszédés kormányzati-közigazgatási folyamatban kell, hogy megnyilvánuljanak az azokat megjelenítő *képviselőiken* keresztül. Megemlítenénk, hogy különösen igaz ez az alkotmányozás történelmi pillanatára, ami feltétlenül egy alkotmányozó ösztársadalmi diskurzust igényel, minthogy az alkotmányozás folyamata maga azon alkotmányos értékekről (részvétel, szubszidiaritás stb.) tesz tanúbizonyságot, amelyeket majd az alkotmány normatív módon, elfogadott pozitív jogi formában tartalmazni is fog.^[56]

Az Unió alkotmányos szerződését előkészítő egyes számú, szubszidiaritással foglalkozó – már említett – bizottság nem rendelkezett az előbb említett szemléletmóddal.^[57] Nem is véletlen az, hogy nem készülhetett el és így nem is kerülhetett elfogadásra egy igazi európai alkotmány, minthogy nem jött létre az alkotmányozási folyamatban egy nagy szabású részvételen alapuló, azt támogató többlet-legitimáció, ekképpen csak egy „lisszaboni”-nak nevezett reformszerződés születhetett. A ‘jó kormányzat’ létrehozatala és működtetése nem annyira az alapító szerződések strukturális reformjainak kérdése, tehát nem annyira *intézményi* kérdés. Ezt az *Európai Bizottság* fehér könyve^[58] a jó kormányzásról, amelyet 2001-ben bocsátottak ki, de a *Régiók Bizottságának* a többszintű kormányzásról szóló fehér könyve is^[59] tanúsítja, amit egy éve készítettek el (2009. 06. 18) függetlenül a reformszerződés sorsától. Az Európai Unió strukturális reformjának kérdésein túl tehát – elismerve a többszintű kormányzás irányába tett lépéseket – megmutatkozik immáron azon jó kormányzás iránti alapvető igény, amely a szervezett politikai közösségekben (városokban, megyékben, régiókban és nemzetekben) élő személyek javáért van, s ami egy ‘alulról felfelé építkező’ politikai *gondolkodásmódot* és *cselekvési* attitűdöt igényel. Senki nincs birtokában a bölcsék kövének ezen építkezés mikéntjét illetően. Annak tudata azonban biztató lehet, hogy azon egzisztenciális dialógus, ami a különböző szinteken megvalósítandó közjó *keresése* érdekében jön létre,^[60] már önmagában javakat, ‘kapcsolati javakat’ teremt.^[61] A közjó ugyanis nem a politikai közösségek érdekeinek *menyiségi* summázata, de nem is egy szociológiailag regisztrálható empirikus *tény*,^[62] hanem értékteremtő jellegében *kommunikatív* személyközi kormányzati *elköteleződést* is kíván annak prudencia révén történő kutatása.^[63] A közjó ekképpen formálódik egy nyitott és közjóorientált diszkurzív közegben. A politikai közösségek közjavai már egy mérsékelt altruista politikai antropológiai alapállásban is nem a folytonos ütközések és az ellenségeskedések táptalajai, ahogy azt Carl Schmitt vagy a katolikus jog- és politikai filozófus, Sergio Cotta helytelenül állítja. Sokkal inkább jelentik az esetlegesen kialakuló konfliktusok egymás szempontjainak, érdekeinek méltánylandó jogosságát, ami azok akceptálásának megfontolandó szükségességét veti fel, s ha ezen igazságosság-keresés jegyében folytatott

egyeztetések a közös ráfeszüléssel megcélzott magasabb, és így valóban ‘közös’ közjóra irányíthatnak a jó kormányzást végző politikai vezetés által, akkor a kölcsönös gazdagodáson túl a helyes mértéket és tartalmat is elnyerhetik az érvényesített közjó-elemek a közpolitikai döntésekben.^[64] Egy ilyen szemléletű *kormányzás* igényli az erős, felelős és hatékony *kormányzatot* azért, hogy a dialogikus eljárások és a meghozott döntések a ‘helyes értelem’ (*recta ratio*) jegyében – annak klasszikus jelentése szerint – korrektek legyenek (ez a ‘politikai korrektség’ helyes értelme), és hogy érvényesíttessenek a gyengébb szociális alanyok szempontjai is. Éppen a *szolidaritás* különböző politikai szinteken megvalósuló szempontjainak biztosítása a kormányzat és a kormányzás egyik kiemelt feladata, amely elv érvényesülése a szubszidiaritást mindig kell, hogy kísérelje. E tekintetben az is a feladata a jó kormányzásnak, hogy az *intézményes* kormányzati szolidaritás mellett ösztönözze és támogassa a politikai és társadalmi szolidaritás nem állami létrejöttét és érvényesülését minden döntéshozatali szinten. A ‘kapcsolati javak’, mint a segítségnyújtás rendes és rendkívüli szolidáris formái ily módon tudják a személyek valódi javát szolgálni a családi betegápolástól kezdve, a katasztrófa sújtotta területek tevékeny megsegítésén át az öntevékeny civiltársadalom intézményesítettebb eszközeiig bezárólag (alapítványok működtetése, táv-örökbefogadás intézménye, az un. ‘közösségi gazdaság’^[65] formái stb.), egészen a globális méretekig terjedően. Az ezeken a szinteken képződő kapcsolati (relacionális) javak, megjelenő méltánylandó érdekek valódi közpolitikailag *támogatandó* ösztársadalmi értékeket jelenítenek meg, amelyek nem utalhatók a kormányzat által egyszerűen a nem-állami, civiltársadalmi (magán)szférába, mondván, hogy az, mint ilyen, közpolitikai (publikus) jelentőséggel nem rendelkezik.

6. Jó kormányzás és a helyes közpolitikaalakítás néhány iránymutatója

A.) A közszolgáltatások problémája

Részben az új közmenedzsment teória érdeme, hogy a közszolgáltatások hatékonyságára, s a közigazgatás *szolgáltatás*-jellegére irányította rá a figyelmet.^[66] A polgárok tehát nem alattvalók, azonban – tehetjük mi hozzá – nem is csak a közszolgáltatások *fogyasztói*, hanem a politikai test *alanyai*. Állampolgárok tehát, akik nem pusztán választópolgárok, hanem akik részt is kívánnak venni a közügyek intézésében.^[67] Az állam nem a közjavak tárháza, amelyet a magánosoknak kell kiosztani, hozzáférhetővé tenni a piaci hatékonyság paraméterei szerint (*New Public Management*), vagy kizárólag az osztó igazságosság jegyében (jólléti állam). Az állam egy *politikai közösség* is, ami ahhoz, hogy az valóban az legyen, a részvételre kell épüljön azért, hogy a közjó közpolitikai meghatározásában is részt vegyenek annak polgárai. Emlékezzünk vissza, azt mondtuk, hogy nem csupán a közszolgáltatások hatékonysága és

minősége legitimálja tartalmi értelemben és teszik „jóvá” a kormányt és/vagy a kormányzást, hanem főként a polgárok közjó meghatározásában való tartalmi értelemben vett *részvétele*. Ebből is kifolyólag bizonyos közügyek/közszolgáltatások magánérdekeltségű (köz)szolgáltató vállalkozásokként történő (ki)szervezésének, vagyis a *közszolgáltatások magánosításának* szűk és világos határai kell legyenek a minőségjavítás és a költséghatékonyság jegyében,^[68] szoros és jól intézményesített közösségi és jogi kontroll alatt, minthogy egy közszolgáltatást végző magánvállalat közösségi felelősségérzettel és különösen politikai felelősséggel nem kell, hogy rendelkezzen.^[69] A polgárok, és főként a gyengébb szociális alanyok bizonyos jogos és nyomós érdekeit nem lehet nem figyelembe venni és nem érvényesíteni pusztán azért, mert azok hatékonysági paraméterek szerint nem értékelhetőek vagy mert nem rentábilisak, illetőleg arra hivatkozással utasítani el azokat, hogy a közszolgáltatásokat végző magán-, illetve üzleti szférára nem lehet közpolitikailag hatni. Az állam nem egy Zrt., mivel nem csupán a piaci résztvevők, a tulajdonosok a polgárai, hanem mindenki, aki annak polgárként tagja. A közszolgáltatások – bárki is szolgáltassa azokat –, mivel közügyek, ezért politikai jellegű *stratégiai* közpolitikai irányításra, valamint politikai és közösségi ellenőrzésre szorulnak. Általános élel szögezhetjük le, hogy a polgárok a politikai test egyenlő méltóságú alanyai, ezért aktív módon kell hogy részt vegyenek a közjó – jelen esetben a közszolgáltatások általános jellegű – meghatározásában, s ez természetesen a legszegényebbekre is igaz, akik hatalommal, megjelenített érdekekkel nem rendelkeznek.^[70] A ‘politikai’ határai – szögezhetjük le – normatív értelemben nem a közhatalom határaival, s még kevésbé a magánhatalom, vagy a politikai, illetve a gazdasági befolyás határaival, hanem a *közjó*, a *közügy* (*res publica*) határaival esik egybe, s ezt szükséges a közpolitikaformálás irányadó szempontjaként szem előtt tartani. Az állami és a közszférában a piaci és magánjogi elemek mindenekelőtt a *kölcsönös igazságosság* szerint kell, hogy szerveződjenek, mivel egyébként egyszerű járadékvadászatról^[71] van szó az állam kárára; továbbá azok nem fordulhatnak – a végső soron – az állami akaratképzésben megnyilvánuló *közjóval* szembe, mivel ellenkező esetben harmadik személyek, azaz a politikai közösség látná annak kárát. A közszférában a magánosok és a közszereplő hatalomgyakorlók között létrejött konszenzus pusztán megléte nem igazolhatja önmagában a szerződéseket, azok létét és tartalmát, mivel az ezen a téren létrejött szerződéseknek mind a kölcsönös igazságosságnak, mind a közjónak meg kell felelniük, s súlyosabb esetben ezek hiánya érvénytelenséget kell, hogy eredményezzen.^[72] Ezt azért szükséges megjegyeznünk, mert a *governance* kormányzási mód háttéréül álló neoliberális ideológiában – legalábbis annak egyik olvasati módjában – a ‘magán’ győzedelmeskedik a közügy felett,^[73] s a magánjogi(as) *szerződés* sem a profit vagy a közjó céljai által igazolandó eszköz immáron, hanem az pusztán léteben magába szippantja tárgyának igazoltságát.^[74]

A magántőke bevonásával végzett közszolgáltatások vállalkozási struktúrái önmagukban *governance*-t valósítanak meg az egyik meghatározó teória szerint.^[75] Az ezek mögött rejlő (társasági és egyéb) szerződések – mint már utaltunk rá – a kortárs gondolkodásmód szerint azonban voltaképpen nem eszközök, hanem önmagukban vett célok.^[76] Csakhogy a helyes látásmód szerint ezen közszolgáltatások logikája a közjó jegyében egyrészt az önkormányzati tulajdonosi jogokból fakadó politikai stratégiai irányítási, a menedzsment vállalatvezetési, valamint az összetett és rendszeres belső és külső ellenőrzési funkciók, az alanyi körök olyan pontos meghatározását, szétválasztását és egyben együttműködését igényli, amely lehetővé teszi, hogy a politikai stratégiai irányítás úgy tudjon érvényesülni, hogy közben a szakmai és – a kívánatos keretek közötti – a rentabilitási szempontok is érvényesülni tudnak.^[77] Nézetünk szerint a társadalmi és közpolitikai ellenőrzés teljesen új kultúráját kell kialakítani a helyi politikában a közszolgáltatások terén ahhoz, hogy a közjó szolgálata (a stratégiai irányítás és az ellenőrzés) biztosított legyen e bonyolult közpolitikai területen. A közszolgáltatások teljes területén tehát szemléletváltásra van szükség a magán és a köz határainak, azok viszonyrendszerének alaposabb újragondolásával. Ezt annak a fényében szükséges megtenni, hogy az elmúlt években tetten érhető *governance* modell – néhány elemének – működése önmagában is azzal jár, hogy feloldódnak a köz- és a magánszféra határai. Ha ezen modell, vagyis ezen kormányzásmód elemeinek megjelenése a társadalmi és politikai igények miatt elkerülhetetlen, ahogy azt némely kutató állítja, akkor szükséges lenne az ezen modellben megjelenő határelmosódást a szubszidiárius kormányzás jegyében átalakítani. Csak egy ilyen kormányzásmóddal lehetséges ugyanis – nézetünk szerint – a regionális politikaalakítás paradoxonait^[78] felülmúlni.

Általánosságban elmondható, hogy a helyes közpolitikaalkotás pusztán a decentralizáció és/vagy a participáció kormányzási és közigazgatás-szervezési elveivel, egyedül az azoknak megfelelő technikák és módszerek alkalmazásával nem érhető el, hanem a szubszidiaritás tartalmi elvét szükséges valóságosan érvényesíteni, mégpedig a *perszonalista* társadalomfilozófia többi elvével együtt. Ennek egynémely további következményét gondoljuk most mi végig a területi igazgatás, a területfejlesztés és a helyi kormányzás vonatkozásában.

B.) *A területi kormányzás kérdései*

A területi közigazgatás tárgykörét meghaladó területi *governance* reális és kívánatos perspektívában az ‘Európa a régiókkal’ és nem pedig a ‘régiók Európája’ jelszavával illelhető.^[79] Ebben az optikában bár a régiók részben már a határokon átívelően szerveződnek, mégsem a nemzetállamok helyett, hanem azokkal együtt, illetve azok irányítása mellett válnak a területi *governance* meghatározó szereplőivé. Európa immáron a makrorégiók és az eurórégiók korszakát éli, ekképpen változtatva az államhatárokat ‘varrat’-szerűvé, létrehozván a ‘zsanér-zónákat’.^[80] Hazánk számára, minthogy ‘kultúrnemzet’ és

nem ‘államnemzet’ – minthogy az államhatárok és a nemzeti határok nem esnek egybe –, új kihívásként adódik az, hogy a ‘területi együttműködés európai csoportjaiban’, illetve az eurorégiókban és más interregionális együttműködésben rejlő eszközöket kihasználja nemzetépítése javára. Az elkerülendő kísértés azonban az, hogy az állam ezen együttműködési formákat kizárólag a nemzetközi kapcsolatok alakításának *állami hatásköre* szerves részeként tekintse, ami így minden tekintetben központi állami irányítást igényel.^[81] Az államnak a szükséges kompetenciákat és a pénzügyi eszközöket rendelkezésre kell bocsátania ahhoz, hogy a helyi és a területi szinten *alulról felfelé* is építkezni tudjanak a határokon átnyúló nemzeti és nemzetek közötti együttműködés formái.^[82]

Magyarország jelenlegi területi kormányzással összefüggő tapasztalatai azt mutatják, hogy a megyei szint jelenti, történeti hagyományaiból fakadóan, azon identitáselemeket hordozó kormányzati szintet, amelyet mindenképpen szükséges lenne megerősíteni. A járási lépték pedig jórészt azon funkcionális egységet jeleníti meg – ami azonban erős helyi identitást is takarhat –, amely a munka, a tanulás és a fogyasztás által keltett helyi szükségleteket képes a leghatékonyabban kielégíteni.^[83] Ezért a kistérségi/járási szintet oly módon szükséges kialakítani, hogy az ne az ott levő települések – egymást kioltó és egymás kárára zajló – rivalizálását eredményezze, hanem az ottani lakosok érdekei szerint legyen képes a polgárok helyi mobilitásából és az infrastrukturális szükségletekből fakadó igényeket a leghatékonyabban és a leginkább polgár-barát módon szolgálni. A ‘vidék’ nem a modernizációval felszámolandó elmaradottságot, hanem az új európai vidékfejlesztési koncepció szerint is egy élhetőbb világ komplex értékegyüttesét jeleníti meg. Ezért a terület- és vidékfejlesztés terén a közpolitikaformálás, valamint azt ez érintő szakágazati igazgatás (mezőgazdaság, turizmus, infrastruktúra stb.) szempontjait egy régi-új élhetőbb életforma elérése jegyében kell harmonizáltan és szinergikus módon újragondolni. Az első Orbán kormány Széchenyi tervében preferált fürdőépítési programja egy ilyen ígéretes kezdeményezés volt, ami jól számolt Magyarország természeti adottságaival.^[84] E tekintetben meg kell állapítsuk, hogy a fejlesztő állam modellje létezik korunkban is és sikeres lehet manapság is.^[85] Ezért szükséges lenne megvizsgálni, hogy a globális regionális versenyt állni képes, sőt az abban sikeresen szerepelni képes állam által támogatandó *klaszteresedés* megvalósulhat-e például a fürdőturizmus vagy a bortermelés klaszterei (*cluster*) tekintetében hazánkban.^[86]

A területi kistérségi vagy járási szinten a *Leader* programok funkcióját kellene újraértékelni, mert bár jelen generációjuk jobban bürokratizált, mint a korábbi(ak), de az ebben rejlő lehetőségek távolról sincsenek kimerítve. Szükség van rájuk már csak azért is, mert az állam pénzügyi források híján nem képes a helyi alapszolgáltatásokat biztosítani az elaprózott településszerkezetben. A programot úgy kellene működtetni, hogy az a helyi környezettel és az ott levő településekkel, illetőleg a középszintű és az országos területfejlesztési érdekekkel összhangban történjen. Szemben az elmúlt évek olyan példáival, amelyek – sokszor kormányzati döntéssel támogatva – voltaképpen indokolatlan helyi

magánérdekeket – illetve más partikuláris, esetleg pártpolitikai érdekeket is – szolgálták ösztársadalmi érdekként feltüntetve, s amely beruházási projektek nem voltak tekintettel más települések vagy a nagyobb területi léptékek jogos és méltánylandó fejlesztési vagy állagmegőrzési szempontjaira. E furcsa helyzetet talán némileg magyarázó azon tarthatatlan helyzetre kívánunk rámutatni, miszerint a polgármesterek miközben a helyi társadalom szükségleteire alig kíváncsiak és a helyi szereplők támogatására is vajmi kevéssé támaszkodnak, egy sor fontos közpolitikai pozíciót töltenek be a községi (városi) szintet is jócskán meghaladóan egészen a regionális szintig, illetve még feljebb.^[87]

Végül azt tartjuk szükségesnek kiemelni, hogy a többszintű jó kormányzás (*governance*) modelljének problémái elsősorban nem szervezeti, strukturális reformokkal orvosolhatók, hanem a valóban jó kormányzáshoz a *politikusok új generációjának* színrelépése válik szükségessé,^[88] de olyan civil társadalom formálódása is elengedhetetlen, amely közösségi értékeket és érdekeket hordozva részt vesz a döntési és az ellenőrzési közpolitikai folyamatokban. „Új emberek” szükségeltetnek tehát az általunk jó és helyes kormányzásnak tekintett szubszidiárius kormányzáshoz.

7. Az egyetemes politikai közösség normatív fogalma és konkrét intézményes valósága felé

Az elmúlt évek pénzügyi válságának politikai tanulságai arra mutattak rá, hogy a globális pénzügyi rendszer szabályozandó, de arra is, hogy bizonyos mértékig és tekintetben feltétlenül kormányzandó is.^[89] Ez amiatt fontos, hogy a globális egymásrautaltságot ne csak elszenvedje az emberiség a pénzügyi rendszer negatív hatásai vonatkozásában,^[90] hanem a szolidaritás, sőt a testvériség etikai felszólítása jegyében aktívan lehessen tenni egy igazságosabb, a közjót jobban szolgáló berendezkedés eléréséért.^[91] A szabályozást már a faktikus globális egymásra utaltság is igényli, minthogy a pénzügyi válság hatásai nem állíthatók meg az országok határain egy olyan korban, amikor a reálgazdaság és a nemzetközi reáláramlás volumeneit sokszorosán meghaladó mértékű pénzösszegek és – spekulációs – pénzpiaci termékek áramolnak, illetve cserélnek naponta gazdát a globális pénzügyi rendszer szereplői között.^[92] Az igazságosság és a szolidaritás szempontjai is megkövetelik azt, hogy az elvonás és az újraelosztás alól ne legyenek mentesek a spekulációs műveletekkel szerzett nyereségek, különösen akkor és ott, ha és ahol a munkából szerzett jövedelmek olyannyira túladóztatnak, hogy az már a családok megélhetését veszélyezteti. Ne feledjük, a *személy* és annak java a nemzetközi pénzügyi és gazdasági folyamatok megítélésének mindenkori mércéje.^[93] Ez okból véljük úgy, hogy a nemzeti gazdaságok kulcsfontosságú szereplőit és érdekeit alapvetően és súlyosan veszélyeztető pénzügyi spekulációs – negatív, rövid lejáratú határidős tőzsdei – műveletek jogszabállyal betiltandóak, de legalábbis szigorúan korlátozandóak.

Fontos tudatosítani, hogy amint a ‘politikai’ nem esik egybe immáron az ‘állami’-val, minthogy az az állam alatti szférát is áthatja, amennyiben azok a köz javát hangsúlyosan érintik, úgy a kormányzás sem szorítkozhat immáron az állami kormányzatra, hanem az át kell hogy fogja a ‘politikai’ teljes dimenzióját, vertikumát egészen a globális méretekig bezárólag, hiszen ott zajlanak, közügyként számot tarthatóan, a közjót leginkább érintő pénzügyi és gazdasági folyamatok. A ‘globális kormányzás’ empirikus és normatív fogalmai így nem kerülhetők meg sem teoretikusan, sem a gyakorlatot tekintve.

John Rawls úgy tartja, hogy a testvériség fogalmának ahhoz, hogy konkrét normatív tartalmat nyerjen, az igazságosság egyik kritériumává kell alakulnia.^[94] Nem gondoljuk, hogy ez lenne a testvériség teljes és egyetlen értelme, amiképpen az sem dönthető el egyértelműen, hogy a klasszikus ‘politikai barátság’ vagy a modern ‘testvériség’ fogalma illik-e jobban^[95] a jó kormányzás fogalmához, azonban annyi biztos, hogy ezen fogalmak manapság procedurális értelemben minimálisan a polgárok és azok közösségeinek partnerkénti bevonását igénylik a közjó megfogalmazásába és annak megvalósításába a helyi viszonyoktól kezdve egészen a globális kormányzásig bezárólag. A részvétel és szubszidiaritás mindenképpen azok az elvek, amelyek érvényre juttatják a funkcionálisan hierarchikus kormányzati kapcsolatokban a polgárok lényegi, mondhatni testvéri egyenlőségét a közjó részvétel révén való aktív megfogalmazásában, meghatározásában. A partikuláris politikai közösségek, amennyiben a politikai barátság táplálja azokat, más partikuláris közösségekkel együtt tudnak a szolidaritás és a testvériség jegyében horizontálisan együttműködni. Ilyen bázison körvonalazódhat immáron egy *globális politikai közösség* is, mint a politikai közösségek egyetemes közössége, ahol mindezen politikai közösségeknek megvan a maga saját közjava, de amelyek immáron egy egyetemesebb közös közjó iránti elköteleződéssel is rendelkeznek.^[96] A *globális kormányzás* nagy feladata az, hogy ezen közjavakat harmonizálja az egész emberiség és – kitüntetett módon – a fejlődő országot javát szem előtt tartva.

^[1] Vö. KÖRÖSÉNYI ANDRÁS: *Pártok és pártrendszerek*. Budapest: Századvég Kiadó, 1993. 107-109. „Az egyéni kerületi rendszerben országosan az a párt nyeri meg a választásokat, amely a választókerületek abszolút többségében képes a relatív szavazattöbbség megszerzésére.” KÖRÖSÉNYI i. m. 107.

^[2] A demokratikus felhatalmazottság, mint „közjogi megbízási jogviszony” és az abból fakadó követelmények elemzéséhez ld: FRIVALDSZKY JÁNOS: *Klasszikus természetjog és jogfilozófia*. Budapest: Szent István Társulat, 2007. 439-444. A fentiek fényében választói felhatalmazás és társadalmi konszenzus híján nézetünk szerint eleve kudarcra volt ítélve a Gyurcsány-kormány egészségügyi reformpolitikája. Ezt az akkori kormányzó pártok prominens politikusai is elismerik immáron.

^[3] G. FODOR GÁBOR- STUMPF ISTVÁN: Neoweberi állam és jó kormányzás. *Nemzeti Érték*, 2008/Ősz (7.) 5-27.

^[4] A 'jó kormányzás' *New public management*tel történő azonosítása – nézetünk szerint – némileg pontatlan, hiszen az előbbi a 'többszintű kormányzás' fogalmi elemeit is tartalmazza.

^[5] *Jó kormányzás és az állam 2008*. A Századvég Alapítvány Politikai Barométere az ország állapotáról. Századvég, <http://www.szazadveg.hu/files/kutatas/Jo-kormanyzas-es-az-allam-2008.pdf>

^[6] A közigazgatási döntések *jogszerűsége*, legalitása és a kormányzás *hatékonysága* nem problémamentes kapcsolatban állnak egymással, hiszen az előbbi még nem biztosítja az utóbbit. A hatékony kormányzati irányítás igényel egyfajta diszkrecionalitást, ezért azt a jogállamok óvatosan körülhatárolt módon igyekeznek biztosítani a végrehajtó hatalomban. FRANCIS FUKUYAMA: *Államépítés, kormányzás és világtrend a 21. században*. Budapest: Századvég Kiadó, 2005. 98.

^[7] A hatósági *jogalkalmazói* döntések a törvények végrehajtását kell, hogy jelentsék. Ezért tarthatatlan, hogy a lobbizás 57 %-a a szakhatóságokat érintse Magyarországon, feltételezve, hogy a lobbizás jórészt (kétes) magánérdekekből a törvényértelmezési kiskapukat segíti megtaláltatni a szakhatóságokkal, amelyek egyébként - jórészt - hatósági jogalkalmazást vannak hivatva végezni. És akkor még nem szóltunk a korrupció lehetőségéről. Lásd a törvényhozáson kívül végzett lobbitevékenység főbb célpontjait bemutató táblázatot: SIMON ZOLTÁN: *Érdekvényesítés a közpolitikai döntéshozatalban az Európai Unióban és Magyarországon*. Budapest: L'Harmattan, 2009. 135. 9. ábra. A köztisztviselői ethosznak megfelelően újból szükséges hinni abban, hogy a törvényesség egy magasabb, általánosabb igazságossági szintet valósít meg. Azon köztisztviselő pedig, aki nem tudja ezen hivatástudatot a magáévá tenni, nem bizonyul alkalmasnak a pályára. David B. Johnson megállapítása, miszerint a weberiánus bürokrácia-felfogás a közigazgatásban még ma is erős, s csak a politológiában halványult el, úgy egészítendő ki, hogy a neo-weberi kormányzati modell egyszerre közigazgatási és kormányzási modell. Vö. DAVID B. JOHNSON: *A közösségi döntések elmélete*. Budapest: Osiris Kiadó, 1999. 204. Pálné Kovács Ilona 2005-ből való megjegyzése, miszerint a „közigazgatás világszerte átalakulóban van, s halad a weberiánus, bürokratikus közigazgatástól az ún. New Public Management irányába, a közhatalmi, hierarchikus kormányzattól az együttműködő kormányzás felé (government/governance)”, már némileg pontatlan és nem teljesen aktuális. PÁLNÉ KOVÁCS ILONA: *Közigazgatási reformok, uniós tagság, regionalizmus*. In PÁLNÉ KOVÁCS ILONA (szerk.): *Regionális reformok Európában*. Budapest: Timp Kft, 2005. 13. A szerző másutt már az adminisztratív kapacitások újraépítéséről ír – helyesen – a NPM nyomán várt sikerek elmaradása következtében támadt reformok második generációja, a 'jó kormányzás' jegyében. i. m. 23. A NPM gyengeségeivel már számot vetettek szinte mindenütt, s van, ahol már új modellekre álltak át. Lásd például a holland Tilburg-modellt. JÓZSA ZOLTÁN: *Önkormányzati szervezet, funkció, modernizáció*. Budapest-Pécs: Dialóg Campus Kiadó, 2006. 196-213. Lásd a NPM mérlegének megvonását: ZUPKÓ GÁBOR: *Közigazgatási reformirányzatok az ezredfordulón*. Budapest: Századvég Kiadó, 2002. 131-től.

^[8] A sikeres távol-keleti felzárkózó ázsiai fejlesztő államok tapasztalatai alapján a fejlesztésben fontos szerepet betöltő bürokrácia szakmailag kompetens, elkülönített, vagyis a társadalmi nyomással szemben ellenállni képes, mindazonáltal nem elszigetelt. BENCZES ISTVÁN: Erős állam – gyenge társadalom. In CSÁKI GYÖRGY (szerk.): *A látható kéz, a fejlesztő állam a globalizációban*. Budapest: Napvilág Kiadó, 2009. 54-56.

^[9] Egy újweberi modell körvonalait felsejtető tanulmány szerzőpárosa a következő tételt szögezi le: „A kormányzás aktora az állam, ez azonban nem jelenti azt, hogy ne lenne szükség piacra, bürokráciára, hálózatokra vagy civil társadalomra, és ezek ne kapcsolódhatnak be valamilyen módon a kormányzásba; de azt igenis jelenti, hogy a kormányzás kérdésköre elgondolhatatlan az állam problematikája nélkül [...]” G. FODOR GÁBOR, KITTA GERGELY: Kommunikációs paradigma, avagy a kormányzás uralkodó beszédmódja. *Politikatudományi Szemle*, 2009/1. 99.

^[10] „Sajátos kettősség [...] az az igény, hogy csökkenjen az állam anyagi szerepvállalása, ám maradjon meg felelősségvállalása.” RIXER ÁDÁM: Új közigazgatás – változó társadalom. *Közigazgatási Szemle*, 2007/2. 16.

^[11] Vö. G. FODOR, KITTA i. m. 100-106.

^[12] PÁLNÉ KOVÁCS ILONA: *Helyi kormányzás Magyarországon*. Budapest – Pécs: Dialóg Campus Kiadó, 2008. 100.

^[13] A közpolitika-orientált kortárs kormányzási/kormányzati modell nem a jogászi megközelítést, hanem a közpolitikai ciklus logikája vezérelte gyakorlatias felfogást vallja. GAJDUSCHEK GYÖRGY, HAJNAL GYÖRGY: *Közpolitika. A gyakorlat elmélete és az elmélet gyakorlata*. Budapest: Hvgorac. 2010. 53-54.

^[14] Nálunk a *közjogi* legitimitásvesztés, vagyis az, hogy a választásokon nem vagy csak áttételesen legitimált kormányok kormányoztak, amelyek olykor még parlamenti bizalmi szavazást sem kértek maguk mellett, *tartalmi* legitimitásvesztéssel párosult, mivel a „jó” kormányzás több esetben a döntések felelőseinek és a döntésben érdekelt valódi magánérdekű alanyok elrejtését célozta.

^[15] A kormányzati folyamatokban való részvétel kiszélesítése a *governance* kormányzás legfőbb, sőt egyetlen jelszava. ALBERTO ANDRONICO: Governance. In BRUNO MONTANARI (szerk.): *Luoghi della Filosofia del Diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009. 251.

^[16] Pálné Kovács Ilona szerint az európai kormányzás alapvetően korporatista, a ténylegesen követett gyakorlat, s a szabályozás miatt is (ezt fejezi ki például a partnerség elve a regionális politikában). PÁLNÉ KOVÁCS (2005) i. m. 15.

^[17] Talán fogalmazhatunk úgy az elmúlt évek tapasztalatai alapján, hogy hazánkban a pénzelosztás valódi fórumain, a regionális közép szinten valóságos „fekete lyuk” van, ami szívóhatásában a központi miniszteriális és nagypolitikai, sőt olykor – ez sem zárható ki – a pártpolitikai érdekek felé nyitott. Vö. PÁLNÉ KOVÁCS (2008) i. m. 277. Mező Ferenc pedig úgy fogalmaz, hogy regionális intézményrendszernek „nincs demokratikus autonómiája, mert nincs demokratikus választásokon legitimált testülete, ennek következtében nincs pénzügyi autonómiája sem, vagyis kézi vezérelt Budapestről és az Irányító Hatóság/októl. Kimondhatjuk, hogy felette, felettük mindezekre hivatkozva a tutela jog érvényesül, vagyis a központi gyámkodás. [...] A régióknak, a régióknak nincs nagy mozgásteret, a »homokozókban leginkább Pestről játszanak«. [...] azt is gondolom, hogy a régióknak több jogosítványt és nagyobb mozgásteret, plasztikusan fogalmazva, önállóságot kell kapnia Budapeستől, a Nemzeti Fejlesztési Ügynökségtől és a Regionális Irányító Hatóságtól.” MEZŐ FERENC: A régiók tíz éve, álmok és valóság. *Polgári Szemle*, 2010/2. 90. 92.

^[18] Ezt a „lehetőséget” kiaknázva nálunk a jogsértésben élenjáró egyes pénzeszívó kreatív elmék a felelősség megállapíthatatlanságának irányába tolták el a lobbizás „befolyással való ügyeskedését”, több esetben a köztörvényes „befolyással való üzérkedéssé” változtatva azt.

^[19] Az elmúlt években kormánypárti politikusok olykor ügyesen rejtették el kormánypárti, azaz a választók előtt felelős kormányzati pozíciójukat.

^[20] PÁLNÉ KOVÁCS (2008) i. m. 102.

^[21] A magyar belpolitikában ez volt a helyzet, ami a korábbi kormánypartok népszerűségének zuhanórepülését, s az egyiknek – az SZDSZ-nek – a közéletből való szinte teljes eltűnését eredményezte.

^[22] Magyarország a korrupció által erősen fertőzött ország. Azonban egy gazdaság- és társadalometikával foglalkozó kutató még érdekesebb összefüggésekre mutat rá a politikusi korrupció hátterét és környezetét elemezve: „Magyarország korrump ország. Európán belül is az. A korrupciót azonban még annál is nagyobb problémának érezzük, mint amilyen valójában – pontosabban más országok hasonló vagy nagyobb korrupciójukkal is könnyebben együtt élnek. Az számomra is elfogadható, sőt üdvözlendő is lenne, ha mindez csak azt mutatná, hogy a magyarok nem akarnak ilyen korrupcióval sem együtt élni. De a helyzet sajnos az, hogy a politikusaikat szidó magyarok maguk is bőven élnek az előttük adódó korrupciós lehetőségekkel. Kisebb léptékben (pontosabban esetenként kisebb összeget érintve) ugyan, de a magyar társadalom más szféráit is bőségesen érinti a korrupció. Az erkölcsi felmentést ismerjük: ha a hatalmon levőknek szabad nagyban, akkor nekünk is szabad kicsiben. Csakhogy az a gond, hogy a logikát meg is lehet fordítani. Ugyanolyan erővel követelhetjük-e a nagy összeget hazavivők elítélését, ha a magunk kis bizniszeit mi is megcsináljuk?” SZALAI ÁKOS: A tiszta szeműek és a korrupció. *Kommentár*, 2010/2. 46.

^[23] G. FODOR, KITTA i. m. 100.

^[24] Fukuyama könyvében azonban egy figyelmeztetés olvasható, minthogy arra mutat rá, hogy amint sikeres volt az ázsiai fejlesztő államok iparpolitikája a szakértő és korrupciómentes bürokrácia közreműködésével, úgy ennek hiányában a nagymértékű diszkrecionalitás a rossz kormányzást valósíthatja meg: „Az ipari politika szükségszerűen óriási méretű diszkrecionalitást delegálását vonja maga után az ipari fejlesztéseket irányító, gazdasági tervezőintézetek részére – ezzel tulajdonképpen megjutalmazva a teljes ipari szektort –, lehetővé téve számukra, hogy meghatározzák a támogatások nyertesit és vesztesit. A kompetens, korrupciómentes, technokrata bürokrácia irányítása alatt levő ipari politika hatékonyan alkalmazható a fejletlen tőkepiacok információs elégtelenségeinek kompenzálására. Ha azonban rossz kezekbe kerül, a fejlesztési forrásokat a politikai értelemben helyzetbe hozott csoportok részére játszhatják át, vagy a források döntéshozók családjának, barátainak zsebében landolhatnak”. FUKUYAMA i. m. 101.

^[25] „A *partnerségről* sokan beszélnek, azonban viszonylag kevés empirikus vizsgálat mutatja be a valóságban, hogyan működik. A »governance« teóriája gyorsan terjedt el, de minden kutató saját fogalmát használja a jelenség leírására. Miközben egyesek a folyamatot visszafordíthatatlannak tartják, mások már annak veszélyeire figyelmeztetnek, azt kifogásolva, hogy nincs döntéshozás csak alkudozás, a folyamatok nem átláthatóak.” PÁLNÉ KOVÁCS (2008) i. m. 101.

^[26] PÁLNÉ KOVÁCS (2008) i. m. 102.

^[27] „A magyar régiókba telepített intézmények és funkciók azonban nem képesek akcióteret képezni, nem járulnak hozzá fenntartható, regionális léptékű közpolitikai hálózatok létrejöttéhez, még azokon a területeken sem, ahol az intézmény-rendszert viszonylag átfogó kompetenciák és források támogatják, mint tapasztalhattuk a területfejlesztésben [...]”. „Bemutattuk, hogy a média nem volt képes regionális nyilvánosságot képezni [...], és a civil társadalomnak felkínált regionális struktúrák sem tudnak igazi erőt felmutatni egyrészt kapacitáshiány, másrészt a regionális együttműködés erősen kívülről, pénzügyi támogatással generált bázisa okán [...]”. A regionalizmus aktuális politikaformáló erejét és jellegét érintő tanulságos konklúzió pedig a következőképpen hangzik: „A regionalizáció jövőbeli esélyeit tekintve kutatásunk legfőbb tanulsága, hogy tudatos, hosszabb távra megtervezett, több szektorra kiterjedő kormányzati reform kidolgozása és végrehajtása nélkül a részben spontán, részben esetlegesen fejlődő helyi hálózatokból nem építhető működőképes régió. A regionális intézményi elit körében egyértelműen és lényegében pártállástól függetlenül jellemző az a vélemény, hogy a regionális reform az alapos előkészítés és a következetes konszenzuskeresés hiánya miatt vallott kudarcot”. PÁLNÉ KOVÁCS

ILONA: Zárógondolatok. In PÁLNÉ KOVÁCS ILONA (Szerk.): *A politika új színtere a régió*. Pécs – Budapest: PTE BTK Interdiszciplináris Doktori Iskola, Politikai Tanulmányok Tanszék, Századvég Kiadó, 2009. 206.

^[28] A jó kormányzás (*good governance*) egyik ismérve manapság a területileg pluralista hatalmi modell, vagyis a többszintű kormányzás (*multi-level governance*) kialakítása.

^[29] ANDRONICO i. m. 249.

^[30] PÁLNÉ KOVÁCS (2008) i. m. 102.

^[31] ANDRONICO i. m. 248-249. Az olasz jogfilozófus a szociológus Zygmunt Bauman meglátását kamatoztatja a *governance* fogalmának elemzéséhez.

^[32] „A felértékelődő szerepet betöltő regionális tanács összetétele is a központi szabályozás során formálódott, végig megőrizve azt a jellegzetességet, hogy a kormányzatot képviselő szereplők domináns arányban voltak jelen a tagok között. A hatalom koncentrációjával párhuzamosan nőtt a pártok érdeklődése a tanács iránt. A jogi szabályozás logikáját kijátszva elérték, hogy a pártpolitikai szempontok szinte kendőzetlenül jelenhetnek meg a testület munkájában. Talán ez az elem, amelyik a legnyilvánvalóbban mutatja az uniós regionális politikából következő »partnerség« hazai alkalmazásának torzulását, átpolitizálódását.” PÁLNÉ KOVÁCS (2008) i. m. 277. Az elmúlt évek eseményeire vonatkozó napi híradások azonban már nem csak pártpolitikai átpolitizálódásról, hanem egynémely esetben bűncselekmények alapos gyanújáról is szólnak.

^[33] Az államiság különböző dimenzióinak megkülönböztetése nélküli leegyszerősítő, doktrínér liberalizáció veszélyeihez ld. FUKUYAMA i. m. 17-18. vö. PAUL H. BRIETZKE: Miképpen tervezzük jogi kereteket a Kelet-Európai piacok számára? In VARGA CSABA (szerk.): *Kiáltás gyakorlatiasságért a jogállami átmenetben*. Budapest: Windsor Klub, 1998. 58-65.

^[34] A ‘washingtoni konszenzus’ fogalmát először John Williamson használta 1990-ben az *Institute for International Economics* konferenciáján, s az az állami szerepvállalás visszafejlesztésének univerzális receptjét fogalmazza meg. ANDOR LÁSZLÓ: Globalizmus és amerikanizmus. In CSÁKI GYÖRGY – FARKAS PÉTER (szerk.): *A globalizáció és hatásai, európai válaszok*. Budapest: Napvilág Kiadó, 2008. 90. 13. jegyzet. A globalizáció ezen neoliberais domináns közfelfogása szerint nincs is ennek civilizált alternatívája. A „washingtoni konszenzus meglehetően egysíkú receptje foglalja tehát magába a nemzetközi pénzügyi rendszerbe való beilleszkedés, a pénzügyi válságok elkerülésének feltételrendszerét. A követelmények apránként állnak össze az IMF és a Világbank hitelnyújtáshoz kapcsolt feltételeiből”. A ‘washingtoni konszenzus’ szabályegyüttese a következő pontokba foglalható össze: „1.) fiskális fegyelem, 2.) a közkiadások prioritásainak megváltoztatása, 3.) az adózási bázis kiszélesítése, 4.) pénzügyi liberalizáció, 5.) biztonságos, exportösztönző árfolyam-politika, 6.) a külkereskedelem liberalizációja (az 5. ponttal együtt a folyó fizetési mérleg-tranzakciók felszabadítását jelenti), 7.) a külföldi működő tőke belépésének liberalizációja (a gyakorlatban a tőkeműveletek felszabadítása), 8.) privatizáció, 9.) teljes dereguláció, 10.) a tulajdon biztonsága.” ANDOR i. m. 90.

^[35] GINO SCACCIA: *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. 42.

^[36] <http://www.cor.europa.eu/pages/DetailTemplate.aspx?view=detail&id=31bc9478-1acb-4870-999d-cc867f1925f6>

^[37] A regionalizmus mibenlétét is másként tekintik például a déli és az északi országok: az előbbieket a demokrácia kiterjesztésének eszközt látják benne, az utóbbiak pedig a racionális és gazdasági megfontolásokat emelik ki. PÁLNÉ KOVÁCS (2005) i. m. 29.

^[38] FRIVALDSZKY JÁNOS: Szubszidiaritás és az európai identitás a közösségek Európájáért. In FRIVALDSZKY JÁNOS (szerk.): *Szubszidiaritás és szolidaritás az Európai Unióban*. Budapest: OCIFE Magyarország, Faludi Ferenc Akadémia, 2006. 35-56. [Agóra] VI

^[39] SCACCIA i. m. 49.

^[40] ANDRONICO i. m. 237-239.

^[41] „A bevonásnak számos esetben nem az az oka, hogy ez olcsóbbá – s ezen keresztül hatékonyabbá tenné – a közfeladat-ellátást (szolgáltatás nyújtást), ha nem éppen az a körülmény, hogy a társadalom építésének és fenntartásának vannak bizonyos jogon túli, illetve jog által csak közvetetten befolyásolható mozzanatai, mint például a társadalmi szolidaritás tudatának és készségének megléte, az egyes intézmények – és iratlan normák – iránti bizalom, az összehangolt cselekvést megkönnyítő hálózatiság. Ezek a társadalmi tőke előállítására szempontjából még lényegesebbek is lehetnek, mint a jogalkotás eredményei és a finanszírozás feltételei.” RIXER i. m. 17.

^[42] Vö. FRIVALDSZKY JÁNOS: Esetlegesség a politikában. *Magyar Szemle*, 1997/1-2. 159-173. Lásd Bruno Romano különbségtevését a ‘lényegi konvenció’ (*convenzione essenziale*) és a ‘funkcionális konvenció’ (*convenzione funzionale*) fogalmi között. BRUNO ROMANO: *Critica della ragione procedurale, logos e nomos*, Teubner, Luhmann, Habermas discussi con Heidegger e Lacan. Roma: Bulzoni Editore, 1995. 69. 71. 77. 85. 89. 109.

^[43] A helyes közpolitikai döntéshez szükséges jó *ítélőképesség* pedig olyasvalami, amit nem lehet formalizálni, vagyis pusztán a legalitás biztosításával még nem garantált annak érvényesülése, hanem mindenekelőtt egyfajta

és egy bizonyos diszkrecionalitás gyakorlását igényli, mindazonáltal jogilag körülhatárolt módon. Vö. FUKUYAMA i. m. 99.

^[44] A uniós regionális *governance* működésmechanizmusát illetően is megállapításra került, hogy abban az „elvárt partnerségi együttműködési formák ott működőképesek igazán, ahol erős civil társadalom van, illetve, ahol a gazdaság szereplőivel való együttműködés korporatív formái olajozottan, szabályozottan illeszkednek a közösségi döntéshozáshoz. Ellenkező esetben viszont a partnerséget csak imitálják.” PÁLNÉ KOVÁCS (2008) i. m. 102.

^[45] „*Et sic ex quatuor praedictis potest colligi definitio legis, quae nihil est quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata.*” AQUINÓI SZENT TAMÁS: *Summa Theologiae*. I-II, q. 90, a. 4.

^[46] SIMON i. m. 136. Itt említem meg, hogy a hírközlési törvényjavaslat 2001. május 9-i részletes vitájában az derült ki, hogy az egyes rivális, de mégis közösen érdekelt mobilszolgáltatók törvénymódosítási javaslatait, illetve azok indoklásait „zsinórban”, olykor szó szerinti egyezéssel nyújtották be a Tisztelt Háznak egyes képviselők, illetve támogatták azokat szinte változatlan formában a pártok egyes mobilszolgáltatók mögé beállva. SIMON i. m. 129-134. A multinacionális vállalatok számára igazi paradicsommá vált Magyarország az elmúlt nyolc évben, minthogy számos állami adó-, illetve pénzügyi kedvezményt és támogatást kaptak. Ennek nemzetgazdasági hatékonysága és ekképpen közpolitikai indokoltsága nagymértékben megkérdőjelezhető, minthogy közel sem termelnek hazánk számára annyi értéket és nem adnak annyi munkahelyet, ami ehhez fogható mérvű támogatást és kedvezményt indokolna. E gazdaságpolitikai gyakorlat annál is kevésbé magyarázható, mivel a hazai kis- és közepes vállalkozók – amelyek sokkal több munkavállalót foglalkoztatnak és több hozzáadott értéket termelnek és hagynak hazánkban – jóval kevesebb állami támogatást kapnak. Ld. A „Bőkezűek vagyunk a multicégekkel.” című írást: *Magyar Nemzet* 2010. május 29. 1. 11.

^[47] Ld. FRIVALDSZKY JÁNOS: Az emberi személy alkotmányos fogalma felé. In SCHANDA BALÁZS – VARGA ZS. ANDRÁS (szerk.): *Láttelel közjogunk elmúlt évtizedéről*. Budapest: PPKE JÁK, 2010. 19-51.

^[48] Vö. ANDRONICO i. m. 249.

^[49] Vö. ANDRONICO i. m. 244-245. 249. 258. 262.

^[50] ANDRONICO i. m. 242.

^[51] G. Fodor Gábor és Kitta Gergely az általuk jegyzet tanulmányban a posztmodern kormányzást érintően úgy fogalmazznak, hogy a kormányzás realista-komprehenzív felfogásában a kormányzás elsősorban *politikai tevékenység*, ami ilyenként elsősorban a *politikai vezetés* kérdése, amelynek a középpontjában elsősorban a *hatalom* kérdése áll. A hatalomgyakorlás kérdése pedig elsősorban az *állam mibenlétével* áll szoros kapcsolatban. G. FODOR, KITTA i. m. 98.

^[52] Lásd az Európai Unióban domináns területi értelmű szubszidiaritás fogalomhasználata mellett annak funkcionális értelmét is: RIXER i. m. 16.

^[53] Vö.: „Public responsibilities shall generally be exercised, in preference, by those authorities which are closest to the citizen. Allocation of responsibility to another authority should weigh up the extent and nature of the task and requirements of efficiency and economy.” Council of Europe: *European Charter of Local Self-Government*. 15/10/1985. P I. a. 4. 3.

^[54] SCACCIA i. m. 44-49.

^[55] Hazai viszonyainkban a fentiekkel szemben az elmúlt években jobbra központilag döntöttek el, hogy milyen helyi partikuláris vagy nagyvállalati, illetve nagyléptékű (globális) pénzügyi-gazdasági érdekeket támogatnak. Ezért az eredeti elképzelések és döntések szerint egy mikrofalu európai léptékű motorpályát építhet a Balaton partján Sávolyban, kaszinóvárost a Velencei tó partján (ami már bizonyosan meghíúsult terv), vagy betonkolosszus viaduktot két falu érdekében a Balaton partja közelében, ami valóban impozáns látvány, de történetesen – nézetünk szerint – „hiányzik alóla a kanyon”. Vö.: KÖRMENDY IMRE: *A nagyberuházások városrendezési dilemmái*. In SALLAY ÁGNES (szerk.): *Ormos Imre tudományos ülésszak*. LOV 2009. Budapest: BCE Tájépítészeti Kar, 2010. 283-297.

^[56] FRIVALDSZKY JÁNOS: Társadalmi diskurzus és szociális jogok. *Politikatudományi Szemle*, 1996/1. 93-104. Vö. VARGA ZSOLT ANDRÁS: Alkotmányunk értékei. A fogalmi keretek. *Iustum, Aequum, Salutare*, V. 2009/1, 89-107.

^[57] FRIVALDSZKY (2006) i. m. 35-56.

^[58] *European Governance: A White Paper* Commission of the European Communities. Brussels, 25.07.2001 COM(2001)

^[59] <http://www.cor.europa.eu/pages/DetailTemplate.aspx?view=detail&id=31bc9478-1acb-4870-999d-cc867f1925f6>

^[60] Vö. FRIVALDSZKY JÁNOS: A politikai diskurzus és korlátai. *Politikatudományi Szemle*, 1997/2. 105-111.; FRIVALDSZKY JÁNOS: Hermeneutika a személy, a hagyomány és a közjó értéktalajáról. *Valóság*, 1996/7. 97-103.

^[61] Piepaolo Donati kapcsolati (szociális) államról ‘*Stato (sociale) relazionale*’ ír: PIERPAOLO DONATI: Una nuova mappa del bene comune: perché e come dobbiamo rifondare lo Stato sociale. In MICHELE SIMONE (a

cura di): *Il bene comune oggi, un impegno che viene da lontano*. Bologna: Edizioni Dehoniane, 2008. 224-226. 246.

^[62] Nem tudunk egyetérteni Sergio Cottával, mivel ő a politikai reláció egy kvázi-schmittianus fenomenológiájából indítva úgy tartja, hogy a politikai közösség belső szolidaritása a politikai reláció integratív-kizáró jellege folytán egy partikuláris és ezért szükségképpen kizáró közjót involvál. A deskriptív és nem pedig normatív módon értelmezett közjó egy ilyen fenomenológiában az belülről integráló, de kifelé kizáró, ami szinte szükségszerűen implikálja az összeütközés, az ellenségeskedés és a harc lehetőségét.: SERGIO COTTA: *Il diritto nell'esistenza*. Milano: Giuffrè Editore, 1991. 110-111, 116-122. Lásd Domenico Fisichella kritikáját, illetve sokkal árnyaltabb megközelítést, amelyet Segio Cottával szemben is fogalmaz meg: DOMENICO FISICHELLA: *A politikatudomány alapvonalai*. Budapest: Osiris Kiadó, 2004. 43-51.

^[63] SIMONE i. m.

^[64] Vö. FRIVALDSZKY JÁNOS: A közjó fogalma a katolikus egyház társadalmi tanításában. In *Rend, hatalom, szabadság - válogatás a III. országos politológus vándorgyűlés előadásaiból*. Miskolc: Miskolci Egyetem Kiadó, 1999. 18-26.

^[65] A projektet 1991-ben indította útjára a Fokolár Mozgalom alapítója, Chiara Lubich Braziliában, s immáron sok száz üzem és gyár tartozik ezen új gazdasági-társadalmi modellhez szerte a világon, ami az 'adás kultúrájára' épül az első keresztények testvéri közösségének mintáját alapul véve. <http://www.edc-online.org/> Ezen honlap a következőképpen harangozza be ezen új modell eszmei lényegét: „The Economy of Communion (EOC) involves entrepreneurs, workers, managers, consumers and financial operators. It was launched by Chiara Lubich in May of 1991, in Sao Paolo, Brazil, with the aim of building and showing a human society where, following the example of the first Christian community in Jerusalem, »no one among them was in need«.”

^[66] A közigazgatás főbb eszközei és módszerei a következők: a skandináv minta alapján elterjedt egyablakos ügyintézési modell (*One Stop Shop*), a területi „szomszédsági” decentralizáció (*neighbourhood decentralisation*), az Angliából induló, de Belgiumban és Franciaországban is megjelenő kartamozgalom, továbbá a kilencvenes évek közepétől a 'Szolgáltatás az Első' (*Service First*) program, továbbá a 'Legjobb Érték' (*Best Value*) mozgalom, valamint az 'Értéket a Pénzért' (*Value for Money*) kezdeményezés. De ide sorolható a Polgárok Tanácsa (*Citizen's Jurie*) intézmény, a konszenzuskonferencia, a közösségi fórumok és a fogyasztói panelek intézményei is, és végezetül az önkormányzati szociológiai vizsgálatok is. JÓZSA i. m. 143-162.

^[67] Németországban a mottó a 'politika alulról történő megújítása': „*Die Erneuerung der Politik von Unten*”. Az ennek megfelelő eszközök pedig a következők: tanácsadói szolgálat (*Advokatenplanung*), körzeti igazgatóság (*Bezirksverwaltung*), közösségi célú munkák (*Gemeinwesenarbeit*), tervezési bizottság (*Planungsbeirat*), tervezési sejtek (*Planungszelle*), polgári fórum (*Bürgerforum*). JÓZSA i. m. 145-148.

^[68] „A privatizáció (és a vállalatba adás) csak bizonyos feltételek mellett alkalmazható a közfeladatok ellátására. Olyan feladatoknál semmiképp, ahol a közszeztortól megkívánt méltányosság, szociális érzékenység, jogvédelem alapvető elvárás, vagy ahol hatósági jogköröket érvényesítenek.” ZUPKÓ i. m. 33.

^[69] Lásd a funkcionális privatizációban érdekelték viharos történetét a „kórházvédőkkel”. Ezen végül is többnyire átvett kórházakat a veszteséges működtetés okán jobbra visszaadták az önkormányzatoknak, volt fenntartóiknak. Volt olyan kórház, amelynek városában ennek következtében *egészségügyi katasztrófa*helyzetet hirdetett ki a szakminiszter annak érdekében, hogy a helyi kórházban fekvő betegek, illetve a járó betegek ne maradjanak ellátatlanul. <http://www.hirextra.hu/2010/04/30/egeszsegugyi-katasztrofahelyzet-tapolcan/>

^[70] Átgondolandó az a helyzet, hogy lobbitorvényünk a nem üzletszerűen lobbitevékenységet végző társadalmi (civil) érdekszerveződések kizárja személyi hatálya alól, miközben a jogalkotásba való bevonásuk egyrészt csak formálisan biztosított, másrészt a véleményezési eljárás lefolytatásának elmaradása a jogszabály közjogi érvényességét nem érinti. DRINÓCZI TÍMEA, PETRÉTEI JÓZSEF: *Jogalkotástan*. Budapest-Pécs: Dialóg Campus Kiadó, 2004. 214-215. SIMON i. m. 158. 162-163.

^[71] A *járadékvádászat* annak egyik leginkább elfogadott meghatározásában: „a piactorzítás útján megszerzett, és ezután államilag garantált járadékért (gazdasági profitért) folytatott, nem termelési célú, közvetlenül nem-termelő (*directly unproductive*) tevékenység”. SZALAI i. m. 43. 4. jegyzet

^[72] Lásd a közszférát érintő magánjogi szerződések problematikus, visszaélésekkel teli magyar világát: parkolócégek, államot károsító privatizációk stb. Vö.: VARGA ZS. ANDRÁS: *Parkolók a senki földjén? Jogviszonytípusok és aggályok egy sajátos szabályozás példáján bemutatva. Közjogi Szemle, 2009/2, 1-9.*

^[73] ANDRONICO i. m. 256.

^[74] Vö. ANDRONICO i. m. 246-247. Ezzel magyarázható az a jelenség hazánkban, hogy illetékes hatóságoknak olykor nem adtak ki az elmúlt években kormányzati szervek kormányzati projektekre vonatkozó szerződéseket, mondván, hogy azok üzleti titkokat tartalmaznak, vagyis valamiképpen a magánszférába tartoznak.

^[75] Vö. OLIVER E. WILLIAMSON: *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996.

^[76] ANDRONICO i. m. 246-247.

^[77] Vö. MARCELLA MULLAZZANI: *Problemi di governance delle imprese dei servizi pubblici locali*. In RENATO MELE, RICCARDO MUSSARI: *L'innovazione della governance e delle strategie nei settori delle public utilities*. Bologna: il Mulino, 2009. 235-256.

[78] Az egyik a 1.) sokszintűség paradoxona, ami révén a regionális politika intézményei elmozdulnak, és jelentősen mértékben vonnak el funkciókat a képviselői demokrácia intézményeitől. A másik a 2.) vertikális demokrácia paradoxona, amely révén felcserélődnek a szerepek: „a technokrata szakapparátus kezébe kerülnek a stratégiai, célkijelölő értékdöntések, a helyi politikusok szerepe marginalizálódik, a projektek menedzsmentjére korlátozódik”. A harmadik a 3.) gazdasági demokrácia paradoxona, minthogy ezen finanszírozási modell a „jelentősebb források felett rendelkező elitet hozza helyzetbe (megfosztva a nyilvánosságot az ellenőrzés lehetőségétől)”. Az utolsó pedig a 4.) horizontális demokrácia paradoxona, ami szerint kiválasztódik egy elit a túl nagy számú együttműködő szereplő közül, ami által csökken az átláthatóság. PÁLNÉ KOVÁCS (2008) i. m. 103.

[79] FIORENZO FERLAINO, PAOLO MOLINARI: *Neofederalismo, neoregionalismo e intercomunalità*, Geografia amministrativa dell'Italia e dell'Europa. Bologna: il Mulino, 2009. 152. 165.

[80] FIORENZO FERLAINO, PAOLO MOLINARI i. m. 168-172.

[81] FIORENZO FERLAINO, PAOLO MOLINARI i. m. 172.

[82] Vö. MISZLIVETZ FERENC (szerk.): *Az új Európa a széleken találja ki önmagát? Határokat átszelő együttműködés Európa öt régiójában*. Szombathely: Savaria University Press, 2002.; HARDI TAMÁS: *Az államhatárokon átnyúló régiók formálódása*. In BODÓ BARNA (szerk.): *Európai Unió és regionális politika*. Kolozsvár: Scientia Kiadó, 2008. 299-314.

[83] FIORENZO FERLAINO, PAOLO MOLINARI i. m. 175.

[84] A fürdőépítés és immáron a wellness-turizmus nagymértékben szolgálja a belső idegenforgalmat, ami egy forráshiányos gazdasági szerkezetben a GDP növekedéséhez járulhat hozzá. A nagysikerű üdülési csekk forgalma is nagymértékben a vidéki turizmus és az indirekt vidékfejlesztés ezen formájára épül.

[85] Lásd pl.: CSÁKI GYÖRGY (szerk.) (2009) i. m. KOVÁCS BALÁZS: *Fejlesztő állam a XXI. században*. *Polgári Szemle*, 2006/4., www.polgariszemle.hu/archivum

[86] „A klaszter lényege: a globális piacon megjelenő, ugyanazon térségben levő, egymással rivalizáló és/vagy együttműködő vállalatok a globális verseny hatására felismerték közös érdekeiket, hogy mindegyik fél egyidejűleg nyertese lehet a kölcsönösen előnyös együttműködési formák kialakításával. Nem a térségen belüli riválisok jelentik az igazi veszélyt, hanem más térségek, más országok cégei. Az is fontos, hogy egy iparág vállalatai összefogva, közös érdekeik mentén a helyi intézményekre nyomást tudnak gyakorolni: a szakképzés, az infrastruktúra fejlesztése stb. kérdésekben is. A klaszter »kötevényaga« az erős és kiterjedt beszállítói és felhasználói (vásárlói) kapcsolatrendszer, a hasonló technológia, a közös kereskedelmi csatornák vagy a közös munkaerőbázis, amely lehetővé teszi a szinergikus hatásokat. A klaszter kifejezés *gyűjtőfogalom* (térbeli csomósodás, csoportosulás, fűrtösödés stb.), a kulturális háttér és attitűdök, valamint a gazdasági szabályozás eltérései miatt a vállalatok és intézmények együttműködésének változatos formái alakultak ki, nagyon sokféle, eltérő módon szerveződő és működő sikeres klaszter figyelhető meg. Emiatt a klaszternek csak nagyon általános fogalma adható meg [...]: *egy adott iparághoz tartozó független vállalatok és velük kapcsolatban álló üzleti partnerek, valamint a hozzájuk kapcsolódó gazdasági szektorok és intézmények egy adott térségben tömörülő olyan halmaza, amelyek relatíve nagy arányban használják egymás termékeit és szolgáltatásait, ugyanazon tudásbázisra és infrastruktúrára támaszkodnak, valamint hasonló innovációkat tudnak hasznosítani.*” LENGYEL IMRE: *Regionális gazdaságfejlesztés. Versenyképesség, klaszterek és alulról szerveződő stratégiák*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2010. 226-227. A klaszterek általános előnyei, hogy „megegyesedik a vállalatok versenyképessége (tartós versenyelőnyeik), másrészt a munkamegosztás (specializáció) miatt javul a termelékenységük, harmadrészt helyi identitásuk révén kötődnek a lokális gazdasághoz és társadalomhoz, azaz partnerek a helyi gondok (foglalkoztatási, intézményfejlesztési stb.) megoldásában, a regionális és helyi gazdaságfejlesztésben is.” LENGYEL IMRE: *A klaszterek alapvető jellemzői*. In BODÓ i. m. 422. A klaszteralapú regionális gazdaságfejlesztés egyik példája lehetne a Hajdúszoboszló körzetében létrejövő, a fürdő és wellness-turizmusra épülő klaszter, hiszen már ma a fürdőegyüttes Európa legnagyobb fürdőjeként hirdetheti önmagát, s manapság is a fürdővendégek meghatározó hányada külföldi, vagyis regionálisan versenyképes. Borklaszter jöhetne létre Szekszárd, Villány és/vagy Tokaj környékén, valamiképpen a kaliforniai borklaszter mintájára. A kaliforniai borklaszter leírásához ld.: LENGYEL (2010) i. m. 234-235. A klaszteresedés minden ismérvével rendelkezni látszanak az említett hazai példák. Azonban ennek megállapításhoz alapos megvalósíthatósági tanulmányokat kellene készíteni. A klaszterek említett hazai típusai a 'politika által irányított klaszter' fogalma alá lehetnének besorolhatóak. i. m. 231. Ami azonban elengedhetetlen feltétel a klaszteresedéshez, az a *bizalmi kapcsolatok* egy küszöbszintre való fejlesztése, azért hogy a 'helyi társadalmi hálózat' létrejöhesse a bizalmi együttműködés révén, de nem úgy, hogy ezen reciprocitások a korrupció melegágyai legyenek. Vö. i. m. 289-290.

[87] Lásd a magyar polgármesterek ún. „mandátumvirágát”, tehát azon pozíciók egész sorát, amelyeket a községek és városok első számú vezetői a helyi szinttől a regionálisig – és még annál is feljebb – betöltöttek. PÁLNÉ KOVÁCS (2008) i. m. 248. 1. ábra. Lásd továbbá a helyi döntéshozók támogatásszerző magatartásának nemzetközi összehasonlító bemutatását: 261. 20. táblázat E rangsorban hazánk az utolsó előtti helyen áll. Olyan országok előzik meg, mint Kazahsztán, Kirgizisztán vagy Fehéroroszország. Önmagában azonban még a támogatás megszerzésének ténye vagy a pusztán interakció megléte nem sokat árul el a helyi politika valós

mibenlétéről, minthogy az a lényeges, hogy kiket, milyen mértékben és főleg milyen tartalommal és következményekkel vonnak be a helyi döntéshozatalba. i. m. 260. A nyugati felmérések azt mutatják, hogy döntő szerepben a helyi politikusok és nem a társadalmi szereplők vannak a polgári részvételi alakulása szempontjából. Az említett politikusok bevonó vagy kizáró attitűdje tehát a döntő, a társadalmi töke megléte csak másodlagos. A helyi politikusok viszont „akkor igénylik a közösség bevonását, ha annak ténylegesen van is hatalma.” Uo. Pálné Kovács Ilona hozzáteszi: „Sem a gazdasági, sem az intézményi, szabályozási körülmények nem határozzák meg önmagukban a részvétel sikerességét.” Uo.

^[88] J. OLSSON: Democracy Paradoxes in Multi-Level Governance. 2001, RSA International Conference, Gdansk. Pálné Kovács Ilona hivatkozik e nemzetközi konferencián elhangzott gondolatokra. PÁLNÉ KOVÁCS (2008) i. m. 104.

^[89] A Katolikus Egyház társadalmi tanítása már régóta szorgalmazza egy globális kormányzás (*governance*) létrejöttét, hogy az „nagyobb igazságosságot, átláthatóságot és felelősséget biztosítson a világ pénzügyi piacain”. ALFREDO LUCIANI: *Etica, economia, finanza globale*. Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2008. 105. Tanulságos lehet az európai pénzügyi felügyelet aktuális reformgondolatainak áttekintése a Larosière-csoport munkáján keresztül. A csoport vezetője az a Jacques de Larosière, aki jegybankelnök volt Franciaországban, de az EBRD és az IMF vezérigazgatói funkcióját is betöltötte korábban. FORGÁCS IMRE: *Mégsem éjjeliőr?* Az európai kormányzás esélyei és a pénzügyi válság. Budapest: Osiris Kiadó – Zrinyi Kiadó, 2009. 341-357. Így a megoldási javaslatok is a „rendszeren belülről” érkezőknek minősíthetnek.

^[90] A tőkepiaci globalizációban a rövid lejáratú tőkék kiszámíthatatlan irányú, szeszélyes áramlásaiból fakadó veszélyek, valamint az adóelkerülés jelensége is olyan problémák, amelyek egységes, együttes és összehangolt jogi szabályozást igényelnek az országok, azok nemzetközi közössége részéről. Vö. LŐRINCNÉ ISTVÁNFFY HAJNA: *Nemzetközi pénzügyek*. Budapest: Aula Kiadó, 2004. 397-399.

^[91] Vö. LUCIANI i. m. 94-97.

^[92] „A legdrámaibb a nemzetközi áruforgalom és a világ GDP-jének összevetése a rövid lejáratú valutaspekulációs és derivatív pénzügyi ügyletekkel. Egy vizsgálat szerint ugyanis, míg az összes külföldre kihelyezett nemzetközi pénzügyi eszköz értéke az elmúlt 200 év folyamán, egészen a globalizációs korszakig, a mindenkori nemzetközi kereskedelem nagyságával (a reáláramlásokkal) volt egyenértékű, addig (csak) a valuta- és egyéb pénzügyi spekuláció értéke az ezredfordulót követően a világ áru- és szolgáltatásexportjának, azaz mondjuk úgy: a nemzetközi reáláramlásoknak 40-45-szerese, a világ GDP-jének közel tízszerese lett [...]” FARKAS PÉTER: Röviden a globalizáció fogalmáról. In CSÁKI GYÖRGY, FARKAS PÉTER (szerk.) i. m. 6-7. Hozzá kell tennünk, hogy az említett adatok már régieknek számítanak, tekintve a gyorsuló és a folyamatosan bővülő nemzetközi pénzügyi folyamatok dinamikáját.

^[93] LUCIANI i. m. 106.

^[94] A testvériség Rawlsnál nem csak polgárbarátságot és társadalmi szolidaritás jelent, hanem, hogy meghatározott követelményt állítson elének, az igazságosság annak megfelelő elvét szükséges megfogalmazni – tudjuk meg a nagy hatást kiváltó művéből. A ‘társadalmi különbségek’ elve fejezi ki a testvériség fogalmának egyik természetes jelentését – szögezi le Rawls –, vagyis azt a gondolatot, hogy „csak akkor kívánjuk előnyeink növekedését, ha ez a kevésbé kedvező helyzetűek számára is előnyös”. JOHN RAWLS: *Az igazságosság elmélete*. Budapest: Osiris Kiadó, 1997. 138. Ez a családban elfogadott viselkedési modell társadalomszervezési elv szintjére való kitérítést jelenti, hiszen a családban nem elfogadott a ‘lehető legnagyobb haszon’ elvének hajszolása, s egy családban akkor akar valaki nyereségre szert tenni, ha ezzel a többiek hasznát, érdekeit is előmozdítja. Uo. A testvériség, amennyiben magában foglalja a ‘társadalmi különbségek’ elvéből fakadó követelményeket – tehát annak lehetőségét, hogy meg lehessen tartani bizonyos egyenlőséget a különbözők között –, úgy politikai tartalmat nyerhet – írja Rawls. RAWLS i. m. 138. A testvériségnek azonban más egyéb tartalmai, vonatkozásai is vannak. i. m. 138-139.

^[95] Vö. FRIVALDSZKY JÁNOS: Politikai barátság és a jogi viszony. *Iustum, Aequum, Salutare*, V. 2009/4, 6-38.; FRIVALDSZKY (2007). i. m. 199-207. 210-236. 242-255. 302-318. FRIVALDSZKY JÁNOS: Adalékok a „politikai barátság” klasszikus, természeti törvényhez és a természetes igazságossághoz kötött értelmének vizsgálatához – Barátság-fogalom kialakulása és társadalmi-politikai jelentése az antik görögöknél, valamint a politikai barátság fogalma Arisztotelésznél, Cicerónál és a „caritas” eredeti keresztényi társadalmi értelme. In: HORVÁTH PÁL (szerk.): *Doktori Iskola, prelegálások II, tanulmányok, kommunikációk, recenziók és PhD. közlemények*. Budapest: Szent István Társulat, 2003. 79-101.

^[96] FRIVALDSZKY (2009) i. m. 5-32.

Juhász Zita
A RÁCIÓ SZEREPE EGY SZAKRÁLIS JOGRENDBEN
AVAGY A JOGI KÖVETKEZTETÉS HALÁKHIKUS
FUNKCIÓJA

„csilló véletlen szálaiból
törvényt szőtt a múlt
szövőszéke”

József Attila

1. Racionális és irracionális jogrendszerek

Max Weber óta legalább, modern jogi berendezkedésünk legfőbb értékét racionális formalizáltságában látjuk. Ehhez képest a preracionális jogrendeket egyben irracionális, azaz nem annyira formalizált, mint inkább értékkövető, tartalmi követelményeknek alárendelt vagy értékirracionális struktúrákként szemléljük. E klasszikussá vált dichotómiában a preracionális vagy értékirracionális egyben teokratikus vagy szakrális jogrend, melyhez képest a profán jog éppen profanitásában volt képes elérni a formális racionalitás csúcsát. E modellben az abszolút elsőrangúként elismert modern racionális vagy formális jog a római jogi gyökerű kontinentális joggal azonosíttatik, melyhez képest az angolszász jog – múlt század eleji állapotában is – még pusztán „empirikus”, jogtalálásában „karizmatikus”, s „racionálitása lényegesen kisebb mértékű és másfajta”.^[1] A modern kontinentális jog formális és tartalmi racionalitása azonban nem is annyira az angolszász joggal összehasonlítva hangsúlyozódik, mint inkább a szakrális jogokkal egybevetve. Utóbbiak közül Weber szerint a kánonjog ért el a legracionálisabb, formális szempontból jogilag legkidolgozottabb szintre, egyrészt a római jog átvétele, felhasználása által, másfelől szakrális és profán jog kezdettől határozott elkülönítése révén. Weber a zsidó jog vázlatos jogszociológiai bemutatása végén arra a konklúzióra jut, hogy az „formálisan semmi különöset nem nyújtott más, hozzá hasonló szent jogokhoz képest. A zsidó szent jog mint partikuláris, s ugyanakkor mint racionálisan nem teljesen rendszerezett és csak részben racionalizált, kazuisztikus, de mégsem tisztán logikai úton kialakított jog, inkább olyan általános tulajdonságokat mutat, amelyek a szent normák – és az azokat kidolgozó papok és teológus jogászok – kontrollja alatt létrehozott terméket jellemzik.”^[2] Ugyanakkor, ha a zsidó jogot, s annak legfőbb vagy „szent normáit” közelebbről megvizsgáljuk, egy inkább alapvetően pozitív, mintsem metajusnak alárendelt jog koncepciójával jellemezhető struktúrát találunk. Minthogy a tudomány már antik hellén

formájában is előszeretettel alkalmazta az összehasonlítást a poliszok társadalmi és jogi berendezkedéseinek egykorú illetőleg történeti vizsgálatakor, a jogtudomány is kezdettől élt a komparatiztikával, akár csak a később par excellence megszülető társadalomtudományok. A jogtudományon belül a jogösszehasonlítás - már a Történeti Jogi Iskola óta - nem holmi apriorisztikus jellemzőket keres, hanem történetiségében és - a társadalomtudományok sajátos szemléletmódjának megfelelően - a lehetséges exogén hatásokat számba véve, endogén struktúrájában kívánja megragadni az egyes, szükségszerűen egyenlő rangúnak tekintett jogrendeket. Egy ilyen vizsgálatban a római jog kiemelkedő szerepe már csak akként értelmezhető, mint amely egyedülként maradt fenn teljes rendszerében, lehetővé téve egyúttal annak pontos rekonstruálását, hogy miként vált a jog tudománnyá.^[3] Az összehasonlító jogtudományi szemlélet ellenére is, azzal mintegy párhuzamosan világlátásunk alapvető jellemzője marad - lévén hogy nyugati világnézetünk egyik alaptézise - a saját racionalitásunkba és kulturális csúcsteljesítményünkbe vetett hitünk.^[4] E hit amennyire szükséges, mert inspiratív s ekként elismerésre méltó, talán nem ugyanolyan mértékben indokolt. Mindenesetre ahogyan az ókori görögöket, úgy a rómaiakat is az ette kulturálisan szinte meghaladhatatlanul jelentőssé, hogy képesek voltak más kulturális teljesítményeket felismerni, elismerni és megismerni, akceptálni azokat saját képükre formálva. Az angolszász jogi kultúrákkal ellentétben a kontinentális jogtudományban, s azon belül a magyar jogtudományban szintén, az antik jogok közül is legkevésbé ismert a zsidó jog. E joganyag töredékes ismerete is inkább a protestantizmus teológiai érdeklődésének köszönhető, semmint jogtudományi motívumoknak, ennek következtében az jobbra az ún. „bibliai jogra” korlátozódik. Noha a zsidó jog kifejlett és maradandó - az izraeli modern jogban is érvényre jutó - formáját éppen a talmudi rendszerben érte el, mely struktúra nemcsak a jurisprudentia Romanával paralel tudományos teljesítmény lenyomata, de ráadásul annak lehetősége, hogy egy másféle jogtudomány – ha nem is teljes, de – roppant mértékben konzervált anyagából annak strukturálódását rekonstruáljuk. E rekonstrukció egyik izgalmas részlete lehet annak megvizsgálása, hogy egy ilyen általunk értékirracionalisnak tételezett tradicionális jogrend miképpen viszonyult éppen a rációhoz. Hogy felmerült-e benne a racionalitás kérdése, s amennyiben igen, akkor mi módon értékelte annak szerepét? Hogy valóban csak a „szent normák kontrollja alatt létrehozott” korlátozott racionalitású jogrendként jellemezhető-e? Hogy racionalitásunk és egy tradicionális jogrend racionalitása alapvetően különbözik vagy inkább rokonítható? E vizsgálat nemcsak immanens tudományos, azaz jogösszehasonlítási szempontból bír hozadékkal, de önmegértésünket is támogatja, hiszen minden modellálás a valóság bizonyos mértékig sematizált és sarkított megragadása, saját gondolkodási sémánk kereteinek egy alternatív modell megragadása általi feszegetése pedig közelebb visz bennünket a valósághoz, s annak igazságához.

2. Kodifikált és történeti jog

A jogrendszerek jogelméleti tipizálásának számtalan lehetősége közepette is maradandónak tekinthető a kontinentális és a common law jogcsalád megkülönböztetése, s a vallási vagy tradicionális jogcsaládtól történő elkülönítése.^[5] A római és germán gyökerű kontinentális jogi berendezkedés jellemzőjének az írott jogforrásokat, az absztrakciót, a jogszabályok optimális általánosságát, jogalkotás és jogalkalmazás merev elválasztását, összességében a joganyag önálló, zárt rendszerré strukturálását tekintjük. Evvel szemben a római jogi recepciónak ellenálló angolszász típusú jogrendek karakterisztikumán azt értjük, hogy jellemzően éppen nem kodifikált, hanem bíró alkotta jog, mely ebből következően kevésbé elvont és általános, s mint történeti jog alapvetően nyílt rendszert képez. A jogi gondolkodásunk számára legmeghatározóbb ellentételezés egyik oldalán így röviden a kodifikális, míg a másikon a történeti jog helyezkedik el.

A vallási vagy tradicionális zsidó jogot közelebbről szemügyre véve azt találjuk, hogy az nem valamiféle harmadik lehetőség kodifikált és történeti jog kontradikciójához képest, hanem annak mintegy szintézise, a két konkuráló modell paralel érvényesüléséből adódó disszonanciák lehetséges és jól funkcionáló konszonanciává rendezése, mindkettő erényeinek együttes érvényesítése, s egyenkénti hiátusainak betöltése. A zsidó jog jogforrási hierarchiájának csúcspozíciójában köztudomásúlag a Tóra helyezkedik el. Ez alapján a zsidó jogot alapvetően kodifikális jognak gondolhatnánk. A halákha^[6] jogelméleti koncepciójában azonban a Tóra nem pusztán az írott Tórát jelenti, az Örökkévaló által Mózesnek átadott Tóra ugyanis egyszerre írott és íratlan. A kinyilatkoztatott jog ily módon két joganyagot foglal magában: egyrészt az írott Tórát vagy Tóra sebikhtavot, másfelől a szóbeli Tórát vagy Tóra sebealpét. Míg az írott Tóra egy mindörökké hatályosként kihirdetett kódex, addig a szóbeli Tóra egy kifejezetten történeti joganyag áthagyományozása. Mivel a jog legsajátabb jellemzője, hogy a társadalmi valóság szabályozása közepette csupán a valóságot követve képes az eljövendőket is regulálni, természetes, hogy egy isteni kinyilatkoztatású jogrendnek alkalmasnak kell lennie a realitáshoz igazodó rugalmas szabályozásra. A hézagmentes jog eszméje e konstrukcióban ily módon akként jelenik meg, hogy mivel a kódex, még ha isteni alapítású is, nem fedheti le a szüntelen módosuló társadalmi valóságot, azaz nem lehet hézagmentes, és maga a kódex csupán irányelveket valamint jogalkotási felhatalmazást teremthet a jövőre nézve; úgy az ekként felhatalmazottak által alkotott jogot, és egyáltalán minden az írott Tórán kívüli joganyagot az ugyancsak Istentől már eleve – az írott Tórával egyidejűleg – Mózesnek kinyilatkoztatott szóbeli Tóra párhuzamos csúcspozíciójába emeli. A kodifikált Tóra sebikhtav természetének megfelelően egy behatárolt joganyag, a Tóra sebealpe^[7] viszont történeti joganyagként alapvetően lezárhatatlan, jövő felé nyitott rendszer. Az írott Tórát kodifikális

jellegéből adódóan elegendő volt a Szináj hegyén Mózesnek átadni, s Mózesen keresztül az Istennel szerződéses viszonyba lépő népnek kihirdetni. A szóbeli Tóra átadása viszont a successio Mosaicán keresztül történik: „Mózes átvette a Tórát a Szinájon és átadta azt Józsuának, Józsu a véneknek és a vének a prófétáknak és a próféták átadták a Nagy Gyülekezet férfiúinak”.^[8] Utóbbtól, az Ezra után alakult százhusz tagú hivatalos tóramagyarázó és jogalkotó testület névtelenségben maradt írástudóitól (szófrim) a Misna által zugotnak nevezett tudóspárok veszik át, majd a Misnát összeállító tannák, a Misnát a Gemarával kiegészítő jeruzsálemi és babiloni amórák, a gáonok, s végül a rabbik. A szóbeli Tórának nevezett joganyag kifejezetten tiltott írásbeli rögzítése csupán a Második Szentély i.sz. 70-es pusztulását követően, és éppen annak következtében válik gyakorlati okokból szükségessé s ezért a halákhikus hatalmak által engedélyezetté. E hatalmas rendszerező munkát az i.sz. első két évszázadban a tannák öt nemzedéke végezte el a hat részre osztott hatvanhárom traktátusból álló Misna redakciójában. A következő három évszázadban az amórák a Misnába fel nem vett barajták^[9] tanulmányozva s a Misna anyagát megvitatva alkották meg a Gemarát.^[10] A szóbeli Tóra szövegahagyományainak e félévezredes szisztematikus kompilációja nem csupán jogi azaz halákhikus anyagot tartalmaz, de aggadikus, azaz erkölcsi, bölcséleti fejtegetéseket szintén. A zsidó jog történetében azonban olyan nagy jelentőségű e strukturálisan rendszerezett szövegtár összeállítása, hogy míg azt megelőzően mindig az írott Tórát értelmezték s abból vezették le jogi megoldásaikat, addig attól kezdődően a jogi érvelés sem nyúlik vissza soha többé az írott Tórához, hanem csupán a szóbeli Tóra Talmudbeli rögzítéséhez. Ilyen értelemben a zsidó jog két alapvető korszaka a Talmud előtti és Talmud utáni periódus. Ennek ellenére a történeti jog rendszerezett összefoglalását nyújtó Talmud nem tekinthető kódexnek, sem terjedelme, sem műfaji jellegzetességei okán, egyfelől mert alapvetően kazuisztikus joganyagot rendez, másrészt mivel a halákhikus jogfelfogásnak megfelelően sosem egyetlen abszolút helyesként tételezett jogi álláspontot közöl, hanem mindenkor több lehetséges véleményt. A halákhikus szemléletben ugyanis nincsenek örök érvényűen rendezhető társadalmi viszonyok, a jog mindenkor hely, idő, társadalom és kultúra függvénye, ennek megfelelően egy adott konstellációban kisebbségben maradó, azaz érvényesként el nem fogadott vélemény, bármikor indokoltá és érvényesíthetővé válhat.

3. A ráció fons jurisként elismerése és a jogforrási hierarchia

A fentebb említett kazuisztikus és történeti joganyag szóbeli Tóra fogalma alá szubszumálása ellenére is az írott Tóra, mint isteni kinyilatkoztatású kódex hatályossága nem függesztődhet fel. Ily módon tehát a Tóra sebealpe sosem lehet a Tóra sebikhtav derogálása. E lehetséges kollízió abban a koncepcionális princípiumban oldódik fel, hogy a szóbeli Tóra, azaz az írott Tórán kívüli

jogforrásból származó teljes joganyag bennfoglaltatik legalább implicite az írott Tórában. Az írott Tóra ekként a kategorikusan érvényes alpnorma.^[11] A jogrend ezen alaptörvényen kívüli normáinak jogalkotási felhatalmazottsága is e kódexben van megalapozva.^[12]

A halákha hat jogforrása közül az első a tradíció vagy kabbala, azaz az Örökkévaló által Mózesnek szóban átadott speciális joganyag, melyet nemzedékről nemzedékre ugyancsak szóban hagyományoztak tovább.^[13] Ez a jogforrás döntően különbözik a halákha további jogforrásaitól, lévén, hogy nem változtatható, az e jogforráshoz kötött joganyag rögzítetten örökítődik tovább, lényegénél fogva továbbfejleszthetetlen.

Az írott Tóra, mint kodifikált jog valóságához applikálásának alapvető eszköze az interpretáció vagy midrás általi jogfejlesztés, mely szigorú szabályokhoz kötötten volt csak alkalmazható.^[14] A midrás ugyanakkor nem korlátozódott pusztán a Tóra sebikhtav értelmezésére, magában foglalta a halákha értelmezését is.

Természetesen a zsidó jog is jogforrásként ismeri el kezdettől a szokásjogot és a törvényhozást.

E három utóbbi jogforráson alapuló normák absztraktságával és függetlenségével szemben a zsidó jog ugyancsak jogforrásként ismerte el a máászét vagy „esetjogot”. Utóbbi azonban nem azonos az angolszász típusú precedensjoggal. Egyrészt a máászé nem csupán bírói ítéleteket foglalt magában, hanem egyes halákhikus tekintélyek paradigmaticusnak tekintett magatartását, viselkedését ugyancsak, minthogy a Tóra rájuk volt bízva, s ekként mindennapi életükben is ahhoz méltó, mintaadó életmódot folytattak. Másrészt a zsidó jog nem ismeri el a precedensképzést: az ítélet nem rendelkezik a római jogi *res judicata* értelmében abszolút és végérvényes jelleggel. A zsidó jog, mint jövő felé nyitott jog, elképzelhetetlennek tartotta, hogy egy múltbeli eset eldöntése a jövőre nézve kötelező erővel járhatson. Ugyanakkor a kazuisztikus halákha szisztematizált regisztrációjában is jogeseteken keresztül van bemutatva, s bizonyos jogszabályok, jogelvek esetében rögzítik, hogy azok jogforrása nem más, mint a máászé, azaz egy bizonyos esetben hozott döntés. Ily módon a halákhikus tekintélyek nem csupán törvényhozási joggal voltak felruházva, de jogalkalmazókként is rendelkeztek kifejezetten bírói jogalkotási felhatalmazottsággal. Azok a halákhikus bölcsek pedig, akiknek nem volt bíraskodási kompetenciájuk, még mindig képesek lehettek az életmódjuk, magatartásuk általi normaképzésre.

Végül a halákha utolsó és egyben kiemelt jelentőségű jogforrása a szevara vagy logikai következtetés. Magától értetődő, hogy a törvényhozásban vagy a bírói alkotta jogban éppúgy, mint a jogértelmezésben valamint a társadalmi gyakorlatként kikristályosodó szokásban és annak jogként elismerésében, mindenkor racionális értékelés és logikai következtetés révén születik meg egy adott jogi norma. Mért volt hát szükség a zsidó jogban a logika külön jogforrási kiemelésére? A kazuisztikus joganyag tannaita és amoreus rendszerezése során mindenkor pontosan rögzítették az adott normák jogforrását. Bizonyos esetekben

a más jogforráshoz nem köthető szabályokat vagy akár a más jogforrásból ugyancsak levezethető normákat is szevarából eredeztették. A törvényhozásból, szokásjogból vagy máászból eredő joganyagot rabbinikus jogként (dö rabbanan) osztályozták, ezzel szemben a szevarát par excellence tórai jogként (dö orajta). Az interpretáció esetében nem volt minden esetben egyértelmű, hogy az értelmezési kánonok alkalmazásával elért új szabály tórai státuszú.^[15] A szevara alkalmazásával viszont mindenkor tórai rangú jogszabály született. A szevara abszolút autoritása nem abból fakadt, hogy a jogértelmezéssel ellentétben nem volt textushoz, azaz bármiféle segédeszközhez kötött, hanem hogy a logikai szükségszerűségből következő jogalkotást egyenesen a Tóra legsajátabb jellemzőjének tartották. A Tóra értelmezésével nyert új jogi normák is mintegy a Tóra rejtett tartalmát tették nyilvánvalóvá, s a szevara által alkotott jogszabályokról, jogelvekről, vélelmekről is úgy tartották, hogy pusztán a Tóra implicit tartalmát explikálják. Közjog és magánjog kettőssége a Tóra által alapított isteni jogrendben oly módon artikulálódott, hogy megkülönböztették az Isten és ember viszonyát szabályozó vallási jogi anyagot (isszur), valamint az ember és embertársa relációját regulázót (mamon).^[16] Vallási jog és 'polgári jog' dualitásáról már a tannaita R. Jismael azt hangsúlyozta, hogy „Aki bölcs akar lenni, az foglalkozzon polgárjoggal,^[17] mert a Tórán belül nincs olyan terület a számodra, amely több lenne, mint ez, mert ez egyfajta pezsgő forrás.”^[18] E „polgárjognak” vagy mamonnak volt kitüntetett jogforrása a szevara. A mamon, mint „magánjog” anyagával kapcsolatban felismerték annak privátautonóm jellegét. Sajátos szemléletmódjukban ez akként jelent meg, hogy a tórai isszur anyagával szemben itt nem látták lehetségesnek a jogszabály szoros értelmezése általi jogi konklúziót, minthogy az eset eldöntése mindig két felet érint, s ami az egyikre nézve szigorú döntés, az a másikra nézve enyhe, és fordítva. Ebből következően a „magánjog” anyagában sosem a szoros értelemben vett jogalkalmazást tartották kívánatosnak, hanem az igazság keresését tekintették kötelezőnek minden egyes esetben. A mamont mindenkor rugalmasan változtatható, továbbfejleszhető joganyagként szemlélték. Úgy tartották, hogy mivel a Tórában a törvényeket tartalmazó Mispatim perikópa előtt jelölte ki Mózes a bírákat, hogy „Ők tegyenek törvényt a nép között minden időben, és léssen, minden nagy ügyet vigyenek hozzád,^[19] s minden kicsiny ügyben ítéljenek ők”,^[20] így a bírák csak és kizárólag saját logikai következtetésük, azaz a szevara alapján „tehtek törvényt”, nem pedig a jogszabályok alapján. Ennél fontosabb érv a szevara jellemzően, de nem kizárólagosan „magánjogi” jogforrási primátusára, hogy a halákhikus bölcsek értelmezésében maga a Tóra egyrészt a civiljog vonatkozásában pusztán alapelveket közöl,^[21] s az ebből következő helynek és időnek megfelelő konkrét szabályokat következtetés (szevara) útján kell levezetni; másrészt hogy magának a Tórának legfőbb jellemzője, hogy logikusan rendezett, tehát a logika alkalmazásának standardja, az értelemhasználat isteni kötelezettségének kinyilatkoztatása. Míg az értelmezési szabályok kikristályosítása és a jogalkotó interpretáció domináns használata a

tannaita korszakra volt jellemző, az amórák különösen a szevara jogforrási hierarchiában betöltött kiemelt státuszát hangsúlyozták.^[22]

4. A jogi következtetés, mint különös jogszabályok jogforrása

A zsidó jog az életveszélyt olyan jogi tényként kezeli, mely esetben a Tóra hatszáztizenhárom rendelkezése három kivételével áthágható, csak és kizárólag akkor, ha ezáltal az élet megmenthető. Ezen életmentési célból adott normaszegési felhatalmazás alapja a Talmud szerint a Tóra azon fundamentális princípiuma, „hogy megőrzése által éljen az ember,^[23] ne pedig meghaljon miatta”.^[24] Azzal kapcsolatban, hogy életveszély esetében a normaszegés pusztán engedélyezett vagy kötelezően megkívánt, nem volt teljes egyetértés a halákhikus bölcsek között.^[25] A „vétkezz és nem halsz meg”^[26] elv alól kivett három eset a bálványimádás, a vérfertőzés és a gyilkosság. Utóbbi három kógens tilalommal kapcsolatban az „inkább haljon meg, mint vétkezzen” szabály érvényesült a főszabály alóli kivételként. A bálványimádás és a vérfertőzés esetében a tilalom kategorikus kógenciáját, azaz az életvédelem céljából megengedett normaszegés főszabálya alóli kivételüket a Tóra interpretációja által vezették le. Az emberölés tekintetében azonban nem az interpretáció szolgált jogforrásul. A Talmud a probléma ismertetésekor fel is teszi a kérdést: „Honnan tudjuk ezt a gyilkossággal kapcsolatban?” Majd válaszként rögzíti, hogy „ez szevara,” s felidézi azt az esetet, mikor a város nem zsidó kormányzója által halálbüntetés terhe mellett emberölésre kényszerített zsidó alattvaló felkereste Ravát, hogy mit kell tennie. Rava utasítása a következő volt: „Hagyd, hogy megöljön, és nem követsz el gyilkosságot. Ki mondhatja, hogy a te véred vörösebb? Talán az ő vére vörösebb.” Ha minden emberélet isteni akarattól létezik, s ezért értékes, akkor ember nem értékelheti azokat csupán egyenértékűnek. E logikai szükségszerűség egy másfajta levezetését közli Rasi.^[27] Utóbbi szerint a szevara a két lehetséges megoldást veti össze. Az egyik esetben a gyilkosság által két veszteség következik be: elvész egy emberi élet és bekövetkezik egy normaszegés; míg másik esetben, ha nem követ el normaszegést, pusztán egy emberi élet veszik el. Ekként a kisebb veszteség a kívánatos. Rasi szerint a Tóra „hogy éljen általuk” isteni parancsa ellenére azért nem adható felmentés az emberölési tilalom alól, mivel senki sem tudhatja, hogy saját élete drágább Teremtőjének, vagy embertársáé. Ezért nem lehetséges semmiféle jogalap az emberölési tilalom felfüggesztésére.

5. Az argumentatio, mint a praesumptio juris jogforrása

Jellemzően szevara által képezték a jogi vélelmeket. Alapvető vélelem vagy chazaka^[28] volt, a tényálláselem folytatólagos fennállásának feltételezése. Ennek egyik alaptípusa annak praesumptiója, hogy az adott személy még életben van. Ez

a probléma merült fel például abban az esetben, amikor az öreg vagy beteg férj a getet, azaz válólevelet meghatalmazott útján kézbesítette feleségének.^[29] A férj kézbesítés közben bekövetkező elhalálozásának problémája annak következtében vetődött fel, hogy a zsidó jogban az nem pusztán a házasság megszűnésének következményével járt, hanem magával vonta a levirátusi házasság követelményét, amennyiben gyermektelenül halt meg. Utóbbi alapján a feleségnek az elhunyt férj férfitestvérevel kellett házasságra lépnie, s azzal elhunyt házastársa nevére gyermeket nemznie, hogy a férj ne haljon ki utód nélkül.^[30] Ezt a dilemma-helyzetet oldották fel azzal a chazakával, hogy vélelmezték a válólevelet megbízott által közvetítő férj életben léte a kézbesítés pillanatában. Ekként a válás érvényesnek számított, s nem merülhetett fel a sógorházasság kötelezettsége. A Misna további két esettel világítja meg a vélelem indokoltságát: Ha egy izraelita lánya paphoz ment feleségül, azonban férje idegen országban tartózkodik akkor is ehét a tereméből, a kizárólag a papnak és családjának fenntartott étel adományokból, azon vélelem alapján, hogy férje még életben van. Harmadik esetben, ha valaki külföldről küldi bűnaldozatát, szintén azon vélelem alapján mutatják be, hogy valószínűsítik életben van.

Fontos praesumptio juris az alkalmasság vélelme vagy chezkat kasrut,^[31] miszerint vélelmezik a kósersági előírások betartását. A vélelem igazolásaképpen idézi Szifra^[32] a Tórát: „ne uralkodjék rajta szigorúsággal szemeid előtt”.^[33] E rendelkezés az Izrael földjén meggazdagodó olyan „jövevényre” vonatkozik, akinek héber szolgája van. A Szifra a „szemeid előtt” kifejezéssel igazolja, hogy a törvény nem hatalmaz fel a nyomozásra, ellenőrzésre, hiszen az Örökkévaló „szemei előtt” kell megfelelően viselkednie a jövevény gazdának héber szolgájával szemben. Amennyiben a Tóra így utasít a „jövevényrel” kapcsolatban, mennyivel inkább így kell eljárni testvéreddel, hangsúlyozza a Szifra. Ekként mindenkiről a helyes viselkedést kell feltételezni, amíg csak ellenkezője be nem bizonyosodik.^[34] Nyugati típusú társadalmi berendezkedésünkkel ellentétben, ebből az ártatlanság vélelméből^[35] éppen nem egy mindenki által mindenkit megfigyelő társadalom képe rajzolódik ki, hiszen itt az embertárs bűnelkövetésen tettenérési célzatú megfigyelése kifejezetten ellentétes a Tórával.^[36]

Rendkívül érdekes, ahogyan a vélelmek alapjául szolgáló tényálláselemek valószínűségét, azaz előfordulásuk gyakoriságát összekapcsolták a Tóra „kövesd a többséget”^[37] főszabályával. E tórai rendelkezés volt a halákhában fundamentális többségi döntés követelményének az alapja, s a vélelmekkel kapcsolatban úgy látták, hogy ez a bizonyos „többség” bizonyos tények gyakori előfordulását, valószínűségét ugyancsak magában foglalja. A különbséget talmudi nyelven akként fogalmazták meg, hogy a többségi véleményen alapuló ítélethozatal az „előttünk lévő többség”, azaz az esetet meghallgató bírák többsége, míg a valószínűségeket azt a „többséget” képezik, melyek „nincsenek előttünk”. Ilyen valószínűségeken, azaz bizonyos esetek gyakoriságán alapuló vélelemmel éltek a házasságtörő asszony által szült gyermek törvényességére

nézve. A törvény szerint a házasságtörő asszony házasságon kívülről harmadik személytől származó gyermeke törvénytelennek, azaz mamzernek számított. R. Tachalifa azonban R. Abbahu jelenlétében kijelentette, hogy a házasságtörő asszony gyermeke törvényes, mivel a feleség legtöbb nemi aktusa a férjével történt.^[38] A Toszefta^[39] még azt is hozzátette, hogy az ilyen gyermeknek is teljesítenie kell szükség esetén a levirátusi házasság kötelezettségét, mivel minden tekintetben törvényes testvére anyja férje fiainak.^[40] Hangsúlyozták továbbá, hogy a „rosszhírű asszony” gyermekére nézve is az a vélelem az előbbieken alapján, hogy törvényes leszármazottja apjának.

6. Következtetés által képzett jogelvek

A szevara legfontosabb szerepet a jogelvek kifejtésében játszotta.^[41]

A felperesen nyugvó bizonyítási teher eljárásjogi alapelvének talmudi tárgyalása során ugyancsak felteszik a kérdést, hogy „honnán tudjuk”, azaz melyik jogforrásból származik az.^[42] R. Samuel b. Nachmani a Tórát idézi: „akinek ügye van, lépjen oda hozzájuk,”^[43] s a „lépjen oda”^[44] kifejezésből vezeti le, hogy a bíróság elé járuló egyben „vigye oda”^[45] bizonyítékát. R. Asi azonban tiltakozott az interpretációval szemben, mondván: „Mért van szükségünk az Írásra? Ez 'szevara', akinek fájdalma van, az megy orvoshoz.” Utóbbi hasonlattal azt érzékeltette, hogy amiként az orvos nem kutatja a potenciális betegeket, úgy a bíróság sem nyomozóhatóság. Ahogyan a beteg keresi fel panaszával az orvost, ugyanúgy kell a felperesnek alátámasztania keresetét bizonyítékaival. A jogelv ilyen bemutatása egyébiránt nem a jogforrás vitatottságát kívánja illusztrálni, az interpretáció pusztán igazolásul szolgált.^[46]

Hasonlóan szevarából származó bizonyítási alapelv a zsidó jogi terminológia konkrétságát jól érzékeltető „a száj, ami tiltott, a száj, ami megengedett” jogelv. E kéttagú azonosság első fele arra utal, hogy ha egy személy valamely számára jogilag tiltott tény fennállásáról – más bizonyíték hiányában – önmaga nyilatkozik, akkor érvénybe lép ennek joghatásaként az azonosság másik fele, azaz azt a nyilatkozatát is teljes bizonyító erejűként kell elismerni, melyben olyan jogi tény fennállásáról nyilatkozik, mely számára megengedett.

E jogelv „polgári jogi” érvényessége ismerhető meg a Misna alábbi esetéből:^[47] (A) azt mondja (B)-nek: „Ez a mező apádé volt és én megvettem tőle.” Amennyiben sem okirati bizonyíték sem tanúvallomás nem áll rendelkezésre arra vonatkozólag, hogy a termőföld (B) apjának tulajdonában állt, s az egyetlen bizonyítékul (A) nyilatkozata szolgál, akkor ezzel (A) egy számára „tiltott” jogi tény, másvalaki tulajdonjogát ismeri el. Minthogy éppen (A) nyilatkozata veti fel a tulajdonjogot illető kétséget – tudniillik annak hiányában (B) apjának tulajdonjogára nem volna semmilyen bizonyíték – így a szevara alapján alkotott jogelv értelmében teljes bizonyító erejűnek kell elismerni arra vonatkozó kijelentését is, hogy az ingatlan tulajdonjogát adásvétel által megszerezte.

Ugyanezen jogelv isszurba tartozó „büntetőjogi” alkalmazását ábrázolja a következő eset:^[48] Egy újräházasodni készülő asszony - anélkül hogy get azaz válólevél lenne birtokában - úgy nyilatkozik, hogy „házas voltam, most pedig elvált vagyok.” Ha sem válólevél nem igazolja, sem tanúbizonyítás nem lehetséges előző házassága fennállására vonatkozóan, akkor az asszony nyilatkozata szolgál egyetlen bizonyítékul egy olyan jogi tényre – előző házasságára – mely alapján újabb házassági szándéka bűncselekménynek minősül. Minekutána a kétség csupán saját nyilatkozata következtében merül fel, hiszen előző házassága pusztán az ő vallomása alapján vehető jogilag számításba, a jogelv értelmében azon kijelentésének is teljes bizonyító erejűként hitelt kell adni, hogy előző házassága már nem áll fenn, státusza már elvált. Természetesen amennyiben tanúk bizonyítanak előző házasságát, úgy válására is tanúbizonyítással kellene élnie. E bizonyítási szabály tehát csakis akkor érvényes, ha az adott személy saját nyilatkozatán kívül nincs semmilyen más bizonyíték.

A szevara szolgált a tények visszamenőleges megállapítására vonatkozó alapelv alapjául is. Ennek isszur-beli alkalmazása a levirátusi házasság kötelezettsége alól az özvegyet felszabadító chalica szertartásával kapcsolatban merült fel például a Talmudban.^[49] A kérdéses esetben az özvegyről utóbb kiderült, hogy a sógorházasság törvényi kötelezettsége alól mentesítő chalica szertartása teljesítésének időpontjában még terhes volt férjétől, később azonban elvetélt. E körülményből adódott a kérdés, hogy érvényes volt-e ilyen körülmények között a chalica szertartása vagy ismételt elvégzése szükséges az özvegy újräházasodásának megengedettségéhez. A kérdés továbbá magában foglalta azt a részproblémát is, hogy ugyanilyen feltételek között érvényesnek számít-e a sógorházasság, melynek elengedhetetlen törvényi előfeltétele az elhunyt férj gyermektelensége. A Talmud mindkét kérdésre mindkét lehetséges választ megörökíti. R. Jochanan szerint szükségtelen az újabb chalica és mind a chalica, mind a levirátusi házasság érvényes ilyen esetben, Res Lakis véleménye azonban mindkettő érvényességét vitatja. Érvelésük alapját a Talmud Tóra-értelmezésként és szevaraként is megadja. Szevaraként R. Jochanan érvelése a tények visszamenőleges megállapításán alapult, míg Res Lakis éppen ennek lehetőségét cáfolta. R. Jochanan szerint ha Eljahu próféta a chalica időpontjában kinyilvánította volna, hogy az asszony el fog vetélni, minden bizonnal az akkor még fennálló terhessége ellenére érvényesként ismerték volna el a szertartást, minthogy nem fog belőle élő gyermek származni. Ezzel szemben Res Lakis álláspontja értelmében nem érvényesíthető utólag a chalica, ha megtörténtekor még lehetséges volt, hogy élő gyermek születik a terhességből. Logikai következtetések lehetséges alátámasztására, nézetüket a Tórából is levezették. A Tóra „s fia nincs neki” kitételével kapcsolatban R. Jochanan azt hangsúlyozta, hogy a férjnek halála időpontjában „nincs leszärmazottja”, azaz világra jött utódja. Res Lakis ellenben úgy tartotta, vizsgálatot kell tartani arra nézve, hogy a férjnek maradhatott-e leszärmazottja, akár magzatként is. Jogi álláspontja értelmében tehát amennyiben az özvegy várandós, még ha nem is következik

ebből, hogy a gyermek megszületik, akkor is szükségtelenné teszi mind a sógorházasságot, mind az az alól mentesítő szertartást. Ily módon, ha a chalicát mégis elvégeznék, az jogilag érvénytelen volna Res Lakis szerint, míg R. Jochanan nézete alapján csak a későbbi szülés hatálytalaníthatná a várandósan is érvényesen elvégzett szertartást. A kérdés apropójául szolgáló probléma vonatkozásában R. Jochanan szerint a tények visszamenőleges megállapításának logikai elve alapján nincs szükség a chalica megismétlésére, tudniillik még ha az özvegy várandósan végezte is, az érvényesnek számít, mivel későbbi szülés nem hatálytalanította. Ellenben Res Lakis szerint a gyermektelenség törvényi kellékének hiányában a várandós özvegy által végzett szertartás eleve érvénytelen és szükségtelen, melyet egy későbbi vetelés sem hatályosíthat. Nézetkülönbségük ellenére egyetértettek abban a jogi következtetésben, hogy a később elvetelő özvegynek nem kell ismét elvégeznie a chalica szertartását amiatt, hogy azt eredetileg várandósan végezte. Csak míg R. Jochanan jogi véleménye szerint erre azért nincs szükség, mivel a gyermektelenség tényét visszamenőlegesen megállapítva a szertartás eredetileg érvényes volt, addig Res Lakis szerint pontosan a tények visszamenőleges megállapítására nincs szükség ebben az esetben, s ily módon mivel az özvegy várandós volt a chalica időpontjában, az eleve jogilag érvénytelen volt, s mivel várandósan özvegyült meg, ab ovo nem volt jogilag indokolt sem a sógorházasság, sem a chalica. Bár a Talmud rögzíti Res Lakis érvénytelenségre vonatkozó nézetét, „a tények visszamenőleges megállapításának” logikai erejét elegendőnek tekintették ahhoz, hogy többségi véleményként megállapítsák azt a szabályt, mely szerint a később elvetelő várandós özvegy chalicája érvényesnek számít, azaz nem szükséges megismételni.

7. A jogszabályok jogforrásának beazonosítása, mint a pozitív jog biztosítóka

A jövő felé nyitott történeti jogrendszer egyre terebélyesedő corpus jurisa alkalmazható joganyaggá strukturálásának alapvető eszköze a jogszabályok jogforrási hierarchiában betöltött státuszának rögzítése. Minthogy egy történeti típusú joganyag a továbbhagyományozódás által marad fenn, s a kollektív memória is szükségképpen szelektál és éppen nem totalitásként konzervál, számos jogszabály esetében megoldandó problémát jelentett pontos jogforrásuk beazonosítása. A zsidó jog i.sz. 220-tól az 5. század végéig tartó amóreus korszakának egyik legfontosabb jellemzője az amórák ebbéli rendszerező tevékenysége. Egy bizonyos jogi norma jogforrási beazonosításának menetére nézve idézzük fel a következő példát.

Egy fontos eljárásjogi szabály^[50] szerint a birtoklás^[51] éveinek száma (chezkat sanim) bizonyíthatja a tulajdonjogot. Amennyiben az ingatlan birtokosát beperli az ingatlan tulajdonosa saját jogcímét okirattal vagy tanúkkal bizonyítva, a birtokos pedig saját adásvétel vagy ajándékozás jogcímén alapuló tulajdonjogát

kívánja bizonyítani, azonban a szerződési okirat elveszett, akkor lehetősége van tanúbizonyítással élni arra nézve, hogy az utóbbi három évben az ingatlan birtokában volt. Ennek sikeres tanúbizonyítása esetén a bíróságnak el kell fogadnia okirat hiányában is a birtokos arra vonatkozó állítását, hogy a birtoklása jogalapjául szolgáló tulajdonjogot vétel vagy ajándékozás jogcímén megszerezte. A háromévi folyamatos birtoklásra vonatkozó tanúbizonyítás az elveszett okirat helyébe lépve bizonyítja, hogy az ingatlan a birtokosnak jogszerűen birtokába került tulajdona.^[52]

A tulajdonjog bizonyítékaként elismert háromévi időtartamú birtoklás követelményét a Misna a tulajdonjog alábbi tárgyai esetében kívánja meg:^[53] lakóházak, vermek, árkok, víztározóul szolgáló barlangok, galambdúcok, fürdőházak, olivasajtolók, öntözött földek (melyek az öntözés következtében évente többször teremnek), szolgák (melyek jogi szempontból az ingatlantulajdonnal esnek azonos megítélés alá), valamint bármely folyamatosan (nem csupán évente egyszer) termő dolog esetében. A Misna megkülönböztetése szerint a tulajdonjog említett tárgyai kapcsán a tanúkkal bizonyított birtoklásnak három éven át napról napra kell történnie ahhoz, hogy az okirati bizonyítékkal egyenrangúan igazolja a rá vonatkozó tulajdonjog fennállását, míg más esetekben a tanúbizonyítással igazolt birtoklásnak nem kell minden napra kiterjedően egész évben folyamatosnak lennie.^[54] Utóbbi szabályozás vonatkozik például a nem öntözött termőföldekre, melyek öntözés hiányában a természetes csapadéktól mindössze évenként egyszer teremnek.

Az ismertett eljárásjogi szabály jogforrása utáni oknyomozás technikája rekonstruálható a Talmudból.^[55]

Természetesen elsődlegesen azt kellett tisztázni, hogy a Tóra interpretációjából származik-e. R. Jochanan arról az értesüléséről tájékoztat, hogy az öklelő ökör tórai szabálya szolgálhat jogforrásul. Annak értelmében ugyanis az ökör mindaddig megőrzi rendes háziállat státuszát, amíg háromszor nem öklel, míg azt követően megrögzött öklelőnek számít. Ezt hasonlónak érezték ahhoz, mikor a háromévi birtoklás által az ingatlan tulajdonjogában bekövetkező alanyváltozás által mintegy az ingatlan státuszában történik módosulás a talmudi gondolkodásmód szerint. Az öklelő ökör tórai törvénye^[56] alapján az egyszer, kétszer vagy háromszor öklelő ökör tulajdonosa nem tartozik teljes reparációval, hanem csupán a kár felét köteles megtéríteni, mivel amíg az örök rendes háziállatnak minősül, addig tulajdonosa sem köteles fokozott felelősségre.^[57] Miután azonban az ökör a háromszori öklelés által rendes háziállat státuszát elveszítve öklelő ökörnek, azaz mintegy „veszélyes üzemnek” minősül, tulajdonosa is a teljes reparáció fokozott felelősségével tartozik minden további öklelés esetében. A háromszori öklelés és a háromszori betakarítás, mint státuszváltozás alapjául szolgáló jogi tény között érzett analógia alapján feltételezték, hogy a Tóra interpretációja szolgálhat jogforrásul. A talmudi vizsgálat arra a következtetésre jut, hogy a Tóra pusztán a státuszváltozáshoz elégséges alapul szolgáló háromszori ismétlésre vonatkozó analógiának érvényes

kiindulópontja. A háromszori ismétlésből azonban nem következik a birtoklás tekintetében megkövetelt hároméves időtartam. A tórai logika alapján analogikusabb követelmény volna a háromszori betakarítás kívánalma. Utóbbi esetben azonban, akár háromhavi intervallum is elegendő lehet, miként a Talmud által említett példa, az egy hónapos növekedési periódussal jellemzett lóhere esetében. Ily módon tehát a bölcsek többsége által elengedhetetlennek tartott hároméves birtoklás követelménye mégsem származhat a háromszoros öklelésre vonatkozó tórai szabályozásból képzett analógiából.

A talmudi vallási jogtudósok által szemügyre vett következő lehetséges jogforrás a szokás. R. Jozsef Jirmeja próféta könyvének ama mondatára utal, mely szerint „mezőket pénzen fognak szerezni, levélbe írva, megpecsételve”,^[58] minthogy a próféta a tizedik évben a tizenegyedik évre figyelmeztet. Jirmeja könyvének 32. fejezetében ugyanis a próféta Cidkijáhu király uralkodásának tizedik évében inti a népet, hogy állítsanak ki tanúk aláírásával ellátott okiratot az ingatlan adásvételéről, mivel a következő esztendőben babiloni száműzetésbe kerülnek, s ekként okirat hiányában nem lesznek képesek a hároméves birtoklás bizonyítása által igazolni tulajdonjogukat, lévén hogy már mindössze maximum két év van hátra a fogságig. R. Jozsef szerint ebből a passzusból levezethető, hogy Jirmeja próféta idejében már bevett szokás volt a tulajdonjog háromévi birtoklás általi bizonyítása, következésképp az szokásjognak tekinthető. A Talmud azonban elveti ezt a lehetőséget, Abbaje ugyanis azt feleli R. Jozsefnek, hogy talán Jirmeja próféta pusztán csak jó tanácsot adott. Hiszen magából Jirmeja próféta könyvének szövegéből nem következik, hogy okirat hiányában nem lehetséges a tulajdonjog bizonyítása. Amiként az sem, hogy nem volt esetleg elegendő mindössze egy esztendei birtoklás bizonyítása abban az időben. Ily módon a próféta csupán a birtoklás bizonyításának a fogság után bekövetkező gyakorlati nehézségeire gondolhatott, emiatt tanácsolva az ingatlan adásvételének minősített okiratba foglalását. A próféta ebbéli szándékát a Talmud azáltal is igazolja, hogy idézi egy másik jó tanácsát: „Építsetek házat és lakjatók, ültessetek kerteket és egyétek gyümölcsüket”.^[59] Ezt a jó tanácsot Jirmeja a Jekhonja király uralkodása alatt Babilonba száműzött „számkivetettségek véreinek maradékához és a papokhoz és prófétákhoz és az egész néphez” intézi, tizenegy esztendővel a Cidkijáhu alatt bekövetkező babiloni fogság előtt. E számkivetetteknek tanácsolta, hogy építsenek csak házakat és műveljenek kerteket, mivel fogságuk hetven évig fog tartani, így bizton learathatják majd munkájuk gyümölcsseit. Kiegészítve azzal a figyelmeztetéssel, hogy akik ennél korábbi visszatéréssel hitegetnék a népet, hamis próféták, akikre nem szabad hallgatniuk. A Talmud ennek a másik prófétai figyelmeztetésnek az idézésével hangsúlyozza, hogy a próféta nem jogi szabályokat rögzít, hanem pusztán jó tanácsokat ad. A prófétai közlés nem jogi minőségének újabb bizonyítékaként az okiratokra vonatkozó további prófétai instrukciót is citálja a Talmud: „tedd azokat cserépedénybe, hogy sok ideig elálljanak”.^[60] Nyilvánvalóan nem jogi kötelezettséget fogalmaz meg ebben Jirmeja, hanem ugyancsak pusztán egy jó tanácsot, hogy a fogság hetven éve alatt

miként őrizték meg biztonságosan az okiratokat. Ily módon a Talmud érvelése szerint minthogy Jirmeja könyve nem jogi szabályokat fogalmaz meg, azokból nem is lehet a korabeli jogszokások pontos mibenlétére következtetni. Nem bizonyítható tehát, hogy a tárgyalt eljárásjogi szabály szokásjog volna.

Az interpretáció és a szokás jogforrásként elutasítását követően a talmudi bölcsek a szevarára fordították figyelmüket. Rava először a tulajdonos tipikusnak tekinthető birtokvédő magatartásából indult ki, mely alapján az ingatlan eredeti tulajdonosa, még ha két évig eltűri is tulajdonosi jogai korlátozását, három évnél tovább bizonyosan nem hagyja azt. Következésképp az ingatlan eredeti tulajdonostól különböző személy általi három éven túli birtoklása bizonyíték arra nézve, hogy a birtokos jogszerűen – adásvétel vagy ajándékozás útján – került az ingatlan birtokába. A tulajdonosra vonatkozó általános gondossági mércéből kiindulva, minthogy az eredeti tulajdonos tudatában van a háromévi birtoklás ténye származékos tulajdonszerzést bizonyító minőségének, csak azért tűrheti el az idegen birtoklást, mivel valójában az ingatlan már nem az ő tulajdona, ebből következően a birtokos valójában az ingatlan jogos tulajdonosa. A talmudi bölcsek e magyarázatok egyikét sem tartották elfogadhatónak. Így Rava végül nem az eredeti tulajdonos magatartásából vezette le a szabályt, hanem a vevők szerződési okirattal kapcsolatos tipikus magatartásából. Rava szerint ugyanis a vevő maximum az első három évben őrzi meg a tulajdonszerzését bizonyító okiratot, azon túl viszont már nem, ha addig senki nem vitatta tulajdonjogát. Ekként a háromévi birtoklás tanúkkal igazolt ténye elégséges bizonyíték a származékos tulajdonszerzés jogszerűségére szerződési okirat vagy egyéb bizonyíték hiányában is.^[61] Utóbbi levezetést fogadva el az eljárásjogi szabály jogforrásául a talmudi jogi következtetés premisszájául az általánosnak tekintett hároméves elévülési időre vonatkozó szabály szolgált. Ily módon tehát feltételezhetnénk, hogy egy elévülési jogi törvény volt a tárgyalt bizonyítási szabály jogforrása. Minthogy azonban a törvények mindenkor pusztán rabbinikus szintű, s nem tórai rangú normák, s a hároméves birtoklás bizonyító erejére vonatkozó szabállyal kapcsolatban a talmudi bölcsek sehol sem jelentik ki, hogy az rabbinikus törvény lenne, ahogy ilyen esetben azt szokták,^[62] nyilvánvaló, hogy a zsidó vallási jogtudósok szemléletében e bizonyítási jogi szabály jogforrása a szevara, azaz a logikai következtetés volt, s ily módon egyenesen tórai rangúnak minősült. Mindez azt is jól ábrázolja, hogy a történeti joganyag rendezésekor az egyes normák jogforrási beazonosítása nem csupán mintegy „történetkritikai” számbavétele az áthagyományozott jogi örökségnek, de a jogforrási hierarchia generálásának, a joganyag strukturálásának alapvető eszköze.^[63] Még, ha feltételezhetően létezett is egy rabbinikus rangú elévülési törvény, a jogi következtetés által megalkotott ingatlanra vonatkozó bizonyítási jogi szabály tórai rangját nem csupán a kvázi alaki jog közjogi jellege indokolhatja, de az ingatlan mint jogtárgy kiemelkedő fontossága, s az ingatlanforgalmi viszonyok biztonságának alapvető követelménye.

8. Végző konklúziók

A zsidó jogban a mai európai jogrendszerekhez hasonlóan fons jurisként ismerték el a szokásjogot, a bírói jogot és a törvényi jogot. Sajátos jellemzője azonban e szakrális jognak, hogy három további jogforrást is nevesít, mégpedig nem kibocsátó és kibocsátási forma, hanem kifejezetten tartalmi kritériumok alapján differenciálva. Bizonyos az írott Tórában fel nem lelhető rituális szabályokat halákha le Móse mi Szinájként, azaz Mózesnek a Szinájon átadott tradícióként eredeztet, más szabályokat értelmezés által vezet le a Tóra sebikhtavból, végül a jelen stúdium keretei között bemutatni megkísérelt módon számos normát, jogelvet, vélelmet a logika erejéből származtat. Míg hagyomány és interpretáció jogforrási funkciója egy tradicionális jogrendet idéz szemünk elé, addig a racionalitás a modern profán jog legfőbb értéke. Igaz ugyan, hogy a zsidó jog „a szent normák kontrollja alatt létrehozott termék,” mely „racionálisan nem teljesen rendszerezett és csak részben racionalizált, kazuisztikus, de mégsem tisztán logikai úton kialakított jog,”^[64] azonban e jogi szisztéma jogforrási hierarchiája mégiscsak valami többre utal. Ugyanis a halákhában mind a szokásjog, mind a törvényi és bíró alkotta jog, pusztán másodrangú, azaz rabbinikus joganyag. Ezzel szemben az isteni kinyilatkoztatás által kapott „szent normákkal”, azaz magával a Tórával egyenrangú elsődleges joganyagának minősítetik a hagyományból eredeztetett speciális jogi matéria, az írott Tórából jogértelmezés által képzett normák, valamint a „pusztán” logikailag kikövetkeztetett szabályanyag. E három tartalmi kritériumnak megfelelő fons juris közül az első kettő nyilvánvalóan a „szent normákhoz” kötődik: az írott Tóra szent szövegének értelmezése által képzett jogszabályok, illetőleg az abban nem található, de ugyancsak isteni kinyilatkoztatású szóbeli Tóra speciális joganyagát képező áthagyományozott rituális normák. A harmadik jogforrás, a logika tórai primátusba emelése viszont nemcsak a jogképzés alapjául szolgáló értelemszerűen isteni legitimálása, de egyben az egész szakrális eredetű jogrend pozitív jogként funkcionálásának biztosítója. Weber megállapításai tehát bár helytállóak, nem domborítják ki annak rendkívüli jelentőségét, hogy egy szakrális eredetű legitimnek tekintett tradicionális jogrend miként nyilvánítja ki a nyugati profán jogi berendezkedés fundamentális követelményének tekintett racionalitásról, hogy az a jog isteni alapításúan primer kútfője. A logikai következtetés e jogi szisztémában azáltal, hogy az isteni alapítású Tóra és az azon alapuló jogrend alapvető és lényegi jellemzőjeként, elsőrangú fons jurisaként van elismerve, egy olyan pozitív jogi struktúra lehetőségét teremti meg, mely alapvetően a racionalitáson alapul, mégpedig mintegy isteni követelményként. Nem pusztán arról van tehát szó, hogy a szakrális normakészletet az idők során mintegy hozzávetőlegesen racionalizálják, hanem hogy az ésszerűséget a jogrend lényegi jegyeként ismerik fel és követelik meg. Nem melleleg a racionalitás ezen isteni legitimitás által a

nyugati típusú profán jogrendek megalapozásra irányuló szüntelen kísértésétől sem szenved.

Noha a kazuisztikát a preracionalitás vagy értékirracionális ismertetőjegyének tekintjük, a zsidó vallási jogi gondolkodásban azonban nem csupán arról van szó, hogy a tradíció iránti hűség indokolja az esetjogi szemléletet, végül is lemondva a kódex eszméjének totalitást és perfektivitást célzó eszméjéről. A halákhikus gondolkodás kazuisztika kontra kódex dichotómiára reflektálva adja meg saját unikális válaszát, mely az európaiától eltérő világlátáson alapul. A nyugati kultúrában roppant izgalmas módon a görög eredetű természettörvény koncepcióra történő újra rácsodálkozás találkozik a középkori szóbeliséget felváltó írásbeliséggel, a természet könyvének ideája után sorjázó kódex totalitásának eszméjében. Kultúránk máig élő vízzel forraszó kútja az antik görög tudomány szemlélet, mely matematikai genezisének megfelelően a természetet majd a társadalmat is, olyan törvények által szabályozott összességében konstans realitásként ragadja meg, melynek szabályai fáradságos munka árán ugyan, de tökéletesen feltárhatók, megismerhetők, ráadásul potenciálisan változatlanok, örök érvényűek.^[65] Noha az antik optimizmust javarészt már elvesztettük, világnézetünket máig ez az optika determinálja, még ha jobbra reflektálatlanul is. A kontinentális jogrendszerekben ezért is tűnhet elsőrangú funkciónak a jogalkotás, melyhez képest a jogalkalmazás pusztán mechanikusnak látszik, lévén hogy valamiféle homályos előfeltevésként úgy véljük, ahogyan a feltárt természettörvények automatikusan működnek s önmagukat szavatolják, úgy a társadalmi törvények is önjáró valóságként működnek, azzal az egyetlen különbséggel, hogy a normák nem feltártak, hanem a jogalkotó ember által meghatározottak. Minden hatalommal szembeni modernitással születő gyanakvásunk origójából fakadó szükségszerűség, hogy a törvények személytelen hatalmát gyanú felett állónak tételezve a jogalkotás primátusát akcentuáljuk a jogalkalmazással szemben. A törvényt alkalmazzuk a valóságra, a realitást a törvényhez viszonyítjuk, a valóságot a törvényen mérjük meg „a törvénykönyvek népeiként”. Minthogy tudatában vagyunk annak, hogy a jogi normák a természettörvényekkel ellentétben sosem lehetnek tökéletesek, sem pedig örök érvényűek, az igazságszolgáltatást jogszolgáltatásként azonosítjuk. Mindeközben az eredeti „könyv népe” az isteni kódex birtokosaként jog és realitás viszonyát gyökeresen másként szemléli. Már a korai halákhikus bölcsek úgy tekintik az isteni kódexet, mint amelynek legfőbb követelménye expressis verbis az igazságszolgáltatás. Az isteni eredetű kódex által megalapított jogrendben annak fennmaradását nem annyira a jogalkotás, mint a jogalkalmazás biztosítja, s ily módon a törvényhozás az igazságszolgáltatás eszköze. A „könyv népe” szent könyvbe zárt tudása, hogy a valóság ezerszer gazdagabb, változatosabb, mintsem hogy azt bármilyen ember alkotta törvénykönyv utolérhetné. A Tóra, mint szent kódex azért maradhat mindörökké érvényes, mert paradigmátikus mondanivalója pontosan az, hogy az életet végtelenül dúsabbnak, sokfélebbnek tekinti annál, mintsem hogy azt kódexbe zárva lehetne szabályozni. Az isteni kódex főszabálya,

hogy a valóság ember alkotta kódexbe zárhatatlan. A szent kódex azért lehet örökké érvényes és totális normatár, mivel lényege, hogy tagadja az ember alkotta kódex eszméjének megvalósíthatóságát, ezért szorul a kódex isteni kinyilatkoztatásra, s ezért maradnak a zsidó jogban évezredek át rendre alul a kodifikációs kísérletek a kazuisztikával szemben. A maga idejében jogi tartalmát tekintve kódexszerűen megszerkesztett ember alkotta jogi normákat egybefoglaló Misna is ezért kerül rögtön kiegészítésre az alternatív jogi nézeteket megörökítő Gemarával. Végül a két mű Talmudba történő egybefoglalása jelképezi a kódex felett a kazuisztika győzelmét, a sui generis „kodifikált esetjogot,” mely egyben vallásfilozófiai és morális fejtegetésekbe ágyazott. Az európai újkor hajnalán azután ismét megkísérti a zsidó jogot is a kodifikáció ideája, azonban a Sulkhan Arukh sem válik klasszikus értelemben kódexszé, pusztán gyakorlati segédeszközzé, ahogyan a posztalmudi kor minden egyéb kodifikációs kísérlete. Európában az ellenkező utat járjuk be: tudjuk, hogy kódexeink nem lehetnek sem tökéletesek, sem örök érvényűek, ennek ellenére vagy éppen ezért, pontosan mintegy szent könyvekként tiszteljük őket, minden valóság vonatkoztatási pontjaiként. A zsidó jog ezzel ellentétben jog és realitás viszonyában a valóságot tekinti referenciának, melynek aktuális és partikuláris igazságához kell megtalálni vagy megalkotni a megfelelő alkalmazandó jogszabályt. Az isteni eredetű kódex eszméjének lényege nem a szakrális legitimáció, hanem hogy a kódex valamint egyáltalában a jog, csak isteni alkotásként lehet perfekt, a jogi örökséggel megbízott és így pozitív jog alkotására és működtetésére kompetens személyeknek e teremtés művéhez hasonlítható és hasonlított^[66] isteni tevékenységben ekként alázattal kell részt venniük az isteni igazságosságának megfelelő jogrendet működtetve. A minden későbbi jogi normát már magában foglaló Tóra eszméje annak ideája, hogy a jog az általa szabályozott emberitársadalmi valóság pluralitásának megfelelően sosem zárható le. Ily módon maga az eredeti isteni kódex is már a kazuisztika implicit foglalat. A választott népnek átadott szakrális eredetű törvénykönyv egyetlen vagy legfőbb igazsága szerint a valóság struktúrája az igazságok pluralitása, s az isteni igazság az e plurális igazságoknak megfelelő jogképzés és igazságszolgáltatás. Halákhikus szemléletben tehát a jog nem afféle zárt és perfekt corpus juris, nem 'az igazság', amelyhez a valóságot viszonyítani kell, amelyen a realitást meg kell mérni, hanem éppen a sokrétű, dinamikus és folyton változó valóság plurális igazságaihoz mért ezért alapvetően nyitott, lezárhatatlan, s ebbéli minősége által tökéletes rendszer. Az európai szekuláris és racionálisan megkonstruált jogban irracionális módon saját jogi normáinkat kezdjük el szent normákként működtetni. A zsidó jogi örökség ezzel szemben „irracionális” módon azt a racionalitást képviseli több ezer éve, hogy az isteni alapításra szoruló szent könyvbe foglalt jog az emberekre bízott, akiknek legfőbb kötelessége a valósághoz mért jogképzés és igazságszolgáltatás.

További jelentős különbség európai és zsidó jogszemlélet között, hogy míg előbbi éppen a jogi normák racionális megalkotása következtében úgy képzei, a törvény

mintegy önmagában megáll, önnön érvényesülését szavatolja kvázi az emberi tényezőtől függetlenül a ráció erejénél fogva, addig utóbbi szerint a jogi vélemények közös elsajátításából és az az alapján történő együttes döntésből születhet csak meg minden jogi döntés és norma, a helyes jog. Nem a jog helyessége garantálja elsajátítását és érvényesülését, hanem a mindenkor közös elsajátítás garantálja érvényesülését és kívánatos helyességének elérhetőségét.

A szekuláris jogászképzésben is mindenkor elsőrendűen fontos kazuisztika általi szemléltetés didaktikus funkciójának halákhikus bölcsek által felismert racionalitása nem korlátozódik az ifjúkorra, a tanulóévek a judaizmusban sosem záródnak le, élethossziglan tartanak. S a közös megvitatás, nem csupán a növendék jurista penzuma, de a zsidó jog karakterisztikus létmódja. A kódex eszméjének elutasítása azt a gyakorlati racionalitást is szolgálja, hogy a jogász sose képzelhesse azt, hogy a jog korlátozott számú könyvekbe foglalhatóan maradéktalanul birtokba vehető.^[67] Hogy a jogász éppúgy szembesüljön a jog végtelen gazdagságával, mint a valóságos életével. Hogy érzékelje saját kicsinységét a jog és az élet egyként határtalan variabilitásával szemben. S ezzel az alázattal fáradozzon szüntelen azon, hogy megtalálja a valóság igazságát, s annak helyes jogi leképezését, ne pedig saját tudatlanságát tegye valósággá, hisz a jog mindig realitást teremt.

A jelen tanulmány kezdetén felvetett weberi inspirációjú kérdésekre válaszolva azt mondhatjuk, hogy a zsidó „irracionalis” jogban felmerült a racionalitás kérdése, s hogy a ráció szerepét a legmagasabbra – tórai rangúként - értékelte, a Tóra legsajátabb jellemzőjének és követendő kívánalmának tartva. Ily módon a racionalitás éppen nem a szent normák által korlátozott értelmében „szent normák kontrollja alatt létrehozott” e jogrendben, hiszen a racionalitás a szent norma alapminőségeként meghatározott és megkövetelt. E legmagasabbra értékelt ráció alapján vethető össze méltán saját racionalitásunk és e tradicionális jogrend racionalitása. Ez az összehasonlítás azonban amellet, hogy a jogalkotás, jogképzés, joganyag strukturálás szintjén hasonlóságokat mutat, nagyobb összefüggésekben, jogelméleti szempontból egy sajátos dialektikára is felhívja a figyelmünket. Hogy a racionalitás túlzott hajszolása és önmagát megalapozóként értékelése miként csaphat át irracionálisba, melyet történelmi példákból jól ismerünk, illetőleg hogy a látszólagos irracionális miféle reális racionalitást képest teremteni és fenntartani, ugyancsak történelmileg is verifikált módon. Az európai racionális és szekuláris jog voltaképpen a partikularitást univerzalizálja, az ember alkotta jogot kvázi szent könyvként működtetve, a zsidó jog egyetlen univerzális követelménye viszont éppen a partikularitás mindenkori elismerése, s a partikuláris igazságok maradéktalan érvényre juttatásán történő szüntelen fáradozás. A „törvénykönyvek népei” a szent normaként funkcionáló törvénykönyvek elkötelezettjei, míg a „könyv népe” a realitásé, a valóság igazságaié. Az irracionális jogrend racionalitására vonatkozó vizsgálat így azzal a hozadékkal bírhat, hogy felismerjük annak a törekvésnek az indokolt szükségességét, hogy saját írott jogunkat ne kezeljük „szent normaként”. Hogy a

felvilágosodás örökségét felvállalva, ne csak a múltat, de minden jelent is szüntelen kriticizmussal tárjunk fel és korrigáljunk éppen a jövőbe vetett hittel. Mert ha e kriticizmusról lemondunk, a racionalitás ellenében pontosan szent normákként kezdjük el működtetni jogrendjeinket, annak minden következményével...

^[1] Max Weber: *Gazdaság és társadalom. A megértő szociológia alapvonalai. 2/2. A gazdaság, a társadalmi rend és a társadalmi hatalom formái (Jogszociológia)*, Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1995. 192-194.old.

^[2] Max Weber: Im. 148.old.

^[3] Vö. Hamza Gábor: *Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszerek*. Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1998. 62-83.old.

^[4] Vö. a tudást alapvetően irányító és strukturáló hitek szerepéről Polányi Mihály: *Személyes tudás I-II. Úton egy posztkritikai filozófiához*. Budapest, Atlantisz, 1994.

^[5] Vö. pl. Visegrády Antal: *Jog- és állambölcsélet*, Budapest – Pécs, Dialóg Campus Kiadó, 2003. 112-127.old. A fentiekén kívül megemlíti még a „szocialista jogcsaládot”.

^[6] A „halákha” egyik értelemben a zsidó jog egészét jelöli, a „mispát ivri” vagy zsidó jog szinonimájaként; másfelől az írott Tórán kívüli jogforrásokból eredő jogszabályok összességét a szóbeli Tóra rokon értelmű kifejezéseként. Utóbbi esetben pusztán „Tóra” megjelölés alatt mindenkor az írott Tórát értjük, míg ehhez viszonyítva a „halákha” kifejezés alatt a szóbeli Tórát.

^[7] Itt kell megjegyezni, hogy a Tóra sebecse egyfelől az írott Tórán kívüli jogforrásból származó minden joganyag totalitását jelenti; másrészt a szóbeli Tóra hatféle jogforrásból eredeztethető joganyagán belül a „halákha le Móse mi Szináj”, azaz a „Mózesnek a Szinájon átadott halákha” terminus technikussal jelölik az egyik jogforrásból, a tradícióból származó s más jogforrással nem igazolható joganyagot.

^[8] Misna, *Avot* 1,1.

^[9] A barajta szó jelentése „külső”. A Misnába fel nem vett tannaita megállapításokat jelöli.

^[10] A babilóni amórák az 5. század végére alkották meg a babiloni Talmudot, míg a jeruzsálemi amórák egy évszázaddal korábban a jeruzsálemi Talmudot. Előbbi az általánosan elfogadott szövegváltozat. A héber „talmud” kifejezés egyébként az arámi „gemara” megfelelője.

^[11] A halákha alapvető pozitivitásáról ld. Juhász Zita: A halákhikus jog teoretikus princípiumai avagy egy szakrális jogrend pozitivitása, in: *Jogelméleti Szemle*, 2010/3.

^[12] A halákhikus jogtudósok az egyes jogforrásokat nem feltétlen ugyanazon írott Tórai kijelentésekből vezették le, abban azonban minden korban minden halákhikus tekintély egyetértett, hogy minden jogforrás ilyen minőségében a Tóra sebhídváza van kihirdetve és elismerve.

^[13] Természetesen ez nem azonos a szóbeli Tóra fogalma által jelölt jogi totalitással. Azon belül bizonyos jogszabályok a hagyomány jogforrásával vannak megjelölve, míg más normák más jogforrásból eredeztetnek.

^[14] A midrás két alapvető formájáról és tizenhárom értelmezési szabályáról ld. Juhász Zita: *Interpretatio Judaica*, in: *PhD-tanulmányok*. Pécs, 2010. 313-342.old.

^[15] Maimonidész szerint nem mind a tizenhárom kánon alkalmazásával nyerhető tórai szintű jogszabály, hanem csupán azokkal, melyekre nézve mózesi tradíció áll fenn. Ugyanakkor a jogértelmezési gyakorlat a második kánon, a nyelvi analógia vagy *gezera sava* alkalmazását kötötte pusztán ahhoz a feltételhez, hogy megkapták-e az arra vonatkozó hagyományt, hogy az adott tórai kifejezés alkalmas a nyelvi analógia általi értelmezésre. Nachmanidész ezzel szemben az összes értelmezési szabály által képzett jogi normát tórai rangú joganyagnak ismerte el. A legtöbb halákhikus tekintély utóbbi véleményen volt, ezért is rögzítették aszmahtaként, amikor a tóraértelmezés nem számított az új jogszabály jogforrásának, hanem pusztán csak a Tórával való konzisztenciájára igazolásának.

^[16] A *dina de malkhuta dina*, azaz 'az ország törvénye a törvény' (szó szerint: „a királyság törvénye a törvény”) babilóniai amóra eredetű kollíziós szabály értelmében a zsidó közösségek polgári jogi szempontból, tehát pusztán a mamon anyaga tekintetében azon ország törvényeinek vannak alávetve, ahol élnek. Az idegen jogrendszerek ilyen zsidó jog általi elismerése egyetlen feltételhez volt kötve: a nem-zsidó jogrendszer nem hághatja át az igazság és a méltányosság zsidó jog számára fundamentális alapelvét. Így a nem-zsidó jog nem érvényesülhet, ha diszkriminatív, azaz nem biztosítja a jogegyenlőséget minden állampolgár számára, kollektív büntetést alkalmaz, illetőleg ha a büntetőjogi felelősségre vonást nem szigorúan az elkövetőhöz köti. Vö. Maimonidész: *Misné Tóra* (továbbiakban MT jelöléssel) Gezela vaaveda 5,14

^[17] Szó szerint „dinei mamonot” azaz „pénzítéletekkel”.

^[18] Babiloni Talmud (A továbbiakban bT jelöléssel), Brachot, 63b. Domán István fordítása. In: *A Babilóniai Talmud*. Budapest, Ulpius, 2007.

^[19] Ti. Mózeshez

^[20] Exodus 18,22

^[21] *Exodus Rabba*, Ki Tisza 41,6 szerint a szóbeli Tóra roppant joganyagát Mózes úgy volt képes negyven nap alatt elsajátítani, hogy „az Örökkévaló az alapelveket tanította meg Mózesnek”.

Később Jozsef Albó spanyol zsidó filozófus (meghalt 1444-ben) a középkori filozófiai problematikának megfelelően az írott Tóra, mint isteni jog totalitását vette fontolóra. Lehetetlennek tartotta, hogy az egy tökéletes, változtathatatlan és zárt kódex legyen, minthogy végtelen számú lehetséges esetet nem foglalhat magába egyetlen könyv. Ezért arra következtetett, hogy a Szináj hegyén Mózesnek csupán az alapelvek lettek szóban kinyilatkoztatva, ezek hagyományozódtak aztán tovább, s minden korszak halákhikus hatalmainak ezek alkalmazásával kell az új jogszabályokat megalkotniuk. *Széfer haikkarim*. 3,23

^[22] A halákhikus kompetencia elengedhetetlen előfeltételének tartották a szevara elsajátítását. Jellegzetes talmudi stílusban a kérdést úgy vetették fel, hogy tekinthető-e nagy tudósnak az, aki nem tudja a szabályt. Az erre adott válaszban nyomatékosították, hogy amennyiben az adott szabály szevarán, azaz logikai következtetésen alapul és mégsem tudja, akkor nem. Ld. bT Gittin 6b; valamint Sabbat 63a; Szukka 29a; Szóta 39b; Kiddusin 9b.

^[23] Leviticus 18,5 teljes szövege, melyre a Talmud utal: „Őrizzétek meg törvényeimet és rendeleteimet, melyeket megtesz az ember, hogy éljen általuk.”

^[24] bT Szanhedrin 74a; Ld. még bT Jóma 85b. az életmentési célú sabbatszégésről.

^[25] Maimonidész szerint ha valaki inkább meghal, mintsem hogy vétkezzen, az saját halála bűnében vétkes. Ld. MT, Jeszodei ha Tóra 5,1. Más bölcsek ugyanakkor nem tekintették ezt kógens parancsnak, hanem pusztán engedélynek. Ld. *Toszafo*t, Avoda zara 27b „jakhol afillu”.

^[26] Azaz nem sújtja halálbüntetés a normaszégés miatt

^[27] Rasi (azaz R. Slómó b. Jichak) 11. századi francia zsidó Tóra- és Talmud-komentátor. Klasszikusnak számító kommentárjait a Babiloni Talmud minden kiadásában (melyek az első kiadás óta formailag azonosak) közvetlenül a talmudi főszöveg jobb oldalán közlik. Rasi utalt magyarázata természetesen az adott talmudi szakasz, azaz Szanhedrin 74a mellett található.

^[28] Az erős jelentésű „chazak” szóból képzett chazaka a konkrét fogalmakkal operáló zsidó jogban öt jelentésrétégen használatos. Amellett, hogy a praesumptio juris jelölésére használatos; jelenti magát a birtoklást; tulajdonszerzési módot; egy a jelen stúdiumban később a 7.pontban tárgyalandó eljárásjogi szabályt, melynek értelmében az ingatlan háromévi birtoklásának tanúbizonyítása egyenértékű az ingatlan tulajdonjogának okirati bizonyítékával; végül az ingatlan feletti olyan uralmi aktust, mint a körbekerítése vagy lezárása. A chazaka kifejezés jogi vélelmekre alkalmazott terminus technicusként jól érzékelteti, hogy a csupán valószínű tényálláselem vagy joghatásbeli elem teljesen valóként történő elfogadása „erősíti” a jogrendszer működőképességét, hatékonyságát. Kevésbé absztraktnak megközelítve, mintegy anyagi jogba inkorporálódott eljárásjogi szabályként mindig valamelyik felet erősíti a bizonyítás megkönnyítésével, a bizonyítási teher precíz kijelölésével.

^[29] M Gittin 3,3

^[30] A zsidó jogban ugyanis a férfi alapvető kötelezettsége a tórai szaporodási parancs teljesítése, mégpedig egy fiú- és egy lánygyermekben pontosítva. A fiú viszi tovább ugyanis a tórai tanulás parancsának teljesítését, míg a lány a szaporodás kötelezettségének teljesítését. Ily módon a fiúgyermek a lelki önreprodukción, a lánygyermek a testi önreprodukción biztosítja.

^[31] Magyarul jiddis megfelelője a „kóser” kifejezés a közismert.

^[32] A Szifra a R. Akiva tanházától származó Leviticushoz fűzött halákhikus midrás azaz értelmezés gyűjtemény. Torat Kohanimként is ismert. Az utalt érvelést és igazoló értelmezést ld. *Szifra*, Behar 8,8

^[33] Leviticus 25,53

^[34] Vö. A. Ehrlich kommentárjával a Szifra e fejtegetésére vonatkozóan! In: Arnold Ehrlich: *Mikra kifeshuto*. *Library of Biblical Studies*. I., New York, 1969. 241.old.

^[35] Vö. az „omnia praesumuntur rite et solemniter esse acta donec probetur in contrarium” elvvel.

^[36] Nyugati kultúránkkal kapcsolatban, ahogyan egy panoptikumszerű, általános megfigyelésen alapuló társadalmat építettünk ki, ld. Michel Foucault: *Az igazság és az igazságszolgáltatási formák*. Debrecen, Latin Betűk, 1998

^[37] Exodus 23,2. Az IMIT-Biblia fordításában: „a sokaság mellett”. A „rabbim” kifejezés jogi értelemben azonban „többség” jelentéssel fordítható adekvátan.

^[38] bT Szóta 27a

^[39] A tannaita korszakban a Misnán kívül egyéb bölcsek által összeállított misnajot-gyűjtemények is készültek, melyek közül sok még az amóra érában is érvényben volt. Ezek közül a gyűjtemények közül az egyetlen, ami épségben fennmaradt: a Toszefta. Elnevezése is azt jelenti, hogy „kiegészítés” a Misnához képest.

^[40] *Toszefta*, Jevamot 12,8

^[41] A szevara általi jogalkotás és jogelvképzés tekintetében a Talmud utáni idők joganyagának ilyen irányú számbavételét nehezíti, hogy az arra felhatalmazott halákhikus hatalmak nem mindenkor hangsúlyozták ezt a jogforrási minőséget responzumukban vagy kommentárjukban, esetenként pedig más kifejezéseket preferáltak az objektív racionális megalapozottság hangsúlyozására.

^[42] bT Bava Kamma 46b

^[43] Exodus 24,12-13: „És mondta az Örökkévaló Mózesnek: Jöjj fel hozzám a hegyre és légy ott; hadd adjam neked a kőtáblákat, meg a tant és a parancsolatot, melyeket írtam, hogy tanítsam őket. És fölkelt Mózes meg Józua, a szolgálója; és fölment Mózes az Isten hegyére. A 14.vers pedig kijelenti: „A véneknek pedig mondta: Várjatok itt reánk, amíg visszatérünk hozzátok; és íme, Áron meg Chúr veletek; akinek ügye van, lépjen oda hozzájuk.” Így Mózes a távollétében felmerülő ügyeket Áron és Chúr elé rendelte vinni. R. Samuel b. Nachmani úgy értelmezte ezt a verset, mint ami igazolja az alapelvet, hogy a felperesnek, aki „odalép” a bírókhöz - Áronhoz és Chúrhoz - követelésével, be kell mutatnia követelése bizonyítékait is nekik.

^[44] jiggas

^[45] jaggis

^[46] Kétféle Tóra-interpretációt azaz midrást különböztettek meg. A jogfejlesztő midrás mellett létezett a pusztán igazoló midrás. Minthogy a tanulás a Misna összeállításáig kizárólag szóban történt, az új jogszabályokat – bármely jogforrásból származzanak is – igyekeztek összekapcsolni a Tóra valamely mondatával, hogy ily módon segítsék azok memorizálását. E mnemotechnikai funkció mellett természetesen az igazoló interpretáció az alapnorma kategorikus érvényességét is biztosította illetőleg érzékelhetővé tette.

^[47] Misna (a továbbiakban M jelöléssel) Ketubbot 2,2

^[48] M Ketubbot 2,5

^[49] bT Jevamot 35b. A gyermektelenül elhunyt férj özvegyével szemben a férj férfitestvére az írott Tóra rendelkezésénél fogva sógorházasságra (jibbumra) volt kötelezve, hogy e házasság által fiúgyermeket nemzzen testvére nevére. A sógorházasságból származó elsőszülött fiúgyermek nem vér szerinti apja gyermekének, hanem az elhunyt férj gyermekének számított jogilag, így biztosítva, hogy az ne haljon ki utód nélkül Izrael törzséből. A sógor által visszautasított ilyen házassági kötelezettség alól az özvegy csupán azáltal szabadulhatott, ha elvégezte vele szemben a chalica vagy sarulevétel szertartását. Utóbbi lényege, hogy az özvegy eredetileg a vének tanácsa, később az öttagú rabbinikus bíróság előtt, lehúzta sógora jobb lábáról saruját, e szavak kíséretében - eredetileg a férfire, később pusztán szimbolikusan - a földre köpve: „Így történjék a férfival, aki nem építi fel testvérenek házát!” (Deuteronomium 25,9) A chalica szertartása nélkül az özvegy nem házasodhatott újra, még akkor sem, ha sógora nem volt hajlandó vele házasságra lépni. Míg annak megtörténte, azaz a sógorházasság megghiúsulásának bíróság előtti kinyilvánítása esetén, az elvált asszony státuszába kerülve szabadon házasságra léphetett bárkivel. Vö. Deuteronomium 25,5-10: „Midőn együtt laknak testvérek és meghal egyik közülük s fia nincs neki, ne menjen a halottnak felesége máshova, idegen férfihoz: sógora menjen be hozzá és vegye magának feleségül, sógorképpen vegye el. És léssen, az elsőszülött, akit szülni fog, tartozzék meghalt testvérenek nevéhez, hogy ki ne töröltessék neve Izraelből. De ha nem akarja a férfi elvenni sógornőjét, akkor menjen ki sógornője a kapuba, a vénekhez és mondja: vonakodik sógorom a testvérenek nevét fenntartani Izraelben, nem akar sógorképpen elvenni. Erre hívják meg városának vénei és szóljanak hozzá; ő meg oda áll és azt mondja: nem akarom elvenni – akkor lépjen oda hozzá a sógornője a vének szemei előtt, húzza le saruját lábáról és köpjön az arcába; szólaljon fel és mondja: így történjék a férfival, aki nem építi fel testvérenek házát. És így neveztessek el Izraelben: a lehúzott sarujának háza.”

^[50] bT Bava Batra 28a-tól

^[51] Az inkább konkrét, mint absztrakt zsidó jogi terminológiában a chazaka kifejezés ötféle jogi jelentéssel bír, mint azt az 5. pontban a 28. lábjegyzetben ismertettük. Jelen fejezetben azt az eljárásjogi szabályt ismertetjük, mely szerint az ingatlan háromévi birtoklásának tanúbizonyítása egyenértékű az ingatlan tulajdonjogának okirati bizonyítékával.

^[52] Minthogy e szabály az utolsó háromévi birtoklás tanúk általi bizonyítását a tulajdonjog okirati bizonyítékával tekinti ekvivalensnek, inkább eljárásjoginak tekinthető, mint anyagi joginak. Maimonidész ennek megfelelően a peres felekre vonatkozó jogszabályok közt tárgyalja a Misné Tórában. Vö. MT, Toen venitan

^[53] M Bava Batra 3,1. Ld. még 3,3.

^[54] Hogy a háromévi birtoklásnak nem kell napról napra történnie, Rasba (a 13. századi jeles spanyol zsidó responzum szerző, az egyik legjelentősebb középkori tóratudós) szerint azt jelenti, hogy nem kell folyamatosan művelni teljes három éven keresztül. Rasi értelmezésében viszont egészen odáig jut, hogy a háromévi birtoklás ténylegesen csupán három betakarítást, azaz tizennyolc vagy tizennégy hónapot jelöl.

^[55] bT Bava Batra 28a-29a

^[56] Exodus 21,35-36

^[57] bT Bava Kamma 15a

^[58] Jirmeja 32,44

^[59] Jirmeja 29,5

^[60] Jirmeja 32,14

^[61] Hasonló szabályozást találunk már Hammurabi kódexében is: „30.§ Ha akár katona, akár halász földjét, kertjét és házát a hűbér terhei miatt feladja és eltávozik, más valaki pedig ő utána földjét, kertjét és házát elfoglalja és III esztendeig birtokolja hűbérére: ha visszatér és földjét, kertjét és házát követelné, ne adják neki vissza; az aki birtokát elfoglalta és hűbérebe lépett, az maradjon birtokában. 31.§ Ha csak egy esztendeig maradna távol, s aztán visszatérne: földje, kertje és háza adassék neki vissza; ő maga pedig hűbérenek birtokába lépjen.” Magyarul in: *Hammurabi törvényei*. Ford.: Kmoskó Mihály. Budapest 1911

<http://mek.niif.hu/07200/07287/07287.pdf>

Hammurabi szabályozásában azonban a hároméves időtartam nem a tulajdonjog okirattal egyenértékűnek tekintett tanúbizonyításában bizonyítandó tény, mint a zsidó jogban, hanem kvázi egy elbirtoklási szabály felállítására. Ld.! D. H. Müller: *Die Gesetze Hammurabis und die Mosaiche Gesetzgebung*. Jahresbericht der Israelitisch-Theologischen Lehranstalt X. Wien. 16-17.old. és 92.old.

^[62] A tórai rangúval szembeállítottan másodlagos rabbinikus kvalitású joganyag tekintetében érvényesülő gyakorlat szerint mindig deklarálniuk kellett, hogy az adott szabály csupán a dö rabbananhoz tartozik. A szevarából vagy jogi következtetésből eredő tórai rangú szabályok esetében éppen ennek a jelölésnek a hiánya tájékoztat a norma elsődleges minőségéről. Ilyen szempontból a szevarát az interpretációhoz hasonlóan tartották, amennyiben amiként a midrás a Tóra szövegének rejtett értelmét hozza felszínre, oly módon a szevara a Tóra implicit logikáját explikálja, még a szöveg segítségére sem szorulva, bármiféle segédeszköz nélkül.

^[63] Természetesen a zsidó jogban számos szabály nem csupán egyetlen jogforrásból származott. Az agunával, a férjéhez „láncolt” feleséggel (ti. a zsidó válási jog évezredekén át a férj egyoldalú jogosultsága volt, s amennyiben a férj nem adott feleségének válólevelet, a felesége mintegy hozzá volt láncolva) kapcsolatban számos norma törvényhozási eredetű volt, azonban interpretációból és máászból (esetjog sajátos zsidó jogi értelemben) is eredeztették őket. Ld. pl. M Jevamot 16,7 ismerteti azt a szabályt, hogy a férj halálára nézve az általános tanúzási szabállyal ellentétben egyetlen tanú nyilatkozata is elegendő az özvegy érvényes újrահázadosásához. A szabály forrása egyszerre volt a máásze és a törvényhozás. Hogy időben melyikből származott előbb, lehetetlen utólag rekonstruálni. Nem állapítható meg, hogy egyetlen eseti döntést követően alkották-e meg a törvényt, vagy az adott ítélet alkalmazott egy már létező törvényt. Egy-egy jogi norma jogforrási beazonosítását nehezíti, hogy természetesen nem maradt fenn valahány jogszabály összes történelmi formájában, így a kutatás csak a fennmaradt joganyagra korlátozódhat

Kétségtelen ugyanakkor, hogy bizonyos jogi normák különböző történelmi korszakokban más és más jogforrásokból eredeztettek. Sok esetben az eredetileg szokásjogi szabályt később törvényi úton rendezték, majd értelmezés által tovább precizították a kérdés jogi kidolgozottságát.

^[64] Max Weber: Uo. Ld. 2. lábjegyzet!

^[65] Az európai jogi gondolkodás paradigmaticus jellemzőiről ld. pl. Varga Csaba: *Előadások a jogi gondolkodás paradigmáiról I-II*. Budapest, 1997.

^[66] Ld. pl. bT Sabbat 10a: „Rav Chisda és Rabba, Rav Huna fia, egész nap a bíróságon ültek. Amikor gyenge lett a szívük, Rav Chija, Rav fia Diphtéből tanította őket: 'Ott állt a nép Mózes előtt reggeltől estig' (Exodus 18,13). Ha azonban arra gondolnál, hogy Mózes egész nap csak itt ült és ítél, akkor mikor tanulmányozhatta volna a Tórárt? Sokkal inkább azt tudatja veled: Minden bíró, aki csak egyetlen órában igaz ítéletet kísérel hozni, amely valóban az igazságnak felel meg (din emet le-amito), azt az írás úgy tekinti, mintha a Szentnek, áldassék Ő, partnere lett volna a teremtés művében. Itt írva áll: 'A nép állt Mózes előtt reggeltől estig' (Exodus 18,13), és ott áll írva: 'Lett este és lett reggel: egy nap' (Genesis 1,5).” Domán István fordítása i.m. Az idézett Talmud-szakasz párba állítja Mózes bírói ténykedésének tórai leírását, a teremtés művének tórai ábrázolásával. A nyelvi hasonlósággal nyomatékosítja, hogy az igazságszolgáltatás a teremtett világ rendjének fenntartása, azaz voltaképpen a teremtés művének folytatása.

Hasonlóan a bírák teremtő tevékenységének isteni rangját hangsúlyozza bT Szanhedrin 7a: „Rabbi Smuel, Nachmanisz fia mondta, Rabbi Jonatán nevében: Minden bíró, aki valós ítéletre törekszik, amelyik valóban megfelel az igazságnak (din emet le-amito), odahat, hogy az Isteni szellem Izraelben tartózkodjon, mert írva van: Isten az isteni gyülekezetben áll, bírák (szó szerint elohim, azaz istenek, mely kifejezést a teremtés művében az Isten társainak tekintett bírákra értették, ezért van magyarra is bírakként fordítva) közepette ítél (Psalmi 82,1). De minden bíró, aki nem valós ítéletre törekszik, amely valóban az igazságnak felel meg, okozza, hogy az isteni szellem eltávozik Izraelből, mert írva van: A szegényeknek elnyomása, a szűkölködők szorongatása miatt most már felkelek, mondja az Örökkévaló... (Psalmi 12,6).” Domán István fordítása i.m.

^[67] A szóbeli Tóra successio Mosaicáját rögzítő nevezetes Misna-szakasz (Avot traktátus 1,1-) leszögezi, hogy a Nagy Gyülekezet hivatalos Tóra-magyarázó, jogalkotó és –alkalmazó testület tagjai három fundamentális követelményt rögzítettek az isteni eredetű jogrend fenntartásához: „Legyetek óvatosak az ítékezésben, állítsatok ki sok tanítványt, és készítsetek kerítést a Tóra köré” (Domán István fordítása. i.m.) Az igazságszolgáltatás mellett mintegy a tanítás vagy kvázi jogászképzés fontosságát emelték ki, mely természetesen pusztán a vallástanulás részét képezi elsődlegesen, mely minden zsidó férfi alapkötelessége. Harmadikként a Tóra köré épített kerítés a takkanákat és gezerákat jelenti, azaz a parancsokat és tilalmakat, vagy a rabbinikus jogalkotást. E

koncepcióban tehát a jogrend fenntartása és működtetése három oszlopon nyugszik: az igazságszolgáltatáson, az intézményesített oktatáson, valamint a jogalkotáson. A zsidó joggal behatóbban foglalkozva, talán megkockáztatható, hogy a három tartópillér felsorolásának sorrendje sem véletlen és üzenetértékű.

Kádár Hunor
**A román tanúvédelmi rendelkezések áttekintése történeti és jog-
összehasonlító aspektusból**

I. Bevezető

Ahogy azt a román jogi szakirodalomban hangsúlyozzák^[1], a modern technikai és tudományos vívmányoknak köszönhető bizonyítási eszközök (pl. szakvélemény, telefonbeszélgetések lehallgatása és rögzítése) megjelenésének ellenére Romániában is a tanúvallomások még mindig a legfontosabb és a leggyakrabban igénybe vett bizonyítási eszközök között szerepelnek. Valóban, a szervezett bűnözés ellen vívott harcban a tanúvallomások különös jelentőséggel bírnak, mivel sok esetben a tanúk a szervezett bűnözői csoport volt tagjai, akik részletes információkkal tudnak szolgálni a csoport tevékenységét és tagjait illetően. Azonban a tanúvallomásoknak nemcsak a szervezett bűnözés elleni küzdelemben van jelentőségük, hanem a nemi, illetve családon belüli erőszakkal összefüggő bűncselekmények esetében is, amelyek tárgyalása során legtöbbször a sértett személy vallomása bizonyul a vád legfőbb bizonyítékának^[2], amelynek hiányában a vádlottat sokszor felmentik.

Azonban fontos leszögezni, hogy a vallomástételi kötelezettség komoly veszélyeknek teheti ki a tanút vagy a sértettet. A már említett szervezett bűnözéssel kapcsolatos bűncselekmények esetében ez igazán jól érzékelhető, mivel ha a tanú vallomást tesz a csoport valamely tagja ellen, veszélybe sodorhatja a saját vagy valamely hozzátartozója életét vagy testi épségét, mivel a bűnözői csoport legtöbbször „bosszúra szomjazik”. Pontosán erre próbált rávilágítani az Amerikai Egyesült Államok (USA) Igazságügyi Minisztériuma (U.S. Department of Justice) is egy nemrég készített felmérésben, amelyben az ügyészek arra panaszkodtak, hogy maga a tény, miszerint egy bűncselekmény kapcsolatban áll egy szervezett bűnözői csoporttal, elég ahhoz, hogy egy egész negyed ne merjen közreműködni az igazságszolgáltatási szervekkel^[3].

Ugyanakkor a tanút nemcsak a megtorlás veszélye fenyegetheti, hanem attól is tarthat, hogy a tárgyalás előtt életére törnek annak érdekében, hogy megakadályozzák a tanú megjelenését a bíróságon. Ez volt az oka annak, hogy az USA-ban az 1960-as és 1970-es években több szervezett bűnözői csoport tagja ellen indított büntetőeljárás kudarcba fulladt, mivel a „koronatanúkat” meggyilkolták a bírósági tárgyalás előtt, és a vád nem rendelkezett más megfelelő súlyú bizonyítékkal, amely alá tudta volna támasztani a vádlott bűnösségét^[4].

Miközben a szervezett bűnözéssel kapcsolatos bűncselekmények esetében a veszély a tanú testi épségét fenyegeti, a nemi bűncselekmények esetében a veszély teljesen más jellegű. Ebben a helyzetben a vádlott jelenlétében tett vallomás a sértettet komoly lelki traumának teheti ki. A kiskorú sértettek esetében ezen lelki trauma átélésének veszélye és esetleges következményei fokozottabbak, mint a felnőtteknél^[5].

A fent említettek fényében jól érzékelhető, hogy a büntetőperben nemcsak a két „fél” érdekeit kell figyelembe venni, ahogyan azt a hagyományos büntetőeljárásai rendelkezések tették, hanem egy harmadik személy – a tanú vagy sértett – érdekeit is szem előtt kell tartani. Valóban, ahogyan azt a külföldi szakirodalomban is hangsúlyozták^[6], a klasszikus

büntetőper a két „fél” érdekeit vette figyelembe, és ezek között próbált meg egyensúlyt teremteni. A szóban forgó két fél egyike az állam vagy a nép (ahogyan azt az USA-ban szokták még nevezni), akinek érdekei arra irányulnak, hogy az igazságszolgáltatás elérje a célját azáltal, hogy az illetékes hatóságok megkeresik és felelőségre vonják az elkövetőt. A másik fél pedig a vádlott, akinek egyértelműen az az érdeke, hogy megmozgathasson minden jogilag a rendelkezésére álló eszközt az ellene felhozott vádak megalapozatlanságának igazolásához.

Azonban a bizonyítás során mindkét fél érdekeinek érvényesülése szoros kapcsolatban áll a tanú által szolgáltatott vallomással. Következésképpen az államot képviselő közvádoló érdeke abban áll, hogy a tanú tegyen vallomást a vádlott ellen, míg a vádlott érdeke az, hogy a tanú fizikailag jelenjen meg a bírósági tárgyaláson, hogy a védelemnek lehetősége legyen a tanút megkérdezni és ezáltal a tanúvallomás hitelességét ellenőrizni. Ezen érdekellentét kiegyensúlyozásának következtében kétségtelenül a tanú lesz az a személy, akinek érdekei csorbulnak, mivel köteles a törvény értelmében vallomástételi kötelezettségének eleget tenni, azonban a vádlottnak joga van ahhoz, hogy a tanút személyesen megkérdezhesse. Azáltal, hogy a tanú aláveti magát ezeknek a követelményeknek, veszélybe sodorhatja saját, illetve hozzátartozói testi épségét, vagy komoly lelki traumának teheti ki magát. Ezen helyzet megoldására hozták létre a tanúvédelem intézményét^[7].

II. A tanúvédelem fejlődése a román büntetőeljárársban

A 2002. évi 682-es számú^[8], illetve a 2003. évi 281-es számú^[9] törvények elfogadása előtt a tanúvallomást, mint bizonyítási eszközt szabályozó romániai büntetőeljárási rendelkezésekben két komoly hiányosságot is megfigyelhettünk. Először is a büntetőeljárási rendszer egyáltalán nem rendelkezett tanúvédelmi programmal, amely 2002. előtt már a legtöbb európai ország jogrendszerében fellelhető volt^[10]. Mi több, a 2003. évi 281-es számú törvény hatályba lépése előtt a Román Büntetőeljárási Törvénykönyvben (a továbbiakban: Be.) semmilyen olyan rendelkezés nem szerepelt, amely egyértelműen a tanú védelmét szolgálta volna. Mateut véleménye szerint^[11] ezen hiányosságok oka abban rejlik, hogy a jelenlegi Be. 1968-ban készült és lépett hatályba, egy olyan időszakban, amelyben a totalitárius rendszer nyomása alatt a tanúk megfélemlítésének kérdése fel sem vetődhetett.

Következésképpen az említett jogszabályok elfogadása előtt a román büntetőeljárársban a tanú védelme kizárólag általános és technikai jellegű rendelkezések révén valósult meg. Így a bíró elrendelhetette a vádlott előzetes letartóztatását, ha az ügyész olyan információk birtokában volt, miszerint a vádlott nyomást gyakorol a sértettre vagy csalárd megegyezést próbál vele kötni (Be. 148. § e) pont). Ugyanakkor az ideiglenes szabadlábra helyezés során az illetékes hatóság kötelező módon elrendelte, hogy a vádlott nem lépheti át a hatóság által megjelölt területi határt, hacsak nem kap erre engedélyt (Be. 160². § (3) bekezdés a) pont). Emellett a szóban forgó hatóság fakultatív módon kötelezhette a vádlottat, hogy az ideiglenes szabadlábra helyezés időtartama alatt tartsa magát távol a sértettől, ennek családtagjaitól, a tettes-társtól, a tanútól, a szakértőtől vagy más általuk megjelölt személytől (Be. 160². § (3) bekezdés c) pont).

Mindezen rendelkezések, amelyek a vádlott mozgási szabadságát hivatottak korlátozni, közvetett módon a tanú védelmét szolgálják. Annak ellenére, hogy a román Be. egyértelműen különbséget tesz a tanú kihallgatásának, és a sértett vagy magánfél kihallgatásának szabályai között^[12], a sértettre vonatkozó fent felsorolt rendelkezések jelentőséggel bírnak a tanúvédelem terén. Az Emberi Jogok Európai Bírósága (a továbbiakban: EJEB) *autonóm* értelmezést kölcsönzött a “tanú” fogalmának^[13], amely egyértelműen egy *lato sensu* értelmezés. Az EJEB megállapította^[14], hogy amíg egy adott személy által tett nyilatkozat döntő módon befolyásolhatja a vádlott elítélését, ezen nyilatkozatokra úgy kell tekinteni, mint a vádat alátámasztó tanúvallomásokra, következésképpen meg kell feleljenek az Európai Emberi Jogi Egyezmény 6. cikk 3. szakaszának d) pontja által előírt követelményeknek. Másodsorban pedig a Strasbourg-i Bírósághoz hasonlóan a tanúvédelemről szóló 2002. évi 682-es számú törvény szintén a tág értelemben vett „tanú” fogalmát alkalmazza. A szóban forgó törvény nem csak a *stricto sensu* értelemben vett tanúk esetében alkalmazható, hanem mindazon személyek esetében is, akik anélkül, hogy bármilyen eljárási minőséggel is rendelkeznének, hasznos információkat szolgáltatnak a hatóságoknak a büntetőper folyamán^[15]. A román szakirodalomban megállapították^[16], hogy ezen rendelkezés értelmében “tanúnak” számítanak

- mindazon személyek, akik bármilyen módon tudomást szereztek a bűncselekmény elkövetésének körülményeiről;
- azon személyek, akik ellen büntetőeljárás folyik egy adott bűncselekmény elkövetésének vádjával;
- valamint a bűncselekmény sértettjei.

III. A román Be. és 2002. évi 682-es számú törvény

Elsőként fontos megállapítani, hogy a Be. módosításáról és kiegészítéséről szóló 2003. évi 281-es számú törvény hatályba lépése után a román büntetőeljárási rendszer keretein belül a tanúk védelmét nem csak egy szervezett tanúvédelmi program hivatott biztosítani, hanem már a Be. is tartalmaz olyan rendelkezéseket, amelyek egyértelműen ezt a célt szolgálják. Az említett rendelkezések hatályba lépése egy nagyon fontos mozzanat a román tanúvédelmi intézményrendszer fejlődésében. Mindezek ellenére szükséges, hogy megfelelő módon el tudjuk különíteni a tanúvédelemről szóló 2002. évi 682-es számú törvény alkalmazási területét a Be. tanúvédelmi rendelkezéseinek hatáskörétől.

Ha összehasonlítjuk a 2002. évi 682-es számú törvényt a Be. tanúvédelmi rendelkezéseivel, egyértelműen arra a következtetésre jutunk, hogy a Be. rendelkezéseinek alkalmazási hatásköre sokkal szélesebb területet ölel magába, mint a tanúvédelemről szóló törvényé. Ezt a megállapítást többek között az támasztja alá, hogy míg a 2002. évi 682-es számú törvény egy tanúvédelmi programot hivatott megteremteni, és következésképpen ennek részletes szabályozásával foglalkozik, addig a Be. eljárási rendelkezéseket tartalmaz, amelyek a fenyegetett tanúk különleges kihallgatási formáira összpontosítanak, és ezt szabályozzák részletesen^[17].

Egyes Be-ben szereplő rendelkezések megtalálhatóak a tanúvédelemről szóló törvényben is. Azonban amíg a törvény csak „futólag” említi, hogy a Programban részt vevő személyeknek joguk van vallomást tenni a valós személyazonosságuk felfedése nélkül, vagy zártcélú távközlő hálózat útján torzított kép és hang segítségével^[18], addig a Be. részletesen tárgyalja az így történő kihallgatás szabályait és a kihallgatás elrendeléséhez szükséges feltételeket. Az egyik ilyen feltétel értelmében a Be. tanúvédelmi rendelkezései csak akkor alkalmazhatóak, ha a vádlott ellen megindították a büntetőeljárást. Ezen feltétel az érintett rendelkezéseknek eljárási jelleget kölcsönöz^[19], és ezáltal nagy mértékben különbözik a 2002. évi 682-es számú törvény rendelkezéseitől, amelyek az eljárás megkezdése előtt és annak befejezése után is alkalmazhatóak.

Fontos leszögezni, hogy a Be-ben található tanúvédelmi intézkedések alkalmazásához nem szükséges, hogy a védelmet igénylő tanú a Tanúvédelmi Programban vegyen részt. Ez azt jelenti, hogy a Be-ben található rendelkezéseket nemcsak a Program szervezett keretében résztvevő tanúk vehetik igénybe, hanem azokat a tanúkat is érinti, akik ugyan nem részesei a Programnak, de teljesítik a Be. rendelkezéseinek alkalmazásához szükséges feltételeket. Egy másik fontos különbség abban rejlik, hogy míg a tanúvédelemről szóló törvény előírásai csak a “súlyos bűncselekmények” esetében alkalmazhatóak, addig a Be. rendelkezéseit bármilyen bűncselekménynél alkalmazni lehet, függetlenül az elkövetett bűncselekmény súlyától^[20].

IV. A 2003. évi 281-es számú törvény tanúvédelemre vonatkozó rendelkezései

4.1. Általános rendelkezések

A 2003. évi 281-es számú törvény négy új cikkel egészítette ki a Be. III. Cím II. Fejezetének III. Alfejezetét, amely a tanúvallomásokat szabályozza. A módosítások következtében a hatályban levő Be. rendelkezései között négy olyan cikket találhatunk, amelyek a tanúk védelmét hivatottak szolgálni.

Ezen cikkek közül az első a tanú személyi adatainak zárt kezelését tárgyalja (Be. 86¹. §). A szóban forgó rendelkezés első bekezdése kijelenti, hogy „ha bizonyítékokkal vagy adatokkal alátámasztható az a feltételezés, miszerint a tanú valós személyazonosságának vagy lakcímének felfedésével veszélynek teheti ki saját vagy más személyek szabadságát és testi épségét, az illetékes hatóság elrendelheti, hogy a tanú ne tegye nyilvánossá személyi adatait. Ebben az esetben a tanú egy “hamis” személyazonosságot kap és hamis személyi adatait fogja majd közzé tenni a kihallgatás alkalmával.” A 86¹. § (2) bekezdése értelmében “az említett tanúvédelmi intézkedés elrendelését az ügyész hagyja jóvá a nyomozati szakban, míg a tárgyalás során erről a bírósági tanács elnöke dönt az ügyész, a tanú vagy más erre jogosult személy indítványára.”

A szóban forgó rendelkezések a fedett nyomozók és szakértők kihallgatása esetén is alkalmazhatóak (Be. 86¹. § (7) és (8) bekezdés), következésképpen ezen személyek „tanúnak” az érintett rendelkezések értelmezésekor. A Be. 86¹. § (3), (4) és (5) bekezdése szerint „A tanú valós személyi adatait egy jegyzőkönyvben rögzítik, amelyet a nyomozást

végző ügyészség vagy az illetékes bíróság székhelyén, egy különleges helyen, zárt borítékban és maximális biztonsági körülmények között őriznek. A jegyzőkönyvet a védelmet indítványozó személy és a védelmi intézkedést elrendelő hatóság írja alá. A tanú valós adatait rögzítő dokumentum csak szigorú adatvédelmi feltételek mellett ismertethető az ügyésszel, illetve a bírósággal. A tanú valós adatait rögzítő dokumentum nem csatolható az ügy irataihoz mindaddig, amíg az ügyész vagy a bíró végzés útján meg nem állapítja a tanút vagy más személyt fenyegető veszély megszűntét”.

A Be. rendelkezéseinek értelmében a következő feltételeknek kell teljesülni ahhoz, hogy egy adott tanú esetében a személyi adatok zárt kezelését elrendelhessek:

- Egy ú. n. „veszélyhelyzet” megléte, amely a tanú vagy más személyek életét, testi épségét vagy szabadságát fenyegeti. Ahogyan már említettem, a Be. rendelkezéseinek fényében a „tanú” fogalma nemcsak a *stricto sensu* értelemben vett tanút foglalja magába, hanem a fedett nyomozót és a szakértőt is. A „más személyek” kifejezés a tanú családtagjaira és a tanúhoz közel álló személyekre vonatkozik.
- A „veszélyhelyzet” meglétét bizonyítékoknak vagy adatoknak kell alátámasztaniuk. Ez egy igen fontos feltétel, mivel kizárja azt a lehetőséget, miszerint a „veszélyhelyzet” meglétét általános bűnösségi vélelem alapján feltételezzék, hiszen ez összeférhetetlen lenne az Európai Emberi Jogi Egyezmény 6. és 2. cikkében, valamint a Be. 5². §-ában garantált ártatlansági vélelemmel^[21].
- A gyanúsított ellen megindították a büntetőeljárást. Amint már említettem, a szóban forgó feltétel képezi az egyik legfontosabb különbséget a Tanúvédelemről szóló törvény és a Be. alkalmazási hatásköre között.
- A tanú kihallgatása szükséges legyen az ügyre vonatkozó körülmények bizonyításához. Ez a feltétel is eltér a 2002. évi 682-es számú törvény rendelkezéseitől, miszerint a tanú vallomásának döntő szereppel kell bírnia az ügy megítéléséhez.
- Tanúvédelmi kérelem benyújtása, amely csak a törvény által erre felhatalmazott személyektől származhat. A kérelmet az ügyész, a tanú vagy „más, erre jogosult személy” terjesztheti elő (Be. 86¹. § (2) bekezdés). Utóbbi kifejezés a tanú családtagjaira és a tanúhoz közel álló személyekre vonatkozik.
-

4.2. A személyi adatok zárt kezelésének elrendelésére vonatkozó eljárás

A Be. 86¹. § (2) bekezdésének értelmében a tanúvédelmi intézkedés elrendelése a nyomozati szakban az ügyész, a tárgyalás során pedig a bíró hatáskörébe tartozik. Meg kell állapítani, hogy a román törvényhozó elmulasztotta megnevezni a védelmi intézkedés elrendelését megszentelő jogügylet minőségét. Ennek ellenére, ha szem előtt tartjuk a jogügyletek szimmetriájának elvét, és azt a tényt, miszerint a „veszélyhelyzet” megszűnését az ügyész vagy a bíró végzésben állapítja meg (Be. 86¹. § (5) bekezdés), arra a következtetésre juthatunk, hogy a személyi adatok zártan kezelését – amely elrendelésének alapjául a „veszélyhelyzet” fennállása szolgál – szintén végzés útján kell elrendelni.

Ki kell jelenteni, hogy a tanú személyi adatainak zárt kezelését szabályozó eljárási rendelkezések bizalmi jellegét tekintve megfelelő minőségű garanciákkal rendelkeznek a személyi adatok védelmének biztosítását illetően^[22]. Ezen állításomat azzal támasztom alá,

miszerint az elemzett rendelkezések értelmében csak a védelmet elrendelő ügyésznek vagy bírónak van hozzáférhetőségi lehetősége a tanú valós személyi adataihoz, sőt mi több, ezen adatokat az ügyészség vagy bíróság épületében, zárt borítékban és maximális biztonsági körülmények között őrzik. Másodsorban pedig a tanú valós személyi adatai csak az ügyésszel vagy a bírósági tanács tagjaival ismertethetőek, szigorú adatvédelmi feltételek mellett.

Ily módon teljesülnek az EJEB elvárásai is, miszerint a bíróságnak ismernie kell a tanú valós személyazonosságát, illetve a bíróságnak lehetőséget kell adni, hogy ellenőrizhesse a tanúvédelmi intézkedés elrendelésének szükségességét^[23]. A tanú személyi adatainak zárt kezelése komoly problémákat vet fel a fegyverek egyenlősége elvének garantálásával összefüggésben, mivel a Be. 86¹. § (5) bekezdésének értelmében „a tanú valós személyi adatait rögzítő dokumentum nem csatolható az ügy iratesomójához mindaddig, amíg az ügyész vagy a bíró végzés útján meg nem állapítja a tanút vagy más személyt fenyegető veszély megszűnését”. Ezen rendelkezés elégtelennek bizonyulhat a vád és a védelem közötti érdekegyensúly megteremtésében, mivel a vádlottnak az eljárás egyik szakában sincs hozzáférhetőségi lehetősége a tanú valós személyi adataihoz, amelyek adott esetben elengedhetetlennek bizonyulhatnak a tanúvallomás hitelességének vizsgálatához, ugyanakkor a vádlottnak a védelmi intézkedés szükségességének megcáfolására sincs lehetősége, mivel csak a bírósági tanács tagjai és az ügyész férhetnek hozzá a tanú személyes adatainak zárt kezelését elrendelő végzéshez^[24].

Emellett érdemes megvizsgálni az USA Legfelsőbb Bíróságának (U.S. Supreme Court) joggyakorlatát a tanúk személyi adatainak zárt kezelését illetően. Az USA Alkotmányának Hatodik Kiegészítése (Sixth Amendment) egy „szembesítési záradék” (confrontation clause) alapjait fekteti le, amikor kimondja, hogy a büntetőperben minden vádlottnak joga van ahhoz, hogy a vád tanúival szembesítsék^[25]. Amint a szakirodalomban is hangsúlyozták^[26], ezen rendelkezés célja az volt, hogy elkerüljék, hogy a vádlottat olyan eskü alatt tett nyilatkozatok vagy vallomások alapján ítéljék el, amelyeket a tanú a vádlott távollétében szolgáltatott (*ex parte* affidavit), és ezáltal a védelemnek nem volt joga a vallomás hitelességének megcáfolására. Mivel a vádlott szembesítéshez való joga alkotmányos alapokon fekszik^[27], és a tanúk vagy sértettek érdekeit nem illeti meg a vádlotthez hasonló alkotmányos védelem, a tanúk védelmének érdekében foganatosított intézkedések elsősorban az eljárás tárgyalás előtti vagy utáni szakára koncentrálnak^[28].

A bírósági eljárást megelőző szakban a védelem két esetben kérelmezheti a tanú valós személyi adatainak közzétételét: a „pre-trial discovery” és a „preliminary hearing” alkalmával. A „discovery right” által garantált jog eleinte egy korlátolt lehetőséget hivatott biztosítani a védelem számára annak érdekében, hogy tudomást szerezhessen a nyomozás anyagáról és a vád által begyűjtött bizonyítékokról anélkül, hogy a vádlottnak jogában állt volna kérelmezni a tanúk személyi adatainak közzétételét. A modern amerikai büntetőeljárásban azonban a vádlottnak joga van tudomást szerezeni a tanúk személyi adatairól és előzőleg tett vallomásairól^[29]. Egyes államokban ez a jog annyira széles körű, hogy a nyomozó hatóságok kötelesek közölni a védelemmel minden olyan személy nevét, akinek tudomása van az ügy valamely részletéről, függetlenül attól, hogy az említett személy vallomást fog-e tenni a bírósági tárgyaláson.

Más államokban csak azon tanúk személyi adatainak közzététele kötelező, akik vallomást fognak tenni a bíróságon, és vallomást tettek a „preliminary hearing” vagy „Grand

Jury proceeding” alkalmával. Ezekben az államokban a törvényhozó úgy döntött, hogy megengedett a vádlott „discovery right” által garantált jogának korlátozása tanúvédelmi célból, azonban ennek érdekében a nyomozó hatóságoknak be kell bizonyítaniuk, hogy a személyi adatok közzététele veszélyeztetheti a tanú személyi biztonságát. Ha az ügyésznek sikerül ezt bebizonyítani egy ún. “*in camera showing*” alkalmával, akkor a bíróság elrendelheti a tanú személyi adatainak zárt kezelését^[30].

A „preliminary hearing” alkalmával a vádlott kérelmezheti annak megállapítását, hogy a nyomozati szakban ellene szolgáltatott bizonyítékok mennyire megalapozottak, és elegendőnek bizonyulnak-e a bírósági tárgyalás megkezdéséhez^[31]. Az „Grand Jury inquiry”-vel^[32] ellentétben, a „preliminary hearing” során a védőügyvéd jelenléte megengedett, így a védelemnek lehetősége nyílik keresztkérdéseket intézni a vád tanúihoz (right to cross-examination). Ennek ellenére bizonyos államokban (pl. Kalifornia) elfogadott, hogy a „preliminary hearing” során a nyomozó hatóság képviselője tegyen vallomást a tanú helyett arról, ami a nyomozás során készített tanúkihallgatási jegyzőkönyvben szerepel. Az ily módon szolgáltatott vallomás csak akkor használható fel bizonyítékként és következképpen nem kerül a „hearsay rule” cenzúrája alá, ha a tanú hajlandó megjelenni a tárgyaláson, és időközben nem változtatja meg előzőleg tett vallomását^[33]. Tehát a fenti feltételek teljesítése mellett megengedett, hogy a tanú személyazonossága egészen a bírósági tárgyalásig titokban maradjon a tanú testi épségének és szabadságának biztosítása céljából.

A bírósági tárgyalás során, az ezt megelőző szakasszal ellentétben, a vádlottat az Alkotmány Hatodik Kiegészítése hatalmazza fel a vád tanúival történő szembesítésre és a tanúk közvetlen kérdezésére^[34]. Az esküdtszék alkalmazása szükségessé teszi a tanú bíróság előtt történő személyes megjelenését, mivel az esküdtek csak úgy alkothatnak hiteles képet a vallomás értékeléséhez, ha megfigyelik a tanú viselkedését a kihallgatás során. A „keresztkérdéshez való jog” (right to cross-examination) a „szembesítési záradék” által garantált legfőbb jog^[35], amelyet az anonim tanúk vallomásainak bizonyítékként való felhasználása szinte minden esetben megsért. Ezzel magyarázható az a tény, hogy az USA Legfelsőbb Bírósága meglehetősen vonakodik attól, hogy a bírósági tárgyalás során a tanú anonimitásának legkisebb formáját is engedélyezze^[36].

Első alkalommal az *Alford v. United States*^[37] ügyben körvonalazta álláspontját a tanúk részleges anonimitását illetően. Ebben az ügyben a védelemnek nem állt módjában megkérdezni a tanút jelenlegi tartózkodási helyét. A Legfelsőbb Bíróság megállapította, hogy ezen jog gyakorlása elengedhetetlen lett volna a vallomás hitelességének vizsgálatához. A „keresztkérdéshez való jog” tényleges gyakorlása feltételezi azt is, hogy a védelem megismerhesse a tanú valós tartózkodási helyét. Mindezek ellenére a Legfelsőbb Bíróság nem zárta ki teljesen a részleges anonimitás alkalmazásának lehetőségét, és kijelentette, hogy a bíróságok kötelesek megóvni a tanút mindazon kérdésektől, amelyek túllépik a keresztkérdés céljának határait, és amelyek egyértelműen a tanú zaklatása, bosszantása vagy megalázása céljából hangzanak el. Több mint három évtizeddel később a *Smith v. Illinois*^[38] ügy során – amelynél a bíróság nem engedélyezte a vádlottnak, hogy megismerhesse a tanú valós nevét – az USA Legfelsőbb Bírósága megerősítette az *Alford*-ügyben elhangzottakat: „ha egy tanúvallomás hitelességéről van szó... a tanú valós lakcímének és nevének ismerete számtalan utat nyithat a tárgyalás folyamán a vallomás

hitelességének vizsgálatában...”. A Davis v. Alaszka^[39] ügyben a bíróság ismételt megerősítette a korábbi gyakorlatot, és megállapította, hogy az alaszakai törvény, miszerint a vádlottnak nem áll jogában megkérdezni a tanút fiataalkori elítéléseit illetően, egyértelműen sérti a vádlott kérdezési jogát, mivel ezen adat ismerete elengedhetetlen lett volna az ügyben a tanú szavahihetőségének megállapításához.

Fontos leszögezni, hogy az említett ügyek egyikében sem volt arra utalás, hogy a hatóságok a tanú személyi adatainak zárt kezelését azért rendelték volna el, mivel ezek felfedése veszélyeztethette volna a tanú személyének biztonságát. Az alacsonyabb szövetségi bíróságok hajlamosabbak részletesen mérlegelni a tanú személyi adatainak zárt kezelése és a védelem kérdezési jogának biztosítása közötti érdekegyensúlyt. A United States v. Palermo^[40] ügyben a bíróság kijelentette, hogy a védelmet nem illeti meg korlátlan jog a tanúk nevének és lakcímének felfedéséhez. Ha a vád képviselői megfelelő bizonyítékokkal állnak elő, amelyek alátámasztják azt a feltételezést, miszerint a tanú valós személyi adatainak felfedése *aktuális* veszélynek teheti ki a tanú személyét, a bíróság elrendelheti a személyi adatok zárt kezelését. A bíróság egy „*in camera* showing” után dönt az anonimitás elrendeléséről, és a bírói szakban a nyomozó hatóságok kötelesek felfedni a bírónak a tanú valós személyi adatait^[41].

V. A 2006. évi 356-os számú törvény tanúvédelemre vonatkozó rendelkezései

A 2006. évi 356-os számú törvény^[42] egy új cikkel egészíti ki a Be. III. Cím II. Fejezetének II. Alfejezetét, amely a sértett és a magánfél kihallgatásának szabályait tárgyalja. A 77¹. § a román büntetőeljárásba olyan rendelkezéseket vezet be, amelyek először teszik lehetővé a sértett és a magánfél különleges technikai eszközök útján történő kihallgatását. Annak ellenére, hogy a Román Be. rendelkezései különbséget tesznek a tanú és a sértett/magánfél kihallgatásának szabályai között, az EJEB joggyakorlata a „tanú” fogalmának egy *lato sensu* értelmezést kölcsönzött, amelynek értelmében a sértett és a magánfél is tanúnak bizonyul^[43]. Éppen ezért döntött úgy a román törvényhozó, hogy szükséges egy olyan új intézmény bevezetése, amely követi az EJEB joggyakorlatának fejlődését, és amely védelmet tud biztosítani azon „különösen érzékeny” tanúknak, akiknek túlnyomó részét az ügyben sértettként kihallgatott személyek képezik. Tehát a szóban forgó rendelkezések bevezetése igen komoly lépés volt a romániai tanúvédelem területén.

A Be. 77¹. §-a a tanúk különleges kihallgatási formáit szabályozó 86². § rendelkezéseinek alapján épül fel, és egyetlen előírás kivételével teljesen megegyezik 86². § tartalmával. Következésképpen a 77¹. § (1) és (2) bekezdése pontosan azokat a problémákat veti fel, amelyeket a 86². § (1) és (2) bekezdéseinek elemzésekor bemutattam, azaz, mivel a sértett/magánfél kihallgatása közvetítőn keresztül valósul meg, a védelemnek nincs lehetősége közvetlen módon kérdéseket intézni a kihallgatott személyhez, és ezáltal nem tudja ellenőrizni a vallomás hitelességét. A Be. 77¹. §-a egyetlen olyan rendelkezést tartalmaz, amely eltér a 86². § tartalmától. A 77¹. § (1) bekezdése kijelenti, hogy ha az ügyben szolgáltatott nyilatkozat a sértett/magánfél, illetve ezek hozzátartozóinak életét, testi épségét vagy személyi szabadságát veszélyeztetheti, a hatóságok elrendelhetik, hogy az említett személyek kihallgatása különleges kihallgatási formában történjen.

Tehát megfigyelhető, hogy a 86². § (1) bekezdésével ellentétben, amely 86¹. § (1) bekezdésében felsorolt feltételekre utal, a 77¹. § rendelkezései nem követelik meg, hogy a „veszélyhelyzet” meglétét bizonyítékok vagy adatok támasszák alá. Ebből azt a következtetést vonhatjuk le, hogy a sértett/magánfél esetében a törvény feltételezi, hogy az ügyben szolgáltatott nyilatkozat veszélynek teheti ki az említett személyeket.^[44] Ugyanakkor nem tartom helyesnek, hogy 77¹. § (1) bekezdése a sértett/magánfél életére, testi épségére vagy személyi szabadságára korlátozza azokat az értékeket, amelyeknek veszélyeztetése esetén elrendelhetőek a védelmi intézkedések. Mint köztudott, a sértett esetében a védelmi intézkedések elrendelése elsősorban a vádlottal történő fizikai szembesítés elkerülését hivatott megakadályozni, amely lelki traumák forrásává válhat, és semmilyen veszéllyel nem fenyegeti a sértett testi épségét^[45].

A 2006. évi 356-os számú törvény jelentős módosításokat hozott a tanúk különleges kihallgatási formáira vonatkozóan is. Ezen módosítások röviden a következők:

- a szóban forgó törvény eltörölte a Be. 86². § (1) bekezdéséből azt a követelményt, miszerint a kihallgatást végző hatóság megfelelő technikai eszközökkel kell, hogy rendelkezzen a különleges tanúkihallgatási forma alkalmazásának elrendeléséhez;
- a Be. 86². § (2) bekezdésében szabályozott és előzőleg az ügyész által ellátott közvetítői szerepkört átruházták a „bizonyítási biztosra”;
- a törvény egy új bekezdéssel egészítette ki a Be. 86². §-át, pontosabban a (3¹) számú bekezdéssel, amely előírja, hogy “a Be. 86². § (1)-(3) bekezdéseinek értelmében zajló kihallgatás során a felek és ezek ügyvédjei közvetlen módon intézhetnek kérdéseket a tanúhoz. A bírósági tanács elnöke elutasítja azon kérdéseket, amelyek nem az ügy döntő körülményeire vonatkoznak, vagy amelyek a tanú személyazonosságának felfedéséhez vezethetnek”.

^[1] P. Buneci, *Protecția martorilor*, Revista de Drept Penal, nr. 2/2003, 85. o.

^[2] J. B. Stokes, *Maryland v. Craig and the confrontation clause: When does „confront” mean confront?*, American Journal of Trial Advocacy, 1990, vol. 14, 363. o.

^[3] A. Ț. Jănică, C. R. Romitan, A. Costache, *Protecția martorilor*, Ed. Moroșan, 2003, București, 59. o.

^[4] N. V. Demleitner, *Witness protection in criminal cases: anonymity, disguise or other options?*, American Journal of Comparative Law Supplement, 1998, vol. 46, 644. o.

^[5] J. B. Stokes, i.m., 364. o.

^[6] N. V. Demleitner, i.m., 644. o.

^[7] G. Theodoru, *Tratat de drept procesual penal*, Ediția a II-a, Ed. Hamangiu, 2008, București, 390. o.

^[8] A tanúvédelemről szóló 2002. évi 682-es számú törvény, Románia Hivatalos Közlönye, 2002/964. szám.

^[9] A Büntetőeljárás törvénykönyv módosításáról és kiegészítéséről szóló 2003. évi 281-es számú törvény, Románia Hivatalos Közlönye, 2003/468. szám.

^[10] Herke Cs., *A tanúvédelem külföldi modelljei*. Mészáros Bence (szerk.): A tanú védelmének elméleti és gyakorlati kérdései. PTE ÁJK, Pécs, 2009. 91-96. o.

^[11] Gh. Mateuț, *Protecția martorilor. Utilizarea martorilor anonimi în fața organelor procesului penal*, Ed. Lumina Lex, 2003, București, 12. o.

- [12] A Be. 82. §-a szerint a sértett csak akkor hallgatható ki tanúként, ha nem vesz részt a büntetőperben magán- vagy sértett minőségben.
- [13] V. Pătulea, *Sinteză teoretică și de practică judiciară a C.E.D.O. în legătură cu art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, Revista Dreptul nr. 10/2007, 244. o., R. Chiriță, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Comentariu și explicații, Ediția a II-a*, Ed. C.H. Beck, 2008, București, 374. o.
- [14] Ld. EJEB, *Lucá v. Olaszország*, 33354/96, (2001. február 27.), in: R. Chiriță, *Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Culegere 1950-2001*, Ed. C.H. Beck, 2008, București, 163-164. o., C. Bârsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Vol. 2., Drepturi și libertăți*, Ed. All Beck, 2005, 562. o., Human Rights Case Digest, January 2001, vol. 12, Martinus Nijhoff Publishers, Brill, Leiden, 99. o.
- [15] 2002. évi 682-es számú törvény 2. § a/2 pont
- [16] N. Săndulescu, *Considerente de ordin teoretic și practic în implementarea regulamentului de aplicare a legii nr. 682/2002 privind protecția martorilor aprobat prin Hot. Guv. Nr. 760/2004*, Revista Dreptul nr. 12/2004, 224. o.
- [17] L. Țândăreanu, *Protecția martorilor în dreptul comunitar și în legislația altor state*, Revista Dreptul nr. 11/2007, 212. o.
- [18] 2002. évi 682-es számú törvény, 12. § (2) bekezdés c) pont
- [19] Gh. Mateuț, *Codul de procedură penală, partea generală într-o perspectivă Europeană*, Revista de Drept Penal nr. 1/2004, 68. o.
- [20] Franciaországban például nagyon szigorú feltételek mellett használhatók fel az anonim tanúvallomások. A Francia Be. 706-58. §-a megkövetelte, hogy a bűncselekményre a Büntető törvénykönyv legkevesebb 5 év börtönbüntetést írjon elő. Utólag ezt a magas alsó határt lecsökkentették 3 évre. Ld. E. A. Mihuț, D. Moca, *Ascultarea martorului protejat. Protecția datelor de identitate a acestuia*, Revista Dreptul nr. 6/2006, 191. o.
- [21] Gh. Mateuț, *Protecția martorilor. Utilizarea martorilor anonimi în fața organelor procesului penal*, Ed. Lumina Lex, 2003, București, 178. o.
- [22] Németországban a tanú személyi adatainak zárt kezelése esetén az eljárás bizalmi jellegét általános tanúvédelmi elv szintjére emelték. Az 1998. április 30-i törvény kijelenti, hogy a személyi adatok zárt kezelése az egyik leghatásosabb módszer a tanú személyének és jószágainak védelmére. A nyomozás folyamán, ha egy tanúnak az igazságszolgáltatási szervek (a tanú védelmének céljából) megígérik, hogy a tőle származó információkat bizalmasan fogják kezelni, az így szerzett információkat a hatóságok csak a nyomozás folytatásához használhatják fel. Következésképpen az információk nem szerepelhetnek az ügy iratai között, nem közölhetőek a felekkel, és nem lehet rájuk hivatkozni a tárgyalás során. Más szóval: nem bizonyíték értékűek. A személyi adatok zárt kezelése csak akkor engedélyezhető, ha a hatóságoknak feltétlenül szükségük van az így szolgáltatott információkra az ügy részleteinek tisztázásához és ha az ügy „súlyos bűncselekmény” miatt indult. Ld. Gh. Mateuț, *Protecția martorilor. Utilizarea martorilor anonimi în fața organelor procesului penal*, Ed. Lumina Lex, 2003, București, 161-162. o.
- [23] Ld. EJEB, *Visser v. Hollandia*, 26668/95, (2002. február 14.), in: C. R. Popescu, *Drepturile de procedură în jurisprudența C.E.D.O.*, Ed. All Beck, 2003, București, 252. o., Human Rights Case Digest, January 2002, vol. 13, Martinus Nijhoff Publishers, Brill, Leiden, 67. o., EJEB, *Bocos-Cuesta v. Hollandia*, 54789/00, (2005. november 10.), in: O. Predescu, M. Udroi, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului și dreptul procesual român*, Ed. C.H. Beck, 2007, București, 451. o., Human Rights Case Digest, Nov.–Dec. 2005, vol. 16, Martinus Nijhoff Publishers, Brill, Leiden, 278. o.
- [24] Fontosnak tartom megemlíteni, hogy az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának R (97) 13-as számú Ajánlása előírja, hogy ha a tanú anonimitását az illetékes hatóság engedélyezte, a büntetőeljárás rendelkezéseknek megfelelő lehetőséget kell biztosítani a vádlott számára, hogy megcáfolhassa a tanúvédelmi intézkedés elrendelésének szükségességét, és a tanúvallomás hitelességét. Ld. L. Țândăreanu, *Protecția martorilor în dreptul comunitar și în legislația altor state*, Revista Dreptul nr. 11/2007, 205. o.

Ugyanakkor nem szabad figyelmen kívül hagyni az EJEJ joggyakorlatát sem, hiszen a Strasbourg-i Bíróság számos határozatban megállapította, hogy az Egyezményt sérti, ha a tanú védelmének szükségességét semmilyen konkrét bizonyíték sem támasztotta alá. Ld. EJEJ, *Visser v. Hollandia*, 26668/95, (2002. február 14.), in: C. R. Popescu, i. m., 252. o., EJEJ, *Bocos-Cuesta v. Hollandia*, 54789/00, (2005. november 10.), in: O. Predescu, M. Udroi, i. m., 451. o., EJEJ, *Van Mechelen és társai v. Hollandia*, 21363/93, 21364/93, 21427/93, (1997. április 23.), in: O. Predescu, M. Udroi, i. m., 459. o., EJEJ, *Krasniki v. Cseh Köztársaság*, 51277/99, (2006. február 28.), in: O. Predescu, M. Udroi, i. m., 457. o., Human Rights Case Digest, Jan.–Feb. 2006, vol. 16, Martinus Nijhoff Publishers, Brill, Leiden, 602. o., EJEJ, *P.S. v. Németország*, 33900/96, (2001. december 20.), in: C. R. Popescu, i. m., 248. o., Human Rights Case Digest, Nov. 2001, vol. 12, Martinus Nijhoff Publishers, Brill, Leiden, 954. o.

Végül, de nem utolsó sorban, érdemes utalni a 2001. november 15-i francia törvényre, amely az anonim tanúvallomásokot szabályozza, és amelynek értelmében a tanú személyi adatainak zárt kezelése nem alkalmazható, „ha a tanú valós személyazonosságának ismerete elengedhetetlennek bizonyul a védelem jogainak gyakorlásához”. Ebben az esetben a tanú kihallgatása egy zártcélú távközlő hálózat útján történik, amely alkalmazása lehetővé teszi a tanú viselkedésének megfigyelését a kihallgatás folyamán, ugyanakkor a védő kérdéseket intézhet a tanúhoz, aki torzított hanggal fog válaszolni ezekre a kérdésekre. Ld. Gh. Mateuț, *Protecția martorilor. Utilizarea martorilor anonimi în fața organelor procesului penal*, Ed. Lumina Lex, 2003, București, 197. o.

[25] Az angol nyelvű szöveg így hangzik: „in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to be confronted with the witnesses against him ...”.

[26] Danielle Dupré, *Crawford v. Washington: reclaiming the original meaning of the confrontation clause*, Touro Law Review, vol. 21, 2005, 234. o.

[27] A „szembesítési záradék” alkotmányos jellegéből kifolyólag eleinte csak a szövetségi ügyek során volt alkalmazható, azonban a *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965) ügy alkalmával a Legfelsőbb Bíróság beillesztette a záradékot az Alkotmány Tizennegyedik Kiegészítése által garantált „tisztességes tárgyaláshoz való jog” záradékába (due process clause), ezáltal a „szembesítési záradék” a tagállamok bíróságai számára is kötelező erejűvé vált. Ld. S. A. Saltzburg, D. J. Capra, *American criminal procedure. Cases and comentary*, Fourth Edition, Ed. West Publishing Company, 1992, St. Paul, Minnesota, 997. o., J. C. Latimer, *Confrontation after Crawford: the decision's impact on hearsay is analyzed under the confrontation clause*, Seton Hall Law Review, vol. 35, 2006, 332. o.

[28] N. V. Demleitner, i. m., 643. o.

[29] Gh. Mateuț, *Protecția martorilor. Utilizarea martorilor anonimi în fața organelor procesului penal*, Ed. Lumina Lex, 2003, București, 163-164. o.

[30] N. V. Demleitner, i. m., 647. o.

[31] Gh. Mateuț, *Protecția martorilor. Utilizarea martorilor anonimi în fața organelor procesului penal*, Ed. Lumina Lex, 2003, București, 164. o.

[32] Ez egy olyan zárt tárgyalás, amely a vád és a védelem képviselőinek távollétében zajlik, és amely alapján véve a bizonyítékok bemutatására összpontosul. Ld. N. V. Demleitner, i. m., 648. o.

[33] N. V. Demleitner, i. m., 648. o.

[34] D. Cho, *Evidence: the confrontation clause*, Annual Survey of American Law, 1987, 829. o.

[35] Ld. *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965), in: M. Zalmon, L. Siegel, *Criminal procedure. Constitution and society*, Ed. West Publishing Company, 1991, St. Paul, Minnesota, 655-656. o.

[36] N. V. Demleitner, i. m., 649. o.

[37] *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931), in: N. V. Demleitner, i. m., 650. o.

[38] *Smith v. Illinois*, 390 U.S. 129 (1968), in: P. J. White, *Rescuing the confrontation clause*, South Carolina Law Review, vol. 54, 2003, 564. o.

[39] *Davis v. Alaszka*, 415 U.S. 308 (1974), in: P. J. White, i. m., 582. o.

[40] *United States v. Palermo*, 410 F.2d 468 (7th Cir. 1969), in: N. V. Demleitner, i. m., 651. o.

[41] N. V. Demleitner, i. m., 652. o.

[42] A Büntetőeljárás törvénykönyv módosításáról szóló 2006. évi 356-os számú törvény, Románia Hivatalos Közlönye, 2006/667 szám.

[43] Ld. EJEB, *S.N. v. Svédország*, 34209/96, (2002. július 2.), in: C. Bârsan, i. m., 566. o., EJEB, *Mayali v. Franciaország*, 69116/01, (2005. június 14.), in: O. Predescu, M. Udroi, i.m., 450. o., EJEB, *Delta v. Franciaország*, 11444/85, (1990. december 19.), A191-A, in: V. Berger, i.m., 371-372. o., EJEB, *Bricmont v. Belgium*, 10857/84, (1989. július 7.), A158, in: A. Grád, *A Strasbourgi emberi jogi bírászkodás kézikönyve*, a Strasbourgi Bt. kiadása, Budapest, 2005, 341-342. o., C. Bârsan, i. m., 563. o.

[44] Gh. Mateuț, *Modificări aduse părții generale a Codului de procedură penală prin Legea nr. 356/2006 și O.U.G 60/2006*, Caiete de Drept Penal nr. 3/2006, 120. o. Amint már megjegyeztem, az USA Legfelsőbb Bírósága a *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988) ügyben megállapította, hogy nem kizárt az a lehetőség sem, miszerint jelentős közérdek (public policy), mint például egy kiskorú sértett védelme, képes lehet megfelelő módon ellensúlyozni a vádlott tanúval való fizikai szembesítéshez való jogának korlátozását, azonban ehhez elengedhetetlen, hogy a nyomozó hatóságok bizonyítékokkal támasszák alá a vádlott alkotmányos jogait csorbító intézkedések szükségességét (showing of necessity).

[45] Fontosnak tartom megjegyezni, hogy komoly előrehaladást jelentenek ezen a téren az új Be. rendelkezései, amelyek bevezetik a „különösen érzékeny” tanú fogalmát. A 130. § (1) bekezdésének a) pontja értelmében „különösen érzékeny” tanúvá nyilvánítható az a „tanú”, aki traumák áldozatává vált a bűncselekmény elkövetése vagy a vádlott utólagos viselkedése miatt. Ebben a szöveggörnyezetben a „trauma” kifejezés egyértelműen lelki traumákra vonatkozik, míg a „tanú” fogalma nem csak a *stricto sensu* értelemben vett tanúkat foglalja magába, hanem a sértett felet vagy a magánfelet is. Ezt erősítik meg a 113. § rendelkezései is, amelyek értelmében a „különösen érzékeny” vagy „fenyegetett” tanúkra vonatkozóan elrendelhető védelmi intézkedések a sértett/magánfél esetében is alkalmazhatóak, ha ezen utóbbi személyeket illetően is teljesülnek a törvényben előírt feltételek. Következésképpen a sértett/magánfél esetében az illetékes hatóságok a „különösen érzékeny” tanúkra vonatkozó intézkedéseket rendelik el, ha a szóban forgó személyeket lelki trauma veszélye fenyegeti, míg ha a veszély az említettek testi épségére vonatkozik, a „fenyegetett” tanúk esetében alkalmazandó intézkedések elrendelése indokolt.

Király Andrea
Számos feltétel, meghatározó lendület:
európai uniós ügyek a szerb Népképviselőházban

*„Az EU bővítési politikája kiváló példája annak, hogyan fordíthatjuk át az
előttünk álló
komoly kihívásokat a biztonságosabb és virágzó Európa megteremtésére
irányuló
lehetőséggé.” (Štefan Füle)*

Bevezetés, a tanulmány célja

A tanulmányt bevezető idézet az Európai Unió és a csatlakozni igyekező állam szemszögéből is azonos jelentéssel társul, a bővítési folyamat során mindkét oldal kihívásoknak és bizonyos fokú bizonytalanságnak néz elébe – az Európai Unió felől kétségekre adhat okot, vajon a tagságot elnyerni szándékozó állam rendelkezik-e az elvárt és feltételként meghatározott jogi, politikai, gazdasági, társadalmi felkészültséggel annak garanciájára, hogy nem hátráltatja az Európai Unió működését és lendületét; a csatlakozásra váró állam nézőpontja is hasonló: vajon a több éves fáradtságos munka eredményes lesz-e (azaz elnyeri-e a tagságot a kitűzött céldátumon), majd tud-e a tagságból fakadó előnyökkel és jogokkal élni, teljesíteni tudja-e a tagságból eredő kötelezettségeket – ugyanakkor a két fél hatékony együttműködése, a sikeres tárgyalássorozat eredményes együttműködéshez, a pozícióik megerősítéséhez vezet. A Nyugat-Balkán integrációjának előrehaladása azokat a véleményeket cáfolja, melyek szerint az Európai Unió belefáradt az utóbbi két, 2004. évi és 2007. évi kibővülésbe. A Lisszaboni Szerződés eltávolította az intézményi akadályokat, és lehetővé tette az összes külpolitikai eszköz együttes végrehajtását. Az Európai Bizottság 2010. évi bővítési csomagja is azt bizonyítja, az Európai Unió készen áll újabb államok befogadására: a Horvátországgal folytatott tárgyalások végső szakaszba jutottak,^[1] a Törökországgal folyó tárgyalások pedig – habár lassú ütemben – de előrehaladnak. Megkezdődtek a csatlakozási tárgyalások Izlanddal, továbbá a Bizottság előterjesztette Albánia és Montenegró tagsági kérelmére vonatkozó véleményeit. A Bizottság megismételte azt a 2009. évi ajánlását, hogy kezdjék meg a csatlakozási tárgyalásokat Macedónia Volt Jugoszláv Köztársasággal, továbbá megerősítette Bosznia-Hercegovina és Koszovó európai perspektíváját. 2010. október 25-én, az Európai Unió Tanácsa (Általános Ügyek Tanácsa) felkérésére pedig megkezdte Szerbia EU-tagság iránti kérelmének^[2] feldolgozását, melynek következő lépéseként november 24-én egy 2.483

kérdésből álló kérdőívet továbbított Belgrádnak, valamint a 2010. évi országjelentésben foglalt hiányosságok, az úgynevezett tíz pontból álló lista minőségi javítását és végrehajtását várja egy esetleges, a jövő év második felében megfogalmazandó pozitív vélemény, illetve a csatlakozási tárgyalások megkezdésének feltételeként. A szerb kormány abban a szerencsés helyzetben is tudhatja magát, hogy túl van egy kérdőív kitöltési „főpróbán”, ugyanis megtörtént a Horvátországhoz és Montenegróhoz eljuttatott kérdőívek áttanulmányozása, több lehetséges kérdésre (gyakorlatilag a kérdőív 85-90 százalékában) már előre készen áll a válasszal. A kormány továbbá egy, az Európai Bizottság országjelentését szem előtt tartó akciótervet is elfogadott a 2011. évre vonatkozóan, továbbá tervei között szerepel, hogy 2012. végéig sikerül végrehajtani a közösségi és a nemzeti jogrendszer összehangolását. Ehhez az óriási munkához elengedhetetlen egy jól működő partneri viszony megléte és megerősítése a parlamenttel, a szerb Népképviselőházzal (Narodna Skupština, a továbbiakban: képviselőház) is, valamint hasonló fontossággal bír a vajdasági végrehajtó és törvényhozó hatalommal történő együttműködés is. E tanulmány célja, hogy bemutassa, elsősorban a 2008-2012-es parlamenti időszakban^[3] hogyan és milyen hatékonysággal szerepelnek európai uniós ügyek a képviselőház, különös tekintettel az Európai Integrációs Bizottság tevékenységében valamint milyen nemzetközi kapcsolatokat ápol, végül az Európai Bizottság kritikáit is figyelembe véve a jövőbeni teendők és kontroll lehetőségek következnek.

A parlament és a kormány együttműködése

A Szerb Köztársaság egykamarás képviselőházának 250, közvetlenül, titkos szavazással megválasztott képviselője van. A törvényhozó és a végrehajtó hatalom viszonyát négy jogszabály rendezi: az alkotmány^[4], a kormányról szóló törvény, a képviselőházzal szóló törvény, valamint a parlament házszabálya. Az alaptörvény 99. cikkelye értelmében a képviselőház a következő hatáskörben látja el tevékenységét:

1. meghozza és módosítja az alkotmányt,
2. dönt a Szerb Köztársaság határainak módosításáról,
3. köztársasági referendumot ír ki,
4. megerősíti a nemzetközi szerződéseket, amikor megerősítésükre törvény kötelez,
5. dönt a háborúról és a békéről valamint kihirdeti a háborús vagy rendkívüli állapotot,
6. felügyeli a biztonsági szolgálatok munkáját,
7. meghozza a Szerb Köztársaság hatáskörébe tartozó törvényeket és egyéb általános aktusokat,
8. előzetes jóváhagyást ad az autonóm tartomány státútumára,
9. elfogadja a honvédelmi stratégiát,

10. elfogadja a fejlesztési tervet és a területrendezési tervet,
11. a kormány javaslata alapján elfogadja a Szerb Köztársaság költségvetését és zárszámadását,
12. büntetőjogi közkegyelemben részesít, továbbá választói jogainak keretén belül, a képviselőház:
13. megválasztja a kormányt, felügyeli annak munkáját, valamint dönt a kormány és a miniszterek megbízatásának megszűnéséről,
14. megválasztja és felmenti az alkotmánybírókat,
15. megválasztja a Legfelsőbb Fellebbviteli Bíróság elnökét, a bíróságok elnökeit, a köztársasági ügyészt, ügyészeket, bírókat és az ügyész-helyetteseket, az alkotmánnyal összhangban,
16. megválasztja és felmenti a Szerb Nemzeti Bank kormányzóját és felügyeli annak munkáját,
17. megválasztja a polgárjogi biztost és felügyeli annak munkáját,
18. törvényben meghatározott más tisztségviselőket is kinevez és felment, végül a képviselőház az alkotmányban és törvényben meghatározott egyéb feladatokat is ellát.

Az alkotmány 124., 129-131. cikkelye rendezi a kormány és a parlament viszonyát: a 124. cikkely értelmében a Szerb Köztársaság politikájáért, a törvények, előírások és a képviselőház egyéb aktusai végrehajtásáért, valamint az államigazgatási szervek munkájáért a kormány a képviselőháznak tartozik felelősséggel. A 129. cikkely szabályozza az interpelláció intézményét, miszerint legalább 50 képviselő interpellációt nyújthat be a kormány vagy annak egyes tagjai munkájával kapcsolatban. Valamint a bizalmi szavazásról a 130-131. cikkelyek szólnak: a kormány- vagy kormánytag iránti bizalmi szavazást legalább 60 képviselő követelheti, és a kormány is kérhet bizalmi szavazást.

A kormányról szóló törvény^[5] 34-39. cikkelye szól a kormány és a parlament viszonyáról, a következők szerint: a kormány a képviselőháznak törvényeket és más aktusokat javasol és véleményt nyilvánít a törvényjavaslatokról és más olyan aktusokról, amelyeket nem maga terjesztett elő. Továbbá a kormány minden évben javaslatot tesz a képviselőháznak a költségvetés elfogadására – a költségvetésről szóló javaslatot legkésőbb folyó év november elsejéig kell benyújtania. A kormány jelentéstételi kötelezettsége a következőket foglalja magában: az elmúlt évben végzett munkájáról legkésőbb 60 nappal a köztársasági költségvetés zárszámadására tett javaslat előterjesztése előtt köteles beszámolni. A képviselőház kérésére a kormány és minden tagja a saját munkájáról köteles jelentést benyújtani. A kormány hatáskörét érintő kérdésekben a kormány köteles álláspont megfogalmazására a képviselőház javaslatával kapcsolatban, valamint javasolhatja a törvényhozás részére a kormány hatáskörét érintő kérdések megvitatását és azokkal kapcsolatos állásfoglalás elfogadását.

Szabály szerint a kormány képviselői részt vesznek a parlament munkájában az általa javasolt törvények és más aktusok elfogadását megelőző munkában és azon a jogszabály-javaslatokat illetően, amelyeket nem a kormány terjesztett elő, a parlament kérésére ezek megvitatásából is kötelezően kivesszük a részüket. Ami pedig az általános tájékoztatást illeti, a törvény értelmében a kormány és minden tagja köteles megküldeni a parlament részére a kormány vagy bármely tagja munkájához kötődő ügyek megvitatásához szükséges tájékoztatást és adatot.

A képviselőházzal szóló új törvény^[6] az 56. cikkely rendezi a kormány és a parlament viszonyát, eszerint: a kormány a munkájáról legalább évente egyszer jelentést terjeszt a képviselőház elé. A parlament képviselői kérdésekkel, interpellációkkal, bizalmatlansági szavazással és tényfeltáró bizottság létrehozásával is ellenőrizheti a kormány és tagjainak tevékenységét.

Az új házszabály általánosságban az alábbiakban rendelkezik a parlament és a kormány viszonyáról^[7]:

- a kormányelnök joga és kötelezettsége a kormánynak a képviselőházban történő képviseletére a képviselőház hatáskörébe tartozó összes ügy megvitatásakor.
- a napirenden szereplő egyes kérdések, illetve a bizottságok munkája alkalmával a kormány határozza meg azt a személyt, aki törvény alapján ellátja a kormány képviseletét
- a szakmai és egyéb magyarázatok bizottsági ülésen történő megadása céljából a kormány felhatalmazhatja a kormány valamely tagját: a kormány által benyújtott törvényjavaslatok, vagy egyéb jogszabály javaslatok, vagy más anyagok kapcsán a kormány tájékoztatja a képviselőházat arról, hogy mely kormányképviselek és kormány által felhatalmazott tagok vesznek részt a plenáris ülésen és a bizottságokban. A képviselőház és bizottságai pedig üléseikről és azokról az ügyekről, amelyek napirenden szerepelnek, tájékoztatják a kormányt és az illetékesség szerinti minisztériumot
- ami a kormány iránti bizalmat illeti, a kormány a kormányelnök személyében kérheti a képviselőházat írásbeli bizalmassági szavazásra és jogában áll ezen kérelem megindokolása: amennyiben a képviselőház nem szavaz bizalmat a kormánynak, a parlament elnöke erről azonnal értesíti a köztársasági elnököt.

Az Európai Integrációs Bizottság felépítése és hatáskörei^[8]

A képviselőház bizottságainak megalakításáról a házszabály 23-24., az általános szabályozásokat, a bizottságok meghatározását, hatásköröket a 41-47. cikkelyek, az ülések rendjéről és lebonyolításáról a 70-82. cikkelyek rendelkeznek.

Az Európai Integrációs Bizottság összetételét a 2008. évi általános parlamenti választások eredményeinek ismeretében a következők határozták meg: a választásokat követően a frakciók megbizonyosodnak arról, mennyi bizottsági helyben gondolkodhatnak, majd ezt követi egy megállapodás arról, mely bizottság(ok)ban lesznek a helyeik, frakción belül születik a személyekről szóló döntés. A jelen parlamenti időszakra (2008-2012) jellemző, hogy amely pártok számára fontos szereppel bír az európai integráció (és ez a hatalmi koalíciós pártokra vonatkozik elsősorban), azok a „legerősebb”, tárgyban legkompetensebb tagjaikat delegálták.^[9]

A jelen parlamenti időszakban a Vajdasági Magyar Szövetség, mint hatalmi koalíciós partner ragaszkodott a bizottság elnöki tisztségéhez, melyet Varga László tölt be^[10], az alelnök pedig a Szerbiai Demokrata Párt képviselője.

Ami ebből a szempontból előny (mint például az elhivatottság az európai ügyek iránt) ugyanakkor hátrány is – mivel a pártok legfontosabb emberei kaptak helyet a bizottsági székben – nagyon nehezen lehet időzíteni az üléseket.

Az Európai Integrációs Bizottság létszáma 17 fő, az új házszabály bizottságok létrehozásáról szóló 23-24. pontja értelmében lehetőség van póttagok megválasztására is, ellenben eddig erre nem került sor és elképzelhető, hogy a következő mandátumig nem is lesznek póttagjai a bizottságnak.

Megoszlás pártok(frakciók) alapján képviselőház megalakulását követően: Demokrata Párt: 4 fő (Európai Szerbiáért frakció); Szerb Radikális Párt: 4 fő (Szerb Radikális Párt frakciója); Szerbiai Demokrata Párt: 2 fő (Szerbiai Demokrata Párt frakciója); Vajdasági Magyar Szövetség: 1 fő (Kisebbségi frakció); G17: 1 fő (a G17 Plus frakciója^[11]); Liberális Demokrata Párt: 1 fő (a Liberális Demokrata Párt frakciója); Új Szerbia: 1 fő (Új Szerbia frakció); Vajdasági Szociáldemokrata Liga: 1 fő (Európai Szerbiáért frakció); Egységes Szerbia: 1 fő (Szerb Szocialista Párt-Egységes Szerbia frakció); Szerb Szocialista Párt: 1 fő (Szerb Szocialista Párt-Egységes Szerbia frakció).

A bizottság ülésein részt vehetnek a tagokon kívül más parlamenti képviselők, amennyiben előzetes bejelentéssel élnek, akkor a civil szervezetek képviselői valamint az elnök által meghívott személyek.

A szerb képviselőház bizottságaiban él a kettős tagság: egy képviselő bármely két bizottságnak is tagja lehet. Sőt, az Európai Integrációs Bizottság tagjai közül többen további 2-3 szakbizottság tagjai is, de olyan képviselő is van, aki csak az Európai Integrációs Bizottság tagja.

A bizottság munkáját a parlament integrációs osztálya (Odeljenje za Evropske Integracije) segíti: az osztályon dolgozók közül három munkatárs kizárólagos feladata az, hogy kövesse az Európai Unió intézményeiben (elsősorban az Európai Bizottság, Európai Unió Tanácsa, Európai Parlament) történeteket és erről heti rendszerességgel tájékoztassa a képviselőket.

Az Európai Integrációs Bizottság hatásköreit a házszabály 64. cikkelye határozza meg, ennek értelmében a bizottság:

- megvitatja a törvényjavaslatokat és más általános aktusokat – a hozzájuk tartozó állásponttal együtt - azoknak az Európai Unió és az Európa Tanács jogszabályaihoz való illeszkedését és előzetes véleményt alkot a rövidített eljárás indokoltságáról
- megvitatja az európai uniós stabilizációs és társulási folyamattal kapcsolatos terveket, programokat, jelentéseket és információkat
- figyelemmel kíséri a társulási stratégia megvalósítását, intézkedésekre tesz javaslatot és a képviselőház által felhatalmazott hatáskörében kezdeményezi a társulási stratégia megvalósításának gyorsítását
- intézkedéseket javasol általános, nemzeti megállapodás megteremtésére/létesítésére Szerbiának az európai intézményekhez történő társulásával kapcsolatosan
- kapcsolatokat ápol más államok parlamentjeivel és az Európai Unió parlamentáris intézményeivel
- törvénnyel és a házszabállyal összhangban más feladatokat is ellát.^[12]

A bizottsági tagok idegen nyelv ismerete

A bizottsági tagok idegen nyelvi tudását jellemzi, hogy 13-en beszélnek az angol nyelvet. A Radikális Párt frakciójából kikerült tagok közül egy képviselő tud angolul, a többi három képviselő egyáltalán nem beszél idegen nyelven. Ez a következőt jelenti: amennyiben angol nyelvű dokumentum megvitatására kerül sor a bizottságon belül, ezt az irományt kézhez kapja a hatalmi koalícióba tartozó bizottsági tag, a liberális frakció tagja, a radikális frakció tagjai számára a fordítószolgálat ülteti át szerb nyelvre. Továbbá, amennyiben tárgyában olyan dokumentumot jelöl az angol nyelvű szöveg, ami nem érinti a Radikális Párt frakciójából kikerülő bizottsági tagokat, a dokumentumot nem fordítják le.

A bizottság tevékenységei a gyakorlatban

A kormány tájékoztatása az integrációs előrehaladásáról

A kormány két szinten tájékoztatja a bizottságot Szerbia európai uniós integrációjának előrehaladásáról. Az európai integrációs ügyekért felelős kormányalelnök^[13] háromhavonta^[14] tájékoztatja a bizottság tagjait, valamint válaszol a képviselők kérdéseire. A jelen parlamenti időszakban az első tájékoztató az Európai Integrációs Bizottság második ülésén volt, melynek témája a stabilizációs és társulási megállapodás volt – az erről szóló törvényjavaslatot egyébként a tagok többsége ezen az ülésen megszavazta (kivételt képeztek a radikális párti illetve a szerbiai demokrata párti frakció képviselői). A kormányalelnök beszámolója kimerítő, terjedelmes, esetenként meghaladja a negyvenöt percet is.^[15] A képviselők kérdései között viszont sok inkább az aktuális politikai eseményekre vonatkozik (sokszor téma például Koszovó is: már a kormányalelnök stabilizációs és társulási megállapodásról szóló tájékoztatóját

követő kérdések között is szerepelt, az Európai Integrációs Bizottság második ülésén).

A minisztériumoktól nem érkezik állandó tájékoztatás, a tisztségviselők az ún. EU Kollégiumon számolnak be. A bizottság számára továbbá a kormány tagjainak a napi politikai nyilatkozatai is folyamatos tájékoztatást jelentenek.

A kormány integrációs irodájának honlapján elérhető egy adatbázis is, továbbá a parlament honlapján nyilvánosan hozzáférhető adatbázisban olvashatók a törvényjavaslatok és az elfogadott törvények is. Az ún. harmonizációs adatbázis pedig csak belső használatra lesz elérhető.

Ebben a parlamenti ciklusban a bizottság a tanulmány lezárásáig harminckét alkalommal ülésezett.^[16] 2008-ban a szerb kormány kétszer tájékoztatta a bizottságot, 2009-ben a szerb kormány négy, a nemzeti program előrehaladásával kapcsolatos jelentését, valamint az Európai Bizottság 2009. évi országjelentését vizsgálta meg, ebben a témában a bizottság vendége Vincent Degert, az Európai Unió szerbiai delegációjának vezetője volt. A bizottsági tagok további, Európai Unióval kapcsolatos tájékoztatást is kézhez kaptak: a Szerb Köztársaság hivatalos lapja, a Službeni Glasnik kiadásában, Az európai integráció kihívásai címmel, valamint a kormány európai integrációs irodája szerkesztésében a Szerbia európai integrációs folyamata címmel. 2010-ben eddig három alkalommal az európai integrációs ügyekért felelős kormányalelnök és Milica Delević, az integrációs iroda igazgatója tartott részletes beszámolót, továbbá bizottsági ülés keretében Vincent Degert, az Európai Unió szerbiai delegációjának vezetője ismertette az Európai Bizottság 2010-es évre vonatkozó éves jelentését, különös tekintettel a parlament munkájára: a már felsorolt tennivalókon kívül a bizottsági jelentésből kiemelendő a parlament munkájával kapcsolatos kifogás, miszerint a törvények elfogadását megelőzően hiányzik a törvényjavaslatok részletesebb vitája.

A nemzeti integrációs terv tárgyalása

Az Európai Integrációs Bizottság a parlamenti ülészek idején átlagosan havonta egy alkalommal ülésezik.^[17] Ekkor a bizottság napirendjére a nemzeti integrációs tervből előrelátott 10-12 pont kerül, azokról általános vita keretében tárgyal, majd szavaz róla és az ülészek végéig tovább nem foglalkozik vele.^[18] Ilyenkor az ülésen részt vesz a tárgyban illetékes miniszter, vagy helyettes államtitkára, illetve más, kijelölt képviselő, akinek a bevezetőjét vita, majd szavazás követi. A bizottság első olvasatban el is fogadja a törvényjavaslatot, melynek további vitája és a végső szavazás a plenáris ülésen történik.

A bizottság ülésein jegyzőkönyv készül, ami a parlament honlapján olvasható, a jegyzőkönyvek nyilvánosak. Ezen jegyzőkönyvek tartalmazzák az ülés napirendjét (azaz milyen témák/ügyek/törvényjavaslatok kerültek megvitatásra), az elhangzottak rövid összefoglalóját valamint az egyes bizottsági tagok esetleges különvéleményét is.

A bizottsági jegyzőkönyvek megvizsgálása alapján továbbá a következőkről értesülhetünk: általában különböző tárgyú törvényjavaslatok kerülnek napirendre – melyekkel kapcsolatosan több alkalommal jelent meg a tárgyban illetékes miniszter vagy államtitkár, illetve a minisztériumok más képviselői – ugyanakkor előfordul, hogy az azonos vagy hasonló tárgyú ügyekkel ún. javaslatcsomagokban dolgozik. Az is előfordult, hogy egy törvényjavaslatot kétszer tárgyalt, pl. ilyen volt a diszkrimináció tilalmáról szóló törvény. Zömében nem jellemző, de volt példa arra is, hogy bizonyos ügyekben módosítási javaslattal él a bizottság valamely tagja – ilyenkor a bizottság a módosító indítványról tárgyal, szavaz majd elfogadás esetén a képviselőház plenáris ülésére javasolja. Továbbá a bizottság javasolta a képviselőháznak az Európai Unióval kapcsolatos ügyek gyorsított eljárásban történő megtárgyalását és jóváhagyását – ami be is került az új házszabályba. A kormánytól pedig kérte, hogy a képviselőház részére rendszeresen küldje meg azon törvényjavaslatok jegyzékét, amelyekkel kapcsolatban prioritást javasol a napirend összeállításakor.

A bizottság ülésére esetenként külföldi vendégeket is meghív, például vendég volt a francia és a cseh nagykövet és voltaképpen gyakori vendég – évente egyszer bizonyosan – az Európai Bizottság belgrádi delegációjának vezetője is.

Kapcsolatok a parlament más állandó bizottságaival

Az egyes témaköröktől függően előfordul, hogy együtt tárgyal az Európai Integrációs Bizottság más állandó bizottsággal – utóbbi esetében sokat számít az, ki a bizottsági elnök – elsősorban külügyi kérdésekben. Mivel engedélyezett a kettős tagság, azaz több képviselő egyúttal két bizottság tagja is lehet: az Európai Integrációs Bizottságból öt képviselő tagja a Külügyi Bizottságnak is, ide értendő a képviselőház alelnökét is.

Nemzetközi, interparlamentáris kapcsolatok

Európai Parlament: Szerbia barátai informális csoport

Az Európai Parlamenten belül alakult meg egy nem formális lobbiszerű Szerbiáért Victor Boștinaru, a Szocialisták és Demokraták Progresszív Szövetsége Európai Parlamenti Képviselőcsoportja román, és Zoran Thaler, a képviselőcsoport szlovén képviselői kezdeményezésére 2010. szeptember 16-án^[19], s mindössze négy nap alatt 32 képviselő csatlakozott (a meghívót minden EP képviselő megkapta), eddig 40 EP képviselő (különböző nemzetek és politikai csoportok képviselői) kérte „felvételét”, elnöke jelenleg Victor Boștinaru. A csoport elsődleges küldetése egyfelől az Európai Parlament és a szerbiai intézmények közötti kommunikáció erősítése a politika, kultúra és a média területén, baráti kapcsolatok és együttműködés fenntartása, másfelől láncszem az intenzív véleménycsere céljára az Európai Parlament, a Bizottság és a Tanács között. A csoport részletesen figyelemmel követi a szerbiai történéseket, mint

például az őszi rendbontások (úgy mint a 2010. őszi belgrádi illetve a genovai események), melyeket közleményben el is ítelt, valamint az Európai Unió Általános Ügyek Tanácsa 2010. október 25-i ülésének eredményét is üdvözölte^[20]. A csoport tervei között szerepel nem csak politikai személyekkel, hanem más releváns szerbiai személyekkel való tanácskozás is.^[21]

Az Európai Parlament Dél-Kelet-Európai delegációja (DSEE)^[22]

Az Európai Integrációs Bizottság elnöke valamint tagjai részt vesznek a Szerb Köztársaság parlamentje és az Európai Parlament közötti interparlamentáris találkozókra. Az első, immár Szerb Köztársasággal való találkozóra 2006-ban került sor^[23], a negyedik, Belgrádban megrendezett ülés házigazdája az Európai Integrációs Bizottság volt. Az eseményt lezáró együttes nyilatkozat következtetései^[24] közül a parlament jövőbeni munkája szempontjából fontos az a megállapítás, miszerint az elfogadott új parlamentről szóló törvény, valamint a módosított házszabály értelmében a képviselőház megerősítheti kontrollját a kormány munkája felett, továbbá a folyamatban levő parlamenti reformok a jövőben erősebb és hatékonyabb szakbizottsági tevékenységet mutathatnak a scrutiny megvalósítása terén.

Megerősített állandó párbeszéd^[25]

Az Európai Unió és a szerb végrehajtó-és törvényhozó hatalom közötti intézményes együttműködési forma. Az európai integrációs iroda szervezésében a szerb kormány és az Európai Bizottság közötti ágazati, valamint plenáris egyeztetések keretében fejt ki tevékenységét az állam reformtörekvéseinek előrehaladásáról. Az évi plenáris ülésen a szerb oldalon a köztársasági és a vajdasági kormány (miniszterek, államtitkárok) mellett a parlament is képviselteti magát: más állandó bizottságokkal együtt az Európai Integrációs Bizottság is állandó résztvevője az Európai Partnerség Szerbia által megvalósítandó kötelezettségeit felügyelő találkozónak.

COSAP^[26] a COSAC^[27] mintáján

Az Európai Integrációs Bizottság tevékenyen részt vesz a COSAP találkozóin, azaz a dél-kelet-európai államok parlamentjeinek első intézményes parlamenti együttműködési munkájában. A COSAC naptárát figyelembe véve, félévenkénti találkozókat határozott el az első ülésen elfogadott ügyrendjében rotációs elnökségi jelleggel, az elnöklő állam szervezésében. Bevezette a troika intézményét is, elsődleges feladatául pedig a stabilizációs és társulási folyamattal és a bővítéssel kapcsolatos ügyek megvitatását tűzte ki, beleértve az Európai Bizottság éves országjelentéseinek az elemzését is. Az üléseket követő nyilatkozatok alapvetően nem kötelező jellegűek, csak abban az esetben, ha a parlamentek ebben megegyeznek. A gyakorlatban átlagosan inkább évente kerül sor az ülésekre: a második Zágrábban volt, ahol tovább bővült az együttműködési kör és ebből eredő jövőbeni feladat: a COSAC és a COSAP közötti intenzív és

rendszeres együttműködés és párbeszéd szüksége a nemzeti parlamentek megerősítése, valamint egy közös tájékoztatási stratégia kialakítása céljából, ami a bővítési politikának a polgárokhoz való kommunikációjában valósul meg. A harmadik, szkopjei találkozón az IPA előcsatlakozási segítségnyújtási eszköz hatékony felhasználása, valamint a korrupció és a szervezett bűnözés elleni küzdelem került előtérbe, 2007-ben a parlamentek Budapesten, a Nyugat-Balkán konferencián találkoztak, a cetinjei COSAP a fentiekben említetteken túl a vízumliberalizációra, a regionális együttműködés fontosságára helyezte a hangsúlyt^[28]. A sorrendben ötödik COSAP ülés vendéglátó szerepét az Európai Integrációs Bizottság töltötte be: itt egyebek mellett az Európai Bizottság nyugat-balkáni államokkal foglalkozó igazgatóságának igazgatója, Pierre Mirel felhívta a figyelmet egyes további teendőkre, mint a régió országai közötti számos megoldatlan bilaterális ügy valamint a menekültügy.^[29] Az ülést lezáró közös állásfoglalásból^[30] kiemelendő: a közösségi vívmányok délszláv nyelvekre való lefordításának együttes törekvése az érintett dél-kelet-európai államokban tekintettel ezen nyelvek hasonlóságára, a „nincs fellendülés – nincs bővítés” feltétele helyett az érintett államok a „nincs bővítés – nincs Európai Unió” állítás mellett való állásfoglalás, megfigyelői státusért/társult tagságra való törekvés (a parlamentáris együttműködés regionális titkársága közbenjárásával) a COSAC munkájában való részvétel céljából – ami közvetlenül is javíthatja az európai ügyekkel foglalkozó bizottságok tevékenységének a minőségét.^[31]

Bilaterális tárgyalások

Az Európai Integrációs Bizottság intenzív és folyamatos együttműködést folytat a Szerbiába akkreditált külképviseletekkel, a nemzetközi szervezetek misszióival, valamint az Európai Unió-és a régió államainak kormányával és parlamentjeivel is. Számos, az egyes tagállamok parlamentjei által rendezett konferencián és szemináriumon vett részt.

Az Európai Unió tagállamai közül egyedül az Egyesült Királysággal nem volt eddig kapcsolata az Európai Integrációs Bizottságnak, a többi, elsősorban meghatározó, „nagy” tagállamokkal ápol kapcsolatot, valamint rendszeres a szomszédos országokkal történő együttműködés is. Speciális viszony alakult ki a holland parlamenttel: az Európai Integrációs Bizottság és a Külügyi Bizottság együttes látogatásával, 2009 őszén indult meg a kapcsolatfelvétel, addig a holland fél kerülte a találkozást.

A fentiekben túl a többi között az Európai Integrációs Bizottság tagjai kapcsolatokat ápolnak a parlamenti együttműködés regionális titkársága intézményében, továbbá a dél-kelet európai együttműködés regionális tanácsában is.

„Sürgősségi” teendők és a parlament jövőbeni megerősítésének kihívásai

A Szerb Köztársaságnak az elkövetkező egy évben elsődleges feladata – az Európai Bizottság kérdőívének kitöltésén, valamint a közösségi és a nemzeti jogrendszer összehangolásából adódó feladatokon túl – azon kérdések és hiányosságok megoldása, amelyek az Európai Bizottság éves jelentésében kritikaként léptek fel, illetve amelyeket az Európai Bizottság elvár a szerb kormánytól, az az ún. tíz pontos lista, közöttük olyan ügyek, amelyek közvetlenül érintik és még fokozottabb munkára hívják a parlamentet, részleteiben: a hágai törvényszékkel való együttműködés befejezése, az igazságügyi reformok befejezése, független szabályozó testületek működésének biztosítása, a politikai pártok finanszírozásával kapcsolatos törvény elfogadása, a képviselői mandátum feletti rendelkezés (azaz a kitöltetlen lemondások) kérdésének megoldása, a regionális együttműködés előmozdítása, a menekültügyi kérelmek számának növekedése körüli problémák rendezése, a romák befogadására tett erőfeszítések, a restitúciós (vagyonvisszaszármaztatásról szóló) törvény elfogadása,^[32] végül a strukturális gazdasági reformok előmozdítása. A legtöbb munka minden valószínűség szerint az igazságügyi reformokkal lesz, de legalább ilyen nagy kritikát kapott a jelentésben a korrupció is, például hogy a korrupcióellenes ügynökség még nem dolgozik teljes létszámban. Ugyanakkor a pártok pénzelésének a kérdéskörével kapcsolatos törvény elfogadása például a közeljövőben megtörténhet, ugyanis a törvénytervezet már elkészült: az új törvénytervezet a kisebb pártoknak több pénzt biztosítana, a nagyoknak pedig kevesebbet, továbbá, ha egy párt kevesebb mint egy százalékot szerez a választások során, akkor a tervezet értelmében vissza kellene fizetnie az összeget, harmadik személy nem pénzelheti semmilyen szinten a pártokat, végül terv az, hogy egy független testület, a korrupcióellenes ügynökség ellenőrzi majd ezeknek a tömörüléseknek a pénzügyi tevékenységét. Összességében kiküszöböli a jelenleg hatályos jogszabály hiányosságait, de a Szabad Választásokért és Demokráciáért Központ (CESID) úgy véli, legalább 3-4 évnek kell eltelnie ahhoz, hogy az eredményei kézzelfoghatóak legyenek – természetesen akkor, ha a parlament változatlan formában fogadja el a munkacsoport által kidolgozott tervezetet.

Meg kell továbbá oldani az ún. kettős funkciók problémáját is, amit szintén negatívumként említ a jelentés, de az is valószínű, hogy ez majd csak a következő parlamenti választásokkal rendeződik 2012-ben, a polgármesterek ugyanis a mandátumuk lejártáig megtartják képviselői helyüket.

Ami a képviselői mandátumok kérdését illeti, 2010. április 21-én az alkotmánybíróság kimondta, hogy a helyi választásokról szóló törvény 47. cikkelyébe foglalt kitöltetlen lemondások intézménye nincs összhangban az alkotmánnyal: azaz a politikai pártoknak azzal a joggal való felhatalmazása, hogy rendelkezzenek a helyi képviselők mandátumáról oda vezet, hogy a pártok – az alkotmányellenesen – helyi szinten maguk alá rendelik a hatalmat, átveszik a választási testület szerepét és megfosztják a polgárokat szuverén döntési joguktól.

A képviselőházban jelenleg a Liberális Demokrata Párt, a Vajdasági Magyar Szövetség, az Egységes Szerbia és a Szerb Haladó Párt nem él a kitöltetlen lemondás intézményével. A kérdés – azaz a valódi közvetlen választás a „közvetett részarányos” helyett – rendezésére alkotmánymódosításra vagy törvénymódosításra és mindenképp előtt – és ez érvényes az összes megoldandó kérdésre – politikai akaratra lesz szükség. Ezen kívül az új házszabály is újabb módosítás előtt áll tekintettel az ún. európai pontokra: a 10 teljesítendő feladat egyharmada ugyanis a parlament munkájára, a képviselőkre vonatkozik.

A parlamentnek „törvénygyári” feladatain túl a közeljövőt tekintve egyéb kihívásokkal is szembe kell néznie, ugyanis a parlamenti kontroll kritikát kapott az Európai Bizottság 2010. évi jelentésében is, elsősorban a következő területeken: emberi jogok védelme, sajtószabadság, piacok megnyitása, privatizációs ügyek. Sőt saját pozícióját – beleértve az Európai Integrációs Bizottság pozícióját is – meg kell erősítenie a végrehajtó hatalommal szemben. A 2010 nyarán elfogadott új házszabály értelmében a törvényjavaslatok vitája a plénum hatásköre maradt – gyakorlatilag politikai akarat kérdése az elfogadásuk. A bizottság ereje kicsi, ami a jövőben nehezen változhat meg, ugyanis eleve a törvényhozás nagyságrendekkel alá van rendelve a kormányhoz képest, azaz Szerbiában egy erős kormány papíron középerős, de a gyakorlatban ettől gyengébb parlamentje szerepkörben végzi tevékenységét. Továbbá egyes állandó bizottságok delegált tagjai sem a legképzettebb szakértői annak a területnek, amely az illető bizottság tevékenységének hatáskörébe tartozik – ami szintén deaktiválja a parlamenti munkát. Például az alkotmányügyi bizottságban szociológus, a kereskedelmi bizottságban irodalmár, a biztonsági ügyek bizottságában egy ismert zenész, egy idegenvezető, informatikus mérnök, gépészmérnök foglal helyet.

Az erős prezidenciális rendszer is tovább gyengíti, ugyanis Szerbiában nagyon erős a köztársasági elnök személye, a papíron félpreszidenciális rendszer a gyakorlatban erősebb, s inkább prezidenciálisnak definiálható. És mivel ennyire erős a köztársasági elnök és a kormány – a parlament rovására –, nagyfokú kooperációra és konszenzusra lesz szükség egy rugalmas, élet-és működőképes scrutiny kialakítására.

Természetesen mindegyik parlament más gazdasági, más kulturális, politikai, társadalmi hagyománnyal, szokással rendelkezik, erőviszonyában mindegyik másképpen viszonyul a végrehajtó hatalomhoz, különbözőek a parlamentek alkotmányos jogosítványai is. Ebből kifolyólag nem lehet egységes és általános tulajdonságokkal illetni, és nem lehet egységes útmutatást, szabályt alkotni európai uniós tevékenységüket illetően. Ami az európai gyakorlatot illeti, az utóbbi évek bővítési folyamata során a tíz közép-kelet európai, illetve mediterrán új valamint 2007-től Románia és Bulgária EU tagállam parlamentje változatosan oldotta meg azt a tagságból eredő nem könnyű feladatot, hogy miként kompenzálja odahaza az európai szintre átruházott szuverenitását, vagy legalábbis

annak nagy részét. Ezen parlamentek számára a csatlakozást megelőző időszakban, években alkalmuk volt az új szerepkörre való felkészülés közben a korábbi tagállami törvényhozásoknak a végrehajtó hatalommal való együttműködési tapasztalatainak, mindennapi gyakorlatának megismerésére, az információk alapján valamelyik parlament jól és hatékonyan működő scrutinyjének a saját arculatára való átdolgozásával, vagy több modell szintetizálásával egy sajátos kontroll kialakítására.

Abból a célból, hogy megkíséreljük felvázolni, melyek legyenek a szerb képviselőház kontrollmodelljének – egyelőre még csak – alapvonásai, a parlamentre jellemző tulajdonságok alapján a Norton-féle klasszifikációban^[33] – a kontrollt illetően – elméletileg a középerős, gyakorlatban a középerős és a gyenge parlament között foglal helyet. Minden bizonnyal nem szerencsés egy erős kontrollmodell kialakítása, amit azután a gyakorlatban nem lehet betartani/betartatni. Viszont mindenképpen fontos, hogy időben, még jóval a csatlakozás előtt elkezdődjék egy kontrollmodell kidolgozása abból a célból, hogy elegendő idő álljon rendelkezésre a kipróbálására, a tesztelésére. A 2004-ben és 2007-ben csatlakozott államokra jellemző volt az, hogy túl későn, nem egy esetben a csatlakozást követően történt meg például törvény elfogadása a kormány és a parlament együttműködéséről európai uniós ügyekben.^[34]

Az időbeliség kritériumán kívül meghatározandó az is, hogy milyen szinten történik a szabályozás: alkotmányos, törvényi, házsabályi. Eldöntésre váró kérdés az is, hogy dokumentum-, eljárás-, vagy vegyes alapú kontrollt kíván-e megvalósítani a képviselőház, valamint: eljárhat-e az Európai Integrációs Bizottság a képviselőház nevében, azaz az eddiginél egy sokkal erősebb bizottsági hatáskör keretében foglalkozzon az európai uniós dokumentumokkal.

Mindezeket figyelembe véve, először is tanácsos lehet legalább az európai uniós csatlakozásra való tekintettel és annak való megfelelés céljából történő alkotmánymódosítás folyamán az alaptételeket/alapelveket meghatározni, a parlament és a kormány együttműködését európai uniós ügyekben. Az alaptörvény módosítására több választási lehetőség adódik: egy speciális EU fejezet beiktatása az alkotmányba, ami magában foglalja az összes, Európai Unióval kapcsolatos kérdést és jövőbeni potenciális módosításukat, az egyéni, problematikus rendelkezések módosítása, az alkotmány mindössze egyetlen cikkelyben történő módosítása, mely az összes legfontosabb kérdést szabályozza: a szuverenitás átruházását és a demokratikus legitimitás megteremtését a nemzeti parlament által. Azt is el kell majd dönteni, hogy amennyiben európai uniós kérdésekben alkotmánymódosításra lesz szükség a csatlakozást követően, az érint-e referendumot. Véleményem szerint egy külön, az Európai Unióról szóló fejezet alkalmas lehet mind az Európa klauzula, mind a parlament és a kormány viszonyának rendezésére is. Mivel létezik törvény a kormányról is és a parlamentről is, azt gondolom, elegendő ezen törvények módosítása, EU fejezettel

történő kiegészítése, külön törvény nem szükséges, ugyanakkor a kormányról szóló törvénynek a végrehajtó hatalom feladatait részleteznie kell a parlament felé eljuttatandó tájékoztatást és eljárást illetően; a képviselőházzal szóló törvénynek részleteznie kell az európai uniós dokumentumokkal kapcsolatos eljárást, különös tekintettel a bizottsági munkára, és a kormány elszámoltathatóságára.^[35] Végül, a házszabály egy külön fejezettel történő kiegészítése is javasolt. Véleményem szerint egy eljárás-alapú modell és a parlamenti fenntartás intézményének érvényesítése működőképes lehet, ezzel a jelenlegihez képest erősödik a parlament szerepe.

Ami az Európai Integrációs Bizottságot illeti, összetételét tekintve a jövőre vonatkozóan – szem előtt tartva a gyarapodó munkát, valamint a scrutiny hatékony megvalósítását is – nem elhanyagolható annak figyelembe vétele, hogy olyan tagok és póttagok kerüljenek delegálásra, akik részt is tudnak venni az üléseken. Továbbá a többi szakbizottság aktív bevonása véleményalkotás céljából is nélkülözhetetlen, csakúgy mint intenzív együttműködés a külügyi bizottsággal, valamint érdemes lehet elgondolkodni azon, hogy a szakbizottságoknak, ha nem is mindegyiknek, de például a pénzügyi, gazdasági, szociális ügyekkel foglalkozó bizottságok alakítsanak albizottságot kifejezetten európai uniós ügyek céljára, és ugyanez érvényes lehet az Európai Integrációs Bizottságra is egy scrutiny albizottság létesítése céljából. Végül véleményem szerint szükséges egy megerősített együttműködés a Vajdaság Autonóm Tartomány kormányával és képviselőházával is – jogszabályban történő deklarálás útján – is, különös tekintettel azon európai uniós ügyekre, amelyek közvetlenül érintik Vajdaságot. Nem szabad viszont figyelmen kívül hagyni azt, hogy 2012-ben általános parlamenti választásokra kerül sor, ami időben lassítja a folyamatot, az is kérdéses, hogy milyen kormány és milyen parlament áll fel a választásokat követően. Továbbá, kérdéses az is, ki lesz a szintén elkötelezett európai integráció párti Boris Tadić utódja.^[36] Olyan bizonytalansági tényezők ezek, amelyek nagy mértékben befolyásolhatják a Szerb Köztársaság előrehaladását és ennek következtében a képviselőház, az európai uniós ügyekkel foglalkozó bizottság tevékenységét az európai integráció útján. Mindazonáltal Szerbia, és a jelenlegi államvezetés elkötelezett az európai uniós integrációra, meghatározó lendülettel készül a tagjelölti státusz elnyerésére, amelyhez teljesíteni igyekezik a fentiekben részletezett feladatait.

^[1] Gert Vilders, a holland szabadságpárt vezetője kijelentette, hogy pártja nem szavazza meg Horvátország csatlakozását, továbbá pártja ellenzi az Európai Unió mindennemű kibővülését. Mint ismeretes, Hollandia eleve érzékenyen viszonyul a volt jugoszláv tagköztársaságok, elsősorban Horvátország és Szerbia európai uniós integrációjához, elsősorban a hágai nemzetközi törvényszékkel történő együttműködés hiányosságait hangoztatva.

^[12] Szerbia a 2009. december 19-én, az ún. schengeni fehér listára kerülés napján összehívott kormányülésen megfogalmazott, majd Boris Tadić köztársasági elnök által 2009. december 22-én az EU soros (Frederik Reinfeldt, svéd) elnökéhez benyújtott csatlakozási kérelemmel megerősítette törekvéseit az európai integráció útjára lépés tekintetében.

^[13] Véleményem, hogy hosszú, a Zoran Đinđić kormányfővel szembeni merényletet (2003. március 12.) követő évek után a 2008. évi parlamenti választások után beszélhetünk Szerbia egyértelműen Európai Unió felé való orientálódásáról, integrációs akaratáról attól függetlenül, hogy a 2003. évi decemberi rendkívüli választásokat követően a győztes Radikális Párt helyett kormányt alakító Vojislav Koštunica (Szerbiai Demokrata Párt) 2004. februárjában a parlament előtti beszédében kijelentette: nincs más út, mint az európai integráció. Mindazonáltal az a négy év inkább nevezhető az egy helyben állás politikájának (közben a két tagköztársaságra zsugorodott Jugoszlávia szövetségi állam is felbomlott, 2006-tól Montenegró külön tárgyalópartnere az Európai Uniónak), mint határozott lépésekkel történő előrehaladásnak az európai integráció útján.

^[14] A Szerb Köztársaság új alkotmányát a képviselőház 2006. szeptember 30-i ülésén hagyta jóvá, majd a választópolgárok a 2006. október 28-29-én tartott referendum által erősítették meg.

^[15] Törvény a kormányról (Zakon o Vladi). Hivatalos Lap (Službeni Glasnik RS) 55/05, 71/05 (javítás), 101/07

^[16] Zakon o Narodnoj Skupštini, 2010. február 26.

^[17] Szerb képviselőház házszabálya (Poslovnik): 271-276. cikkelyek (2010. évi negyedik rendkívüli ülés keretében elfogadva, 2010. július 28-án)

^[18] A Szerb Köztársaság képviselőháza Európai Integrációs Bizottságának gyakorlati munkájába való betekintéshez köszönettel tartozom Varga László EIB elnöknek, aki személyes interjú keretében válaszolt kérdéseimre.

^[19] Megjegyezendő, hogy a Radikális Párt szempontjából nem ez a bizottság áll a fontossági sorrend élén.

^[10] Az EIB első ülését a házszabály 26. pontja értelmében Slavica Đukić-Dejanović házelnök hívta össze 2008. július 15-ére, amelyen az elnök megválasztásáig szabály szerint a legidősebb bizottsági tag (Momir Marković) elnökölt, majd a tagok egyhangú döntése alapján Varga Lászlót választották meg. Az alelnök személyéről a következő ülésen döntöttek, szintén egyhangú szavazattal választották meg a Szerbiai Demokrata Párt bizottsági képviselőjét.

^[11] A 2010. év végéig a G17 Plusz frakciója átneveződik: Egyesült Szerbiai Régiók lép majd a helyébe, ugyanez megtörténik az összes önkormányzatnál, ahol a párt képvisellel rendelkezik. Ugyanakkor maga a párt nem szűnik meg.

^[12] Lásd a Szerb Képviselőház házszabályát:

http://www.parlament.gov.rs/content/lat/akta/poslovnik/poslovnik_ceo.asp, 2010-11-12

^[13] Božidar Đelić, aki az integrációs ügyeken túl ellátja a tudományos-és technológiai fejlődés miniszteri feladatait is.

^[14] A kormány háromhavonta jelentést fogad el a módosított és kiegészített, Szerbia európai uniós integrációjáról szóló nemzeti tervének előrehaladásáról. Ami a terv egészét illeti, 2008. júliustól 2010. szeptemberéig 78%-ban sikerült teljesíteni, mert a tervezett 571 előírás közül 446-ot fogadtak el. A terv 166 törvény (az ún. Európai törvények, szerbül Evropski zakoni) elfogadása volt (ebből 136 valósult meg, ami 84% arányt mutat), továbbá 405 egyéb aktus közül 310, azaz 77% teljesült.

^[15] Amennyiben kérdések merülnek fel a kormányaelnök kiegészítő magyarázattal szolgál. Eddig még nem fordult elő, hogy a bizottság elutasította volna a kormány jelentéseit.

^[16] 2008. július 15-e és 2010. november 25-e között. Korábbi ülések száma évenként: 2005: 27; 2006: 7; 2007: 8.

^[17] A parlament szakbizottságainak üléseire általánosan jellemző, hogy az ellenzéki képviselők bojkottálják, vagy heves vitákba torkollnak. Az Európai Integrációs Bizottság az egyetlen, amelyre ez nem jellemző és akkor sem volt az, amikor a Szerb Radikális Párt támogatottsága erősebb volt.

^[18] A többi szakbizottságban az általános vitán túl lefolytatják a módosításokról szóló javaslatok megtárgyalását is.

^[19] Az Európai Parlament „Szerbia 10 év után – az EU felé haladva” brüsszeli rendezvénye keretében került megalapításra.

^[20] „Az Európai Parlament „Szerbia Barátai” csoportja hisz abban, hogy az Európai Unió ezzel ismét megerősítette azt, hogy az EU integráció nem csak a Nyugat-Balkán államai számára kitűzött cél, hanem az Európai Unió célja is.” – áll a Szerbia Barátai csoport közleményében.

^[21] A csoport tagjai között számos, a köztudatban ismert európai parlamenti képviselő is, mint például: Tanja Fajon és Jelko Kacin szlovén, Eduard Kukan szlovák, Adrian Severin román, Ulrike Lunacek és Hannes Swoboda osztrák, Tabajdi Csaba magyar, Olle Ludvigsson svéd, Gianni Pittella olasz, Morten Messerschmidt dán, Georgios Papanikolaou görög EP képviselők. Vladimir Jokanović: Srbija nepravedno zanemarena u EP. Politika Online, 2010. október 25.

<http://www.politika.rs/rubrike/Politika/Srbija-npravedno-zanemarena-u-EP.lt.html>, 2010-11-06

^[22] Az Európai Parlament általi 1981 óta működő intézményes együttműködési forma, az akkor még Jugoszlávia partnereként, majd a volt jugoszláv tagköztársaságok, Albánia Bulgáriával és Romániával együtt lett tagja,

Horvátország és Macedónia 2004-ben átkerült az EP-Horvátország, illetve EP-Macedónia Volt Jugoszláv Tagköztársaság parlamenti vegyesbizottságba. Jelenleg öt állam vesz részt: Albánia, Bosznia és Hercegovina, Szerbia, Montenegró és 2008. májusától az egyoldalúan kikiáltott függetlenség (2008. február 17.) után Koszovó. A jelen európai parlamenti időszakban elnöke Eduard Kukan szlovák, alelnöke Jelko Kacin szlovén és Victor Boștinaru román EP képviselő. A delegációnak az EP részéről 28 rendes (legtöbbször Olaszországból: 5 fő, Magyarországról: 4 fő, továbbá Romániából: 3 fő, Görögországból: 3 fő, Cseh Köztársaságból 2 fő, Svédországból 2 fő, Bulgáriából 2 fő, Szlovénia, Szlovákia, Málta, Hollandia, Franciaország, Lengyelország és Németország 1-1 fő) és 26 póttagja van.

^[23] Ezt megelőzően három alkalommal került sor egyeztetésre: 2001-ben Belgrádban, 2004-ben Strasbourgban és 2005-ben újra Belgrádban.

^[24] Szerbia-EU kapcsolatok; korrupció elleni küzdelem; alkotmányi, parlamenti és bírói ügyek; Koszovó; gazdaság-és szociálpolitika; regionális együttműködés; emberi jogok. Joint Statement by the Chairpersons of the Delegations. European Parliament Delegation for Relations with Albania, Bosnia and Herzegovina, Serbia, Montenegro and Kosovo. National Assembly of the Republic of Serbia Committee on European Integration 4th Interparliamentary Meeting. Belgrade, 4-5 October 2010.

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201010/20101007ATT85788/20101007ATT85788EN.pdf>. 2010-11-16

^[25] A Megerősített Állandó Párbeszéd (Enhanced Permanent Dialogue, EPD, szerbül: Unapredeni Stalni Dijalog) lépett a helyébe a Szerbiában már 2001 júliusa óta létező Közös EU-Volt Jugoszláv Köztársaság konzultációs munkacsoportnak. Az Európai Unió Tanácsa által 2004-ben elfogadott, majd 2006 januárjában frissített (az államközösség felbomlását követően külön Szerbiával és külön Montenegróval), illetve 2008. február 18-án új formában elfogadott Európai Partnerséget alapul véve az EPD feladata a reformok figyelemmel kísérése és ösztönzése.

^[26] A stabilizációs és társulási folyamatban részt vevő államok (Horvátország, Bosznia és Hercegovina, Albánia, Szerbia, Montenegró) európai integrációs ügyekkel foglalkozó parlamenti bizottságai 2005. június 16-18-i szarajevói találkozájukon a boszniai illetve a macedón parlament kezdeményezésére alapították meg a nyugat-balkáni COSAP-ját eszközként a célból, hogy az EU integrációs közös törekvéseik által elősegítsék az alapvető belső reformok végrehajtását. A régió parlamentjei ezáltal és a COSAC példáját és irányelveit követve megoszthatják egymással tapasztalataikat, továbbá az európai uniós ügyekkel kapcsolatos leghatékonyabb gyakorlatot, valamint a tag-parlamentek kapcsolatainak erősítését az Európai Unió fő intézményeivel, különösen az Európai Parlamenttel – ami a többi között felkészülési/tanulási időszakot is jelent a jövőbeni COSAC ülésekre is, először megfigyelői státuszban majd csatlakozást követően teljes jogú résztvevőként. Bővebben lásd: Busek-Kühne szerk.: From Stabilisation to Integration. The Stability Pact for South Eastern Europe. Wien: Böhlau, 2010. 79-80., valamint a Stabilitási Paktum honlapján: <http://www.stabilitypact.org/wt1/COSAP.asp>, 2010-11-12

^[27] COSAC munkájáról lásd például: Király Andrea: A nemzeti parlamentek megerősítésére tett kísérletek az Európai Unióban: az Európai Konventtől napjainkig. Jogelméleti Szemle, 2007/3.

^[28] Zajednička izjava sa četvrte konferencije parlamentarnih odbora za evropske integracije država obuhvaćenih procesom stabilizacije i pridruživanja jugoistočne Evrope. Cetinje, 2009. március 27.

http://www.skupstina.me/cms/site_data/ZAJEDNICKA%20IZJAVA%20SA%20CETVRTE%20KONFERENCIJE%20PARLAMENTARNIH%20ODBORA%20ZA%20EI_.pdf

^[29] Fifth Conference of European Integration/Affairs Committees of States Participating in Stabilisation and Association Process of South Eastern Europe. Belgrád, 2009. november 23-24.

http://www.parlament.gov.rs/content/eng/aktivnosti/skupstinske_detalji.asp?Id=1087&t=I

^[30] Joint Statement adopted at the Fifth Conference of European Integration Parliamentary Committees of states participating in the Stabilization and Association Process in South Eastern Europe. Belgrád, 2009. november 23-24. <http://cosac.eu/en/meetings/Madrid2010/chaipersons.doc/>

^[31] A COSAC félévenkénti ülésein a tagjelölt államok parlamentjeiből három – három fő a COSAC meghívására, megfigyelői státuszban jelen lehet.

^[32] A vonatkozó törvény elfogadása évek óta húzódik, 2009. végét majd 2010. júniusát jelölték meg határidőként, viszont azóta újra megállt a törvény kodifikálása. A pénzügyminisztérium államtitkársága által megjelölt újabb határidő: 2011. vége.

^[33] Lásd: Norton, Philip: A nemzeti parlament alkalmazkodása az integrációhoz. Európai Szemle, 1998/1. 22.

^[34] Például Magyarországon a 2004: LIII. törvényt 2004. május 17-én szavazta meg az Országgyűlés.

^[35] Az elszámoltathatóság terminusba elsősorban a kormány tervezett tárgyalási álláspontjának bizottsági vitáját értem, amit képviselni szándékozik az európai uniós döntéshozatal folyamán, azaz az „ex-ante” „elszámoltathatóságot”, mivel a leghatékonyabban a parlament itt szólhat bele és képviseltetheti magát az uniós döntéshozatalban, még mielőtt a jogszabálytervezet a COREPER illetőleg a Tanács elé kerül. A második, szintén befolyásoló erővel bíró lehetőség az „ongoing” elszámoltathatóság, azaz, amennyiben a kormánynak a brüsszeli tárgyalások (elsősorban a tanácsi formációk és utolsó esetben a COREPER) menetében módosítania kell álláspontját, eltérve a parlament állásfoglalásától, erről azonnal tájékoztatja a parlamentet és újabb jóváhagyást

kér a módosított tárgyalási álláspontjára vonatkozóan, illetőleg a parlament módosított állásfoglalását veszi figyelembe a továbbiakban. Az utólagos – „ex-post” – elszámoltathatóság, az uniós jogszabály elfogadását követő tájékoztatás a kormány beszámolóját foglalja magában, itt a képviselt állásponttal számol el és kéri a parlament jóváhagyását – a parlament döntése, hogy elfogadja-e vagy sem, azaz milyen politikai vagy jogi szankciókkal élhet a kormánnyal szemben. Mivel erős a köztársasági elnök pozíciója, érdemes parlamenti törvényi és házszabályi szinten is megerősíteni a tájékoztatási kötelezettségét.

^[36] Boris Tadić először 2004. július 11-én lett a Szerb Köztársaság elnöke, akkor még jugoszláv tagköztársaságként, majd 2008. február 15-től újra, a szövetségi állam felbomlását követően, Szerbia elnöke. A 2006. évi alkotmány értelmében a köztársasági elnök egyszer választható újra. Amennyiben az új alkotmány rendelkezéseit vesszük alapul, a jelenlegi elnök még egyszer betöltheti az államfői pozíciót, ugyanis Szerbia, mint független állam köztársasági elnöke először 2008-ban lett.

Nótári Tamás

J. R. W. Prag (ed.), *Sicilia Nutrix Plebis Romanae: Rhetoric, Law, and Taxation in Cicero's Verrines*

(*Bulletin of the Institute of Classical Studies, Suppl. 97. Institute of Classical Studies, University of London, London, 2007. ix + 189 old.*)

A Prag szerkesztésében megjelent, nyolc munkát tartalmazó tanulmánykötet Cicero Verres elleni beszédeinek a római köztársaság nehezen alábecsülhető jog-, gazdaság- és adóztatás-történeti forrásának elemzéséhez járul hozzá színvonalas tanulmányokkal, amelyek eredetileg 2004 februárjában, a londoni Institute of Classical Studies konferenciáján hangzottak el előadásként, és láttak három évvel később napvilágot. Az alábbiakban érdemesnek tűnik áttekinteni a *Verrinák* mint forrás történeti háttérét és keletkezéstörténetét, s ennek fényében bemutatni a kötetben összegyűjtött tanulmányok *meritumait*.^[1]

A *Verrinák* a C. Verres ellen 70-ben lefolytatott perben, illetve a per kapcsán részben elhangzott beszédek, amely során Cicero – pályafutása során először és utoljára – vádlói szerepet vállalt.^[2] A hét darabból álló, teljes terjedelmében fennmaradt beszédsorozat egyedülálló az antik retorikatörténetben. Az első beszéd, a *Divinatio in Caecilium* a pert megelőző szakaszban hangzott el, amikor mind Cicero, mind Q. Caecilius feljelentést tett a *praetornál* Verres ellen, s a két feljelentő között azon kérdésben kellett döntést hozni, hogy melyikük igénye megalapozottabb, vagyis utóbb melyikük „képviselheti” a vádat – tekintettel arra, hogy Rómában a közvádoló, vagyis az ügyész funkciója ismeretlen volt. A *Verres elleni első beszéd (Oratio in Verrem prima)* nem Verres szicíliai helytartósága idején elkövetett bűncselekményeivel és visszaéléseivel foglalkozik – Cicero ebben rávilágít a védő, Hortensius taktikájára, és egyértelművé teszi, hogy lemond a szokásos kimerítő részletességű vádbeszéd megtartásának lehetőségéről, vagyis megmagyarázza, hogy miért nem tart tényleges vádbeszédet, s miért tér rá egyenesen a bizonyítékok bemutatására, amire rendszerint csak az összefüggő vádbeszéd után került sor. Az öt könyvből álló *Verres elleni második beszéd (Oratio in Verrem secunda)* mindenre kiterjedő részletességgel pótolja az elmaradtakat: az első könyv Verres előéletével, az ezt követő négy pedig Szicíliában elkövetett bűntetteivel foglalkozik. Az öt könyvet felölelő második beszéd azonban sohasem hangzott el: a helyzete kilátástalanságát belátó vádlott nem várta meg a per befejezését, hanem önkéntes száműzetésbe (*exilium*) vonult. A második *oratio* tehát csupán fiktív beszéd, ténylegesen a politikailag nagy jelentőségű per anyagát szónoki formában feldolgozó publicisztikai mű.

A Verres elleni vád a *crimen pecuniarum repetundarum* (az eufemisztikus kifejezés pontos jelentése: *visszatérítendő pénzeszegek miatt emelt vád*) kategóriájába tartozott, ami magában foglalta a jóformán korlátlan hatalommal rendelkező helytartók által tartományok lakosságával szemben elkövethető

visszaélések számtalan fajtáját – egy szóval hozzávetőleg a zsarolás kiterjesztően értelmezett fogalmával adható vissza ezen, a köztársaság korának (a választási visszaélések, az *ambitus* különféle formái mellett) legnagyobb rákfenéjét képező tényálláscsoport. Az első perekre ilyen ügyek kapcsán a források tanúsága szerint 171 után került sor. A 149-ben e cselekmények kivizsgálásra és megbüntetésére felállított *quaestio perpetua* arra enged következtetni, hogy az ilyen jellegű esetek, illetve panaszok meglehetősen elszaporodtak. A hagyomány szerint Caius Gracchus egyik párthíve, Acilius Glabrio néptribunus kezdeményezésére 122-ben megszületett a *lex Acilia pecuniarum repetundarum*, amely az eltulajdonított összeg addigi egyszeres megtérítése helyett szankcióként *duplumot*, vagyis az összeg kétszeresének visszafizetését rendelte el immáron tényleges *crimenné* téve a tényállást. Sulla ugyan ismét egyszeresre szállította le a büntetés összegét, azonban önálló *quaestio perpetua* felállítását rendelte el, és az elkövetőket a pénzbüntetés mellett becsületvesztéssel (*infamia*) sújtotta. A tényállás elemei is ekkorra kristályosodtak ki a gyakorlatban: a Verres-per idején ezek közé tartozott, ha a helytartó nagyobb értékű ajándékot fogadott el, ha akár maga, akár közvetítők útján adásvételt kötött a tartományban, a zsarolás, a lopás és a rablás, továbbá az adók önkényes emelése és egyéb terhek kivetése a tartomány lakosaira. A kárvallottak római *patronusuk* segítségével léphettek fel panasszal, illetve érthették el a vádemelést. Sem a törvényi rendelkezések, sem a nem ritkán megvesztegethető törvényszékek nem nyújtottak kellő védelmet a tartományi lakosok számára, ugyanis a helytartóságot a római vezetőréteg a városi *magistratus* megszerzéséért kiadott összegek és az annak ellátása során felmerülő költségek megtérülési terepének tekintette, ahol busásan kárpótolhatta magát az akár pusztán *ambitióval*, akár *ambitusszal* megszerzett és hatalmas összegeket felemésztő hivatal után. Verres nem véletlenül határozta meg három éven át tartó harácsolása mottóját akképpen, hogy neki magának elegendő volna az első év zsákmánya, a másodikéra ügyvédei miatt, a harmadikéra pedig a bíróság megvesztegetése céljából van szüksége.^[3]

A Verres elleni vádemelés és per során Cicerónak számtalan nehézséggel kellett megküzdenie, hiszen a Verres mellett véd- és dacszövetségben felsorakozó szenátusi arisztokrácia minden befolyását latba vetette, hogy a nyilvánvalóan súlyos büntettekkel terhelt helytartó elítélését megakadályozza – az eljárás sikeres kimenetele Cicero páratlan kitartásának, taktikai érzékének és szónoki képességének volt köszönhető. Már Verres 73-ban megkezdett szicíliai helytartóságának utolsó évében, 71-ben szinte egész Szicília minden városa követséget menesztett Rómába, hogy felkérjék a 75-ben Szicíliában *proquaestor*ként működő Cicerót: vállalja el ügyüket a Verres elleni indítandó perben. Cicero ugyan addig – és azt követően is – védői szerepet látott el, azonban felmérte a példátlan politikai botrányt ígérő perben rejlő lehetőségeket, és igent mondott a követségek kérésére. 70 januárjában Verres elhagyta Szicíliát, hivatali örökébe – a hagyományosan Szicília patrónusaiként számon tartott Metellusok közül való – L. Caecilius Metellus lépett. Amikor 70 elején Cicero vádat akart

emelni a *crimen repetundarum*ban illetékes *quaestió*t vezető M'. Acilius Glabrio *praetor* előtt, úgy tűnt, falba ütközik: Verres híve és egykori *quaestor*a, Q. Caecilius Niger az egykori helytartóval összejátszva szintén a vádemelés jogáért lépett harcba, hogy meggátolja a tényleges, Cicero általi vádelemelést. A Caecilius elleni beszéddel Cicero elérte, hogy elnyerje a vádemelés jogát, és egyúttal száztíz napos határidőt kapott a *praetortól* a bizonyítékok feltárására és összegyűjtésére.

Cicero Szicíliába utazott, és megkezdte azon bizonyítékok összegyűjtését, amelyeket a második beszéd második, harmadik, negyedik és ötödik könyvében adott közre. Az új helytartó, L. Caecilius Metellus minden lehetséges eszközzel megpróbálta hátráltatni és akadályozni a vádlót: bizonyítékokat sikkasztatott el, megtiltotta a tanúknak, hogy megjelenjenek Cicero előtt, illetve Rómában, keményen megfenyegette a közösségeket, arra az esetre, ha Verres ellen mernének vallani. Metellus eljárásának hátterében a Verresszel kötött alku állt: a 69-es év *consuli* méltóságát Verres fővédője, Q. Hortensius Hortulus és a helytartó fivére, Q. Caecilius Metellus akarta elnyerni, az egyik *praetori* tisztségre pedig a helytartó másik fivére, M. Caecilius Metellus pályázott – Verres ígéretet tett választási hadjáratuk finanszírozására. A Rómába a megadott határidőre visszatérő Cicerót újabb akadály várta: Verres szövetségesei az achaiai zsarolási ügyek kapcsán újabb (színleges) vádlót állítottak, aki a bizonyítékok megszerzését száznyolc nap alatt vállalta. A *praetor* a nyomozási időnek megfelelően tűzte ki a tárgyalást, a szicíliai ügyeket az achaiai zsarolás miatti per mögé sorolta, s így az első tárgyalásra 70. augusztus 5-én kerülhetett csak sor.

Az időhúzásra amiatt volt szükség, mert 70-ben Cn. Pompeius Magnus és M. Licinius Crassus töltötték be a *consuli* méltóságot, akik a sullai restauráció intézkedéseit nagyban visszاسzorították, megszüntették a szenátorok bíraskodási privilégiumát, és visszaállították a néptribunusok jogait – ezért Verres hívei megpróbálták taktikájukkal a pert a következő évre halasztatni, aminek az idő is kedvezni látszott, hiszen a törvény előírása miatt a *crimen repetundarum* miatt folyó eljárásban legkorábban két tárgyalás után születhetett ítélet, augusztus közepétől november közepéig pedig néhány hét kivételével az egymást követő négy hosszabb ünnep miatt szünetelt a törvénykezés. (A *Ludi votivi* augusztus 16-a és szeptember 1-je, a *Ludi Romani* szeptember 4-e és 19-e, a *Ludi Victoriae* október 26-ától november 1-je, a *Ludi plebeii* pedig november 4-e és 17-e között zajlottak.) Július végén lezajlottak a választások, Horetnsius és Q. Caecilius Metellus lettek a 69-es év *consuljai*, M. Caecilius Metellus pedig elnyerte az egyik *praetori* tisztséget – úgy tűnt, hogy a véletlen is Cicero ellen dolgozik, minthogy a sorsolással a *praetorokhoz* hozzárendelt *quaestiók* közül M. Caecilius Metellus a következő évre éppen a zsarolási ügyekben bíraskodó törvényszék elnöki tisztségét kapta meg, vagyis azét, amely Verres ügyében ítélni volt hivatott. Az egyetlen kedvező fordulatot az hozta, hogy Cicerót 69-re *aedilisszé* választották.

Augusztus 5-én kezdetét vette az első tárgyalás, amelyen Cicero bejelentette, hogy eltekint a szokásos, hosszú és átfogó vádbeszédtől, és ellenfelei halogató taktikáját keresztülhúzva hozzákezd a bizonyítási eljáráshoz, vagyis a tanúk kihallgatásához és az okiratok bemutatásához, amellyel világossá fogja tenni, hogy három éves helytartói működése alatt Verres negyvenmillió *sestertius* zsarolt ki a szicíliaiaktól. Verres és Hortensius tehetetlenül nézték a váratlan fordulatot, az első tárgyalás, amely immáron nem hagyott kétséget a vádlott bűnössége felől, augusztus 13-án befejeződött. Mire két ünnepsorozat végén, szeptember 20-án a törvényszék ismét összeült, Verres – összerabolt kincseivel együtt – önkéntes száműzetésbe ment, ami a bűnösség beismerésével egyenértékű volt. Nem maradt más hátra, mint a büntetési összeg megállapítása (*litis aestimatio*), amit a törvényszék az éppen még lefoglalt javakkal arányban neveltségesen alacsony összegben, háromezer *sestertius*-ban határozott meg.^[4] Mindazonáltal a per sikeres befejezést nyert: Verres további pályafutásának reménye semmivé vált, a tartományi helytartók számára a események elrettentő példaként szolgáltak, Cicero pedig Hortensiust legyőzve immáron vitathatatlanul Róma első törvényszéki szónoka lett.

A tanulmánykötet – ellentétben a műfajra olykor jellemző sajátossággal – egységes látásmóddal elemzi a *Verrinák*-at, amint ezt a tanulmányok közti számos keresztthivatkozás is bizonyítja, s a szerzők egyetértenek abban, hogy a *Verrinák* bizonyos szempontból többet mondanak el Ciceróról és pertaktikájáról, mint magáról a szicíliai helyzetről. Andrew Lintott tanulmánya (*The Citadel of the Allies*) behatóan elemzi a per lefolyását, politikai háttérét, a beszédek és a köztársasági kor *quaestio*s perrendjének viszonyát, külön kitérve a *crimen repetundarum* büntetőjogi és büntetőeljárásai jellegzetességeire. Kathryn Tempest írása (*Saints and Sinners: some thoughts on the presentation of character in Attic oratory and Cicero's Verrines*) a cicerói jellemábrázolási technika attikai előképeire vet fényt, alaposan feltárva a Cicero által Verresről festett kép realitásának kérdéskörét, illetve a Verres-kép megalkotása során alkalmazott toposzok rendszerét. Ennek kapcsán ki kell emelnünk, hogy nézetünk szerint a Cicero által Verres szicíliai helytartóságáról festett rendkívül komor kép első látásra túlzónak látszik, és – tekintettel arra, hogy az teljes valójában csak a második, a vádlott száműzetésbe vonulása után keletkezett második, soha el nem hangzott, a cáfolat lehetőségét eleve kizáró beszédben bontakozik – talán bizonyos pontokon valóban egyoldalúnak tűnhet, ám azt a felsorakoztatott tanúvallomások és okiratok alapján mégis helytállóknak kell ítélnünk. Cicero nem csupán szörnyetegnek, hanem a történelemben példátlan szörnyetegnek ábrázolja Verrest, azonban éppen az egyéb zsarolási ügyek, amelyekben Cicero védőként lépett fel, azt engedik valószínűsíteni, hogy bizonyos visszaélései korántsem tekinthetők egyedülállóknak és példátlanoknak a köztársaság utolsó századában. Míg a Rómában tevékenykedő *magistratusok* intézkedései ellen *collegájuk*, illetve *collegáik*, valamint a néptribunusok felléphetek, addig a provinciai *magistratusok* esetében kizárólag a szenátusi ellenőrzés működött – illetve

működhetett volna, amennyiben a szenátust nem foglalta volna le egyfelől az ekkortájt egyre viharosabbá váló kül- és belpolitika, másfelől pedig nem kovácsolta volna össze a rend tagjait legtöbbször alig megbontható véd- és dacsövetség. A provinciai *magistratusok* tehát bizonyos mértékben önmérsékletükre és jellemzilárdságukra voltak utalva, ám ezen értékeket a polgárháborús időszak zűrzavara nagyban aláásta.

Catherine Steel tanulmánya (*The Rhetoric of the de Frumento*), Sylvie Pittia írása (*Les Données Chiffrées dans le De Frumento de Cicéron*) és Jean Andreau munkája (*Registers, Account-Books, and Written Documents in the De Frumento*) a Verres elleni második beszéd harmadik könyvének különböző, gazdaság-, jog- és retorikatörténeti aspektusait dolgozza fel. A beszéd, vagyis az utókor által *De re frumentaria*, illetve *De frumento* címmel ellátott *oratio* témája nem más, mint Szicília mezőgazdaság, gabonahozadéka, a gabona piaci ára, az adóki szabás és - behajtás módja, és a jogosulatlan adókövetelések törvényellenes kizsarolása. A harmadik könyvben foglalt jogsértések képezik a vád szigorú értelemben vett tárgyát, vagyis a Verres által elkövetett zsarolás, amit Cicero olyan részletekkel, a jogi és gazdasági háttér olyan gondos feltárásával, hogy szinte minden további magyarázatot feleslegessé tesz. Amikor a szónok Verres Rómában elkövetett tetteit sorolja, nem ad hosszabb háttérleírást, hiszen bizvást számíthatott arra, hogy közönsége kellőképpen ismeri a viszonyokat, a szicíliai események lebeszélése kapcsán azonban kénytelen a helyi viszonyokban nem ismerő rómaiak előtt részletesen feltárni a jogi, gazdasági, közigazgatási és adóügyi hátteret, alaposan taglalva a tizedadó jellegzetességeit, a Rómának kötelezően eladandó gabona és a gabona becsült- és piaci értékének viszonyát.^[5] A beszéd legnagyobb része a tizedadó kérdésével foglalkozik,^[6] e rész hosszú bevezetésében^[7] Cicero a szicíliai adórendszert^[8] és a Verres által kialakított „adóztatási politikát” tárgyalja.^[9] A III. századi *lex Hieronica* által kialakított adóztatási rendszer főbb jellemzőinek vázolója után rátér Verres működésének kétirányú, mind Rómára, mind Szicíliára kiható kártékonyására. A bevezető részt követik a tényleges vádpontok, a tizedadó kizsarolása során a szicíliaiak ellen elkövetett jogsértések.^[10] Cicero először azon földművesek sorsát írja le, akiknek tizedadóját egyéni megállapodás keretében adták bérbe,^[11] majd az egész közösségek tizedadójának bérbeadását taglalja;^[12] ennek során Verres és bűntársai a következő terheket rakták a közösségekre, illetve városokra: a tizedadót, pontosabban azt, amennyiért az adóbérlők a tizedadót bérbe vették, a bérlő azon „nyereségét”, amit Verres tulajdonított el, a bérlő nyereségéül rendelt összeget. Ezen visszaélések katasztrofális következményekkel jártak Szicília számára: a földművesek tömegesen menekültek el földjeikről, s így számtalan föld maradt paragon veszélybe sodorva a következő évek termését.^[13] A harmadik könyv következő része a Rómának kötelezően eladandó gabonának (*frumentum emptum*) a helytartó általi felvásárlását és begyűjtését tárgyalja.^[14] A *frumentum emptum* nem adónemnek, hanem a tartomány által a szenátus által esetenként meghatározott ellenérték fejében teljesítendő szolgáltatásnak számított; e gabona

felvásárlásával és begyűjtésével a szenátus abban az esetben bízta meg a helytartót, amikor Róma gabonáinséget szenvedett. Verres helytartóságának mindhárom évében feladatul kapta a szenátustól, hogy e kényszervásárlást lebonyolítsa, s ehhez az államkincstár rendelkezésére is bocsátotta a szükséges összeget. A helytartó a helyzetet „természetesen” saját nyereszkezésére használta fel.

Julien Dubouloz tanulmánya (*La juridiction du gouverneur provincial. Réflexions sur les Verrines comme sources pour l'histoire du droit*) a hírhedtté vált *ius Verrinum*mal, Verres provinciai jogszolgáltatását és közigazgatási intézkedéseit, vagyis jórészt a Verres elleni második beszéd második könyvben leírtakat elemzi. Ennek keretében Cicero öt nagy kérdéskörrel foglalkozik: Verres jogszolgáltatási visszaéléseivel a magán-^[15] és a büntetőjogi perekben,^[16] a tisztségek betöltése kapcsán elkövetett vesztegetési ügyekkel,^[17] a saját felállítandó szobraitra begyűjtött pénzekkel^[18] és Verresnek az adóbérlőkkel ápolt viszonyáról.^[19] A meglehetősen hasonló tényállások sematikusságát Cicero rövid *excursus*okkal igyekszik tarkítani, a prototípusként szolgáló ügyek elbeszélése mellett képszerű leírást ad Verres kíséretéről és a szicíliai törvénykezési rendről, majd visszatér az örökösödési ügyek jogtipró jogszolgáltatásának elbeszéléséhez.^[20] Alaposabban szemügyre véve a beszédben olvasható elbeszéléseket és tényállásokat, az általános cicerói jellemzés – kiváltképp, ami a helyi lakosokat illeti – nem mentes az ellentmondásoktól. A Heraclius-ügy kapcsán felbukkan két szicíliai kollaboráns, Cleomenes és Aeschrio,^[21] kiderül a syracusaei hatóságok bűnrészessége,^[22] Epicratest és Sopatert helybeli feljelentik juttatják Verres kezére,^[23] Sthenius ellen néhány polgártársa szolgáltat készségesen vádat,^[24] Timarchides a mindenütt a felszín alatt lappangó viszályokat fordítja maga és gazdája javára, s ezek felderítésében helyi lakosok sietnek besúgóként segítségére,^[25] a hivatalukhoz maguk is vesztegetéssel jutott *ensorok* készségesen asszisztálnak Verresnek polgártársai további adókkal történő sanyargatásához.^[26] Mindebből arra a következtetésre juthatunk, hogy Verrest dolgát jelentősen megkönnyítette a Szicíliában burjánzó korrupció, s hogy a helybeliek egy része nem mint minden hitványságot megtestesítő szörnyre tekintett rá. Cicero a szicíliai adóbérlőket is megkísérli tisztázni a Verresszel folytatott készséges együttműködés vádja alól, ám érvelése ezen a ponton nem túlságosan meggyőző: az ügy körülményeinek leírása alapján aligha valószínűsíthető, hogy egyedül Carpinatius mutatkozott hajlandónak arra, hogy Verresszel kölcsönös előnyöket biztosító megállapodást kössön.^[27]

Malcolm Bell tanulmánya (*Apronius in the Agora: Sicilian Civil Architecture and the Lex Hieronica*) elsősorban régészeti szemszögből közelíti meg a kérdéskört: a leletek és a *Verrinák*ban olvasható információk összevetésével viszi az olvasót közelebb a szicíliai építészethez és a Verres által elkövetett visszaélések gyakorlati kivitelezési lehetőségeihez. Jérôme France írása (*La loi de Hiéron et les Romains de Jérôme Carcopino: Altermumswissenschaft et histoire économique en France au début du 20^e siècle*) azt a tudománytörténeti kérdést vizsgálja, hogy

mely körülmények indították 1919-ben arra, hogy megírja a *lex Hieronicával* foglalkozó monográfiáját, vagyis a *Verrinák* és a szicíliai adórendszer első nagy ívű feldolgozását fényt vetve a gazdagságtörténet egy jelentős alkotására s egyúttal emléket állítva egy kiváló ókorásznak.

A kötet címe – stílusosan – nem más, mint a *Verrinák*ból vett reminiszcencia: a tizedadó tekintetében irányadó, II. Hiero (275–215) syracusaei uralkodó által megalkotott rendeletet a rómaiak egész Szicíliára kiterjesztették mint *lex Hieronicát*, a sziget tehát mintegy *Róma éléskamrájával és a római nép táplálójával* szolgált.^[28]

^[1] A Verres elleni beszédek – első alkalommal – magyar nyelven lásd *Marcus Tullius Cicero, Válogatott vádbeszédek*. Fordította, jegyzetekkel ellátta és a bevezetést írta Nótári Tamás. Szeged 2010.

^[2] A *Verrinák*hoz bővebben lásd Bleicken, J.: *Cicero und die Ritter*. Göttingen 1995; Degenkolb, H.: *Die Lex Hieronica und das Pfandungsrecht der Steuerpächter. Beitrag zur Erklärung der Verrinen*. Berlin 1861; Eppers, M.–Heinen, H.: *Zu den servi Venerii in Ciceros Verrinen*. In: Vincenzo, G. (ed.): *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino I. Napoli 1984*. 219–232; Frazel, Th. D.: *The Composition and Circulation of Cicero's In Verrem*. *Classical Quarterly* 2004/1. 128–142; Frazel, Th. D.: *The Rhetoric of Cicero's 'In Verrem'*. *Hypomnemata* 179. Göttingen 2009; Gerber, S.: *Die Statthalterschaft des Verres auf Sizilien unter besonderer Berücksichtigung der res frumentaria*. Rostock 2006; Neumeister, Chr.: *Grundsätze der forensischen Rhetorik*. München 1964.

^[3] Vö. Cic. Verr. 1, 40.

^[4] Plut. Cic. 8, 1.

^[5] Cic. Verr. 2, 3, 10–12.

^[6] Cic. Verr. 2, 3, 12–163.

^[7] Cic. Verr. 2, 3, 12–52.

^[8] Cic. Verr. 2, 3, 12–39.

^[9] Cic. Verr. 2, 3, 39–52.

^[10] Cic. Verr. 2, 3, 53–129.

^[11] Cic. Verr. 2, 3, 53–66.

^[12] Cic. Verr. 2, 3, 66–118.

^[13] Cic. Verr. 2, 3, 119–129.

^[14] Cic. Verr. 2, 3, 163–187.

^[15] Cic. Verr. 2, 2, 17–67.

^[16] Cic. Verr. 2, 2, 68–118.

^[17] Cic. Verr. 2, 2, 118–136.

^[18] Cic. Verr. 2, 2, 137–168.

^[19] Cic. Verr. 2, 2, 169–191.

^[20] Cic. Verr. 2, 2, 17–25. 26–34. 35–67.

^[21] Cic. Verr. 2, 2, 36.

^[22] Cic. Verr. 2, 2, 43. skk.

^[23] Cic. Verr. 2, 2, 54. skk.; 68.

^[24] Cic. Verr. 2, 2, 89. skk.

^[25] Cic. Verr. 2, 2, 120. skk.

^[26] Cic. Verr. 2, 2, 131. skk.

^[27] Cic. Verr. 2, 2, 269. skk.

^[28] Vö. Cic. Verr. 2, 2, 5.

Oliver Wendell Holmes, Jr.^[1] A jog ösvénye*

– Fordította: Molnár András –

Amikor a jogot tanulmányozzuk, nem egy rejtéllyel foglalkozunk, hanem egy jól ismert szakmával. Azt tanulmányozzuk, mit akarunk tenni, abból a célból, hogy fellépjünk a bíróságok előtt, vagy hogy olyan tanácsokat adjunk az embereknek, melyek révén elkerülhetik a bíróságokat. Azért beszélhetünk szakmáról, az emberek azért fizetnek az ügyvédeknek a perbeli képviselőért vagy a jogi tanácsadásért, mert az olyan társadalmakban, mint amilyen a miénk is, bizonyos körülmények között a közhatalom fölötti rendelkezést a bíróságokra ruházzák, melyek, amennyiben szükséges, a teljes államhatalmi apparátust igénybe veszik ítéleteik és határozataik érvényre juttatása érdekében. Az emberek tudni akarják, milyen körülmények között, meddig mehetnek el anélkül, hogy megkockáztatnák a konfrontálódást valamivel, ami náluknál sokkalta erősebb, így módon a feladat: meghatározni, mikor fenyeget ennek veszélye. Vizsgálódásunk tárgya tehát jóslás, méghozzá annak megjósolása, mikor lép működésbe a közhatalom a bírósági rendszer felhasználása révén.

A vizsgálódás eszközt ezen ország, illetve Anglia döntvénytárainak, értekezéseinek, jogszabályainak hatszáz évre visszanyúló tömege szolgáltatja, mely manapság százas nagyságrendben gyarapodik évente. E szibillai levelekben található elszórt múltbéli próféciák később felbukkanó esetekre vonatkozóan. Ezeket találóan a jog orákulumainak nevezik. A jogi gondolkodás minden új törekvésének messze legfontosabb, jószerint kizárólagos célja az, hogy a próféciákat pontosítsák, valamint hogy egy átfogó, összefüggő rendszerben általánosítsák őket. A folyamat ugyanaz, legyen szó a perbeszédét előadó ügyvédről, aki, amennyire teheti, minden, az eset tényvázlatára rakódó drámai elemet kigyomlál, és csak a jogi jelentőséggel bíró tényeket tartja meg, vagy éppen az elméleti jogtudomány végső elemzéseiről és absztrakt univerzáléiról. Az ügyvéd azért nem említi meg, hogy a szerződéskötés során ügyfele fehér kalapot viselt – noha Mrs. Fürgenyelv bizonyára hosszasan áradozna róla, csakúgy, mint az aranyozott kehelyről és a kandalló lángjáról –, mert látja előre, hogy a közhatalom ugyanúgy fog viselkedni, bármily fejfedő is legyen az ügyfélen. A cél a próféciák megjegyzésének és megértésének könnyítése, ezért fejezik ki általános propozíciók formájában, és foglalják szövegekbe a múltbéli döntések tanításait, valamint ezért alkotnak általános megfogalmazású jogszabályokat. Az alapvető jogok és kötelezettségek [*primary rights and duties*], melyekkel a jogtudomány foglalatostkodik, szintén nem egyebek, mint próféciák. A jogi és morális eszmék összekeverésének – melyről nemsokára lesz még mondanivalóm – egyik káros hatása a sok közül, hogy az elmélet hajlamos a

szekeret a lovak elé fogni, és valami olyasminak gondolja a jogot vagy kötelezettséget, ami megszegésének következményeitől elkülönítve, függetlenül létezik, a megszegést pedig utólag követik bizonyos szankciók. Pedig, amint azt bemutatni igyekszem, az úgynevezett jogi kötelezettség nem egyéb, mint annak megjósolása, hogy ha valaki bizonyos dolgot megtesz vagy elmulaszt, a bíróság ítélete folytán ilyen vagy olyan következményt kényszerül elszenvedni – s ugyanez áll a jogosultságokra is.

Ha általánosítjuk őket és rendszert faragunk belőlük, jóslataink mennyisége nem kezelhetetlenül nagy. Véges számú dogmák halmazaként jelennek meg előttünk, melyek belátható időn belül elsajátíthatók. Nagy hiba megriadni a döntvénytárak egyre emelkedő számától. Adott joghatóságon belül egy emberöltő leforgása alatt születő döntvénytárak jóformán a teljes joganyagot lefedik, és újrafogalmazzák a jelenkor szempontjából. Ezekből rekonstruálhatjuk a jog anyagát akkor is, ha a korábban születettek mind a lángok martalékává válnak. A régebbi döntvénytárak használata főképp történeti jellegű, alkalmazásuk kapcsán lesz még néhány megjegyzésem, mielőtt előadásom végéhez érnek.

Megkísérlek lefektetni néhány alapelvet e jognak nevezett dogmaösszesség vagy jóslatrendszer tanulmányozására, hogy akik tevékenységükhöz eszközként kívánják felhasználni, képesek legyenek önnön javukra jóslatokat nyerni, valamint, tekintve, hogy tanulmányunkhoz kapcsolódik, szeretnék felvázolni egy ideált, melyet jogrendünk mindazonáltal még nem valósított meg.

A téma gyakorlatias felfogásának első lépése korlátainak megismerése, ezért helyénvalónak tartom, hogy rögtön kimutassam és megcáfoljam az erkölcs és a jog összekeverését, ami olykor eléri a tudatosan kimunkált elmélet szintjét, de legtöbbször, mi több, rendszerint anélkül zavarja meg a részletkérdések elemzését, hogy a tudatosság szintjét elérné. Kristálytiszta látható, hogy a rossz embernek épp annyi indoka lehet elkerülni a közhatalommal való konfrontálódást, mint a jónak, s ezzel az erkölcs és a jog elválasztásának gyakorlati jelentősége is belátható. Aki fittyet hány az etikai szabályra, melyet szomszédai elismernek és betartanak, mindazonáltal valószínűleg nagy gonddal igyekszik elkerülni, hogy fizetnie kelljen, és ha egy mód van rá, börtönbe sem kíván jutni.

Biztosra veszem, hogy a hallgatóságból senki nem esik abba a tévedésbe, hogy mondanivalómat cinizmusként értelmezze. A jog morális életünk tanúja és letéteményese a külvilág felé. Története fajunk morális fejlődésének története. Művelése minden közhiedelemmel ellentétben jó állampolgárokat és jó embereket formál. Amikor a jog és az erkölcs különbségét hangsúlyozom, azt egyetlen cél szem előtt tartásával teszem, a jog tanulmányozásának és megértésének célzatával. E célból magabiztosan ismerni kell sajtáságos jegyeit, ezért most arra kérek mindenkit, hogy egy pillanatra tegyen úgy, mintha közömbös lenne egyéb, magasztosabb kérdések iránt.

Nem állítom, hogy nem létezik tágabb nézőpont, melyből szemlélve a jog és morál elválasztása másodlagossá, sőt, jelentéktelenné zsugorodik, ahogy minden matematikai különbségtétel semmivé válik a végtelen árnyékában. Azt viszont

fenntartom, hogy az ehelyütt mindnyájunk által szem előtt tartott célt tekintve – vagyis hogy megfelelően tanulmányozzuk és elsajátítsuk a jogot mint jól körülírt korlátokkal rendelkező gyakorlati tevékenységet, mint szilárd határok közé szorított dogmák összességét – a különbségtétel elsődleges fontosságú. Az imént bemutatam milyen gyakorlati okból állítható ez. Ha a jogot akarjuk megismerni, és semmi mást, úgy kell tekintenünk rá, mint a rossz ember, aki csak azon érdemi következményekkel foglalkozik, melyeket ismeretei alapján meg tud jósolni, nem mint a jó, aki magatartását, akár jogszerű, akár jogszerűtlen, a lelkiismeret homályosabb szankcióival indokolja. Az elkülönítés az elmélet szintjén sem kevésbé jelentős, ha a jog területén akarunk érvelni. A jog tele van az erkölcs területéről származó kifejezésekkel, és a nyelv pusztá ereje arra csábít, hogy egyik területről a másikra ugorjunk anélkül, hogy észlelnénk, márpedig bizonyosan így is teszünk, ha nem tartjuk folyamatosan észben a határokat. A jog jogosultságokról, kötelezettségekről, rosszhiszeműségről [*malice*],ⁱ szándékról [*intent*], hanyagságról [*negligence*], és hasonlókról ír, a jogi érvelésben pedig mi sem egyszerűbb, vagy úgy is mondhatnám, mi sem megszokottabb, mint hogy a vita valamely szakaszában e kifejezések morális jelentéstartalmát alkalmazzák, s ily módon tévedésbe esznek. Példának okáért, amikor morális értelemben beszélünk az ember jogairól, meg kívánjuk húzni az egyéni szabadságba való beavatkozás határát, melyet a lelkiismeret vagy eszményeink diktálnak, bárhogya is határozzuk meg ez utóbbiakat. Pedig elmondható, hogy sok olyan törvényt hajtottak végre a múltban, sőt, hajtanak végre napjainkban is, melyet a kor legfelvilágosultabb nézetei elítélnek, vagy legalábbis amely a többség lelkiismerete szerint túllépi a beavatkozás határát. Ezért nyilvánvaló, hogy csak fogalmi zavart eredményezne a feltételezés, miszerint az ember morális értelemben vett jogosultságai egyenértékűek az Alkotmány és a törvények értelmében vett jogosultságokkal. Semmi kétség, elképzelhetők egyszerű, szélsőséges törvények, melyeket a jogalkotó még az írott alkotmányos tilalmak hiányában sem merészelne meghozni, mert a közösség fellázadna és harcolna ellene; ennek okán pedig valamelyest kézenfekvő a tétel, miszerint a jog, ha nem is része az erkölcsnek, de általa korlátozott. E hatalomkorlátozás azonban nem bármely morális rendszer velejárója. A legtöbb esetben bőven e rendszereken belül van, noha némelykor túllépi azok határait, még hozzá bizonyos embercsoportok adott időszakban fennálló szokásai miatt. A néhai Agassiz professzor egyszer azt mondta, a német lakosság fellázadna, ha csak két centtel emelnék egy pohár sör árát. Ebben az esetben a törvény nem azért volna üres szó, mert helytelen, hanem mert végrehajthatatlan. Senki nem tagadja, hogy a helytelen törvények végrehajthatók, és végre is hajtják őket, és nem valószínű, hogy egyetértés születne a tekintetben, mely törvények helytelenek.

A zavar, amellyel foglalkozom, deklaráltan jogi természetű fogalmakat érint. Vegyük az alapvető kérdést: miből áll a jog? Vannak szerzők, akik azt tartják, hogy a jog valami más, mint amit Massachusetts vagy Anglia bíróságai eldöntöttek, hogy értelmi rendszer, hogy etikai elvekből, bevett axiómákból, vagy

akármilyen másból dedukált következtetések sokasága, melyek vagy összhangban állnak a döntésekkel, vagy nem. Ám ha magunkévá tesszük barátunk, a rossz ember szemléletét, láthatjuk, hogy emezt jottányit sem izgatják az axiómák és dedukciók, ellenben tudni akarja, ténylegesen milyen döntés várható Massachusetts és Anglia bíróságaitól. Sok szempontból egy rugóra jár az agyunk. Jómagam semmi körmönfontabbat nem értek a jog alatt, mint annak megjósolását, ténylegesen mit tesznek a bíróságok.

Vegyük ismét a jogi fogalmat, mely, mint széles körben ismert, a jog legtágabb fogalma – a jogi kötelezettség már emlegetett fogalmát. E kifejezést mindenféle erkölcsből származtatott tartalommal megtöltjük. De mit is értünk az alatt, hogy valaki rossz ember? Elsősorban és mindenekelőtt egy próféciát, miszerint ha bizonyos magatartást tanúsít, hátrányos következmények érik bebörtönzés vagy fizetési kötelezettség formájában. Na, de az ő nézőpontjából mi különbség van a meghatározott magatartásért kirótt pénzbírság és adó között? Az, hogy a jogelvek próbaköve az ő nézőpontja, számos bírósági vita folyamán bebizonyosodott, melyeknél az volt a kérdés, vajon a jogszabály által előírt felelősség büntetés, avagy adó. E kérdés megválaszolásán múlik annak eldöntése, hogy a magatartás jogilag helyes-e, vagy helytelen, valamint hogy az alany kényszer alatt áll-e, vagy szabad. A büntetőjogot félretéve, mi különbség van a malomtörvény vagy az állami kisajátítást [*eminent domain*] lehetővé tévő jogszabály által előírt kompenzációs kötelezettség, valamint a tulajdon rosszhiszemű átalakítása [*wrongful conversion of property*] között, mely utóbbi esetben a visszaállítás ki van zárva? Mindkét esetben arról van szó, hogy egyik fél elveszi a másik tulajdonát, ezért meg kell fizetnie annak esküdtszék által megállapított ellenértékét, sem többet, sem kevesebbet. Mi jelentősége van annak, hogy egyik elvételt a jog szempontjából helyesnek, a másikat helytelennek bélyegezzük? Az adott következmény, vagyis a fizetési kötelezettség tekintetében nem oszt, nem szoroz, hogy a hozzá kapcsolódó magatartást helyeslő vagy elmarasztaló módon írják le, illetve, hogy a jog tiltani, avagy engedélyezni törekszik. Ha valamit is számít, továbbra is a rossz ember nézőpontjából, az csak azért lehet, mert egyik esetben a jog további hátrányokat, de legalábbis további következményeket fűz az adott magatartáshoz, míg a másiban nem. Ám mindössze két jelentéktelen jogelv esetében tudtam valaha is elképzelni ilyen további hátrányokat, és mindkettő különösebb zavar nélkül kiiktatható a jogrendszerből. Az egyik az, hogy a tiltott cselekményre irányuló szerződés jogellenes, a másik pedig az, hogy ha több jogsértőnek csak egy része fizeti meg a teljes kártérítést, ez utóbbiak nem követelhetik a többiektől a rájuk eső hányad megtérítését. Úgy hiszem, ez az összes. Látható, hogyan konkretizálódik a kötelesség gondolatának homályos körülírása, amint leöntjük a cinizmus savával, és számúzunk mindent, aminek vizsgálódásunk tárgyához, vagyis a jog működéséhez nincs köze.

A jogi és morális eszmények keveredése sehol nem nyilvánvalóbb, mint a szerződési jogban. Többek között itt is olyan misztikus jelentőséggel ruházzák fel

az úgynevezett alapvető jogokat és kötelezettségeket, amely se nem indokolható, se nem magyarázható. Annak kötelezettsége, hogy a *common law* szerint betartsanak egy szerződést, nem több, mint egy jóslat, miszerint ha valaki megszegi, kártérítést kell fizetnie. Szerződésen kívüli károkozás [*tort*] esetén szintén kártérítésnek van helye. Szerződéstől való elállás esetén [*if you commit a contract*]ⁱⁱ ugyancsak, kivéve, ha a megjelölt esemény bekövetkezik – ez minden különbség. Persze ez a fajta szemlélet piszkálja azok csőrét, akik áldásosnak tartják, hogy annyi etikát csempészenek a jogba, amennyit csak bírnak. Lord Coke-nak mindazonáltal pont megfelelt, s ez esetben, mint oly sokszor máskor, magam is osztom a nézetét. A *Bromage v. Genning*-ügy¹²¹ során a Király Ítélszéke előtt az alsó fokon eljáró bíróság hatásköre hiányának megállapítását kérelmezték egy walesi per kapcsán, mely egy bérleti szerződés teljesítésére irányult, Coke pedig azt mondta, ez a bérbeadó szándékával ellentétes, mert azt akarja, hogy maga dönthessen arról, kártérítést fizet-e, vagy rendelkezésre bocsátja a dolgot. A felperes képviselőjében Harris hadnagy elismerte, hogy lelkiismerete ellenére járt el az ügyben, és az alsó fokú bíróság hatáskörének hiányát megállapították. Ez túlmutat célunkon, de jól illusztrálja, mi az, ami meglátásom szerint a kezdetektől fogva a *common law* nézőpontja, és szerény véleményem szerint Mr. Harriman tévesen vonja le eltérő következtetését a szerződésekről írott, remek könyvecskéjében.

Csak a *common law*-ról ejtettem szót, minthogy bizonyos esetekben logikusan alátámasztható, és értelmes módon megragadható a magánjogi felelősség kötelezettségek kiszabásaként való felfogása. Arról a viszonylag csekély számú esetről van szó, amikor az *equity* alapján ideiglenes intézkedést rendelnek el, és olyképpen hajtják végre, hogy fogdába zárják vagy egyéb módon megbüntetik az alperest, ha csak nem teljesíti a bíróság rendelkezésében foglaltakat. De aligha tanácsos általános elméletet kerekíteni a kivételekből, ezért úgy vélem, jobb, ha többé egyáltalán nem bajlódunk az alapvető jogokkal és a szankciókkal, mint hogy a jog által a közönséges esetekben megállapított felelősségi alakzatokra vonatkozó próféciáinkat ilyen alkalmatlan fogalmakkal próbáljuk kifejezni.

Az erkölcsből a jogba átemelt szavak további példajaként említettem a rosszhiszeműséget, a szándékot és a gondatlanságot. Ehelyütt elegendő, ha a rosszhiszeműségnek a károkozásért való magánjogi felelősségben – amit mi, jogászok, a szerződésen kívüli károkozás jogának [*law of torts*] nevezünk – használt fogalmát vesszük, hogy bemutassuk, az valami mást jelent a jogban, mint az erkölcsben, valamint mennyire elmosódott a különbség azáltal, hogy egyazon elnevezéssel illettek olyan elveket, melyeknek kevés, vagy semmi közük nincs egymáshoz. Háromszáz esztendővel ezelőtt egy lelkész, prédikáció közben, elmesélt egy Fox Mártírkönyvéből vett történetet, melyben egy férfi részt vett egy szent kízásában, majd ugyanolyan mértékű belső gyötrelmekről szenvedett, végül meghalt. Fox történetesen tévedett. A férfi életben volt, mi több, hallotta a

prédikációt, majd beperelte a lelkészt. Wray főbíró azt mondta az esküdtszéknek, hogy a férfi nem felelős, mert ártatlanul, rosszhiszeműség nélkül mesélte el a történetet. A rosszhiszeműséget morális értelemben, az ártó célzat értelmében használta. Manapság azonban senki nem vitatja, hogy bármilyen ártó célzat hiányában is megállapítható valakinek a felelőssége, ha nyilvánvalóan abból a célból állít valótlanúságot, hogy valós kárt okozzon. A perbeszédben rosszhiszeműnek kellene neveznünk az alperes magatartását; jóllehet, legalábbis véleményem szerint, a szó semmit nem árul el a célzatról, sem az alperes jövőhöz fűződő hozzáállásáról, pusztán annyit jelöl, hogy magatartása az adott körülmények között egyértelműen alkalmas volt rá, hogy valós kárt okozzon a felperesnek.

Az erkölcsi szóhasználat hasonló zavarodást eredményezett a szerződések jogában, mint azt részben – de csak részben – bemutattam. Az erkölcs az egyén pillanatnyi belső, gondolati állapotával foglalkozik, azzal, hogy ténylegesen mi a szándéka. Ez a gyakorlat a rómaiaktól kezdődően mindmáig hatással bírt a jogi nyelvre a szerződések vonatkozásában, a használt nyelv pedig a gondolatra reagált. Amikor szerződésről beszélünk, a felek egybehangzó akaratáról [*meeting of the minds of the parties*] beszélünk, ezért különféle esetekben azt a következtetést vonjuk le, hogy nincs szerződés, mert a felek akarata nem egyezik; vagyis más dolgot akartak, vagy az egyik fél nem tudott a másik beleegyezéséről [*assent*]. Ám semmi sem bizonyosabb, mint hogy a szerződés olyan dolgok vonatkozásában is köti a feleket, amelyeket egyikük sem akart, és olyan esetekben is, amikor az egyik nem tud a másik beleegyezéséről. Képzeljünk el egy megfelelő formában megkötött, írott szerződést, mely egy előadás megtartására vonatkozik, az időpont megjelölése nélkül. Az egyik fél azt gondolja, úgy értelmezik majd, hogy az ígéret alapján azonnal, egy héten belül kell teljesíteni. A másik szerint akkor, amikor felkészült. A bíróság azt mondja, ésszerű időn belül. A feleket a szerződés bírósági értelmezése köti, de egyikük sem azt gondolta, amit a bíróság kijelentése alapján mondott. Véleményem szerint nem érti igazán a szerződések elméletét, és soha nem lesz képes értelmesen megvitatni bizonyos alapvető kérdéseket az, aki nem érti meg, hogy minden szerződés formális, és a szerződés megkötése nem két elme adott szándékban való egyetértésétől függ, hanem külsődleges jelek két készletének azonosságától – nem attól, hogy a felek ugyanazt *szándékozták*, hanem attól, hogy ugyanazt *nyilatkozták*. Továbbá, minthogy a jelek különböző módokon érzékelhetők – látás vagy hallás útján –, a jel természetén múlik, mely pillanatban köttetett meg a szerződés. Ha a jel tapintható, példának okáért egy levél, a szerződés megkötésére az elfogadó nyilatkozat [*letter of acceptance*] kézbesítésekor kerül sor. Ha a felek egybehangzó akarata szükséges, nem jön létre a szerződés, amíg az ajánlat elfogadása nem olvasható – ahogy akkor sem, ha például egy harmadik személy kikapja az ajánlattevő kezéből az elfogadó nyilatkozatot.

Nem most van az ideje, hogy részletes elméletet dolgozzunk ki, vagy hogy ezen általános nézetek által ébresztett nyilvánvaló kérdésekre, kételyekre választ

adjunk. Tudtommal nincs közöttük olyan, melyet ne lehetne egyszerűen megválaszolni, most azonban mindössze annyit kívánok tenni, hogy egy sor útmutatás révén némi fényt vessek a jogi gondolkodás szűk ösvényére, valamint két buktatóra, melyek, ahogy én látom, veszedelmesen közel vannak hozzá. Ezek közül az elsőről eleget szóltam. Remélem, példáim mind az elmélet, mind a gyakorlat számára sikerrel illusztrálták a moralitás és a jog összekeverésének veszélyét, valamint a csapdát, melyet a jogi nyelvezet készít elénk az útnak ezen az felén. Ami engem illet, gyakran elfog a kétség, nem járnánk-e jobban, ha végleg száműzhetnénk a jogból minden morális felhangú szót, és más szavakat fogadnánk el a jogi konstrukciók kifejezésére, melyeket a jogon kívülről semmi nem színezett meg. Elveszítenénk a jogtörténet jókora részét őrző fosszilis döntvénytárakat, valamint az etikai asszociációk okozta fennköltséget, de a szükségtelen zavartól való megszabadulás révén elért gondolati tisztasággal nagyon sokat nyernénk.

Ennyit a jog korlátairól. A következőkben arról kívánok elmélkedni, milyen erők határozzák meg tartalmát és alkotási folyamatát. Feltételezhetjük Hobbeszal, Benthammal és Austinnal, hogy minden törvény a szuveréntól származik, akkor is, ha elsőként a bírók hirdetik ki őket, vagy azt, hogy a jog a korszellem hangja, vagy bármit, ami tetszik. Jelenlegi céloom szempontjából mindez lényegtelen. Még ha minden ítélet egy despotikus hatalommal bíró, szeszélyes császár szentesítéséhez lenne kötve, a jóslást szem előtt tartva akkor is abban lennénk érdekeltek, hogy valamilyen rendszert, valamilyen racionális magyarázatot, valamilyen alkotási elvet fedezzünk fel az általa lefektetett szabályokban. Minden jogrendszerben felfedezhetők efféle magyarázatok és elvek. Ezekhez kapcsolódik a második fontos tévedési lehetőség, melyet ki szeretnék fejteni.

Az általam bemutatni kívánt második tévedés az az elképzelés, hogy a jog fejlődésében szerepet játszó egyetlen erő a logika. Legtágabb értelemben véve ezen elképzelés valóban igaz volna. Arra a posztulátumra alapozzuk a világmindenségről alkotott felfogásunkat, hogy minden jelenség, valamint ezek előzményei és következményei között stabil, számszerűsíthető viszony áll fenn. Az a jelenség, amely nem rendelkezik e stabil, számszerűsíthető viszonyokkal, nem más, mint csoda. Kívül esik az okozatiság törvényein, és mint ilyen, meghaladja értelmi képességeinket, de legalábbis olyasmi, ami alapján nem érvelhetünk, vagy amit nem támaszthatunk alá érvekkel. Ha képesek vagyunk a világmindenségről gondolkodni, az azt a tulajdonságát előfeltételezi, hogy racionálisan felfogható, más szóval, minden része okozat és ok, éppúgy, mint az általunk legalaposabban ismert szegmensei. Vagyis a legtágabb értelemben véve igaz, hogy a jog, mint minden más, logikus módon fejlődött ki. A veszély, amelyről beszélek, nem annak elismerése, hogy más jelenségek vezérelve irányítják a jogot is, hanem azon elképzelés, hogy egy adott jogrendszer, például a miénk, bizonyos általános magatartási axiómák alapján kidolgozható, úgy, mint a matematikában. Ez az egyetlen természetes tévedés, de nem csak ott

találkozhatni vele. Egyszer egy kiváló bíró azt mondta nekem, hogy soha nem adja ki az ítéletet a kezéből, amíg teljes mértékben meg nem győződik annak helyességéről. Így a bírói különvéleményeket gyakran kárhozzatják, mintha pusztán arról tanúskodnának, hogy az egyik vagy a másik oldal nem végzi rendesen a munkáját, és ha többet fáradoznának vele, elkerülhetetlenül egyetértés születne.

E gondolkodásmód teljességgel természetes. A jogászképzés logikai képzés. A jogászok leginkább az analógia, elhatárolás, dedukció folyamataiban otthonosak. A bírói döntés nyelve elsősorban a logika nyelve. A logika módszere és formája csábító a biztonság és nyugalom utáni vágy számára, mely minden emberben jelen van. Ám a biztonság többnyire illúzió, az ember sorsa pedig nem a nyugalom. A logikai forma mögött a versengő jogalkotási indokok relatív értékére és fontosságára vonatkozó értékítélet rejtőzik, mely bár gyakran homályos és öntudatlan, mégis az egész folyamat gyökerét és neuralgikus pontját jelenti. Egy logikai formulából bármilyen következtetés levonható. Egy szerződésbe mindig beleérthetünk valamilyen feltételt. De miért értjük bele? Ennek oka valamiféle, a közösség, egy társadalmi csoport gyakorlatát illető elképzelés, vagy valamely politikai vélemény, röviden, valamely egzakt, számszerűsíthető módon nem megragadható, ezért egzakt logikai következtetések megalapozására alkalmatlan kérdéshez való hozzáállás. A csatateret igazából ezek a kérdések szolgáltatják, melyek végleges megválaszolására nincs megfelelő eszköz, és a kapott válasz legfeljebb egy adott csoport adott helyen és időben fennálló preferenciáját képes tükrözni. Nem is gondolnánk, a jognak milyen hatalmas része ki van téve az újragondolásnak a közgondolkodásban való bármily csekély változás esetén. Semmilyen konkrét proposíció nem magától értetődő, bármily készségesen is fogadnánk el, még Mr. Herbert Spencer alapvetése sem, miszerint minden ember joga azt tenni, amit szeretne, feltéve, hogy nem sérti embertársai hasonló jogosultságát.

Miért védelmezzük egy hamis és káros állítást, ha őszintén hangzott el egy inasról való információadás során? Azért, mert fontosabbnak gondolják az ismeretek szabad áramlását, mint a személy védelmét olyasmivel szemben, mely más körülmények között pereskedésre okot adó jogsértés volna. Miért indíthat valaki szabadon vállalkozást, melyről tudja, hogy csődbe sodorja embertársát? Azért, mert úgy tartják, a közjót a szabad verseny szolgálja a leghatékonyabban. Az efféle, relatív fontosságra vonatkozó ítéletek nyilvánvalóan a korrallal és a hellyel együtt változnak. Miért mondja a bíró az esküdtszéknek, hogy a munkaadó nem felelős a munkavállalónak a munkaviszonnyal kapcsolatban bekövetkezett kárért, hacsak az előbbi nem járt el gondatlanul, és miért dönt az esküdtszék jellemzően a felperes javára, ha elé viszik az ügyet? Azért, mert a hagyományosan jogunk részét képező irányelv alapján azokra az esetekre korlátozzák a felelősség megállapítását, amikor a körülmények ember előreláthatóan a károsodást, vagy legalább annak veszélyét, ezzel szemben a közösség igen sok esetben hajlamos a személyek bizonyos osztályát kötelezni, hogy garantálják azok biztonságát,

akkikkel egyezséget kötnek. E szavak papírra vetését követően értesültem róla, hogy hasonló garanciakövetelést mutatott be programja részeként az egyik legismertebb szakszervezet. A jogpolitika körül leplezett, félig öntudatlan csata zajlik, ha pedig bárki azt hinné, ez deduktíve, vagy egyszer s mindenkorra lerendezhető, csak azt válaszolhatom, hogy szerintem elméleti tévedésben leledzik, és meggyőződésem, hogy következtetését a gyakorlatban nem fogadják el *semper ubique et ab omnibus*.

Ami azt illeti, úgy vélem, még a kérdésről alkotott jelen elméletünk is újragondolás tárgya lehet, bár azt nem tudom megmondani, mit felelnék, ha újragondolási javaslattal állnának elő. Kártérítési jogunk a régi idők elszigetelt, nem általánosított sérelmeiből, testi sértéseiből [*assault*], rágalmazásaiból [*slander*], és hasonlókból származik, ahol a kártérítést az fizette, akit az ítélet erre kötelezett. Ám a korunk bíróságait foglalkoztató kártérítési ügyek főként jól ismert vállalkozások tevékenységének folyamánjai. Vasúttársaságok, gyárak, és hasonlók által okozott személyi vagy vagyoni sérelmek. A felelősség mértékét itt becsléssel állapítják meg, ami előbb-utóbb megjelenik a köz által fizetett árakban. Valójában a köz fizeti meg a kártérítést, és ha kellően messzire megyünk, a felelősség kérdése nem más, mint annak kérdése, milyen mértékben kívánatos, hogy a köz garantálja azok biztonságát, akiknek munkáját hasznosítja. Mondhatni, ilyen ügyekben annak esélye, hogy az esküdtszék az alperes javára döntsön, elenyésző, mi több, olykor önkényesen megtöri a jóvátétel szabályos menetét, különösen egy rendkívül elszánt felperes esetén, ezért jobb az ilyen eljárásokat megszüntetni. Másfelől, még egy élet gazdasági értéke is megbecsülhető, ezt pedig, mondhatjuk, semmilyen jóvátétel összege nem múlhatja felül. Elképzelhető, hogy egy nap, bizonyos esetekben, a *Leges Barbarorum*ban is megfigyelhető élet- és testrésztarifát utánozzuk majd magasabb szinten.

Úgy vélem, maguknak a bírácoknak sem sikerült kellőképpen felismerniük abbéli kötelességüket, hogy a társadalmi haszonról való elképzeléseket mérlegeljék. E kötelesség elkerülhetetlen, az e megfontolásoktól való, gyakorta hirdett bírói tartózkodás egyszerűen azt eredményezi, hogy az ítélet alapja és indokai homályosak, és gyakran öntudatlanok maradnak, mint azt említettem. Amikor a szocializmus először vált beszédtemává, a közösség jómódú osztályai jócskán megriadtak. Gyanúm szerint e riadalom mind nálunk, mind Angliában befolyásolta a bírói döntéseket, noha bizonyosan nem tudatos tényező az általam említett döntésekben. Úgy vélem, valami hasonló ösztönözte azokat, akik többé nem reménykedtek a törvényhozás befolyásolásában, hogy a bíróságokhoz mint alkotmányértelmezőkhöz forduljanak, így néhány bíróság előtt az alkotmányokban nem szereplő új elveket fedeztek fel, melyek általánosításával elfogadtathatók az ötven évvel ezelőtt domináns gazdasági nézetek, és egy testületre való jogász teljességgel megtilthatja mindazt, amit helytelennek ítél. Csak gyaníthatom, hogy ha a jogászképzés hatására a jogászok szokásává válna határozottabban és kifejezettebben tekintettel lenni az általuk lefektetett szabályt

igazoló társadalmi előnyre, olykor elbizonytalanodnának ott, ahol most magabiztosak, s belátnák, hogy valójában vitatható, sőt, gyakran égető kérdésekben foglalnak állást.

Ennyit a logikai forma buktatójáról. Most vegyük fontolóra a jognak mint vizsgálódásunk tárgyának jelenlegi állapotát, és az ideált, amely felé tart. Még messze állunk a szemléletmódtól, amelynek elérését kívánatosnak tartom. Mindmáig senki nem érte vagy éri el. Csak az elején járunk egy filozófiai reakciónak, valamint annak, hogy átgondoljuk azon doktrínák értékét, amelyeket túlnyomórészt még mindig adottnak vesznek, megalapozásuk minden tudatos, átgondolt, rendszerezett megkérdőjelezése nélkül. Jogfejlődésünk közel ezer éven át zajlott, akár egy növény fejlődése, minden nemzedék elkerülhetetlenül megtett egy újabb lépést, az elme, akár az anyag, egyszerűen engedelmessé vált a spontán növekedés törvényének. Tökéletesen természetes és helyénvaló, hogy így legyen. Az utánzásra szüksége van az emberi természetnek, mint azt M. Tarde, a nevezetes francia szerző illusztrálta *Les Lois de l'Imitation* című ragyogó könyvében. Legtöbb dolgunkat nem egyéb indokból tesszük, mint hogy atyáink is úgy tettek, vagy a szomszédunk is úgy tesz, és ez nagyobb mértékben igaz, mint azt gondolni vélnénk. Az indok jó, mert rövid életünk nagy hágy időt jobbra, de nem a legjobb. Csak mert arra kényszerülünk, hogy másodlagos forrás alapján biztosnak fogadjuk el a legtöbb szabályt, melyre cselekvéseinket és gondolatainkat alapozzuk, még nem következik, hogy ne kellene egyenként megkísérelnünk az ésszerűség rendjébe foglalni világunk egy kis szegletét, vagy hogy ne kellene mindnyájunknak addig tágítanunk az ésszerűség határait, amíg mindent magába nem foglal. Persze ami a jogot illeti, semmi kétség, az evolucionista csak húzódozva erősítené meg saját társadalmi eszményeinek, vagy a szerinte a jogalkotás során követendő elvek univerzális érvényességét. Megelégszik azzal, hogy itt és most bizonyítja azok legjobb mivoltát. Készséggel elismeri, hogy semmit nem tud a kozmoszban előfordulható abszolút jóról, sőt, azt is, hogy szinte semmit nem tud olyasmiről, ami az örökkévalóságig jó az embereknek. Ennek ellenére igaz, hogy a jogszabályok egy halmaza ésszerűbb és civilizáltabb akkor, ha minden egyes szabálya kifejezetten és határozottan vonatkozik valamilyen célra, valamint ha e célok kívánatosságának okai szavakba foglaltak vagy szavakba foglalhatók.

Jelenleg, ha tudni akarjuk, miért az adott formában létezik az adott szabály, valamint ha többé-kevésbé tudni akarjuk, miért létezik egyáltalán, rengeteg esetben a hagyományhoz fordulunk. Kutatjuk az évkönyvekben, vagy talán még azokon is túl, a száli frankok szokásaiban, és valahol a múltban, a germán erdőségekben, a normann királyok igényeiben, egy uralkodó társadalmi réteg előfeltevéseiben, ahol nem voltak általánosított gondolatok, felfedezzük a gyakorlati motivációit valaminek, amit most legfeljebb elfogadásának pusztán tényével igazolhatunk, valamint azzal, hogy az emberek hozzászórtak. A jog racionális tanulmányozása jórészt még mindig a történelem tanulmányozása. A történelmet muszáj tanulmányozni, mert nélküle nem ismerhetjük a megismerni

kívánt szabályok pontos terjedelmét. A racionális tanulmányozás része, mert ez az első lépés a felvilágosult szkepticizmus felé, vagyis a szabályok értékének józan átgondolása felé. Ha kicsalogatjuk a sárkányt a barlangból a mezőre, a napfényre, megszámlálhatjuk fogait és karmait, felmérhetjük erejét. De a kicsalogatás csak az első lépés. A következő az, hogy elpusztítjuk, vagy beidomítjuk, és hasznos állattá tesszük. Lehet, hogy a jog racionális tanulmányozását ma a betűk embere végzi, de a jövőben a statisztikák embere, a gazdaságtan ismerője fogja. Elképesztő, hogy nincs jobb indok egy jogszabály követésére, mint hogy IV. Henrik idején így alkották meg. De még elképesztőbb, ha megalkotásának indokai régóta megszűntek, és a rendelkezés pusztán a múlt vak utánczása révén él tovább. Az *ab initio* birtokháborítás [*trespass ab initio*]ⁱⁱⁱ technikai szabályára gondolok, melyet nemrégiben ismertettem egy massachusettsi ügyben.^[3]

Hadd illusztráljam röviden, hogy a társadalmi cél, amelyre a jogszabály irányul, hogyan válik homályossá, és hogyan valósul meg csak részben, azért, mert a szabály a fokozatos történelmi fejlődésnek köszönheti létét, ahelyett, hogy a célt tudatosan szem előtt tartva az egészet átalakították volna. Kívánatosnak tartjuk, hogy ne vegyék el idegenek az emberek dolgait [*property*], ezért a lopást [*larceny*] bűncselekménynek nyilvánítjuk. A jogsértő magatartás ugyanaz, akár olyan ember követi el, akinek a tulajdonos rakta a kezébe a dolgot, akár olyan, aki bűnös szándékkal elveszi. Ám a primitív jog a maga gyengeségében nem törekedett többre, mint hogy elejét vegye az erőszaknak, és természetes módon a bűncselekmény fogalmának részévé tette a dolog bűnös szándékkal történő elvételét, a birtok megsértését [*trespass*].^{iv} A modern korban a bírák valamelyest bővítették a meghatározást, amikor kimondták, hogy ha az elkövető megtévesztéssel [*trick or device*] jut a dolog birtokába, elköveti a bűncselekményt. Ez valójában a birtokháborítás megvalósulási feltételének a feladása volt, és logikusabb lett volna, emellett a jog jelenlegi célját jobban közelítő, ha egy az egyben elvetik a megvalósulási feltételt. Ez azonban túlságosan merésznek tűnt volna, ezért jogszabályi rendezésre hagyták a dolgot. A sikkasztást [*embezzlement*] büntető törvények születtek. Ám a hagyomány erejéből fakadóan a sikkasztás bűncselekményét mindmáig a lopástól annyira távol esőnek tartják, legalábbis egyes jogrendekben, hogy a tolvajoknak rendelkezésre áll egy kiskapu, és a lopásért való elítélés esetén panaszt emelhetnek amiatt, hogy sikkasztásért kellett volna elítélni őket, vagy sikkasztásért való elítélés esetén azt, hogy lopásért kellett volna, és ily módon megmenekülhetnek.

Sokkalta alapvetőbb kérdések is jobb választ igényelnek annál, hogy úgy teszünk, miként atyáink is. A vak sejtelen kívül mi egyébire hagyatkozhatunk annak megállapításakor, hogy a büntetőjog jelen formájában többet használ, mint árt? Nem időznék az elítélteket degradáló hatásnál, sem annál a kérdésnél, vajon a pénzbüntetés és a szabadságvesztés nem sújtja-e jobban a bűnöző feleségét és gyermekeit, mint magát a bűnözőt. Sokkal átfogóbb kérdésekre gondolok.

Elrettent-e a büntetés? Megfelelő elvek szerint kezeljük a bűnözőket? Modern kontinentális kriminológusok egy csoportja tollászkodik az elsőként állítólag Gall által felvetett formulával, miszerint a bűnözővel, nem a bűncselekménnyel kellene foglalkoznunk. A formula nem visz messzire, de a megkezdett vizsgálódások első ízben keresik a választ kérdéseimre tudományos alapon. Ha a tipikus bűnöző degenerált, akit olyasféle testi szükség készítet a csalásra vagy a gyilkosságra, mint ami a csörgőkígyót a marásra, hiábavalóság a szabadságvesztés klasszikus módszere általi elterelésről beszélni. Meg kell szabadulni tőle; nem jobbítható, nem riaszthatjuk el a testfelépítéséből következő reakciótól. Másfelől azonban, ha a bűnözés, csakúgy, mint a normális emberi viselkedés, főként utánzás eredménye, jó okkal számíthatunk rá, hogy a büntetéssel visszaszorítható. Egyes jól ismert tudósok szerint a bűnözők tanulmányozása az előbbi hipotézist erősíti meg. A példa átragadására legnagyobb esélyt biztosító zsúfolt helyek, mint a nagyvárosok, illetve a ragály lassabb terjedését lehetővé tevő, kevésbé lakott részek bűnözési statisztikáit nagy erővel alkalmazzák az utóbbi nézet alátámasztására. De akárhogyan is, komoly tekintéllyel bír az a kijelentés, hogy „nem a bűncselekmény természete, hanem a bűnöző veszélyessége jelentheti a bűnözővel szembeni elkerülhetetlen társadalmi reakció egyetlen ésszerű jogi kritériumát.”^[4]

A racionális általánosítás akadályai, melyeket a lopás szabályozásával illusztráltam, megmutatkoznak a jog, csakúgy, mint a bűnözés egyéb ágaiban. Vegyük a szerződésen kívüli károkozás jogát, és a hasonlókat. Létezik az ilyen felelősségi formák általános elmélete, vagy csupán felsorolják az eseteket, amelyekben előfordul, és mindet sajátos indokokkal magyarázzák, mint ahogy az könnyen hihető abból a tényből, hogy bizonyos jól ismert sérelemtípusok – mint a birtokháborítás, vagy a jóhírnév sérelme – orvoslására való perlési jognak megvan a maga sajátos története. Úgy vélem, feltárható egy általános elmélet, ami azonban inkább a tendencián nyugszik, mint a megalkotáson és elfogadáson. Szerintem a jog lehetővé teszi a perlést a vétőképes [*responsible*] személy által okozott valós sérelem esetén, ha a közvélekedés szerint, vagy saját, a hétköznapi meghaladó tapasztalata szerint – kivéve, ha speciális társadalmpolitikai indokból a jog nem védi a felperest, vagy privilégiumot ad az alperesnek^[5] – az általa ismert körülmények között cselekményének veszélyessége nyilvánvaló. Azt hiszem, a rosszhiszeműség, a szándék, a gondatlanság hétköznapi értelemben annyit jelent, hogy a cselekvő által ismert körülmények között többé-kevésbé nyilvánvaló volt a veszély, noha bizonyos privilegizált esetekben a rosszhiszeműség valódi ártó célzat is jelenthet, és az ilyen célzat megszüntetheti a sérelem okozására való engedélyt, mely máskülönben az elsőbbséget élvező közjó alapján így vagy úgy garantált lenne. Ám amikor egyszer egy igen kiváló angol bírónak fejtettem ki álláspontomat, ő ezt felelte: „ön most arról beszél, milyennek kellene lennie a jognak; arra a kérdésre, hogy mi a jog valójában, mutatnia kell egy jogosultságot. Senki nem felelős a gondatlan magatartásért, hacsak nem valamilyen kötelezettség alanya.” Ha kettőnk eltérése több volt, mint szóhasználatbeli, vagy

a kivételek és a szabály arányában fennálló különbség, akkor az ő véleménye szerint egy cselekményért fennálló felelősség kielégítő magyarázatához nem hivatkozhatunk arra, hogy az adott magatartás általában nyilvánvalóan alkalmas valós sérelem okozására, csak a kár sajátos természetére, vagy a cselekmény alkalmasságán kívül eső különleges körülményekből következtethetjük ki, melyekre nincs általánosított magyarázat. Ezen álláspontot hibásnak vélem, de ismerős, sőt, merem állítani, Angliában általánosan elfogadott.

Az elv alapja mindenhol a hagyomány, olyannyira, hogy hajlamosak lehetünk jelentősebb szerepet tulajdonítani a történelemnek, mint ami valójában megilleti. Egyszer Ames professzor egy tanulmányban kimutatta egyebek közt, hogy a *common law* nem ismeri el a csalárdságra való hivatkozást írásbeli szerződések megtámadása [*actions upon specialties*] esetén, és úgy tűnik, az a tanulság, hogy e védekezés személyes természete annak méltányossági eredetére vezethető vissza. Ha viszont, mint mondtam, minden szerződés formális, a különbség nem pusztán történeti, de elméleti is: vannak egyfelől alaki hiányosságok, melyek a szerződés létrejöttét is megakadályozzák, és vannak akarati hibák [*mistaken motives*], melyek nyilvánvalóan nem vehetők figyelembe semmilyen jogrendszerben, amelyet racionálisnak kívánunk nevezni, kivéve azokkal szemben, akik tudtak az akarati hibáról. Ez nem korlátozódik az írásbeli szerződésekre, hanem általánosan alkalmazható. Hozzá kell tennem, nem feltételezem, hogy Mr. Ames vitatná a felvetésemet.

Mindenesetre, ha megfigyeljük a szerződések jogát, azt látjuk, hogy tele van történelemmel. Az adósság [*debt*], a szerződés [*covenant*] és az ígéret [*assumpsit*] közötti eltérés pusztán történeti jellegű.^v Bizonyos, a jog által kvázi szerződéseként minden egyezkedés nélkül kirótt fizetési kötelezettségek osztályozása pusztán történeti jellegű. Az ellenszolgáltatás [*consideration*] tana pusztán történeti jellegű. A pecsétnek tulajdonított hatás egyedül történeti okokkal magyarázható. Az ellenszolgáltatás pusztán alakiság. Vajon hasznos alakiság? Ha igen, miért nem kötelező minden szerződésben? A pecsét pusztán alakiság, mely eltűnik a tekercsben és a rendelkezések között, melyek előírják, hogy ellenszolgáltatást kell nyújtani, pecsét ide vagy oda. Miért kellene engedni, hogy pusztán történeti jellegű elkülönítések befolyásolják az üzletemberek jogait és kötelezettségeit?

A jelen értekezés megírását követően felfedeztem egy kiváló példáját annak, hogy a hagyomány nem csupán keresztülhúzza a racionális társadalompolitikát, de úgy húzza keresztül, hogy először félreértették, valamint új, szélesebb hatókört tulajdonítottak neki, mint amellyel akkor rendelkezett, amikor még volt értelme. Anglia megszilárdult joga szerint az írásbeli szerződés egyik fél általi tartalmi megváltoztatása érvényteleníti azt az ő vonatkozásában. Ez a doktrína ellentétes a jogfejlődés általános tendenciájával. Nem azt mondjuk az esküdtszéknek, hogy ha valaki bármikor hazudott egy részlet tekintetében, vélelmezni kell róla, hogy mindenben hazudott. Még ha valaki meg is kísérelt csalárd módon eljárni, semmi nem indokolja, hogy ne kapjon lehetőséget az igazság bizonyítására. Az efféle

természetű kifogások általánosságban a bizonyítékok súlyát, nem befogadhatóságát alakítják. Továbbá, ez a szabály nincs tekintettel a családságra, és nem korlátozódik a bizonyítékokra. Nem pusztán arról van szó, hogy nem használható fel az okmány, hanem arról, hogy véget ért a szerződés. Mit jelent ez? Az írott szerződés léte annak a ténynek a függvénye, hogy az ajánlattevő és az ajánlat címzettje írásban nyilatkozatokat intéztek egymáshoz, nem pedig annak, hogy a nyilatkozatok tartósan fennálltak. Az adóslevél [*bond*] tekintetében azonban más volt a régi felfogás. A szerződés elválaszthatatlan volt a pergamentől. Ha egy idegen elpusztította, levakarta a pecsétet, vagy megváltoztatta, a hitelező, bármennyire is vétlen volt, nem nyerhetett elégtételt, mert nem lehetett előállítani az alperes szerződését, vagyis az általa lepecsételt, kézzelfogható adóslevelet, abban a formában, ahogyan őt kötelezte. Mintegy száz esztendővel ezelőtt Lord Kenyon arra vállalkozott, hogy saját elképzelését alkalmazza erre a hagyományra, ahogy néha tenni szokta a jog kárára, és mivel nem értette a jogot, kijelentette, hogy nem látja be, miért ne lehetne igaz más szerződésekre az, ami az adóslevelekre igaz. Annyiban történetesen helyesen döntött, hogy érintette a saját váltót [*promissory note*] is, melynek esetében a *common law* ismét elválaszthatatlannak tartotta a szerződést az azt tartalmazó papírtól, ám általános érvelést alkalmazott, mely hamarosan kiterjedt más írott szerződésekre is, és a kibővített szabálynak köszönhetően különféle abszurd és irreális irányelvek születtek.

Bízom benne, hogy azért, mert szabadon kritizálom, senki nem gondolja úgy, hogy tiszteletlenül beszélek a jogról. Nagyra becsülöm, és az emberi elme legóriásibb alkotásai egyikének tartom a jogot, különösen saját jogrendszerünket. Nálam jobban senki nem tudja, milyen mérhetetlenül sok kiváló intellektus szentelte már magát gyarapítására, jobbá tételére, noha e kísérletek legnagyobbiszerűbbike is eltörpül az egészhez képest. Örök tiszteletet érdemel azért, mert létezik, mert nem holmi hegeli álom, hanem az emberek életének része. Ám az ember illetheti kritikával, amit nagy becsben tart. A jog az a szakma, melynek életemet szenteltem, és nem mutatnék kellő elhivatottságot, ha nem tennék meg minden tőlem telhetőt jobbá tételére, valamint ha észrevennék valamit, ami szerintem ideális a jövőjét tekintve, mégis haboznék rámutatni, és teljes szívből törekedni felé.

Talán már elmondtam, amit kellett, hogy bemutassam, milyen szükségszerű szerepet játszik a történelem tanulmányozása a mai formájába létező jog értelmes vizsgálatában. Ebben az intézményben, valamint Cambridge-ben nem fenyeget annak veszélye, hogy alulértékelik. Itt Mr. Bigelow, ott Mr. Ames és Mr. Thayer fontos adalékokkal szolgált, melyeket nem fogunk elfelejteni, Angliában pedig a korai angol jog Sir Frederick Pollock és Mr. Maitland által nemrégiben írott története már-már megtévesztő csáberővel ruházza fel a témát. Ám óvakodnunk kell a régiségbúvárlat csapdájától, emlékezzünk, hogy a múlt iránti érdeklődésünket kizárólag az a szempont vezérli, milyen fényt vethetünk vele a jelenre. Remélem, eljön az idő, amikor a történelemnek a dogma magyarázatában

játszott szerepe elenyésző lesz, s az elmélyült kutakodás helyett az elérni kívánt célok tanulmányozására fordítjuk, valamint annak meghatározására, milyen okból kívánatosak. Hogy tegyünk egy lépést az ideális állapot felé, véleményem szerint minden jogásznak törekednie kellene a gazdaság megértésére. A politikai gazdaságtan és a jog iskoláinak jelenlegi különállása mutatja számomra, mekkora utat kell még bejárni a filozófiai tanulmányok területén. Ami azt illeti, a politikai gazdaságtan jelenlegi helyzetében nagyobb távlatokban találkozunk ismét a történelemmel, de itt az a feladatunk, hogy meghatározzuk és mérlegeljük a jogalkotási célokat, elérésük eszközeit, és az ezekkel járó költségeket. Megtanuljuk, hogy mindenért le kell mondanunk valami másról, és arra készítünk fel, hogy szembeállítsuk az elért előnyt a másikkal, amelyet elvesztünk, valamint hogy tudjuk, mit teszünk, amikor választunk.

Létezik még egy tudományág, amelyet a gyakorlatias gondolkodásúak olykor alábecsülnek, ám én szeretnék néhány jó szót szólni róla, noha úgy vélem, jókora adag silány terméket is ellátnak e címkével. A jogtudománynak nevezett tudományágra gondolok. A jogtudomány, ahogy én látom, egyszerűen a jog legáltalánosítottabb formája. Minden olyan törekvés, hogy az esetet szabállyá redukáljuk, jogtudományi törekvés, bár Angliában az elnevezést a legtágabb szabályokra és legalapvetőbb fogalmakra szűkítik. A nagy jogász egyik ismertetőjegye, hogy meglátja a legtágabb szabályok alkalmazását. A történet szerint egy vermonti békebíró elé került egy eset, melyben a felperes farmer a köpűje eltörése miatt perelte az alperest. A békebíró gondolkodási időt kért, majd kijelentette, hogy átnézte a jogszabályokat, de sehol nem volt szó köpűkről, ezért az alperesnek adott igazat. Hasonló szemléletmód jellemzi minden jogszabálykivonatunkat és szövegkönyvünket. A kezdetleges szerződési vagy kártérítési szabályok alkalmazását maguk alá gyűrik a vasúttársaságok és a távközlés, csak a „hajózáshoz” és a „méltányosság” hasonló történeti alkategóriákról szóló értekezéseket dagasztják, vagy egy önkényes címke alá rendelődnek, mint például a „kereskedelmi jog”, melyekről úgy vélik, tetszetősek a gyakorlatias elme számára. Ha az ember belefog a jogi szakmába, érdemes a mesterévé válnia, a jog mesterévé válni pedig annyit jelent, hogy átlátunk a drámai incidenseken és kiszűrjük a prófécia valódi alapját. Ezért hasznos dolog pontos fogalmat alkotni arról, mit értünk jog, jogosultság, kötelezettség, rosszhiszeműség, szándék, gondatlanság, tulajdonjog, birtok, stb. alatt. Tudok esetekről, melyekbe meglátásom szerint a legmagasabb szintű bíróságoknak is beletört a bicskája, mert e kérdések némelyikéről nem rendelkeztek tiszta elképzelésekkel. Már érzékeltetem jelentőségüket. Ha további illusztrációra volna szükség, Sir James Stephen *Criminal Law*-jának a birtokról szóló függelékének elolvasásával, majd Pollock és Wright élelslátó könyvének elolvasásával találhatók ilyenek. Nem Sir James Stephen az egyetlen szerző, akinek a jogi fogalmak elemzésére irányuló kísérletét megzavarja a minden jogrendszer haszontalan kvintesszenciájának kinyerésére való törekvés, ahelyett, hogy egyetlen egyrészletes anatómiáját adná. Austinnal az volt a gond,

hogy nem ismerte eléggé az angol jogot. Austin, előzményei, Hobbes és Bentham, valamint kiváló követői, Holland és Pollock ismerete mindazonáltal praktikus előnyt jelent. Sir Frederick Pollock újonnan megjelent kis könyvét átjárja a minden művét jellemző kifejezőkészség, és teljességgel mentes a római modellek zavaró befolyásától.

Az öregek fiatalokhoz intézett tanácsai éppoly valószínűtlennek tűnhetnek, mint egy lista a száz legjobb könyvről. Legalábbis az én időmben volt részem efféle tanácsokban, és az egyik legszembeötlőbb valószínűtlenségnek a római jog tanulmányozásának javaslatát tartom. Felteszem, e javaslat többről áll, mint néhány latin maxima összegyűjtése, melyekkel felcífrázhatjuk diskurzusunkat – Lord Coke ez okból ajánlotta Bractont. Ha mindössze ennyi a célunk, a *De regulis iuris antiqui* egy óra leforgása alatt elolvasható. Feltételezem, ha a római jog tanulmányozása helyénvaló, akkor működő rendszerként érdemes tanulmányozni. Ennek alapján a mieinknél sokkalta bonyolultabb és kevésbé értett technikai részletek sorát kell elsajátítanunk, valamint egy olyan történelmi folyamatot, mellyel nem is annyira saját jogunkat, mint a római jogot magyarázzuk. Aki ezt megkérdőjelezi, olvassa el Keller *Der Römische Civil Process und die Actionen* című értekezését a *praetori edictumokról*, Muirhead lenyűgöző *Historical Introduction to the Private Law of Rome*-ját, valamint, hogy tényleg minden esélyt megkapjon, Sohm remekbe szabott Institúcióit. Nem. Ha elfogulatlanul akarjuk szemlélni vizsgálódásunk tárgyát, nem valami mást kell olvasnunk, hanem magának a tárgynak a mélyére kell hatolni. Ennek módja mindenekelőtt, hogy a jogtudomány segítségével a legmagasabb szintű általánosításokig végigtekintjük a létező dogmaösszességet; majd a történelem ismeretében megállapítjuk, hogyan vált azzá, ami; végül pedig, amennyire lehetséges, fontolóra vesszük a szabályok által megvalósítani kívánt célokat, azok kívánatos voltának indokait, azt, hogy elérésükhöz miről kell lemondani, valamint, hogy megéri-e az áldozatot.

A jogban inkább szűkebben, mint nagy mennyiségben találhatunk elméletet, különösen a vizsgálódás ezen utolsó ágában. Amikor a történelemről beszéltem, a lopást hoztam fel példaként annak bemutatására, mennyire megszenvedti a jog, ha nem fogalmaz meg egy világos szabályt, amellyel beteljesítheti nyilvánvaló szándékát. Ebben az esetben a probléma a jóval korlátozottabb célokat szem előtt tartó korból fennmaradt alakításokból származott. Most szeretnék példát hozni a jog indokai megértésének gyakorlati jelentőségére a mai esetek vonatkozásában, méghozzá olyan szabályok köréből, amelyeket legjobb tudomásom szerint mindeközéig nem magyaráztak, vagy nem foglaltak elméletbe kielégítő módon. Az elévülési [*limitations*] törvényekre és az elbirtoklás [*prescriptions*] jogára gondolok. E szabályok célja nyilvánvaló, de mi módon igazolható, hogy az időmúlás következtében egy önmagában elítélendő tettet hajtunk végre: megfosztunk valakit a jogaitól? Olykor hivatkoznak a bizonyítékok hiányára, de ez csak másodlagos kérdés. Olykor a nyugalom kívánatoságára, de miért kívánatosabb a nyugalom húsz évvel később? Ahogy telik az idő, egyre valószínűbb, hogy jogalkotói beavatkozás nélkül is bekövetkezik. Egyesek szerint

ha valaki nem foglalkozik jogai érvényesítésével, nem kifogásolhatja, ha bizonyos idő után a jogrend is követi a példáját. Mármint, ha mindössze ennyi mondható el róla, akkor valószínűleg a felperes javára születne ítélet a következőkben előadott esetben; ha pedig az általam felvetett nézetet vesszük alapul, nagy eséllyel az alperes javára. Valakit birtokháborítás miatt perelnek, mire ő az úthasználat jogával védekezik. Bizonyítja, hogy húsz éven keresztül nyíltan és engedély nélkül [*openly and adversely*] használta az utat, ám kiderül, hogy a felperes egy olyan személynek adott használati jogot, akit megalapozottan vélhetett az alperes megbízottjának, noha ténylegesen nem volt az, ezért feltételezte, hogy az út használata engedélytől függött, mely esetben nem szerzhető jogosultság. Megszerezte az alperes az úthasználat jogát, avagy sem? Ha a jogszerzés a földtulajdonos hagyományos értelemben vett önhibájától [*fault*] és hanyagságától [*neglect*] függ, mint ahogy a jelek szerint a közvélemény tartja, nos, ez a fajta hanyagság nem áll fenn, az alperes nem szerzett úthasználati jogot. De az alperes ügyvédje helyében én azt javasolnám, hogy az időmúlás révén történő jogszerzés alapját annak szemszögéből vizsgáljuk, aki megszerezné a jogot, ne azéból, aki elveszítené. Sir Henry Maine nyomán divatosá vált kapcsolatba hozni a tulajdon archaikus fogalmát az elbirtoklással. Ám ez a kapcsolat a feljegyzett történelem első pillanatainál jóval messzebbre nyúlik vissza. Az emberi természetben rejlik. Ha az ember hosszú időn keresztül sajátjaként élvezett és használt valamit, legyen tulajdon vagy egy vélemény, az lényének részévé válik, bárhogyan is szerezte, és nem szakítható el tőle ellenállás és védekezési kísérlet nélkül. A jog nem várhat jobb igazolást a legmélyebb emberi ösztönöknél. Amikor arra hivatkoznak, hogy a korábbi tulajdonos hanyag magatartása révén engedte, hogy a kötelék öközött és az általa követelt dolog között fokozatosan elenyésszen, és a dolog másik személyhez kerüljön, csak arra a felvetésre válaszolnak, hogy megsértik a korábbi tulajdonos jogát. Ha valaki tudja, hogy olyan magatartást tanúsítanak, amelyről első ránézésre megállapítható, hogy efféle új kötelék létesítésére irányul, amellyel érvelnék, hogy az ő feladata és kockázata rájönni, hogy a másik az ő engedélyével cselekszik-e, továbbá intézkedni a figyelmeztetéséről, vagy ha szükséges, a megfékezéséről.

A jog tanulmányozásáról beszéltem, noha jóformán semmit nem szóltam arról, ami ennek kapcsán általában szóba kerül – sem a szövegekönvekről, sem az esetjogi rendszerről, sem az egész gépezetről, mellyel a hallgatók rögtön kapcsolatba kerülnek. Nem is áll szándékomban beszélni róluk. Az elmélet a témám, nem a gyakorlati finomságok. Kétségtelen, az én időmhöz képest fejlődtek az oktatás módszerei, de képességgel és szorgalommal bármilyen módszer segítségével úrrá lehet lenni a nyersanyagokon. Az elmélet a jog dogmájának legfontosabb része, ahogyan a ház építésénél is a mérnök a legfontosabb személy. Az elmúlt huszonöt év legjelentősebb fejleményei az elmélet terén mentek végbe. Szükségtelen attól tartani, hogy nem gyakorlatias, hiszen a jól képzettek számára ez pusztán a témában való elmélyedés. Az alkalmatlanok tekintetében olykor valóban igaz, hogy, mint említettem, az

általános tanok iránti érdeklődés a részletes tudás hiányát jelenti. Emlékszem, a seregben olvastam egy ifjúról, aki a leggyengébb osztályzatért küzdött, és a lovasosztag kiképzéséről kérdezték, mire ő azt felelte, hogy soha nem foglalkozott még tízezernél kevesebb ember fejlődésével. De a gyengéket és az ostobákat önnön butaságukra kell hagyni. Veszély akkor fenyeget, ha a jó képességű, gyakorlatias szemléletű emberek is közönyösen vagy bizalmatlankodva tekintenek olyan tanokra, amelyek távolról kapcsolódnak a szakmájukhoz. Egyszer hallottam egy történetet valakiről, aki a komornyikjának fizetett magas bért annak hiányosságai alapján számolta ki. Egyszer a következőt számolta ki: „Képzelőerő hiánya – öt dollár.” A hiányosságok nem korlátozódnak a komornyikokra. Manapság az ambíció, a hatalom tárgyát nagyon gyakran kizárólag a pénz jelenti. A pénz a célok legközvetlenebb formája, és a vágy megfelelő tárgya. „A vagyon”, mondta Rachel, „az intelligencia fokmérője.” Ez a mondat alkalmas rá, hogy kihajtsa az embereket a szélkergetők álmvilágából. Ám, Hegel szavaival,^[6] „végső soron nem az étvágy, hanem a szellem az, amit ki kell elégíteni.” Bármilyen mértékű képzelőerő számára nem a pénz a hatalom legnagyobb formája, hanem az eszmék ismerete. Aki nagyszerű példákra kíváncsi, olvassa el Mr. Leslie Stephen *History of English Thought in the Eighteenth Century* című művét, és nézze meg, miként váltak Descartes absztrakt spekulációi száz esztendővel a halála után az emberek magatartását irányító gyakorlati erővé. Olvassa a nagy német jogászok munkáit, és nézze meg, mennyivel inkább Kant vezérli a mai világot, mint Bonaparte. Nem válhatunk mindnyájan Descartes-tá vagy Kanttá, de mind a boldogságot keressük. A boldogság pedig, ezt biztosan tudom számos sikeres embertől, nem érhető el pusztán azáltal, hogy nagyvállalati ügyvédként dolgozunk, ötvenezer dolláros bevétellel. A szellem, mely kellően emelkedett a jutalom elnyeréséhez, a siker mellett további táplálékra éhezik. A jogot távolabbi, általánosabb aspektusai teszik az egyetemes érdeklődés tárgyává. Ezek által az ember nem pusztán hivatása mesterévé válik, de személyiségét összeköti a mindenséggel, meghallja a végtelen visszhangját, pillantást vet a mérhetetlenség folyamataira, felfedezi az egyetemes törvény egy szeletét.

^[1] Mr. Holmes, a Massachusettsi Legfelsőbb Bírói Ítélszék [*Supreme Judicial Court of Massachusetts*] bírójának előadása a Bostoni Egyetem jogi kara új előadótermének felavatásán, 1897. I. 8. -án.

* Az ifjabb Oliver Wendell Holmes (1841-1935), az azonos nevű amerikai költő és orvos fia az egyesült államokbeli jogelméleti gondolkodás talán legkiemelkedőbb alakja. Harcolt a polgárháborúban, három csatában megsebesült. Miután 1866-ban elvégezte a jogi egyetemet, ügyvédként dolgozott, egészen 1882-ig, amikor kinevezték a Massachusettsi Legfelsőbb Bírói Ítélszék bírójává, valamint a Harvard oktatója lett. Egy évvel korábban, 1881-ben jelent meg híres monográfiája, mely a *The Common Law* címet viseli. 1899-ben a massachusettsi legfőbb bírói fórum elnöke lett. Theodore Rooseveltnél 1902-ben jelölte a szövetségi Legfelsőbb Bíróságra. A Szenátus elfogadta a jelölést, és Holmes 1932-ig szolgált az Egyesült Államok legmagasabb szintű bírói fórumán. Kilencvenévesen, betegség miatt mondott le, majd 1935-ben meghalt. Holmest sokan a jogi realizmus atyjának tekintik, noha időben megelőzte az irányzat olyan klasszikusait, mint Jerome Frank vagy Karl Llewellyn. A *The Common Law* mellett az itt közölt, *The Path of the Law* című rövid tanulmánya a legismertebb munkája, mely egyúttal kiválóan összefoglalja nézeteinek lényegét. Jogi gondolkodását

a jog és az erkölcs szigorú szétválasztásának igényével egybekötött pragmatizmus jellemzi. A jog meghatározása nem elsősorban dedukció nála, hanem „jóslás”, annak megjóslása, várhatóan hogyan fog dönteni a bíró. E szemléletmód azért tekinthető forradalminak, mert implicite azt rejti magában, hogy nem a bírót rendeljük alá bizonyos jogforrásoknak – legyen az a tételes jog vagy egy fogalmi rendszer –, hanem figyelembe vesszünk minden tényezőt, amely várhatóan befolyásolni fogja a bírót, illetve tendenciaszerűen befolyásolja a bírót. Figyelemreméltó a társadalomtudományokhoz fűződő viszonya is: nem csak a jogi realiták gondolatait előlegezte meg azzal, hogy kiemelte a társadalomtudományok szerepét a de azzal, hogy a jövő jogászát a gazdaság szakértőjeként festi le, voltaképpen a jog gazdasági elméletének – különösen a posneri pragmatizmusnak – egyik előfutáraként is tekinthetünk rá. A jog és erkölcs szétválasztása pragmatikus célokat szolgál nála: álláspontja szerint ez is szükséges ahhoz, hogy a jog pontosan behatárolt jelentéstartalmú, kezelhető normarendszerként jelenjen meg alkalmazói számára.

A fordításhoz a következőket szükséges hozzáfűzni. Az angol jogi szakkifejezések eredetijét szögletes zárójelben tüntettem fel a magyar megfelelőik után. Ezzel talán még jobban elősegíthető a megértés, hiszen az angolszász jogrend egyes jogintézményeinek nincs pontos magyar megfelelője – a „*libel*” olyan példa, mely a jelen szövegben is előfordul. A tanulmányban szereplő, számozott lábjegyzetek az eredeti műhöz tartoznak. A helyenként előforduló, kis formátumú római számmal jelölt lábjegyzetek a saját megjegyzéseim, amelyeket egy-egy vitatható fordításhoz fűztem. A fordítás alapjául szolgáló mű több helyen is megjelent, én a *Harvard Law Review* tizedik évfolyamában, 1897. III. 25.-én megjelent változatot használtam fel.

ⁱ A *malice* magyar megfelelőjének leginkább talán a „bűnös szándék” tekinthető, azonban valamivel később nyilvánvaló lesz, hogy Holmes a kifejezést a kontinentális értelemben vett polgári jog területén alkalmazza – ugyane megfontolásból fordítottam később a *libel*t is „jóhírnév megsértésének” az egyébként jóval kézenfekvőbb „rágalmazás” helyett. Azért döntöttem a „rosszhiszeműség” mellett, mert végső soron a polgári jogi rosszhiszeműség sem egy erkölcsi kategória, hanem semleges, a jogsértő személy tudatállapotára vonatkozik.

ⁱⁱ Egész pontosan arról a felelősségi alakzatról lehet szó, amely akkor áll fenn, ha az egyik fél magatartásával „bátorítja” a másikat a szerződés megkötésére, de végül mégsem köt szerződést, s e váratlan lépésével kárt okoz a szerződéskötési szándékot komolyan vevő másik félnek.

^[2] 1 Roll. Rep. 368.

ⁱⁱⁱ A *tresspass ab initio* a birtokháborítás azon esete, amikor az elkövető jogszerűen lép az idegen területre, de mivel ott jogszerűtlen magatartást tanúsít, belépése kezdettől fogva jogszerűtlennek minősül. Vö. Black’s Law Dictionary – Eighth Edition, West, 2004, p. 1542.

^[3] *Commonwealth v. Rubin*, 165 Mass. 453

^{iv} E helyütt a *tresspass* fogalma alatt Holmes bizonyára a *tresspass de bonis asportatis* fogalmát érti, ami az ingóságok elvételeét jelenti. Vö. Black’s Law Dictionary – Eighth Edition, West, 2004, p. 1542.

^[4] Garofalót idézi Havelock Ellis, „The Criminal,” 41, Lásd még Ferri, „Sociologie Criminelle,” *passim*. Vö. Tarde, „La Philosophie Pénale.”

^[5] Arra, hogy a jog nem védi a felperest, jó példa az az eset, amikor egy idegen az elbirtoklás beállása előtt egy héttel gátolja őt meg egy értékes út használatában, amelyen jogellenesen közlekedett. Egy héttel később már meglett volna a joga, de így csak birtokháborító. A privilégiumokra már hoztam példát. Az egyik legjobb az üzleti versengés.

^v Holmes itt vélhetően arra céloz, hogy mindhárom felsorolt intézménynek valamilyen módon az a lényege, hogy az egyik fél pénzt köteles fizetni a másiknak, vagy ilyen kötelezettsége áll be, ha bizonyos jogsértő magatartást tanúsít. A legnagyobb problémát az *assumpsit* lefordítása jelentette, arra ugyanis jóformán minden szótár más magyar megfelelőt írt. Végül a Black-féle szótárban leírt lehetőség mellett maradtam, e szerint a kifejezés nagyjából a szerződéskötésre irányuló ígéretet jelenti.

^[6] Jogfilozófia, 190. §

Tekla Papp

Der Distributorvertrag im ungarischen Vertragssystem

Im Rahmen unserer kurzen Studie machen wir den Versuch den Platz des Distributorvertrages im ungarischen Vertragssystem festzulegen, die inhaltlichen Elemente zu qualifizieren und zu analysieren.

I. Die Stelle des Distributorvertrages im ungarischen Vertragssystem

1. Die Typisierung der Verträge

Die Bedeutung der Typisierung der Verträge besteht in der Notwendigkeit die Vereinbarungen nach einem bestimmten System von Gesichtspunkten zwecks Bestimmung des für den Kontrakt anzuwendenden Rechts in Kategorien einzuteilen. Bei der Festlegung des Typus eines Vertrages ist nicht die von den Vertragsparteien gegebene Bezeichnung und auch nicht der Sprachgebrauch der Parteien bestimmend, sondern es ist vom Inhalt und den begrifflichen Elementen des Kontrakts auf der Grundlage der gemeinsamen und speziellen Regeln für Verträge im ungarischen ZGB auszugehen.

Die Privatrechtlichen Verträge lassen sich in bezeichnete und unbezeichnete Vereinbarungen aufteilen: zu den **bezeichneten Verträgen** gehören die *typischen und atypischen*, zu den **unbezeichneten** die *gemischten und de facto Innominat-Kontrakte*^[1].

Typische bezeichnete Verträge sind solche, die im III. Abschnitt (Einzelverträge) des Vierten Teils (Schuldrecht) des ungarischen Zivilgesetzbuches befindlich sind.

Die in Ungarn am Ende des XX. Jahrhunderts aufgetretenen Veränderungen in der Wirtschaft und in der Rechtspraxis führten zum Aufkommen der Gruppe der *atypischen* – von den im Zivilgesetzbuch bezeichneten Kontrakten abweichenden – Verträge. Für diese vertraglichen Rechtsverhältnisse ist charakteristisch, dass:

- die atypischen Vereinbarungen im allgemeinen keine ungarische Bezeichnung haben, sondern unter einem Namen fremden Ursprungs (z.B. Leasingvertrag, Franchise-Vertrag, Konzessionsvertrag, Syndikatsvertrag, Lizenzvertrag), oder komplizierten, das Wesentliche des Rechtsverhältnisses nicht sehr präzise ausdrückenden Bezeichnungen (z.B. Konsortiumsvertrag, als Vertrag, der sich auf die Beteiligung an einer Verbrauchergruppe richtet; Timesharing-Vertrag, als Vertrag, der sich auf die Erlangung des zeitlich geteilten Nutzungsrechtes an Immobilien richtet) geregelt wurden;

- der Teil „Einzelverträge“ des ungarischen Zivilgesetzbuches (Vierter Teil, III. Abschnitt) nicht über die atypischen Verträge verfügt. Diese lassen sich keinem der hier bezeichneten Vertragstypen zuordnen. Es ist anzumerken, dass dieses Kennzeichen relativ ist: die Modifizierung, Neukodifizierung des ungarischen ZGB kann in dieser Hinsicht eine neue Situation schaffen (siehe: im Bezug auf den Leasingvertrag, den Factoringvertrag und den selbständigen Handelsvertretervertrag);
- bei der Herausbildung und Entwicklung der Regeln der atypischen Verträge den ausländischen praktischen und rechtsschöpferischen Mustern sowie den einheimischen Gewohnheiten eine wichtige Rolle zukam. Innerhalb eines Jahrzehnts oder auch einiger Jahre wurden die so entwickelten rechtlichen Konstruktionen abgeklärt und erlangten rechtliche Regulierung;
- mit Ausnahme des Syndikats- und des Franchisevertrages die atypischen Verträge auf gesetzlicher (z.B. Konzessionsvertrag, selbständiger Handelsvertretervertrag), oder Regierungsvorbildbasis (z.B. Ambulanter Handel, Verträge unter Abwesenden) oder aber durch implementierte internationale Vereinbarungen (z.B. bei Factoring und Leasing) kodifiziert wurden. Der Leasingvertrag jedoch scheint sporadisch in einigen Rechtsvorschriften zum Industrierechtsschutz auf;
- sich im Zusammenhang mit diesen Vereinbarungen in der europäischen Rechtsentwicklung Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung beobachten lassen (z.B. Richtlinie 85/577 EU über den ambulanten Handel, Richtlinie 2008/122/EU über das Timesharing, 97/7/EU über Verträge unter Abwesenden), die sich durch die Rechtsharmonisierung der Europäischen Union auch in der Ungarischen Regelung widerspiegeln;
- auf der Grundlage von § 200 Absatz (1) ungarisches ZGB (der Vertragsinhalt von den Parteien frei festgelegt werden kann; von den Bestimmungen über die Verträge kann im gegenseitigen Einvernehmen abgewichen werden, sofern die Abweichung nicht durch eine Rechtsvorschrift untersagt wird), im Sinne der Typenfreiheit diese Vereinbarungen – unter Einhaltung des Verbots eines Verstoßes gegen die Rechtsvorschriften - mit beliebigem Inhalt getroffen werden können. Auch für sie sind die allgemeinen Vorschriften über die Verträge maßgeblich;
- obwohl für einen Teil der atypischen Verträge (Syndikatsvertrag, Franchise-Vertrag, Operating Leasing-Vertrag) keine Formvorschrift besteht, ein anderer Teil (selbständiger Handelsvertretervertrag, Konsortiumsvertrag, Timesharing-Vertrag, Konzessionsvertrag, Factoringvertrag, Finanzierungs-Leasingvertrag) den Rechtsvorschriften entsprechend in Schriftform zu fassen ist. Die Praxis bricht konsequent eine Lanze für die Schriftform: nicht unbedingt als Gültigkeitsbeleg, sondern eher wegen der Rolle der Sicherheit und Beweisbarkeit;

- das Bestreben um ausführliche und genaue schriftliche Formulierungen die Anwendung der Allgemeinen Vertragsbedingungen und die Benutzung von Blankoverträgen mit sich brachte;
- an dem einen Pol der atypischen Verträge - als Vertragspartner - im allgemeinen eine Wirtschaftsorganisation (ungarisches ZGB § 685, Punkt c), oder eine Unternehmung entsprechend dem Verbraucherschutzgesetz (Gesetz CLV/1997, § 2, Punkt b) erscheint, aber mit dem immer ausgedehnter und komplexer werden des Geschäftslebens können auch beide Subjekte des Vertragsverhältnisses Wirtschaftsorganisationen oder Unternehmungen sein (z.B.: bei Verträgen unter Abwesenden, bei Factoringverträgen, bei Franchise-Verträgen);
- die atypischen Vereinbarungen längerfristige Marktverbindungen regeln, und sich demgemäß im Allgemeinen auf ein dauerhaftes Rechtsverhältnis richten (außer: Verträge unter Abwesenden, ambulanter Handel).

Aufgrund der Gruppeneigenschaften werden derzeit der Syndikatsvertrag, der Vertrag unter Abwesenden, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge (ambulanter Handel), der selbständige Handelsvertretervertrag, der Timesharing-Vertrag, der Konsortiumsvertrag, der Konzessionsvertrag, der Lizenzvertrag, der Franchise-Vertrag, der Leasing-Vertrag und der Factoring-Vertrag den atypischen Verträgen zugeordnet. Unseres Erachtens werden nach einem Festigungs- und Verwurzelungsprozess von einigen Jahren der Behandlungsvertrag (treatment contract) und der Merchandising-Vertrag auch den atypischen Verträgen zugehören.

Zur Qualifizierung eines Teils der modernen Verträge wurde die Kategorie „gemischter Vertrag“ (*contractus mixtus*) erarbeitet. In diese Klasse gehören jene Vereinbarungen, die Leistungen mehrerer bezeichneter Verträge in verschiedener Form enthalten:

- Es handelt sich entweder um einen *typenvereinenden* Vertrag (z.B.: Kauf gemischt mit Schenkung), wo sich Elemente anderer Verträge vermischen, das heißt, nicht festgestellt werden kann, nicht getrennt werden kann, welche Verfügung welchem Vertrag entstammt;
- Oder wir sprechen von einem *Typenkombinations*-Vertrag (z.B. Theatervertrag), wo Kennzeichen anderer Verträge sich nicht vermischen, sondern in einem neuen Vertrag trennbar und identifizierbar gemischt sind; siehe die Entscheidung LB Gfv. IX. 30.018/2005, in der das Oberste Gericht die im Falle des Bruches eines Vertrags des gemischten Typs, - der Werks-, Auftrags- und Leasingelemente enthält - anwendbaren Rechtsfolgen nach Vertragstypen getrennt festgestellt hat; ebenfalls als typenkombinierter gemischter Vertrag gilt eine Vereinbarung zur Nutzung eines Computerprogramms (Software), die sowohl Werks-, Miet-, Pacht-, und Leasing-Vertragselemente enthält und der Gegenstand eines Rechtsstreites darüber entscheidet, die Vorschriften welchen Vertrages bei der Beurteilung

maßgeblich sind (z.B. im Zusammenhang mit der Softwarenutzung sind die Regelungen der Miete anzuwenden)^[2];

- Oder der Vertrag ist auf eine *Dienstleistung* vollkommen *eigener Art* gerichtet (z.B. eine Vereinbarung zur Erfüllung von „Hausmeister-“Tätigkeiten; auf bestimmte Zeit geschlossener, gemischter Untermietsvertrag mit einem Auftragsvertrag zur Aushängung von Plakaten^[3]; ein zur Einführung, Nutzung und Betreibung eines Parksystems geschlossener Vertrag, der auch Anwender- und Pachtelemente beinhaltet, eine gemischte Vereinbarung, die ein dem Franchise-Vertrag ähnliches komplexes Rechtsverhältnis abdeckt^[4], aber in anderen Charakteristika keine Besonderheiten bietet, nicht von den Verträgen im ungarischen ZGB abweicht.

Die atypischen Verträge lassen sich – nicht ohne Bedenken – *in eine der Unterarten der gemischten Verträge einordnen*. Die atypischen Verträge bilden eine **eigenständige, sui generis Vereinbarungen**-Gruppe, da sie alle Typen der gemischten Verträge, oder auch keinen einverleiben; die gemischten Verträge und die atypischen Verträge sind also keine identischen Kategorien: die atypische Gruppe ist (die Verschmelzung *mehrerer* gemischter Typenarten) und anders (gleichzeitig nicht in diese Arten einreihbar).

Die *de facto Innominat-Verträge* treten im Allgemeinen unter dem Titel „Vereinbarung“ auf, regeln kein anhaltendes Rechtsverhältnis, sondern decken einmalige (nicht regelmäßig vorkommende) spezielle Rechtsgeschäfte ab. Abweichend von den atypischen Verträgen haben diese keine Bezeichnung, sind nicht so verbreitet, sondern individuelle, Ausnahme-Verträge ohne normative Regelung. Durch analoge Anwendung der gemeinsamen Regeln des ungarischen ZGB, die sich auf Verträge beziehen, können die aus Innominat-Verträgen herrührenden Rechte und Verpflichtungen geregelt werden; siehe als Beispiel OG LB Pfv. I/A. Nr. 20.446/2001. (im Zusammenhang mit einer Vereinbarung die dem Servitut nahe steht, aber nicht als Nutzpacht eingeordnet werden kann).

Unseres Erachtens wird durch die Veränderungen in den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnissen und die aus der Globalisierung resultierenden Umgestaltungen auf dem Gebiet der Verträge ein Entwicklung generiert, die ausgehend von den *de facto Innominat-Kontrakten* in Richtung der bezeichneten typischen Verträge weist: die vormals noch nicht aufgetretenen Vereinbarungen scheinen erstmals als *de facto Innominat-Vertrag* auf und indem sie regelmäßiger auftreten, werden sie den gemischten (z.B. Anlagevertrag) oder den atypischen Verträgen (z.B. Konsortiumsvertrag über die Gründung und Betreibung einer Verbrauchergruppe) zugeordnet und finden schließlich - weniger ihrer Häufigkeit als – der gesetzgeberischen Absicht wegen Eingang in das ZGB.

2. Die Qualifizierung des Distributorvertrags

Die Distributortätigkeit entstand im Handelsleben der USA: anfangs verstand man unter dem Distributor Großhändler/Einzelhändler, die aus Europa importierten. Später wurden/werden Weiterverkäufer (und nicht Handelsvertreter) als Distributor betrachtet, die ihre Einkaufs- und Vertriebsmärkte auf eine geografische Region begrenzt, direkt beim Hersteller einkaufen (einkaufen)^[5].

Auf die große Verbreitung der Distributortätigkeit lässt die Vielfältigkeit der Anwendungsbereiche schließen. Auch in Ungarn werden zum Vertrieb von vielerlei Produkten Distributorverträge geschlossen; so können zum Beispiel

- Medizintechnische Geräte^[6],
- Bürosoftware ^[7],
- Therapeutische Erzeugnisse^[8],
- I-Go Software (Landkarte)^[9],
- Tabakwaren^[10],
- Kartenverkauf^[11],
- Produkte für Autokarosserien, Autolackierung^[12],
- Vertrieb von Kraftfahrzeugen (Markenvertretung)^[13],
- Kosmetische und Schönheitspflegeprodukte^[14],
- Orthopädische Erzeugnisse^[15],
- Klimaanlage^[16],
- Hygieneartikel aus Papier^[17],
- Fahrzeugschmierstoffe und Industrieschmierstoffe^[18] den Gegenstand dieses Kontrakts bilden können.

Im Zusammenhang mit dem Charakter des Distributorvertrages traten in der richterlichen Praxis Kommissions-, Vertreter-, Kauf-, Liefer-, Auftrags- und Werk-Vertragselemente auf^[19].

Laut dem in der Rechtspraxis gebildeten Begriff^[20] ist der Distributor ein Weiterverkäufer, der für den ihm gewährten Preisnachlass (Rabatt) das im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (zu seinen Gunsten) gekaufte Produkt (zumeist aus dem eigenen Lager) auf der Grundlage eines Rahmenvertrages, der ein dauerhaftes Rechtsverhältnis begründet und in einem festgelegten Gebiet (im geografischen Sinne oder hinsichtlich der Ware bzw. des Verwenders) realisiert wird, vertreibt.

Entsprechend dieser Bestimmung verbirgt der Distributorvertrag eine Kauf- und Verkaufskette, in der sowohl Liefer- (seitens des Herstellers und auch des Distributors) als auch Auftragskomponenten (hauptsächlich im Zusammenhang mit der Vertriebsorganisation) auftreten können. Vertreterelemente können überhaupt nicht, Werkselemente fallweise auftreten. Der Kommissionscharakter ist laut Entscheidung des Tafelgerichts Szeged ebenfalls nicht relevant: zwischen dem ausländischen Hersteller und dem inländischen Vertreter kommt kein Kommissionsvertrag zustande, wenn der Vertreter das Produkt durch einen Kaufvertrag kauft und in der Folge als im eigenen Bestand registrierten Artikel

an Weiterverkäufer/Verwender weiterverkauft und der Nutzen seiner Handelsgeschäfte durch die angewandte Preisspanne abgedeckt wird^[21].

Aus dieser kurzen Analyse lässt sich ableiten, dass der Distributorvertrag weder ein bezeichneter typischer Vertrag, noch ein de facto Innominat-Vertrag ist. Er kann anscheinend als atypischer Vertrag qualifiziert werden, da einige Gruppencharakteristika derartiger Vereinbarungen (Bezeichnung fremder Herkunft; Rolle der ausländischen Praxis bei der Eingliederung in Ungarn; wird zur Begründung eines dauerhaften Rechtsverhältnisses meistens zwischen Wirtschaftsorganisationen geschlossen) auch hier erscheinen; es ist ein sog. schein-atypischer Vertrag (Bezeichnetheit und Scheinbarkeit), der in Wirklichkeit einen gemischten Vertrag (das die sui generis atypischen Vereinbarungen charakterisierende Plus erscheint hier nicht) und innerhalb dessen die Variante der Typenkombination in sich birgt^[22].

II. Über den Inhalt des Distributorvertrags im Spiegel der ungarischen richterlichen Praxis

Die Vertragsparteien sind Wirtschaftsorganisationen und für ihre Bezeichnung im Kontrakt sind mehrere Variationen im Gebrauch: Auftraggeber-Auftragnehmer, Hersteller-Lieferer, Verkäufer-Käufer, Lieferant-Weiterverkäufer (die zweite Partei der jeweiligen Paare bezeichnet den Distributor).

Bei der Gestaltung des Inhalts des Distributorvertrages sind die Parteien nicht an in Rechtsvorschriften festgelegte Formvorschriften gebunden: die Vereinbarung kann mündlich, schriftlich und auch durch konkludentes Verhalten geschlossen werden; trotzdem ist die allgemein verbreitete Praxis die schriftliche Niederlegung des Vertrages. Bei einem aufgetretenen Rechtsstreit bestritten die Parteien nicht, dass kein schriftlich verfasster Distributionsvertrag zustande gekommen war. Die Bestellungen erfolgten jedoch schriftlich und auch die Ausgabe der Rechnungen geschah schriftlich, woraufhin das Gericht das Zustandekommen eines Liefer-Rahmenvertrages feststellte^[23]. In einer anderen Streitsache konnte der Kläger das Zustandekommen der Erzeugnis-Vertriebsvereinbarung nicht durch Bestellungen belegen, jedoch konnte er als Beweis den Briefwechsel, die Rechnungen und die Frachtbriefe beifügen. Der Beurteilung des Tafelgerichts der Hauptstadt zufolge war in den Prozessdokumenten kein Urkundenbeweis für das Vorhandensein eines als Grundlage der dauerhaften Geschäftsbeziehung bezeichneten Rahmenvertrages auffindbar. Gleichfalls war in den wesentlichen inhaltlichen Elementen (z.B. Ware, Menge, Preis, Erfüllungszeitpunkt) des Produktvertriebs- und Liefervertrages auch kein Konsens feststellbar. Die Warenlieferung konnte nur auf individuellen Kaufverträgen basieren^[24].

Bei auf die Erklärung der Ungültigkeit von Distributorverträgen gerichteten Prozessen kam sowohl die Berufung auf Nichtigkeits-, wie auch auf Anfechtbarkeitsgründe vor:

- Die Kläger beantragten die Feststellung der Nichtigkeit der Markenhändlerverträge wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (wegen für sie nachteiliger Vertragsbedingungen, z.B. Vorschreiben von Investitionsverpflichtungen, die mit der Inanspruchnahme langfristiger Kredite einhergehen, Unsicherheit resultierend aus der jährlichen Verlängerbarkeit des Vertrages, zeitliche Einschränkung der Ausübung des Kündigungsrechts), die Gerichte jedoch sahen die geschäftliche Unlauterkeit und unverhältnismäßige Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit nicht als bestätigt an, so konnte auch der Vertrag nicht unsittlich sein^[251];
- der Markenhändler focht den Vertrag im Zusammenhang mit der Festlegung der Ausübung des Kündigungsrechts unter Berufung auf die unlauteren Allgemeinen Vertragsbedingungen an, versäumte jedoch die maßgebende Anfechtbarkeitsfrist, weshalb die Sache des Vorhandenseins des Anfechtbarkeitsgrundes nicht zur Verhandlung kam^[261].

Einen untrennbaren Teil der Distributor-Vereinbarung bildet die Bestimmung des Vertragszieles (direkter Gegenstand)^[271], auf dessen Grundlage der Kontrakt zum Kauf und Weiterverkauf einer beliebigen Ware geschlossen wird, d.h. zum Vertrieb zustande kommt. Das Vorgehen des Distributors ist eine Art direkte Vertriebsmethode, deren Effizienz durch den Preisnachlass für die Verkaufsleistung erhöht wird^[281]. Das Vertragsziel kann nur verwirklicht werden, wenn der Distributor den Gegenwert der Ware entsprechend den im Kontrakt festgelegten Zahlungsbedingungen an den Auftraggeber begleicht: im Prozess „erfüllte“ der Markenhändler den Kaufpreis, indem er beim Weiterverkauf den vom Käufer zu zahlenden Gegenwert des Autos auf die dem Käufer gegenüber bestehenden Mietschulden anrechnet und mit dieser „finanziellen Kompensation“ die Kraftfahrzeuge dem Lieferanten gegenüber als bezahlt betrachtete. Das Tafelgericht der Hauptstadt nahm den Standpunkt ein, wonach das Eigentumsrecht des Lieferanten (Auftraggebers) solange besteht, bis dieser den Kaufpreis erhält. Im Hinblick darauf ist der Kaufvertrag zwischen dem Markenhändler und dem Käufer nichtig^[291].

Die Bestimmung des indirekten Gegenstandes des Distributorvertrages, der Ware, kann durch konkrete Beschreibung oder per Katalog oder allgemein: durch Verweis auf die „Warenpalette“ des Herstellers bzw. durch Verwendung des im gegebenen Wirtschaftszweig üblicherweise gebrauchten Ausdrucks erfolgen^[301].

Ein inhaltliches Element des Distributorkontrakts ist auch die Festlegung des Vertriebsrechts, die Bezüge in zwei Richtungen hat: einerseits gehört hierher die Bestimmung des Vertriebsterritoriums, andererseits die Verfügungen der Parteien zum Wettbewerbsverbot im Zusammenhang mit dem Vertrieb. Die Festlegung des Vertriebsterritoriums des Distributors kann im herkömmlichen Sinn erfolgen, d.h. geografisch eingegrenzt, möglich ist aber auch die

Konkretisierung auf einen Waren-, oder Verwenderkreis, sowie deren Vermischung. An das Vertriebsterritorium kann ein sog. Re-Export-Verbot gebunden sein^[31], das dem Distributor den Vertrieb außerhalb des Territoriums untersagt. Die Distributor-Vereinbarung kann nicht nur aus territorialer Sicht Regeln für das Wettbewerbsverbot vorschreiben, sondern auch hinsichtlich der Distributortätigkeit: er darf keine Waren der Mitbewerber des Auftraggebers vertreiben. Das Wettbewerbsverbot wird von den Auftraggebern im Allgemeinen dadurch ausgeglichen, dass sie Distributor ein ausschließliches Vertriebsrecht auf einem gegebenen Markt zusichern. Sofern der Distributor gegen die ihm vorgeschriebenen Wettbewerbsverbote verstößt, zieht das seitens des Auftraggebers die Aufkündigung des Vertrages mit sofortiger Wirkung nach sich. In der dem Zentralen Bezirksgericht Pest vorliegenden Sache vertrieb der Distributor Kosmetikartikel und verkaufte daneben an vier seiner Freunde therapeutische Lampen einer anderen Firma; im Hinblick darauf (dass der Verkäufer zu anderen Zwecken und anderen Erzeugnissen vorging) hob der Hersteller den Vertrag mit außerordentlicher Kündigung unter Berufung auf Vertragsbrüchigkeit auf^[32]. Teil der Festlegung des Vertriebsrechts kann die Berechtigung des Distributors sein, ein Vertriebsnetz auszubauen, zum effizienteren Direktvertrieb der Ware Verträge mit Subdistributoren abzuschließen. (Die Vertragsbedingungen hinsichtlich des Vertriebsrechts können auch wettbewerbsrechtliche Probleme aufwerfen, die keinen Teil der vorliegenden Studie bilden.)

Im Distributorvertrag wird auch der vom Distributor für die Ware zu zahlende Preis ausbedungen (nicht selten auch der Weiterverkaufs-/Wiederverkaufspreis, was aus der Sicht des Wettbewerbsrechts ebenfalls bedenklich ist). Dies erfolgt oftmals global: unter Beachtung der Inflation, der Preisschwankungen auf dem Weltmarkt oder der Börsenpreise. Auch der sog. „m.f.c.“ price (most favoured customer price) wird verwendet: der Distributor ist verpflichtet den Preis zu erfüllen, den der Verbraucher mit der Meistbegünstigung zahlt^[33]. Gerät der Distributor mit der Zahlung in Verzug, begleicht er den Gegenwert der abgenommenen Erzeugnisse nicht, kann der Hersteller die Vereinbarung unter dem Rechtstitel des Vertragsbruchs mit sofortiger Wirkung aufkündigen^[34].

Hinsichtlich des zu vertreibenden Erzeugnisses werden im Distributorvertrag nicht nur das Vertriebsterritorium und der Preis festgelegt, sondern regelmässig auch das Bestellungsminimum bestimmt; solche Vertragsbedingungen erlegen beiden Parteien hinsichtlich der Lieferung des Erzeugnisses (zur Verfügungstellung), bzw. des Wiederverkaufs Verpflichtungen auf. Die Einhaltung des Bestell- (und Verkaufs-)limits wird vom Auftraggeber kontrolliert; so kann er – im Sinne der Vertragsvorschriften – auch prüfen, unbezahlte Ware in Höhe welcher Summe sich zu einem bestimmten Zeitpunkt beim Distributor befindet (abgelaufene und nicht abgelaufene Forderungen zusammen gerechnet). Der Verzug und die Übertretung des Limits gelten

ebenfalls als Vertragsbruch und ziehen eine ausserordentliche Kündigung nach sich^[35].

Ein wesentlicher Teil des Distributorvertrags ist die ausführliche und genaue Beschreibung der die Parteien treffenden Zusammenarbeitspflicht; hierher gehören

- die gegenseitige Verpflichtung zur Information:
 - seitens des Herstellers über die Charakteristika des Erzeugnisses, den Lieferungstakt, die Warenpromotion usw.,
 - seitens des Distributors über die Vertriebsumstände (über die Nachfrage, die lokalen Standards), die Verletzung der Rechte des Herstellers im Zusammenhang mit dem Erzeugnis durch Dritte (z.B. Geistiges Eigentum, Persönlichkeitsrechte) usw.;
- die Harmonisierung der Werbung, des Marketings für das Erzeugnis;
- fallweise Ausbau und Betrieb eines Kundendienst- und Servicenetzes durch den Distributor;
- die Enthaltungspflicht des Distributors (z.B. von der Veränderung des Erzeugnisses und/oder dessen Verpackung, sowie der Verletzung des Geschäftsgeheimnisses)^[36];
- die Duldungspflicht des Distributors hinsichtlich des Kontrollrechts des Herstellers/Lieferanten. Auch der Bruch der Zusammenarbeitspflicht hat die ausserordentliche Kündigung zur rechtlichen Folge; so zum Beispiel dann, wenn sich der Distributor mit der Absicht des Marktentzugs in die Geschäftsverbindungen des Auftraggebers einmisch^[37].

Den Inhalt des Distributorvertrages bildet auch die Konkretisierung von Fakten und Umständen (z.B. Ablauf einer bestimmten Zeit) die die *Aufhebung des Rechtsverhältnisses* zur Folge haben. Bei auf unbestimmte Zeit geschlossenen Distributorvereinbarungen kann jede Partei von dem Recht zur ordentlichen Kündigung Gebrauch machen; hier scheint auch der antisinnallagmatische Charakter auf, wenn die Ausübung des Rechtes des Distributors auf ordentliche Kündigung eingeschränkt wird (z.B. kann er innerhalb eines Jahres ab Vertragsabschluss keinen Gebrauch von seinem Recht auf ordentliche Kündigung machen). Bei Verletzung der Verfügungen hebt die geschädigte Partei sowohl bei befristeten als auch bei unbefristeten Distributorkontrakten den Vertrag mit sofortiger Wirkung auf. Sofern der Distributor ein Vertriebsnetz ausgebaut hat, wirkt sich der Verlust des Vertriebsrechts (also die Aufhebung seines Vertrages) auch auf die Subdistributoren aus: die auf dem Grundvertrag basierenden Wiederverkaufsvereinbarungen werden auch aufgehoben (wegen eigentümlicher rechtlicher Unmöglichkeit)^[38]. Die Aufhebung des Distributorvertrages kann auch durch Verhaltensweisen, die gegen die Forderungen der geschäftlichen Sitten verstossen, ausgelöst werden:

- der Distributor (der Markenhändler) fertigte das obligatorisch auszustellende Garantieheft (Ausgabe seines ehemaligen Auftraggebers) ohne dessen Zustimmung an, indem er es kopierte und verwendete^[39];
- der Hersteller machte seine Geschäftspartner nach Auflösung des Distributorvertrages darauf aufmerksam, dass sie das betreffende Erzeugnis nur von dem Distributor, den er benannte, beziehen sollten^[40].

Im Distributorvertrag sind – ausser den zweifelsfreien Kauf- und Lieferelementen - Auftragsmerkmale im Zusammenhang mit dem Vertriebsrecht, dem Bestelllimit, der gegenseitigen Information, der Abstimmung von Werbung und Marketing und dem Kontrollrecht des Herstellers aufzeigbar. Werkscharakter (die Schaffung eines durch Arbeit erreichten anderen Ergebnisses) kann im Bezug auf das Bestells- und Wiederverkaufsminimum sowie den Ausbau und Betrieb eines Kundendienst- und Servicenetzes vorkommen.

^[1] Papp, Tekla „Atipikus szerződések”(„Atypische Verträge”) (Lectum Kiadó; Szeged; 2009.; 11-14. S.); Vörös, Imre „A nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga I.”(„Das Recht der internationalen Wirtschaftsbeziehungen I”) (KRIM Bt.; Bp.; 2004.;7. S.)

^[2] Tafelgericht der Hauptstadt 5. Pf. 21 373/2006/3.

^[3] OG LB Pfv. XI. 20.314/2006

^[4] SZIT-H-GJ-2008-89.

^[5] Nr. 2002/12. BH Vb/01103.

^[6] 4/2009. (III.17.) Eüm. rend.

^[7] 104/2007. VJ

^[8] 81/2006. VJ

^[9] 21. und 26/2006. VJ

^[10] 154/2004. VJ

^[11] 60/2004. VJ; VEF 2007.2.

^[12] SZITGY. I. 30332/2007.

^[13] BDT 2007. 1533.; LB-H-GJ-2007-24.; FIT-H-GJ-2009-16.; FIT-H-GJ-2008-155.; 1-H-GJ-2006-17.; 14-H-GJ-2007-46.

^[14] 1/1-H-GJ-2006-27.

^[15] 1-H-GJ-2007-144.; FIT-H-GJ-2008-79.

^[16] FIT-H-GJ-2007-128.

^[17] GYIT-H-GJ-2008-15.

^[18] LB-H-GJ-2007-66.

^[19] 1/1-H-GJ-2006-27.; 1-H-GJ-2007-144.; 1-H-GJ-2007-144.; LB-H-GJ-2007-24.

^[20] In der Nr.BH 2002/12. Vb/01103.; Ujlaki, László („Die Auslegung des Begriffes des Distributorvertrags”), „A disztribútor szerződés fogalmának értelmezése”, Gazdaság és Jog,(Wirtschaft und Recht) 2002/6.; 25-26. S.)

^[21] BDT 2008. 69.

^[22] Papp, Tekla „Atipikus szerződések”(„Atypische Verträge”) Lectum Kiadó; Szeged; 2009.; 23-24. S.; Vörös, Imre „A nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga II.”(„Das Recht der Internationalen Wirtschaftsverbindungen II”) (KRIM Bt.; Bp.; 2004.; 199. S.)

^[23] 1-H-GJ-2007-144.

^[24] FIT-H-GJ-2008-79.

^[25] LB-H-GJ-2007-24.; 1-H-GJ-2006-17.

^[26] FIT-H-GJ-2009-16.

^[27] Vörös, Imre „A nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga II.” .” („Das Recht der Internationalen Wirtschaftsverbindungen II”) (KRIM Bt.; Bp.; 2004.; 201. S.)

[\[28\]](#) 1/1-H-GJ-2006-27

[\[29\]](#) FIT-H-GJ-2008-155.

[\[30\]](#) Vörös, Imre „A nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga II.” („Das Recht der Internationalen Wirtschaftsverbindungen II”) (KRIM Bt.; Bp.; 2004.; 201. S.)

[\[31\]](#) Vörös Imre „A nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga II.” („Das Recht der Internationalen Wirtschaftsverbindungen II”) (KRIM Bt.; Bp.; 2004.; 203. S.)

[\[32\]](#) 1/1-H-GJ-2006-27

[\[33\]](#) Vörös, Imre „A nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga II.” („Das Recht der Internationalen Wirtschaftsverbindungen II”) (KRIM Bt.; Bp.; 2004.; 204. S.)

[\[34\]](#) GYIT-H-GJ-2008-15.

[\[35\]](#) 8-H-GJ-2007-13.

[\[36\]](#) FIT-H-GJ-2007-128.

[\[37\]](#) LB-H-GJ-2007-66.

[\[38\]](#) 14-H-GJ-2007-46.

[\[39\]](#) BDT 2007. 1538.

[\[40\]](#) 1-H-PJ-2007-620.

Pokol Béla

Akadémia és felsőoktatás - de lege ferenda

A Magyar Tudományos Akadémia és általában az egyetemi-tudományos szféra szerveződése sok kritikát kapott a elmúlt években, ám csak egészen ritkán merült fel ezek alapjaként, hogy mi is a tudomány és a tudományos tevékenység megkülönböztető sajátossága, amely a többi szellemi tevékenységhez képest eltérést jelent. A probléma exponálásához tegyük fel a kérdést, hogy mi a tudomány és a tudományos tevékenység megkülönböztető jegye pl. egy központi állami szerv főtitviselőjének bonyolult szellemi tevékenységéhez képest, amit az egy-egy jogszabály előkészítése kapcsán kifejt? Az információ-feldolgozás sokasága és a magas szintű szellemi műveletek alkalmazása terén semmi különbség nincs közöttük, de egy szempontból teljes az eltérés. A főtitviselő szellemi tevékenysége a már feltárt és bevett ismeretek rendszerezett halmazát kezeli, és hoz létre ezek alapján döntéseket. Ezzel szemben a tudós a „tudás határain” tevékenykedik, és éppen hogy a már feltárt és rendszerezett ismeretek mögé kérdezve az ezekben megbújó dilemmák feltárását célozva igyekszik felborítani a bevett ismeretek rendszerezéseit. Új irányokba törő kérdésfeltevéseivel eddig meg nem látott aspektusokat igyekszik felmutatni már ismert dolgokban, és ha ezek elég mélyek, akkor a teljes eddigi látásmódot és az ezen alapuló ismereteket új hadrendbe kényszerítheti, és ezzel új ismeretek tömegével gyarapítja a tudást.

A tudós megkülönböztető sajátossága tehát a *tudás határain tevékenykedés*, az ismert és a még nem ismert határvonalainak állandó ostroma. Ha röviden akarjuk kifejezni a tudományos tevékenység differencia specifikáját, akkor azt mint *originális* ismeretet jelölhetjük meg, a még senki által nem tudott első kimondásaként. Épp azért kell az első felfedezőről a csillagot elnevezni, az ő nevével az utókorra hagyni a feltárt törvényszerűséget, illetve a mai tudományos értékelési mechanizmusokat tekintve Nobel-díjjal kitüntetni, a „Nemzet Tudósa” érdeméremmel ellátni, és végül a MTA tagjává választani, mert originálisan új tudományos ismeretekkel gyarapította az emberiség tudását. A leírt és publikált originális ismeretet - előzze meg azt esetleg a kivételes kreativitással megáldott kutató által kifejtett évtizedes önkínzó szellemi tevékenység - már bármely jobb tehetségű és olvasni tudó szellemi ember könnyedén megismételheti és didaktikusan előadhatja, de ez már legfeljebb csak nyomokban tudományos tevékenység.

A fenti kép a tudományelmélet és a tudományozociológia bevett megállapításait összegzi, és ha ehhez viszonyítjuk a működő tudományos intézményeket és a

tudományegyetemeket, akkor egy sor dilemma válik láthatóvá. Az első gond rögtön az, hogy miként minősítsük azt a szellemi tevékenységet, amely a már feltárt tudományos ismereteket didaktikusan megszövegezi és értő módon a széles közönség elé tárja, és például az egyetemi hallgatók előtt ismertté teszi? A széles közönség és a diákok számára ő a legnagyobb tudósnak minősül, míg ténylegesen csak didaktikus teljesítménye van. Másik dilemma - legalábbis a társadalomtudományi ágakat illetően -, hogy ha a nagy világnyelveken már leírt új tudományos ismereteket valaki publikálja egy kis ország nyelvén, akkor az adott ország tudományos életében ugyan akár szellemi forradalmat is okozhat, de ez azért még csak ismertterjesztő tevékenység. A gond persze az, hogy a tudomány mindennapjaiban az ilyen originális tudós tevékenységet keretekbe és szervezetekbe kell illeszteni ahhoz, hogy a tudomány egész rendszere létezni tudjon, és a tudományszervezéshez szükséges képességek és teljesítmények elsőrendűen fontosak a tudomány életében, miközben a legkisebb mértékben sem minősülnek igazi tudományos tevékenységnek. Így a tudományos élet parancsnoki hídjára állnak ezek a tudományszervezők, az akadémiai igazgatók, főtitkárok, rektorok és dékánok, ám e feladatok ellátása szinte teljes mértékben leállítja még az e pozíciók betöltőinek esetleges korábbi kiemelkedő tudományos tevékenységét is, ha pedig eleve nem ezért, hanem jó szervező képességükért kerültek e tudományszervezői parancsnoki posztokra, akkor innentől még az esélyük is eltűnt a tényleges tudományos tevékenység kifejtésére. Ez az exponálás mutatja a probléma mélységét, mert a tudományos értékelés hazai mechanizmusait a tudomány „parancsnoki hídjain” álló tudományszervezők ellenőrzik, és ez spontán módon háttérbe szorítja a tudományos jutalmazásban az igazi tudósokat, és fő szabály szerint a sikeres tudományszervezők kapják meg a saját maguk által kezelt nagy tudományos díjakat és akadémikusi kinevezéseket.

A rendszerváltás előtt nagy gondok voltak a hazai tudományos értékelésben, de az 1980-as évekre már csak ritka volt - legalábbis az számomra átlátható társadalomtudományi ágakban - a tényleges tudományos teljesítmény nélküli akadémikussá válás. Az azóta eltelt húsz év tapasztalatai alapján azonban elmondható, hogy a helyzet csak romlott ezen a területen. *Amíg nem választjuk el intézményesen a nagy tudományszervezők értékelését és jutalmazását a tényleges tudós értékelésétől és jutalmazásától, addig e két szerep betöltőinek együttélésében az utóbbiakat mindig háttérbe fogják tolni a tudomány „parancsnokai”.*

A tudományos teljesítmények értékelésének legmagasabb szintje a magyar egyetemi-tudományos szférában az akadémikussá válás, a Magyar Tudományos Akadémia tagjai sorába bekerülés, és erre a néhány évenkénti tagválasztás ad alkalmat. A tagválasztás előtt a procedúra hónapokig folyik, és a különböző tudományágak közösségeiben ilyenkor mindenhol feltörnek az akadémikussá válás, a jelölés és a megválasztások körüli viták. A tudós közösségeken belül

ugyanis az évek során nagyjából kialakulnak az egyes tudósok, egyetemi professzorok tényleges tudományos teljesítményének rangsorai, a legjobbak, a leggyengébbek és a közepesek besorolásai, és ennek fényében szinte rendszeresnek mondhatók az éppen esedékes akadémikusi jelölések és választások névsorai hallatán a felhördülések, elképedések. Enyhén szólva is csak az ilyen jelölések kisebbik része találkozik a tudományos közösségek értékítéleteivel, és a nagyobbik részénél inkább annak találgatása folyik, hogy milyen akadémikusi lobbizás áll egy-egy jelölés mögött, hogy melyik akadémikus jelöltje egy-egy meghökkentően kis teljesítményt maga mögött tudó várományos, aki ügyes lobbizásával néhány akadémikus társát rávette a jelöltje támogatására (később majd ő viszonzozza...).

Az eltérő tudományágak (pl. orvostudományok vagy jogtudományok) sajátos intézményi szerveződése miatt részben eltérők az itteni torzulások, de abban közös a teljes magyar tudományos élet, hogy az akadémikusi jelölési, jóváhagyási és megválasztási procedúra kevésbé a tényleges tudományos teljesítményen alapszik, mint inkább az egyes lobbizási tevékenységein és az egyes tudósok kapcsolattartási képességein. Abban nincs igazán vita az Akadémia mai rendszerének kritikusai között, hogy a tudósközösségeknek maguknak kell mérniük és értékelniük tagjaik teljesítményét, és a tudomány értékelési mechanizmusainak élesen el kell válnia a többi szellemi szektor és a politikai szféra behatásaitól. Azonban az a szubjektív rendszer, amely már sok-sok évtizede kialakult, és akadémikusi lobbizási csoportok erejére bízta az utánpótlásuk kiválasztását, egyre nagyobb ellenérzést szül a tudósközösségekben belül. Pedig a világ más tájain a tudományos értékelés objektív mérőeszközei már régóta lehetővé teszik a tudósközösségek objektív értékelésének felszíni megjelenítéseit, és az utóbbi évek informatikai fejleményei, az internet és az elektronikus nyilvántartások átfogó megjelenése már kézhez tartják ezeket.

A feszes tudományos értékelés hazájában, az Egyesült Államokban a „publish or perish” (publikálj vagy kárhozz el!) maximája csak a kiindulópont volt valaha a tudományos teljesítményre ösztökélésre és a teljesítmények számszerűsített mérésére. Ahogy a fejlett gazdaság se tudna létezni a pénz értékmérő funkciója nélkül, úgy a tudomány sem az itteni tevékenységre szabott értékmérő nélkül. De ez a maxima már átfejlődött egy még pontosabb mérőeszköz felé, mert a publikálás gyakorisága csak azt jelenti, hogy az egyes tudós nem „lustálkodhat”, írnia kell, ám azt, hogy milyen értékeset ír, az csak azon látható, hogy a tudós kollégák hányszor hivatkozzák meg a publikált dolgozatot. A tudós élet maximája tehát már rég úgy szól, hogy „Publish cited papers, or perish!” (idézett tanulmányokat publikálj, vagy kárhozz el!). A tudós hosszú évek alatt kifejtett tudományos tevékenységének objektív mutatója tehát kevésbé a publikációs listájának hossza, hanem az erre kapott független idézettek, hivatkozások száma.

A tudós közösségek ezzel állítják objektív alapra értékítéletüket, és a „tudós pénze”, teljesítményéért kapott ellenértéke az idézettségé.

Ha ezt a szem elé vesszük, és a társadalomtudományi, filozófiai vagy irodalomtudományi szakágakban az akadémikusi jelöléshez és megválasztáshoz előfeltétellel rendelkező akadémiai doktorok között szénézünk az Akadémia honlapján, vagy az egyes egyetemi tanszékek honlapján, akkor láthatjuk, hogy a legnagyobb teljesítménnyel rendelkező akadémiai doktorok itt kb. 300 és 1200 közötti független hivatkozással rendelkeznek. Az várnánk, hogy az akadémikusi jelöltek között - mint a legmagasabb tudományos teljesítményt megkövetelő lépcsőfok aspiránsai között - az 500 és 1200 közöttiek találhatóak, de aki ezt várja, az téved, mert sokan az életművük betetőzéseként száz és kétszáz közötti idézettséggel büszkélkedhetnek, és egyáltalán nem ritka az akadémikus-jelöltek között a száz alatti hivatkozással rendelkezők száma. A probléma az - legalábbis a számomra áttekinthető társadalomtudományi szágakban -, hogy már az elmúlt években is hasonló jelölések és taggá választások történtek, és mivel a rendszer a bennlévők kooptálási hatalmára épül, ez a helyzet a jövőben állandósulhat. Ez a helyzet hosszabb ideig nem tartható fenn, és ha a mai „nagy öregek” kiesésével végleg szorgalmas tudományszervezők gyülekezetévé válik az akadémikusok testülete, akkor csak robbanás lehet a végeredmény. Talán a műszaki és természettudományok terén jobb a helyzet, bár az onnan szálingózó információk ott is torzulásokat sejtetnek.

A szűkebben vett tudományos szféra mellett a tudományok művelésének bázisát az egyetemek professzorai és oktatói, illetve részben a gyakorlati élettel összefonódottabb főiskolák tanári gárdái adják. Az itteni karriervonalak, és különösen a professzori és a docensi kinevezések, előrelépések is a tudományos élet szerveződését, és ezen belül a nagyobb teljesítményre ösztönzését jelentik. Ez ma és az elmúlt évtizedekben jórészt a tudományos minősítéseken nyugszik, melyben a megírt disszertációkról két-három fős opponensi véleményezés és néhány tagú bizottság dönt, de a teljes tudós közösség tartós értékelése az adott oktató tudományos dolgozatainak megidézésével nem kap szerepet (mint a társadalomtudományi jellegű karoknál és szakoknál), vagy csak alárendeltet, mint a természettudományi jellegűeknél. Pedig ennek középpontba állítása objektívebbé tudná tenni az egyetemek és a szélesebb felsőoktatási szféra professzorainak, oktatóinak tudományos értékelését, és karriervonalai ehhez kötése magasabb tudományos teljesítményt tudna biztosítani a hazai felsőoktatásban.

Nézzük meg, hogy miképpen kellene a vonatkozó törvényi szabályozásokat átalakítani ahhoz, hogy a ma létező, szűk körű és így szubjektív tudományos értékelés és minősítés helyett az egyes tudományágak tudósközösségének

egészének értékelésére alapozott minősítési és értékelési rendszert valósuljon meg.

Az akadémiai és a felsőoktatási törvény - de lege ferenda

1) Az akadémiai törvény

**. sz. törvényjavaslat a Magyar Tudományos Akadémiáról
szóló 1994. évi XL. törvény módosításáról**

*((Megjegyzés: a zárójelbe tett, dőlt betűs rész a hatályos szövegből kihúzandó
rész, a vastaggal szedett szöveg a javasolt módosítás szövege))*

3. § (1)

c) tudományos minősítési rendszert működtet, melynek keretében a Magyar Tudományos Akadémia doktora (a továbbiakban: az MTA doktora) továbbá a Magyar Tudományos Akadémia levelező és rendes tagja címet adományoz. (Az adományozás szabályait az Akadémia szabályzatba foglalja;)

6. §

(2) (Az akadémikusokat a hazai tagok választják az Akadémia tagjai közé.) Az akadémikussá válás a tudományos közösség értékelése alapján történik, mely az egyes tudósok által alkotott tudományos művekre adott idézettségekben és meghivatkozásokban jelenik meg. Akadémiai levelező taggá az az országon belül állandó lakóhellyel rendelkező magyar állampolgár válhat, aki szerzőként alkotott tudományos műveire összesen legalább 1200 idézettséget vagy meghivatkozást szerzett, és ezek közül legalább négyszáz idegen nyelvű, külföldi folyóiratokban vagy könyvekben, tudományos értekezésekben történt. A társadalomtudományok, a történettudományok, a filozófia és nyelvtudományok területén a szükséges idézettség vagy meghivatkozás számának minimálisan hétszáznak kell lennie, melyből legalább százötvennek kell idegen nyelvű, külföldi folyóiratban vagy könyvben, tudományos értekezésekben állnia. Akadémiai rendes taggá az az ország területén állandó lakóhellyel rendelkező magyar állampolgár válhat, aki tudományos műveire összesen legalább kétezer idézettséget vagy meghivatkozást szerzett, és ezek közül legalább nyolcszáz idegen nyelvű, külföldi folyóiratokban vagy könyvekben, tudományos értekezésekben történt. A társadalomtudományok, a történettudományok, a filozófia és nyelvtudományok területén a rendes taggá váláshoz a szükséges idézettség vagy meghivatkozás száma minimálisan ezerkétszáz, melyből legalább

háromszáznak kell idegen nyelvű, külföldi folyóiratban vagy könyvben, tudományos értekezésben lennie. Ugyanabban a műben történő többszöri idézés, illetve meghivatkozás, ha a szerző azonos művére történik egynek számít, de a szerző különböző műveinek idézése mind önállóan számítható be.

(3) A Magyar Tudományos Akadémiának azok a levelező vagy rendes tagjai, akik a törvény elfogadásának évének végéig nem mutatják fel a szükséges mennyiségű idézettséget, meghivatkozást, a továbbiakban csak tanácskozási joggal vehetnek részt az Akadémia testületeinek munkájában, és az Akadémia vezetőivé, tisztségviselőivé nem választhatók, illetve amennyiben korábban ilyen választást nyertek, elvesztik megbízatásukat. A tanácskozási jogúvá vált akadémikusokat nem illeti meg az akadémikusi tiszteletdíj.

(4) Az akadémiai levelező és rendes tagságra a feltételeknek megfelelést kérelemre a MTA elnöke állapítja meg, aki a feltételek meglétének ellenőrzésére létrehozta a Tudományos Minősítési Titkárságot (továbbiakban: TMT). A TMT az akadémikussá válást megállapító kérelem elbírálásához a kérelmezőnek az MTA köztestületi adatbázisában meglévő idézettségi és hivatkozási mutatóját veszi alapul. Ezek hitelességének ellenőrzését az interneten levő keresőprogramok (pl. Google scholar) és idézettségi nyilvántartások (pl. Social Science Citation Index) és más adatbázisok segítségével kell elvégezni. Azokat a idézettségeket és meghivatkozásokat, melyek az interneten feltalálható művek segítségével nem ellenőrizhetők, a kérelmezőnek fénymásolva csatolnia kell a kérelem mellékleteként. Csak azok az idézettségek és meghivatkozások számíthatók be, melyeket egyetemi, főiskolai vagy kutatóintézeti folyóiratokban, elektronikus periodikákban, alapítványok által kiadott, tudományos jellegű folyóiratokban megjelent tudományos művekben szerzett a kérelmező, könyvek, könyvrészletek esetében pedig a megidéző szerző a tudományos életben tevékenykedik. A doktori iskolák hallgatói által írt, publikált dolgozatokban, illetve a doktori disszertációkban található idézettségek és meghivatkozások beszámíthatók.

(5) Minden akadémikus az Akadémia valamelyik osztályába tartozik. Az akadémikus tudományos osztályba tartozása kérésére az Alapszabályban rögzített módon megváltoztatható.

(3) (6) A 70 évesnél fiatalabb hazai akadémikusok száma nem haladhatja meg a 200 főt, a hazai akadémikusok teljes száma pedig a 365 főt.

(4) (7) A Magyarországon élő hazai akadémikusok tudományos teljesítményét és köztestületi munkáját az Akadémia havi tiszteletdíj folyósításával is elismeri. A tiszteletdíj a hazai akadémikust élete végéig megilleti, elhalálozása esetén annak meghatározott hányadát hozzátartozói ellátásként (özvegyi és árvaellátásként) kell folyósítani.

(5) (8) A (4) bekezdésben meghatározott tiszteletdíj és hozzátartozói ellátások fedezetét az Akadémia költségvetési fejezetében elkülönítetten kell megállapítani.

8. § (1) *(Az Akadémia Doktori Tanácsa az MTA doktora címet ítélheti oda a kiemelkedő tudományos teljesítményt elérő olyan személynek, akinek van tudományos fokozata, és a cím megszerzésének egyéb, az Akadémia doktori szabályzatában meghatározott feltételeit is teljesíti.)* **A TMT kérelemre a 6. § (4) bekezdésben előírt eljárás keretében megállapítja az MTA doktora cím elnyerését.**

(2) *(Az (1) bekezdésben meghatározott cím kérelem alapján indult doktori eljárás keretében ítélhető oda. Az eljárás megindítására és a cím odaítélésére az Akadémia Doktori Tanácsa jogosult.)* **Az ország területén állandó lakóhellyel rendelkező magyar állampolgár, aki az általa szerzőként alkotott tudományos művekre legalább hatszáz idézettséget, vagy meghivatkozást kapott, és ezek közül legalább kétszáz idegen nyelvű, külföldi folyóiratokban vagy könyvekben, tudományos értekezésekben történt, kérheti az MTA doktora cím elnyerésének megállapítását. A társadalomtudományok, a történettudományok, a filozófia és nyelvtudományok területén a cím elnyeréséhez a szükséges idézettség vagy meghivatkozás száma elég, ha a négyszázat eléri, melyből legalább ötvennek kell idegen nyelvű, külföldi folyóiratban vagy könyvben, tudományos értekezésben lennie. Ugyanabban a műben történő többszöri idézés, illetve meghivatkozás, ha a szerző azonos művére történik egynek számít, de a szerző különböző műveinek idézése ugyanabban a műben mind önállóan számítható be. A jelenleg akadémiai doktori címmel rendelkezőknek e törvény elfogadásának évében az előírt feltételeknek megfelelést a 3. §. (4) bekezdésben előírt módon kell bizonyítaniuk, és amennyiben az év végéig ez nem történik meg elveszítik címüket.**

(5) Az e törvény hatálybalépése előtt odaítélt „tudomány doktora” fokozat és MTA doktora cím egyenértékű az e törvény hatálybalépése után megítélt MTA doktora címmel, **amennyiben a (2) bekezdésben előírt feltételeknek megfelel.**

(Az akadémiai kutatóközpontok és kutatóintézetek)

(3) A főigazgatót, illetve az igazgatót az Európai Unió ajánlásainak megfelelő pályázati eljárás alapján **az akadémikusok vagy az MTA doktora címmel rendelkezők közül** Akadémia elnöke nevezi ki (bízta meg), illetve menti fel (vonja vissza megbízását). A kinevezés legfeljebb 5 évre szól. A kinevezési és felmentési eljárás szabályait az Alapszabály rögzíti.

(5) Az akadémiai kutatóhálózat kutatóhelyein foglalkoztatott kutatók (a továbbiakban: kutatók) munkájukat tudományos meggyőződésüknek megfelelően végzik. Ezzel ellentétes tevékenységre nem kötelezhetők. Tudományos eredményeiket szabadon tehetik közzé, ha ezzel mások törvényes, különösen a szellemi tulajdonra vonatkozó jogait nem sértik. **Tíz évnél tovább csak az a kutató foglalkozatható, aki szerzőként alkotott tudományos műveire legalább ötven idézettséget, vagy meghivatkozást kapott, és ezek közül legalább tíz idegen nyelvű, külföldi folyóiratokban vagy könyvekben, tudományos értekezésekben történt. Tizenöt év után a minimálisan megkövetelt idézettség (meghivatkozás) százötven, illetve harminc, húsz év után kétszázötven illetve ötven. E feltételek meglétét a 6.§ (4) bekezdésben előírt módon kell megállapítani. Ugyanabban a műben történő többszöri idézés, illetve meghivatkozás, ha a szerző azonos művére történik egynek számít, de a szerző különböző műveinek idézése mind önállóan számítható be.**

2) A felsőoktatási törvény

.....sz. törvényjavaslat a felsőoktatásról szó 2005. évi CXXXIX. törvény
módosításáról

27. § (1) A szenátus az alapító okiratban meghatározottak figyelembevételével határozza meg a felsőoktatási intézmény képzési és kutatási feladatait, továbbá ellenőrzi azok végrehajtását. A szenátus meghatározza működésének rendjét. A szenátus elnöke a rektor.

(2) A szenátus tagja - a hallgatói önkormányzat és a reprezentatív szakszervezetek képviselői kivételével – az lehet, aki a felsőoktatási intézményben (*munkaviszony, illetve közalkalmazotti jogviszony keretében oktatói, kutatói vagy egyéb*) **egyetemi tanári** munkakört tölt be, és **az MTA doktora címmel rendelkezik.**

28. § (1) Az állami felsőoktatási intézményben a szenátus tagjai - a rektor kivételével - választás útján nyerik el megbízatásukat. A szenátus létrehozásával, működésével, tagjai megbízatásának megszűnésével, a

megbízás, a delegálás jogszerűségének vizsgálatával, a kapcsolódó jogorvoslással, a szenátus napirendjének előkészítésével kapcsolatos kérdéseket a felsőoktatási intézmény szervezeti és működési szabályzatában kell meghatározni, a következők figyelembevételével:

a) a szenátus létszáma - a 23. § (3) bekezdésében meghatározottak figyelembevételével - nem lehet kevesebb hét, illetve kilenc főnél, továbbá az oktatók és kutatók által választott tagoknak - az elnökkel együtt - a testület tagjainak többségét kell alkotniuk,

b) a hallgatói önkormányzat a 78. § (4) bekezdésében meghatározottak szerint delegálja képviselőit,

c) *(az egyéb munkakörben foglalkoztatott tagok,)* a reprezentatív szakszervezetek képviselőinek létszáma nem lehet kevesebb, mint a szenátus létszámának öt-öt százaléka, de legalább egy-egy fő,

d) a szenátus tagjainak megbízatása legalább három és legfeljebb öt év, a hallgatói önkormányzat képviselője esetében legalább egy és legfeljebb három év lehet,

e) a szenátus szükség szerint tart ülést,

f) a szenátus ülései az intézmény alkalmazottai, hallgatói és a gazdasági tanács tagjai számára nyilvánosak,

g) a szenátus ülése akkor határozatképes, ha tagjainak legalább hatvan százaléka jelen van, döntéseit - ha törvény vagy a szervezeti és működési szabályzat magasabb szavazati arányt nem ír elő - jelen lévő tagjai többségének egyhangú szavazatával hozza,

h) a szenátus jelen lévő tagjai több mint ötven százalékanak kérésére zárt ülést, titkos szavazást kell tartani,

i) a szenátus üléseiről jegyzőkönyvet kell készíteni, a szenátus döntéseit határozatba kell foglalni, és a szervezeti és működési szabályzatban meghatározottak szerint nyilvánosságra kell hozni,

j) a szenátus ülésére a gazdasági tanács elnökét tanácskozási joggal meg kell hívni.

29. §

(7) Rektori **vagy rektor-helyettesi** megbízást az kaphat, aki *(vezetési, szervezési, gazdálkodási ismeretekkel és gyakorlattal rendelkezik, továbbá)* a felsőoktatási intézménnyel teljes munkaidőre szóló munkaviszonyban vagy közalkalmazotti jogviszonyban áll, illetve akivel ilyen jogviszonyt létesítenek. A rektori **vagy rektorhelyettesi** megbízáshoz egyetem esetén egyetemi tanári, főiskola esetén főiskolai tanári *(és főiskolai tanári, egyetemi docensi, tudományos tanácsadói vagy kutatóprofesszori, illetve tudományos főmunkatársi)* munkakörben történő alkalmazás és az **MTA doktora cím** szükséges. **Azok a rektori vagy rektor-helyettesi megbízatással rendelkezők, akik a törvény hatálybalépésekor az elírt feltételekkel nem**

rendelkeznek a törvény erejénél fogva elveszítik megbízatásukat, és helyettük hatvan napon belül újakat kell választani.

(8) A szenátus tagjai kétharmadának igenlő szavazatával kezdeményezheti a rektor visszahívását.

30.§

(2) A felsőoktatási intézmény oktatási és tudományos kutatási szervezeti egységei különösen: a kar, a tanszék, az intézet, a botanikus kert, a klinika, a kutatóintézet, a kutatócsoport, a tangazdaság, **melyek vezetését egyetemeken esetében az MT doktora címmel rendelkező egyetemi tanárok, főiskolák esetében főiskolai tanárok láthatják el.** Ha a felsőoktatási intézmény több telephelyén indít alap- vagy mesterképzést, az intézmény képzési programjában kell meghatározni, hogy melyik oktatási szervezeti egység felel a képzésért. Egy szak képzésért egy oktatási szervezeti egység lehet a felelős. Ha a felvételi jelentkezések csökkenése miatt, illetve más okból az adott szakot az intézmény a továbbiakban nem indítja, az indításra vonatkozó jogosultsági bejegyzést a regisztrációs központ a nyilvántartásából törölte, a szenátusnak az intézményfejlesztési terv, valamint a képzési program felülvizsgálatával egyidejűleg a 27. § (8) bekezdés *f*) pontjában meghatározott jogkörében kell döntést hoznia.

67. §

(5) A doktori tanács **oktatói tagjait úgy kell kiválasztani, hogy legalább két MTA doktora címmel rendelkező egyetemi tanár legyen köztük, a többi az egyetemi docensek közül is választható.** *(tagjának tudományos fokozattal kell rendelkeznie. A doktori tanács tagjainak kiválasztásánál biztosítani kell, hogy legalább két olyan tagja legyen, aki az érintett felsőoktatási intézménnyel nem áll foglalkoztatási jogviszonyban.)* A doktori tanács egy tagját a doktori képzésben részt vevő hallgatók választják.

87. §

(3) A főiskolai tanári és az egyetemi docensi munkakörben történő alkalmazás feltétele, hogy az érintett rendelkezzen doktori fokozattal, és *(alkalmas legyen a hallgatók, a doktori képzésben részt vevők, a tanársegédek tanulmányi, tudományos, illetve művészi munkájának vezetésére, valamint arra, hogy idegen nyelven előadást tartson, továbbá)* rendelkezzen megfelelő, az oktatásban szerzett szakmai tapasztalattal. **E pozícióba történő kinevezés feltétele, hogy az érintett az által írt tudományos művekre legalább ötven idézettséget vagy meghivatkozást szerezzen, melyekből az egyetemi docensek esetében legalább tíznek idegen nyelvű, külföldön megjelent folyóiratban, könyvben, tudományos értekezésben kell lennie.** Ugyanabban a műben történő többszöri idézés, illetve meghivatkozás, ha a szerző azonos művére történik egynek számít, de a szerző különböző műveinek idézése mind önállóan

számítható be. A természettudományi, műszaki tudományi vagy orvostudományi területeken levő felsőoktatási intézményekben a szervezeti és működési szabályzat e pozíciókhoz az itt előírtaknál magasabb idézettséget is megkövetelhet.

(4) Az egyetemi tanári munkakörben történő alkalmazás feltétele, hogy az érintett rendelkezék **az MTA doktora címmel** *(doktori fokozattal, továbbá az adott tudomány- vagy művészeti terület olyan nemzetközileg elismert képviselője, aki kiemelkedő tudományos kutatói, illetve művészi munkásságot fejt ki. Az oktatásban, kutatásban, kutatásszervezésben szerzett tapasztalatai alapján alkalmas a hallgatók, a doktori képzésben részt vevők, a tanársegédek tanulmányi, tudományos, illetve művészi munkájának vezetésére, idegen nyelven publikál, szemináriumot, előadást tart. Az egyetemi tanár jogosult a professzori cím használatára.)* **Azok az egyetemi tanári munkakörrel rendelkezők, akik törvény hatályba lépése idején nem rendelkeznek az MTA doktora címmel három év haladékot kapnak ennek megszerzésére. Amennyiben a törvény kihirdetését követő harmadik év végéig nem tudják ezt a címet megszerezni, elvesztik egyetemi tanári munkakörüket, és egyetemi docensi beosztásba kerülnek. Amennyiben ennek feltételeit sem tudják teljesíteni, egyetemi adjunktusi munkakörben foglalkoztathatók tovább.**

96. § (1) A felsőoktatási intézményekben - a szervezeti és működési szabályzatban meghatározottak alapján - a következő magasabb vezetői megbízások adhatók ki:

a) rektor,
b) rektorhelyettes,
c) főigazgató,
d) dékán,
e) gazdasági főigazgató, ennek hiányában gazdasági igazgató,
f) igazgatási feladatot ellátó hivatal vezetője (főtitkár vagy a szervezeti és működési szabályzatban meghatározott más megnevezéssel). **Az a-d pontokban felsorolt beosztásokat csak MTA doktora címmel rendelkező egyetemi tanárok tölthetik be. Az ilyen feltételeknek nem megfelelő betöltés esetén a megbízatás a törvény hatályba lépésekor törvény erejénél fogva megszűnik, és hatvan napon belül gondoskodni kell e posztok megfelelő személyekkel való betöltéséről.**

111. § (1) Magyar Felsőoktatási Akkreditációs Bizottságnak tizenkilenc tagja van. Tizenegy tagot, **akik az MTA doktora címmel rendelkeznek** *((közülük egy fő nemzetközi szakértőt))* delegál a Magyar Rektori Konferencia, három, **ugyanilyen címmel rendelkező** tagot a Magyar Tudományos Akadémia és a kutatóintézetek, kettő tagot a felsőoktatás működésében érdekelt kamarák, országos szakmai szervezetek, egy tagot a Hallgatói Önkormányzatok Országos

Konferenciája, egy tagot az Országos Köznevelési Tanács, egy tagot az Országos Kisebbségi Bizottság. Nem lehet a Magyar Felsőoktatási Akkreditációs Bizottság tagja, aki a Felsőoktatási és Tudományos Tanács tagja, rektor, gazdasági tanács tagja vagy köztisztviselő. A Magyar Felsőoktatási Akkreditációs Bizottság tagjai közül megválasztja elnökét és más tisztségviselőit, valamint meghatározza működésének rendjét.

(8) A Magyar Felsőoktatási Akkreditációs Bizottság Felülvizsgálati Bizottságot hoz létre, a 106. § (8) bekezdésében meghatározott, megismételt szakértői vélemény elkészítésével kapcsolatos feladatok ellátására. A Felülvizsgálati Bizottság három tagból áll, **akik az MTA doktora címmel rendelkeznek**. Két tagját a Magyar Rektori Konferencia, egy tagját a Magyar Felsőoktatási Akkreditációs Bizottság testülete jelöli hároméves időtartamra. A Felülvizsgálati Bizottság tagja olyan személy lehet, aki legalább három évig a Magyar Felsőoktatási Akkreditációs Bizottságnak vagy valamely szakbizottságának nem volt tagja. A Felülvizsgálati Bizottság tagjaira az (1) bekezdésben megfogalmazott összeférhetlenségi szabályokat is alkalmazni kell.

113. § (1) A Felsőoktatási Tudományos Tanácsnak tizenkilenc tagja van. Négy tagot delegálnak a kamarák, egy-egy tagot az Országos Érdekegyeztető Tanács munkáltatói, illetve munkavállalói oldala, hármat **az MTA doktora címmel rendelkezők közül** a Magyar Rektori Konferencia, **kettő-kettő ugyanilyen címmel rendelkezőt** a Magyar Tudományos Akadémia, (kettőt) és a miniszter, egyet-egyet a Hallgatói Önkormányzatok Országos Konferenciája, a Doktoranduszok Országos Szövetsége, a Felsőoktatási Dolgozók Szakszervezete, a foglalkoztatáspolitikáért felelős miniszter, az agrárpolitikáért felelős miniszter, valamint a gazdaságpolitikáért felelős miniszter. Nem lehet a Felsőoktatási és Tudományos Tanács tagja, aki a Magyar Felsőoktatási Akkreditációs Bizottság tagja, rektor, gazdasági tanács tagja vagy köztisztviselő. A Felsőoktatási és Tudományos Tanács tagjai közül megválasztja elnökét és más tisztségviselőit, valamint meghatározza működési rendjét.

Schadt György

A szocialista jogalanyiség a társaságok tekintetében

A tételes jogi elismertséget feltételező jogalanyiség megértéséhez és elhelyezéséhez az adott, vizsgált korban fennálló jogrendszer jogalanyiség szempontjából releváns szegmenseinek legalább vázlatos ismerete szükséges. A tételes jogon túlmenően az elméletek megértéséhez és elhelyezéséhez is szükséges az adott kor háttere, hiszen az elméletek is csak meghatározott közegben tudnak érvényesülni. Így elkerülve, hogy ahhoz hasonló helyzetbe kerüljek, mint amikor egy építkezésen a munka megkezdését követően jönnek rá, hogy szépek az emeletek tervrajzai, csak hiányzik hozzá a földszint, amin áll, először a szocialista rendszer és gondolkodásmód gazdaságról, jogról és gazdaságpolitikáról meglévő felfogását kísérem meg ismertetni és ebből vezetem át a gondolati síkot a gazdálkodó szervezetek, mint különálló entitások jogalanyiségének megértéséhez.

A gazdaságpolitika és a jog relációját tekintve két egymástól lényegesen különböző felfogás uralkodott. Az egyik szerint a jog és a gazdaságpolitika teljesen különálló, ez a felfogás a jog lényegét valamely felsőbb, nem emberi hatalom akaratában, az emberi természetben vagy észben keresi. A másik felfogás a 20-as, 30-as években alakult ki a szovjet jogtudományban, eszerint a gazdasági jog nem más, mint a proletárállam politikájának sajátos formája.

A két szélsőséges felfogás helyett azonban leginkább az mondható el, hogy a jog a gazdaságpolitika egyik eszköze. Fontos lehet viszont kiemelni, hogy nemcsak fogalmazó, vagy leíró szerepre kényszerül, így nem lehet az egész gazdaságpolitikát vagy annak egy részét közvetlenül a jogrendszerbe átültetni. A gazdaságpolitikának számos olyan mozzanata van, amely nem állami kényszerszabályozással, hanem egyéb, nem jogi természetű eszközökkel valósítható meg. A tapasztalatok a szocialista rendszerben is azt mutatják, hogy az anyagi érdekeltséget lehetetlen állami kényszerszabályozással, jogi felelősség érvényesítésével helyettesíteni. Jogi eszközökkel ugyanis nem lehet az alapul fekvő társadalmi viszony objektív természetét megváltoztatni, így nem lehet a piaci viszonyokban szükségszerűen benne rejlő bizonytalansági tényezőt kiküszöbölni. A gazdaságpolitikát le kell fordítani a jog nyelvére, még hozzá úgy, hogy jogi kategóriák, intézmények, fogalmak útján kell kifejezni, be kell illeszteni az adott állam jogrendszerének egészébe.

Gazdaságelméletileg könnyű belátni és igazolni, hogy a gazdaságpolitika meghatározása nem merülhet ki a szorosán vett gazdasági célok meghatározásában, mert ez a folyamat csak a hozzátartozó gazdasági formák kidolgozásával együtt mehet csak végbe. Mindenféleképpen elkerülendő tehát a

szorosan vett gazdasági és jogi mozzanatok különválasztása, mert ez arra vezethet, hogy olyan gazdaságpolitikai irányelvek szülessenek, amelyeket jogi intézmények útján nem, vagy csak a jogrendszerben bekövetkező súlyos ellentmondások árán lehet kifejezni. Ezenfelül azon a körön belül, amelyben erre szükség van, közvetlenül a jogi forma érvényesül, s a gazdaságpolitika csak általa közvetítetten.

Világhy Miklós nyomán a szocialista gazdaságpolitika eszközeit a következőképpen csoportosíthatjuk.^[1] *Direkt eszközök:* a közhatalmi direkt eszközök: pl.: gazdasági tárgyú jogszabályalkotás, ill. tulajdonosi jellegű direkt eszközök: pl.: ha az állam vállalatot alapít. *Indirekt eszközök:* közhatalmi indirekt eszközök: adórendszer, vámok, kötelező árszabályozás.

-tulajdonosi indirekt eszközök: központi állami erőből megvalósított beruházás a piac befolyásolása céljából, szubvenció, lefölözés. Természetesen a direkt és indirekt eszközök nem választhatók el egymástól élesen, hanem egymást kölcsönösen feltételezik és átmennek egymásba.

A szocialista gazdaságpolitika főbb elemeiből és céljaiból levezethető az elvi jelentősége a gazdasági társulások jelentőségének, ezzel pedig értelemszerűen a társulások jogalanyisága jelentőségének is. Általános jelleggel leszögezhető, hogy a szocialista gazdaságpolitika a termelőeszközök társadalmi tulajdonjoga alapján a piaci viszonyok megteremtését tűzte ki célul. A piaci mechanizmus alapján pedig szocialista körülmények között is differenciálódás megy végbe a vállalatok között. A sikeres gazdasági tevékenység az anyagi eszközök felhalmozását eredményezi, annál a vállalatnál, amely eredményesen működött. Mivel a felhalmozás nem mindig ott jelentkezik, ahol társadalmilag leginkább szükség van rá, ezért lehetővé kell tenni a sikeresen dolgozó vállalatnál felhalmozódott anyagi eszközök átáramoltatását a gazdaság olyan területeire, ahol felhasználásuk indokolt. Ennek a folyamatnak lehet egyik eszköze a társulás. A másik körülmény, ami elősegíti a társulások alapítását az, hogy a nagyobb gazdasági eredményre törekvés szükségessé teheti, hogy a vállalat más vállalatokkal gazdasági szövetségre, társulásra lépjen.

A gazdaságpolitika igen fontos szegmense, hogy mit irányít. Lenin szerint áru- és pénzviszonyok szocialista körülmények között is vannak, így a NEP-politika is ezen a felismerésen alapult. Amikor Sztálin befejezte a teljes kollektivizálást, újraéledtek az áru-és pénzviszonyok elhalását váró nézetek, de a 60-as évek végére már szinte egyértelművé vált ezeknek az elméleteknek a cáfolata. Márpedig, ha vannak áruviszonyok, akkor belőlük nagy horderejű gazdaságpolitikai következtetéseket kell levonni, és a jogi formákat is úgy kell átalakítani, hogy megfeleljenek az alapul fekvő viszonyok árutermészetének. A szocialista közgazdaságtan eredményeit felhasználva Világhy arra a következtetésre jut, hogy az áruviszony és a központi tervezés nem feltétlenül zárja ki egymást, ezért célszerűnek látja a központi tervszerű irányítás és a piac aktív szerepének szerves összekapcsolását a termelési eszközök *társadalmi*

tulajdona alapján. Világhy áruviszony-elméletének rövid bemutatása előtt az objektív szakmai értékelés jegyében mindenképpen kiemelném, hogy az elmélet koherenciája, megalapozottsága és logikus következtetései ellenére egy olyan ideológián alapuló rendszerben született, amely rendszer ideológiáját a történelem eseményei nem igazolták. A társadalmi tulajdon, mint a szocialista rendszer egyik alapja, ugyanis rengeteg problémát okozott, mert az állam a saját tulajdonosi minőségének jogi kifejezéséhez a hagyományos és elvont individuális magántulajdon-jogviszony szerkezetet használta. A jogosulti pozícióba ugyanis a szocialista állam került, vele szemben mindenki, tehát a társadalom minden tagja kötelezett lett. Így a társadalmisítás gondolata teljes egészében visszafordult, az egész társadalmat nem a tulajdonjog jogosultjává, hanem kötelezetté változtatta. Marx és Engels a tőkés államot minősítették „eszmei ösztökésnek”^[2], és nem figyelmeztettek arra, hogy a termelési eszközökön fennálló kizárólagos tulajdona által a szocialista állam lesz majd az igazi eszmei ösztökés. Logikus Bibó István következtetése, aki szerint az állam a magántulajdoni elnyomás lehetőségét többszörösen meghaladó elnyomás lehetőségét rejt magában. Ezek után pedig nézzük részletesen a minden negatív körülmény ellenére is kiemelkedő színvonalú és jelentőségű áruviszony-elméletet:

Az áruviszony szükségképpen három mozzanatot tételez fel. Az első, hogy minden áruviszonyban az egymással kapcsolatban álló felek bizonyos *elkülönültsége* fejeződik ki. Ebből adódóan szükség van az áruk kölcsönös kicserélésére és ez a csereviszony fejezi ki az *összekapcsolódást*. A harmadik mozzanat pedig az, hogy minden csere a termék előállításához társadalmilag szükséges munka, az *érték* alapján megy végbe. A három mozzanat megvizsgálásával fontos következtetéseket lehet leszűrni az áruviszonyok és a szocialista polgári jog, ezen keresztül pedig közvetetten a gazdálkodó szervezetek jogalanyisága összefüggéséről.

A kiindulópontnak azt kell tekintenünk, hogy minden társadalmi tulajdonjog közvetett, az állami vagy a szövetkezeti szervezet által közvetített tulajdonjog. A hibás megközelítés elkerülése végett fontos megjegyezni, hogy a társadalmi elsajátítást nemcsak az állami termelő vállalat, hanem az egész állami szervezet közvetíti. Az állami vállalat helyzete mégis specifikus, mert az államnak az a szerve, amely útján az állam a társadalmi elsajátítási folyamatban árutulajdonosként lép fel. Lényeges vonás az állami minőség és a sajátos árutulajdonosi funkció egysége. Az állami vállalat nem tulajdonos az elvontan szemlélt egész társadalom irányába, és nem tulajdonos az elvontan szemlélt állammal szemben sem, de kifelé, harmadik személyek irányában tulajdonosa a kezelésére bízott vagyontárgyaknak, így ugyanolyan szabályok szerint jár el, mint amilyenek általában az árutulajdonosokra vonatkoznak. A *szövetkezeti szocialista tulajdonjog* esetében a közvetítő eszköz, a szövetkezet esetében a helyzet egyszerűbb, ugyanis a szövetkezet csupán árutulajdonos, közhatalmat nem gyakorol. A szövetkezetnek (árutulajdonos és munkaszervezet) és a tagoknak is kettős jogállásuk van, hiszen egyfelől dolgozói, másfelől tagjai a szövetkezetnek.

Annak a társadalmi elsajátítási folyamatnak, amelyet a szövetkezet a benne egyesült kollektíva javára közvetít, nem dolgozói, hanem tagsági viszonyuknál fogva részesei. A *személyi tulajdonjog* az államtól és a szövetkezetitől eltérően fogyasztási tulajdon, a legszükségesebb létfenntartási javak természetes tulajdona. Ezek árujellege az élők közötti forgalom mellett a halál esetére szóló szerzés, az öröklés lehetőségeiben is megmutatkozik. A személyi tulajdonjog nem ugyanaz, mint a tőkés magántulajdon, a legfőbb eltérés az, hogy „a személyi tulajdon forrása a szocialista állam polgárának dolgozói minősége”. Ebben a körben az elkülönítés mozzanata kapcsán nem szabad beleesni abba a hibába, hogy a minden szocialista tulajdonjogi formában benne rejlő árumozzanatot kiemeljük és elvonatkoztatjuk attól a konkrét viszonytól, amelyet az árumozzanat adott esetben kifejez. Hiába van benne az elkülönülés mozzanata minden szocialista tulajdonjogi formában, ettől még nem lehet az árutulajdonjog létét absztrahálni azokból a konkrét sajátosságokból, amelyek egy-egy esetben az árutulajdonjog jellegét meghatározzák.

Az elkülönülés mozzanata - és a mi szempontunkból most ez a legfontosabb - nemcsak a tulajdonjog, hanem a jogalany, a személy kategóriájában is jelentkezik. Röviden ennek az a magyarázata, hogy az árutulajdonjogot szükségképpen el kell különíteni mások árutulajdonjától. Marx kifejezésével élve „az áruk maguktól nem mennek a piacra, ezért őrzőik után kell néznünk”. Az árutulajdonjog elkülönítése csak akkor lehetséges, ha elkülönül az árutulajdonos is. Az elkülönült árutulajdonos pedig igen gyakran nem magánszemély, hanem valamilyen formációjú gazdálkodó szervezethez hasonlító jogi képződmény. A felvezetést és utalást követően a következő részben bontom ki részletesebben a jogalanyisággal kapcsolatos kérdéseket.

Összekapcsolódás: A szocialista polgári jogban az összekapcsolódás jogi tükröződésének két alapformája van, az áruszerződés és a felelősség.

Az *áruszerződés* lényegében a minden áruviszonyban benne rejlő összekapcsolódási mozzanat akaratos formája. Világhy síkra száll a szerződési szabadságért, mert sem az adásvétel, sem a vállalkozási szerződés nem meríti ki azokat a lehetőségeket, amelyek között a társadalmi tulajdon talaján kifejlődő csereviszonyok létrejöhetnek. A vállalatok önállóságának fokozása szükségképpen együtt jár azzal, hogy a vállalatok között is teljes hatállyal el kell ismerni a szerződési szabadság elvét. A jogtörténet tapasztalata is arra tanít, hogy az áruviszonyok alakulásának minden lehetséges típusát előre látni lehetetlen, és a kötött szerződési típusok az áruviszonyok fejletlenségére, illetőleg korlátozottságára mutatnak. Ezt a felismerést előtte és utána is igazolta az élet, így azt hiszem, a méltatása ehelyütt felesleges.

Az áruviszony és a polgári jogi felelősség kapcsolatát vizsgálva jelentősége lehet viszont az egyes gazdálkodó szervezetek szempontjából a felelősség hatékonysága kérdésének. A szocialista gazdaságpolitikában meglehetősen sok felelősségi szabály található, de ez nem biztos, hogy célszerű, mert a 'kicsinyeskedő' felelősségrevonás gyakran a felelőtlenességgel járhat együtt. Akkor

hatékony egy felelősségi forma, ha összhangban van az alapul fekvő társadalmi viszony objektív természetével, és az alkalmazásra kerülő szankció megfelelő arányban van a jogsértéssel. Ez a gyakorlatban azt jelenti, hogy az egyenértéki felelősség akkor hatékony, ha az árutulajdonos szervezeteknek valóban érdekük a szabályszerű eljárás. Régi társadalomelméleti felismerés, hogy a közhatalmi kényszer nem helyettesítheti az érdeket. A szankció esetében a leginkább arra kell vigyázni, hogy a túlságosan alacsony szankció nemtörődömséget, a túlságosan magas pedig fásultságot, fatalizmust eredményezhet.

A harmadik kategória, az értékmozzanat kapcsán annyit lehet megemlíteni, hogy a polgári jogban szabályozott értékmozzanatok közül a legjelentősebb az ár és a kártérítés.

Világhy azt a konklúziót szűri le a szocialista társadalmi környezetből, hogy a polgári jog minden jelensége, minden alapintézménye végső fokon az áruviszonyból, mint materiális alapból, annak jogi visszatükröződéséből származik, és onnan magyarázható.^[3] A teljesség kedvéért érdemes megemlíteni egy, az elméletet ért kritikát is. Eörsi szerint ez a tézis történelmileg, genezisében igaz, de a történelmi alap nem azonos a szocialista polgári jog társadalmi-gazdasági alapjaival. Ezeknek az alapoknak része ugyan az árutermelés, és hat is a polgári jogra, de a kapcsolat közvetett, és az árutermelés ténye a legtöbb jogágazatra is gyakorol erős közvetett hatást. Elutasítja Világhy azon megállapítását is, mely szerint a tsz tulajdonosi elkülönültsége az árucserére vezethető vissza, mert ez a tulajdonosi elkülönültség az adójognak ugyanúgy feltétele, mint az öröklési jognak, így ezzel a polgári jog nem magyarázható.^[4]

A szocialista jogban a természetes személyektől elkülönült, gazdaságban részt vevő entitások között a legfontosabb az állami vállalat volt. Az állami vállalatnak az állam által rendelkezésre bocsátott vagyona feletti kezelői joga már a tervutasításos rendszerben is jó néhány problémás kérdést felvetett, mind az elméletben, mind a gyakorlatban. A probléma jelentősége a reform által megteremtett vállalati önállósággal nőtt csak meg igazán: nehezen volt ugyanis összeegyeztethető a gyakorlatban kialakult vállalati önállósággal és az ezzel szerves összefüggésben kialakuló, gyakorlatban meglévő vállalati rendelkezési joggal az egységes és oszthatatlan állami tulajdonjog alkalmazása. A két szempontot (vagyis az alap-kiindulópontot és a tényleges helyzetet) Sárközy Tamás úgy próbálta meg összeegyeztetni, hogy az elmélet olyan átalakítását vette célba, hogy az állami tulajdon egységét és a hatékony állami gazdaságirányítást is kifejezze, ugyanakkor ne hallgasson a vállalat tulajdonjogi önállóságáról sem.^[5] A professzor úr álláspontja szerint ezt a két szempontot kizárólag ugyanazon jogági eszközöket alkalmazva nem lehet összehangolni, mert a társadalmi tulajdon mibenlétének kérdésére csak a polgári és az államigazgatási jogi eszközöket egyaránt alkalmazva lehet válaszolni.

A Sárközy-elmélet kiindulópontja a materiális tulajdon fogalmának kidolgozása volt: ennek keretében pedig az elsajátítási viszonyok materiális tulajdoni szempontból osztódó relatív hasznosítást jelentenek, amelyet azonban

nemcsak a jog által tulajdonosnak minősített szervezetek hajtanak végre, hanem egyéb, gazdaságilag elkülönült szervezetek is. A gazdasági elkülönültség azonban szükségképpen együtt jár tulajdoni viszonyokkal is: ennek egyik kiindulópontja pedig az, hogy az egységes állami szektort tulajdoni szempontból megbontja. Az alapideológiával további ütközést jelentett az indirekt tervgazdálkodás bevezetésének egyik további jogkövetkezménye: ennek egyik legfontosabb célja a piac korlátozott megnyitása volt, ami azzal a joghatással járt, hogy a korábban közgazdasági tulajdonosnak nem minősülő szervezetek egymás viszonyában gazdaságilag elkülönültek, materiális tulajdonossá váltak. Az ütközés legfőbb eredője pedig az, hogy ez nem volt összeegyeztethető az árutulajdonjog abszolút szerkezetével. Az elmélet művelői által javasolt megoldás egy olyan új tulajdonjog-koncepció kialakítása, amelyre már nem jellemző az árutulajdonjog abszolút szerkezete. Ebből az aspektusból az árutulajdonjog abszolút szerkezete a legnagyobb problémát azzal okozta, hogy nem volt alkalmas arra, hogy a szocialista viszonyok között a társadalmi tulajdonon belül kialakult materiális viszonyokat jogilag visszatükrözze: ennek oka pedig leginkább abban a körülményben keresendő, hogy a szocialista tulajdonviszonyok nem horizontális, hanem hierarchikus viszonyokon épülnek fel. Az elmélet által kidolgozott különböző megoldási koncepciók többé-kevésbé egységes elvi kiindulópontja az volt, hogy a gazdaságirányítástól gazdaságilag elkülönült állami vállalatok horizontális viszonyai tekintetében alkalmazni lehet az abszolút szerkezetű árutulajdonjog intézményét. Ennek jogi folyamánya egyértelműen az, hogy az állami vállalatok nemcsak ténylegesen, hanem jogilag is árutulajdonosként viselkednek. A gazdaságirányítás miatt azonban az állam és az állami vállalatok között meglévő kapcsolat tekintetében már nem működhet a fenti koncepció: az államnak a vállalatai irányában fennálló tulajdonjoga egységes és oszthatatlan, ezáltal pedig nem polgári jogi jellegű, hanem sokkal inkább az államjogi jelleg vonásait hordozza magán. Ezzel elérkeztünk tehát vizsgált témánk, a társaságok jogalanyiséga tekintetében is fontos megoldandó problémához, ami abban áll, hogy az állami vállalat, mint azonos entitás két különböző relációban kétféleképpen viselkedik. A gyakorlatban az állami vállalatok kezelői joguk folytán sokkal inkább tulajdonosként viselkedtek egymás közti relációjukban, mintsem szimpla kezelőként. Ez a gyakorlati igényeknek megfelelt, az elméleti koncepcióval azonban a fent jelzett okok miatt szemben állt. A realitás összeegyeztetése az állam egységes és oszthatatlan tulajdonjogával volt az erre irányuló elméleti kutatások célja. A legsikeresebben talán a komplex tulajdonjog elmélete oldotta meg a feladatot, amely felismerte, hogy a gazdaságilag elkülönült szervezetek egyúttal materiális tulajdonosok is és ezt a jognak is ki kell fejeznie. Tekintettel a már ismertetett kiindulópontokra, mely szerint a gazdaságirányítás és az állami tulajdon egységes és oszthatatlan volta miatt az állam és az állami vállalatok között meglévő kapcsolat tekintetében már nem működhet az árutulajdon abszolút szerkezetét célzó koncepció, erre a viszonyra új tulajdonjogi koncepciót kell kidolgozni, méghozzá a társadalomban

ténylegesen meglévő materiális tulajdoni viszonyokat is alapul véve. Az alternatívák viszonylag szűkösek voltak, mert a szocialista gondolkodásban a gazdasági jog nem volt elfogadott, így az állam-állami vállalat relációra az államjogi tulajdon koncepciója volt a legelfogadhatóbb.

Az előző pontban kifejtett tulajdoni elméletből logikusan következik a témánk szempontjából igazán fontos rész: a komplex jogalanyiség elmélete. Az egyik alapvető dogmatikai tétel szerint ugyanis ahhoz, hogy a gazdaságilag önállósult materiális tulajdonos szervezet, illetve szervezeti egység a jog által is elismerten bármilyen tulajdonos lehessen, jogalanynak kell lennie. A tényleges viszonyok és az évezredes, alapvető dogmatikai tétel között azonban ellentmondás feszült, hiszen gyakran előfordult, hogy azok a gazdaságilag önállósult szervezetek, illetve a gazdasági reform későbbi stádiumában akár szervezeti egységek, amelyek valamennyi fent kifejtett koncepciónak megfelelően egymással szemben árutulajdonosként viselkedtek, az állammal pedig gazdaságirányítási viszonyban voltak, nem voltak jogalanyok: azon egyszerű okból nem, hogy a tételes jog nem nyilvánította őket jogalanyoknak. Innentől kezdve pedig az ellentmondás szükségszerű: hogy lehetnek bármilyen koncepciójú tulajdonjognak úgy alanyai, hogy közben nem jogalanyok? Ennek az értekezésem szempontjából jelentős disszonanciának a feloldásához a kiindulópont a kezdeti szovjet szocialista gondolkodó jogalanyiságról alkotott felfogása:

Pasukanisz 1927-ben azt vallotta, hogy a jog az áruforgalmon alapul, így ha az áruforgalom megszűnik, akkor a jog is elhal. Ameddig azonban még létezik a jog, addig árujog lesz. Pasukanisz szerint az áruforgalom miatt kell a dolgok őrzőjét jogalannyá tenni, ezáltal pedig a jogalanyiség az árutulajdonosi minőség perszonifikálása és egyben legitimálása. ^[6] A szerző elismeri, hogy a társadalmi tulajdonnal gazdálkodó állami vállalatok is személyiséget kaphatnak a jogtól, ez azonban csak korlátozott jogképességet jelenthet, amelynek a terjedelmi korláton túl időbeli korlátja is van, mert a piaci viszonyok imént vízionált megszűnésével kapcsolatban ez a jogképesség is meg fog szűnni, ugyanis az állam jogképessége szükségtelenné teszi. Voltak azonban a 'szovjet gondolkodásban' olyan irányzatok, amelyek addig sem mentek el a jogalanyiség tekintetében, mint Pasukanisz: ezen álláspont szerint a vállalatok esetében jogi személyiségről nem beszélhetünk, mert a gazdaságirányítástól való erős függőség miatt legfeljebb csak költségvetési üzemeknek lehet azokat tekinteni.

Az 1922-es szovjet Ptk. elvi szinten deklarálta a jogképességet a jogi személyek vonatkozásában: lényegében az ultra vires elv jegyében a relatív jogképesség doktrínának megfelelően: kimondta, hogy a jogi személyeknek speciális feladatuk és ehhez rendelt hatáskörük van, amennyiben az állam különböző feladatok ellátását rájuk bízta, akkor ennek érvényesítése tekintetében különböző jogi lehetőségekkel rendelkeznek. A társaságok relatív jogképességének történeti és nemzetközi elemzését külön részfejezetben végzem el, itt csak a társaságok szocialista gondolkodásban való jogalanyiséga

szempontjából fontos vonatkozására tértem ki. Mindenesetre az imént idézett jogszabályi megfogalmazást tekintve problémás lehet, hogy milyen körben jogi személyek az állam szervezeti egységei, vagyis az állami vállalatok. Gojhbarg álláspontja szerint az állami vállalat a magánszektorral folytatott külső jogviszonyban jogi személy, de az állami vállalatok egymás közti relációjában a jogi személyiség nem játszik szerepet. Sztucska és Venediktov megközelítése eltérő: ugyanezt a jelenséget ők úgy értékelik, hogy az áruforgalomban az állami vállalat jogi személy (tehát az eltérés nem e tekintetben van), az állammal szemben viszont nem az. Értékelni és igazságot tenni nehéz, hiszen mindkét elméletet kötötte az ideológiai, így némi csúsztatás mindegyikben van, de számomra a másodikként ismertetett valamivel megfoghatóbb, hiszen konkrét értékelést tartalmaz azon vonatkozásban, hogy mikor igen és mikor nem. Az első elméletnek azon fordulata, mely szerint az állam és az állami vállalat relációjában a jogi személyiség nem játszik szerepet, nehezen megragadható, hiszen a jog egy létező jelenséget úgy nem igazán tud vizsgálni, hogy létezik, de mégsem játszik szerepet. Így számomra a következetesség miatt Venediktovék elmélete valamivel elfogadóbb.

Az 1930-as évek szovjet jogfejlődésére nemhogy a jogalanyiség fejlődése, hanem sokkal inkább még a relatív jogképesség visszaszorulása a jellemző. Kelemen László találó megállapítása szerint az állami vállalat ezzel újra a költségvetési üzemek szintjére süllyedt.^[7] Az elmélet azonban próbál haladni a korról, Bratus jogi szerkezetében elfogadta a jogi személyiség tradicionális, vagyis a kontinentális jogokban elfogadott formáját^[8], sőt: azokat próbálta az állami vállalatra vonatkoztatni. A tényleges viszonyok azonban a már ismertetett okokból nem voltak megfelelőek a korszerűnek számító elmülethez: hiába volt a tulajdonjogi jogviszonyok elméleti háttere az árutulajdonjog, ha az állami vállalatok nem lehettek tulajdonosok és nem lehetett saját vagyonuk, úgy nem felelhettek meg a jogi személy kritériumoknak.

A megelőző pontokban részletesen taglalt ellentmondás feloldására létrejött elméleti konstrukciók közül a leginkább elfogadottat és az alapvető elméletet a tényleges szocialista viszonyokkal és ideológiával leginkább összhangba hozót mutatom be: ez pedig a gazdasági jogi jogállás kategóriájának megalkotása.

A gazdasági jogi jogállás lényegében a komplex jogképességen alapul, tekintve, hogy nemcsak polgári jogi, hanem jó néhány egyéb jogág területére tartozó jogképességet is felölel. Ebből pedig az következik, hogy a gazdaságilag elkülönített szervezetek akkor is részt vehetnek jogalanyként a forgalomban, ha történetesen a polgári jog nem is ismeri el őket jogi személyként. Ennek pedig jogilag is releváns folyománya, hogy létrejöhet olyan szervezet, amely nem jogi személy, viszont jogalany, mert jogállással rendelkezik. Ezen elmélet gyakorlatban is megjelent terméke volt például az NDK-ban a kombinátvállalat. Sárközy Tamás is ebben látja a szocialista magyar viszonyokra vonatkoztatott szocialista komplex jogalanyiség lényegét: vagyis a jogállás kategóriája leválaszthatja a gazdaságilag elkülönült szervezeteket a polgári jogi

jogalanyiség meglétének, illetve hiányának kérdéseitől, tehát azok a szervezetek is bírhatnak jogállással, akik nem jogi személyek. Az így létrehozott, új, nem a korábbi jogalanyiség fogalmon alapuló jogalanyiség már jogilag is lehetővé teszi a gazdaságilag elkülönült szervezetek tulajdonosként történő viselkedését.

A komplex jogalanyiség elméletéből szinte egyértelműen következik, hogy a szocialista viszonyokra adaptált Sárközy-elmélet szerint a fejlődés jelenlegi szintjén fel kell adni a jogképességnek, a jogalanyiságnak és a személyiségnek az azonosítását. A külföldi szakirodalmat áttanulmányozva megállapítható, hogy a komplex jogalanyiség (természetesen az ideológiai töltet nélkül) a kontinentális jogokban is előtérbe került. Az elmélet szerint a XX. század a szervezetrendszer kora, amely kihívást jelent a hagyományos jogalanyiség/jogi személyiség felfogásnak és a szervezetek jogi megszemélyesítése a jogrendszer egyik alapfeladatává vált.

E tekintetben az elmélet szerint leszögezhető, hogy a szervezetszociológia eredményei által is bizonyítottan az ember jogalanyiségének a szervezetre történő mechanikus átvétele nem tartható. Ezen túlmenően felfogásuk szerint ugyancsak a komplex jogalanyiség elméletét támasztja alá, hogy az eredeti jogi személy/jogalanyiség felfogás civiljogi kategória, változtak viszont azok a társadalmi viszonyok, amelyekre nézve alkalmazni kell azokat. A változás az elmélet szerint leginkább abban testesül meg, hogy a szervezetek a XX. század végére szocializálódtak és politizálódtak, ebből pedig az következik, hogy a közjog területén is működnek: nem elégséges tehát a korábbi, kizárólag civiljogra fókuszáló jogalanyiség-fogalmat fenntartani.

A mi témánk szempontjából különösen fontos tisztázni a társaság és a vállalat közti relációt. Itt nemcsak a szocialista elméletek ismertetésénél érzékelt ideológiai megkötések okoznak nehézséget az elméletek értékelésekor, hanem az is, hogy a történeti fejlődésből eredően is történt változás ezen a téren. Az 1960-as évekig a szubjektum, a jogalany a társaság volt, vagyis a tulajdonosok egymás közötti intézménye. Ennek a jogviszonynak volt az objektuma, a tárgya a vállalat. A modell kiindulópontjában viszont a kisvállalkozások álltak, vagyis döntően a személyegyesítő társaságok. A fejlődés következő útja a tőkeegyesítő, nagyobb társaságok megjelenése, amely indukálta a 60-as évek közepére beérő és kiteljesedő irányzatot, amely a vállalat jogalanyiségát valló elméletek megjelenéséhez vezetett, amelyek a szociológiai valóságból indultak ki. Ennek alapján pedig a társaságot, a vállalkozók társaságát nem lehet jogalanyként definiálni, mert az ilyen definíció ellentétes a szociológiai valósággal, mert a szociológiai valóság a vállalati érdekluralizmus képét mutatja. Sárközy a már említett munkájában úgy összegezi ezt a tant, hogy a vállalati jog hívei szerint a nagyvállalat érdekluralista szociális korporációvá vált, amelynek sajátos belső rendszere van. Ez a belső rendszer lényegében olyasmi, mint egy belső, vállalaton belüli alkotmányjog. Az érdekluralizmus hordozói pedig a tulajdonosok, a vállalatvezetés és a munkaerő. Csak megjegyzem, hogy további pluralizálást is fel lehet állítani, hiszen könnyű belátni, hogy a többségi tulajdonosnak sem

feltétlenül azonos az érdeke a kisebbségi tulajdonoséval. Ettől függetlenül azonban akár három, akár négy érdekcsoportot állítunk fel, az elmélet szerint egyértelmű, hogy az összes érdekcsoport a vállalati szervezet keretében jelentkezik. Így a korábbi modell meghaladottá válik: az individuum elsődlegessége helyett a komplex szervezet kerül előtérbe. Így a jogalany már nem a társaság, hanem a komplex vállalat, mint önálló jogalany és ennek a komplex vállalatnak a társuló tagjai az egyes vállalatok.

[\[1\]](#) Világhy Miklós: Gazdaságirányítás és polgári jog. Budapest 1978. 25.

[\[2\]](#) Lenkovics Barnabás: Dologi jog. Ideiglenes jegyzet. Budapest 1991. 13.

[\[3\]](#) Világhy Miklós: Gazdaságirányítás és polgári jog. Budapest 1978. 243.

[\[4\]](#) Eörsi Gyula: Összehasonlító polgári jog. Budapest, 1975. 90.

[\[5\]](#) Sárközy Tamás: Indirekt gazdaságirányítás, vállalati árutermelés és a tulajdonjog. Budapest, 1973. 8.

[\[6\]](#) Idézi Sárközy Tamás: A jogi személy elméletének átalakulása. Vizsgálódások a szervezetek komplex jogalanyiságáról. Budapest 1985. 399-400.

[\[7\]](#) Kelemen László: Jogalanyiség és jogi személyiség: a közkereseti és betéti társaság jogalanyiségének problémájához. (In: Jogi tanulmányok. szerk: Harmathy Attila) Budapest, 1997. 218.

[\[8\]](#) Sárközy Tamás: A jogi személy elméletének átalakulása. Vizsgálódások a szervezetek komplex jogalanyiságáról. Budapest, 1985. 283.

Strihó Krisztina

A merchandising szerződés sportjogi vonatkozásai

I. Bevezetés

A tanulmány megírásának alapja a sportvilág iránti érdeklődésem, a fair play követelményei szerint zajló sportrendezvények és az abban résztvevő sportolók, illetve a velük készült reklámfilmek képezik. A technikai sportok, ezen belül is a Forma 1-es futamok nyomán követőjeként az első ilyen reklám (10-15 évvel ezelőtt készült), amely elgondolkodtatott, Michael Schumacherrel készült. A közismert, sokak által kedvelt német pilóta a sport területén nyújtott teljesítménye, rátermettsége folytán vált ismertté. A marketingesek (feltörekvő cégeket vagy már jelentős piaci részesedéssel rendelkező vállalatokat képviselve) élve a lehetőséggel különböző termékek népszerűsítésére kérték fel a sportolót.

A szerződési szabadság tartalmi aspektusának figyelembe vétele mellett fontos kérdésként merülhet fel, hogy jogrendszerünkben milyen szerződéses konstrukció áll rendelkezésre az adott jogviszony normatív rendezésére?

Az arculatátviteli vagy angol megfelelőjével a merchandising szerződés ideális keretet biztosíthat, amennyiben legalább a keretszabályok (egy minimális jogi

környezet) megalkotásra, elfogadásra kerülnek. A merchandising-szerződés általános szintű meghatározására a Nemzetközi Iparjogvédelmi Egyesület (AIPPI) vállalkozott egy 1995-ben rendezett montreali konferencián, amelynek értelmében „A merchandising szimbólumok, védjegyek, szerzői jogi alkotások részei, valódi vagy képzeletbeli személyek külső megjelenésének felhasználását jelenti abból a célból, hogy a kérdéses megjelöléseket nem eredeti funkcióinak megfelelően, mint a meghatározott áruk és szolgáltatások azonosítására alkalmas megnevezésként, hanem más áruk és szolgáltatások értékesítésére használják fel a kérdéses figurák általános ismertségének, vonzerejének kiaknázásával.” A sportoló esetében valódi személy külső megjelenésének, nevének, hangjának, képmásának felhasználása valósul meg a vállalkozás, a termék, a szolgáltatás népszerűsítése, goodwill-jének kialakítása. A híres arculat átvitelével, másodlagos felhasználásával az adott cég, termék, szolgáltatás piacon való megjelenésekor a fogyasztó megszólításával kívánják fokozni az értékesítés mértékét. A fogyasztó az elsődleges megjelenés során kialakult pozitív benyomását áthelyezi valamely másik termékre, szolgáltatásra, cégre másodlagos felhasználással, kereskedelmi hasznosítással összefüggésben, így a gyártó, a merchandiser stabilabban szervezheti rá a kapacitását, hiszen a fogyasztóban egy pozitív érzet keletkezik azáltal, hogy a felhasznált „arcukat”, „reklámarc” egyfajta minőségi garanciát közvetít, biztosít. Feltételezhetjük ugyanis, hogy a jogosult (sportoló, sportszervezet, stb.) előzetes hozzájárulása nélkül nem használták volna fel az arcát, a nevét, a hangját, másrészt a saját területén már csúcsmínőséget

nyújtó sportolóként vélhetően csak minőségi termékhez, szolgáltatáshoz adják az arculatukat. A konstrukció eredményeképpen a felhasználó piacra lépési költségei, a kockázati tényezők jelentős mértékben csökkenthetőek a célcsoport megszólítása, meggyőzése során.

A sportolói pálya kezdetén viszont egy teljesen más szituációban van a sportoló, mivel a profi szintig való eljutásig és azt követően a tartós eredményesség érdekében biztosítani kell a szükséges anyagi háttérrel, amely az esetek többségében mecénás által nyújtott vagy szponzori juttatásként jelenik meg. Harmadik személy támogatására főszabály szerint csak abban az esetben számíthat a sportoló, ha a versenyeken, különböző megmérettetéseken tanúsított teljesítménye alapján kiugró eredmény elérése várható. Már eredményes sportolóként is szükségük lehet anyagi természetű vagy más jellegű támogatásra, amelynek forrása tipikusan szponzorálási szerződés útján biztosítható, hasonlóan a feltörekvő, ígéretes sportolói létszakaszhoz.

A fent hivatkozott három jogviszony – a merchandising-szerződés, a szponzorálási szerződés és a mecénatúra – közül az utóbbi nem képezi jelen tanulmánynak a tárgyát, mert a másik két ügylettel szemben egyfajta ajándékozásnak minősül az ellenszolgáltatás hiánya miatt. A bevezetőt követő részben a másik két kontraktus fogalmából kiindulva ismertetjük azok jellemzőit, megvizsgálva sportolónk szemszögéből is a bemutatott jogviszonyokat.

Jelen munkában a sportoló jogi helyzetének és lehetőségeinek egy szeletét tanulmányozzuk. Lényeges kérdés ugyanis, hogy a sportolói pálya egyes fázisaiban milyen forrásból finanszírozható ezen tevékenység, milyen forrásból biztosítható a csúcsteljesítmény eléréséhez és fenntartásához szükséges anyagi-személyi-technikai háttér, feltételek. Továbbá a sportoló „nyugdíjazása” közelében, vagy azt követően milyen további lehetőségek adódnak (lásd merchandising szerződés). A vizsgált intézmény elemzésekor a jogi vonatkozások bemutatása mellett nem mellőzhetjük a jelenség gazdasági kapcsolódásaira, vetületeire történő utalásokat sem, amelyek azonban nem képezik a dolgozat hangsúlyos/fajsúlyos részét^[1].

II. A merchandising szerződés és a szponzorálási szerződés összehasonlítása

II.1. Kereskedelmi ügyletek a Sporttörvényben

A tanulmány bevezető részében írt okból kifolyólag a sportolót esetlegesen érintő két kereskedelmi típusú jogügyletet hasonlítjuk össze. A megállapodások összevetésénél a polgári anyagi jogban elfogadott szempontokat vesszük alapul, törekedve a hasonló és a különböző elemek kidomborítására, kiemelésére.^[2]

Általánosságban elmondható, hogy mindkettő kontraktus fogalma megtalálható a Sporttörvény „Kereskedelmi szerződések” című fejezetében, ezen meghatározásokat tekintjük az elemzésünk kiindulópontjának.

A Sporttv. értelmében az *arculat-átviteli (piacépítési) szerződés* alapján a felhasználó marketingtevékenysége keretében ellenérték fejében a sportoló nevét,

képmását, továbbá a sportszervezet, sportszövetség vagy sportköztestület nevét, jelvényét, illetve a sporttevékenységgel összefüggő más eszmei javakat használ fel hirdetőtáblákon, dísz- és ajándéktárgyakon, ruházaton, más tárgyakon, valamint elektronikus úton a fogyasztói döntések befolyásolása céljából.^[3]

Míg a *szponzorálási szerződés*ben a szponzor (természetes személy vagy jogi személy, illetve jogi személyiséggel nem rendelkező szervezet) arra vállal kötelezettséget, hogy pénz- vagy természetbeni szolgáltatás útján támogatja a szponzorált sportoló, sportszervezet, sportszövetség vagy sportköztestület sporttevékenységét, a szponzorált pedig lehetővé teszi, hogy sporttevékenységét a szponzor marketingtevékenysége során felhasználja.^[4]

A meghatározások alapján történő elemzést az alábbi pontokban ismertetjük.

a) A *jogügyletek* elsődleges *célja* tekintetében eltérő megállapodásokról van szó, mivel a merchandising szerződés közvetlenül a fogyasztói döntések befolyásolására irányul, addig a szponzorálási csak közvetve foglalja magában ennek lehetőségét, elsősorban ugyanis a szponzorált támogatása érdekében kötik meg e szerződést. A sportoló vagy a mögötte álló sportszervezet tevékenységének anyagi és egyéb juttatásokkal való ellátása, segítése motiválja a támogatót. Másodlagosan azonban megjelenik a fogyasztók figyelmének felkeltése is a szponzoráló jogalanyra, termékeire, szolgáltatásaira a támogatott jogalany sporttevékenysége felhasználásának lehetősége révén.

b) A *szerező partnerek* a jogalanyiség tekintetében megegyeznek a két kontraktusnál, eltérés pusztán az elnevezésükben tapasztalható, így a merchandising szerződés egyik pólusán a jogosult áll, aki/ami lehet sportoló, sportszervezet, sportszövetség, sportköztestület; a másik oldalon pedig a merchandiser/felhasználó található, aki/ami bármely jogalany lehet, nevezetesen természetes személy, jogi személy, jogi személyiséggel nem rendelkező szervezet. Ugyanebben a sorrendben szponzorálási szerződés esetén a szponzorált jut konszenzusra a szponzorral. Amennyiben nem a sportoló a jogviszony egyik alanya, hanem a mögötte álló nem természetes személy jogalany, akkor a sportoló előzetes hozzájárulása nélkül nem köthető érvényesen a sportolóhoz kapcsolódó személyhez fűződő jogainak felhasználására irányuló szerződés.^[51] Az arculatátviteli szerződésre vonatkozó előírás háttérében az a sajátosság áll, hogy a szerződés tárgyaként a sportolóhoz kapcsolódó személyiségvédelmi intézmények jelennek meg a szerződés tárgyaként. Milyen tárgyasult értékről beszélhetünk, amelyet relatíve elválaszthatunk a sportoló személyiségétől kereskedelmi hasznosítás érdekében. „... a sportban jelentkező eredményeknél inkább eszmei értékekről (pl. szintidő elérése, gól szerzése, verseny megnyerése, etc.) van szó, Meglátásunk szerint a sportoló speciális és kiemelkedő képességei és annak pénzbeli hasznosíthatósága hordozza a materiális jelleget.”^[61]

c) Mindkét szerződéstípus *közvetlen tárgyaként* megjelölhetjük a felhasználási magatartást azzal, hogy szponzorálás esetén elsődlegesen a támogatás jelenik meg

és emellett a sporttevékenység hasznosítása csak eshetőlegesen valósul meg. A magatartások irányultságának vizsgálatakor eljutunk a szerződés *közvetett tárgyához*, jelen esetben a merchandising szerződéssel összefüggésben a jogosulthoz kötődő személyiségvédelmi intézményekhez (például a nevünkhöz, képmásunkhoz, hangunkhoz vagy sportszervezetünk jelvényéhez). A szponzorálási szerződés közvetett tárgya mindkét magatartás esetén a sporttevékenység, hiszen a támogatás célja az ilyen típusú tevékenység finanszírozása, továbbá marketing eszközeinek alkalmazásakor is e tevékenységet használhatja fel a szponzor. Megfelelő mértékű támogatás esetén joggal várhatja el a szponzor az eredményességet.

d) A jogviszonyból eredő jogok és kötelezettségek, vagyis a *szerződés tartalmának* vizsgálatakor elmondhatjuk, hogy a diszpozitivitás elvéből adódóan minden esetben az adott megállapodás függvényében alakul ki, mivel mindkét esetben két fél (jogosult/szponzorált és a merchandiser/szponzor) kölcsönös és egybehangzó akaratnyilatkozata következtében jön létre az adott jogügylet. Megfigyelhető, hogy gyakran sor kerül a Sporttv-be foglalt irányadó rendelkezések adaptálására (a konkrét szabályzatban jelenik meg szó szerint).^[7]

A jogalkotó meglehetősen szűkszavú a szerződések tartalmát illetően. Merchandising szerződés esetén az alábbi körülményekről rendelkezik:

- a felhasználó jogosult felhasználni a sportoló nevét, képmását; a sportszervezet, sportszövetség vagy sportköztestület nevét, jelvényét, továbbá a sporttevékenységgel összefüggő eszmei javakat^[8];
- amennyiben a sportszervezettel, sportköztestülettel, vagy a sportszövetséggel állapodik meg a másik fél a sportoló nevének, képmásának felhasználásában, alapvető követelmény a sportoló előzetes írásbeli hozzájárulása^[9];
- a felhasználó köteles díjat fizetni^[10].

A szponzori szerződésre irányadó szakaszokból pedig a következő tartalmi elemek következnek:

- a szponzor vállalja pénz- vagy egyéb természetbeni szolgáltatás nyújtásának kötelezettségét^[11];
- a szponzorált ellenszolgáltatásra köteles, amelynek értelmében biztosítania kell sporttevékenysége felhasználásának lehetőségét a szponzor marketingtevékenysége során^[12];
- a szponzorálással szemben vannak kizáró körülmények, így a sporttevékenységet egészségre ártalmas életmóddal vagy szolgáltatással, illetve egészségre ártalmas más tevékenységgel, valamint

környezetveszélyeztető és – károsító magatartással összefüggésben nem lehet megjeleníteni^[13].

A kontraktusok fogalmával megegyezően mindkét típusnál kiemeli a jogalkotó a közvetlen tárgyként meghatározott magatartást és az ellenszolgáltatást. A merchandising szerződés esetén kiemelésre kerül, hogy a természetes személy sportolóhoz kapcsolódó közvetett tárgyak felhasználásakor a mögötte álló szervezetnek be kell szereznie a sportoló írásbeli hozzájárulását; a szponzori szerződésnél pedig a kizáró körülményeket.

A szerződő partnerek további jogokról és kötelezettségekről is rendelkezhetnek a konkrét megállapodásban, például:

- a felek kiköthetik a felhasználási jogra vonatkozó kizárólagosságot,
- a jogosult felhatalmazása alapján a felhasználó harmadik személyre is átruházhatja a felhasználásra irányuló jogát,
- továbbá megjelölhetik a felek a felhasználás módját és mértékét.

A tárgyalt szerződéstípusokra alkalmazandó jogszabályok meghatározása érdekében szükséges a jogviszonyok minősítésének elvégzése absztrakt szinten, amelyhez Bíró György által alkalmazott szempontrendszert^[14] vesszük alapul.

e) A *formai jellemzők* alapján megállapíthatjuk, hogy egyik szerződéstípus sincs kodifikálva a Ptk-ban szabályozott kontraktusok között, de mindkettő nevesített szerződés. A merchandising szerződés magyar megfelelője az arculat-átviteli

szerződés nem foglalja magába a vizsgált intézmény gazdasági tartalmát, jelentését. A jogalkotó szinonimaként, az arculat-átviteli megjelölés után zárójelben utal a piacépítési funkcióra, amely szintén nem alkalmas e jogintézmény gazdasági vetületének kifejezésére. A német nyelvterületen használatos Vermarktung (elpiacosítás)^[15] kifejezés sem tükrözi a jelenség mindkét vetületét. A szponzorálási szerződés elnevezése sem igazán fejezi ki azon sajátosságát, hogy elsődlegesen valamilyen tevékenységhez, például sporthoz szükséges anyagi-technikai és egyéb háttér biztosítása érdekében kötik a felek. Míg az angolszász eredetű szó jelentése egyértelműen tükrözi ezt a küldetést. A „sponsorship” kifejezés egyrészt a szponzor által nyújtott anyagi támogatásra utal (például egy meghatározott összeggel támogatott üzlet, vagy egy projekt megvalósításához szükséges tőke meghatározott százalékát támogatásból biztosítják, vagy egy expedíció megvalósításához keresnek finanszírozót). Másrészt kifejezi a szó a felek által tanúsítandó magatartást, vagyis valakinek vagy valaminek a támogatását és annak elfogadását, támogatott helyzetbe való kerülést.^[16]

f) A szerződés létrejöttéhez fűződő *joghatások* alapján mindkét kontraktus konszenzuál szerződés, mivel a felek által célzott joghatás kiváltására a közöttük kialakuló kölcsönös megegyezésre, egyeztetésre van szükség.

g) A tényleges *szolgáltatás jellege* szerint a merchandising szerződés facere típusú, mert a megállapodás közvetett tárgyaként megjelölt dolgot a jogosult

köteles a merchandiser rendelkezésére bocsátani felhasználás céljából. A jogviszony másik pólusán álló jogosult részére pedig át kell adni az ellenszolgáltatásként meghatározott összeget (dare típusú). A szponzorálási szerződés a szponzor szemszögéből vizsgálva dare jellegű, amely a pénz vagy egyéb, természetbeni juttatás formájában (például mezek vásárlása, sport eszközök beszerzése) jelenik meg; a szponzorált oldaláról viszont a prestare jelleg a meghatározó, kötelezettsége ugyanis arra terjed ki, hogy lehetővé tegye sporttevékenységének felhasználását a szponzor részére marketingtevékenysége folyamán. Tehát egy függő jogi helyzet alakulhat ki, amennyiben a szponzor nem kívánja a szerződés megkötését követően rögtön felhasználni a támogatott tevékenységét. Azonnali felhasználás esetén viszont facere jellegű a szerződés, mert biztosítania kell a másik fél számára a sporttevékenység felhasználását.

h) *Értékviszony* alapján mind az arculat-átviteli szerződés mind a szponzorálási megállapodás visszterhes, értékegyensúly megteremtése a cél szolgáltatás és ellenszolgáltatás között, amely a szponzorálás esetén nem feltétlenül valósul meg.

i) Az *érdekpozíció* szempontja szerint mindkét típus érdekellentétesnek, vagy más néven polarizált alanyúnak minősül, mivel a jogviszony két pólusán álló feleket eltérő célok, érdekek motiválják a konszenzusteremtésben.

j) Továbbá mindkét esetben *jogcímen* alapuló szerződés jön létre és a kötelmet a szerződő partnerek által kötött szerződés *keletkezteti*.

k) Ezen ügyletek *egyedisége* mellett megjelenhet a standardizált ügyletkötés gyakorlata is, valamint a minden részletre kiterjedő szerződések kötése (önszabályozó szerződés) a nem túl részletes jogi háttér kompenzálása, és ezáltal a felek minél hatékonyabb jogi védelmének biztosítása érdekében.

l) A szerződések által betöltendő *funkciójuk* alapján lehetnek akár egyszeri, speciális jogviszonyt rendező megállapodások, de tartós jogviszonyt is rendezhetnek, amely folyamatos és ismétlődő, szakaszos (havonta nyújtott támogatás, például a sporttevékenység kifejtéséhez igénybe vett helyiség bérleti díjának kiegyenlítése) is lehet.

m) A merchandising szerződés és a szponzori szerződés fő sajátosságainak áttekintését követően, egyfajta minősítés után célszerű meghatározni az *alkalmazandó jogszabályok* körét. A szerződési szabadság alapelveinek (a jogszabályba ütközés tilalmának betartásával) tartalmi része értelmében az adott jogviszonyból fakadó jogosultságokat és kötelezettségeket a felek határozzák meg. A szabályozatlanul, rendezetlenül hagyott kérdésekre kiterjed a Sporttörvény hatálya (speciális), továbbá szubszidiárius jelleggel alkalmazandó a Ptk. kötelmi általános része (generális). A normatív háttér bővíthet például a Tpv., Szt. vonatkozó rendelkezéseivel az adott jogviszonytól és az abból eredő jogvitától függően.

II.2. A szponzorálási szerződés további meghatározásai

Jogrendszerünkben a merchandising szerződést nevesített formában nem találjuk meg a Sporttörvényen kívül, míg a szponzorálási megállapodást több helyen is kodifikálta a hazai jogalkotó, normatív háttere bővebb az arculat-átvitelinél. Így a *reklámtevékenység alapvető feltételeiről és egyes korlátairól szóló törvényben*, amely szerint szponzorálásnak minősül valamely rendezvényhez, tevékenységhez (akár sport is lehet), valamint az azokkal összefüggésben álló személy részére nyújtott hozzájárulás, amely egy meghatározott áru vásárlását vagy igénybevételét mozdítja elő.^[17] Míg a Sporttörvénybeli megközelítés a sportoló támogatását helyezi előtérbe, és csak a háttérben jelenik meg a támogató marketing tevékenysége, addig a 2008. évi XLVIII. törvényben ez utóbbi körvonalazódik, azonban a dohánytermékekkel kapcsolatban az európai uniós irányelvvel^[18] összhangban korlátozó rendelkezéseket épített be a jogalkotó.

Az un. *médiatörvény* is tartalmazza a szponzorálás fogalmát az értelmező rendelkezések között, így a jogszabály hatálya alá vonja a következő támogatási kört: műsorszolgáltatással, illetve audiovizuális mű előállításával nem foglalkozó természetes személy, jogi személy, jogi személyiséggel nem rendelkező gazdasági társaság által műsorszám finanszírozásához a műsorszolgáltatónak nyújtott pénzbeli vagy egyéb, gazdasági természetű hozzájárulás annak érdekében, hogy a műsorszolgáltató a támogató vagy a támogató által meghatározott más személy nevét, védjegyét vagy egyéb megkülönböztető

jelzését, a róla alkotott képet, tevékenységet, illetve termékeit népszerűsítse.^[19] A szerződés egyik oldalán álló támogató által történő hozzájárulás nyújtása valósul meg valamely műsor előállításához, sugárzásához, ellenszolgáltatásként a támogató vagy az általa megjelölt harmadik személy, valamint azzal kapcsolatban álló más tárgy ismertté és keresetté tétele céljából. Jelen megközelítés szinte teljesen egybecseng a *határokat átlépő televíziózásról szóló törvényben* lévő fogalommal, amely szerint szponzorálásnak minősül valamely természetes vagy jogi személy részvétele finanszírozás révén egy általa nem érdekelt műsor előállításában, terjesztésében, ellentételezéseként nevének, védjegyének, image-nek a népszerűsítése jelenik meg.^[20] A sportoló jogi helyzetének és lehetőségeinek tisztázásától meglehetősen eltávolodnánk a média jogban használatos fogalom elemzésével, ezért a reklámozással összefüggő aspektusokra térünk át. Hiszen a reklámra vonatkozó norma rendelkezik a szponzorálásról, igaz csak érintőlegesen, jóllehet nem minősül reklámnak, mivel „nem utalhat a szponzor árujára vagy szolgáltatására közvetlenül”^[21]. Pribula László álláspontja szerint az adott reklámban legfeljebb a szponzor arculata mutatható be, valamint az általa forgalmazott termék és/vagy szolgáltatás fő vonásai ismertethetőek, azok pontos paramétereinek feltüntetése nélkül.^[22]

Az elemzett kereskedelmi ügyletekről röviden azt állapíthatjuk meg, hogy a szponzorálási szerződésnél a „főszereplő” a szponzorált jogalany, esetünkben a sportoló, míg a merchandising esetén az arculat által népszerűsítendő termék,

szolgáltatás, cég, a David Beckham-féle borotvánál már nem a világhírű focista, hanem a reklámozott penge és vele együtt a cég, vagy a Pepsi esetén nem Michael Jackson vagy Britney Spears, hanem maga a termék kerül előtérbe.

III. Összegzés

Tehetséges sportolóként meglehetősen hátrányos helyzetben lennénk jogi szempontból, mivel a jelenleg hatályos jogszabályaink nem rendezik megfelelően a sportolóval és tevékenységével összefüggésben keletkező szerződések közül az ún. szponzorálási és az arculat-átviteli szerződést. A rendelkezésre álló csekély joganyag kompenzálása érdekében ezen a területen várható az önszabályozó jellegű kontraktusok elterjedése, a jelenleg fellelhető szerződések helyett, amelyek egyszerűen a csekély törvényi megfogalmazás átemelésével készülnek, utalva a Ptk. kötelmi általános részének hézagpótló szerepére. A helyzetet nehezíti a két szerződés-típus gyakori összemosása mellett a közöttük lévő határ átjárhatóságának lehetősége. Mint a Pepsi és Michael Jackson merchandising szerződése: a konzern és a popsztár üzleti kapcsolata elsődlegesen az üdítőital gyár és termékeinek népszerűsítésére irányult a híres énekes arculatának felhasználásával, amelynek ellenében a cég számos turnét támogatott a nagyjából egy évtizedes együttműködésük időszakában. A példa annak szemléltetésére is alkalmas, hogy a merchandising tevékenység keretében realizálódó másodlagos felhasználás gazdasági szempontból lényegesen nagyobb potenciált hordoz, mint

a szerződés közvetett tárgyának eredeti megjelenése. Jelen esetben a Pepsi által korábban telített piacokon mintegy 8-10 %-os növekedést értek el az értékesítési volumenben, sőt a Michael Jackson főszereplésével vetített reklámfilmek hatására Japánban 30 %-kal emelkedett a termékek iránti kereslet.^[23]

Előfordul a jogügylet helytelen megnevezése, is, mint például több portálon (Game Channel^[24], Prim Online^[25]) is olvashatunk a Sony Ericson és Maria Sharapova között létrejött szponzorálási szerződésről, azonban a közzétett információkból kiderül, hogy valójában arculat-átviteli szerződésről van szó. A jogügylet célja ugyanis nem a világhírű orosz teniszcsillag sporttevékenységének támogatása, hanem a cég arculatának építése.

Véleményünk szerint az alkalmazandó joganyag kialakításakor, megszövegezésekor markánsan hangsúlyozandó a szponzorálási szerződés és a merchandising szerződés közötti különbség. Míg az előbbi kontraktus megkötésére elsősorban várt sportteljesítmény, reménybeli tehetség támogatása, a várható siker érdekében kerül sor, továbbá már eredményes sportoló tevékenységének támogatása történik, addig az arculat-átviteli ügylet során már befutott sportoló vagy híresség által elért, már meglévő siker, csúcsteljesítmény kiaknázása valósul meg a sporttól eltérő, más területen. Az elemzés és a szemléltetésként hivatkozott konkrét esetek fényében megállapíthatjuk, hogy a szponzorálási szerződésnek a kereskedelmi ügyletek között történő elhelyezése nem tűnik szerencsésnek. Ezzel szemben az arculat-átviteli megállapodás

meghatározó fogalmi eleme a kereskedelmi jelleg, így a merchandising szerződés ezirányú minősítése helytállónak tűnik.

A merchandising szerződéssel összefüggésben kiemelkedő szerepe, felelőssége van a közreműködő jogásznak és annak a személynek, aki kiválasztja a célszemélyt, vagyis a megállapodás jogosultját. A másodlagos felhasználás záloga az azonosulás, nevezetesen, hogy a célcsoportba tartozó potenciális fogyasztók képesek legyenek azonosulni a felkért „reklámarccal” a jogosulthoz kapcsolódó pozitív benyomásuk hatására. Problémaként merülhet fel a még kevésbé ismert, szinte névtelen feltörekvő sztár kiválasztása, valamint az un. üstökös, azaz az információs társadalom által biztosított eszközök, új típusú metódusok igénybe vételével rövid idő alatt, azonban tiszavirág életet élő sztárocskák felkérése is. Harmadik problematikus kört alkotják az agyoncsépelet hírességekkel történő szerződéskötés, mint például Mark Spitz esetén. Az 1972-es müncheni olimpián hét aranyérmes szerző amerikai úszó meglehetősen keresett személy lett a reklám és a merchandising világában. Vagyoni értékű jogainak hasznosítására számtalan céggel kötött piacépítési megállapodást a bajnok, amelynek folyamánya végleges negatív kampány lett. Ha valamilyen terméket nem akartak eladni, akkor őt választották szerződésük alanyának, mondhatták gúnyosan a versenytársak. Az ehhez hasonló negatív marketing technika^[26] kialakulásának megelőzésére terjedt el az un. versenytilalmi klauzula beépítése a szerződésekbe, tanulva a tapasztaltakból.

A társadalmi- és a gazdasági igényeknek megfelelő norma megalkotása, a merchandising szerződés jogrendszerbeli helyének tisztázása egyelőre még várat magára. Jogrendszerünk nem követi megfelelő ütemben a nemzetközi tendenciát, ahol már viszonylag terjedős, részletszabályokra is kiterjedő elképzelések vannak (AIPPI, WIPO). Egyedi igény, ügylet esetén elegendő lenne az önszabályozó jellegű megállapodás kötése, a Ptk. alkalmazásával az esetlegesen nem rendezett kérdésekre, azonban a jogügylettel összefüggésben felmerülő pénzügyi mozgások mértéke és gazdasági események gyakorisága miatt jogszabályi rendezést igényelnek e jogviszonyok. A jogalkotó elsődleges feladata az arculat-átviteli szerződés jogrendszerbeli helyének meghatározása lenne. A sporttörvényben található fogalom alanyi köre és a közvetett tárgyként felsorolt dolgok bővítése is szükséges, ebben az esetben viszont már nem indokolt a sporttal kapcsolatos speciális szintű törvényben történő elhelyezése. Sportolóval, sportszervezettel kötött arculat-átviteli szerződés esetén alátámasztható a kontraktus Sporttörvényben történő elhelyezése, azonban számos más lehetőséget takar e formáció. Hasonlóan a szerzői jogról szóló törvényben is csak egy meghatározott aspektus kerül rendezésre, a szerzői műnek minősülő közvetett tárgy felhasználása, vagy a védjegyre irányadó szabályok abban az esetben alkalmazhatóak, ha a szerződés közvetett tárgya védjegy¹²⁷¹. A merchandising szerződés fő jellegzetességei és a reá irányadó rendelkezések egészévé állnak össze az egyes részek kirakásával, helyes értelmezésével. Mégis fontos lenne annak

eldöntése, hogy a vizsgált kötelmi viszony melyik fő csoportba tartozik (tipikus, atipikus, vegyes- vagy innominát szerződés).^[28]

Az arculat-átviteli szerződés gazdasági jelentősége és speciális vonásai miatt megfontolást érdemel egy önálló, egységes jogszabályban történő kodifikálása.

Melléklet

A merchandising és a szponzorálási szerződés összehasonlítása^[29]

	SZEMPONT	MERCHANDISING	SZPONZORÁLÁS
1.	cél	<p>a) fogyasztói döntések befolyásolása;</p> <p>b) értékesítési volumen növelése és a költségek csökkentése</p>	<p>a) szponzorált támogatása;</p> <p>b) sporttevékenység felhasználásának lehetősége a marketing során (közvetve a fogyasztói döntések befolyásolása)</p>
2.	alanyok	<p>a) jogosult (sportoló, sportszervezet, sportszövetség, sportköztestület);</p> <p>b) merchandiser/felhasználó (természetes személy, jogi személy, jogi</p>	<p>a) szponzorált (sportoló, sportszervezet, sportszövetség, sportköztestület)</p> <p>b) szponzor (természetes személy, jogi személy, jogi</p>

		személyiséggel nem rendelkező szervezet)	személyiséggel nem rendelkező szervezet)
3.	közvetlen tárgy	felhasználási magatartás	a) támogatás b) felhasználási magatartás
4.	közvetett tárgy	a jogosulthoz kötődő személyiségvédelmi intézmények	sporttevékenység
5.	tartalom	felek megállapodásának függvénye (diszpozitív)	felek megállapodásának függvénye (diszpozitív)
6.	értékviszony	visszterhes (közvetett tárgy – ellenérték, tipikusan pénz)	visszterhes (támogatás: pénz, egyéb – a sporttevékenység felhasználásából eredő előnyök)
7.	alkalmazandó jogszabály	speciális: Sport tv. mögöttes: Ptk. kiegészülhet pl.: Szt., Tpv., 2008. évi XLVII. tv., 2008. évi XLVIII. tv.	speciális: Sport tv. mögöttes: Ptk. kiegészülhet pl.: Tpv., 2008. évi

			XLVII. tv., évi XLVIII. tv.	2008.
--	--	--	--------------------------------	-------

Felhasznált irodalom, joganyag

Jogszabály

Ptk. – 1959. évi IV. törvény a Polgári Törvénykönyvről

Sport tv. – 2004. évi I. törvény a sportról

Szjt. – 1999. évi LXXVI. törvény a szerzői jogról

Védjegy tv. – 1997. évi XI. törvény a védjegyek és a földrajzi árujelzők oltalmáról

Tpvt. – 1996. évi LVII. tv. a tisztességtelen piaci magatartás és versenykorlátozás tilalmáról

Médiatörvény – 1996. évi I. törvény a rádiózásról és a televíziózásról

2008. évi XLVII. tv. a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat tilalmáról

2008. évi XLVIII. tv. a reklámtevékenység alapvető feltételeiről és egyes korlátairól

1998. évi XLIX. tv. a határokat átlépő televíziózásról szóló, Strasbourgban, 1989. május 5-én kelt európai egyezmény kihirdetéséről

Jogirodalom

- 1) Bíró György: A kötelmi jog és a szerződés tan közös szabályai. Novotni Kiadó. Miskolc. 2001. 236-240. pp.
- 2) Csécsy György: Szellemi alkotások. Novotni Kiadó. Miskolc. 2008.
- 3) Csécsy György: A szellemi alkotások jogának atipikus szerződése és az új Ptk.. Novotni Alapítvány a Magánjog Fejlesztéséért. Miskolc. 2008. 269-280. pp.
- 4) Kiss Gergő László – Duchon Balázs: A sport és a bevételei, a kereskedelmi szerződések formájában. in: Magyar Edző sportszakfolyóirat. 2005.
- 5) Kricsfalvi Anita – Kalocsay Gergely: A fogyasztók elcsábításának lehetőségei a filmvászonon innen és túl – termékelhelyezés és merchandising. Szent István Társulat. Budapest. 2009. in: Emlékkönyv Ficsor Mihály 70. születésnapja alkalmából. 188-203. pp.
- 6) Papp Tekla: Atipikus szerződések Lectum Kiadó. Szeged. 2009.

- 7) Papp Tekla: Atipikus jelenségek szerződési jogunkban. Atypical phenomena in our contract law. Lectum Kiadó. Szeged. 2009.
- 8) Pogácsás Anett: Szerzők és műveik a meggyőzés szolgálatában – reklámalkotók és reklámarcok. in: Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle. 2007/4. 21-31. pp.
- 9) Pribula László: Magyar reklámjog. Novotni Kiadó. Miskolc. 2005.
- 10) Sarkady Ildikó – Tamás Lajos: Kereskedelmi szerződések a sportban. in: Gazdaság és Jog. 2005/2. sz.
- 11) Sárközy Tamás: Sportjog. A 2004-es sporttörvény magyarázata. HVG-ORAC. Budapest. 2004.
- 12) Strihó Krisztina: A merchandising szerződés. Jogelméleti Szemle. 2008/1. <http://jesz.ajk.elte.hu/striho.33.mht>
- 13) Tattay Levente: A merchandising és a film. Szent István Társulat. Budapest. 2009. in: Emlékkönyv Ficsor Mihály 70. születésnapja alkalmából. 337-357. pp.
- 14) Tattay Levente: A szellemi alkotások joga. Szent István Társulat. Budapest. 2005.
- 15) Tattay Levente: A merchandising és a szellemi alkotások. <http://www.jak.ppke.hu/tanszek/polgjog/letolt/merc.doc.>, 2007.04.09.

- 16) Tattay Levente: A merchandising és jogi háttere Magyarországon.
in: Gazdaság és Jog. 1999/7-8. 21-23. pp.
- 17) Vida Sándor: A merchandising védjegyjogi oltalma. Védjegyvilág.
1995/3. 10-17.
- 18) Horst-Peter Götting – Christian Schertz – Walter Seits: Handbuch
des Persönlichkeitsrechts. C.H. Beck. München. 2008.
- 19) Oxford advanced learner's Dictionary of Current English. Szerk.:
Sally Wehmeier; Seventh edition. Oxford University Press. 2005. 1479. p.
- 20) Balnóczy Beatrix – Haavisto Kirsi: Angol-magyar Magyar-angol
gazdasági szótár. Grimm Kiadó. 2004. 468. p.

Jogalkalmazói döntések, állásfoglalások

- 1) BH 1986.363.
- 2) SZJSZT 13/2003.
- 3) SZJSZT 15/2003.
- 4) VJ – 84/1999.

Internetes címek

- 1) <http://www.jak.ppke.hu/tanszek/polgjog/letolt/merc.doc>

- 2) <http://jesz.ajk.elte.hu/striho.33.mht>
- 3) <http://www.gvh.hu>
- 4) <http://www.michaeljackson.hu>
- 5) <http://www.mszh.hu>
- 6) <http://www.wipo.int/>
- 7) <http://www.gamechannel.hu/cikk/kapcsolat/sonyericson88milliodollarosszponzorálásiszerzodes>
- 8) <http://hirek.prim.hu/cikk/65163/>
- 9) <http://www.chess.hu/hu/szabalyzatok.php>

^[1] Ezzel kapcsolatban lásd Papp 2009. 21. p., Strihó III. rész

^[2] A szponzorálási és a merchandising szerződés összehasonlításának szemléltető változata a mellékletben található.

^[3] 35. § (3) bekezdés

^[4] Sporttv. 35. § (1) bekezdés

^[5] Sporttv. 35. § (5) bekezdés

^[6] Ábrahám Attila – Papp Tekla: Néhány gondolat a hivatásos sportoló játékjogáról. Lectum Kiadó. Szeged. 2009. (in: Papp Tekla: Atipikus jelenségek szerződési jogunkban. Atypical phenomena in our contract law.) 140. p.

^[7] Például a Magyar Sakkszövetség vagyoni értékű jogok hasznosításának szabályzata, <http://www.chess.hu/hu/szabalyzatok.php>

^[8] Sporttv. 35. § (3) bekezdés

^[9] Sporttv. 35. § (5) bekezdés

^[10] Sporttv. 35. § (3) bekezdés

^[11] Sporttv. 35. § (1) bekezdés

^[12] Sporttv. 35. § (1) bekezdés

^[13] Sporttv. 35. § (2) bekezdés

^[14] Bíró 236-240. pp.

^[15] A fellelhető szakirodalom alapján Németországban is elsősorban az angol merchandising szót használják (A Heidelbergben található Karls Ruprecht Universität könyvtárának bibliográfiája is ezt támasztja alá.).

^[16] Oxford Dictionary 1479. p., Bajnóczi – Haavisto 468. p.

^[17] 2008. évi XLVIII. tv. 3. § p) pont

^[18] 2003/33/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv a tagállamok dohánytermékek reklámozására és szponzorálására vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezéseinek közelítéséről

^[19] 1996. évi I. tv. 2. § 44. pont

^[20] 1998. évi XLIX. tv. 2. cikk a) pont

^[21] Pribula 276. p.

^[22] Pribula 277. p.

^[23] http://www.michaeljackson.hu/cikkek_michaelpepsi.html

^[24] <http://www.gamechannel.hu/cikk/kapcsolat/sonyericson88milliodollarosszponzoraleszerzodes>

^[25] <http://hirek.prim.hu/cikk/65163>

^[26] Például Tiger Woods

^[27] Védjegy tv. 12. § (2) bek.

^[28] Ezzel kapcsolatban lásd Papp 18., 21. pp.

^[29] A Sporttv. 35.§-a alapján.

Szalóki Gergely
A biztosítéki vételi jog ingatlan-nyilvántartásba történő
bejegyzése során
felmerülő hitelezői kockázatok

A bírói gyakorlat egységes abban a tekintetben, hogy a vételi jog alapítása valamely követelés biztosítására nem ütközik jogszabályba, és nem feltétlenül minősül jogszabály megkerülésére kötött vagy színlelt szerződésnek. A Legfelsőbb Bíróság legutóbbi eseti döntésében is kimondta,^[1] hogy a szerződés nemcsak a Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvényben (a továbbiakban „Ptk.”) meghatározott szerződést biztosító mellékkötelezettségekkel, hanem önálló szerződéssel is biztosítható.

A bírói gyakorlat abból a szempontból is egységes képet mutat, hogy ingatlanok megterhelésére a vételi jogot a jelzálogjog mellett, azzal párhuzamosan is lehet alkalmazni. Több döntés is ebbe az irányba mutat,^[2] míg ezzel szembevető gyakorlattal nem találkoztunk.

A következőkben azt kívánjuk bemutatni a teljesség igénye nélkül, hogy valamely követelés biztosítása céljából létrehozott, ingatlant terhelő vételi jog ingatlan-nyilvántartásba történő bejegyzése során milyen jogi kockázatok merülnek fel a hitelező oldalán.

1 A vételi jog telekkönyvi bejegyzése

1.1 A vételi jog bejegyzése

A jogosult javára biztosított vételi jog bejegyzését önállóan kezdeményezheti az illetékes földhivatal előtt. A vételi jog bejegyzésének a vételi jogosultság keletkezését tanúsító, egyidejűleg a tulajdonos bejegyzési engedélyét is tartalmazó közokirat, vagy ügyvéd által ellenjegyzett magánokirat alapján van helye.

A vételi jog az alapítására vonatkozó megállapodás megkötésével létrejön, harmadik személyekkel szemben azonban a vételi jogra kizárólag abban az esetben lehet hivatkozni, ha az ingatlan-nyilvántartásba bejegyezték. Amennyiben tehát a vételi jog bejegyzése iránti kérelem benyújtását megelőzően – akár az opciós szerződés megkötése előtt, akár azt követően - az ingatlanokkal rendelkeztek, a vételi jog bejegyzésére, illetve gyakorlására nem, illetve csak az utólag bejegyzett terhek figyelembevételével kerülhet sor.

Mindez vonatkozik arra az estre is, ha a vételi jog gyakorlására csak a nyitva álló időszak végén kerül sor, és a jogosult tulajdonjogának bejegyzése iránti kérelme csak az opciós időszak leteltét követően kerül benyújtásra földhivatalnak. Ilyen esetben az ingatlan-nyilvántartásbeli tulajdonos a vételi jog gyakorlásának ingatlan-nyilvántartásbeli bejelentéséig eladhatja az opció eredménytelen lejáratában bízó jóhiszemű harmadik személynek az ingatlanokat, megghiúsítva ezzel az opció biztosíték célzattal történő gyakorolhatóságát.

1.2 A vételi jog bejegyzését követően keletkezett további jogok

A biztosítéki célú vételi jog alapításának célja, hogy a vételi jog gyakorlása esetén a vételi joggal terhelt ingatlanok vételárát az opciós jogosult egyéb jogviszonyból eredő követeléseinek beszámítása útján teljesíthesse.

Ezen célkitűzést figyelembe véve utalnunk kell arra, hogy az ingatlan-nyilvántartásba bejegyzett vételi jog nem akadályozza az ingatlanok vonatkozásában további jogok és jogilag jelentős tények bejegyzését,^[3] azaz a bejegyzett vételi jog az ingatlanok esetleges további megterhelésének, illetve az ingatlanok értékesítésének nem akadály. Az ingatlanok további értékesítésével, megterhelésével a vételi jog nem szűnik meg, az ingatlan-nyilvántartásba bejegyzett vételi jog mindenkiel szemben hatályos, aki az ingatlanokon a bejegyzését követően valamilyen jogot szerez.^[4]

Kiemeljük azonban, hogy a vételi joggal érintett ingatlanok elidegenítése, illetve megterhelése éppen a vételi jog fentiek szerinti biztosítéki jellegét szünteti meg tekintve, hogy a vételárral kapcsolatban a biztosított követelés beszámítására a kötelezettek eltérő személyére tekintettel már nem lesz jogi lehetőség. Ugyanígy jelezzük, hogy amennyiben az ingatlanok vonatkozásában elidegenítési és terhelési tilalom nincs bejegyezve, a vételi jog jogosultja nem tudja megakadályozni azt, hogy az ingatlanokat harmadik személy javára értékesítsék, és ezáltal a vételi jog biztosítéki jellege a fentiek szerint megszűnjön. Ugyanakkor elidegenítési és terhelési tilalmat kizárólag az ingatlanok elidegenítésekor lehet alapítani,^[5] azaz jelen esetben egyidejű elidegenítési és terhelési jog alapítására nem kerülhet sor, mindez azonban jelentősen növeli az alapítandó vételi jog biztosítéki jellegével kapcsolatos jogi kockázatokat.

Ugyanezen kockázat áll fenn abban az esetben is, ha a bejegyzett tulajdonossal szemben ugyan gyakorolták a vételi jogot, ezen körülmény földhivatali bejelentését megelőzően a bejegyzett tulajdonos azonban értékesítette az ingatlanokat, és ezen körülményt egyidejűleg bejelentik a földhivatalnak. Ilyen esetben az eredeti tulajdonossal szemben megtett vételi nyilatkozat a vételi jogosult tulajdonjogának bejegyzésére nem alkalmas, az opciót a továbbiakban kizárólag a harmadik személlyel szemben van lehetőség ismét a fentiek szerint gyakorolni.

2 A vételi jog gyakorlása, a tulajdonjog bejegyzése

2.1 A vételi jog gyakorlása

A vételi jog jogosultja a vételi jog fennállása alatt az adásvételi szerződést a vételi jogot alapító szerződésben foglalt feltételekkel a tulajdonoshoz intézett egyoldalú nyilatkozatával létrehozhatja.^[6] Az adásvételi szerződés a vételi jog jogosultja, illetve az ingatlanok tulajdonosa között az írásbeli vételi nyilatkozat tulajdonossal történő közlésével a vételi jogot alapító szerződésben foglalt feltételek mellett létrejön.^[7]

2.1.1 A vételi jog gyakorlásának alaki feltételei

Az ingatlanok tulajdonjogának átszállásához a jogváltás ingatlan-nyilvántartásbeli bejegyzése is szükséges.^[8] Az ingatlan-nyilvántartásról szóló 1997. évi CXLI. törvény (a továbbiakban „Inytv.”) rendelkezései szerint a tulajdonjog átruházásának bejegyzésére csak közokirat, illetve ügyvéd által ellenjegyzett magánokirat alapján van lehetőség.^[9]

Tekintve, hogy a vételi jogot alapító megállapodásból még nem következik automatikusan, hogy a vételi jogot gyakorolják is, álláspontunk szerint az opciós szerződés alakszerűségei nem pótolhatják a tulajdonjog átszállására vonatkozó nyilatkozattal kapcsolatos alakszerűségi követelményeket. Mindezek alapján megállapítható, hogy a vételi jognyilatkozatot, mint az adásvételi szerződést létrehozó nyilatkozatot ugyanígy közokiratba, vagy ügyvéd által ellenjegyzett magánokiratba kell foglalni, mint a vételi jogot alapító megállapodást is.^[10]

Ugyanakkor létezik egy másik álláspont is, amely szerint a vételi jog gyakorlásáról szóló egyoldalú jognyilatkozatnak nem kell megfelelnie az ingatlan-nyilvántartási jogszabályokban a tulajdonjog bejegyzése alapjául szolgáló okirattal szemben támasztott alaki követelményeknek.^[11] Azonban az eltérő joggyakorlattal kapcsolatos kockázat csökkenthető azzal, ha a vételi jog gyakorlására vonatkozó nyilatkozat megfelel az ingatlan-nyilvántartásról szóló 1997. évi CXLI. törvény rendelkezései szerint alakszerűségi követelményeknek, azaz azt közokiratba, vagy ügyvéd által ellenjegyzett magánokiratba foglalják.

A vételi nyilatkozat tulajdonossal szembeni hatályosulását az ingatlan-nyilvántartási eljárás során igazolni kell; a vételi jog gyakorlása esetén a vételi jog jogosultjának igazolnia kell (pl. térítvevéennyel, átvételi elismervénnyel), hogy az ingatlanok megvásárlására vonatkozó egyoldalú nyilatkozatát a kötelezett felé megtette.^[12] Amennyiben a vételi nyilatkozatot postai úton küldik meg a tulajdonosnak, az egyoldalú nyilatkozat megtétele igazoltnak tekinthető, ha a

szabályosan címzett iratot a posta - a kézbesítés egyszeri eredménytelen megkísérlését követően – 'nem kereste' jelzéssel küldi vissza a feladónak.^[13]

Kockázatot okozhat továbbá, hogy szükséges-e a tulajdon-változás átvezetéséhez a korábbi tulajdonos által az opciós jogosult irányában megtett bejegyzési hozzájárulás az Inytv. 29.§ alapján. Az uralkodó álláspont szerint ez vételi jog gyakorlása esetén nem szükséges, ugyanis a jogváltozás bejegyzéséhez nem a tulajdonos bejegyzési engedélye, hanem az szükséges, hogy az opciós jogosult igazolja a vételi jog gyakorlására vonatkozó nyilatkozatának megtételét.^[14]

2.1.2 A vételi jog gyakorlásának tartalmi feltételei

A vételi nyilatkozat tartalmával kapcsolatban követelmény, hogy a nyilatkozatból ki kell tűnnie a nyilatkozatot tevő személy azon szándékának, amely szerint megállapítható, hogy a vételi joggal terhelt ingatlan tulajdonjogát meg kívánja szerezni.^[15] Továbbá a vételi nyilatkozatnak meg kell felelnie az Inytv. által támasztott egyéb alaki és tartalmi előírásoknak.

2.2 Vételi jog jogosultja által kijelölt személy és a vételi jog gyakorlása

A vételi jog átruházása, engedményezése érvénytelen.^[16] Amennyiben azonban a vételi jog jogosultja gazdálkodó szervezet, és vételi jogával személyesen nem kíván élni, jogosult kijelölni a vételi jog gyakorlására jogosult személyt.^[17] A megállapodás alapján csak az eredeti opciós jogosultat lehet bejegyezni az ingatlan-nyilvántartásba opciós jogosultként, az opció gyakorlására kijelölt személyt nem. Ugyanígy a kijelölt személy nem jogosult arra sem, hogy a vételi jog gyakorlására újabb harmadik személyt jelöljön ki.

A vételi jog gyakorlására kijelölt személy tulajdonjogának bejegyzéséhez szükség van egyrészt az opciós jogosult kijelölő nyilatkozatának, másrészt a gyakorlásra kijelölt személy vételi nyilatkozatának – az Inytv. által megkövetelt alaki és tartalmi előírásoknak megfelelő – közokiratba, illetve ügyvéd által ellenjegyzett magánokiratba foglalt változatára,^[18] igazolni kell továbbá a fentebb említett körülményeket.

3 Jogorvoslati lehetőségek a vételi jog bejegyzésével és gyakorlásával kapcsolatban

3.1 A vételi jog bejegyzésével kapcsolatos jogorvoslatok

Vételi jog alapítása esetén az érintett ingatlan tulajdonosát a vételi jog bejegyzése iránti eljárás megindításáról értesíti a földhivatal.^[19] Az eljárásban az ingatlanok tulajdonosa ügyfélként vesz részt, a vételi jogot bejegyző határozattal szemben fellebbezésre, illetve bírósági felülvizsgálat kezdeményezésére jogosult. A vételi jogot bejegyző határozattal kapcsolatban lehetőség van arra, hogy az ingatlan

tulajdonosa a fellebbezési jogáról lemondjon abban az esetben, amennyiben a tulajdonos a vételi jogot alapító megállapodás megkötésével egyidejűleg akként nyilatkozik, hogy a vételi jog bejegyzésével kapcsolatos fellebbezési jogáról lemond, és az erről szóló szabályszerű nyilatkozatot átadja az opciós jogosultnak.

3.2 Tulajdonjogot bejegyző határozattal kapcsolatban érvényesíthető jogorvoslatok, igények

3.2.1 Fellebbezés a földhivatal határozatával szemben

A földhivatal a vételi jog gyakorlása esetén törli a korábbi jogosult tulajdonjogát, míg az opciós jogosult tulajdonjogát bejegyzi az ingatlan-nyilvántartásba. Az opciós jogosult tulajdonjogának bejegyzése tárgyában meghozott határozatot a korábbi tulajdonosnak is kézbesítik, a határozattal szemben tulajdonjogának törlésével kapcsolatban a korábbi tulajdonos fellebbezéssel élhet. A fellebbezés alapján meghozott másodfokú határozattal szemben a korábbi tulajdonos kezdeményezheti a határozat bírósági felülvizsgálatát is. A határozat felülvizsgálatára vonatkozó jogorvoslati eljárásban – így az esetleges bírósági felülvizsgálat során is - a vételi jog, illetve a tulajdonjog bejegyezhetőségének alaki és tartalmi feltételeit és nem pedig a bejegyzés alapjául szolgáló megállapodások és nyilatkozatok anyagi érvényességét vizsgálják.

Amennyiben azonban a korábbi tulajdonos akár a vételi jogot létrehozó megállapodás, akár a vételi jog gyakorlásával létrejött adásvételi megállapodás érvényességével kapcsolatban kifogást támaszt, és ezen igényét bíróság előtt érvényesíti is, lehetősége van arra, hogy az opciós nyilatkozat szerinti tulajdonjog bejegyzése iránti eljárás felfüggesztését kérje.^[20] Ilyen esetben a földhivatal köteles a tulajdonjog bejegyzése iránti eljárását felfüggeszteni, ha az alapul szolgáló megállapodás érvénytelensége iránti per megindításáról az eladó megfelelő határidőn belül igazolja.^[21] Az eljárás felfüggesztése alatt a tulajdonjog bejegyzése nem intézhető el.

3.2.2 Törlési per

Amennyiben az opciós illetőleg az ez alapján létrejött adásvételi szerződés érvénytelenségével kapcsolatban harmadik személy (pl. eladó felszámolója) igényt kíván érvényesíteni, akkor el kell választani az esetleges érvénytelenség általános kötelmi jogi jogkövetkezményeit az ingatlan-nyilvántartásra vonatkozó – jellemzően tulajdonjogot érintő – igényektől. A bírói gyakorlat szerint az opciós jogosult tulajdonszerzésének érvénytelenítése és az eredeti állapot helyreállítása iránti kereset magában foglalja az érvénytelen bejegyzés törlése iránt indított kereseti kérelmet. Amellett, hogy az érvénytelen megállapodás jogkövetkezményei (jellemzően kártérítés) az általános szabályok és határidők mellett érvényesíthetőek, az ingatlan-nyilvántartásban szereplő állapot

rendezésére – azaz az ingatlanokkal kapcsolatos tulajdoni viszonyok visszarendezésére – csak rövidebb az alábbiak szerint részletezett határidőn belül kerülhet sor.

A törlési pert meg lehet indítani mind a vételi jogot alapító, mind az ingatlanok tulajdonjogát átruházó megállapodással kapcsolatban azonos feltételekkel. Jellemzően érvényességi aggályok a vételi nyilatkozat alapján létrejött megállapodással kapcsolatban merülhetnek fel, ezért a törlési per kockázatait ezen megállapodással kapcsolatban részletezzük azzal, hogy az alább részletezettek megfelelően irányadóak a vételi jogot alapító megállapodás érvényességével kapcsolatban támasztott igények érvényesítése esetén is.

A törlési per megindítására jogosult az a személy, akinek a jogát az érvénytelen megállapodás alapján törölték az ingatlan-nyilvántartásból, azaz jogosult mind a korábbi tulajdonos, mind annak felszámolója. Meg kívánjuk jegyezni azonban, hogy a perindításra jogosultak köre nem feltétlenül azonos a megállapodás érvénytelenségével kapcsolatban általánosan perindításra jogosultak körével.

A törlési per a közvetlen jogszerzővel szemben mindaddig megindítható, ameddig az érintett jognyilatkozat érvénytelensége megállapításának helye van.^[22]

Amennyiben a törlési per megindításáig az ingatlanokat az opciós jogosult értékesítette ellenérték fejében harmadik jóhiszemű személynek, a törlési pert az érvénytelen okiraton alapuló bejegyzéstől számított 3 éven belül lehet megindítani a harmadik személlyel szemben.^[23]

3.2.3 Eredményes törlési per

Abban az esetben, ha a felperes (eladó, felszámoló) törlési igényét határidőben terjesztette elő, a létre nem jött és az érvénytelen szerződések alapján a bíróságnak a PK 32. számú állásfoglalás tartalmának figyelembevételével rendelkeznie kell a szerződéskötést megelőző helyzet, - ideértve az eredeti ingatlan-nyilvántartási állapot – visszaállításáról.^[24]

Az eredeti állapot helyreállítása esetén olyan állapotot kell teremteni, mint amilyen akkor lett volna, ha a felek az érvénytelen szerződést meg sem kötik; minden későbbi ingatlan-nyilvántartásbeli jogszerző törlésre, illetve a korábbi tulajdonos bejegyzésre kerül. Ilyen esetben a korábban tulajdonosként bejegyzett opciós jogosult, illetve a tőle jogot szerző személyek közötti jogviszonyt a lehetetlenülés szabályai szerint kell elbírálni,^[25] azaz számolni lehet az opciós jogosult tulajdonjogában bízó későbbi jogszerzők esetleges kártérítési igényével is.

3.2.4 Az érvénytelenség kötelmi jogi következményei

Amennyiben a törlési és kiigazítás per megindítására nyitva álló igényérvényesítési határidők eltelték, függetlenül attól, hogy az opciós jogosult érvényes vagy érvénytelen jogcímen szerezte meg az ingatlan tulajdonjogát, a bejegyzett tulajdon a továbbiakban nem törölhető.^[26]

Az érvénytelenség egyéb kötelmi jogi jogkövetkezményeinek alkalmazására elévülési időn belül sor kerülhet az ingatlan-nyilvántartási állapottól függetlenül az eredetileg érvénytelen megállapodást kötő felek között. Ezen jogkövetkezmények azonban már nem érvényesíthetők azon személyekkel szemben, akik utóbb jogot szereztek az ingatlanokkal kapcsolatban.

^[1] EBH 2008/857

^[2] BH 2001/584; BH 1999/452; EBH 1999/27; BH 1998/350

^[3] Ingatlan-nyilvántartásról szóló 1997. évi CXLI. törvény végrehajtásáról szóló 109/1999. (XII. 29.) FVM rendelet, (a továbbiakban „Vhr.”) 15.§ (1) bekezdés

^[4] Ptk. 375.§ (4), 374.§ (5), 373 (3) bekezdések

^[5] Ptk. 114.§ (2) bekezdése

^[6] Ptk. 375.§ (1) bekezdés

^[7] Ptk. 214.§ (1), 365.§ (1) bekezdések

^[8] Ptk. 117.§ (3) bekezdés

^[9] Inyvtv. 32.§ (3) bekezdés

^[10] BH 2007/141

^[11] BH 2001/369

^[12] Vhr. 14.§ (4) bekezdés

^[13] KGD 2007/153

^[14] 3/2007. Közigazgatási-polgári jogegységi határozat

^[15] BH 2006/170

^[16] EBH 2006/1552

^[17] Ptk. 373. § (4) bekezdése a 374. § (5) és a 375. § (4) bekezdésekre figyelemmel; BH 2006/329; EBH 2004/1099

^[18] Inyvtv. 33.§ (2) bekezdése

^[19] Inyvtv. 27/A§

^[20] Inyvtv. 47.§

^[21] Inyvtv. 47.§ (2) bekezdés

^[22] Inyvtv 63.§ (1) bekezdése

^[23] Inyvtv 63.§ (2) bekezdése, 51/2009. (IV.28) AB határozat

^[24] EBH 2006/1400

^[25] BH 2008/87

^[26] LB kollégiumi vélemény, 2005

Szalóki Gergely
Tamás Nótári: Bavarian Historiography in Early Medieval
Salzburg

(Passau, Schenk Verlag, 2010. 192 oldal)

Nótári Tamás *Bavarian Historiography in Early Medieval Salzburg* című monográfiája 2010-ben látott napvilágot a passauai Schenk Verlagnál. E munka nem mechanikus megisméltése a néhány éve magyar nyelven megjelent, e tárgykört feldolgozó monográfiának:^[1] a szerző azt számos ponton egyfelől az újabb szakirodalom feldolgozásával kiegészítette, bizonyos részek súlyát emelte, ill. csökkentette, valamint több esetben korábbi véleményét újragondolva finomította.

A kötet a *Libellus Virgilio*, a *Gesta Sancti Hrodberti confessoris*, a *Liber confraternitatum*, a *Notitia Arnonis*, a *Breves Notitiae*, az ún. *Carmina Salisburgenia* és a *Conversio Bagoariorum et Carantanorum*, vagyis VIII. és IX. század hét, illetve hat – mivel hagyományozódását tekintve a *Libellus Virgilio* a *Breves Notitiae* részeként maradt fenn – legfontosabb salzburgi forrása köré csoportosul, a felsorolt művek kronológiáját követve. A középkorkutatás minden esetben filológia – a szerző ezen alapelvet, valamint a forrástisztelet kritériumát tartja munkája során mindvégig szem előtt. A monográfia további filológiai aspektusaként emelhető ki, hogy a kiindulópontként megjelölt források mindegyikénél (valamint a Virgil püspök szerzősége kapcsán bővebben tárgyalt aethicus isteri Cosmographiánál) megkísérli annak szerkezetét, nyelvi és stiláris sajátosságait, a bennük található reminiscenciákat feltárni. A filológiai megközelítés mellett azonban a köz-, egyház-, művelődés- és jogtörténeti szempontok is nagy súllyal estek latba, hiszen maguk a salzburgi történeti források sem lettek volna interpretálhatók a politikai folyamatok behatóbb elemzése nélkül. Bizonyos alfejezetek kérdésfelvetéseinél kitekintést tesz bizonyos szak-, illetve segédtudományok eredményeire; így például a salzburgi sókitermelés a régészet, a bulgáriai misszió és Metód működése a szlavisztika, a VIII. századi társadalomkép pedig a germanisztika kutatási eredményeit hívhatta segítségül.

A szerző miért éppen a salzburgi forrásokat vette górcső alá – merülhet fel a kérdés. Az előszóban azzal magyarázza, hogy a salzburgi historiográfia kiemelkedően gazdag a korabeli bajorországi forrásanyaghoz képest, valamint hogy az Agilolfing-dinasztia utolsó hercege, III. Taziló Nagy Károly általi trónfosztása és az önálló Bajor Hercegség felszámolása után Regensburg megszűnt hercegi székhely lenni, s a 798-ban érsekséggé emelkedett Salzburgi Püspökség a VIII. század végére vitathatatlan primátusra tett szert a többi bajor egyházi központ felett, vagyis Bajorország hatalmi centrumává lett. További indokként említi, hogy a IX. század végi salzburgi források egyedülálló

jelentőségű információkkal gazdagítanak bennünket a Kárpát-medence – az avarok – történetét illetően. Az itt vizsgált források legtöbbje ugyan nem elsődlegesen historiografikus, hanem praktikus céllal íródott (birtokviták jegyzőkönyvszerű lejegyzése, paródiába hajló, álnéven írott kozmográfia, legenda, a kereszténységet imaközösségben összefoglaló névjegyzék, birtok- és adománykatalógus, peranyag stb.), azonban mindegyikben jelen van a historiografikus elem.

Összefoglalóan az egyes fejezetek, illetve források kapcsán a következő megállapításokat vonja le Nótári. Az Írországból Bajorországba érkező Virgil számos tekintetben új fejezetet nyitott Salzburg történetében. Odilo, majd Tasziló hercegekben komoly támaszra találva megszilárdította egyházmegyéje helyzetét az elődjeként tisztelt Rupert és a nagy ellenfél, Bonifác lerakta egyházszerkezeti alapokon építkezve. A püspökség, illetve a Szent Péter-kolostor javaiért és jogaiért folytatott küzdelme dokumentumaként született meg a *Breves Notitiae* részeként ránk maradt *Libellus Virgilioi*, amelynek tanúsága szerint a bajor és frank tradíciót követve a központi egyházi hatalom megerősítésére törekedett. A *Libellus Virgilioi*ben elbeszéltek esetek – a hercegi káplán (s ezáltal maga a herceg) és Virgil között a még Rupert idején alapított javadalmak feletti viták – és az ezekből levont következtetések több, az Agilolfing-dinasztia utolsó két tagjának uralkodása idején megmutakozó tendenciát tesznek világossá. A bajor szokásjog szerint a kolostoralapításhoz uralkodói engedélyre volt szükség, ami egyúttal a hercegi védelmet is magában foglalta, s a hercegek szabadon rendelkeztek mind az általuk alapított, mind pedig a közreműködéssel létrejött kolostorok felett, vagyis a kolostorok teljességgel beépültek a bajor hűbéri rendszerbe. Éppen e gyakorlatot kívánta a bonifáci reform a kolostorok feletti püspöki joghatóság helyreállításával, illetve megteremtésével felszámolni, s e törekvés kikerülhetetlen konfliktust szült a bajor herceg, illetve a nemesség és a bajor megyéspüspökök között, ám ezen összeütközések mögött nem feltétlenül kell komolyabb, a herceg és a püspök között feszülő politikai ellentétet feltételeznünk, miként Odilo és Virgil esetében sem. Nem tekinthetjük ugyanakkor véletlennek, hogy a bajor püspökségeket csak Nagy Károly hatalomátvétele után, 798-ban fogták össze az érsekséggé emelt Salzburg irányítása alatt, hiszen az érsekség létrehozása a hercegek jogkörét, s püspökök és az apátok döntéseibe történő beavatkozás lehetőségét nagyban csorbította volna, megfosztotta volna a hercegeket azon joguktól, hogy a zsinatokon maguk elnököljenek.

Virgil legkésőbb a salzburgi Rupert-dóm felszentelésének évére, 747-re megírta, illetve megírtatta Rupert életrajzát. A *Gesta Sancti Hrodberti confessoris* kapcsán felmerülő négy kérdésre adható válaszaink röviden így foglalhatók össze. Rupert legkésőbb 696-ban jött püspöki székhelyéről, Wormsból Bajorországba. Jöttét már az Agilolfing-dinasztiával fennálló rokoni kapcsolatai is indokoltá tennék, ám bizonyos politikai motivációkat sem zárhatunk ki. Salzburgban telepedett le, ahol szervezett formát és új lendületet

adott a már meglévő keresztény életnek és közösségnek; templomokat és szerzetesi közösségeket alapított, azonban a – feltehetően már régebb óta létező – Szent Péter-kolostor alapítása nem az ő nevéhez köthető. Salzburgban nem hozott létre egyházmegyét, tehát sem salzburgi püspöknek, sem salzburgi apátnak nem tekinthető. Az élők sorából március 27-én, Wormsban távozott, ahová nem sokkal halála előtt visszatért. 715/16. május 15. után már feltehetően nem volt Salzburgban; halálának éve bizonytalan, biztonsággal legkorábban 715-re datálhatjuk, ám egy későbbi esztendő is feltételezhető.

A *Notitia Arnonis* megszületésének okaként Nagy Károly Bajorország feletti hatalomátvételét adhattuk meg, amelyre III. Tasziló, az Agilolfing-dinasztia utolsó hercegének trónfosztása révén kerülhetett sor. A frank–bajor kapcsolatok terén a 780-as évekig nem beszélhetünk következetes Karoling-ellenességről az Agilolfingek részéről, e viszonyokat az aktuális politikai konstelláció határozta meg, számos esetben az Agilolfing-dinasztia tagjai, így például Odilo és Tasziló is csak frank segítséggel foglalhatták el a bajor trónt, illetve szilárdíthatták meg hatalmukat. A Karoling–Agilolfing kapcsolatból természetesen nem hiányzott a rivalizálás, ám ez csak 788-ban, III. Tasziló Nagy Károly általi trónfosztásakor vált végzetessé a bajor herceg számára. Vizsgálódásunk végén a források hiányos és tendenciózus volta ellenére világosan megmutatkozott, hogy milyen folyamatok vezettek e végeredményhez és e kép kialakulásához. A frank uralkodó nagyhatalmi politikájának nem volt feltétlenül szüksége katonai összeütközésre ahhoz, hogy miután ellenfeleivel és ellenségeivel leszámolt, a hajdani Merowing-uralom alatt álló területen önállóságát immáron egyedülként megőrző Bajorországot is beolvassza birodalmába, elegendőnek mutatkozott ravasz diplomáciai eszközökkel elszigetelni a hercegséget, s a maga számára megnyerni a bajorok egy, a majdani perben őt támogató csoportját. A perben nem csupán hajdani vétkeiket, nevezetesen a 763-ban állítólagosan elkövetett *harislizt*, vagyis a királyi sereg önkényes elhagyását vetették Tasziló szemére, hiszen ez de iure nem lett volna elegendő a halálos ítélet kimondásához, hanem súlyos hűtlenséggel – számos, 757-ben és 781-ben tett hűségesküjének, illetve 787-es vazallusi esküjének megszegésével –, s az *infidelitas* legsúlyosabb megnyilvánulásának számító, az avarokkal kötött szövetséggel is vádolták. A halálos ítélet végrehajtása ugyanakkor nem hozta volna meg Károly számára a kívánt eredményt, hiszen Tasziló kivégzésével nem annektálhatta volna eo ipso Bajorországot; Tasziló – s vele együtt családtagjainak – kolostorba zárása viszont lehetővé tette a frank uralkodónak, hogy szabadon rendelkezék az immáron uratlanná vált hercegséggel.

A Tasziló elleni perben talán vádlóként is fellépő, s így a frank *Machtergreifung* nyertesének számító Arn Benedictus diakónussal íratta meg a *Notitia Arnonist*. Lehetséges, hogy a *Notitia Arnonist* már 788-ban lejegyezték, azonban egy valamivel későbbi idő sem zárható ki. A *Breves Notitiae* keletkezése szorosan összefügg Salzburg 798-ban történő érsekséggé

emelésével, s Nagy Károly bizalmasa, Arn e jegyzékkel igyekezett primátusát bizonyítani a többi bajor püspök felé. Arn annál is inkább kiérdemelte Nagy Károly bizalmát, mivel készségesen végrehajtotta utasításait a III. Leó pápa körül Rómában kibontakozott kényes helyzetben. Nézetünk szerint Nagy Károly emberei, Paschalis és Campulus által elsősorban azért szították e viszályt – s kísérelhették meg trónjáról letaszítani a pápát –, hogy utóbb a frank uralkodó a pápa megmentőjének szerepében léphessen fel, s hajtathassa végre a tekintélyére nézvést megtépázott, s politikailag kiszolgáltatott pápával saját császárrá koronázását. Arn aktív szereplőként végigkísérhette ezen eseményeket, amint ezt az Alcuinnal folytatott levelezésből egyértelműen megállapíthatjuk.

Az ún. *Carmina Salisburgensia*t tartalmazó kódex datálását a püspökök versbe foglalt listája teszi lehetővé. Mindezek alapján Liupram halála terminus ante quemnek, Anno püspökké szentelése pedig terminus post quemnek tekinthető, vagyis a püspöki névsor tehát valamikor 854 és 859 között született. A *Carmina Salisburgensia* elnevezés annyiban problematikus ugyan, hogy azon látszatot kelti, mintha mindezen versek Salzburgban születtek volna, noha számos *carmen* esetén ez valószínűtlen, illetve bizonyíthatóan valótlan, ugyanakkor valamennyi, e cím alatt összefoglalt vers kötődik valamilyen módon Salzburghoz, hiszen a nem ott keletkezettek is Salzburgról és püspökeiről/érsekeiről szólnak, gyakorta vers formájában írott levélként. A Dümmler valószínűsítette, Vergiliustól és Ovidiustól származtatott átvételek kapcsán rámutat arra, hogy e fordulatok nem feltétlenül vezethetők vissza az említett klasszikus *auctorok* kiemelkedően elmélyült ismeretére, hanem éppúgy – sőt, valószínűbben – származhattak Venantius Fortunatus, Aldhelm vagy Alcuin munkásságából.

Herwig Wolfram 1979-es kiadásában a *Conversio* tizennegyedik fejezetének vonatkozó mondata alapján 871-et fogadta el a keletkezés évül, 1995-ös monográfiájában azonban módosította álláspontját, s a középkori számítási módot vette alapul, amely szerint a szövegben megjelölt esztendő is hozzászámítandó az eltelt évekhez, s ennek alapján a 870-es megírási év mellett állapodott meg; kiadásában Fritz Lošek is ezen állásponthoz csatlakozott, amit a magunk részéről is elfogadtunk. A szerző kilétére csupán a mű néhány utalásából kísérelhetünk meg következtetéseket levonni, ám teljes biztonsággal nem tudjuk azonosítani. Nagy valószínűséggel megállapítható ugyanakkor egy, az ötödik fejezetben olvasható első személyű fogalmazásból a szerző salzburgi, illetve bajor származása. Az a karantán és avar misszió kérdése, valamint az Ingo-történet valóságága és továbbélése mellett behatóbban vizsgáltuk azon, a *Conversio* által rögzített vádpontokat, amelyeket a Regensburgi Zsinaton Metód ellen felhoztak – természetesen nem állapítható meg, hogy a *Conversio* a per vádirataként, vagy pedig annak utólagos legitimációjaként keletkezett-e.

Metód pannóniai és moráviai működését és a Salzburgi Érsekségnek e területekre vonatkozó jogigényét megvilágítandó áttekintettük a

Bajorországból kiinduló karantán és avar misszió állomásait, s megállapíthattuk, hogy annak megszervezésében a pápaság valóban nem vállalt aktív részt, ám bizonyos eredményeit és némely területek feletti joghatóságát Salzburg még a VIII. és IX. század fordulóján nem kívánta a tekintélye mélypontján levő pápasággal jóváhagyatni, a 870-es években pedig a pápaság már nem kényszerült elfogadni a pápai közreműködés nélkül adott, Nagy Károly-féle jóváhagyásokat. Magát a misszió módját jobban megvilágítandó kitekintést tettünk a 860-as évek bulgáriai eseményeire és az e területen Róma, Bizánc és a Frank Birodalom között zajló vetélkedésre, aminek szerves folyományaként elemezhetjük a pápaság – s a pápai legátus, Metód – és a bajor püspökök közötti hatalmi vitát.

A rövid tartalmi áttekintés után a kötet kapcsán jó lelkiismerettel kijelenthetjük, hogy az a szerzőtől megszokott precíz, forráshű, mind az elsődleges szövegek, mind a másodlagos nemzetközi szakirodalom fölényes ismerete alapján íródott. Nem csupán a jog- és az egyháztörténész, hanem a politika- és irodalomtörténész is haszonnal forgathatja Nótári Tamás angol nyelvű monográfiáját, amely a korai középkor világába a bajor viszonyokon keresztül ad áttekintést.

^[1] Nótári T.: *A salzburgi historiográfia kezdetei*. Szeged, 2007. E források magyar nyelvű fordítását lásd Nótári T.: *Források Salzburg kora középkori történetéből*. Szeged, 2005.

Szilágyi Péter
A JOGÖSSZEHASONLÍTÁS ÉS A PARADIGMÁK
Opponensi vélemény Fekete Balázs Kísérlet a jogösszehasonlítás
tudománytörténetének új értelmezésére című doktori (PhD)
értekezéséről

Fekete Balázs dolgozatában arra vállalkozott, hogy a jogösszehasonlítás elmélettörténetét a Thomas Kuhn névéhez kapcsolódó tudományos paradigma fölhasználásával mutassa be és elemezze. Vállalkozása témájában hézagpótló, mivel a jogösszehasonlítás elmélettörténetének az átfogó és szisztematikus földolgozása máig hiányzik.

A dolgozat külön kiemelendő érdeme világos szerkezete és ezzel összefüggő módszertani tudatossága. Ez utóbbi sajátossága miatt egyébként a dolgozat általános metodológiai vizsgálódások szempontjából is igen hasznos hozzájárulást jelent a magyar jogtudomány további fejlődéséhez.

Fekete Balázs vállalkozása megközelítésmódját, problémamegfogalmazását tekintve a magyar jogtudományban úttörő jellegű, alapvetően új szempontokat hozott be.

Noha a paradigma fogalma már elég régóta használatos a hazai jogtudományban és jogelméletben, de ez vagy egészen sajátos értelemben történt, vagy pedig általános tudományelméleti kontextusban, konkrét elemzések nélkül; a jogösszehasonlítás tekintetében pedig – Péteri Zoltán tanulmányától eltekintve – eddig senki sem vállalkozott Kuhn elméletének a fölhasználására. A külföldi jogirodalomban ugyan találkozunk ilyen törekvésekkel, Fekete Balázs dolgozata azonban az általam ismerteket jelentős mértékben meghaladja azzal, hogy nem csak használja Kuhn terminológiáját és alapgondolatait, hanem azokat – széles körű tudomány elméleti szakirodalomra támaszkodva – saját szempontú tudományos elemzésnek veti alá.

Erre véleményem szerint föltétlenül szükség is van, három okból is. Egyrészt azért, mert Kuhn elmélete önmagában is sokak által vitatott, másodszer azért, mert Kuhn megfogalmazásai nem mentesek a többértelműségektől és ellentmondásoktól, ezért fölhasználásuk vagy éppen elutasításuk önálló értelmezést igényel, és végül harmadszor – és szerintem ez a legfontosabb – azért, mert az elméleti természettudományok alapján kidolgozott kuhni elméletnek a társadalomtudományok esetében való alkalmazhatósága számos sajátos problémát vet föl.

Ezek miatt a sajátos problémák miatt a korábbi műhely-vitákban többen fönntartásaiknak adtak hangot. Ezeknek a fönntartásoknak az egyik lényeges eleme az volt, hogy a paradigma fogalmának társadalomtudományi alkalmazása annyira megváltoztatja, relativizálja magát a fogalmat, hogy az szinte semmitmondóvá válik, nem mond többet mint a korábban használt irányzat vagy

iskola kifejezések. Ezek a vélemények ténylegesen meglévő nehézségekre hívják föl a figyelmet, jelzik a problémaszituációt, az elutasító álláspont azonban véleményem szerint mindezek ellenére indokolatlan.

Fekete Balázs ezekre vitákra utalva a dolgozatban is fölveti, hogy vajon van-e, lehet-e relevanciája egy olyan elméletnek, melyet már gyakorlatilag minden ponton megkérdőjeleztek (18. old) Véleményem szerint a tagadó álláspont csak akkor indokolt, ha egy elmélet relevanciáját kizárólag a direkt adaptálhatóságban látjuk és ebben az esetben az ismeretek és a kutatás közötti összefüggések dialektikája is elsikkad. Ezzel szemben én úgy vélem, hogy egy erősen vitatott elméletnek is van relevanciája, azaz jelentősége éppen azért, hogy kétségeket támaszt, asszociációkat indít, újragondolásra késztet – más szóval a heurisztikus szerep fontosabb, mint a direkt adaptálhatóság. Ez azt is jelenti, hogy a relevancia kérdését, különösen Kuhn elméletének a társadalomtudományokra való kiterjeszhetőségét magát is precíz tudományos problémaként kell megfogalmazni, ami azt jelenti, hogy még annál is behatóbb tudományelméleti vizsgálódásokra van szükség, mint amit Fekete Balázs nyújtott.

Kuhn elmélete nézetem szerint azért nyújt többet, mint az irányzatok és iskolák hagyományos megkülönböztetése, mert lehetőséget teremt a tudományos kutatás és a tudományos ismeretek (tudományelméleti terminus technicus-szal a pragmatikus és apragmatikus értelemben vett tudomány) viszonyának a figyelembevételére, fölhasználására. Kuhn fő műve ugyanis alapvetően erről szól, még akkor is, ha ez az összefüggés így nem szerepel sem Kuhn-nál, sem az általam ismert, zömmel magyar nyelvű szakirodalomban. Ez a megkülönböztetés teszi lehetővé, hogy elkerüljük a tudományfejlődés külső vagy belső tényezőinek az abszolutizálását, egy vulgáris materializmust vagy szellemtörténetet. Továbbá úgy tűnik számomra, hogy a jogösszehasonlítás területén azért különösen csábító Kuhn fölhasználása, mert itt az elméleti és gyakorlati problémák sajátosan kapcsolódnak össze, mivel tárgya nem egy adott államhoz kötődő pozitív jog és nem is valamiféle természetjog vagy tiszta jogtan, ezért könnyebb elkerülni a terméketlen ideológia vitákba fulladást.

Kuhn paradigma fogalmának a többértelműségét a szakirodalomban már sokan kritikai elemzés alá vonták. Ismeretes az a megállapítás, amely szerint a paradigmának 21 különböző jelentése található Kuhn fő művében. Kétségtelen, hogy ezek közül néhány csupán a pontatlan fogalmazás következménye, ezért is Fekete Balázs – összhangban Kuhn-nak a kritikákra adott válaszával és a szakirodalomban többséginek tekinthető fölfogással – a paradigmának egy tágabb és egy szűkebb fölfogását különbözteti meg. Mivel arra vállalkozott, hogy a jogösszehasonlítás területén kimunkált különböző megközelítéseket és elméleteket a paradigma fogalma segítségével rendezze, az egységes fölosztási alap logikai követelménye miatt el kellett döntenie, hogy erre melyik,

helyesebben milyen paradigma-fogalmat tart alkalmasnak. Mivel Fekete Balázs Kuhnnal egyetértve igen fontosnak tartja a tudományos közösségek szerepét, ezért a szűkebb értelemben vett paradigmát, pontosabban „az összehasonlító módszer jogtudományi alkalmazását mint alkalmazott probléma-megoldási mintát tekinti a kutatás során a vizsgálandó tudományos közösségek konstitutív fogalmi elemének.” (25. old.)

Fekete Balásznak ezt a megoldását jónak tartom, mert egyrészt a tágabb értelemben vett paradigma – más elnevezéssel szakmai mátrix – a maga összetettségénél fogva rendszerezési alapnak kevésbé lenne alkalmas, másrészt pedig ezen az alapon a szerzőnek meggyőzően sikerült bemutatnia és egymástól elhatárolnia a jogösszehasonlítás három alapvető paradigmáját.

Eszerint történeti-evolucionalista paradigma alapvető problémája az, hogy jogfejlődésnek milyen általános törvényszerűségei vannak és ennek megfelelően a jogfejlődésnek milyen történeti típusai különböztethetők meg. Ez az a probléma, amelyik a részletekbe megtalálható minden különbség ellenére összekapcsolja Maine, Pollock, Vinogradoff, Post, Kohler és del Vecchio munkásságát.

A droit comparé paradigmája esetében ez az alapprobléma akként fogalmazható meg, hogy valamely „jogintézmény relatíve ideális típusa” hogyan állapítható meg a jogösszehasonlítás segítségével, akár a hasonlóságok megállapítása, akár a különbözőségek elemzése útján. Ez a problémameghatározás abból következett, hogy e paradigma képviselői a jogösszehasonlítás feladatait sokkal inkább a gyakorlati síkon határozták meg (74. old) vagy mint a nemzeti jog tökéletesítését (86. old), vagy mint a legjelentősebb civilizált országok szabályainak, intézményeinek és jogrendszereinek közelítését (83. old.)

A jogösszehasonlítás harmadik paradigmája esetében – amelyet a szerző modern jogösszehasonlításnak nevez – az alapprobléma az, hogy a világ politikai tömbökre szakadása után hogyan lehet értelmesen jogösszehasonlítást végezni. Ebből fakadnak e paradigma további következmény problémái, így – amint azt a szerző bemutatja – a jogrendszerek osztályozásának, a funkcionalizmus módszertanának valamint a jogfogalomnak a problémái. (vö. itt 97-98.)

Ebben foglalhatóak tömören össze a disszertációnak azok a megállapításai, amelyekre az előbbieken már megfogalmazott pozitív véleményemet alapozom, és amelyekkel maradéktalanul egyetértek.

Kritikai jellegű észrevételeim – néhány fogalmazásbeli pontatlanságon túl – elsősorban azon alapulnak, hogy Fekete Balázs egyrészt kiinduló álláspontjához nem mindig következetes, másrészt pedig – ettől a következetlenségtől nem függetlenül –nem bontotta ki mindazt, ami dolgozatában gondolatilag benne rejlik. Ezek zöme nem is férhetett volna bele a dolgozat kereteibe, ezért

észrevételeimet nem a dolgozattal szemben, hanem a témával való további foglalkozásra tekintettel fogalmaztam meg.

Az említett következetlenséget elsősorban abban látom, hogy noha Fekete Balázs a probléma-megoldási mintát tekinti konstitutív elemnek, ezt az egyes paradigmák tárgyalása során nem ezt mutatja be kellőképpen.

Lényeges, hogy a tágabb paradigmát a szűkebb közvetítésével tárgyalja, a komplexitás és egységes szempont kettősségéből eredő módszertani követelményeknek a szűkebb paradigmafogalom alapulvételével kíván eleget tenni. Ez alapjában véve sikeres is, de ezt a későbbiekben az egyes paradigmák tárgyalása kapcsán nézetem szerint nem teszi eléggé világossá, explicitté, kifejezetté. Ami hiányzik, hogy nem reflektálja a problémamegoldási minta és a szakmai mátrix viszonyát, tehát hogy mi a probléma, az a szakmai mátrixtól függ, és egy új paradigma-magból éppen azáltal lesz kifejtett, kibontott paradigma, hogy az új problémamegoldás kikényszeríti a szakmai mátrix újrafogalmazását. Ennek a következetlenségnek megfogalmazásbeli kifejeződése, hogy a probléma kifejezést érdemben csak a harmadik paradigma esetében használja, ehelyett inkább a jogösszehasonlítás feladatáról vagy céljáról beszél, többnyire átvéve az idézett szerzők szóhasználatát. A választott kiindulópont következetes érvényrejtését a feladatok és célkitűzések problémaként való átfogalmazása jelentette volna. Ez bizonyos esetekben minden további nélkül elvégezhető (erre tettem én kísérletet az előbbieken a dolgozat alapvető mondanivalójának az összefoglalása során), más esetekben viszont magának a problémának a tudományelméleti elemzésére is szükség van, mindenekelőtt a probléma szituáció, problémaháttér, problémamegfogalmazás, problémamegoldás és problémamegoldás-ellenőrzés fogalmai segítségével. A tudományos probléma ugyanis ugyanannak az összefüggésnek, a tudományos kutatás és ismeretek viszonyának a tudományelméleti reflexióját jelenti, mint a paradigma. Ez nem kritika a szerzővel szemben, hanem egy lehetséges további kutatás jelzése, és már csak azért sem lehet ezt a szerzőtől számon kérni, mivel – számomra meglepően – a Kuhnnal foglalkozó hazai tudományelméleti irodalomban sem találkoztam ezzel a kérdéssel.

A jogösszehasonlítás tudományos problémáinak a vizsgálata során megkerülhetetlen a társadalomtudományi problémák sajátosságainak a kérdése, és ezáltal a társadalomtudományok sajátosságainak a szélesebb körben és részletesebben történő vizsgálata. A szerző ezzel természetesen tisztában van. Rámutat arra, hogy „a kuhni megközelítés társadalomtudományi alkalmazhatósága szempontjából lényeges, hogy a társadalomtudományok egy vonatkozásban mindenképpen markánsan különböznek a természettudományoktól. Ez a különbség az ismerettárgy természetében rejlik. A természettudományok által vizsgált jelenségek egy meghatározott szintig

objektíve megismerhetők, a társadalomtudományi megismerés ismerettárgyainak természete azonban ettől alapvetően eltérő” (21-22. old.) Ez így általánosságban helytálló, az is, hogy a szerző itt Max Weberre hivatkozik, de éppen Webernél többről is szó van, így mindenekelőtt kifejezetten érdekérintettségéről, amit a dolgozat nem említ. Ami itt fontosabb, hogy a társadalomtudományok sajátosságait alaposabban kellene elemezni, amihez Weber jó kiindulópont. Két dologra utalnék itt. Az egyik a társadalomtudományok sajátos történetisége, ezen belül egyes társadalmi jelenségeknek, így a jognak a gyors változása, a másik pedig az, hogy az elméleti és alkalmazott tudományok nem választhatóak úgy el mint pl. a biológia és az orvostudomány. Ez egyébként a jogösszehasonlítás esetében különösen szembeűnő. Az közhelynek számít, hogy Kuhn a maga elméletét a természettudományos kutatások sajátosságait általánosítva dolgozta ki, de az már kevesebb hangsúly kap, hogy alapvetően az elméleti természettudományokra épített, az alkalmazott tudományokat figyelmen kívül hagyta. Márpedig a probléma szempontjából jelentős különbség van az elméleti és az alkalmazott tudományok között. A probléma mindig valamilyen ismerethiányt fejez ki, közelebbről adott egy problémaszituáció, amelynek alapvető jellemzője valamilyen szükséglet kielégítése szempontjából fontosnak tűnő ismereteknek a hiánya; adott egy problémaháttér, amely a rendelkezésre álló, relevánsnak tűnő ismeretek halmazát valamint kritikai elemzésüket és rendszerezésüket tartalmazza, és végül a szigorú értelemben vett probléma, ami a jelzett ismerethiány megfogalmazását tartalmazza, röviden annak tudatosítását, hogy mit nem tudunk. Elméleti tudományok esetében ez az ismerethiány valamilyen tény, jelenség kielégítő elméleti magyarázatának a hiánya, és ez a kuhni értelemben vett anomália; az alkalmazott tudományos kutatások esetében viszont valamilyen gyakorlati, társadalmi szükséglet kielégítéséhez szükséges ismeretek hiánya. Az elméleti tudományokban az új problémamegoldás példamutató jellegét a többé-kevésbé sikeres magyarázat igazolja, addig az alkalmazott tudományok esetében a nívum egy gyakorlati probléma megoldására vonatkozó javaslat, vagyis hipotétikus és prognózis jellegű. Mindezt azért tartom fontosnak megemlíteni, mert a jogösszehasonlítás Fekete Balázs által bemutatott paradigmái ebből a szempontból is különböznek egymástól.

A társadalom tudományok további sajátossága több paradigma párhuzamos egymás mellett létezése. Ebben a kérdésben teljesen egyetértek a szerzővel, és úgy gondolom, hogy ebben a kérdésben csak két következetes álláspont lehetséges: vagy elutasítjuk a paradigma-fogalom társadalomtudományi alkalmazhatóságát, vagy szembe kell néznünk a paradigmák párhuzamosságának a tényével és le kell vonni abból a szükséges következtetéseket. Fekete Balázs ez utóbbi fáradtságosabb utat választotta és el is jutott ahhoz a következtetéshez, hogy „a párhuzamosan létező paradigmák

elfogadása felveti annak kérdését, hogy vajon hogyan különböztethetőek ezek meg az ún. „paradigma előtti” állapottól, melyet a tudományos problémákról alkotott koncepciók sokszínűsége és egy általánosan elfogadott felfogás hiánya jellemez.” (23. old.) Fekete Balázs a kérdést azon az alapon válaszolja meg, hogy „a párhuzamos paradigmáknál ugyanis, annak ellenére, hogy több versengő tudományos gondolatrendszer létezik, mindegyikük háttérében azonosíthatunk egy tágabb, vagy szűkebb körű tudományos közösséget, mely a normál tudomány szabályosságai szerint, egymás munkásságára folyamatosan reflektálva és a „rejtvényfejtő kutatás” igényével, a modern tudományosság intézményi keretei között műveli tudományterületét.”

Fekete Balázs itt meg is jegyzi, hogy a paradigmák párhuzamosságának az elismerése, „ha végiggondoljuk következményeit, egyáltalán nem csökkenti a kuhni tételek magyarázó erejét, pusztán hozzáalakítja a vizsgált tudományterületek természetéhez.” Ezzel a megjegyzéssel természetesen teljes mértékben egyetértek, de ez a hozzáalakítás vagy hozzáigazítás nézetem szerint a kuhni elmélet többi elemére sem maradhat hatás nélkül, és itt a paradigma előtti állapot kérdése mellett mindenek előtt az anomáliára valamint a paradigmaváltás értelmezésére gondolok. Továbbá úgy vélem, hogy a paradigma-párhuzamosság és a paradigma előtti állapot elhatárolásának a szerző által adott megoldása még további vizsgálatokat igényel, akár csak azért is, mert bizonyos esetekben a paradigmák között olyan nagy a távolság, hogy képviselőik között nincs érdemi tudományos párbeszéd, vagyis megállapítható a Kuhn által is említett összemérhetetlenség, inkommenzurabilitás.

Úgy gondolom, hogy ahhoz, hogy Kuhn gondolatait a társadalomtudományokban gyümölcsözővé tegyük, szükség van az elmélet egészének az átgondolására, netán újraértelmezésére. A paradigma fogalmának többféle értelme Kuhnnál abból fakad, hogy ez a fogalom elméletében többféle funkciót is ellát. Ezt a fogalmat Kuhn a tudományfejlődés kumulatív modelljével szemben, a tudományos forradalmak magyarázatára vezette be, és ebben az összefüggésben jelent meg a paradigmaváltás és az anomália fogalma, a paradigma fogalmában itt a diszkontinuitás kapott hangsúlyt. A tudományos forradalmak ellenfogalmaként jelent meg a normál tudomány állapota illetőleg időszaka, ahol viszont a paradigma tudományszervező, egységteremtő és kontinuitást biztosító funkciója kapott hangsúlyt. További ellenfogalomként jelent meg a paradigmánélküliség vagy paradigmaelőttiség állapota, amely hol a tudomány és nem tudomány, hol pedig a korai és az érett tudomány elhatárolására szolgál. Amíg tehát Kuhnnál a paradigmaváltáson van a hangsúly, a továbbiak mint következmény-problémák jelentek meg, addig Fekete Balázs a jogösszehasonlítás tekintetében –nézetem szerint helyesen – a paradigmák tudományszervező, közösség- és irányzat-konstituáló szerepét állította az előtérbe. Ez azért is indokolt, mert a társadalomtudományokban az új paradigma dominanciája általában nem jár a régi paradigmának a tudományosság köréből

való teljes kiszorításával, hanem inkább annak háttérbe szorulása tapasztalható, ami nem zárja ki annak korrekcióját és újjáéledését. Van neoklasszikus, neoliberais, neokeynesianus közgazdaságtan, de nincs neoflogiszton-elmélet. Ezeket a problémákat Fekete Balázs is látja, és azon az állásponton van, hogy „a paradigmaváltás kuhni modellje természetesen megköveteli, hogy előfeltevéseit a társadalomtudományok természetéhez alakítsuk, mivel nyilvánvalóan a természettudományok sajátosságait tükrözi vissza. (...) Ezért az anomáliát helyesebb ebben a kontextusban egy az adott paradigma keretei között megnyugtatóan meg nem válaszolható minőségileg új problémának felfogni, mely képes a paradigma strukturális alapelveit kihívások elé állító szerkezeti feszültségeket indukálni.” Fekete Balásznak ezt a megállapítását a további elemzések plauzibilis kiindulópontjának tartom. Azért beszélek csak kiindulópontról, mert nézetem szerint további vizsgálódást igényel, hogy hol a határ a paradigmán azaz a normál tudományon belüli változások és az anomáliák megjelenése között. Erre egyébként a disszertáció 92. oldalán, a jogegységesítési mámorban született nagyívű elképzelések korrekciója kapcsán a szerző is utal.

Az opponens feladata általában sem terjed odáig, hogy a bírált mű minden egyes megállapítását beható vizsgálatnak vesse alá. Különösen nem lehet az egy olyan gondolatgazdag és gondolkodásra serkentő dolgozat esetében, mint Fekete Balázs jelen értekezése, amely a részletkérdésekben is számos reflexióra érdemes megállapítást tartalmaz. Ezeknek a reflexióknak a kifejtése azonban szétfeszítené az opponensi vélemény kereteit. Ezért itt csak néhány részletkérdésre térek ki, további részben tartalmi, részben pontosításra irányuló vagy a megfogalmazásra vonatkozó észrevételeimet írásban közöltem a szerzővel.

A szerző a dolgozat 111. oldalán a többszintű osztályozás lehetőségeinek kérdésében Ake Malmström cikke alapján úgy foglal állást, hogy „a malmströmi több szintű megoldás, különös tekintettel az osztályozások viszonylagosságára, a különböző szintek és eltérő csoportosítási egységek felhasználásával a világ jogrendszerének árnyaltabb bemutatását teszi lehetővé, mint a kizárólag egy meghatározott egységen alapuló felfogások.” Ezt a – szerintem helytálló értékelést – az osztályozási törekvéseket összefoglalóan értékelő alfejezetbe már nem vitte át, viszont némiképpen eltérő hangsúllyal úgy fogalmazott, hogy „bele kell abba törödnünk, hogy nem teremthetjük meg a világ jogrendszerének teljes és mindenkorra érvényes csoportosítását.” Ezt a kérdést szerintem árnyaltabban kell ábrázolni, ahogy azt egyébként a szerző is teszi a következő bekezdésben. Egyetlen átfogó osztályozás nem lehetséges, de több igen. Ezért – a szerzőt idézve – „minden osztályozási kísérletet tehát szükségszerűen pontosan be kell határolni, valamint nyilvánvalóvá kell tenni céljait, az absztrakció szintjét, a vizsgált jogterületet és az idődimenziót.” (113. old.) Ehhez annyit fűznék hozzá,

hogy először is különbséget kell tenni a történeti jellegű és csak pusztán a jelenkor jogrendszerre kiterjedő csoportosítások között, ez utóbbin belül is – a kutatási céltól, a megoldandó problémától függően többféle csoportosítás is indokolt, viszont a többszintű osztályozás segít megoldani a több lényeges jellemző vonás és az egységes fölosztási-rendszerezési alap ellentmondását.

A szerző dolgozatában – nagyon is helyeselhetően – nagy jelentőséget tulajdonít a funkcionális módszer alkalmazásának: „Az összehasonlítás módszertanában a jogszabály funkciója – azaz az a kérdés, hogy milyen társadalmi problémára vagy kérdésre vonatkozik – fontos szerepet kaphat, mivel a tertium comparationis, azaz a különböző terminológiával és fogalmi apparátussal dolgozó jogrendek összehasonlítása során alkalmazandó közös nevező szerepét is betöltheti. E közös nevező léte pedig minden összehasonlító jellegű tevékenység egyik előfeltétele, mivel ennek hiányában valódi összehasonlítás logikai értelemben nem végezhető.” (115. old.) Ehhez annyit fűznék hozzá, hogy a funkcionális módszer különböző alkalmazásai esetében nem ártana azt is figyelmen venni, hogy a funkció fogalomnak alapvetően két értelmezése van: normatív-teleológikus, amikor a funkció lényegében a feladattal azonos vagy ahhoz hasonló jellegű, és a kauzális, amikor a funkció fogalma a tényleges hatásokhoz kapcsolódik. Különbség van továbbá e módszer alkalmazását illetően a gyakorlati és az elméleti jogösszehasonlítás között. A funkcionalizmus a gyakorlati jogösszehasonlításban a különböző jogrendszerekben meglévő funkcionális hasonlóságokra kérdez rá közvetlenül, az elméletiben pedig a megértés az elsődleges, a funkciót az adott rendszerben, struktúrában kell vizsgálni, csak ezt követheti valamilyen általános funkcionális ekvivalencia vizsgálat, mint volt ez valamikor a Rule of law és a szocialista törvényesség esetében.

A dolgozattól érhetően nem várható el, hogy a bemutatott szerzők megállapításait alapos és részletes bírálatnak vesse alá. Esetenként azonban ez indokolt lehet. Ezért jegyzem én meg, hogy tévesnek tartom Zweigertnek azt a tételét, hogy az „összehasonlító jogi kutatásokat a magánjog „apolitikus” területeire kell korlátozni, mely leginkább a dologi jog, a szerződési jog és a kártérítési jog.” Ugyanis nagyon relatív, mi tekinthető apolitikusnak. Nagyon is politikus lehet pl. a dologi jog körében a tulajdonszerzési korlátozás vagy a törvényben biztosított elővásárlási jog; a szerződési jogban a fölmondási lehetőségek munkaviszony, lakásbérlet esetében, kártérítés a munkajogban vagy az állam esetében, stb.

A magyarországi jogösszehasonlítással foglalkozó fejezet kapcsán csak annyit jegyeznék meg, hogy az államszocializmus idején a jogösszehasonlítás elfogadása, művelése igen jelentős szerepet játszott az ún. szocialista normatívizmus meghaladásában. A szocialista normatívizmus Visinszkij féle

sztálinista változatával eleve összeegyeztethetetlen volt, a Szabó Imre féle puhább változatot pedig fokozatosan föllazította, fölbomlasztotta. Közvetlenül ez jól érzékelhető Szabó Imre fölfogásának a változásában, közvetve pedig a jogösszehasonlítás elősegítette a szociológiai szemlélet erősödését, új problémák megjelenését és szélesítette és nyitottabbá tette a jogtudománnyal foglalkozók látásmódját.

Összegezőként és általános értékelésként annyit kívánok még mondani, Fekete Balázs igen gazdag szakirodalmi anyag földolgozására támaszkodva elismerésre méltó tudományos eredményekre jutott. A dolgozattal kapcsolatos egyetlen opponensi észrevétel sem kérdőjelezi meg a jelölt felkészültségét, az értekezés eredetiségét, tudományos értékét. Az opponensi észrevételek sokkal inkább a felkészült jelölt által fölvetett problémák továbbgondolására tett kísérletek.

TÁRCZY EDIT ZSUZSANNA
Egyes versenyselekmények az Amerikai Egyesült Államokban és az
Európai Unióban – különös tekintettel a tying - ra

Bevezetés

2009. november 24. – én a Centre for European Policy Studies (továbbiakban: CEPS)^[1] és a Van Dijk Management Consultants^[2] közzé tettek egy jelentést,^[3] melyben a - magyar fogalmak szerinti - gazdasági erőfölénnyel való visszaélés egy esetét és más lehetséges tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokat vizsgáltak a pénzügyi szolgáltatások szektorában való megjelenésük tükrében. Ez a dokumentum olyan gyakorlatokra koncentrált, melyek nem szerepelnek a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok tilalmáról szóló 2005/29/EK irányelvben, viszont a jelentés készítői az irányelv alkalmazhatóságát is vizsgálták és meg is állapították, lebontva az egyes kategóriákra.

Jelen vizsgálat tárgyai – a jelentésben szereplő gyakorlatok közül - a következők:

A tying, a tiszta csomagolás (pure bundling), a kevert csomagolás (mixed bundling), végül a kizárólagos és exkluzív megállapodások (preferential and exclusive agreements): tying akkor állapítható meg, ha két, vagy több terméket egy csomagként értékesítenek, és közülük legalább egy termék önmagában nem kapható. Pure bundling akkor állapítható meg, ha a tying – nál említett csomag egyik eleme sem kapható önmagában, és ha ezeket az elemeket állandó arányban kínálják megvételre. Mixed bundling akkor állapítható meg, ha két, vagy több terméket egy csomagban értékesítenek, habár mindegyik termék önállóan is megvásárolható. A kizárólagos és exkluzív megállapodások esetében a pénzügyi szolgáltatás nyújtója már szerződéses kapcsolatban áll a fogyasztóval és egy harmadik félre bízta a kiegészítő szolgáltatás nyújtását, vagy kedvezőbb pénzügyi feltételeket kínál, ha a fogyasztó attól a kiválasztott harmadik féltől vásárol, akivel a szolgáltatás nyújtója kizárólagos megállapodást kötött.^[4]

A felsoroltak az Amerikai Egyesült Államok jogában is megtalálhatóak, ezért ez a tanulmány az Államok és az Unió jogában/joggyakorlatában való megjelenésükre koncentrált. Mivel ezek a gyakorlatok a versenyjog területéhez is tartoznak – az USA – ban pedig főleg oda – ezért a továbbiakban versenyselekmények néven szerepelnek.

A tying kiemelt tárgya a tanulmánynak, mivel e versenyselekmény kapcsán mutatható be legjobban az amerikai és az Uniós szabályozás, illetve gyakorlat.

Szabályozási háttér az Európai Unióban

A tying szabályozási alapját az Európai Unió működéséről szóló szerződés 102. cikke jelenti, mely megtiltja az erőfölénnyel való visszaélést, és felsorolja a visszaélés eseteit. A tying a következő szakasszal azonosítható - bár nem beszélhetünk teljes egyezéstről: a szerződések megkötésének függővé tétele olyan kiegészítő kötelezettségeknek a másik fél részéről történő vállalásától, amelyek sem természetüknél fogva, sem a kereskedelmi szokások szerint nem tartoznak a szerződés tárgyához.^[5]

Ahhoz, hogy a tying megsértse a 102. cikk rendelkezéseit, négy feltételnek kell teljesülnie: 1. az eredeti (tehát nem a „csatolt”) termékkel kapcsolatban a vállalkozás domináns pozícióban van a piacon 2. a „csatolt” termék megkülönböztethető az eredeti terméktől 3. kényszer 4. versenyellenes magatartás.

Meglehetősen nehéz bizonyítani, hogy a két termék nem áll egymással kapcsolatban. A Bizottság is csak példákkal tud szolgálni: ha a fogyasztónak lehetősége volna rá, külön – külön vásárolná meg a termékeket; vagy ugyanazon a piacon egy kisebb vállalkozás a két terméket külön – külön értékesíti.

A kényszer fogalmilag viszonylag egyértelmű, minthogy a cél az, hogy a fogyasztónak ne legyen választási lehetősége a vétel kapcsán. A problémát az jelentheti, hogy a kényszernek különböző fokozatai léteznek, így pl. a domináns vállalkozás nem adja el a termékeket külön – külön, de a kényszer jelentkezhet úgy is, hogy a teljes csomag ára alacsonyabb, mint az egyes termékek ára összesen, vagyis a csomag megvétele előnyösebb a fogyasztó számára, mint a termékek külön – külön való megvásárlása. Ez utóbbi egyébként a több termékes árcsökkenés, ami szerepel a CEPS és a Van Dijk Management Consultants jelentésében is.^[6]

A versenyellenes magatartás hatásaiban érhető tetten, pl. árdiszkriminációban, vagy magasabb árakban.

A tying – nak két klasszikus típusa létezik, a 102. cikkbeli eset a szerződéses tying – hoz áll közel, amikor a domináns helyzetben lévő vállalkozás nem biztosítja a fogyasztónak azt a lehetőséget, hogy a termékeket külön – külön megvásárolhassa. A technikai tying a már korábban bemutatott típus (két termék – kötelező - együttes megvétele). Ezeken túl létezik még a pénzügyi tying – amikor a két termék megvétele során a vásárló árengedményben részesül – valamint termékekkel és a kapcsolódó szolgáltatásokkal kapcsolatos tying: a termék megvásárlása során a vevő kötelezi magát, hogy egyúttal egy szolgáltatást is megvásárol (pl. egy autó megvásárlása és a javítási szolgáltatások megvétele).

Az általános vélekedés szerint a tying automatikusan (per se) jogellenes, tiltott. Az ellentétes álláspont az ún. „ok szabályát” (rule of reason) támogatja, amikor a bíróság esetről – esetre dönti el, hogy a tying – t megtiltja, tekintettel a negatív hatásokra, vagy engedélyezi, tekintettel a pozitív hatásokra.^[7]

A tagállamok a következő főbb kategóriába sorolhatóak be a jogi szabályozás szempontjából (természetesen – tekintettel a tisztességtelen versenycelemekények több jogterületen átívelő jellegére - egyes államok több kategóriába is beletartoznak):^[8]

- tagállamok, melyekben külön rendelkezések alkalmazandóak a tying és egyéb tisztességtelen versenycelemekények tilalmára nézve: pl. Ciprus, Finnország, Magyarország, Lengyelország és Szlovákia, továbbá:

- Kifejezetten a pénzügyi szektorbeli tying – ra vonatkozó szabályok léteznek Franciaországban, Írországban, Portugáliában és Dániában is, bár ez utóbbiban a szabályozás csak a pénzügyi eszközökre vonatkozik
- A fogyasztóvédelmi és a polgári jog általános szabályai alkalmazandóak Belgiumban, Bulgáriában és Romániában
- Belgiumban, Franciaországban és Írországban külön szabályok vonatkoznak a kizárólagos és exkluzív megállapodásokra, még akkor is, ha nem tartoznak a versenyjogi szabályok hatálya alá
- Franciaország az egyetlen tagállam, ahol a kéréstlen ajánlatokra^[9] nézve külön szabályok léteznek, más államokban a fogyasztóvédelmi jog rendelkezései alkalmazandóak

- tagállamok, melyekben külön rendelkezések nem léteznek, de a kapcsolódó problémákat figyelembe veszik, és folyamatosan nyomon követik: pl. Hollandia, Olaszország, Spanyolország, Ausztria, Cseh Köztársaság, Észtország, Németország, Görögország, Málta, Lettország, Litvánia, Luxemburg, Szlovénia és Svédország, továbbá:

- az Egyesült Királyságban a versenyhivatalok foglalkoznak a szóban forgó versenycelemekényekkel. A fogyasztói oldalról az Office of Fair Trading foglalkozik a megtévesztő reklámokkal és a tisztességtelen feltételekkel

- tagállamok, melyekben a kartellekre vonatkozó szabályok/versenyjogi szabályok (is) alkalmazandóak: pl. Magyarország, Írország

Továbbá, a 2005/29/EK irányelv szabályainak alkalmazhatósága:

- tying és tiszta csomagolás esetén: ha a gyakorlat ellentétes a szakmai gondosság követelményeivel és torzítja a fogyasztó gondolkodását, választási lehetőségeit

- kevert csomagolás esetén: ha a gyakorlat ellentétes a szakmai gondosság követelményeivel és torzítja a fogyasztó gondolkodását, választási lehetőségeit

- kizárólagos és exkluzív megállapodások: ha a gyakorlat ellentétes a szakmai gondosság követelményeivel és torzítja a fogyasztó gondolkodását, választási lehetőségeit^[10]

Szabályozási és intézményi háttér az Amerikai Egyesült Államokban

Az alapvető szabályok a United States Code – ban (továbbiakban: Code) találhatóak. Ezt a kódexet 1926 – ban bocsátotta ki a Képviselő Ház Jogi Revíziós Hivatala, és azt követően hat évenként módosítják, és újból közzé teszik.^[11]

A Code 12. címének 22. fejezete foglalkozik a tying – gal. A Code a bankok számára megtiltja a tying – megállapodásokat,^[12] és e tilalom megszegését hármasszintű szankciós rendszer alkalmazása követi:

1.) az a bank, mely megszegi a tilalmakat, 5000 dollárt meg nem haladó büntetést köteles fizetni minden egyes napon, melyen még fennáll az említett szabályszegés

2.) az a bank, mely

I. elköveti az 1. pontban leírt szabályszegést; nem biztonságos vagy nem korrekt gyakorlatot folytat ügyeinek vitele során; vagy megszegi a pénzügyi kötelelességeit, és

II. ez a szabályszegés, gyakorlat, vagy pénzügyi kötelelességszegés része nem megfelelő magatartásának; több mint minimális veszteséget okoz, vagy okozhat a banknak; vagy vagyoni, illetve más előnnyel jár, (az a bank) köteles 25000 dollárt meg nem haladó büntetést fizetni minden egyes napon, melyen még fennáll az említett szabályszegés, gyakorlat, kötelelességszegés.

3.) az a bank, mely

I. szándékosan: elköveti az 1. pontban leírt szabályszegést; nem biztonságos vagy nem korrekt gyakorlatot folytat ügyeinek vitele során; vagy megszegi a pénzügyi kötelelességeit, és

II. szándékosan, vagy gondatlanul jelentős veszteséget okoz a banknak, vagy a szabályszegés, gyakorlat, kötelelességszegés jelentős vagyoni, illetve más előnnyel jár, köteles pénzbírságot fizetni, minden egyes napon, melyen még fennáll az említett szabályszegés, gyakorlat, kötelelességszegés. A napi összeg – bank esetében – nem haladhatja meg az egymillió dollárt, vagy a bank teljes nyereségének 1 százalékát. Egyéb személyek esetében – pl. aki a bank érdekében jár el – az összeg nem haladhatja meg az egymillió dollárt.^[13]

A Code nem a fent említett bundling – ról szól - mivel az az ún. termék bundling (product bundling) - hanem a szerződéses bundling – ról (contract bundling), ami áruk, vagy szolgáltatások beszerzése feltételeinek – kettőnek, vagy többnek – előzetes rögzítését jelenti elkülönült, kisebb szerződésekben, melyeket kérelemre egy önálló szerződésbe foglalnak, s mely szerződés előnytelen egy kisebb üzleti vállalkozás számára.^[14] A Code szól pl. a költségek csökkentéséről – nem jelent mentesülést, csak ha ettől jelentős összegű megtakarítást várnak, tekintettel a dollár értékére – a szerződő hatóság stratégiájáról, valamint meghatározza az alapvető fogalmakat.^[15] Röviden említi még a kizárólagos megállapodások tilalmát.

A versenycelekményekkel kapcsolatban a legelső törvény 1890 – ben született meg, ez a Sherman Act. Ez volt egyben a legelső olyan jogszabály is, mely megtiltotta a trösztöt.^[16]

Időben a következő törvény, a Robinson – Patman Act (1936) már közelebb áll a jelenlegi témához, mivel jogellenesnek nyilvánítja, ha az árak vonatkozásában közvetlenül, vagy közvetve megkülönböztetik a vásárlókat, (...) ha ez a diszkrimináció torzítja a versenyt, vagy monopóliumhelyzet kialakulásához vezet, vagy sérti/meggátolja a versenyt (...).^[17]

A Bank Holding Company Act (1956) szól a tying – megállapodásokról – ez a törvény bekerült a Code – ba 1970 – ben, illetve – egyes részei – 1971 – ben.^[18] Vonatkozó szabályai azok, melyek ismertetésre kerültek a Code – nál. A Magnuson – Moss Warranty Act (1975) a fogyasztók szavatossági jogairól szól.^[19]

Az Amerikai Egyesült Államokban két szövetségi ügynökség foglalkozik a versenyjogi szabályok betartásával: Antitrust Division of the Department of Justice (továbbiakban: DOJ) és a Federal Trade Commission (továbbiakban: FTC).

Ez utóbbi az egyetlen szövetségi ügynökség, mely a fogyasztóvédelemre és a versenyre nézve is rendelkezik hatáskörrel a gazdaság szektorában. 1914 - ben alapították, a Kongresszus egyik bizottságaként jött létre, és fő célja, hogy megakadályozza a tisztességtelen versenycelemekényeket. 1938 – tól kezdve az FTC a tisztességtelen illetve megtévesztő tevékenységgel és gyakorlattal kapcsolatos eljárásokra nézve is rendelkezik hatáskörrel.^[20]

A DOJ – t 1933 – ban alapították, és feladata a gazdasági verseny támogatása, a versenyjogi elvek és szabályok alkalmazásának kikényszerítése révén.^[21] A DOJ jelenti azt az elemet, mely nem található meg az Unióban – ez a hiány az egyik legnagyobb különbséget jelenti a két rendszer között -: ez egy büntető jogi versenyhivatal, mely kiemelten kezel három esetet: a piacfelosztó kartellt,^[22] az árrögztítő kartellt,^[23] illetve azt az esetet, mikor a szerződés megkötését egy fél számára biztosítják, a többi, hasonló minőségű ügyfél közül.^[24]

Tying az Unió gyakorlatában

A Hilti AG v. Commission [1994] ECR I-667 (C-53/92P) ügyben^[25] a Hilti AG egy Liechtenstein Hercegségbeli korlátolt felelősségű társaság volt, mely erőfölénnyel rendelkezett a szögbelövők, valamint a szögek piacán, illetve kétségtelenül domináns pozícióban volt, minthogy a piaci érdekeltségek ötvenöt százalékát birtokolta. Ráadásul, a szögbelövővel kapcsolatos szabadalmat is birtokolta. Két versenytársa azzal vádolta, hogy visszaélt helyzetével, egy pénzügyi tying révén: a vásárló csomagként megvásárolta a szögbelövőt és a szögeket, és árendedményben részesült.

A Bizottság úgy találta, hogy a társaság valóban visszaélt helyzetével, mivel „függő” helyzetbe kényszerítette a fogyasztót, valamint magatartásával még erősítette is piaci pozícióját. A társaság azzal védekezett a fellebbezés során, hogy a versenytársak termékei nem jelentettek konkurenciát, és a pénzügyi tying során tiszteletben tartotta a fogyasztók biztonságát.

A fellebbezést elbíráló bíróság elutasította ezt az érvelést, a bizonyítékok hiánya miatt, továbbá kijelentette, hogy nem a Hilti felelőssége volt a fogyasztók védelme. A Bizottság leszögezte, hogy korábbi esetek során már megállapítást nyert, hogy a 102. cikk megsértése alól nem lehet mentesülni biztonsági, megbízhatósági szempontok alapján.

A Hilti fellebbezett az Európai Bírósághoz, sikertelenül.

A Tetra Pak International SA. v. Commission [1996] ECR I-5951 (C-333/94P) ügyben^[26] a svéd társaság, a Tetra Pak International SA. kartondobozos, folyékony termékek csomagolásával és értékesítésével foglalkozott. A Bizottság úgy találta, hogy visszaélt domináns pozíciójával, a következő tying során: azzal a feltétellel adta el töltő gépeit, hogy a vevő kötelezte magát arra, hogy a Tetra Pak csomagjait fogja használni, és ezeket kizárólag a Tetra Pak értékesítette.

Az alperes a fellebbezés során azzal érvelt, hogy a két, szóban forgó termék nem különíthető el/különböztethető meg egymástól, és egyfajta „természetes” kapcsolat van közöttük. Az Európai Bíróság az érvet elutasította, arra hivatkozva, hogy ez a kapcsolat nem létezik, tekintettel a speciális gyártókra, illetve, ha létezne is, nem zárná ki szükségszerűen a 102. cikk alkalmazását.

A Napier Brown - British Sugar (No. IV/30.178)^[27] ügyben a Napier Brown vezető cukorszolgáltató volt Angliában. A termékekkel és a kapcsolódó szolgáltatásokkal kapcsolatos tying – t folytatott: csak abban az esetben adta el a cukrot, ha ő is szállíthatta ki azokat. Ezzel pedig kizárta a versenyből a kiszállító cégeket.

A Bizottság álláspontja értelmében a szolgáltató megfosztotta a fogyasztókat a választási lehetőségüktől (mind a vásárlás, mind a szállítás terén), a versenyt pedig kizárta.

A Microsoft Corp v. Commission [2007] ECR II-3601. (T-201/04) ügyben^[28] a Microsoft technikai tying – t folytatott, mivel a Windows operációs rendszer csak Windows media player –rel együtt volt megvásárolható, és mert a kettő egy egységet alkotott. A Bizottság versenyellenes magatartást állapított meg és bírságot szabott ki. A Microsoft azzal védekezett, hogy a fogyasztók nem fizettek külön a media player – ért és, hogy a fogyasztók a versenytársak media player – ét is szabadon telepíthették. A bíróság nem fogadta el ezt az érvet és megállapította a kényszer, valamint a többi három feltétel megvalósulását, és arra kötelezte a Microsoft – t, hogy a terméket a másik termék nélkül kínálja megvételre.^[29]

Tying az Egyesült Államok gyakorlatában

A tying – t és így a tying – megállapodást az Amerikai Egyesült Államokban mindig olyan versenyselekményeknek tekintették, melyek automatikusan (per se) jogellenesnek minősülnek, vagyis megítélésük azonos az Unióban előfordulókéval.

A Legfelsőbb Bíróság több döntésében is foglalkozott ezzel a kérdéssel. A Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984) ügy során a kórház szerződést kötött egy aneszteziológusokból álló céggel, mely felajánlotta szolgáltatásait a kórház betegei számára. E miatt a megállapodás miatt egy aneszteziológus felvételi kérelmét elutasították. Ő megtámadta a szerződést, azt állítva, hogy ez az exkluzív megállapodás sértette a vonatkozó szabályokat. A bíróság elutasította, mivel úgy találta, hogy a szerződés versenyt torzító hatása minimális, és ezt a minimális hatást is ellensúlyozzák a betegellátás javulásából származó előnyök.

A fellebbezésről döntő bíróság viszont a szerződést automatikusan illegális jellegűnek minősítette, és úgy ítélte meg, hogy az ügyben tying – megállapodás is szerepel, minthogy a műtök használói kötelesek voltak „megvásárolni” a kórház által kiválasztott aneszteziológiai szolgáltatásokat; a kórház elegendő piaci erővel rendelkezett ahhoz, hogy erre rákényszerítse őket; valamint az említett szolgáltatások erős pozíciót foglalnak el a kereskedelemben. Mindezek miatt pedig a tying – megállapodás per se jogellenes volt.^[30]

A Legfelsőbb Bíróság megerősítette a tying – megállapodás per se jogellenes jellegével kapcsolatos megállapítást, de kétségét fejtette ki azzal kapcsolatban, hogy szükséges – e a tying – megállapodás gazdasági hatásainak figyelembe vétele. Továbbá megerősítette a per se szabályt is, melynek értelmében a tying – megállapodások automatikusan jogellenesek (és a felperes csupán a tying – megállapodás létét köteles bizonyítani, tehát pl. a versenyt torzító hatásokat nem). Ez a megerősítés és az említett kétely pedig zavaros helyzetet teremtettek a bírósági gyakorlatban.

Az Eastman Kodak v. Image Technical Servs. (90-1029), 504 U.S. 451 (1992) ügyben pl. az Eastman Kodak számára a bíróság engedélyezte, hogy bizonyítsa: a bundling versenyt támogató hatásokkal is járt. A fellebbezést elbíráló testület viszont hangsúlyozta, hogy a felperes kötelessége bizonyítani a versenyt torzító hatások meglétét. Ugyanakkor későbbi ítéletei során ugyanez a bíróság mindig hangsúlyozta, hogy a tying – megállapodásoknál alkalmazandó a per se szabály.

A tying – gal kapcsolatos leghíresebb eset, United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir.), cert. denied, 534 U.S. 952 (2001)^[31] során a szabály speciális alkalmazására került sor, vagyis inkább a mellőzésére, mivel a fellebbezést elbíráló bíróság nem kívánta alkalmazni a per se szabályt, és figyelembe vette a Microsoft állítását, miszerint jelentős haszon keletkezett a fogyasztók számára.^[32]

Összegzés

A dolgozat tárgyául szolgáló versenyselekmények izgalmas témát jelentenek, hiszen egyrészt vizsgálhatóak fogyasztóvédelmi és versenyjogi szempontból is, másrészt az Unió és más államok, pl. az eltérő jellegű

jogrendszerrel rendelkező Amerikai Egyesült Államok szabályainak, gyakorlatának tükrében is.

E helyütt ugyan csak a tying bővebb ismertetésére került sor, de a többi versenyeselemény is hasonlóan érdekes témája lehet egy – egy tanulmánynak, arról nem is beszélve, hogy mind a szabályozás, mind a gyakorlat tényleges és alapos bemutatása nagyobb terjedelmű dolgozatokat igényel.

^[1] A CEPS egy brüsszeli székhelyű kutatóintézet, melynek kutatási területét az Európai Unión belüli események és problémák alkotják.

Elérhető az alábbi honlapon: <http://www.thinktank.hu/ceps> (utolsó lekérdezés: 2010. november 14.)

^[2] Ez egy konzultációs vállalat, mely a Van Dijk csoport tagja. Ügyfeleinek nyújtott szolgáltatásai között szerepel pl. a fejlesztés és az információs management is.

A Van Dijk csoportot 1959 – ben alapították, jelenleg tizennégy vállalat tartozik hozzá, melyek Európában, Japánban és Amerikában találhatóak. Legfőbb tevékenységeik: szervezéssel kapcsolatos konzultáció, számítógépes szolgáltatások és elektronikus publikálás.

Elérhető az alábbi honlapon: http://www.vandijkmc.com/en/services_2.aspx

(utolsó lekérdezés: 2010. november 14.)

Elérhető az alábbi honlapon: http://128.176.101.170/eclip/institute/bvd/bvd_profile.htm

(utolsó lekérdezés: 2010. november 14.)

^[3] Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial service sector – final report

Elérhető az alábbi honlapon: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/tying/report_en.pdf

(utolsó lekérdezés: 2010. október 20.)

^[4] A felsoroltakon kívül a jelentésben a következők szerepelnek még:

- feltételhez kötött gyakorlatok (conditional sales practices):

a) gyakorlatok, melyeknél a szolgáltatás nyújtása feltételekhez kötött, pl. egy akció elfogadásához (conditional accesses)

b) gyakorlatok, melyeknél a kedvezőbb szerződési feltételek nyújtása egy speciális viselkedéshez kötődik, pl. a bank nem számít fel díjat a hitelkártya után, ha annak birtokosa minden évben többet költ, mint a kapott összeg. Utóbbi gyakorlatokat feltételes engedményeknek is nevezik.

- agresszív kereskedelmi gyakorlatok:

a) kéréstlen ajánlatok (unsolicited offers/pressure selling/inertia selling): termék, vagy szolgáltatás felajánlása kéréstlenül, vagyis a fogyasztó kifejezett kérése hiányában, valamint egyértelmű nyomás gyakorlása annak érdekében, hogy a fogyasztó elfogadja az ajánlatot

b) visszaélés a közvetítő és a fogyasztó közötti bizalmi kapcsolattal (churning), pl. a pénzügyi közvetítő rábírja a másik felet a folyószámla, vagy a befektetési portfólió túlzott használatára és kihasználja a megbízó ismereteinek hiányát

c) irányítás (steering): általában a jelzalog piacon alkalmazzák, amikor a kölcsön felvevőjének hangsúlyozzák a kockázatokat, hogy így magasabb összegű kölcsönt vegyen fel

Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial service sector – final report i. m.

12., 13., 14. o.

^[5] Az Európai Unióról szóló szerződés és az Európai Unió működéséről szóló szerződés egységes szerkezetbe foglalt változata 102. cikk d) pont

C 83/1 2010.3.30.

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:HU:PDF>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 10.)

^[6] Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial service sector – final report i. m. 13. o.

^[7] Kristian Elftorp: Abuse of a dominant position – The legal position of tying practices within European Competition Law 11. – 16., 18. o.

Elérhető az alábbi honlapon: <http://hj.diva-portal.org/smash/get/diva2:320402/FULLTEXT01>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 10.)

^[18] Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial service sector – final report i.m. 25., 26., 151., 152. o.

^[19] Termék, vagy szolgáltatás felajánlása kényszerűen, vagyis a fogyasztó kifejezett kérése hiányában, valamint egyértelmű nyomás gyakorlása annak érdekében, hogy a fogyasztó elfogadja az ajánlatot (az agresszív gyakorlatok egyik esete)

Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial service sector – final report i.m. 14. o.

^[10] Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial service sector – final report i.m. 149. o.

^[11] Elérhető az alábbi honlapon: <http://www.gpoaccess.gov/uscode/> (utolsó lekérdezés: 2010. december 5.)

^[12] A megállapodás értelmében az eladó egy adott termék eladását a vevő azon ígéretétől teszi függővé, hogy egy további, az eredeti termékhez nem kapcsolódó terméket is megvásárol.

Nem minden tying – megállapodás jogellenes. Négy feltételnek kell teljesülnie – akárcsak az Unióban - a jogellenesség megállapításához: 1. a megállapodásban két terméknek kell szerepelnie 2. a termék eladását egy másik termék megvételéhez kell kötni 3. az eladó rendelkezzen megfelelő piaci erővel az eredeti termékkel kapcsolatban ahhoz, hogy korlátozza a másodlagos termékkel kapcsolatos versenyt 4. a megállapodás észlelhetően korlátozza a versenyt

Tying Arrangement

Elérhető az alábbi honlapon: <http://www.answers.com/topic/tying-arrangement>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 10.)

^[13] U.S. Code Title 12 Chapter 22 1972§ (1), (2) bek. (A) – (F), (i) – (iv)

Elérhető az alábbi honlapon: http://www.law.cornell.edu/uscode/12/usc_sup_01_12_10_22.html

(utolsó lekérdezés: 2010. december 4.)

^[14] Elérhető az alábbi honlapon: <http://oamp.od.nih.gov/ProgramNotes/ContractBundling/bundling1.PDF>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 7.)

^[15] .S. Code Title 15 Chapter 14A

Elérhető az alábbi honlapokon:

http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sec_15_00000632----000-.html

http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sec_15_00000644----000-.html

(utolsó lekérdezés: 2010. december 4.)

^[16] A tröszt egy megállapodást takar, mely értelmében számos vállalat részvényese (általában a vállalatok azonos termelési ágazathoz tartoznak) érdekeltségeiket/részesedéseiket egy szervezetbe tömörítik. Mivel az így létrejövő egység domináns pozícióba kerül, ronthatja a versenyt, ezért tiltott – bár pl. az Amerikai Egyesült Államokban állandó vitatéma a tiltás jogosságának kérdése.

Approved July 2, 1890, The Sherman Anti-Trust Act was the first Federal act that outlawed monopolistic business practices

Elérhető az alábbi honlapon: <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=old&doc=51>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 3.)

^[17] The Robinson-Patman Act and Cases Regarding Price Discrimination in the United States

Elérhető az alábbi honlapon:

http://www.associatedcontent.com/article/456680/the_robinsonpatman_act_and_cases_regarding.html

(utolsó lekérdezés: 2010. december 3.)

^[18] Bank Holding Company Act

Elérhető az alábbi honlapon: <http://www.fdic.gov/regulations/laws/rules/6000-1000.html#fdic6000sec106h>

(utolsó lekérdezés: 2010. november 29.)

^[19] Understanding the Magnuson-Moss Warranty Act

Elérhető az alábbi honlapon: <http://www.mlmlaw.com/library/guides/ftc/warranties/undermag.htm>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 3.)

^[20] Elérhető az alábbi honlapon: <http://www.ftc.gov/ftc/about.shtm>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 1.)

^[21] Elérhető az alábbi honlapon: <http://www.justice.gov/atr/about/division-history.html>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 10.)

^[22] 1996. évi LVII. törvény a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról (továbbiakban: Tpv.t.) 11.§ (2) bek. d) pont

^[23] Tpv.t. 11.§ (2) bek. a) pont

^[24] How the Punishment of the European Union Competition Law and United States Antitrust Law Reflect Respective View on Competition

Elérhető az alábbi honlapon:

http://www.associatedcontent.com/article/2215509/how_the_punishment_of_the_european_pg4.html?cat=17

(utolsó lekérdezés: 2010. december 3.)

^[25] Elérhető az alábbi honlapon:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0053:EN:HTML>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 11.)

^[26] Elérhető az alábbi honlapon:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994J0333:EN:HTML>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 11.)

^[27] Elérhető az alábbi honlapon:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31988D0518:EN:HTML>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 11.)

^[28] Elérhető az alábbi honlapon:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004A0201:EN:HTML>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 11.)

^[29] Abuse of a dominant position – The legal position of tying practices within European Competition Law i. m. 19. – 23. o.

^[30] Jefferson Parish Hosp. Dist. V. Hyde, 466 U. S. 2 (1984)

Elérhető az alábbi honlapon: <http://supreme.justia.com/us/466/2/>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 10.)

^[31] Ez az eset nem azonos az Unió gyakorlatánál említettel, minthogy itt a Microsoft – t azzal vádolták, hogy jogellenesen fenntartotta monopol helyzetét az Intelcompatible PC operációs rendszer piacán – megsértve ezzel a Sherman Act – t – valamint megsértette a Szerzői Jog Törvényét (Copyright Act) is.

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://www.microsoft.com/presspass/download/legal/SunMicrosystems/06-26-03AppealsCourtRuling.pdf> (utolsó

lekérdezés: 2010. december 11.)

^[32] Declaration of Professor Harry First 4. – 7. o.

Elérhető az alábbi honlapon: http://www.ftc.gov/bcp/workshops/classaction/writ_materials/constantine5.pdf

(utolsó lekérdezés: 2010. december 1.)

IRODALOMJEGYZÉK

Kristian Elftorp: Abuse of a dominant position – The legal position of tying practices within European Competition Law

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://hj.diva-portal.org/smash/get/diva2:320402/FULLTEXT01>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 10.)

Declaration of Professor Harry First

Elérhető az alábbi honlapon:

http://www.ftc.gov/bcp/workshops/classaction/writ_materials/constantine5.pdf

(utolsó lekérdezés: 2010. december 1.)

Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial service sector – final report

Elérhető az alábbi honlapon:

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/tying/report_en.pdf

(utolsó lekérdezés: 2010. október 20.)

Tying Arrangement

Elérhető az alábbi honlapon: <http://www.answers.com/topic/tying-arrangement>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 10.)

Approved July 2, 1890, The Sherman Anti-Trust Act was the first Federal act that outlawed monopolistic business practices

Elérhető az alábbi honlapon: <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=old&doc=51>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 3.)

The Robinson-Patman Act and Cases Regarding Price Discrimination in the United States

Elérhető az alábbi honlapon:

http://www.associatedcontent.com/article/456680/the_robinsonpatman_act_and_cases_regarding.html

(utolsó lekérdezés: 2010. december 3.)

Bank Holding Company Act

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://www.fdic.gov/regulations/laws/rules/6000-1000.html#fdic6000sec106h>

(utolsó lekérdezés: 2010. november 29.)

Understanding the Magnuson-Moss Warranty Act

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://www.mlmlaw.com/library/guides/ftc/warranties/undermag.htm>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 3.)

How the Punishment of the European Union Competition Law and United States Antitrust Law Reflect Respective View on Competition

Elérhető az alábbi honlapon:

http://www.associatedcontent.com/article/2215509/how_the_punishment_of_the_european_pg4.html?cat=17

(utolsó lekérdezés: 2010. december 3.)

Jefferson Parish Hosp. Dist. V. Hyde, 466 U. S. 2 (1984)
Elérhető az alábbi honlapon: <http://supreme.justia.com/us/466/2/>
(utolsó lekérdezés: 2010. december 10.)

Internetes oldalak:

<http://www.thinktank.hu/ceps>

http://www.vandijkmc.com/en/services_2.aspx

http://128.176.101.170/eclip/institute/bvd/bvd_profile.htm

<http://www.gpoaccess.gov/uscode/>

http://www.law.cornell.edu/uscode/12/usc_sup_01_12_10_22.html

<http://oamp.od.nih.gov/ProgramNotes/ContractBundling/bundling1.PDF>

http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sec_15_00000632----000-.html

http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sec_15_00000644----000-.html

<http://www.ftc.gov/ftc/about.shtm>

<http://www.justice.gov/atr/about/division-history.html>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0053:EN:HTML>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994J0333:EN:HTML>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31988D0518:EN:HTML>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004A0201:EN:HTML>

<http://www.microsoft.com/presspass/download/legal/SunMicrosystems/06-26-03AppealsCourtRuling.pdf>

JOGSZABÁLYOK, JOGFORRÁSOK

Az Európai Unióról szóló szerződés és az Európai Unió működéséről szóló szerződés egységes szerkezetbe foglalt változata
C 83/1 2010.3.30.

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:HU:PDF>

(utolsó lekérdezés: 2010. december 10.)

1996. évi LVII. törvény a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról

Ujvári Ákos
A jogos védelem és a birtokvédelem viszonya az EBH 2007.1584.
számú
határozatban

A tényállás

A bíróság a 2005. október 10. napján kelt ítéletével B. B. terheltet az ellene könnyű testi sértés vétsége miatt emelt vád alól felmentette.

Az elsőfokú ítéletben megállapított tényállás lényege a következő:

B. B. terhelt és volt élettársa, S. R. annak 1994. december 28. napján bekövetkezett haláláig együtt éltek S. R. házában. Ekkor a ház tulajdonjogát S. R. hozzátartozói, K. B.-né S. M., a jelen ügy magánvádlója és C. Gy. S. E. megörökölték, azonban azt a terhelt használta továbbra is.

Az örökösök és a terhelt között öröklési per indult. Ennek során az eljáró városi bíróság ingóforgalmi szakértői bizonyítást rendelt el, és a kirendelt szakértő feladatává tette a kérdéses ingatlanban található ingóságok értékének megállapítását.

2004. december 18. napján a szakértő megjelent a terhelt és felesége által lakott házban az ingóságok megtekintése érdekében, és a házhoz érkezett a magánvádló és a polgári per másik felperesének képviselője is. A terhelt behívta a ház konyhájába a megjelenteket, ahol a szakértő megtekintette az ott található gáztűzhelyet. Ezt követően a szobában elhelyezett hűtőládát akarta megnézni, ezért őt a vele lévő fényképpésszel együtt a terhelt oda beengedte. K. B.-né magánvádló szintén be akart menni a szobába, annak ajtaja előtt azonban a terhelt eléállt, felemelve a kezét, és közölte vele, hogy nem mehet be.

A magánvádló a felszólítás ellenére megpróbált bebújni a terhelt mellett a szobába, B. B. azonban a karjánál fogva visszahúzta. Ennek következtében a magánvádló kabátjának ujja és a vállán lógó táskája szíja elszakadt, ezen túl bal csuklóján borsónyi véralfutás és bal kezének III. ujján egy centiméteres hámhorsolás keletkezett. A sérülések gyógytartama nyolc napon belüli volt.

A magánvádló 2004. december 22. napján a terhelt ellen könnyű testi sértés vétsége miatt joghatályos magánindítványt terjesztett elő.

Az elsőfokú, és a másodfokú bíróság jogi érvelése

Az elsőfokú bíróság jogi álláspontja az volt, hogy bár a terhelt valóban megvalósította a könnyű testi sértés vétségének törvényi tényállási elemeit, nem büntethető, mivel jogos védelmi helyzetben cselekedett. A lakás használójaként megillette a birtokvédelem joga. Miután a magánvádló az ő kifejezett tilalma ellenére akart a szobába bemenni, azt joga volt elhárítani, és az elhárítás mértéke nem lépte túl a jogos védelem szükséges kereteit. Ezért a terheltet az ellene emelt vád alól büntethetőséget kizáró okra, jogos védelemre hivatkozva felmentette.

Az ítélet ellen a magánvádló fellebbezést jelentett be a terhelt bűnösségnek megállapítása és vele szemben büntetés kiszabása érdekében.

A megyei bíróság a 2006. május 11. napján kelt végzésével az elsőfokú ítéletet felülbírált, és azt megalapozottnak találva indokainál fogva helybenhagyta.

A jogerős határozatok ellen K. B.-né magánvádló - jogi képviselője útján - felülvizsgálati indítványt nyújtott be.

Az indítványban az 1998. évi XIX. törvény (a továbbiakban: Be.) 416. §-a (1) bekezdésének *a)* pontjára hivatkozva a határozatok megváltoztatását kérte, mivel álláspontja szerint tévedett mind az első-, mind a másodfokú bíróság akkor, amikor azt a következtetést vont le, hogy a terhelt jogos védelmi helyzetben követte el a vád tárgyává tett cselekményt.

Azt nem vitatta, hogy a cselekmény időpontjában a házat a terhelt használta, így ő volt annak birtokosa. Álláspontja szerint azonban a polgári perben helyszíni szemle keretében került sor a szakértői vizsgálatra, és így a terheltnek az 1959. évi IV. törvény (a továbbiakban: Ptk.) 189. §-ának (1) bekezdése, illetve az 1952. évi III. törvény (a továbbiakban: Pp.) 8. §-ának (1) bekezdése alapján biztosítania kellett volna, hogy az eljárásban részt vevő felek valamennyi ingóságot megtekinthessék, ennek kapcsán észrevételeket tehessenek, és a szakértőhöz kérdést intézhessenek. Az indítvány szerint a terhelt cselekményével ezt akadályozta meg, jogellenesen, így nem lehetett jogos védelmi helyzetben. Ezért kérte a Legfelsőbb Bíróságtól, hogy állapítsa meg a terhelt bűnösségét a vád tárgyává tett bűncselekményben.

A terhelt kirendelt védője a határozatok hatályban tartását indítványozta, azok helyes indokai alapján.

A felülvizsgálati indítvány alapján eljáró Legfelsőbb Bíróság jogi érvelése

A Legfelsőbb Bíróság álláspontja szerint a felülvizsgálati indítvány nem alapos.

Az érintett a megállapított tényállást támadja. Az indítvány szerint ugyanis az öröklési perben eljáró bíróság helyszíni szemlét rendelt el, és ennek keretében került sor a szakértői vizsgálatra. Az irányadó tényállás szerint azonban a vádbeli

időpontban nem tartott a bíróság helyszíni szemlét, csupán szakértői vizsgálatra került sor.

A Be. 423. §-ának (1) bekezdésére figyelemmel a felülvizsgálati eljárásban a jogerős határozatban megállapított tényállás az irányadó; az indítványban a tényállás nem támadható.

Ebből következően a felülvizsgálat során a Legfelsőbb Bíróságnak abban kellett állást foglalnia, hogy a szakértői vizsgálat során joga volt-e a terheltnek megtiltani, majd megakadályozni a magánvádló belépését a szobába vagy sem.

A kérdéses ingatlan birtokosa a cselekmény elkövetésének időpontjában senki által nem vitatottan a terhelt volt, így jogosult volt megszabni azt, hogy a házba, vagy annak bármely helyiségébe ki léphet be. Ennek következtében joga volt megtiltani azt, hogy a magánvádló a szobába belépjen, és joga volt a tilalom ellenére belépni kívánó magánvádlót abban megakadályozni. A magánvádló azzal, hogy a szoba felett rendelkezni jogosult terhelt tilalmát nem vette figyelembe, és megpróbált oda bemenni, a magánlaksértés szabálysértését kísérelte meg, amit a terhelt cselekményével elhárított.

A Legfelsőbb Bíróság az elvi határozat bevezetőjében megfogalmazott jogtétele szerint:

A birtokvédelem körében alkalmazott önhatalom is megalapozhatja a jogos védelem megállapíthatóságát.

Ugyanakkor a Legfelsőbb Bíróság a részletes érvelése során az alábbiakra mutatott rá:

A terhelt a terhére rótt cselekmény elkövetésekor jogos védelmi helyzetben volt, és helytálló az a következtetése is, hogy ennek során a jogos védelem szükséges mértékét nem lépte túl.

Nem sértettek tehát anyagi jogszabályt az ügyben eljáró bíróságok, amikor a terheltet a jogos védelemre tekintettel felmentették a könnyű testi sértés vétségének vádjától.

A fentieket támasztja alá a Ptk. 190. §-a (1) bekezdésének - az elsőfokú bíróság által is hivatkozott - rendelkezése is, mely szerint a birtokos a birtoka ellen irányuló támadást - a birtok megvédéséhez szükséges mértékben - önhatalommal is elháríthatja. *Ebből következően ugyanis akkor is fel kellett volna menteni a terheltet, ha a magánvádló cselekményével nem kísérelt volna meg szabálysértést elkövetni, és*

így a terhelt nem került volna jogos védelmi helyzetbe, mégpedig a cselekmény jogellenességének hiányában.

Ezért a Legfelsőbb Bíróság a felülvizsgálati indítványnak nem adott helyt, és az abban sérelmezett határozatokat a Be. 426. §-a alapján hatályukban fenntartotta.

A jogi érvelés kritikája

I.

Álláspontom szerint az elvi határozat bevezetőjében megfogalmazott jogtétel ellentétes a Legfelsőbb Bíróság által megfogalmazott későbbi részletes indokolással, valamint a büntetőjogi dogmatika alaptéziseivel is.

A jogos önhatalom gyakorlását *lehetővé tevő magatartás* (és nem maga a jogos önhatalom, ez fogalmi képtelenség lenne!) nem feltétlenül alapoz meg jogos védelmi helyzetet. Ez csak akkor lehetséges, ha a jogszabályba ütköző magatartás egyúttal *büntetőjogi értelemben büntetendő is*.

Továbbá: egy Btk-ban nem szabályozott jogellenességet kizáró ok fennállása (jelen ügyben a Ptk-ban írt jogos önhatalom) soha nem eredményezheti a Btk. 29.§ (1) bek. szerinti jogos védelmi helyzet megállapítását.

II.

A fentiek alátámasztása érdekében vizsgáljuk meg a jogos védelem azon alapfogalmait, amelyeket a határozat érint.

A Btk. 29.§ (1) bek. szerint jogos védelmi helyzetet csak jogtalan támadás, vagy azzal való közvetlen fenyegetés hoz létre.

A tudományban és a bírói gyakorlatban széles körben elismert tétel szerint a *jogtalanság (jogellenesség)* büntetőjogi értelemben vett jogtalanságot (jogellenességet) jelent, tehát a támadó magatartás diszpozíciószerű, megfelel valamely különös részi törvényi tényállásban megfogalmazott elkövetési magatartásnak.^[1]

Egyfelől: a jogos védelem a cselekmény büntetendőségét zárja ki.

Másfelől: a jogos védelmi helyzetet megalapozó magatartás *kizárólag büntetendő* cselekmény lehet, azaz jogtárgyat sértő, vagy veszélyeztető, különös részi törvényi tényállást kimerítő cselekvés.^[2]

Békés Imrének 1968-ban napvilágot látott tanulmánya^[3] örökzöld, axiómaként elfogadható tétele szerint, minél dúsabb az adott jogterület - esetünkben a büntetőjog - joganyaga, annál szükségesebb a jogi fogalmak ellentmondásmentes rendszerének kiépítése a dogmatika segítségével.

Komoly jogalkalmazási zavart képes okozni ugyanazon jogi fogalomnak egymásnak ellentmondó, vagy fel nem tárható értelmezése, avagy ugyanazon életbeli jelenségnek véletlenszerűen változtatott jogi fogalmakkal való kifejezése. *Ezért nem tekinthető pusztán „jogesztétikai” kérdésnek, hogy egy adott cselekmény esetében a bíróság milyen jogi indokokkal alapozza meg a felmentő rendelkezését.*

A jogtalanság a támadó szubjektív diszpozíciójától teljesen elvonatkoztatott fogalom.^[4] A jogellenesség a tettről alkotott jogszempontú negatív értékítélet-Jhering szavaival élve.

A jogrend rosszálló értékítélete a cselekmény felett.^[5]

Eredetileg a jogellenesség a jogszabályellenesség szinonimájaként a nullum crimen sine lege elvét volt hivatott kifejezésre juttatni^[6]. Ez a jogellenesség formális változata, objektív, ontológiai a bíró számára csupán felismerésre és nem értékelésre szoruló fogalomról volt tehát szó.

A dualista természetjogi koncepció eredménye a jogellenesség fogalom megkettőződése. Létrejön egy új a formális jogellenességet kiegészítő, a törvényi tényállás megalkotásának jogalkotói indokaként felfogható, jogszempontú negatív értékítéletet kifejező új jogellenesség fogalom: az ún. materiális jogellenesség.

E fenti dogmatikai változások szellemi előszeleként értékelhető Binding normaelmélete, mely szerint léteznek olyan tételes jogon kívüli normák, amelyek a tételes jogi normák logikai előzményei. A törvényi tényállás megalkotásának jogalkotói indokát ezen fenti normák adják, ezen jogszabályi normák felett „lebegő” normák megsértéséből ered az adott magatartás jogellenessége.

Franz Liszt mindezen gondolati előzmények után szembeállítja egymással a formális és a materiális jogellenesség fogalmát, azzal, hogy az előbbi a pusztán jogszabály ellenességet jelenti, míg az utóbbi egyfajta antiszociális cselekményként értékelhető, mely azon túl, hogy jogszabályba ütköző jogilag védett társadalmi érdeket is sért vagy veszélyeztet.

Az újkantiánus jogfilozófia vívmánya, hogy cizellált rendet teremtett a jogellenesség-tényállásszerűség terén. E két fogalmat aként különítette el egymástól, hogy míg a jogellenességet, mint érték kategóriát kezelte, addig a tényállásszerűség értékmentes kategória maradt.

Ahogy a büntetőjogi dogmatikáról írottak során Békés Imre plasztikusan kifejezte, e törekvés mögött is, mint minden dogmatikai törekvés mögött gyakorlati motívumok társadalmi igények rejlenek, jelen esetben a joghézagok kitöltésének bírói igénye. Hiszen, ha teoretice el is képzelhető olyan büntetőkódex, mely ugyan az absztrakció kellően magas szintjén van megszövegezve, de ennek ellenére egyetlen tényállása sem fog át olyan magatartási formákat, élethelyzeteket, melyek bár beleillenek az adott törvényi tényállásba, de materiális értelemben in concreto még sem jogellenesek, ilyen kódex gyakorlatilag elképzelhetetlen.

Ennek felismerése indította el a dogmatika terén a fent tárgyalt változásokat. *E dogmatikai változások tették lehetővé a formális jogellenesség tanával szemben, a sértett beleegyezésének, a hivatásból eredő jogok teljesítésének stb. materiális jogellenességet kizáró okként, és ezen keresztül a büntetőjogi felelősség megállapíthatóságát gátló tényezőként való jelentkezését.*

A materiális jogellenesség tana amennyiben csupán többletfeltétele a büntetőjogi felelősségrevonásnak nem sérti a nullum crimen sine lege elvét. Azonban a vádlott terhére történő (in peius) értelmezés mellett, amennyiben a tényállásszerűség hiánya ellenére a materiálisan jogellenes magatartásokat a jogalkalmazó önkényesen bünteti a nullum crimen sine lege elvének felrúgásához a jogállami büntetőjog tagadásához vezet.

A formális és materiális jogellenesség fogalmának szintézisét a magyar jogirodalomban Viski László és Földvári József alkotta meg. Az általuk használt definíció szerint a materiálisan jogellenes magatartás a jogszabály által védett érdeket sérti vagy veszélyezteti.

A materiális jogellenesség tehát egyfajta értékítélet, egy olyan értékítélet amely nem a tettesre, hanem a magatartásra koncentrál.

Amíg a jogellenességhez nem fűződik egyfajta negatív értékítélet, addig a jogellenesség és a tényállásszerűség fogalmilag egybeesnek (formális jogellenesség). Amint a jogellenesség a pusztá jogszabály-ellenesség körén túlnő, a büntetőjogi felelősség megállapításának önálló feltételévé válik.

A fentiek után szembeűnő annak az alaptételnek az érvényesülése, mely szerint valamely jogi fogalom rendszerbeli átalakulása óhatatlanul kihat a rendszer más fogalmainak dogmatikai elhelyezkedésére. E tételnek megfelelően a jogellenesség fogalom fejlődése kihat a bűnösség fogalom meghatározására is.

Tehát a támadás jogtalansága objektív ismérv, a tethoz a tárgyi oldalhoz tartozik, ezért nem foglalja magában a támadó büntethetőségét megalapozó valamennyi feltétel meglétének szükségességét. Helye van jogos védelmi helyzet

megállapításának, olyan személlyel szemben is aki beszámítási képességgel nem rendelkezik, valamint – anyagi jogi értelemben vett - bűnösség nem terhel. Nincs a jogos védelem megállapításának helye, ha a támadónál jogellenességet kizáró ok áll fenn.

Az ítélkezési gyakorlat és a jogirodalom is egységes abban, - jól szemlélteti ezt **BH 1996/70** számon közzétett eseti döntés - ha az egyébként *diszpozíciószerű (tényállásszerű) támadás csak az eset körülményeire figyelemmel minősül szabálysértésnek*, a cselekmény jogos védelmi helyzetet keletkeztet.^[7]

Ezért a Legfelsőbb Bíróság elvi jogtételével szemben (ratio decidendi I.) a részletes érvelése mutatkozik számomra helyesnek (ratio decidendi II.). Ugyanis ebben utal arra, hogy a magánvádló támadó magatartása, csupán az eset körülményeire figyelemmel minősül szabálysértésnek (egyébként nyilvánvalóan magánlaksértés vétsége lenne), *így e diszpozíciószerű cselekménnyel szemben megnyílik a jogos védelem. Ezért okszerű – az én elgondolásom szerint is - a jogos védelmi helyzetre alapított felmentő rendelkezés.*

Elvi megerősítésre szorul tehát, hogy *jogos védelmi helyzetet csak a büntetőjogi értelemben vett jogellenes (büntetendő) magatartás eredményezhet.*

Ha a jogszabály, avagy a bírói gyakorlat más - büntetőjogon kívüli - jogág szerint jogellenes magatartásokkal szemben diszpozíciószerű fellépést biztosít, akkor jogos védelmi helyzet nem jön létre. Ez esetben a büntetendőség kizártsága a Btk-n kívüli materiális jogellenességet kizáró okból áll fenn (Btk. 10.§). Ilyenkor mivel a cselekményből eleve hiányzik a materiális jogellenesség dogmatikailag indokolatlan a jogos védelmi helyzet vizsgálata.

Ezt támasztja alá **BH 2000/136.** szám alatti döntvény is, elvi élel leszögezve, hogy a hivatásból eredő jog gyakorlása folytán *bűncselekmény hiányában* - nem pedig a jogos védelem mértékének menthető okból való túllépésére hivatkozással - van helye felmentő ítélet meghozatalának, ha a szolgálatban levő rendőr az általa észlelt bűncselekmény elkövetésében részt vevő személyek üldözése során, a figyelmeztető lövések leadása ellenére is tovább menekülő személyek közül az egyik, előremozduló személlyel szemben a jogszerű fegyverhasználat körében olyan lövést ad le, amely annak halálát eredményezi.

A döntvényben (BH 2000/136.) foglaltak dogmatikai szempontból teljességgel helyeselhetőek. Nyilvánvaló, hogy logikailag a bűncselekmény fogalmi ismérveinek

a vizsgálata (pozitív feltételek) megelőzi a büntetőjogi felelősségre vonás akadályainak a vizsgálatát (negatív feltételek).^[8]

Ha a pozitív feltételek valamelyikének hiánya folytán nem valósul meg bűncselekmény, szükségtelen a jogos védelem feltételeinek ellenőrzése.

A fenti érvek jelentőségét növeli, hogy a tudomány elismeri *a jogrend egységének elvét*. Ez azt jelenti, hogy a polgári jog vagy a közjog szerint fennálló jogellenességet kizáró ok közvetlenül a büntetőjogban is alkalmazható. A büntetőjog szubszidiárius jellegéből fakad, hogy egy más jogterületen megengedett magatartás tényállásszerűsége esetén sem büntetendő, nem lehet materiálisan jogellenes.^[9]

Úgy gondolom, helyesebb lett volna a Legfelsőbb Bíróság részéről az elvi iránymutatásul szolgáló határozatban a korábban már idézett BH 1996/70. és a BH 2000/136. számú eseti döntésekben kifejtett jogi álláspontot megerősíteni, tovább részletezni.

^[1] Földvári József: Magyar Büntetőjog Általános rész (Budapest, 1997. Osiris) 137.o.

^[2] Wiener A. Imre (szerk.): Büntetendőség büntethetőség (Budapest, 1999. KJK.), Wiener A. Imre szerzőként: Büntetendőség büntethetőség (felelősségtan) 165-212.o.

^[3] Békés Imre: A büntetőjogi dogmatikáról (Budapest, 1968. Tankönyvkiadó) 119-131.o. Gondatlanság a büntetőjogban című kandidátusi értekezésének a bevezetője

^[4] Degré Lajos: Jogos védelem az anyagi büntetőjogban (Vác, 1910. Pestvidéki Nyomda) 292.o.

^[5] Schultheisz Emil: A bűncselekmény tana (Debrecen, 1948. Debreceni Tudományegyetem Nyomda) 28.o.

^[6] A jogellenességről szóló fejtegetéseim során nagy mértékben támaszkodtam Békés Imre: Gondatlanság a büntetőjogban (Budapest, 1974. KJK) című monográfiájának A bűncselekménytan dogmatikai összefüggései című I. fejezetére

^[7] Földvári: i.m. uo.

^[8] Egyetértve Wienerrel, vö.: Wiener A. Imre (szerk.): Büntetendőség büntethetőség (Budapest, 1999. KJK.), Wiener A. Imre szerzőként: Büntetendőség büntethetőség (felelősségtan) 165-212.o.

^[9] Vö.: Nagy Ferenc: Gondolatok és kérdések a jogellenesség köréből (Büntetőjogi Kodifikáció 2008/2. 8.o.)

Vértesy László

A biztosítás és jogi környezete az elmúlt években

A tanulmány célja a biztosítási szektor gazdasági és a jogi környezetében bekövetkezett változások, tendenciák bemutatása, valamint elemző értékelése.

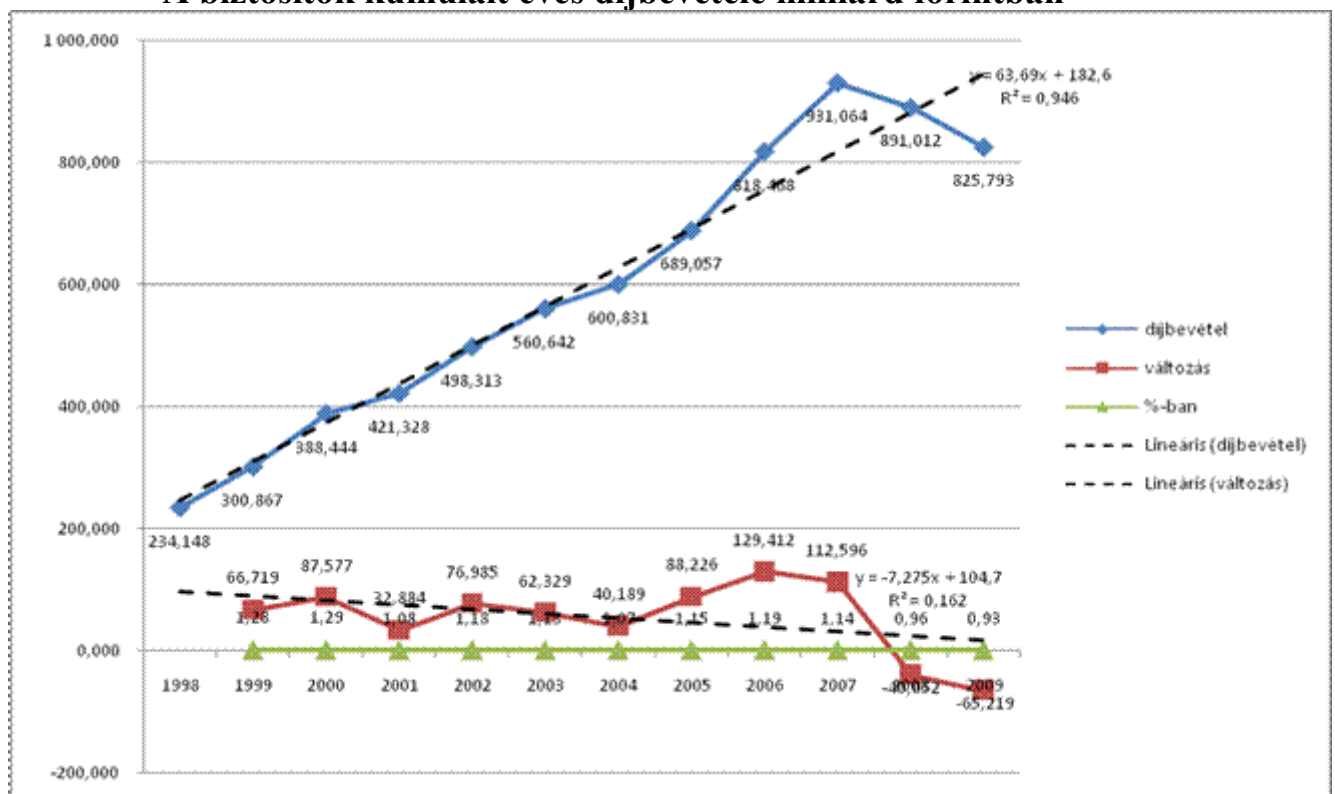
A biztosítás nukleusza a kockázat, azaz a kockázat vállalása, még pontosabban a kockázat kezelése (*risk management*). A *kockázat* általában valami veszély vagy veszteség esetleges bekövetkezése, illetve ennek tudatos vállalása. Nem tekinthető biztosításszakmailag kockázatnak azt, ami bizonyosan bekövetkezik vagy biztosan nem következik be, így ezekre biztosítást sem köthető.^[1] A kockázatokkal kapcsolatban vizsgált társadalmi jelenségek általában a katasztrófavédelem, növényvédelem, egészségvédelem, biztosítás, munkavédelem, pénzügyek, kriminalisztika, politika stb., amelyek jogi szabályozási környezete több-kevesebb részletességgel tárgyalja a kockázat konkrét fajtáit. A biztosítás tartalma a kockázatfelosztással történő biztonságteremtés. A *biztosítási tevékenység* keretében a biztosító – alapuljon tevékenysége biztosítási szerződésen, jogszabályon vagy tagsági viszonyon – megszervezi az azonos vagy hasonló kockázatoknak kitett személyek közösségét (veszélyközösség), felméri a biztosítható kockázatokat, megállapítja a kockázatvállalás ésszerű ellenértékét (díját), azokból meghatározott pénzalapot (tartalékokat) is képez, és a helytállási kötelezettségének időtartama alatt bekövetkezett biztosítási eseményeknél – kizáró ok hiányában – teljesíti a vállalt kötelezettségeket.

A *biztosítási jog* – hasonlóan a bank- és tőzsdejoghoz, amelyek a pénzügyi ágazatok jogába tartozó jogterületek^[2] – két elkülöníthető, de egymástól el nem választható részre tagolható: biztosítási közjogra és biztosítási magánjogra. A két szemléletmód eltérően kezeli a biztosítást: i) a *biztosítási közjog* ágazatnak, ágának, terméknek tekinti, a kockázat(ok)ra illetve a biztosítási szereplők és tevékenységük engedélyezésére, prudens működésére valamint annak ellenőrzésére koncentrálnak;^[3] ezzel ellentétben ii) a *biztosítási magánjog* központjában a szerződés áll, így a felek közötti jogviszony, jogok és kötelezettségek kerülnek a szabályozás fókuszába.

1. A biztosítási szektor általános helyzete

A biztosítási szektor elemzése és bírálata a díjbevétel alapulvételével történik. Az elmúlt évek jelenségeinek lefolyását az idősor elemző statisztika módszerével vizsgáljuk. Az állapotidősorok ekvidisztansak, mindig az év végi adatokat tartalmazza a mellékletben közölt táblázat. A hazai biztosítási szektor szereplőinek éves kumulált díjbevétele 2000 óta folyamatosan növekszik. A stock-típusú idősor^[4] kronologikus átlagos díjbevétele 596,644 milliárd Ft volt, a mediánja 580,737; így tipikus éveknek a 2003 és 2004 mondható. A szórás (σ) 212,27. Ez a magas érték abból adódik, hogy az idősor megközelítőleg exponenciálisan nő. Amennyiben analitikus trendszámítást végzünk és lineáris függvényt illesztünk az idősorra, akkor pontosabb, kiszámíthatóbb értéket kapunk: $y = 63,692x + 182,67$ esetén $R^2 = 0,9468$, tehát szinte tökéletesen illeszkedik (6 %-os az eltérés).

A biztosítók kumulált éves díjbevétele milliárd forintban



Ezek tükrében inkább érdemes meghatározni az éves növekedés átlagos ütemét (relatív változás; I),^[5] amely 2005-ig 12 %, a változás átlagos mértéke (abszolút változás; d) pedig 60 milliárd, ennyivel emelkedett a díjbevétel. 2006-ban kiugró érték tapasztalható, a növekedés is jelentős: 36 %-os (!), 129 milliárd Ft került a szektorba, amely 2007-ben tovább emelkedett mintegy 113 milliárd Ft-tal, bár a növekedés az előző nagy összeg miatt csak 13% volt. Ez megfelel a

korábbi átlagos növekedési ütemnek. 2007-ig az éves átlagos növekedés (*d*) 77,4 milliárd Ft, ennek megfelelően a változás átlagos üteme (*l*) is magasabb 13 %.

2008 és 2009 a magas díjbevételek ellenére a pénzügyi válság éveit voltak, amely a hazai biztosítási szektorban is éreztette kedvezőtlen hatásait, statisztikai kifejezéssel élve véletlen ingadozás, amely az idősor tekintetében nem mutat semmilyen szisztematikusságot.^[6] 2008. II. félévtől ugyanis a korábbi években tapasztalt dinamikus díjbevételek növekedés megszakadt és csökkenés következett be: 2008-ban 40 milliárd Ft, ami 4,5 %-nak felel meg. Ennek ellenére a biztosítók 2008-ban még eredményes gazdálkodási évet zártak, összesített adózott eredményük az előző évi 56,2 milliárd Ft-hoz képest 62,7 milliárdra emelkedett. A pénzügyi válság hatása a 2008. év végi adatokon már mérhető volt, a 2009. első félévin pedig már látványosan megmutatkozott. A félévi összegzés azt mutatta, hogy a díjbevétel 13,33 %-kal csökkent az előző év azonos időszakához képest. Érdekes, hogy a két ág eltérő mértékben változott: a life 23 %-kal, a non-life csak 3 %-kal. Ez a keresetek reálértékének csökkenésével, az elhalasztott vásárlásokkal, valamint a megtakarítási kedv mérséklődésével egyaránt magyarázható.

A lakosság válságmagatartására jellemző, hogy először az alapvetőnek ítélt létszükségletein túli kiadásait fogja vissza, és ennek okán a biztosítási ráfordítások visszaestek.^[7] 2009-ben további 65 milliárd Ft hagyta el a biztosító társaságokat, amely jelentős, mivel ez az érték a korábbi évek fejlődési átlagának felel meg, a magas számok miatt azonban csak 7 % körüli. A biztosítás iránti kereslet kedvezőtlen alakulására jelentős hatással volt a hitelpiac válságkezelési – egyébként természetes – magatartása is. A hitelezési feltételek szigorítása, a kamatok és költségek emelkedése a nem-életbiztosítási (non-life) piacon is éreztette hatását.

A vállalati finanszírozással összefüggő biztosítások díjbevételei is hasonlóképpen alakultak, mint a kumulált díjbevétel. Az elmúlt 10 évben az általános felelősségbiztosítás, a *hitelbiztosítás* és a *különböző pénzügyi veszteségekre* kötött biztosítások fejlődésnek üteme kiegyensúlyozott ütemben változott. A szektor díjbevétele 2000 és 2005 között megnégyszereződött. A banki kondíciók – válság miatti – zord változása visszavetette a hitelbiztosítást és a kezesség ágazatot is (ez utóbbi a felére csökkent 1,36-ról 0,78 milliárd Ft-ra), valamint a hitelfedezeti jellegű megoldásokat (különösen a life-termékek esetében). A helyzetet tovább nehezítette, hogy ezek a piaci jelenségek a pénzügyi szolgáltató szféra iránti bizalomvesztéssel is párosultak. A *jogvédelmi biztosítás* később startolt, csak 2002-től kezdődik a növekedés de öt év alatt ugyanazt az ütemet mutatatta, mint az előbbieket. Sőt érdemes felhívni a figyelmet, hogy a kutatási témával szorosan összefüggő ágazatok közül a jogvédelmi és a felelősségbiztosítás mutatott a válság ellenére is töretlen növekedést. Ez talán azzal a magyar per- és jogkultúrára olyannyira jellemző mondással magyarázható: *Fiat iustitia et periret mundus – Legyen igazság, pusztuljon bár a világ!*^[8] A

növekedés háttérében a bizonytalanság és kiszámíthatatlanság is közre játszott. A különböző pénzügyi veszteségek ágazat azért nem emelkedett, mert a biztosító társaságok számára már nem lett volna nyereséges, kifizetődő a foglalkoztatással összefüggő kockázatok, az elégtelen jövedelem, a nyereségkiesés, a folyó és előre nem látható üzleti mellék- és többletköltségek, az értékvesztés, a közvetett kereskedelmi veszteségek, és a pénzügyi veszteségek biztosítása. A *kezesség és garancia biztosítás* alakulása mutatja a legfurcsább képet. 2001 és 2002 a növekedés 68%, azonban 2003-ban szinte ugyanennyivel csökkent is a díjbevétel. Hasonló hullámváz tapasztalható 2006-2008 között.

Mindezek tükrében az 2010-es év nagyjából a 2008-as helyzetből indult. Ennek ellenére a hazai biztosítási piac és a biztosítók is egyaránt válságállónak bizonyultak. A dinamizált értékesítési csatornák mára pótolják a kiesett díjbevételeket, a termék innováció azonban most is a biztosítók gyors reagálását dicséri. A hazai biztosítók feltűnő gyorsasággal vezették be a piacra – az eddig ismeretlen – munkanélküliségi kockázatot kezelő termékeiket. A szektor tőkefeltöltöttsége 215 %-os. Az előrejelzések szerint a konszolidáció éveit követően a piac újbóli, látványos növekedésére lehet számítani. Erre további garancia lehet – többek között – hogy az EU tagországokban az egy főre eső éves biztosítási díj mintegy 2200 €, míg hazánkban ez az összeg ma még mindössze 315 €.

2. A biztosítási közjog

A biztosítási közjog alapvetően két részre tagolható az egyik a 2003. évi LX. törvény a biztosítókról és a biztosítási tevékenységről (Bit.) és a 2007. évi CXXXV. törvény a Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyeletéről; a másik terület a kapcsolódó jogszabályok, különös tekintettel az adó törvényekre, illetve a gépjármű felelősség biztosításra.

2.1. A biztosítási törvény

A biztosítókról és a biztosítási tevékenységről szóló 2003. évi LX. törvény az Európai Unióhoz történő csatlakozásról szóló nemzetközi szerződést kihirdető törvény hatálybalépésének napján lépett hatályba: 2004. május 1-én. Azóta az elmúlt évek jogalkotása a Bit. rendelkezésit is érintette, legkiemelkedőbb ezek közül a 2007. évi L. törvény.

A 2007-es módosítás hatálybalépésével emelkedtek a *szavatoló tőke* és a *minimális biztonsági tőke* követelmények is. A Bit. így már €-ban határozta meg a minimális biztonsági tőkeszükségleteket, amely az életbiztosító és a

felelősségbiztosítást is művelő non-life biztosító részvénytársaságok esetében 3 200 000 €, illetőleg 2 200 000 € a felelősségbiztosítást nem művelő non-life biztosító részvénytársaságok számára.^[9] A tőkekövetelmény „forintosítása” úgy történik, hogy az előző év első tíz hónapjára vonatkozó, az MNB által közzétett hivatalos napi devizaárfolyamaiból számított átlagárfolyamot kellett meghatározni a társaságoknak és ezt kell figyelembe venniük a forintban számított tőke követelmények kiszámításakor. Az így kiszámított tőke követelménnyel kell rendelkezniük a társaságoknak a következő naptári év folyamán. Első alkalommal a biztosítóknak 2008. január 1-től kellett teljesíteniük a megnövekedett tőkefeltételeket. Ugyancsak 2008-tól a független biztosításközvetítők szakmai felelősségbiztosításának minimum értékeit euróban rögzíti a törvény, hasonlóan a biztosítók szavatoló tőke követelményeihez. A hatályos törvény már magasabb értékeket ír elő a minimális biztonsági tőke tekintetében: i) az életbiztosítási ág esetén 3 500 000 €, ii) a nem életbiztosítási ág esetén 2 300 000 euró, azonban egyes ágazatok^[10] esetében 3 500 000 €, iii) viszontbiztosítási tevékenységet végző nem életbiztosító esetén 3 200 000 euró, de egyes ágazatok^[11] művelésére vonatkozó engedéllyel rendelkező viszontbiztosítási tevékenységet végző nem életbiztosító esetén 3 500 000 €.

A gazdasági válság – a bank szektor prudens követelményének ellentétben – nem érintette a biztosítók *solvens működésének* szigorítását. A Szolvencia II. alapján tevékenykednek továbbra is.^[12] Solvency III-ről még kósza híreket sem lehet olvasni, szemben a teljesen kidolgozott Basel III. csomag CRD I-IV. uniós irányelveivel.^[13]

2008. december végén (2008. évi CIII. törvény) – a MÁV biztosító csődjének kapcsán – módosultak az *egyesület* működésére vonatkozó szabályok (pótbefizetés, szolgáltatás-csökkentés, PSZÁF hatásköre), illetve a biztosító *részvénytársaságban* történő részesedésszerzés szabályai, valamint pontosítások történtek a biztosítók *felszámolási és végelszámolási* szabályaiban.

A *befektetési vállalkozásokról* és az árutőzsdei szolgáltatókról, valamint az általuk végezhető tevékenységek szabályairól szóló 2007. évi CXXXVIII. törvény ugyancsak módosította a Biztosítási törvényt. A legfontosabb változást az jelentette, hogy amennyiben a biztosító a tőke megóvására, illetve a hozamra vonatkozóan garanciát vállal, akkor a tőkére, illetve a hozamra vonatkozó garanciát a biztosító köteles bankgaranciával biztosítani. A törvénymódosítás indoka az volt, hogy a befektetési vállalkozások termékeire, illetve a biztosító unit-linked típusú (befektetési)termékeire ugyanazok a szabályok vonatkozzanak. Az azonos szabályozást sikerült megvalósítania a jogalkotónak, azonban az előírt bankgarancia számos problémát vetett fel. Ezt a szabályt módosította a 2008. évi XV. törvény 3. §-a, amely szerint a törvény által megkövetelt garanciát biztosító, illetve viszontbiztosító is nyújthatja.

A szakma szerette volna a *derivatív pénzügyi instrumentumok* alkalmazását elősegíteni, azonban az erre irányuló 2007-es MABISZ kezdeményezés nem vezetett eredményre, az akkori pénzügyi tárca, valamint a Felügyelet is ellenállt a javaslatnak.^[14]

2008. január 1-től változott a biztosítók által térítendő személyi sérüléssel kapcsolatos károk felső határa: a biztosító, illetve a Kártalanítási Számla kezelője egy biztosítási esemény vonatkozásában személyi sérülés miatti károk esetén káreseményenként legfeljebb 1500 millió Ft összeghatárig köteles helytállni, függetlenül a károsultak számától. Dologi károk esetén a káreseményenkénti 500 millió Ft-os összeghatár nem változott.

A *biztosításközvetítők* képzési követelményeinek szigorítása is 2007-ben kezdődött. Az egyeztetések eredményeként a 24 hónapos felmentés (türelmi idő) 2008. június 30-ig még hatályban maradhatott, és csak ezt követően érvényesült az a szabály, hogy a közvetítőnek már a regisztrációhoz is rendelkeznie kell az előírt képesítéssel – tehát a korábbi középfokú végzettség már nem elegendő – és hatósági vizsgával. A törvény tehát pontosította a biztosításközvetítők fogalmát, illetve bizonyos területeken a közvetítők nyilvántartási, illetve képzési kötelezettségét. A biztosításközvetítők által az ügyfeleknek adott tájékoztatási előírásokat is kiegészítették. A pénzügyi szolgáltatásokat érintő egyes törvények módosításáról szóló 2008. évi CIII. törvény értelmében a biztosításközvetítők hatósági vizsgájával kapcsolatos módosítások átkerültek a törvénybe. Ezzel párhuzamosan ugyancsak december végén lépett hatályba a biztosításközvetítők hatósági képzésére és vizsgáztatására vonatkozó PM rendelet módosítása. A hatósági vizsga követelmény- és vizsgarendszerét a szakma dolgozta ki együttműködve a vizsgáztatásért felelős PSZÁF-el, és a FBAMSZ és a MABIOSZ, valamint a Brókernet és a BOI szakértőivel.

A *nemi diszkriminációval* kapcsolatos irányelv által lehetővé tett opciós lehetőség 2007-ben bekerült a magyar jogrendszerbe. Ennek alapján – hasonlóan az Európai Unió legtöbb országához – a magyar biztosítók továbbra is alkalmazhatják a nemi hovatartozást díjalakító tényezőként, amennyiben rendelkeznek azt ezt megalapozó statisztikákkal, és ezeket nyilvánosságra is hozzák.^[15] A terhesség és az anyaság azonban 2007. december 13. után már nem befolyásolhatja a biztosítási díjakat.^[16]

2007. október 1-től hatályba lépett a *felügyeleti díjak* számításának új rendszere. Az új felügyeleti díjrendszer kiterjesztette a díjfizetési kötelezettséget a függő biztosításközvetítőkre is, amelynek mértéke évi 50 000 Ft. Az egyéni vállalkozó ügynökök továbbra is mentesültek a felügyeleti díj fizetése alól. 2008-ban bevezették a felügyeleti eljárásokért fizetendő igazgatási szolgáltatási díjakat. Ennek pénzügyi kihatását nem lehetett még akkor ismerni, mivel a díj konkrét mértékét meghatározó rendelet csak később jelent meg.

A *felügyeleti* rendszer is változott. Európai Unió szinten frankfurti központtal, az Európai Központi Bank elnökének vezetésével és a központi bankok európai rendszerének alárendelten létrejön az Európai Rendszerkockázati Tanács (ERT), amelynek feladata a pénzügyi rendszer egészét érintő kockázatok folyamatos nyomon követése és elemzése lesz. Az ERT célja, hogy időben felhívja a figyelmet a veszélyes jelenségekre, és szükség esetén ajánlásokkal forduljon a tagállamok szakhatóságaihoz. Ezzel párhuzamosan az Európai Bizottság korábbi javaslatai értelmében három új hatóság létrehozásával próbálna európai szintű, de nem egységes banki, biztosítási és értékpapír-piaci felügyeletet létrehozni. Az új testületeket a Pénzügyi Felügyeleték Európai Rendszere (PFER – ESFS: European System of Financial Supervisors) fogja egybe.^[17] A három új szerv javaslatokat dolgozhat ki a felügyeleti tevékenység szabványosítására, a szabályoknak a tagállamok közötti konzisztens alkalmazásának garantálására, bizonyos technikai standardokra. Feladatuk lesz a nemzeti pénzügyi felügyeletek közötti információcsere kereteinek kialakítása és a közösségi szabályok következetes alkalmazásának szavatolása.

A pénzügyi közvetítőrendszer felügyeletének hatékonyabbá tételéhez szükséges egyes törvénymódosításokról szóló 2009. évi CXLVIII. törvény értelmében 2010-től a Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyelete (PSZÁF) felépítése és jogköre is módosult. A szervezetet a korábbi kormányhivatali státusból autonóm, az Országgyűlés felügyelete alá tartozó közigazgatási szervvé alakították. Szintén ez a törvény hozta létre a Pénzügyi Stabilitási Tanácsot, amely a Felügyelet munkáját segítő testület. A Tanács a pénzügyi stabilitási célok érdekében folyamatosan értékeli a pénz-, tőke-, biztosítási és pénztári piac stabilitását, szükség esetén javaslatot tesz a Kormánynak jogszabály megalkotására vagy törvényalkotás kezdeményezésére, illetve a Kormány tagjának jogszabály megalkotására.

2.2. Egyéb jogszabályok

Az egyéb jogszabályi változások különösen az adózás és a kötelező gépjármű-felelősségbiztosítás területét érintik.

A 2007-es adóváltozások tovább csökkenték az életbiztosítási *személyi jövedelemadó* kedvezmények igénybevehetőségének felső jövedelemhatárát, az új korlát 3,4 millió Ft lett. A Szja rendszerében a 2009-ig hatályos szabály szerint az összevont adóalap adója meghatározott – jövedelemhatárhoz kötött –, 100 000 Ft keretben hétféle jogcímen volt csökkenthető,^[18] az egyes jogcímekhez tartozó külön részletszabályokkal és korlátokkal. A 2009. január 1-től hatályos törvény ezekre a korlátozás alá vont kedvezményekre egyszerűbben kezelhető összevont szabályt alkalmazott. A kedvezményekre jogosító igazolt jövedelemfelhasználások összegéből összevont kedvezményalapot kell képezni és

legfeljebb ennek az összevont kedvezményalapnak a 30 %-ával lehet az összevont adóalap adóját csökkenteni legfeljebb 100 ezer Ft-nyi összeggel.

2006. szeptember 1-től változott meg a *kamatadó* mértéke. A legalább 10 éves tartamú életbiztosítások és a legalább 3 éves tartamú nyugdíjbiztosítások szolgáltatása továbbra is kamatadómentes maradt, így – különösen a befektetéssel kombinált – életbiztosítás, mint hosszú távú megtakarítás, tovább növelte adóelőnyét a „hagyományos” megtakarítási formákkal szemben.^[19] A 2006. augusztus 31. előtt megkötött befektetési életbiztosítások mentesek maradtak az új közteher alól.

Az akkori szigorító kormánylépések között szerepelt, hogy a banki különadót a biztosítókra is ki kell terjeszteni *biztosítási különadó* formájában, ez a lépés azonban – a szakma tiltakozása és érvei miatt – elmaradt. Ugyanakkor 2010-ben újra előkerült a kérdés. A biztosítók kétharmada veszteséges lehet 2010-ben. Több cég eredménye a „különadó” miatt fordul át mínuszba. A korrigált díjbevétel alapján kivetett adó túlzott mértékű, amelyet a társaságok egy része újabb költségcsökkentési intézkedésekkel sem lesz képes kigazdálkodni. 38 milliárd forinttal, azaz 85%-kal növeli meg a biztosítási szektor befizetéseit a különadó.^[20]

2007. év végén módosult viszont az *általános forgalmi adóról* szóló törvény, ami több vonatkozásban is hátrányosan érinti a biztosítók tevékenységét, különösen a kiszervezett tevékenységek esetében. A biztosítási szolgáltatások továbbra is tárgyi adómentesek maradtak ugyan, azonban csak a teljes szolgáltatás nyújtása adómentes, a résztevékenységekre a mentesség már nem vonatkozik, kivéve a biztosításközvetítői szolgáltatásokat, amelyeket a törvény külön nevesíti. Kedvezőtlen változást jelentett az ún. fordított adózás bevezetése is. Ezt a problémát megoldotta a törvény 2009. évi módosítása. Az érdekképviseltek nyomására módosították a törvényt; a fordított adózás köréből kikerült több, a biztosítói kárrendezést is érintő tevékenység.

A biztosítási törvény 2007-es módosulásával (2007. évi L. törvény) egyidejűleg változott a *kötelező gépjármű-felelősségbiztosításokat* szabályozó 134/2007. (VI.13.) Korm. rendelet is. A módosítás elsődleges indokát az 5. számú EU gépjármű biztosítási irányelv átültetési kötelezettsége jelentette.^[21] Itt érdemes kiemelni, hogy az ún. CASCO biztosítás vagyonsbiztosítás, a biztosítási esemény a gépjárművek károsodása,^[22] míg a kötelező gépjármű felelősségbiztosítás (KGFB) célja, hogy a biztosító a szerződésben megállapított mértékben mentesítse a biztosítottat^[23] olyan kár megtérítése alól, amelyért jogszabály szerint felelős.

A kötelező gépjármű-felelősségbiztosítást kínáló egyesületeknek a részvénytársaságok számára előírt minimális biztonsági tőke 75 %-ával kell rendelkezniük. 2008 februárjában a PM államtitkárával egyeztetve ígéretet kapott a biztosítási szakma a gépjármű-felelősségbiztosítási kormányrendelet megreformálására. A minisztérium a törvényi szintű szabályozást preferálta egy

öt párti megállapodás alapján, amellyel a MABISZ nem értett egyet, mert megfelelőnek tartotta a kormányrendeleti szintű szabályozást. Az országgyűlés a 2009. június 8-i ülésén fogadta el a kötelező gépjármű-felelősségbiztosításról szóló 2009. évi LXII. törvényt. Az új szabályozás részletesebben rendezi a jogterületet, de az eddigi rendszeren alapvetően nem változtat, azonban – sajnálatosan – nem tartalmazza a gépjármű-felelősségbiztosítás általános feltételeit. Garanciális szabály, hogy a biztosító a meghirdetett díjait év közben nem változtathatja meg. A jogszabály legfontosabb jellemzői:^[24]

- A szerződéskötés kötelezettje a forgalmi engedélybe bejegyzett üzemeltető, ennek hiányában a tulajdonos.
- Megmarad az ajánlatelfogadási kötelezettség, viszont új elemként megjelenik a „klasszikus biztosítási ajánlat” intézménye a 15 napos ajánlat elbírálási, visszautasítási határidővel.
- A biztosítók évente egyszer hirdethetnek díjat, megmarad tehát a jelenlegi rendszer a két országos napilapban történő megjelenítést illetően is, a meghirdetett díj év közben nem változtatható.
- Fontos változás, hogy a biztosítók a gépjármű forgalomból történő kivonásáról, forgalomba helyezéséről, a tulajdonjogot érintő változásokról, az üzemeltetői jog bejegyzéséről és változásáról a központi nyilvántartóból automatikusan értesülnek.
- A limit a személyi sérüléssel járó károknál 1500 millió Ft-ról 1600 millió Ft-ra emelkedik.
- A biztosítási időszak első napja a kockázatviselés kezdete. A következő évfordulót megelőző 50 napig tájékoztatja a biztosító az ügyfelet a következő időszakra várható díjról.
- A biztosító kockázatviselése (a biztosítási fedezet) a felek által a szerződésben meghatározott időpontban, ennek hiányában a szerződés létrejöttének időpontjában, illetve az üzemeltető bejegyzésének járműnyilvántartásban szereplő időpontjában kezdődik.
- A szerződés felszólítás hiányában az esedékességtől számított 30. napon, felszólítás esetén a 60. napon szűnik meg. A biztosító a szerződés díj nemfizetéssel történő megszűnéséről az üzemeltetőt 15 napon belül igazolható módon értesíteni köteles.
- Az elmaradt díjat, amelyet a törvény „fedezetlenségi díjnak” keresztelt el, a szerződést megkötő biztosító köteles beszedni egységes, a MABISZ által egy évre előre meghirdetett tarifával.
- A biztosítóknak központi kártörténeti nyilvántartási rendszert kell létrehozniuk és üzemeltetniük.
- Módosító javaslattal kerül be a törvénybe a fizetésektelenné vált biztosítók kötelezettségeinek teljesítésére létrehozott garancia alap létrehozása, amelyhez a biztosítási szakmának évi 1%-nyi díjbevételel kell hozzájárulniuk mindaddig, amíg az alapban az éves bevétel 6%-ának megfelelő forrás nem áll rendelkezésre. A biztosítók konkrét hozzájárulása

várhatóan a járművek darabszámával és az egyes járműkategóriák „kockázatosságával” lesz arányos.

3. A biztosítási magánjog

A biztosítási magánjog a Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvényben (továbbiakban Ptk.) található. Az új Polgári Törvénykönyv is hasonlóan rendezi a biztosítási szerződést azonban alapvetően változtatja meg az elmúlt ötven év gyakorlatát.

3.1. A Polgári Törvénykönyv

A Polgári Törvénykönyv XLV. fejezete rendelkezik a biztosításról. Az elmúlt években ez a rész érdemben nem változott, így csak a fontosabb rendelkezéseket tárgyaljuk. Először a közös szabályokat rendezi, majd nevesíti a vagyon-, a felelősség-, az élet- és a balesetbiztosítást. Természetesen a biztosítási piacon ezen kívül más biztosítások is létrejöhetnek, illetve az egyes elemek keveredhetnek akár egy szerződésen belül is, mivel a Ptk. 200. § (1) bekezdése értelmében a szerződés tartalmát a felek szabadon állapíthatják meg, továbbá a szerződésekre vonatkozó rendelkezésektől egyező akaratú eltérhetnek, ha jogszabály az eltérést nem tiltja.

A törvény 536. §. (1) bekezdése szerint a *biztosítási szerződés* alapján a biztosító meghatározott jövőbeni esemény (biztosítási esemény) bekövetkeztétől függően bizonyos összegnek megfizetésére vagy más szolgáltatás teljesítésére, a biztosított, illetőleg a másik szerződő fél pedig díj fizetésére kötelezi magát. A szerződés keretében a biztosítónak, mint fő kötelezettnek kettős helytállási kötelezettsége van. A biztosítónak az általában blankettaszerűen megfogalmazott *általános szerződési feltételek*ben nemcsak a biztosítási eseményt, hanem a biztosítási feltételeket is egyértelműen kell megfogalmaznia. A biztosítási szerződések *értelmezésére* is a Ptk. 207. §-ában rögzített alapelv az irányadó, a melynek lényege az, hogy a szerződési nyilatkozatot vita esetén úgy kell értelmezni, ahogyan azt a másik félnek a nyilatkozó feltehető akaratára és az eset összes körülményeire tekintettel a szavak általánosan elfogadott jelentése szerint értenie kellett. A tisztességtelen általános szerződési feltételek alkalmazását a törvény tiltja.^[25] A biztosítási szerződés főszabályként *írásban* jön létre.^[26] Amennyiben jogszabály vagy megállapodás írásbeli alakot rendel, legalább a szerződés lényeges tartalmát írásba kell foglalni. Tekintettel arra, hogy a Ptk. röviden definiálja a biztosítási szerződés fogalmát, ezért a Bit. idevonatkozó, 96. § (1) bekezdését is figyelembe kell venni, amely a biztosítási termék minimális

tartalmi követelményeit rendezi. A biztosítónak a szerződés hatálybalépésétől helytállási (*praestare*) kötelezettsége keletkezik, majd a biztosítási esemény bekövetkezésekor ez a kötelezettség szolgáltatási (*dare*) kötelezettséggé változik.

A biztosítási szerződés olyan *jogviszonyt* is keletkeztethet, amelynek akár négy, vagy több *alanya* is lehet: a biztosító, a szerződő fél, a biztosított és a kedvezményezett, mivel az érintettek száma tovább gyarapodhat a károsult(ak), a kárért felelős(ök) és a károkozó(k) személyével. A (magán) *biztosító* olyan szervezet, amely kifejezetten ebből a célból jött létre és részvénytársasági, szövetkezeti, illetőleg egyesületi formában működhet.^[27] A biztosító egyesület kizárólag tagjaival létesíthet biztosítási jogviszonyt. A Ptk. fenti definíciója szerint – összhangban a Bit-tel – magán személy csak kivételesen állhat a biztosító oldalon.

A *szerződő fél* az, aki a biztosítóval a szerződést megkötí, tehát lehet maga a biztosított is, ebben az esetben saját vagyonára, személyére köti a biztosítási szerződést. A szerződő fél fő kötelezettsége a szerződésben foglalt esedékesség szerint a biztosítási díj fizetése. A *biztosított* az, akinek vagyontárgyát, vagy személyét ért károsodás minősül biztosítási eseménynak és váltja ki a biztosító szolgáltatási kötelezettségét. A *kedvezményezett* az, aki a biztosítási esemény bekövetkezésekor a biztosító által teljesítendő szolgáltatást, a hazai biztosítói gyakorlat szerint általában pénzüsszeget, azaz a biztosítási összeget kapja. A *károkozó* személye problematikus, általában a biztosító kerül majd vele később kapcsolatba, a megtérítési igény érvényesítésekor. Azonban a felelősségbiztosítás keretében biztosítási eseménynak minősülő károkozás esetén nem a tényleges károkozó, hanem a biztosító teljesít a kötelezett helyett. Ebben a különleges biztosítási jogviszonyban jelentkezik a *károsult*, aki igényét a károkozó helyett a helytállni köteles biztosítóval szemben – a törvény rendelkezéseitől eltérő biztosítási szabályzatok szerint – akár közvetlenül is érvényesítheti. A felelősségbiztosítás biztosítottja a *kárért felelős személy*, akinek az őt terhelő kártérítést meg kell fizetnie.

A megfelelő *tájékoztatás* szerepe nagyon fontos, mivel ezen alapul a biztosító kockázatviselése, illetve gazdasági szempontból a díjszabása. A Ptk. generál klauzulái körében rögzített jóhiszeműség és a tisztesség követelményeinek megfelelő (*bona fides*), kölcsönösen együttműködve történő eljárás, valamint az 540. § (1) szerint, a biztosított a szerződéskötéskor köteles a biztosítás elvállalása szempontjából lényeges minden olyan körülményt a biztosítóval közölni, amelyeket ismert vagy ismernie kellett.^[28]

A biztosítási szerződés visszterhes, a szolgáltatás ellenértéke a *biztosítási díj*, amelynek megfizetése a szerződő fél kötelezettsége. Az első díja a szerződés létrejöttékor, minden későbbi díj pedig annak az időszaknak első napján esedékes, amelyre a díj vonatkozik. Az egyszeri díjat a szerződés létrejöttékor kell megfizetni. Természetesen a szerződő felek megállapodással eltérhetnek (például halasztás).^[29] A Ptk. 546. § a díjfizetés szabályait annyiban egészíti ki, hogy ha a

biztosítási esemény bekövetkezik, a biztosító az egész évre járó díj megfizetését követelheti, vagy levonhatja a fizetendő biztosítási összegből,^[30] kivéve ha a felek rövidebb időszakban állapodtak meg. A díjfizetés a *biztosítási szolgáltatás* ellenértéke, ezért ide kapcsolódik, hogy a törvény nem korlátozza a biztosító által nyújtandó szolgáltatás tárgyát kizárólag pénzüsszegre, ezért nem kizárt, hogy a biztosító természetbeni reparálást nyújtson a károsultnak (pl. a megrongálódott vagyontárgy kijavításával, helyreállításával stb.), meg kell azonban jegyezni, hogy ez megoldás egészségbiztosítás esetén ritka, a gyakorlat az egyösszegű kifizetést alkalmazza.

A Ptk. szerint *biztosítási esemény* lehet különösen: i) a szerződésben megállapított károsító esemény; ii) halál bekövetkezése, meghatározott életkor elérése; iii) testi sérülést, rokkantságot vagy halált okozó baleset. Az 544. §. (1) bekezdése szerint a biztosítási esemény bekövetkezését a szabályzatban megállapított idő alatt a biztosítónak *be kell jelenteni*, a szükséges felvilágosításokat meg kell adni,^[31] és lehetővé kell tenni a bejelentés és a felvilágosítások tartalmának ellenőrzését. A biztosító kötelezettsége nem áll be, amennyiben a biztosított az előírt kötelezettségeket nem teljesíti, és emiatt lényeges körülmények kideríthetetlenekké válnak. Önmagában a késedelmes vagy pontatlan bejelentés azonban – ha más eszközökkel a releváns körülmények feltárhatók – nem eredményezi a biztosító mentesülését a helytállási kötelezettség alól.

A biztosítási szerződések esetében is alkalmazandó a *clausula rebus sic stantibus* elvének érvényesülése, azaz a körülmények lényeges változása kizárhatja a már megkötött szerződés eredeti tartalom szerinti megvalósítását. Ennek megfelelően amennyiben *a biztosítás hatályának kezdete előtt* a biztosítási esemény bekövetkezett, bekövetkezése lehetetlenné vált, vagy a biztosítási érdek megszűnt, a szerződés, illetőleg annak megfelelő része nem válik hatályossá. Ha *a szerződés hatálya alatt* a biztosítási esemény bekövetkezése lehetetlenné vált, vagy a biztosítási érdek megszűnt, a szerződés, illetőleg annak megfelelő része a hónap utolsó napjával megszűnik. Tekintettel arra, hogy ilyenkor a biztosítási szerződés a jövőre nézve szűnik meg, nem jár vissza a biztosítási díjnak azon része, amelyet a szerződő fél arra az időszakra fizetett be, amikor a biztosítási szerződés még érvényben volt.

A biztosítási szerződésekre vonatkozó *vegyes rendelkezések* közül az 567. § (1) bekezdését kell kiemelni, amely kimondja, hogy a jelen fejezet rendelkezéseitől a biztosítási szabályzat és a felek szerződése a biztosított, illetőleg a kedvezményezett hátrányára a törvény kifejezett engedélye nélkül nem térhet el.^[32] A szabályzat azonban kimondhatja, hogy ha a biztosítási esemény meghatározott rendkívüli körülményekkel kapcsolatosan következik be, a biztosító nem köteles teljesíteni.^[33]

3.2. Az új Polgári Törvénykönyv

Az új Ptk. kodifikációs munkálatai a biztosítási szerződésekről, valamint a kártérítésről szóló fejezeteket is érintették. 2007-ben indult meg ezen részek társadalmi és tudományos vitája. 2008 folyamán tovább folytatódtak a Ptk. reform előkészületi munkálatai, az év végén megelénkült és döntő szakaszába érkezett a polgári jogi kodifikáció.

A több évig elhúzódó előkészítő munka után a Kormány 2008 júniusában beterjesztette a Parlamenthez a Polgári Törvénykönyvről szóló törvényjavaslatot. A biztosítási jogviszonyok alapvető megújulása hosszú távra meghatározza a szakma civiljogi környezetét. A szektort átfogóan képviselő MABISZ a Kodifikációs bizottság tagjaként vett részt a jogszabály előkészítésben, ahol következetesen képviselte a szakma által meghatározott koncepciót. A törvény előkészítésében közreműködők számos alkalommal, rendszeresen beszámoltak a munka állásáról, mindenekelőtt a jogi tagozatban, de részletes elemző anyag készült más tagozatok véleményének kialakítására, elősegítésére, illetőleg tájékoztatására. A törvényalkotás folyamata értelemszerűen magával hozza, hogy az országgyűlési képviselők módosító javaslatokat tesznek. Több mint 400 ilyen javaslatot kellett számba venni és értékelni a biztosítók nézőpontjából. A MABISZ is több módosító javaslatot terjesztett elő. A kodifikáció vitás kérdéseit a szövetség igyekezett mind tagsága, mind a nagyobb nyilvánosság számára megjeleníteni, ezért vállalt közreműködést a hazai és nemzetközi tudományos és szakmai konferenciákon (pl. a polgári jogi felelősség határait vizsgáló AIDA X. Budapesti Kollokviumon), és rendelkezésre bocsátotta a Biztosítási Szemle hasábjait az idevágó közlemények megjelentetésére.

A Ptk. újrakodifikált biztosítási fejezete végső soron megfelelő árnyaltsággal tükrözi vissza az elmúlt fél évszázadban végbement, mélyreható *gazdasági változásokat*, lehetőséget adva a biztosítottaknak és a biztosítóknak, hogy megállapodásaikat egymás differenciált igényeihez igazodva, a nemzetközi piac fogalomkészletét a magyar jogba újólapon bevezetve (kárbiztosítás és összegbiztosítás, betegségbiztosítás), a viszontbiztosítók szempontjait is érvényesítve köthessék meg.^[34]

A jelenlegi szabályozás az *egyoldalú kógencia* elvén alapul. Ez azt jelenteti, hogy a biztosított és a szerződő fél terhére a biztosító nem térhetett el a Ptk. biztosítási fejezetének szabályaitól. Az egyes biztosítási termékeket leíró szerződések mögé emiatt olykor nehéz volt viszontbiztosítót találni, miután ez a jogi megoldás idegen – különösen az angolszász – jogrendszerekben lényegében ismeretlen.^[35] Az egyoldalú kógencia előnyeit az új Ptk. hatálybalépését követően csak a fogyasztók, és ők is csak bizonyos megkötésekkel élvezhetik.

A változások közül érdemes kiemelni, hogy a biztosító a törvény szigorú szabályainak betartásával a biztosítási szerződés időtartama alatt is módosíthatja egyoldalú nyilatkozatával saját általános szerződési feltételeit (ÁSZF), ha erre a

szerződés megkötésekor hatályos ÁSZF lehetőséget adott, azaz ha ebben a felek (biztosító és biztosított) a jogviszony megkötésekor megegyeztek.

A *ráutaló magatartással* ezután csak akkor jöhet létre biztosítási szerződés, ha az ajánlatot a fogyasztó a törvénynek megfelelő tájékoztatás alapján, mégpedig a biztosító által rendszeresített ajánlati lapon és a díjszabás szerint tette, és erre a biztosító 15, vagy ha az ajánlat elbíráláshoz ez szükséges, hatvan napon belül nem válaszol^[36].

A „törvénytervezet” jelenleg elérhető szövege szerint a *kockázatelbírálás* határideje is módosul, a korábbi 15 naphoz képest a biztosítónak ezután 60 nap áll rendelkezésére az ajánlat elbírálására, ha a kockázat megfelelő értékeléséhez orvosi vizsgálatra van szükség. Az ügyfelek részére kedvezőtlen szabály lesz, hogy a biztosító a biztosított ajánlatát elutasítsa, ha a biztosítási esemény a kockázat-elbírálási határidőn belül következett be. A Ptk. kivételt enged ez alól, ha „nyilvánvaló, hogy az ajánlat elfogadásához vagy elutasításához a kockázat egyedi elbírálására van szükség”. A biztosító a kockázatnak a szerződéskötést követő lényeges változása nyomán kezdeményezheti a biztosítási szerződés megfelelő módosítását, illetőleg azt az érintett kockázatokra végső soron fel is mondhatja, ha vonatkozó viszontbiztosítási fedezete érdekkörén kívül, lényeges mértékben csökkent vagy megszűnt, és emiatt a biztosító a releváns kockázatok további fedezésére nem képes.

A *határozott időre* kötött biztosítási szerződésekkel kapcsolatban újdonság, hogy a felek kiköthetik, hogy a következő biztosítási időszak végéig automatikusan meghosszabbodik, ha a szerződéses határidőn belül egyik fél sem közli a másikkal a szerződés megszüntetésére irányuló nyilatkozatát.

A *biztosítási összeg* szabályait is érintik a változások a biztosító, a biztosítási összeg keretein belül a kárenyhítésnek csupán szükséges költségeit, nem pedig annak valamennyi költségét téríti meg, mindkét esetben és változatlanul az arra való tekintet nélkül, hogy a kárenyhítés eredményre vezetett-e. A felelősségbiztosítás alapján kifizetett kártérítés összegét pedig a biztosítottól, a vele közös háztartásban élő családtagtól, vagy azon személytől, akinek eljárásáért a biztosított felelős, a szándékos vagy súlyos gondatlan károkozás eseteiben akkor is visszakövetelheti, ha ebben a felek előzetesen nem állapodtak meg.

4. Összegzés

A hazai biztosítási szektor és a kapcsolódó jogi környezet európai színvonalú. A gazdasági válság sem rázta meg számottevően a biztosítási piacot és a szereplőket. A díjbevétel visszaesést a 2010-es év – az erőjelzések szerint – korrigálja. A joganyag lépést tart a hazai, illetve a nemzetközi gazdasági és szabályozási tendenciákkal. A biztosítási közjog e tekintetben jobb helyzetben van, mint a magánjog. A hatályos Ptk. rendelkezései az elmúlt évek tapasztalatai szerint beváltak, kielégítették az olyan új termékeket is, mint például a unit-linked

alapú életbiztosításokat, vagy az ún. kombihiteleket. Az új Ptk. körüli zavarok esetleges bizonytalanságot eredményeznek a fogyasztóvédelmi, kockázatértékelés során, a tekintetben, hogy melyik időponttól kell-lehet alkalmazni az új rendelkezéseket. Ezzel párhuzamosan a Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyeletének, a Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóságnak és a Gazdasági Versenyhivatalnak is fel kell készülnie a változásokra, esetlegesen a panaszok dömpingszerű kezelésre is.

Melléklet

A biztosítóintézetek díjbevétele (éves kumulált adatok) (milliárd Ft)

Megnevezés	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Életbiztosítási ág összesen	181,557	176,197	204,813	224,680	244,048	302,757	412,678	510,919	464,750	415,611	327,796
<i>Biztosítótársaságok</i>	<i>178,377</i>	<i>172,601</i>	<i>200,614</i>	<i>220,095</i>	<i>239,448</i>	<i>297,801</i>	<i>407,315</i>	<i>504,830</i>	<i>459,046</i>	<i>410,632</i>	<i>324,699</i>
Elérésre szóló életbiztosítás	4,132	4,294	4,277	4,635	5,358	4,563	4,500	4,597	4,161	3,679	2,518
Halálesetre szóló életbiztosítás	3,351	3,732	4,807	6,600	6,302	9,360	9,878	12,414	13,511	14,890	11,464
Vegyes életbiztosítás	88,294	96,400	113,901	120,351	107,288	111,278	117,326	111,052	110,737	101,762	69,270
Járadékbiztosítás	3,254	2,982	2,582	2,251	1,851	1,720	1,590	1,483	5,512	2,258	0,771
Házasság, születés biztosítás	0,796	0,711	0,807	0,901	1,000	1,070	1,065	1,044	1,001	0,937	0,577
Egyéb életbiztosítások	1,463	2,281	2,500	2,725	30,607	30,651	35,019	35,617	34,969	33,483	24,330
Befektetéshez kötött életbiztosítás	77,088	62,201	71,738	82,633	87,043	139,160	237,938	338,622	289,155	253,623	215,769
<i>Nagy egyesületek</i>	<i>3,180</i>	<i>3,596</i>	<i>4,199</i>	<i>4,585</i>	<i>4,600</i>	<i>4,955</i>	<i>5,363</i>	<i>6,089</i>	<i>5,704</i>	<i>4,978</i>	<i>3,097</i>
Nem életbiztosítási ág összesen	206,888	245,130	293,500	335,962	356,783	386,300	405,790	419,835	426,262	410,183	308,357
Biztosítótársaságok	205,965	242,633	289,292	329,880	348,467	375,653	390,040	402,954	409,747	400,983	302,321
Baleset	5,521	6,543	7,209	8,107	9,515	10,271	11,122	13,158	11,974	11,564	9,429
Betegség	3,175	3,720	4,164	4,672	4,906	6,170	6,497	6,979	8,238	7,593	6,464
Casco összesen	53,132	65,468	78,323	88,918	95,180	100,511	103,909	101,313	98,395	89,454	63,031
Szállítmány	2,656	3,090	3,647	3,330	3,414	3,020	3,041	3,205	3,007	2,614	2,199
Tűz- és elemi kockázatok	29,600	34,049	49,240	57,453	62,504	66,172	69,206	75,602	79,483	80,900	64,819
Egyéb vagyoni kockázatok	35,832	42,974	46,491	53,080	42,386	47,567	51,298	54,564	58,313	57,220	46,067
Jármű felelősség összesen	65,262	72,116	82,542	93,767	106,357	116,466	117,892	119,688	121,048	123,126	89,419

Általános felelősség	8,173	11,083	12,137	14,310	16,538	15,395	16,284	15,943	17,648	17,345	12,886
Hitel	0,820	1,488	1,693	2,285	2,424	3,302	3,663	3,937	3,434	3,601	2,191
Kezesség	0,385	0,433	0,728	0,447	0,482	0,672	0,834	1,366	0,780	0,786	0,415
Különböző pénzügyi veszteségek	0,951	1,079	2,316	2,423	3,353	4,299	4,275	4,665	4,633	4,141	3,123
Jogvédelem	0,069	0,073	0,112	0,241	0,456	0,607	0,750	1,040	1,288	1,427	1,317
Segítségnyújtás	0,390	0,404	0,526	0,586	0,749	0,872	0,929	1,147	1,147	0,855	0,722
Temetkezési biztosítás	n.a.	0,114	0,165	0,260	0,202	0,328	0,340	0,347	0,360	0,358	0,238
<i>Nagy egyesületek</i>	<i>0,922</i>	<i>2,497</i>	<i>4,208</i>	<i>6,081</i>	<i>8,146</i>	<i>10,477</i>	<i>15,515</i>	<i>16,881</i>	<i>16,515</i>	<i>9,200</i>	<i>6,036</i>
<i>Kis egyesületek</i>	<i>n.a.</i>	<i>n.a.</i>	<i>n.a.</i>	<i>n.a.</i>	<i>0,170</i>	<i>0,170</i>	<i>0,235</i>	<i>0,310</i>	<i>0,000</i>	<i>0,414</i>	<i>n.a.</i>
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Módozatok összesen	388,444	421,328	498,313	560,642	600,831	689,057	818,468	931,064	891,012	825,793	636,153
<i>Biztosítótársaságok</i>	<i>384,342</i>	<i>415,234</i>	<i>489,906</i>	<i>549,976</i>	<i>587,915</i>	<i>673,454</i>	<i>797,356</i>	<i>907,784</i>	<i>868,794</i>	<i>811,615</i>	<i>627,020</i>
<i>Nagy egyesületek</i>	<i>4,102</i>	<i>6,093</i>	<i>8,407</i>	<i>10,666</i>	<i>12,745</i>	<i>15,432</i>	<i>20,878</i>	<i>22,970</i>	<i>22,218</i>	<i>14,178</i>	<i>9,133</i>
<i>Kis egyesületek</i>	<i>n.a.</i>	<i>n.a.</i>	<i>n.a.</i>	<i>n.a.</i>	<i>0,170</i>	<i>0,170</i>	<i>0,235</i>	<i>0,310</i>	<i>0,000</i>	<i>0,414</i>	<i>n.a.</i>

Forrás: www.pszaf.hu

^[1] Ez alól egyetlen kivétel az életbiztosítás, hiszen a halál mindenkinél bekövetkező esemény, azonban itt a kockázati elem leginkább annak időpontja. Ezért is különül el az életbiztosítás a többi biztosítás típusától.

^[2] lásd bővebben in Vértessy László: *A pénzügyi finanszírozás helye a jogrendszerben.* in Jogelméleti Szemle 2008/3. szám

^[3] Ezzel részletesen a Bit. mellett az IAIS (Biztosításfelügyelet Nemzetközi Szövetsége) és az EU Biztosítási Bizottsága a Szolvencia I. és a Szolvencia II. projektben foglalkozik, amelyek rendelkezését beépítették az uniós, így a magyar joganyagba is.

^[4] in Kerékgyártó – Mundróczó – Sugár: *Statistikai módszerek és alkalmazásuk.* Aula kiadó, 2003. 443. o.

^[5] in Hunyadi László – Vita László: *Statistika I.* Aula 2008. 263. o.

^[6] in Kerékgyártó – Mundróczó – Sugár: *Statistikai módszerek és alkalmazásuk.* Aula kiadó, 2003. 448. o.

^[7] in Trunkó Barnabás: *A biztosítási szektor 2009-ben.* in Biztosítási Szemle 2009. december

^[8] A mondást I. Ferdinand német-római császárnak (1531-1564, 1526-tól magyar király is volt) tulajdonítják, azonban Immanuel Kant: *Az örök béke.* (Zum ewigen Frieden, 1795) című írásából híresült el.

^[9] in *Magyar Biztosítók Évkönyve 2007.* Magyar Biztosítók Szövetsége, 2007. 8. o.

^[10] Bit. 1. számú melléklet a 2003. évi LX. törvényhez A) rész – A nem életbiztosítási ág ágazatok szerinti besorolása: 10. Önjáró szárazföldi járművekkel összefüggő felelősség; 11. Légi járművekkel összefüggő felelősség; 12. Tengeri, tavi és folyami járművekkel összefüggő felelősség; 13. Általános felelősség; 14. Hitelbiztosítás; 15. Kezesség, garancia

^[11] Bit. 1. számú melléklet a 2003. évi LX. törvényhez A) rész – A nem életbiztosítási ág ágazatok szerinti besorolása: 10. Önjáró szárazföldi járművekkel összefüggő felelősség; 11. Légi járművekkel összefüggő felelősség; 12. Tengeri, tavi és folyami járművekkel összefüggő felelősség; 13. Általános felelősség; 14. Hitelbiztosítás; 15. Kezesség, garancia

^[12] *SZOLVENCIA II - Bevezető Ismertető.* MABISZ 2006.

^[13] CRD (Capital Requirements Directives): a hitelintézetek és befektetési vállalkozások tőkekövetelmény szabályozását tartalmazó irányelvek CRD I: Technikai rendelkezések; 2009/27/EK; 2009/83/EK; CRD II: 2009/111/EK; Hibrid tőke, Nagykokázat-vállalás, Felügyeleti együttműködés, Likviditás, Értékpapírosítás CRD III: Kereskedési könyv, Értékpapírosítás, Javadalmazás; CRD IV: Dinamikus tartalékolás, FX lakóingatlan többlettőke, Nemzeti diszkréciók, Fiók közzététel

^[14] in

^[15] Bit. 96/A. § (1) A biztosító a nemi hovatartozás alapján kizárólag az egyenlő bánásmódról és az esélyegyenlőség előmozdításáról szóló 2003. évi CXXV. törvény 30/A. §-ában meghatározott feltételek teljesülése esetén alkalmazhat eltérő díjakat és nyújthat eltérő szolgáltatásokat. (2) A biztosító köteles a termék terjesztésének megkezdésével egyidejűleg nyilvánosságra hozni, és évente az éves adatszolgáltatás teljesítésekor aktualizálni azokat a biztosításmatematikai és statisztikai adatokat, amelyek alapján a nemek között arányos különbségeket alkalmaz a díjakban, illetve a szolgáltatásokban. A biztosító gondoskodik az adatok folyamatosan hozzáférhető módon történő közzétételéről.

^[16] in *Magyar Biztosítók Évkönyve 2008.* Magyar Biztosítók Szövetsége, 2008. 8. o.

^[17] in Zsolnai Alíz: *A pénzügyi szektorbeli felügyelet kérdései az Európai Unió tükrében.* in Hitelintézeti Szemle, 2009/5.szám

^[18] Ezek közül az életbiztosítások adókedvezménye volt az egyik.

^[19] in *Magyar Biztosítók Évkönyve 2007.* Magyar Biztosítók Szövetsége 2007. 8. o.

^[20] www.mabisz.hu – lekérdezés dátuma: 2010. december 8.

<http://www.mabisz.hu/images/stories/docs/sajto/mabiszsajtotajekoztato20101112-valsag.pdf>

^[21] in *Magyar Biztosítók Évkönyve 2008.* Magyar Biztosítók Szövetsége 2008. 8. o.

^[22] Tehát a CASCO biztosítási szerződés célja, hogy a tulajdonunkban, használatunkban levő gépjárműben (leggyakrabban személyautóban) keletkezett károkat megtérítse. Egy általános CASCO általában fedezetet nyújt az autó töréskáraitra (akár saját hibás balesetről, akár ismeretlen általi rongálásról legyen szó), elemi és tűzkárookra, az egész autó vagy alkatrészeinek ellopására, de kiegészítőként tartalmazhat poggyász-, extratartozék- és balesetbiztosítási modult, vagy akár kölcsöngépjármű-szolgáltatást is.

^[23] 190/2004. (VI. 8.) Korm. rendelet a gépjármű üzemben tartójának kötelező felelősségbiztosításáról 1. § d) biztosított: a gépjármű üzemben tartója és vezetője

^[24] in *Magyar Biztosítók Évkönyve 2009.* Magyar Biztosítók Szövetsége 2009. 10-11. o.

^[25] Ptk. 209. § (1) Tiszteességtelen az általános szerződési feltétel, illetve a fogyasztói szerződésben egyedileg meg nem tárgyalt szerződési feltétel, ha a feleknek a szerződésből eredő jogait és kötelezettségeit a jóhiszeműség és tisztesség követelményének megsértésével egyoldalúan és indokolatlanul a szerződési feltétel támasztójával szerződést kötő fél hátrányára állapítja meg. (4) Az általános szerződési feltétel és a fogyasztói szerződésben

egyedileg meg nem tárgyalt feltétel tisztességtelenségét önmagában az is megalapozza, ha a feltétel nem világos vagy nem érthető.

Ptk. 209/A. § (1) Az általános szerződési feltételként a szerződés részévé váló tisztességtelen kikötést a sérelmet szenvedett fél megtámadhatja.

18/1999. (II. 5.) Korm. rendelet a fogyasztóval kötött szerződésben tisztességtelennek minősülő feltételekről

^[26] Ptk.217. § (1) Jogszabály a szerződésre meghatározott alakot szabhat. Az alakítás megsértésével kötött szerződés – ha jogszabály másként nem rendelkezik – semmis. Ptk.218. § (1) Ha jogszabály vagy megállapodás írásbeli alakot rendel, legalább a szerződés lényeges tartalmát írásba kell foglalni. (2) Ha az írásbeli alakot jogszabály rendeli, és a szerződő fél nem tud vagy nem képes írni, a szerződés érvényességéhez közokirat vagy teljes bizonyító erejű magánokirat szükséges. (3) Ha jogszabály vagy a felek megállapodása a szerződés érvényességét megszabott alakhoz köti, az ilyen alakban kötött szerződés megszüntetése vagy felbontása is csak a megszabott alakban érvényes. A szerződésnek a megszabott alak mellőzésével történt megszüntetése vagy felbontása is érvényes, ha az annak megfelelő tényleges állapot a felek egyező akaratából létrejött.

^[27] részletesebben lásd a biztosítókra és a biztosítási tevékenységről szóló 2003. évi LX. törvény I. és II. fejezete.

^[28] A biztosító írásban közölt kérdéseire adott, a valóságnak megfelelő válaszokkal a fél közlési kötelezettségének eleget tesz. A kérdések megválaszolatlanul hagyása egymagában nem jelenti a közlési kötelezettség megsértését.

^[29] EBH 2007. 1607. Az első biztosítási díj megfizetésére adott halasztás a biztosítási szerződés lényeges tartalmi eleme, ezért írásbeli alakot igényel (1959. évi IV. törvény 539. §, 542. §).

BH 2008. 148. Az első biztosítási díj megfizetésére adott halasztás a biztosítási szerződés lényeges tartalmi eleme, ezért írásbeli alakot igényel (1959. évi IV. törvény 218. §, 537. §, 539. § és 542. §).

^[30] FPK 1995/52. A casco szerződés alapján a biztosítottat megillető összegből a biztosító jogszerűen levonhatja a biztosítási év végéig még fennálló hatályos biztosítási díjat [Ptk. 546. § (1) bek.], (41. Pf. 22.416/1994/2.)

^[31] A bejelentésnek nem érvényességi kelléke az írásbeliség, bizonyos káreseményeket a biztosítási szabályzatok szerint például akár rövid úton telefonon is be lehet jelenteni. in *Polgári Törvénykönyv Magyarázata*. KJK-KERSZÖV Jogi és Üzleti Kiadó Kft. Budapest, DVD Jogtár 2009.

^[32] Egyébként az értelmezési sorrend a következők szerint alakul: elsődlegesen a felek konkrét egyedi szerződését, majd az adott biztosítási ágra vonatkozó - általános szerződési feltételnek minősülő - biztosítási szabályzat rendelkezéseit kell vizsgálni, és ezek rendelkezése hiányában érvényesül a Ptk-nak a biztosítási szerződésekre vonatkozó általános rendelkezése.

^[33] Ilyen lehet például egy rendkívül nagy kiterjedésű és mértékű földrengés, árvíz, terrorcselekmény stb.

^[34] in Kiss Ferenc Kálmán: *A szerződések általános szabályai az új Ptk vitatervében*. in Biztosítási szemle 2007. október

^[35] in Oroszlán Zsuzsa: *Biztosítási szerződés az új Ptk-ban*. in *Ügyvédvilág* 2010/1. szám

^[36] in Takáts Péter: *A polgári jogi kodifikációról – biztosítási szemszögből*. MABISZ, 2009.