

Bakos Eszter

Gellén Klára: Értékpapírjog

(További szerzők: Farkas Yvett, Kaprinay Zsófia és Száz Ágnes)

A munka 2009-ben a Pólay Elemér Alapítvány gondozásában jelent meg a Szegedi Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Karán. A mű szerkesztője és egyben szerzője Gellén Klára a Polgári Jogi és Polgári Eljárásjogi Tanszék docense, aki Farkas Yvettel, Kaprinay Zsófiával és Száz Ágnessel azt a hiányosságot pótolták együttes, összehangolt munkájukkal, amely eddig megnehezítette az értékpapírjog tantárgyat hallgató egyetemi közönség felkészülését. Ez az első olyan mű a felsőoktatásban, amely a területet ilyen széles körben átfogja és részletesen tárgyalja az értékpapírjog minden aspektusát. Az írók kiemelt figyelmet fordítottak az értékpapírok klasszikus anyagi jogi és piaci szabályainak jól áttekinthető, összecsiszolt rendszerben történő elemzésére. Egy ilyen munka megalkotása már nélkülözhetetlen volt az oktatás számára, az értékpapírok, az értékpapírokkal történő kereskedés egyre nagyobb jelentősége miatt fokozott igény mutatkozik a szabályok összecsiszolt logikai rendszerben, érthető módon történő rögzítésére. Talán ez az egyik legnagyobb érdeme ennek a rendkívül magas színvonalú, alapos műnek.

A tankönyv az értékpapírhoz, mint nem önálló jogág, de a polgári jogon belül viszonylagos önállósággal bíró jogterület dogmatikai alapjaival és a vonatkozó tételes joganyaggal ismerteti meg az olvasót. E művükkel a Szerzők rálátást engednek egy olyan terület minden fontos kérdésére, összefüggésére, amelyről akarva akaratlanul nap mint nap hall a társadalom egésze. A televízió, a rádió, a hírlapok folyamatosan információkkal látnak el bennünket a tőzsdei hírekről, a valutaárfolyamokról, a banki és befektetési szolgáltatásokról. A pénzügyi világ és a pénzügyi piac rohamos változása, fejlődése és fokozódó jelentősége ellenére „bizonyára nem járunk messze a valóságtól, ha azt feltételezzük, hogy az emberek többségének nincs pontos ismerete a pénzügyi szféra felépítéséről, eszközeiről és piacairól sem”^[1]. Életünk e kulcsfontosságú részének működése, innovációja szükségessé teszi nem csak a jogot hallgatók számára, hanem a területtel foglalkozó szakemberek számára is a biztos alapok elsajátítását. A Szerzők munkájukkal ebben segítik a terület iránt érdeklődő idősebb és fiatalabb korosztályt, mert bizton állíthatom a mű Előszavának írójával, Török Gábor egyetemi tanárral egyetértve, hogy többet alkottak, mint egy, kizárólag egyetemi oktatásra alkalmas mű. A tömör, ugyanakkor a témakör egészére rálátást engedő színvonalas és közérthető munka a banki, tőzsdei és más, a pénz, az értékpapírok világában érintett szakemberek számára is olyan alapművé válhat, amely eligazítást nyújt számukra a mindennapi munkájuk során.^[2]

A Szerzők az értékpapírhoz releváns tárgyköreit három részre tagolva vizsgálják.

Az első rész erősen dogmatikai vonású, az értékpapírok *közös szabályaival*

(általános rész) foglalkozik. E részből sajátíthatók el azok az alapvető információk, amelyek nélkülözhetetlenek az értékpapírjog bonyolultabb kérdéseinek megértéséhez. Külön értéket ad a műnek, hogy Gellén Klára az általa írt első részben a klasszikus magyar magánjogtudomány nagyjait – mint Kolosváry Bálint, Almási Antal és Szladits Károly - is megidézi, ezzel is felkeltve az olvasó érdeklődését az értékpapírok történetének megismerése iránt. Az értékpapírok használata nem új keletű jelenség, mint rugalmas és forgalomképes eszközök a kereskedelmi ügyletekkel párhuzamosan váltak elterjedté. Korábban, 1960 előtt a kereskedelmi jog területéhez tartozott e diszciplína, csak később nyert a polgári jogon belül viszonylagos önállóságot. Hasznos és érdekes lehet annak a változásnak a tanulmányozása, ahogy a klasszikus magánjogi szabályok mellett folyamatosan megfogalmazódtak és megfogalmazódnak a tőkepiaci előírások az értékpapírok gazdasági szerepének átalakulása következtében.^[3] Így ma már a magánjogi vonásokat magukon viselő szabályok mellett az értékpapírjog szerves részét képezik a piac működésével, szereplőivel és felügyeletével foglalkozó jogforrások is.

A második rész az *egyes értékpapírok* (különös rész), míg a harmadik pedig a *piac szabályait* gyűjti egy csokorba. E két utóbbi rész már a tételes jogra épül, de a Szerzők hivatásszeretűk, illetve a téma elméleti és gyakorlati kérdéseinek alapos ismerete miatt a jogot hallgató, még az értékpapírok világában nehezebben eligazodó, kevésbé jártas közönség számára is világos rendszerezést adva tárják fel a fontos tudnivalókat, és egyértelműen láttatják az összefüggéseket.

A mű „Az értékpapírok közös szabályai” címet viselő részében a *rendszer-tani alapok* megismertetése után a következő témaköröket tárgyalja: az *értékpapír fogalma, fő jellemzői, gazdasági funkciói, osztályozása, formája, kibocsátása és előállítása, valamint átruházása* és végezetül az értékpapírok *jogi és fizikai megsemmisítése*. Az értékpapírok ezen főbb magánjogi jellemzőire az 1959. évi IV. törvény, a Polgári Törvénykönyv (Ptk.) „Kötelmi jog” című főrészében a szerződések közös szabályai között elhelyezett rendelkezések az irányadók. A Ptk. a pénzkövetelésről szóló értékpapírt tekinti az értékpapírok alaptípusának és a XXVIII/A. fejezete tartalmazza ennek meghatározását, főbb jellemzőit és az átruházásuk sajátosságait. Emellett az általános részben helyett kapnak a tőkepiacról szóló 2001. évi CXX. törvény (Tpt.) dematerizált értékpapírra vonatkozó anyagi jogi szabályai.

A különös rész az *egyed-értékpapírok egyedi sajátosságaival*, azok fogalmával, kellékeivel, jellemzőivel, alanyaival, a felmerülő speciális témakörökkel ismerteti meg a könyvet kezében tartó olvasót. A Szerzők az egyes értékpapírok szabályozását a rájuk vonatkozó speciális jogforrások, törvények és rendeletek alapján részletezik. Az egyedi értékpapírok megismertetése során az írók követik a megtestesített alanyi jog, a kötelmi, dologi és végül a tagsági jogi papírok szerinti besorolást. Ezen besorolás szerint a különös rész ad lehetőséget a váltó mellett a csekk, a kötvény, a kincstárjegy, a letéti jegy, a jelzáloglevél, a közraktári jegy, a részvény teljes körű, minden részletre kiterjedő megismerésére. Továbbá a dologi jogi értékpapírok tárgyalása során az írók a teljesség kedvéért röviden,

de lényegre törően szólnak a szállítmányozás és a fuvarozás során használt értékpapírokról is, mint ahogy teszik a tagsági jogokat megtestesítő szövetkezeti üzletrész és vagyonjegy kapcsán. Végül „Egyéb értékpapírok” cím alatt térnek ki a befektetési és kárpótlási jegy, mint különös vonású értékpapírokkal kapcsolatos tudnivalókra.

Az utolsó részben kerül sor a piac szabályainak mindenki számára érthető módon történő bemutatására, amely az értékpapírpiac sajátosságai, az értékpapírok befektetési jellege és ebből következően a befektető védelem miatt bír különös fontossággal. Ez a rész a Tpt. alapján foglalja össze a terület iránt érdeklődőknek a törvény hatálya alá tartozó *értékpapírok forgalomba hozatalának* általános szabályait, a zártkörű és nyilvános forgalomba hozatalt, az *értékpapírok szabályozott piacának* és a *tőzsdén kívüli piacnak* a garanciális szabályait. Továbbá sor kerül a *befektetési szolgáltatások* jogi keretének, típusainak, tárgyának, szereplőinek, a szolgáltatásokkal kapcsolatos szerződéseknek és az *értékpapírpiac* Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyelete (PSZÁF) által ellátott *felügyeletének* ismertetésére a befektetési vállalkozásokról, az árutőzsdei szolgáltatókról, valamint az általuk végezhető tevékenységről szóló 2007. évi CXXXVIII. (Bsz.)-, továbbá a PSZÁF-ról szóló 2007. évi CXXXV. törvény rendelkezéseire figyelemmel. E részben a Szerzők kiemelt figyelmet fordítanak a befektetési szolgáltatások sokak által nehezen érthetőnek gondolt világára. Teszik ezt mindazért, mert hazánkban is egyre nagyobb jelentőséggel bírnak azok a tőkepiaci műveletek - mint a részvények, kötvények vásárlása vagy

részesedésszerzés egy-egy részvénytársaságban, esetleg az emberek bankbetétjeinek lekötése -, amelyek ezen szolgáltatásokra épülnek. Az írók is felhívják az olvasó figyelmét arra, hogy napjainkban a befektetési vállalkozások, bankok által nyújtott szolgáltatások világát már nem tekinthetjük „misztikus világnak”, ezek szabályainak ismerete igenis szükséges. Éppen ezért bevezetik az olvasót az értékpapírokkal kapcsolatos tranzakciók világába, és a befektetési szolgáltatások és azok szereplői mellett hangsúlyt fektetnek a szolgáltatások feltételeinek részletezésére is. Ezzel az írók bepillantást engednek a szolgáltatókra vonatkozó engedélyezési, szervezeti szabályokra és a rájuk vonatkozó személyi feltételekre. Emellett a Szerzők kitérnek a szolgáltatók és az ügyfelek jogai és kötelezettségei és a befektető-védelem témakörére, melyek szabályai a szolgáltatók tisztességes eljárását hivatott előmozdítani.

A mű egyes részei és fejezetei éreztetik, hogy a terület valamennyi aspektusa feldolgozásra került és ezt jól tükrözi, hogy a szerzők nem álltak meg a hagyományos magánjogi jellemzők feltárásánál, hanem az értékpapírok gazdasági, tőkepiaci, befektetési jellegére tekintettel tovább léptek a szűkebb értelemben vett értékpapírjog bemutatásán, és a tőkepiaci értékpapírok jogával is megismertetik az olvasót (tágabb értelemben vett értékpapírjog). További nagy érdeme a műnek, hogy megkönnyíti e terület magas szintű, átfogó, részletes megismerését azáltal, hogy hangsúlyt fektet a vonatkozó hazai magasabb és alacsonyabb szintű jogforrások és gyakorlati kérdések mellett a közösségi háttérre is. A Szerzők igyekeznek minden egyes témakörnél utalni a relevanciával bíró

közösségi joganyagra is, mint például az értékpapírok nyilvános forgalomba hozatala esetén szólnak az ún. Propektus és Transzparencia Irányelvről, illetve a 809/2004/EK Rendeletéről vagy a tőzsde működése kapcsán az Európai Parlament és a Tanács 2004/39/EK Irányelvéről. Továbbá kiváló összefoglaló táblázatok találhatóak a névre szóló részvénytípusokon belül a részvényfajtákra, a részvényosztályokra és a részvénytársaságokra, illetve a tőzsdei termékek szekcióira és jól áttekinthető ábrák illusztrálják a dematerizált értékpapír előállításának, a tőzsdei kereskedés szereplőinek egymással való kapcsolatát. Ezekon kívül a gyakorlati példák és a „Jegyzetekben” olvasható magyarázatok láttatják, megvilágítják a nehezebben érthető kérdéseket. Ezek segítik az értékpapírok világában még nem oly járatos, vizsgára készülő hallgatót vagy a munkájában segítségre szoruló szakembert azáltal, hogy közelebb engednek a befektetési szolgáltatások témaköréhez vagy megmagyarázzák, tovább részletezik a mű főszövegében foglaltakat.

Összegzésként megállapíthatom, hogy a Pólay Elemér Alapítvány e kiadványa hasznos társa lesz mindenkinek, aki az értékpapírok világa iránt mutat érdeklődést. Ami nekem még nem adatott meg joghallgatóként, az ma már nemcsak a szegedi, hanem más egyetemek tanulóközönsége számára is biztosított. Ez a lehetőség egy olyan szisztematikusan felépülő, kiváló munkából történő felkészülés, amely a területet kevésbé ismerők számára is érthetővé, könnyen elsajátíthatóvá teszi e diszciplínát. A mű adatgazdagsága ellenére minden egyes részében, azon belül fejezetében dogmatikailag csiszolt, logikailag kidolgozott.

Annak ellenére, hogy a munka jelentős részében a tételes joganyagra épül, a Szerzőknek sikerült megtalálni az egyensúlyt a szakmaiság és az átláthatóság között, ezért a felsőoktatásban mindenképp helye van egy ilyen tankönyvnek.

^[1] Zeller Gyula – Koltai Zoltán: Pénzügyi alapismeret pedagógusoknak. E – learning verzió. Bevezetés. Pécsi Tudományegyetem Felnőttképzési és Emberi Erőforrás Fejlesztési Kar. 2008.

^[2] Gellén Klára: Értékpapírijog. Szeged, 2009. 13.p.

^[3] Uo. 17-18.p.

Bató Szilvia

Kriminológiai nyári egyetem Pécsen

A Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara és a Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (MPICC, Freiburg) együttműködésének keretében – Prof. Dr. Korinek László és Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Jörg Albrecht jóvoltából – Pécsen minden páros évben kriminológiai, a páratlan években pedig anyagi büntetőjogi kurzusokat szerveznek a büntetőjog-tudomány és a praxis aktuális kérdéseiről. Az összejövetelek célja egyrészt a fiatal magyar kutatók és gyakorlati szakemberek „kölségghatékony” továbbképzése, ugyanis a MPICC vezető munkatársai az intézet legújabb kutatási eredményeiről tartanak előadásokat, „megspórolva” ezzel néhány ösztöndíjat. Másrészt kiváló lehetőséget teremtenek az adott kutatási terület ifjú művelőinek nemzetközi kapcsolatok kiépítésére, mivel a MPICC holdudvarához tartozó fiatal európai kutatók is részt vesznek a kurzuson. Az előadásokat követő diszkusszióban így nemcsak német és magyar szempontból vitathatják meg a résztvevők a hallottakat, hanem megismerhetik a környező államokban képviselt álláspontokat is.

Ennek a sorozatnak a keretében került sor 2010. június 7-10. között a harmadik kriminológiai nyári egyetemre (Dritter Kriminologischer Sommerkurs), amely ebben az évben a büntetés-végrehajtás és a veszélyes bűnelkövetőkkel szemben alkalmazható eszközök kérdését járta körül. A kurzus a hagyományoknak megfelelően délelőtt és délután is egy-egy problémakört dolgozott fel. A résztvevők nemcsak a formális vitákban, hanem a kávészünetekben és minden félhivatalos eseményen aktívan folytatták az eszmecserét a legizgalmasabb kérdésekről. Idén Magyarországról egyetemi kutatók és oktatók mellett ügyészek, büntetés-végrehajtási szakemberek (nevelő, pszichológus) vettek részt, sőt grúz, bolgár, cseh és horvát kollégák is voltak. A szervezők – és öntevékeny módon a résztvevők is – kihasználták a kulturális főváros kínálta lehetőségeket, nemcsak a szervezett programokon (pl.: városnézés), hanem önállóan is „felfedezték” Pécsen.

Hétfőn (június 7.) reggel a nyári egyetem „alapító atyáinak” bevezetője és az ismerkedést követően Albrecht professzor úr tartott egy áttekintő előadást az utóbbi években megfigyelhető változásokról (Strafvollzug und gefährliche Straftäter – Internationale und nationale Entwicklungen). Az előadásból kiderült, hogy a bűnözés új jelenségeire a kriminálpolitika számos országban a szabadságvesztés kiterjesztésével, sőt kifejezetten a hosszú tartamú (sőt életfogytig tartó) szabadságvesztés gyakoribb alkalmazásával reagált. Ennek

kapcsán az előadó ismertette a szabadságelvonás végrehajtására vonatkozó legújabb nemzetközi normákat. A veszélyesnek minősíthető elkövetők – a hagyományosan ilyennek tekintett karrier-bűnözők mellett – négy újabb csoportjára koncentrál a jogalkotás és a büntetés-végrehajtás nemzetközi szinten: szexuális bűncselekmények elkövetőire, erőszakos tettesekre, terroristákra és a szervezett bűnözés miatt elítéltekre. Ezek a fogvatartottak a cselekményük, a végrehajtás során tanúsított magatartásuk és a visszaesés nagy kockázata miatt a „szokványos” elítéltekhez képest eltérő bánásmódot igényelnek. Ezeket az eltéréseket (izoláció, kommunikáció korlátozása, az ilyen elítéltek koncentrációja, speciális kezelés) mutatta be Hans-Jörg Albrecht, és kitért a különleges végrehajtási szabályok és az elítélteket megillető jogosítványok közötti feszültségekre is.

Délután Prof. Dr. Helmut Kury *Der rechtliche Rahmen und die praktische Bedeutung von Gutachten im Strafvollzug in Deutschland* címmel tartotta meg előadását, amely egy magyar viszonyok között nem létező szakértői tevékenységet mutatott be: az elkövetőre vonatkozó személyes pszichológiai prognózist. Az előadás részletesen taglalta a pszichológiai szakvélemény német szabályozását, a gyakorlati alkalmazás lehetőségeit és a tényleges megvalósulást. Ennek kapcsán a legizgalmasabb kérdés a „téves pozitív szakvélemény (falsch Positiven Gutachten)” volt: azaz mi van akkor, ha a szakértő tévesen veszélyesnek minősíti a fogvatartottat, pedig valójában nem az. A diszkusszióban többen is érintették ezt a problémakört.

A német szabályozás és gyakorlat után Kulcsár Gabriella (PTE) a magyar viszonyokkal ismertette meg a résztvevőket.

A kedd (június 8.) délelőtti blokkban Dr. Gunda Wößner a szexuális bűnelkövetők végrehajtás során megvalósítható terápiáját (*Die Behandlung von Sexualstraftätern in der Sozialtherapie und im Regelvollzug*) mutatta be. Az előadó a politikai kíváncsiságot megfogalmazott terápia tényleges megvalósulásának kereteit ismertette elsőként: a büntetőjogi feltételeket (bűncselekmények, életkor, büntetés) és az ún. klinikai kritériumokat (kezelés szükségessége, kezelhetőség és a motiváció) példákkal támasztotta alá. Ezt követően részletesen ismertette a terápiás lehetőségeket, sőt a hallgatóságot is aktivizálta a terápia során alkalmazott és erre a kurzusra kiválogatott tesztek kitöltésére buzdítva. A vitában a terápia részletszabályaira (nyelvi akadályok, tartam, gyakoriság) és a teszt bizonyos részeire kérdeztek rá a résztvevők.

Délután Dr. Rita Haverkamp számolt be a nők büntetés-végrehajtásáról (*Frauenstrafvollzug in Deutschland*) egy már lezárt empirikus kutatás alapján. A női bűnözés alapvető jellemzőinek bemutatása után a végrehajtó hálózat általános jellemzőiről (tartományonként eltérő szabályozás, külön intézethálózat hiánya, szakemberek hiánya) tájékoztatta a hallgatóságot. A női fogvatartottak speciális jellemzőik (képzettség hiánya, eltérő egészségügyi követelmények,

eltérő kommunikáció, az őrszemélyzethez való sajtósági viszony) miatt egészen más bánásmódot igényelnek. Ilyen például az, hogy egészségügyi okok miatt a saját ruha viselésének szabályai eltérőek, különbözőek a vásárlási lehetőségek, valamint a baba-mama körleteket alakítottak ki. A női fogvatartottak visszailleszkedése és az utógondozása a férfiakénál is nehezebb, hiszen lényegesen képzetlenebbek és nem tudnak igazi perspektívát nyújtani nekik. A diszkusszió során a fiatalok és a fiatal felnőtt női fogvatartottak helyzetére is kitért az előadó.

Különösen a külföldi résztvevők számára volt érdekes a szerda (június 9.) délelőtti börtönlátogatás, amelynek során két intézetet (Fiatalok Regionális Büntetés-végrehajtási Intézetét és a Baranya Megyei Büntetés-végrehajtási Intézetét) és a magyar börtönügy két korszakát ismerhették meg. A fiatalok az európai ajánlásoknak és követelményeknek mindenben megfelelő modern intézményben nyertek elhelyezést, viszont a felnőttek a 19. század végén épült – többször felújított, de a korszerű végrehajtási elveknek és normáknak csak részben megfelelni képes – szárnyban várják a jogerős ítéletet.

Délután Dr. Michael Kilchling előadásában a Németországban alkalmazott biztonsági őrizet problémáját járta körül (Die Sicherungsverwahrung – ein deutscher Sonderweg?). Az előadó felvázolta a szankciórendszeren belüli helyét és a történeti kialakulását a német egységig. Ezt követően részletesen ismertette a jelenleg alkalmazható hét (!) változat jogi feltételeit, és megállapította, hogy a biztonsági őrizetre vonatkozó rendelkezések valójában nem alkotnak zárt rendszert, hanem egy ad hoc jogalkotási folyamat eredménye a jelenlegi szabályozás. Behatóan foglalkozott továbbá a szabályozásból fakadó alkotmányossági és alapjogi kérdésekkel, valamint a végrehajtás során jelentkező problémákkal. Az előadást lezáró eszmecsereben az is elhangzott, hogy a politikusok a jogalkotás során valójában senkinek a véleményét sem vették figyelembe.

A nap két kriminálstatisztikai előadással fejeződött be: Dr. Volker Grundies a visszaesést meghatározó körülményeket elemezte (Determinanten des Rückfalls: Ergebnisse aus der Freiburger Kohortenstudie), majd Dr. Carina Tetal foglalkozott a szankciók és a visszaesés kapcsolatával (Beeinflusst die Sanktion die Legalbewährung?).

A csütörtök (június 10.) délelőtti blokkban egy Magyarországot kevésbé érintő, de mégis számos problémát felvető, aktuális előadás hangzott el (Anna Petrig, LL.M.: Strafvollzug im Völkerrecht und Völkerstrafrecht, insbesondere im Hinblick auf Piraten und Kriegsverbrecher). A somáliai kalózkodás és a háborús bűnösök büntetőjogi felelősségre vonása kapcsán a büntetés végrehajtásának helye, a végrehajtási körülmények, valamint a büntetés letöltése utáni „bánásmód” szinte megoldhatatlan feladatok elé állítja a nemzetközi közösséget. Az előadó bemutatta az eddigi kísérleteket, amelyekből az derült ki, hogy az

európai szemléletből fakadóan anakronisztikus helyzeteket teremtettek, például a kalózkodóknak külön modern börtönt építettek, miközben az átlag szomáliai bűnelkövető európai mércével mérve elviselhetetlen körülmények között tölti a büntetését.

A kurzus utolsó előadásában (CPT, SPT, CAT, HRC, CM... – wie internationale Organisationen und ihre Standards die Wirklichkeit im Strafvollzug beeinflussen) Daniela Cernko a büntetés-végrehajtásra vonatkozó előírások rendszerét és ezek ellenőrzési mechanizmusát ismertette, majd a résztvevők megbeszélték az Európa Tanács Kínzás Elleni Bizottsága (CTP) 2010. június 8-án publikált Magyarországra vonatkozó jelentésének egyes elemeit. A diskusszióban a hallgatóság az ellenőrzések megtervezésére és az érintett kormányok reakcióira voltak leginkább kíváncsiak.

Korinek László professzor úr moderálta a záró beszélgetést, amelyen a résztvevők összegezték a tapasztalataikat, valamint – a hagyományoknak megfelelően – megfogalmazták, hogy milyen problémakörökről hallanának szívesen a következő összejöveteleken.

Blutman László:

A jogi terminusok fokális elemzése: ókori üzenet a palackban?

1. A nyitott jogi fogalmak csapdája, avagy *Nagy Károly* rejtvénye
2. *Hart Wittgenstein* nyomában: a jog definiálásának feladása
3. A fokális elemzés Arisztotelésznél: a terminusok strukturált többértelműsége
4. *Finnis* és a jog fokális elemzése
5. Miért nem fokális elemzés, amit *Finnis* csinál?
 - 5.1. Az endoxa figyelmen kívül hagyása
 - 5.2. Kérdéses a vizsgált terminus poliszém jellege a vizsgálat összefüggéseiben
 - 5.3. Kérdéses a feltárt jelentésviszonyok fokális jellege
6. A "barátság" és "jog"
7. A jog jelentésviszonyai *Finnis* rendszerében
8. A fokális fogalmi kapcsolatok tartalmáról
9. Tökéletes eset kontra tökéletlen esetek: új típusú fokális elemzés, vagy egyszerű tévedés?
 - 9.1. A jog "fokális jelentése"
 - 9.2. A jog központi esete és az igazságtalan jog
 - 9.3. A tökéletes és tökéletlen esetek szembenállása és függősége
 - 9.4. Negatív fajképzés nyitott fogalmaknál
 - 9.5. Tökéletes és tökéletlen esetek *Arisztotelésznél*
 - 9.6. A jog fogalma *Finnisnél*: mi maradt a fokális elemzésből?
10. A fokális elemzés kiterjesztése a jogi fogalmakra
11. *Diogenész* hordója, avagy a fokális elemzés alkalmazhatóságának korlátai a jogalkalmazásban
 - 11.1. Egy jogtételben előforduló jogi terminus alkalmazása
 - 11.2. Több jogtételben előforduló jogi terminus eltérő célú alkalmazása
12. Következtetések

Timothy Endicott egy új analitikai eszköz bevezetését javasolja a jogi terminusok értelmezésének és alkalmazásának elősegítésére, a fokális elemzést (Endicott, 2001). Ezt a módszert, *Arisztotelészt* alapul véve, már *John Finnis* is alkalmazta korábban, a jog fogalmi viszonyainak rögzítésére, amikor természetjogi alapokon nyugvó elméletét felépítette (l. Finnis 1992). Amennyiben *Endicott* megállapításai megalapozottak, akkor a jogértelmezés és jogalkalmazás egy valóban hatékony módszerrel bővíthet. A jelen tanulmány célja nemcsak az, hogy értékeljem *Endicott* fokális elemzésre

vonatkozó megállapításait. Be kívánom mutatni a fokális elemzés, mint az ókorba visszanyúló analitikai módszer lényegét is, tekintettel arra, hogy a magyar jogi szakirodalomban erről nem jelent meg még átfogó ismertetés. Ezzel együtt rá kívánok mutatni azokra a tévedésekre is, melyek éppen *Finnis* - egyébként hatásos - elmélete nyomán a fokális elemzést övezik. A tanulmány egyben szerény és egyszeri hozzájárulás kíván lenni a magyar jogi szemantika hajnalhasadásához.^[1]

A tanulmány négy nagyobb kérdéskört fog át. Az első, a nyitott fogalmak ismert problémájának összegzése, mely a jog modern elméletében, nevezetesen *Hartnál*, legalábbis közvetve elvezetett a fokális elemzéshez hasonló módszer alkalmazásához.^[2] A második, a fokális elemzés mibenléte, ahogy azt *Arisztotelész* annak idején használta. A harmadik, annak feltérképezése, hogy *Finnis*, részben *Arisztotelészt*, részben *Aquinói Tamást* követve, miképpen használta a módszert elmélete alátámasztására, és miben tévedett a módszer tekintetében. Végül negyedik nagyobb kérdéskörként, annak kimutatása, hogy miért tarthatatlan és téves *Endicott* javaslata.

1. A nyitott jogi fogalmak csapdája, avagy *Nagy Károly* rejtvénye

Nagy Károly szegedi jogászprofesszornak volt egy nevezetes feladványa a hallgatói felé. Aki megfejtette, megajánlott jelest kapott a nemzetközi jog tárgyából. A feladat a nemzet fogalmának meghatározása volt. (A nemzet a nemzetközi jogban elismert önrendelkezési jog egyik alanya). Viszont olyan meghatározást kellett adni, melyet a professzor nem tudott megcáfolni. Sokan próbálták megfejtetni, hiszen ebből a tárgyból igen értékes volt ez a minősítés. Tudomásom szerint nem volt olyan eset, hogy valaha bárki is jelest szerzett volna a feladat megoldása alapján, bár kiváló felkészültségű hallgatók is próbálkoztak. A kudarc magyarázata nem kíván bonyolult fejtegetéseket.

A meghatározás (definiálás) ki nem mondott, de elvárt módja a nemzet tekintetében a nem, valamint a fajképző különbségek megadása volt (definíció *per genus et differentiam*). Ezt talán nevezhetnénk klasszikus (leíró) definíciónak is. A klasszikus, leíró definíció (*horiszmosz* / ορισμός) alapszabályait *Arisztotelész* rakta le, és azóta a tudomány alapvető eszköze a szükséges fogalmi struktúrák felépítésénél. A lényeg a fogalom olyan tulajdonságainak azonosítása és nyelvi kifejezése, melyek szükségesek, és egyben elégségesek a fogalom, valamint az azt jelző terminus

alkalmazásához. A klasszikus definíció éles fogalmi határokat feltételez. Egy jelenség, tárgy, történés, entitás vagy megfelel a definícióban foglalt szükséges és elégséges alkalmazási feltételeknek, vagy nem; fokozatokat jellegénél fogva nem ismer (a definiálásról a jogban általában, l. Solt, 1996:229-274).

A kérdés tehát az volt, hogy sikerül-e a nemzet fogalma tekintetében olyan fogalmi tulajdonságokat azonosítani, melyek fennállása szükséges ahhoz, hogy egy emberi közösségre alkalmazni lehessen a nemzet terminust, de ugyanakkor, ehhez egyben azok elégségesek is. Amennyiben a megadott fogalmi tulajdonság nem szükséges ehhez, akkor indokolatlanul leszűkíti a szóba jövő emberi közösségek körét, és olyan közösségek is kieshetnek a fogalmi körből, melyeket a nyelvhasználatban általánosan nemzetnek tekintenek. Amennyiben a megadott tulajdonság szükséges, de nem elégséges a nemzet szó alkalmazásához, akkor ezzel olyan emberi közösségeket is a fogalom alá sorolunk, melyeket az általános nyelvhasználat nem tekint nemzeteknek.

Mindez arra is utal, hogy mi a mércéje egy klasszikus definíció sikerességének, legalábbis a mindennapi emberi érintkezésben, vagy a társadalomtudományok területén. Ez a mérce az általános, mindennapi (vagy tudományos, szakmai) nyelvhasználat. Egy definíció akkor sikeres, ha azokat a jelenségeket, tárgyakat, történéseket, vagy entitásokat ragadja meg, melyeket a terminus használatkor a nyelvhasználat is ért alatta. Egy definíció akkor sikertelen, ha olyan konkrét jelenség, tárgy, történés, entitás, vagy ezek egy csoportja kimarad a definícióból, melyeket az általános nyelvhasználat a definiált terminus alá sorol, illetve ezek olyan csoportja bekerül a definíció alá, melyet az általános nyelvhasználat nem tekint odatartozónak.

A hallgatók megoldási kísérleteit *Nagy Károly* professzor úgy cáfolta, hogy rámutatott a javasolt definícióból kizárt, olyan emberi közösségekre, melyek nemzeteknek tartják magukat, vagy máskor kimutatta, hogy a javasolt definíció alapján olyan emberi közösségek is nemzeteknek minősülnek, melyeket nem tartanak annak. Ezt azért tehette meg könnyűszerrel, mert a nemzetnek legalább három, jól elkülöníthető, és egymást többé-kevésbé kizáró jelentését különböztethetjük meg (kissé leegyszerűsítve a politikai nemzet, a kultúrnemzet és az etnikai nemzet felfogásai, és ezeknek különböző változatai és egybefonódásai), melyekben az összesre jellemző, közös, kellően konkrét fogalmi tulajdonság nem lelhető fel (Losonc

2002:116-130; Majtényi 2007:153-161). Mivel a nemzetközi nyelvhasználat e jelentések köré vegyesen szerveződik, nem lehet olyan átfogó, klasszikus definíciót megadni, mely úgy felel meg az ellentmondásos, több jelentést hordozó nyelvhasználatnak, hogy ne legyen túl tág, vagy túl szűk, azaz a nyelvhasználat alapján ne lenne cáfolható.^[3] Nagy Károly professzor tankönyvében maga sem kísérelt meg egy átfogó klasszikus definíciót adni a nemzet fogalmáról (Nagy 1999:78-79). A nemzet fogalmát Friedrich Waismann nyomán tekinthetjük nyitott fogalomnak (Waismann 1945:119-134; Grassl 1981:131-138).

A klasszikus definiálás, mint módszer esetenkénti használhatatlanságára legnagyobb erővel Wittgenstein mutatott rá a játék fogalmának vizsgálata kapcsán, a *Filozófiai vizsgálódások* c. művének sokszor idézett részében: "Vizsgáld meg például egyszer azokat a folyamatokat, amelyeket "játékok"-nak nevezünk. A táblajátékokra, kártyajátékokra, labdajátékokra, küzdősportokra stb. gondolok. Mi a közös mindezekben? - Ne mondd, hogy "Kell valami közösnek lennie bennük, különben nem hívnák őket 'játékok'-nak" - hanem nézd meg, van-e valami közös mindben. - Mert ha megnézed őket, nem fogsz ugyan olyasmit látni, ami *mindben* közös, de látsz majd hasonlóságokat, rokonságokat, mégpedig egész halomnyit. Szóval: ne gondolkozz, hanem nézz!...E vizsgálódás eredménye pedig így hangzik: az egymást átfedő és keresztező hasonlóságok bonyolult hálóját látjuk."(Wittgenstein 1998:57) A következő bekezdésben e hasonlóságokat „*családi hasonlóságoknak*” nevezi. A játék különböző csoportjainak, formáinak vagy eseteinek, tehát nincsenek átfogóan közös tulajdonságaik: pusztán e hasonlóságoknak laza rendszere fogja össze őket a játék elnevezés alatt. A játék szó mögött a jelentéseknek, jelentés-változatoknak egy hálója alakult ki a mindennapi nyelvhasználatban, ahol a játékok csoportjai, formái vagy esetei egyes tulajdonságaik révén csak néhány más csoporthoz, formához vagy esethez kapcsolódnak, de nem az összeshez. Ez, a mindennapi nyelvhasználatban újabb és újabb jelentésrétegek felvételével kialakult jelentésháló, ellenáll minden klasszikus definíciónak (l. még Szabó 2001a:62-64).

2. Hart Wittgenstein nyomában: a jog definiálásának feladása

A Wittgenstein által leírt problémával és nyelvi bizonytalansággal valamilyen formában minden tapasztalt jogalkalmazó találkozott, már annak előtte is. Azonban a jogban, ezen belül is a jogdogmatikában, mindig is

határozott törekvés volt a klasszikus definíciók alkalmazására. Az ok egyszerű: ezek, a jogi terminusok alkalmazási körét viszonylag határozottan rögzítvén, bizonyos normatív biztonságot képesek nyújtani, a joggyakorlat háttérét adó jogi fogalmi rendszer megszilárdítása útján (I. Solt, 1996:274). Bár a jogi formalizmus egyes illúzióira már a jogi realizmus és a szabadjogi iskola is rámutatott, *Wittgenstein* gondolata a jogpozitivizmus jelentős megújulásában szerepet játszott, amit elsősorban *Hart* munkái fémjeleznek az 1960-as évek fordulóján. A témánk szempontjából lényeges kiemelni, hogy *Hart* nemcsak általában mutatott rá a jog viszonylagos nyelvi meghatározatlanságára, hanem felhagyott a jog fogalmának hagyományos meghatározásának, klasszikus definiálásának kísérletével is. Feladta azt, hogy a joginak nevezett jelenségeknél valamilyen közös jellemzőt keressen, mely szükséges feltétele a jog szó használatának, és ezzel szakított mind *Austinnal*, mind *Kelsennel* (Hart 1995:27).

Világos, hogy *Hart* a jog fogalmát - legalábbis kiindulópontként - hasonlóan fogja fel, mint *Wittgenstein* a játék fogalmát, ahol az általános terminus alá eső egyes esetek, jelentésváltozatok között heterogén, de összefüggő kapcsolatok vannak, azonosítható, közös jellemzők nélkül. Ugyanakkor *Wittgenstein* legalább két lényeges kérdést nyitva hagyott. Ezekkel *Hartnak* foglalkoznia kellett, ha a jog fogalmának egy alkalmazható elméletét kívánta letenni az asztalra. Az egyik, hogy *Wittgenstein* teljesen a nyelvhasználatra hagyta a játék szó alkalmazási körének határait, és nem válaszolt arra a kérdésre, hogy mikor van "családi hasonlóság" a játékok különböző esetei között, és mikor szűnik meg a hasonlóság "családinak" lenni, vagy mikor szűnik meg általában a hasonlóság a játéknak nem minősülő esetekkel való viszonyban. Bár erre aligha lehet általában választ adni, azonban nem lehet megkerülni azon egyesítő elv létezésének vizsgálatát, mely a játék egyes eseteit a játék fogalmi körében tartja a nyelvhasználat során. A másik kérdés, hogy van-e valami hierarchia vagy más összefüggés a játék egyes esetei, vagy jelentésváltozatai, vagy egyenesen jelentései között. Amennyiben választani kell az esetek, jelentésváltozatok vagy a jellemző fogalmi tulajdonságok csoportja között, melyik lesz az a több közül, ami elsődlegesen köthető a játék szóhoz. *Hart* e két problémát igyekszik kezelni, a saját kitűzött céljai megvalósításához szükséges mértékig.

Köztudott, hogy *Hart* a wittgensteini laza jelentésháló modelljén túllépve azonosította a jog fogalmának "központi jelentőségű" vagy "kiemelkedő fontosságú" (de nem szükséges és elégséges) jellemzőit (Hart 1995:28-29). A jog fogalmáinak jellemző (de nem szükséges és elégséges) tulajdonságai

között, tehát vannak központi jelentőségű tulajdonságok, és *a contrario* vannak nem központi jelentőségű, de eshetőlegesen ugyancsak jellemző tulajdonságok is. Mindebből az következik, hogy létezik valamiféle fogalmi hierarchia a jog fogalma alá sorolható esetek között abban a tekintetben, hogy az esetek bírnak e központi jelentőségű, jellemző tulajdonságokkal, és ha igen, milyen mértékben. *Hart* így próbálja a jog sajátos eseteit, mint például a nemzetközi jog vagy a törzsi szokásjogok, elhelyezni a jogi jelenségek összképében.

Természetesen kérdés, hogy mi teszi a jog egyes tulajdonságait központi jelentőségűvé, míg más tulajdonságait másodlagossá. *Hart* nem azonosít semmilyen általános szervező vagy egyesítő elvet, hanem pragmatikus megoldásra jut a jog belső fogalmi struktúrájának felvázolásánál. A jellemző tulajdonságok közül azokat emeli ki, mint központi jelentőségű fogalmi elemeket, melyek hozzájárulnak az általa kiemelt három alapprobléma megválaszolásához. (A három alapprobléma meghatározására l. *Hart* 1995:25). Viszont azért, hogy kiemel bizonyos fogalmi elemeket, kiemeli azokat, a jog terminusához kapcsolható eseteket is, melyek jobban megfelelnek e központi elemeknek, szemben azon esetekkel, melyek kevésbé. A központi jelentőségű tulajdonságok alapján lehet azonosítani a jog központi esetét (*central case*), melyhez kisebb nagyobb tartalmi vagy formai hasonlóság alapján a jog alá tartozó, de kevésbé jellemző esetek tartoznak (*Hart* 1995:100-101).

A jog fogalmának, mint nyitott fogalomnak a leírására vonatkozó módszertan összhangban van általában a jogi fogalmak, jogszabályok alkalmazásának, *Hart* által kifejtett sajátosságaival. A jogalkalmazás során meg lehet különböztetni "egyértelmű, központi eseteket", melyek egy fogalom vagy szabály egyedi eseteiként ismerhetők fel, és olyan eseteket, melyeknél vitatható vagy kétséges a besorolás. Az általános jogi fogalmak és jogszabályok alkalmazásánál felbukkanó ezen kettősség a "bizonyosság magva" (*core*) és a "kétség holdudvara" (*penumbra*) mely ma már általános, bevett megkülönböztetés a jogi fogalmak és szabályok alkalmazásának folyamataiban (*Hart* 1995:146, magyarul pl. Szabó 2001b:100). Persze ez a megkülönböztetés nem *Hart* találmánya. *Bertrand Russell* már 1923-ban ír a fogalmak „holdudvaráról” (*Russell*, 1999:63; l. még *Solt* 1996:227), de *Glanville Williams* nagyhatású cikkében ugyancsak a bizonytalanság holdudvaráról szól (*penumbra of uncertainty*), amely cikkre *Hart* vissza is utal (*Williams* 1945:302).

Természetesen az, hogy mely esetek tartoznak egy fogalom magvához, és melyek már a fogalmi holdudvarhoz, önmagában is meghatározatlan, és függ a fogalom azon jellemző tulajdonságaitól, melyeket kiemelünk. A jogi fogalmak egyike, azaz a jog fogalma tekintetében, az egyes jellemző tulajdonságok kiemelésére, és ezáltal a központi eset azonosítására, *Hart* külön, általánosabb módszertant nem dolgozott ki. A három kutatási alapprobléma azonosítása után erre nem is volt szüksége, mert ez vezérelte a jog egyes jellemző tulajdonságainak kiemelését, és központi jelentőségüként való kezelését. Bár ez az instrumentalista megközelítés nem mutat messze módszertani értelemben, *Hart* érzékelhetően maga mögött tudta azokat az arisztotelészi módszereket, melyek annak feltárását szolgálták, hogy egy általános terminus alá eső esetek, (illetve a terminus jelentései, jelentésváltozatai) között milyen fogalmi kapcsolatok létezhetnek. E módszertant már *John Finnis* próbálja majd továbbfejleszteni, és alkalmazni a saját, természetjogi ihletésű rendszere felállításánál. Mindenekelőtt, azonban érdemes egy pillantást vetni a módszer eredeti formájára.

3. A fokális elemzés Arisztotelésznél: a terminusok strukturált többértelműsége

Bár a klasszikus, *per genus et differentiam* definíció kialakítása a nevéhez köthető, *Arisztotelész* felismerte, hogy sok, általános és komplex terminus meghatározásánál ez kevésnek bizonyul. Különösen így van ez akkor, ha a szó alá eső eseteknek a közös neve (*genosz* / γένος) nem határozható meg, ami lehetetlenné teszi a klasszikus definiálást (a *genosz* szó többjelentésű, az egyik értelemben a definíció részét jelöli, *Metafizika* Δ.28. 1024b3-6).

Megfigyelte, hogy számos szót több értelemben használnak, azaz "sokféleképpen beszélnek róla" vagy "sokféleképpen értik" (pl. λεγομένον πολλαχῶς /*legomenon pollakhósz* *Fizika* I.3. 186a26 vagy pl. πολλαχῶς λέγεται /*pollakhósz legetai* *Fizika* I.2. 185a22-23; *Topika* I.15. 106a11). E szavak, valamint az alájuk eső esetek, jelentések kezeléséhez, belső kapcsolataiknak meghatározásához sajátos módszerek kellene, a klasszikus definíció alkalmazhatatlan. E módszerek nélkül nehéz az olyan általános terminusok kibontása és érdemi elemzése, mint a "létező", a "jó", a "természet" vagy éppen a "barátság". Ezen terminusoknak számos értelme lehet a nyelvhasználatban, melyek nem függetlenek egymástól, hanem sajátos kapcsolatban állnak. A többféle jelentés, jelentésváltozat kapcsolatainak elemzése nélkül, viszont megalapozatlanná válhat minden olyan filozófiai fejtegetés, melyeknek alapját e terminusok képezik.

A legegyszerűbb magának, *Arisztotelésznek* az egyik, mára már klasszikussá lett, a középkori skolasztikusok által is használt példáját venni (Metafizika Γ.2. 1003a34-36 és K.3. 1060b; Topika I.15. 106b). Az "egészséges" (*hügieinon* / ὑγιεινόν) szó látszólag egyértelmű kifejezés, azonban, ha megvizsgáljuk az általános nyelvhasználatot, kiderül, hogy mégis többféleképpen használják. Használják olyan értelemben, mint egészséges ember (vagy tágabban egészséges organizmus), azonban olyan értelemben is, mint például egészséges arcszín, vagy egészséges diéta. Kombinálódva főnevekkel, a melléknév sajátos, eltérő jelentéseket vesz fel, amelyek különböznek ugyan, de valamilyen sajátos kapcsolatrendszerben állnak egymással. Az arcszín ugyanis nem olyan értelemben egészséges, mint egy diéta, és a diéta, nem olyan értelemben egészséges, mint az ember. A jelentések, jelentésváltozatok a következők (l. pl. Edel 1996:230):

- (1) egészséges₁ (ember, organizmus) = magára az egészségre, az egészséget *hordozó* organizmusra, emberre utal, mely megfelelően működik;
- (2) egészséges₂ (arcszín) = az egészség (az egészséges ember) *jelére* utal;
- (3) egészséges₃ (diéta) = az egészség (az egészséges ember) *elősegítő okára* utal.

Arisztotelész azonban nem marad meg az esetek e laza hálójánál, hanem világossá teszi, hogy az egészséges szó esetei közül a többihez képest az egyik elsődleges. Ez azzal emelkedik ki a többi eset közül, hogy arra utalva lehet meghatározni a többi esetet is. Az egészséges szó eseteinél ez az elsődleges (vagy központi) eset az egészséges₁, mert ez az egészséges emberre (organizmusra), mint az egészség hordozójára utal, és az egészséges szót, más alkalmazásában, az egészséges emberre utalva lehet meghatározni és elemezni, ezért ez utóbbiak (egészséges₂ és egészséges₃) csak másodlagos vagy levezetett értelemmel rendelkeznek, melyek meghatározása magában foglalja az egészséges₁-re történő utalást. (Williams 2002:258; McDaniel 2009:290).

Ki kell emelni azt, hogy *Arisztotelész* nem ír az egészséges szó modern értelemben vett jelentéseiről, inkább a szó "eseteiről". Nála az esetek közötti megkülönböztetés alapja, hogy mindegyik esetben más a fogalmi lényege (*logosz* / λόγος) annak, amire (ugyanazon) szó utal (Kategorikák 1. 1a1-3).^[4] Így bizvást vehetjük az egészséges szót modern értelemben több, egymással összefüggő jelentést hordozó szónak (poliszémia). A poliszém szavak besorolhatók azon szavak csoportjába, melyeket *Arisztotelész* a

Kategóriákban homonímáknak (*homónüma* / ομόνομα) nevez (Kategóriák 1. 1a).^[5] Viszont a homonímia szó ezen használata nem felel meg a modern értelemben vett homonímiának, ugyanis ez utóbbi ma már csak azonos alakú szavakat jelöl, melyek jelentései között nincs összefüggés (a homonímia és poliszémia összefüggéseiről, l. pl. Kiefer 2000:121-143). Tehát az egészséges szó jelentésszerkezete, mai értelemben poliszém, többjelentésű szavak sajátossága lehet.

A módszer alapját képező tétel tehát az, hogy a több, de összefüggő jelentéssel bíró terminusok egy részénél, a jelentések között hierarchikus fogalmi kapcsolat tárható fel. Ez a fogalmi kapcsolat abban áll, hogy a másodlagos jelentéseket egy, elsődleges jelentésre utalva lehet meghatározni, így a másodlagos jelentések tartalmilag függenek az elsődleges jelentéstől. Arisztotelész eredeti szóhasználatát véve e kapcsolat *prosz hen* kapcsolatnak nevezhető (*prosz hen* / πρός εν, azaz egyre utalva vagy egyhez viszonyítva mondani - legismertebb előfordulása Metafizika Γ.2. 1003a33, ahol Arisztotelész a „létező” fokális elemzését kezdi el; a másik előforduló kifejezés a kapcsolat jellemzésére hasonló értelemmel az *aph' henos* / αφ' ενος, l. Ferge 1992:623). Ezt, a jelentések közötti hierarchikus, *prosz hen* kapcsolatot vagy *prosz hen* többértelműséget, modern elnevezéssel *fokális kapcsolatnak* nevezik, mert a terminus jelentésszerkezetének központjában (gyűjtőpontjában) az elsődleges jelentés áll, mint viszonyítási pont. A fokális jelentésszerkezetet felmutató, többjelentésű terminust *prosz hen* homonímaként, a terminus esetei (jelentései) között az elsődleges értelemmel bíró eset (jelentés) meghatározására, és a fokális kapcsolatok feltárására irányuló elemzést *fokális elemzésként*, míg az elsődleges értelemmel bíró esetet (jelentést) *fokális jelentésként* vagy *központi esetként* jelölik a szakirodalomban. Mindezek modern fogalmak. A fokális jelentés fogalmát *G. E. L. Owennek* tudják be (Owen 1960:169; l. Edel 1996:228; McInerny 1996:40); a fokális elemzés *Fortenbaugh*, a fokális egység és fokális utalás *Ward* szóhasználatát (l. erre Fiasse 2006:218). A továbbiakban a *prosz hen* kapcsolatot fokális kapcsolatként jelölöm.

Hart addig nem jutott el, hogy a jog tekintetében arisztotelészi értelemben fokális elemzést végezzen, bár beszél a jog központi esetéről, és példaként felhossa az egészséges szóra vonatkozó arisztotelészi példát is (Hart 1995:27-28). *Hartnak* erre nem is volt szüksége, azonban *Arisztotelésznek* igen, és általános terminusok fokális elemzésével egy hatékony filozófiai eszközt fejlesztett ki, melyet bevethetett például *Platón* egységes ideái ellen

(pl. a "jó" ideájának egységessége ellen), vagy a strukturált többértelműség modellje alapján támadhatta az olyan redukcionista elméleteket, mint a püthagoraszi iskola, mely mindent a számokra, vagy maga a platonizmus, mely mindent az egységes formákra vezetett vissza. (pl. Metafizika Z.11. 1036b8-24) Az absztrakt és komplex, sokféle értelmű terminusok relatív egységességének fenntartása a differenciált, hierarchikus belső fogalmi kapcsolatok feltárásával - ez a fokális elemzés célja. A fokális fogalmi kapcsolatok rendszerére vonatkozó arisztotelészi elképzelés valahol *Platón* egységes ideái és *Wittgenstein* laza jelentéshálójá között foglal helyet. Az *arisztotelészi strukturált többértelműség modelljének lényege, hogy a terminus használatakor annak egyes jelentései egy központi jelentéshez (esethez) kapcsolódnak, és egy központi jelentésre (esetre) utalva nyernek maguk is értelmet.*

Arisztotelész számtalan absztrakt és komplex terminuson végzett, vagy próbált meg végezni fokális elemzést, kiindulva azok mindennapi használatából. Így ilyen elemzést láthatunk az "egészséges" mellett az "orvosi" (Metafizika Γ.2. 1003b1-4), a "tökéletes" (Metafizika Δ.16. 1021b36-1022a3), a "természet" (Metafizika Δ.4. 1015a11-19; Fizika II.1. 192b-193a; Ward 2007:137-167), a "létező" (Metafizika Γ.2. 1003a31-b15), vagy a "hely" (Fizika IV.4. különösen 211b), stb. terminusokon.

A világosság kedvéért érdemes leszögezni, hogy *Arisztotelész* sehol nem részletezte a fokális elemzés szabályait, vagy annak feltételeit (Smith Pangle 2003:211). Így a mai napig sok vita van abban a tekintetben, hogy *Arisztotelész* egyes példáinál valóban fokális kapcsolatról van-e szó, vagy a többjelentésű szavak esetei, jelentésváltozatai közötti más típusú kapcsolatról (pl. hasonlóság, vagy proporcionális analógia). Ilyen, a fokális jelentésszerkezet léte szempontjából vitatott terminus a "jó" (Nikomakhoszi Etika/NE 1096a-b; Eudemoszi Etika/EE 1218a; Topika I.15. 107a), a "barátság" (pl. Fiasse 2006:219; Fortenbaugh 2006:211-222), vagy az "érzelem", melynél az elemzés folyamata hasonlít a "barátság" elemzéséhez (Fortenbaugh 2006:93-95). Néhány alapvető szabály mégis leszűrhető a fokális elemzés vonatkozásában, melyekkel az elemzők, kommentátorok többsége valószínű egyetértene:

(1) fokális kapcsolatokról *per definitionem* csak többjelentésű szavak esetében beszélhetünk, és e kapcsolatok e szavak nyelvhasználati esetei (tkp. jelentései) közötti sajátos kapcsolatokat jelent (strukturált többértelműség);

- (2) a szavak többértelműségét *Arisztotelész* a nyelvhasználat elemzése és értelmezése során állapította meg, ahol az egyes nyelvhasználati esetekben más-más volt a terminus fogalmi lényege (*logosz*);
- (3) a fokális elemzés szemben áll a klasszikus definícióval, éppen ez utóbbi esetenkénti lehetetlensége teszi lehetővé, ugyanis a *fokális* jelentéskapcsolatokban nincs közös *genosz*, ami a klasszikus definíció előfeltétele (Pakaluk 2005:30; Wilson 2000:227-228);
- (4) a közös nem (*genosz*) hiányában is, a fokális kapcsolat nem zárja ki, hogy az egy terminus alá eső eseteknek lehetnek közös jellemző tulajdonságaik (Wilson 2000:228; McDaniel 2009:291);
- (5) a fokális kapcsolat aszimmetrikus és hierarchikus: a másodlagos értelemmel bíró esetek az elsődleges jelentést magukban foglalják, arra utalva határozhatóak meg; az elsődleges jelentés önállóan áll, független a belőle levezetett, másodlagos jelentésektől, és előfeltétele azoknak (Pakaluk 2005:32); az elsődleges eset *logosza* lényegében benne foglalja a másodlagos eset *logoszában* (Fortenbaugh 2006:270; Wehrle 2000:194);
- (6) a fokális kapcsolat nem egyszerűen hasonlóság az elsődleges eset és a levezetett értelemmel bíró esetek között, hanem annál több (Cooper 1999:315);
- (7) nem minden többjelentésű szó mutat fel jelentésszerkezetében fokális kapcsolatrendszeret;
- (8) a másodlagos esetek különböző módon vagy elvek szerint kapcsolódhatnak a központi esethez, e kapcsolatok fokális jellegének és egyéb jellegzetességeinek feltárása a fokális elemzés célja: a fokális kapcsolat magában foglalhat olyan gyenge kapcsolatot, melynél a levezetett, másodlagos jelentések metaforikusan kapcsolódnak az elsődleges értelemhez, de olyan erősebb kapcsolatot is, ahol a másodlagos esetek, a központi eset funkcióját szolgálva kapcsolódnak ahhoz (Fortenbaugh 2006:229).

Mindezeket szem előtt kell tartanunk, amikor az arisztotelészi módszer modern alkalmazását vizsgáljuk.

4. Finnis és a jog fokális elemzése

Hartnak nem volt szüksége arra, hogy arisztotelészi értelemben fokális elemzést végezzen a jog fogalmán. Két évtizeddel később, azonban *John Finnis* az arisztotelészi módszert már saját, természetjogi elméletének egyik metodológiai pillérévé tette, és alkalmazni kívánta a természetjog több,

hagyományos problémájának megoldása céljából. Míg *Hart* csak közvetve támaszkodott az ókori módszerre, *Finnis* tudatosan vállalta és alkalmazta azt (Finnis 1992:9-11).

Hasonlóan *Harthoz*, ő sem törekedett a jog definiálására. Nincs olyan meghatározás, mely megfelelően átfogná, egységesen leírná és magyarázná a legkülönbözőbb kultúrájú és gyakorlatú emberi közösségek mindazon társadalmi gyakorlatát, melyet az adott környezetben jognak neveznek. Éppen ezért a jog központi esetét, illetve fokális jelentését kell azonosítani. A jognak lehetnek, és vannak olyan formái is, melyek e fokális jelentés minden elemének nem felelnek meg (például eshetőlegesen a nemzetközi jog, a törzsi szokásjogok, diktatórikus államok jogrendszerei). Mindez azonban még nem indok arra, hogy ne lehetne a jog elnevezést alkalmazni rájuk. A fokális jelentésben nem a jog szükséges és elégséges feltételei fogalmazódnak meg, hanem mindössze a jellemző tulajdonságai. Azon jogoknak, vagy jogszabályoknak, melyek a fokális jelentésnek nem felelnek teljesen meg, érvényessége még fennállhat, ettől még jognak minősülhetnek, azonban nem elsődleges, hanem csak másodlagos értelemben, nem központi, hanem a fokális jelentés periferikus eseteiként. Jogi mivoltuk és egyben érvényességük a fokális jelentéshez való viszonyukból vezethető le, attól függően, hogy milyen mértékben hasonlítanak a központi esethez vagy fokális jelentéshez (Finnis 1992:14).

Mindez csak módszertani alapvetés, és nem feltétlenül a természetjogi elmélet sajátja. Hasonlóan gondolkodik például *MacCormick* is, akit elsősorban jogpozitivistaként ismerünk. A lényeg abban rejlik, hogy mi alapján választható ki a központi eset, és hogy állapíthatóak meg a jog, fokális jelentésben sűrűsödő jellemző tulajdonságai. A jog összefüggéseiben a központi eset kiválasztása csakis értékítéleten alapulhat, és egy bizonyos nézőpont alapján történhet (Murphy 2003:263).

Itt nincs hely arra, hogy *Finnis* elméletét ismertessem, a téma ezt nem is kívánja. Azonban röviden és leegyszerűsítve érdemes kitérni arra, hogy *Finnis* - átalakítva és kihegyezve a belső nézőpontra vonatkozó harti koncepciót - a jog fokális jelentését egy olyan ember belső nézőpontjából kívánta megállapítani, aki a gyakorlati ésszerűség alapján, a jogrendszer megteremtését és fenntartását erkölcsi ideálként, a jogi kötelezettségeket, pedig legalább vélelmezett erkölcsi követelményként éli meg. Azért kell a gyakorlati ésszerűséggel rendelkező ember belső nézőpontját kiválasztani, mert ő lesz alkalmas arra, hogy megkülönböztesse mi fontos és jelentős a

jogi jelenségek megítélésénél, és ő lesz az alkalmas az erkölcsi kérdések megbízható eldöntésére (Finnis 1992:14-15). Természetesen számos más eset is elképzelhető, amikor egy ember a belső nézőpontja alapján követi a jogszabályokat, azonban ezt más – *Finnis* szerint – alacsonyabb rangú indokok alapján teszi meg, így ezek a nézőpontok nem alkalmasak a jog fokális jelentésének megállapítására. Tartalmilag, a jog természetének, jellemző tulajdonságainak megállapításához az alapot a jog funkciója adja, ami nem más, mint az adott közösségi tagok cselekvésének koordinációja a közjó elérése céljából. Mindezek alapján *Finnis* azonosítja a jog jellemző tulajdonságait, fokális jelentését vagy központi esetét (összefoglalva: l. *Finnis*, 266-267; ugyancsak, magyar nyelven, Bódig 2004:201-222).

Témánk vonatkozásában mellékesek *Finnis* elméletének tartalmi következtetései, ami lényeges, az a módszertana. Az, hogy az arisztotelészi, rugalmas módszertan igen hatékony eszköz lehet a fogalmi elemzéseknél, *Finnis* elmélete is mutatja. Ez a módszertan szolgáltatott eszközt arra, hogy a jognak nevezett, rendkívül heterogén, sokszínű és vegyes társadalmi jelenségeket egy egységesítő elv alapján összefogja, és a jog terminusának elvi egységét megtartsa (a jog fogalmának strukturált többértelműsége). Az egységesítő elv a kiválasztott központi esetben sűrűsödő jellemző tulajdonságok szerepében rejlik, mely tulajdonságok együttes mérceként szolgálnak: nem annak eldöntésére, hogy egy-egy társadalmi jelenség jognak minősül-e, hanem annak eldöntésére, hogy az milyen mértékben minősül jognak. A leíró és értékelő vonások ilyen összefonódása persze jelentősen tompítja az elmélet természetjogi élet. Nem véletlenül írja *Hart*, hogy *Finnis* elmélete nem kizárja, hanem kiegészíti a jogpozitivizmust (*Hart* 2001:10).

A jogi jelenségek természetéből, és *Finnis* módszertanából az is adódik, hogy a jog tipikus, másodlagos esetei (pl. nemzetközi jog, szokásjogok, diktatórikus államok joga, stb.) valamilyen értelemben, a központi esethez mérten, tökéletlen, hiányos vagy hibás jognak is minősülnek, melyek érvényessége ugyanakkor fennállhat, vagy megállapítható. A tökéletes központi eset, és a tökéletlen másodlagos esetek kettősségére épülő modell, a fokális fogalmi szerkezetnek egy elkülönült válfaját képviseli, ami nem jellemző általában a fokális fogalmi kapcsolatokra. Viszont ez *Finnis*nek további lehetőségeket kínál, például arra, hogy sajátos megoldást nyújtson az igazságtalan jog jogi mivoltának problémájára, saját bevallása szerint csak követvén *Aquinói Tamás* álláspontját. Biztosította egyrészt, hogy a jog igazságosságát erkölcsi mércén lehessen mérni a központi esetben sűrűsödő jellemző tulajdonságok által (l. az igazságtalan jog négy formáját, *Finnis*

1992:352-354), ugyanakkor elkerülte, hogy az igazságtalan jogszabályok érvényességét tagadni kelljen, ahogy azt előtte a természetjogi elméletek többé-kevésbé tették, szembekerülvén az általános társadalmi gyakorlattal. Az igazságtalan jog - bár hiányos, hibás jog -, (és csak másodlagos értelemben, a központi esethez való hasonlóság mértékétől függően jog), ennek ellenére mégis jognak minősül. (Finnis 1992:364-365). Ugyanezt, a tökéletes/tökéletlen kettősségen alapuló fogalmi modellt alkalmazza a büntetés és az igazságtalan büntetés szembeállításánál. (Finnis 1992:266).

Viszont az a fő kérdés, hogy valóban fokális elemzést végzett-e *Finnis* a jog tekintetében, úgy, ahogy azt *Arisztotelész* valamikor alkalmazta?

5. Miért nem fokális elemzés, amit *Finnis* csinál?

Finnis fokális módszertana több, lényeges vonatkozásban eltér az arisztotelészi módszertól. E lényeges különbségeket, előzetesen és általában, három pontba sűríténém.

5.1. Az *endoxa* figyelmen kívül hagyása

Arisztotelész módszerének általános alapja és kiindulópontja a jelenségek vizsgálata, melyekre megpróbál mélyebb magyarázatot adni. Az emberi együttélés kérdéseiben ez lehet a hétköznapi vélekedés, a bölcs emberek álláspontja, vagy nyelvi kérdésekben egyszerűen a hétköznapi nyelvhasználat. A *Topikában* ezt a következőképpen fogalmazza meg: "Az *endoxa* (ἐνδοξα) az, ami úgy tűnik mindenkinek, vagy a legtöbb embernek, vagy a bölcsnek (és azok közül is mindenkinek, vagy a legtöbbnek, vagy a leghíresebbeknek és a leginkább elfogadottaknak)" (*Topika*, I.1. 100b21-23). Ez a dialektikus vita premisszája (*Topika* I.10. 104a8-10).

A fokális elemzésnél elsődleges a (hétköznapi vagy szakmai) nyelvhasználat vizsgálata. A nyelvhasználatból szűri ki a vizsgált terminus különböző használatait, eseteit, és kezdi ezeket egymásra vonatkoztatva elemezni. Amennyiben egy-egy szó jelentésviszonyainál fokális kapcsolatot tár fel, az elsődleges eset is a nyelvhasználat esete, ahogy a másodlagos esetek is azok. Az elsődleges eset, mint a nyelvhasználat egyik esete azért emelkedik ki a másodlagos esetekkel szemben, mert sajátos kapcsolat fűzi azokhoz.

Finnis esetében csak a jog másodlagos, tökéletlen esetei tükrözik a nyelvhasználatot. A jog központi (ideális) esete nem. Ez egy konstruált, mesterségesen létrehozott esete a jognak (l. Bódig 2004:208-209). E jogfogalom létrehozásának pillanatában az ideális jogról valószínűleg csak *Finnis* gondolkodott így, ilyen értelemben senki nem használhatta a jog terminust. Ezt *Finnis* tudatosan vállalja: "Nincs értelme megpróbálni magyarázni egy hétköznapi fogalmat, mely jelentéseit igen különböző körülményekből veszi, és azt mindenki azon körülmények között érti meg jól. A céloom nem az volt, hogy magyarázzak egy szétfolyó "közönséges fogalmat", hanem, hogy *kialakítsak egy fogalmat* mely használható elméleti magyarázat során..." (*Finnis* 1992:278 - kiemelés BL).

Ez így rendben van, de akkor számot kell vetni azzal is, hogy a mesterségesen kialakított, tökéletes eset, és a gyakorlatban előforduló tökéletlen esetek kapcsolata szükségképpen más lesz, mint a nyelvhasználatban előforduló esetek természetes módon kialakult kapcsolata. Azaz, feltehető, hogy e konstruált kapcsolatok, melyek egy normatív elméletet szolgálnak, nem lesznek arisztotelészi értelemben vett fokális kapcsolatok a jog terminus használata tekintetében (l. alább 5.3 pont).

5.2. Kérdéses a vizsgált terminus poliszém jellege a vizsgálat összefüggéseiben

Fokális elemzés több, egymással összefüggő jelentéseket hordozó (poliszém) terminusok jelentésviszonyainak feltárására végezhető. Amennyiben egy terminus a vizsgált esetekben nem többjelentésű, fokális kapcsolat sem létezhet jelentésviszonyaiban. A jog általában többjelentésű, ez vitathatatlan. A kérdés viszont az, hogy *Finnis* rendszerében a központi (ideális) eset és a kiemelt másodlagos esetek tekintetében több jelentéssel bír-e a jog terminus, azaz különböző értelemben állítható-e a *Finnis* által felhozott központi és másodlagos esetekről a jogi jelleg. Álláspontom szerint nem, de erre részletesen a 9. pontban térek ki, a tökéletes és tökéletlen esetek belső logikai-szemantikai kapcsolatának elemzésnél.

5.3. Kérdéses a feltárt jelentésviszonyok fokális jellege

Finnis rendszerében a központi eset kiválasztása egy sajátos szempontból történik (gyakorlati ésszerűséggel bíró ember belső nézőpontja), és ennek következtében értékítélet eredménye. Így nem egyszerűen központi esetről

vagy fokális jelentésről beszélhetünk, hanem egy fogalom (jog) "tökéletes" vagy ideális esetéről, melyhez képest a többi eset csökkentértékű, hiányos, diszfunkcionális, stb. Amennyiben megnézzük *Arisztotelész* "egészséges"-re vonatkozó fokális elemzését, egyértelmű, hogy az egészséges₁ esetnek, mint központi esetnek a kiválasztása logikai kapcsolatot feltételez, és nem értékítéleten alapul. Az eset (jelentés) elsődlegességének megállapítása a logikai-nyelvhasználati kapcsolat feltárása az "egészséges" különböző esetei között, és egyben azon értelem megállapítása, mely független a többi értelemtől, és önmagában megáll. A másodlagos esetek, viszont fogalmilag is csak az elsődleges esetre hivatkozva határozhatók meg (a fokális, azaz *prosz hen* kapcsolat maga, *per definitionem*).

A jog fokális jelentése *Finnisnél*, mint a jog elsődleges értelme, nem azért vált elsődlegessé, mert ez a központi eset logikai értelemben elsődleges a többihez képest, hanem azért, mert a jog tételezett funkciója alapján, a jogfilozófus szerint ezek a jellemző fogalmi tulajdonságok képesek a legjobban leírni, az adott funkcióhoz legjobban illő formáját a jognak. Ez több szempontból is megkérdőjelezhető: vitatható lehet a központi eset kijelölésének módszere (gyakorlati ésszerűséggel bíró ember nézőpontja), vitatható lehet a jog funkciójának meghatározása, és ugyancsak vitatott lehet az ideális eset jellemző, vagy egyes jellemző tulajdonságainak azonosítása.

Arisztotelész feltárja az egészséges szó jelentéseinek belső logikai kapcsolatrendszerét, és így állapítja meg a szó alá eső különböző esetek között a fokális kapcsolatot. *Finnis* értékítéleten alapuló választással jelöl ki, alakít ki egy olyan központi esetet, melyre utalással kell a másodlagos eseteket meghatározni és egyben értékelni. Az egészséges szónak logikailag csak egy központi esete lehetséges (abban a nyelvi környezetben, ahogy *Arisztotelész* korában használták). A jog fogalmának *Finnis* rendszerében számos központi esete lehetséges, és a fő kérdés, hogy miképpen lehet kijelölni a központi esetet. *Arisztotelész* az egészséges szónál feltárja a fokális kapcsolatot egy leíró, konceptuális elemzés után, *Finnis* mesterségesen hoz létre egy fogalmi struktúrát értékítéletek sorozata után, melyben konstruál egy olyan viszonyrendszert, ahol a másodlagos eseteket az általa létrehozott ideális (központi) esetre vonatkoztatva kell meghatározni.

A leíró-logikai elemzés feltárhatja azt is, hogy egy terminus alá eső esetek között nincs fokális kapcsolat. A terminusok esetei (jelentései) között különböző szemantikai-logikai viszonyok lehetségesek, és e viszonyoknak

csak egy része fokális jellegű. Nincs minden többjelentésű terminus jelentései között fokális kapcsolat. Azaz, csak bizonyos esetekben van olyan kapcsolat az egy szó alá eső jelentések között, ahol a jelentések egy központi fokális jelentésre utalva határozhatóak meg, és válnak ezáltal másodlagossá a vonatkoztatási ponthoz képest. *Finnis* módszerével, viszont bármely szó belső jelentésstruktúrájában mesterségesen létrehozhatók fokálishoz hasonló fogalmi kapcsolatok. Amennyiben ugyanis kijelölünk egy mércét egy központi eset formájában, melyhez a terminus alá eső többi eset viszonyítását előírjuk, akkor ezen másodlagos eseteket ugyan a mércéhez képest határozhatjuk meg (és értékelhetjük), de ettől még ez nem lesz fokális kapcsolat a kifejezés arisztotelészi értelmében.

A fenti különbségek röviden úgy jellemezhetők, hogy *Arisztotelész* leíró-logikai fokális elemzést végzett, és logikai alapú fokális kapcsolatokat tárt fel, *Finnis* viszont értékelő-normatív módszertant alkalmazva, mesterségesen, a fokálishoz hasonló, de nem logikai kapcsolatokat hozott létre. *Finnis* nyilvánvalóan tudatában lehetett ennek, és keresett is támpontokat az arisztotelészi elméletben. Érthető okokból nem szentelt különös figyelmet az egészséges szó arisztotelészi elemzésének, viszont módszeréhez kifejezett támpontot vélt találni a "barátság" szóra vonatkozó arisztotelészi elemzésekben. A barátság szó, *Arisztotelész* által végzett fokális elemzése, valóban alátámasztja *Finnis* normatív módszertanát? Álláspontom szerint nem, amit a következőkben kívánok bizonyítani.

6. A "barátság" és "jog"

Arisztotelész szerint a barátság (*philia* / φίλια) szót sokféleképpen mondják, de három fő használatot lehet elkülöníteni, mely a barátság céljaihoz kötődik.^[6] A szót alkalmazzák az erényen alapuló barátságra, az örömmön alapuló barátságra és a haszonra irányuló barátságra is (Nagy Etika II.11. 1209b; NE VIII.3. 1156a14-16; EE VII.2. 1236a33-1237b7). E három forma azon alapul, hogy mindháromnak más a funkciója és célja (*telosz*), ennek következtében mindháromnak más a fogalmi lényege (*logosz*), bár lehetnek közös fogalmi jellemzőik. A barátság többértelmű szó, nincs egy barátság, és a barátság szónak megfelelő nem (*genosz*) híján, nincs egy általános definíciója. Az alapkérdés számunkra, hogy a három eset (jelentés) között milyen fogalmi kapcsolat áll fenn: lehet-e azt mondani hogy a barátság két formáját, és annak definícióját vissza lehet vezetni a harmadikra, vagy nem.

Arisztotelész elemzése nem teljesen egyértelmű, ami lehetővé teszi *Finnisnek*, hogy saját céljaira használható példát találjon a "barátság" elemzésében. A viszonylag korai *Eudemoszi Etikában* *Arisztotelész* fokális elemzést próbál alkalmazni a barátság három formájára oly módon, hogy az erényen alapuló barátságot tekinti a barátság központi esetének.

Fortenbaugh szerint *Arisztotelész* mégis adós marad annak kimutatásával, hogy a barátság egyik esete logikai értelemben részét képezné a másik két eset definíciójának, azaz fokális lenne a kapcsolat (*Fortenbaugh* 2006:217). Az erényen alapuló barátságot inkább azért tekinti elsőnek, mert értékét tekintve magasabbrendű, a másik két formához képest. Ezt a következtetést közvetve alátámasztja a *Nikomakhoszi Etika*, mely már eleve elhagyja az utalást a fokális kapcsolatra, és a barátság három formájának fogalmi kapcsolatát egyszerűen a hasonlóságra építi, bár az erényen alapuló barátság központi szerepét fenntartja: "... a barátság többi formáját csak *bizonyos hasonlóság alapján* nevezhetjük így;" vagy "... ezek utóbbiak [az erényes barátok] tehát önmagukban véve is barátoknak nevezhetők, míg az előbbieket csak járulékosan, s csak *azért, mert hasonlítanak emezekhez.*" (NE VIII.5. 1157a és 1157b - kiemelés BL). A probléma ott van, hogy a fokális kapcsolat nem pusztán hasonlóságon, hanem logikai alárendeltségen alapul. Amennyiben a *Nikomakhoszi Etikában* nyújtott elemzés fényében vizsgáljuk az *Eudemoszi Etika* megfelelő részét, azt találhatjuk, hogy a barátság szó jelentései nem olyan kapcsolatot mutatnak, mint például az előzőekben felhozott egészséges szóé, *Arisztotelész* következtetései szerint sem. A barátság szó jelentései között van összefüggés (a barátság poliszém szó), de ez hasonlóságon alapuló kapcsolatrendszer, és a fokális elemzés kísérlete feltárt ugyan egy központi esetet, de nem tárt fel fokális kapcsolatot a jelentések között, szemben az egészséges szóval. Hogy lehet az, hogy a barátság szó esetei között létezik egy központi eset, mégis szó fokális kapcsolatokról? Mitől válik elsődlegessé egy eset?

Arisztotelész következtetései a barátság vizsgálatánál nem egyszerűen a wittgensteini laza hasonlóság hálójának felvázolásához vezetnek, ugyanis mégis meghatározza a barátság szó elsődleges esetét. *Fortenbaugh* úgy látja, hogy itt egy új, (de nem fokális) fogalmi szerkezettel van dolgunk, ahol a központi eset kiemelése vagy kiemelkedése nem a fokális kapcsolatnak tudható be, hanem annak, hogy a központi eset a "hasonlóság fókuszába" kerül. A másodlagos esetek mindegyike hasonlít ugyanis az elsődleges esethez, azonban a másodlagos esetek nem feltétlenül hasonlítanak egymáshoz (*Fortenbaugh* 2006:216). Az erényen alapuló barátság, erkölcsi magasabbrendűsége mellett, azért kerülhet a "hasonlóság fókuszába", mert

benne egyaránt megvan másik két formában foglalt fogalmi lényeg, azaz *logosz* is, tehát az erényen alapuló barátságban öröm is van, és haszon is van. (NE VIII.5. 1158b). Nincs arról szó, hogy a barátság két másodlagos formáját az erényen alapuló barátságra történő utalással lehetne meghatározni. Az örömmön alapuló, vagy a hasznosságra irányuló barátság meghatározása önmagában is megáll, független az elsődleges esettől. Hiányzik az, ami a fokális kapcsolattá tenné ezt a fogalmi viszonyrendszert.

A többjelentésű szavak esetében, tehát a hasonlósági viszonyok is kiemelhetnek egy elsődleges (központi) esetet, de ez még nem jelent ettől fokális kapcsolatot. Másrészt a barátság szóhoz kapcsolódó fogalmi szerkezet nem a hasonlóság hálójának formáját, hanem egy csillagalakzatot vesz fel, melynél a központban az az eset (jelentés) áll, mely minden másodlagos esettel hasonlósági viszonyba hozható. A "barátság" szó fogalmi szerkezetében az erényen alapuló barátság esete két okból válik elsődlegessé: egyrészt erkölcsileg magasabb rendű formát jelent, másrészt a hasonlóság fókuszában szerepel. Ez utóbbi azért válik lehetővé, mert a központi eseten belül többféle fogalmi lényeg nyilvánul meg, ez egy komplex fogalmi alakzat: járulékosan magában foglalja a másodlagos esetek *logoszait* is. Az örömmön alapuló barátság annyiban hasonlít az erényen alapuló barátsághoz, hogy e sajátos emberi kapcsolatokban az utóbbi járulékosan magában foglalja az örömet is. A hasznosságra irányuló barátság annyiban hasonlít az erényen alapuló barátsághoz, hogy e sajátos emberi kapcsolatokban az utóbbi járulékosan magában foglalja a hasznot is. Úgy válhat az erényen alapuló barátság központi esetté, hogy komplex fogalmi lényeggel rendelkezik, melynek egy-egy vonatkozása önálló logoszként jelenik meg az egyszerűbb fogalmi lényeggel rendelkező másodlagos eseteknél. (Más kérdés, hogy a komplex fogalmi tartalom megállapítása ebben az esetben ugyancsak értékítéleteken alapulhat, és nem logikai szükségszerűségeen alapszik, tehát vitatható.)

7. A jog jelentésviszonyai Finnis rendszerében

Az előző pontban tett megállapítások mutatják, miért volt hálás példa *Finnisnek* a barátság szó arisztotelészi elemzése. A vizsgált terminusnak (jog) nála is van központi esete, mely meglehetősen komplex fogalmi lényeggel rendelkezik, de amelynek fogalmi tartalma értékítéleteken alapul. Ehhez viszonyítja a jog másodlagos eseteit (pl. nemzetközi jog, igazságtalan jog, szokásjogok, stb.), melyek hasonlósága vagy különbözősége dönti el,

hogy milyen mértékben minősül jognak a megadott mérce vagy központi eset alapján a vizsgált jelenség.

Arisztotelész szerint a örömmön alapuló vagy hasznosságra irányuló barátságoknál az "ugyanahhoz a dologhoz mért hasonlóságuk, illetve különbözőségük okozza azt, hogy bizonyos tekintetben barátságnak számítanak, más tekintetben nem..." (NE VIII.5. 1158b). Ugyanez a helyzet *Finnis* jogfogalmával. Ebben a fogalmi konstrukcióban a másodlagos esetek, jelenségek a központi esethez képest fogyatékosak vagy hibásak: egyes (pozitív) szemantikai jellemzőkkel nem rendelkeznek ahhoz képest, melyeket a központi eset tartalmaz. *Finnis* jogfogalmára a következő leegyszerűsített vázlatot lehet megadni, amely mindazonáltal a lényegre hozza. A jog központi esetének a következő ideális és jellemző szemantikai tulajdonságai (fogalmi jegyei) vannak (l. még *Finnis*, 276-277.; l. még *Rodriguez-Blanco* 2007:281; *Bódig* 2004:208-209):

A = jogalkotási szabályokkal összhangban megalkotott szabályok;

B = jogi szabályok által létrehozott és azonosítható hatékony autoritás által létrehozott szabályok;

C = egy teljes közösség számára létrehozott szabályok;

D = jogi szankciók által támogatott szabályok;

E = ítélkező intézmények szabályvezérelt döntéseivel összhangban kiszabott jogi szankciók léte;

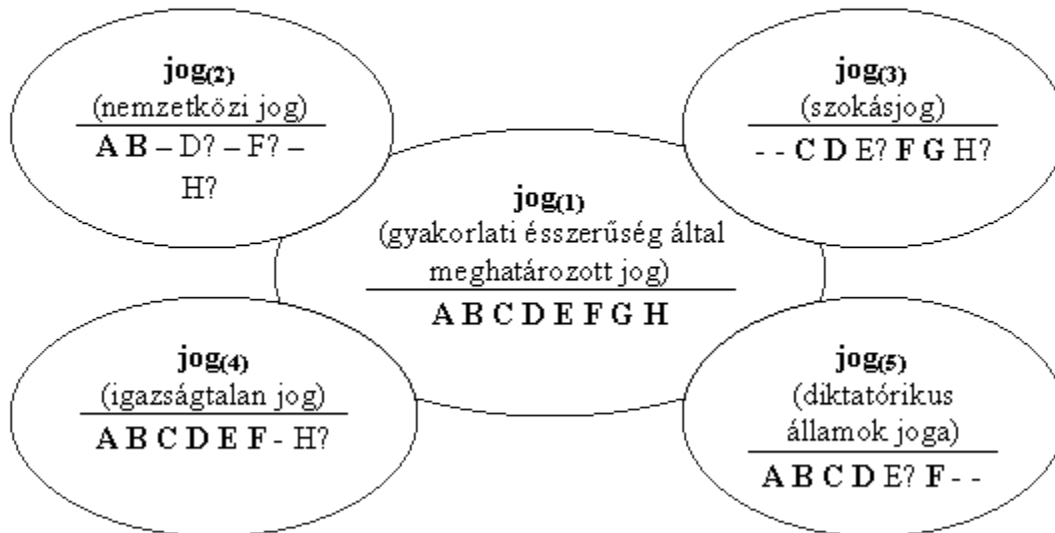
F = a közösség bármely koordinációs problémájára megoldást kínáló szabályok és intézmények;

G = a közjó érdekében hozott szabályok és működő intézmények;

H = eljárási és formai követelmények, mint specifikus jelleg, az önkényesség minimális szinten tartása, valamint a jogalanyok egymás közötti, és a jogszerű autoritásokhoz fűződő viszonyaiban érvényesülő kölcsönösség magas szintjének fenntartása.

A jog ideális és jellemző fogalmi jegyeinek ismeretében *Finnisnél* a jog központi esete (fokális jelentése) a következőképpen viszonyul négy, példaként felhozható másodlagos esethez. Az öt eset nem feltétlenül jelöli a jog ötféle jelentését, erre a problémára majd később térek ki. A példa csak szemléltető, hiszen önmagában is kérdéses, és további elemzés tárgya lehet, hogy az egyes másodlagos esetek milyen jellemző tulajdonságokat oszthatnak meg a központi esettel, és milyen mértékben. Itt nem szabad elfelejteni, hogy az ideális és jellemző tulajdonságokat leíró, illetve a példaként felhozott másodlagos eseteket jelölő fogalmak maguk is elvont fogalmak,

így szemantikailag meghatározatlanok, homályosak, illetve maguk is többértelműek lehetnek (Solt 1996:247-248).



Lényeges kiemelni, hogy a jog konkrétan előforduló példái a fenti esetek közül kettőt, vagy többet is átfoghatnak. Ebben a fogalmi struktúrában a példaként felhozott négy másodlagos eset az ideális, központi esethez (fokális jelentéshez) képest tökéletlen, csökkentértékű: a nyolc kiemelt pozitív, jellemző szemantikai tulajdonság közül egyes tulajdonságokkal nem rendelkeznek ahhoz képest, melyeket a központi eset tartalmaz.

Viszont a klasszikus példaként szereplő fokális kapcsolatban az egészséges szó másodlagos esete, mely az arcbőr egészséges színére utal, nem hibás vagy fogyatékos az elsődleges értelemhez képest. Az egészséges szó elsődleges esetének fogalmi lényege nem feltétlenül komplexebb, mint a másodlagos eseteké. Sőt, az egészséges szó elsődleges esetében nem is lelhető fel a másodlagos esetek fogalmi tartalma: a fokális kapcsolat lényege éppen az, hogy az elsődleges eset fogalmilag független a másodlagos esetektől, míg a másodlagos esetek meghatározása függ az elsődleges esettől, hiszen csak arra vonatkoztatva lehet meghatározni őket. A fokális kapcsolatban nem azért lesz elsődleges esetté a szó egyik használata, mert az komplex fogalmi lényegében tartalmazza a másodlagos esetek fogalmi lényegét, hacsak járulékosan is. Pedig a barátság szó központi eseténél éppen ez a helyzet, amelynek következtében meghatározása nem lesz

független a másodlagos esetektől, hiszen fogalmi lényegét csak a másodlagos esetek *logoszaira* való utalással (öröm, haszon) lehet leírni. Mindezek fényében, nem véletlen, hogy *Arisztotelész* a *Nikomakhoszi Etikában* a barátság szó fogalmi összefüggéseit nem fokális, hanem egyszerű, hasonlóságon alapuló kapcsolatként kezeli, ahol az elsődleges esetet az emeli ki, hogy a "hasonlóság fókuszába" kerül.

Finnisnek is inkább így kellene kezelni a jog, általa megadott fogalmi struktúráját, nem pedig fokális kapcsolatrendszerként. Ugyanakkor *Finnisnél* a "jog" fogalma két vonatkozásban eltér *Arisztotelész* "barátság" fogalmától. A jog központi esete nála nem a mindennapi nyelvhasználaton (társadalmi gyakorlaton) alapszik, mint a barátság központi esetet, hanem egy konstruált, elképzelt, ideális eset. Másrészt a barátságnál az elsődleges eset *logosza*, mely az erényre utal, csak járulékosan és részlegesen tartalmazza a másodlagos esetek *logoszait*, bár részben ennek tudható be a hasonlóság, a jelentések összefüggése. A jog fogalmánál a központi eset és a másodlagos esetek nemcsak a központi eset járulékos jellemzőin osztoznak. *Finnis* megkonstruálja a központi eset jellemző (és ideális) tulajdonságait (létrehoz egy komplex fogalmi lényegét), melyek némelyikét osztják a hibás vagy tökéletlen (másodlagos) esetek, másokat viszont nem.

A központi eset kiemelése értékítéleten alapszik, tehát a másodlagos esetek másodlagossága is értékítélet következménye, nem logikai következmény. *Arisztotelész* azért emelte ki az erényen alapuló barátságot, mert azt erkölcsileg magasabb rendűnek tartotta a többinél. *Finnis* azért konstruálta meg a jog ideális központi esetét, mert ez felelt meg legjobban a jog általa gondolt funkciójának, melynek kereteit erkölcsi követelmények alapozzák meg. Így a másodlagos esetek, azért másodlagosak, mert tökéletlenek, hibásak vagy fogyatékosak a központi eset tételezett erkölcsi, funkcionális tartópilléreihez képest. Viszont, ahogy *Arisztotelész* sem tekintette végül fokális kapcsolatnak a barátság esetei közötti viszonyokat, hasonlóan, *Finnisnél* sem lehet a jog terminusának fogalmi szerkezetét fokális kapcsolatrendszernek tekinteni, arisztotelészi értelemben.

Hozzá kell tenni, hogy a szakirodalomban felbukkan olyan nézet, mely a fokális fogalmi kapcsolatok egy fajtájának tekinti azt, amikor a központi eset a terminus ideális, abszolút használatát testesíti meg (*ideal use homonymy*, l. Williams 2002:258). Azonban, egyrészt ez láthatóan nem általánosan elfogadott, másrészt itt az ideális eset nem konstruált, hanem a nyelvhasználaton alapszik, szemben *Finnis* rendszerével).

8. A fokális fogalmi kapcsolatok tartalmáról

Finnis fokális jelentésen alapuló módszertana (és nem tartalmi következtetései) ellen, eddig tudomásom szerint a legélesebb támadást *Rodriguez-Blanco* intézte (Rodriguez-Blanco 2007:257-283). Érvelése azon alapul, hogy a jog jelentésviszonyai között nem fokális kapcsolat áll fenn, hanem egyszerűen hasonlóság. A fokális kapcsolat hiányát azzal kívánta aláhúzni, hogy szerinte *Arisztotelésznél* a fokális kapcsolatok esetében az elsődleges és másodlagos esetek közötti kapcsolatok leírhatók az arisztotelészi filozófia alapjaihoz tartozó négy okkal (anyagi ok, formai ok, ható-ok és cél-ok, l. erre pl. *Metafizika* A.3. 983a24-31, illetve Boros 2007:111-112). Külön vizsgálja, hogy a *Finnis* rendszerében szereplő központi eset, azaz ideális jog, valamint a pozitív jog, mint másodlagos eset között lehet-e olyan okozati összefüggés, mely anyagi okon, formai okon, ható-okon vagy cél-okon alapszik. Következtetése az, hogy nem, tehát eleve nem lehet szó fokális kapcsolatáról. Úgy látja, hogy az ideális jog és a másodlagos esetek között pusztán hasonlósági kapcsolat van, mint a "barátság" esetében. Az ideális, központi eset mindössze a jog sokféle esetének hasonlóságon alapuló viszonyrendszerében áll központi helyen, mint az erényen alapuló barátság a *Nikomakhoszi Etikában* (Rodriguez-Blanco 2007:257-283). E tekintetben *Fortenbaugh* meglátásait igyekezett alkalmazni a jog fogalmára, és a jog ideális esetét a hasonlóság fókuszaként kezeli.

Rodriguez-Blanco módszertani kritikája erőteljes, és *Finnis* meglehetősen erőtlen ellenvetéseket tett ellene (Finnis 2007:314-319). Ugyanakkor úgy vélem, hogy *Rodriguez-Blanco* három vonatkozásban téved. (1) Egyrészt adottnak veszi, hogy a jog többjelentésű fogalom a *Finnis* által kiemelt másodlagos esetek vonatkozásában. Ez azonban nem így van, amit később kívánok bizonyítani. (2) Másrészt, a "jog" terminushoz sorolt sokféle eset közötti hasonlósági kapcsolatok aligha jellemezhetőek a "barátság" szóhoz sorolt esetek közötti hasonlósági kapcsolatokkal. *Fortenbaugh* szerint, az erényen alapuló barátság azért kerül a hasonlóság fókuszába, mert a másodlagos esetek a központi esethez hasonlítanak, de egymáshoz nem. Az viszont nehezen állítható, hogy a jog másodlagos esetei (pozitív jog, szokásjog, nemzetközi jog, igazságtalan jog, stb.) csak az ideális esethez hasonlítanak, de egymáshoz nem. Például a nemzetközi jog részben szokásjogként működik, tehát valószínűleg sokkal inkább hasonlít az

(államon belüli) szokásjoghoz, mint az ideális joghoz. Így viszont az ideális, központi eset nem feltétlenül lesz a hasonlóság központi esete, azaz a hasonlóság fókusza. Egy normatív elmélet kiemelheti, mint mércét, melyhez minden egyéb esetet hasonlítani kell, de nem úgy emelkedik ki, mint a hasonlóság központi esete. (3) Harmadrészt, a fokális kapcsolatok tartalmát leszűkíteni a négy arisztotelészi okra nem lehet. Ez az egyik *Arisztotelész*-szakértő *Shields* elmélete (*Shields* 1999:126), de ezt legtöbben nem fogadják el.

Valójában a fokális kapcsolatok tartalmára nézve, többféle elmélet alakult ki, melyek sokszor egymással ellentétesek. *Rodriguez-Blanco* legnagyobb problémája ott lehetett, hogy látszik, *Finnis* rendszerében nincs ugyan szó fokális kapcsolatokról, arisztotelészi értelemben, azonban a fokális kapcsolatok mibenlétére és tartalmára nézve, az *Arisztotelész*-szakértők között is komoly viták vannak. Milyen alapon lehet kimutatni, hogy *Finnis* nem fokális kapcsolatokat tárt fel a jog használata tekintetében, ha nem határozható meg pontosan, mi a fokális kapcsolat lényege? Azt az utat választotta, hogy az egyik legkevésbé elfogadott elméletet vette alapul, ami viszont gyengíti a kritikát.

Érdeemes a tipikus és elfogadottabb álláspontokra egy pillantást vetni. Ugyanis magát, a fokális kapcsolat kifejezést is többféle értelemben használják. *Shields*-szel szemben, *Owen* és *Fortenbaugh* egyszerűen logikai kapcsolatot lát a fokális kapcsolatokban, ahol a központi eset logikai elsőbbsége van a másodlagos esetekhez képest (*Wehrle* 2000:194; *McInerny* 1996:41-42; *Fortenbaugh* 2006:215-216). Ettől bizonyos értelemben különbözik az az álláspont, mely "természetes elsőbbséget" tulajdonít az elsődleges esetnek, ahol a másodlagos eset létezése is függ a központi esettől (*Smith Pangle* 2003:211; a természetes elsőbbségről l. *Második Analitika* I.2. 71b). A létező tekintetében végzett, nevezetes arisztotelészi fokális elemzés nyomán (*Metafizika* Γ.2. 1003a31-b19), többen a fokális jelentést a szubsztanciához (*úszia* / ουσία) kapcsolják, és a másodlagos értelmek a többi kilenc kategória szerint igazodnak és kapcsolódnak az elsődlegeshez (pl. *Fizika* V.4. 227b, részletesen pl. *Ward* 2007:137-167; azonban pl. *Ferge* szerint az anyag-forma kapcsolat nem fokális jellegű, *Ferge* 1992:xxxix). Vannak, akik a fokális kapcsolat jellegét egyszerűen analogikus kapcsolatnak veszik, ami visszanyúlik legalább *Aquinói Tamásig*, bár ez ma már fölöttébb vitatott (*McInerny* 1996:43-47), mert az analogikus kapcsolat más, mint a fokális kapcsolat. Sajátos, (de nem vitatott) fokális kapcsolatot képeznek a paroním szavak jelentései, amikor azonos szótövű, de különböző

végződésű szavak csoportjáról van szó (Topika I.15. 106b; Little 2002:114). Azok, akik a barátság arisztotelészi értelemben vett jelentésviszonyait fokális kapcsolatnak tekintik, tágabban fogják fel az ilyen kapcsolatok jellegét. Azt is fokális kapcsolatnak tekintik, melyeknél az elsődleges eset valamely komplex cél, funkciót, fogalmi lényegét testesít meg, mely magában foglalja a másodlagos esetek céljait, funkcióit és *logoszá*t (e nézetekre l. Wehrle 2000:196; Smith Pangle 2003:211; Fortenbaugh 2006:93). Itt a másodlagos esetek nem azonos szempontokból hasonlítanak az elsődleges esetre (Smith Pangle 2003:211).

Mindezen okok miatt, ugyan *Rodriguez-Blanco* kritikája támadható, hiszen egy kisebbségi véleményre alapoz, de a kritikájából, (valamint az 5. pontban foglaltakból), az is látható, hogy *Finnis* - arisztotelészi értelemben - valóban nem fokális kapcsolatokat tárt fel a jog terminus tekintetében.

9. Tökéletes eset kontra tökéletlen esetek: új típusú fokális elemzés, vagy egyszerű tévedés?

Ne elégedjünk meg az előző pont végén levont következtetéssel, ugyanis a kérdés megfordítható. Lehet-e *Finnis* kísérletét egy új típusú fokális elemzésnek tekinteni, mely lényegesen különbözik ugyan a klasszikus módszertől, és nem is szabad összekeverni vele, de amely mégis hatékony analitikai eszköz lehet a jogi terminusok elemzéséhez. Így gondolja *Endicott*, akinek a megállapításaira később térek ki (Endicott 2001). *Abraham Edel* amerikai filozófus szerint, pedig az etika és a politika területén a fokális elemzés erőteljes módszer lehet, mely jól magyarázhatja a központi eset, mint ideáltípus, és a tökéletlen esetek kapcsolatát (Edel 1996:229). Egy új típusú módszert látszik alátámasztani az is, hogy tág értelemben *Finnis* fokális kapcsolatokat teremt a jog fogalmi struktúráján belül: a másodlagos eseteket a központi, ideális esetre vonatkoztatva kell meghatározni (és értékelni), azaz a másodlagos esetek meghatározásai függhetnek a központi eset fogalmi lényegétől, (jóllehet nem logikai értelemben).

A kérdés megválaszolásához mindenekelőtt azt kellene világosan látni, hogy *Finnis* konstrukciójában, a jog ugyanolyan értelemben állítható-e a központi, ideális esetről, mint a másodlagos esetekről. Ennek azért van jelentősége, mert lényeges, hogy ezekben az összefüggésekben a jog szó többjelentésű-e

vagy sem. A fokális kapcsolat ugyanis egy szó jelentései között fennálló kapcsolatot, és nem egy szó valamely jelentésén belüli kapcsolatot jelöl.

9.1. A jog "fokális jelentése"

Finnis kifejezetten kiemeli, hogy a jog szót nem tekinti egyértelműnek (Finnis 1992:277). Ugyanakkor úgy tűnik, hogy egyes esetekben a homályos (*vague*) fogalmak esetében is fokális jelentésről és központi esetről ír (Finnis 1992:277), noha a homályos fogalmak még nem feltétlenül többjelentésűek, legfeljebb a fogalmi határaik bizonytalanok. Amennyiben helyes az értelmezésem, *Finnis* keveri a "fokális jelentés" kifejezés két jelentését.

A fokális jelentés kifejezés egyik értelme arra utal, hogy egy terminusnak több jelentése van, azonban e jelentések közül az egyik elsődlegessé válik, mert a jelentések közötti fokális (alapvetően logikai vagy nyelvhasználati) kapcsolat kiemeli, elsődlegessé teszi az egyik jelentést. Másrészt, amennyiben egy homályos, életlen fogalmi határokkal rendelkező terminusnak egy jelentése van, a jelentésnek lehet olyan "fokális" része, mely a terminus által jelzett fogalom legjellemzőbb fogalmi tulajdonságait jelzi (a fogalom magva vagy gyújtópontja, fókusza); a fogalom holdudvarába tartozó esetek, viszont nem feltétlenül rendelkeznek az összes ilyen fogalmi tulajdonsággal, így határesetet képeznek. *Gwilym Owen*, aki a fokális jelentés fogalmát bevezette az arisztotelészi szövegek elemzéséhez, egyértelműen az első jelentést értette alatta (Owen 1960:169; McInerny 1996:40; Fiasse 2006:218). A második jelentést vagy laza szakmai nyelvhasználat, vagy metaforikus nyelvhasználat miatt kaphatta a kifejezés, és nem szolgálja a fogalmi tisztaságot.

Önmagában az az általános megállapítás, hogy a jog szó nem egyértelmű (univok), még nem ad választ arra a kérdésre, hogy konkrétan, a példaként felhozott másodlagos (tökéletlen) eseteknél, valóban többféle értelemben használjuk-e. Ugyanazon terminusnál, a nyelvhasználat különböző esetei között többféle fogalmi kapcsolat létezhet, és ezt mindig konkrétan kell megvizsgálni. Érdemes ezt a már ismerős egészséges szó példájával érzékeltetni, ahol ugyancsak több fogalmi kapcsolatot különböztethetünk meg, ugyanazon szó használatakor:

(1) azonos jelentés: pl. "egészséges ember" és "egészséges ló" kifejezésekben;

- (2) kétféle jelentés, ugyanakkor fokális kapcsolat (poliszémia): pl. "egészséges ember" és "egészséges diéta" kifejezésekben;
- (3) kétféle jelentés, ugyanakkor nem fokális, hanem analogikus (metaforikus) kapcsolat (ugyancsak poliszémia): pl. "egészséges ember" és "egészséges arányok" kifejezésekben.
- (4) kétféle jelentés, melyek között érdemi szemantikai összefüggés nincs vagy elhanyagolható (homonímia vagy kvázihomonímia): pl. "egészséges diéta" és "egészséges kíváncsiság" kifejezésekben.

A konkrét vizsgálat szükségességét figyelembe véve, induljunk ki abból, hogy például a finnisi értelemben vett jog₍₁₎ (ideális, központi eset) és a jog₍₄₎ (másodlagos eset: igazságtalan jog) eseteiben a jog fogalmának ugyanaz-e a jelentése. A többféle jelentés, ugyanis alapvető feltétele az esetleges "új típusú" fokális kapcsolatnak is, enélkül nem beszélhetünk új típusú fokális elemzésről sem.

9.2. A jog központi esete és az igazságtalan jog

Annak megállapítása, hogy egy szó - akár általában, vagy csak bizonyos összefüggésekben - több jelentéssel bír-e, és ezeknek mi a tartalma, sok esetben bizonytalan, hiszen nincsen pontos és világos nyelvészeti-szemantikai mérce ennek eldöntésére. *Arisztotelész* már felállított egy sokrétű tesztet, hogy a nyelvhasználatból miképpen lehet kiszűrni a többféle jelentést (Topika I.15. 106a-107b, l. ugyancsak Második Analitika II.13. 97b14-28), míg a modern szemantika is számos tesztet ismer (l. pl. Zwicky/Sadock:1975:1-36; Cruse 1987:54-71). A bizonytalanság ennek ellenére itt világosnak tűnik, hogy *Finnis* rendszerében, és általában is, a jog₍₁₎ és a jog₍₄₎ azonos jelentéssel, és közös nemfogalommal bírnak. Emellett a következő érvek szólnak.

A jog központi (ideális) eseténél és az igazságtalan jognál is azonos az alapvető cél és a funkció: a társadalomban a koordinációs problémák megoldása (Finnis 1992:276). *Arisztotelész*nél a többféle jelentés elkülönítésének egyik lényeges szempontja éppen a cél és a funkció különbsége (l. a barátság szó használataira vonatkozó különbségtételt).

A cél és funkció azonosságán túl, a tökéletes eset és a tökéletlen esetek fogalmi összefüggése éppen arra utal, hogy a tökéletlen és tökéletes esetekben megmutatkozó fogalmak azonos jelentéssel bírnak. Ugyanis a jog tökéletlen esetei osztják valamilyen mértékig a jog tökéletes esetében

megmutatózó fogalmi lényegét (*logosz*), de hibás vagy hiányos jellegüknél fogva csak csökkent mértékben. A kapcsolat jellegéből adódik, hogy többé-kevésbé ugyanaz a *logosza* a tökéletlen esetnek, mint a tökéletes (központi) esetnek, azonban az előbbinél csak részlegesen. Mivel a tökéletlen eset a tökéletes esetre vonatkoztatva határozható meg, hiszen a tökéletlen esetben megmutatózó hiány a tökéletes eset olyan jegyére utal, mely nincs meg a tökéletlen esetben, szemantikai értelemben hierarchikus kapcsolat áll fenn a két eset között: a tökéletlen eset alárendelt a tökéletes esetnek. Ez abban mutatkozik meg, hogy a tökéletlen esetet a tökéletes esetre tekintettel lehet meghatározni, és egyben értékelni. Viszont azzal, hogy a tökéletlen eseteket alárendeltük a tökéletes esetnek, szemantikailag függővé tettük attól, ezzel egyben a tökéletes eset által megjelenített jogfogalom alá rendeltük a tökéletlen eseteket, tehát az jog (mint igazságtalan jog, mint szokásjog, mint diktatórikus államok joga, mint nemzetközi jog) alárendelt (*hiponím*) esetei a jognak (általában), mely utóbbi ugyanakkor fölérendelt esete (*hiperoníma*) az előbbieknél.

A tökéletlen esetekben a tökéletes esethez mért fogyaték vagy hiba lehet olyan mértékű, hogy a fogalmi lényeg megváltozik, immár az esetek között közös nem (*genosz*) nem állapítható meg, és leválk egy új jelentés (azaz leválk egy különálló, azonosítható *logosz*.) Mivel a tökéletes eset a jog általános fogalmának hagyományos fogalmi lényegét reprezentálja (ezért központi eset), a tökéletlen eset vesz fel új jelentést, és többé már nem állítható róla, hogy "jog", legalábbis olyan értelemben, ahogy a jog hagyományos fogalmát a központi eset megjeleníti.

A jog⁽¹⁾ és a jog⁽⁴⁾ esetében azonban az eltérés mértéke nem olyan, hogy ez megállapítható lenne. *Finnis* maga sem tagadja meg a jogi jelleget az igazságtalan jogtól (Finnis 1992:364-366). Ez azt jelenti, hogy az igazságtalan jogról állítható, hogy jog, még hozzá olyan értelemben, ahogy azt a központi eset megjeleníti. Márpedig ekkor a központi, tökéletes eset és a tökéletlen eset kapcsolata a jog fogalmán belüli kapcsolat lesz, és nem a jog önálló jelentései közötti kapcsolat. Ez logikai és nyelvi értelemben is alátámasztható.

Példánkban, a tökéletes és tökéletlen eset, a jog általános fogalmát megjelenítő központi (ideális) eset és az igazságtalan jog, egyfajta szembenállást jelent. Az igazságtalan jog feltételez igazságos jogot is. Az igazságos jog ebben a szembenállásban jellemzően a központi (ideális) esetben mutatkozik meg, mely egyben a jog fogalmi magvát jelenti, viszont

megmutatkozhat a jog egyéb, másodlagos eseteiben is (pl. nemzetközi jog vagy szokásjog).

Így három terminussal van dolgunk: a "jog", az "igazságos jog" (melynek *Finnis* rendszerében jellemző esete, a jog központi esete) és az "igazságtalan jog". A döntő kérdés, hogy az igazságtalan jog alávetett fogalma-e magának a jognak. Amennyiben nem, akkor a jog nem állítható olyan értelemben róla, mint az igazságos jogról, és ekkor ez a kifejezés önálló, de kapcsolódó jelentését hordozza a jognak, mint jog₍₄₎, ami lehetővé teszi a fokális elemzést. Amennyiben igen, akkor nem hordoz önálló jelentést, és a fokális elemzés előfeltétele hiányzik.

9.3. A tökéletes és tökéletlen esetek szembenállása és függősége

Az igazságos jog és igazságtalan jog szembenállása kölcsönös szemantikai és logikai függőséget jelez. Már *Claude Lévy-Strauss* felhívta a figyelmet arra, hogy két terminus szembenállása (*oppositio*) feltételezi, hogy egymást kiegészítő fogalmakat jelző terminusokról van szó, és egyben azt, hogy *ugyanazon osztályozás részét, és eredményét képezik.* (Chandler 2007:95) Márpedig, ha az osztályozás során valamit ily módon két részre osztottak, ez a valami csak olyan közös, fölérendelt fogalom kettéosztása lehetett, mely eredetileg mindenképpen, de később is feltételezhetően, az osztályozás eredményeképpen létrejött két alárendelt fogalom (itt igazságos jog és igazságtalan jog) közös nemfogalma vagy fölérendelt fogalma (itt a jog) volt. Tehát a bizonyítás terhe azon van, aki azt állítja, hogy a közös fölérendelt fogalomból, annak dichotóm felosztásával képzett két alárendelt fogalom egyike önálló jelentést vett fel, és ezáltal megszűnt a fogalmi alávetettsége a közös fölérendelt fogalomnak. *Finnis* ilyen érvet nem hoz elő, de ez láthatóan nem is célja, ugyanis az igazságtalan jog jogi jellegét nem kívánja tagadni.

Az igazságos jog és igazságtalan jog szembenállása sajátos viszonyt képez: ez nem ellentét, még csak nem is kizáró ellentmondás. *Arisztotelész* nyomain haladva (l. pl. Kategóriák X. 12a-13a; Metafizika I.4. 1055a33-b29), a középkori skolasztikusok ezt fosztó szembenállásnak (*oppositio privativa*) nevezték (Gény 1933:32), míg *Cruse* fosztó antonímiának (*privative antonym*) nevezte, mely az egymást átfedő antonímiák egyik alcsoportja (Cruse 1987:208). Ez két terminus közötti kapcsolat, ahol az egyik terminus valamely pozitív szemantikai tulajdonsággal bír, míg a másik terminust e tulajdonság hiánya jellemzi.

Az *oppositio privativa* a két szembenálló terminus között szemantikai értelemben hierarchikus kapcsolatot hoz létre. A tulajdonság hiányát jelző jelző (itt igazságtalan) meghatározása csak a vele szembenálló jelző (itt igazságos) meghatározásával lehetséges, ezáltal meghatározása függ a vele szembenálló terminus meghatározásától. Ilyen értelemben a morfológiailag is kapcsolódó, szembenálló terminuspár egyik tagja elsődleges, és eredeti jelentést hordoz, a másik tagja másodlagos, és levezetett jelentést hordoz. (Lyons 1978:275). Innen ered az a tévképzet, hogy mivel a tökéletlen esetet a tökéletes esetre utalással lehet meghatározni, akkor ez fokális kapcsolat lesz, hiszen levezetett meghatározásról van szó. Ez azért eleve tévképzet, mert a szembenálló terminusoknak van közös fölérendelt fogalmuk (és így közös nemük is), így eleve nem beszélhetünk fokális kapcsolatáról. Ilyen esetekben a közös nem (*genosz*) létét hangsúlyozza *Arisztotelész* is (Második Analitika I.4. 73b24, ugyancsak I. Metafizika Δ.16. 1021b12-1022a3). Ehhez hasonlóan, vertikálisan dimenzióban, a fajfogalmat is szükségszerűen a nemfogalomra hivatkozással határozhatjuk meg a klasszikus definíció szabályai szerint, mégsem jöhet szóba a fokális kapcsolat a nemfogalom és a fajfogalom, azaz a fölérendelt és alárendelt fogalom között. (Lyons 1978:308).

Egyéb, morfoszemantikai megfontolások is azt támasztják alá, hogy az igazságtalan jog fogalmának a jog fölérendelt fogalma maradt. Az "igazságtalan jog" nyelvi szempontból egy jelzős szerkezet, ahol egy főnévi alapszóból (igazság) képzett fosztóképzős melléknév kapcsolódik egy főnévhez (jog). Az ilyen melléknévi jelzős szerkezetekben legalább két főnévvel van dolgunk: az egyik, amiből a jelzői melléknevet képeztük (N_1 : itt "igazság"), a másik a jelzett főnév (N_2 : itt "jog").

Általában a melléknévi jelzős szerkezetek szemantikai értékelése mindig attól függ, hogy e két főnév - jellegében és tág értelemben vett rész/tulajdonság és egész viszonya - milyen tartalmú. Esetünkben a kérdés az, hogy az igazság miképpen viszonyul a joghoz. *Kiefer* (témánk szempontjából) három alapvető viszonyt különböztet meg:

- (a) N_1 elidegeníthetetlen tulajdonsága vagy része N_2 -nek (pl. nyél és kés);
- (b) N_1 tipikus tulajdonsága vagy része N_2 -nek (pl. lomb és fa);
- (c) N_1 járulékos tulajdonsága vagy része N_2 -nek (pl. só és leves).

A szemantikai szabály úgy szól, hogy N_1 csak akkor kaphat fosztóképzőt, ha N_1 és N_2 jelöltje között (b) vagy (c) típusú kapcsolat áll fenn. (Kiefer 2007:202). Ez azt jelenti, hogy olyan N_1 főnév szemantikai értelemben nem kaphat fosztóképzőt, mely elidegeníthetetlen tulajdonsága vagy része N_2 -nek, a jelzett főnévnek (itt "nyeletlen kés"). Ezzel szemben a (b) esetben a lombtalan fa, és (c) esetben sótlan leves már szemantikailag helyes kifejezés. Így, az igazságtalan jog kifejezés szemantikailag csak akkor helyes, ha az igazság a jog tipikus vagy járulékos, de nem elidegeníthetetlen tulajdonsága. (l. erre még Kiefer 2007:200-202; Kiefer 2000:49-51,174; H. Varga 2005:104-105). A *contrario*, az igazságtalan jelzővel a jogot nem elidegeníthetetlen, legfeljebb tipikus vagy járulékos tulajdonságától fosztjuk meg, ami azt a vélelmet támasztja alá, hogy a jog az igazságtalan jog fölérendelt fogalma marad.

9.4. Negatív fajképzés nyitott fogalmaknál

Amikor a jog terminust fosztóképzős jelzővel látjuk el (igazságtalan jog), akkor logikai értelemben a jog fogalmához hozzáteszünk egy szemantikai jegyet (igazságtalan), így a jogon, mint nemfogalmon belül egy új fajfogalmat képezünk, hiszen az igazságtalan jelző fajképző különbségként viselkedik. Ekkor, az igazságtalan jog legközelebbi nemfogalma maga a jogfogalom lesz. Ez természetesen csak akkor áll, ha a jog fogalmilag lehet igazságtalan, azaz a jogszabályokat nem fosztja meg jogi jellegüktől az igazságtalanságuk. Ezt a jog definíciója döntené el, amivel nem rendelkezünk, hiszen egy ilyen definíció hiánya éppen *Finnis* rendszerének lényege. A jognak csak jellemző tulajdonságai vannak, és éppen ilyen jellemző tulajdonság az igazságos jelleg, mely a központi eset részét képezi. Mivel az igazságosság nem szükséges, hanem csak jellemző fogalmi jegy, nem zárja ki eleve az igazságtalan jogot a jog fogalmi köréből. Ugyanakkor, mivel a fogalom határai nyitottak, vagy legalábbis életlenek, a jellemző tulajdonság hiánya még nem dönti el a kérdést.

Amennyiben az igazságtalan jog az jog alávetett fogalmának tekinthető, akkor sajátos fajképzésről beszélhetünk. A jellemző szemantikai tulajdonságok valamelyikétől fosztjuk meg a fogalmat, ezzel létrehozunk egy másodlagos, alárendelt (*subiectiv*) fajfogalmat. E "negatív fajképzésnek" az a lényege, hogy nem egy új, konkrét szemantikai tulajdonság léte hozza létre a fajt, hanem egy jellemző tulajdonság (itt az igazságosság) hiánya. A klasszikusan nem definiálható, hanem csak jellemző tulajdonságokkal leírt, nyitott fogalmak esetében, tehát negatív fajképzéssel hozhatunk létre a

fogalom holdudvarába tartozó eseteket átfogó fajfogalmakat. Amennyiben a jellemző tulajdonságokból nem elveszünk, hanem azokat egy újabbal egészítjük ki, akkor a fogalom magvába tartozó eseteket jelölő fajfogalmat hozunk létre. (A szükséges és elégséges feltételekkel, klasszikus értelemben definiált terminusoknál, fordított a helyzet: ott a megadott tulajdonságokhoz képest új tulajdonság bevezetése fog fajképző különbségként szerepelni, tehát az alávetett fogalom szemantikai értelemben gazdagabb lesz.)

Az igazságtalan jog jogi jellegét, a jogfogalom alá sorolhatóságát az dönti el, hogy szemantikai tulajdonságait tekintve milyen mértékben hasonlít a központi esethez. Ez az igazságtalan jog konkrét előfordulásainak mélyebb elemzését kívánná meg. Viszont a kérdés fordítva is megközelíthető. Amennyiben egy jog mindenben hasonlít az ideális esethez, kivéve abban, hogy igazságos lenne, akkor egyértelműen jognak minősül, mégha másodlagosan is. Ez világosan következik *Finnis* felfogásából. Ennek alapján egyértelmű az, hogy az igazságtalan jog nem kerül ki a jog fogalmi köréből csak azért, mert igazságtalan. Ehhez más eltérés is kell a központi esettől. Az igazságtalan jog önmagában, és a maga elvontságában, tehát a jog alárendelt (*subiectiv*) fogalma, annak egyik faja. A jog felosztása igazságos és igazságtalan jogra valódi, dichotóm felosztása a jog fogalmának (*divisio subiectiva*). Így, amikor a jogot megfosztjuk egyik jellemző tulajdonságától, az igazságosságától, negatív fajképzés történik a jog fogalmán belül. Mivel az igazságtalan jog a jog alárendelt fogalmaként jelenik meg, és egyben a jog az igazságtalan és igazságos jog közös nemfogalma, a jogot ugyanolyan értelemben állíthatjuk az igazságtalan jogról is, mint az igazságos jogról, tehát a jog terminusnak az igazságtalan jog és igazságos jog kifejezésekben nincs eltérő jelentése. Ahogy *Arisztotelész* mondaná, az igazságos és igazságtalan jog nem nemek szerint különbözőek, hanem egy közös nemen belül, fajták szerint különbözőek (*ετερα τό ειδει*; I. Metafizika K.3 1060b31-36 és Δ.10. 1018a38-b7).

E következtetést az sem ingatja meg, hogy *Finnis* szerint a jog szó az igazságos jogról elsődlegesen, míg az igazságtalan jogról másodlagosan állítható. Ettől még van közös fölérendelt fogalmuk. Az egyes fogalmak magva és holdudvara közötti különbség érzékelése nem *Bertrand Russell* óta általános. Már *Arisztotelész*nél nyilvánvaló, hogy a különböző fajok a közös nemből különböző mértékben részesülnek, így pl. az élet fogalma nagyobb mértékben állítható az állati életről, míg kisebb mértékben állítható a növényi életről. De ez még nem jelenti azt, hogy más-más jelentése lenne az

életnek a két esetben, ugyanis a növényi élet és az állati élet, mint fajok, közös nemfogalma az élet. Ezt az aránytalanságot *Cajetanus* bíboros később az egyenlőtlenség analógiája (*analogia inaequalitatis*) néven nevezte (De Nominum Analogia, Caput I. 3.) Tette ezt egyébként teljesen helytelenül, mert az analógia mindig többféle jelentés közötti analógiát jelent, és sohasem azonos értelemben használt szavak közötti analógiát (l. McInerny, 1996:9). Tehát az a tény, hogy a jog kevésbé állítható az igazságtalan jogról, mint az igazságos jogról, még nem cáfolja azt, hogy a jog fogalmát mindkét kifejezésben azonos értelemben használjuk.

9.5. Tökéletes és tökéletlen esetek Arisztotelésznél

Vannak olyan helyek *Arisztotelésznél*, ahol ő is vizsgál tökéletlen eseteket a tökéletes esetekhez való viszonyukban (általában I. Metafizika Δ .16. 1021b12-1022a3). Ilyen például egy városállam tekintetében a "teljes polgár" és "nem teljes polgár" viszonya, a kettő különbsége (Politika III.1-3. 1275a-b). Jóllehet, a nem teljes polgárokat is polgároknak tekinti, mindazonáltal a közöttük lévő kapcsolatot nem fokális kapcsolatnak tekinti, hanem egyszerű hasonlósági kapcsolatnak. Egy másik hasonló és nevezetes elemzés a helyes és hibás (tökéletlen) alkotmányokról, és a közöttük lévő viszonyról szól (Politika III. 6-7. 1278b-1279b). A helyes alkotmányok azért helyesek, mert a közérdeket, és a közérdeken keresztül az igazságot szolgálják. A helyes alkotmányokat pedig azért kell vizsgálni, mert ezeken keresztül lesznek felismerhetőek a helytelen (tökéletlen, hibás) alkotmányok. Itt sincs azonban nyoma annak, hogy *Arisztotelész* fokális kapcsolatnak tekintette volna a tökéletes és tökéletlen alkotmányok kapcsolatát. Mind a teljes polgár, mind a helyes alkotmány fogalma értékítéleten alapszik, és ennek érvényessége korlátozott sokszor arra a városállamra, melyet vizsgálunk. Erre kifejezetten utal *Arisztotelész* a teljes polgár vizsgálatánál.

Lloyd éles szemmel azonosítja az arisztotelészi módszer lényegét: egy fogalom vizsgálatánál mindig azon nyelvhasználati esetekből indul ki, ahol a fogalmat jelző terminus használata világos és problémamentes. Ezután vonja be a vizsgálódás körébe a problémásabb, kevésbé tiszta, atipikus eseteket, és vizsgálja, van-e olyan módszer, amellyel kapcsolatba lehet őket hozni a problémamentes (ígyen központi) esettel vagy esetekkel. Mindez azonban nem jelent eleve fokális kapcsolatot, hiszen az speciális jelentésviszonyokat feltételez (*Lloyd* 1989:199). Sőt a vizsgálódás kiterjesztése a problematikus esetekre, és a jelentésviszonyok feltárása, tipikusan nem fokális, hanem analogikus eszközökkel történik. Azért, mert *Arisztotelész* valahol elsődleges

esetről ír ilyen összefüggésekben, ettől még nem utal feltétlenül fokális kapcsolatra.

A központi eset, tehát nem csak a fokális kapcsolat által kiemelt központi eset lehet. Erre utalva *Fortenbaugh* kifejezetten kiemeli, hogy a barátság elemzésénél is azonosítható a *Nikomakhoszi Etikában* központi eset (erényen alapuló barátság). De ettől még a barátság különböző esetei közötti kapcsolat nem lesz fokális kapcsolat, hanem egyszerű hasonlósági kapcsolat, és a központi eset olyan értelemben elsődleges, hogy az lesz a "hasonlóság fókusz" melyre a másodlagos esetek hasonlítanak (*Fortenbaugh* 2006:217). Téves tehát a központi esetet a fokális jelentéssel azonosítani: a fokális jelentés leírható a fokális kapcsolatként jellemezhető jelentésviszonyoknál kiemelkedő központi eset szemantikai tulajdonságaival, azonban a nem fokális, hanem más jelentésviszonyokban kiemelkedő központi esetek érthetően semmiféle fokális jelentést nem implikálhatnak. Valamely azonosítható, központi eset elemzése így nem feltétlenül fokális elemzést jelent (*Lacey* 1988:6). Mindennek megfelelően, a tökéletes esetet lehet központi esetnek nevezni, és a tökéletlen eseteket erre utalva elemezni, de ennek nincs feltétlenül köze a fokális elemzéshez.

9.6. A jog fogalma Finnisnél: mi maradt a fokális elemzésből?

Az előzőekben bizonyítani kívántam, hogy az igazságtalan jogról a jog fogalma ugyanolyan értelemben állítható, mint a jog központi esetéről, azaz a $\text{jog}_{(1)}$ és a $\text{jog}_{(4)}$ nem többértelmű. Emiatt nem is jöhet szóba fokális kapcsolat léte a $\text{jog}_{(1)}$ és a $\text{jog}_{(4)}$ között. A fenti érvek legtöbbször használható a $\text{jog}_{(2)}$, $\text{jog}_{(3)}$ és $\text{jog}_{(5)}$ másodlagos esetek értékelésénél is. Úgy vélem, hogy nagyobb különbségek esetén is, a funkció és cél azonossága, a fogalmi lényeg egyezése, valamint a tökéletes és tökéletlen esetek jelentésviszonyainak belső logikája, azt támasztja alá, hogy e használatokban a jog terminusnak nincs több jelentése, így nem lehet szó fokális kapcsolatokról.

Finnis elemzése tulajdonképpen egy fogalmon (és egy jelentésen) belüli viszonyokra vonatkozik. Méghozzá a jog fogalmának magvához tartozó központi eset és a fogalom holdudvarához tartozó másodlagos esetek közötti viszonyrendszerre. Ez viszont nem fokális viszonyrendszer. Ezen, egy fogalmon belüli viszonyrendszer alapjainak leírására vonatkozó különböző metodológiák már kialakultak az 1970-es években, elsősorban a kognitív pszichológia területén, a fogalmi reprezentációk modellezésére. Itt elég

röviden ezek két fő formájára utalnom: *Eleanor Rosch* prototípus-elméletére, vagy *Medin* és *Schaffer* ún. mintapéldány-elméletére (*exemplar theory*). Mindezek a nyitott fogalmak magvának, vagy központi, viszonyítási pontjának (prototípus vagy mintapéldány) és holdudvarának megkülönböztetésére építenek, ahol a fogalomhoz tartozás az atipikus (deviáns, tökéletlen, periferikus) esetek vonatkozásában mindig fokozat kérdése. A mércét, a fogalom szerveződésének alapját, pedig a központi, viszonyítási pont szolgáltatja (ezen elméletekre kiváló összefoglalót ad pl. Murphy 2002:41-45,49-54).

Természetesen itt nincs lehetőség, de szükség sem, ezen elméletek ismertetésére. A lényeg azonban annyi, hogy *Finnis* - tévesen - a poliszém terminusok jelentései közötti viszonyok elemzésének fogalmait kívánta alkalmazni egy - az adott kontextusban - univok, nyitott fogalom (a jog) belső jelentésviszonyainak elemzéséhez. Helyesebben járt volna el, ha az említett elméletek valamelyikét kiválasztja, (a prototípus-elmélet lett volna erre igazán alkalmas), és annak fogalmi és eszközrendszerét használja a jog belső fogalmi viszonyainak leírásához. Ezt még az sem zárta volna ki, hogy a prototípus-elmélet (és a mintapéldány-elmélet is) leíró-magyarázó elmélet, ahol a prototípusok, mint a központi, viszonyítási pontok meghatározása az egyes fogalmak tekintetében empirikus módon történik, pszichológiai kísérletek útján. Tehát nem elméletileg konstruált viszonyítási pontokról van szó. Ezzel szemben *Finnis* normatív elméleténél a központi (ideális) eset meghatározása választáson és értékítéleteken alapul, melyhez valamelyest alapul szolgálhatott *Arisztotelész* ellentmondásos elemzése a barátságról. Viszont a prototípus-elmélet fogalmi rendszerének használatát ez nem akadályozta volna.

Azon érdemi következtetések vitatása, melyet *Finnis* levont az ideális eset és a jog másodlagos eseteinek kapcsolatára vonatkozóan, egy külön tanulmány tárgya lehet. Amit ő fokális elemzésnek nevez, csak egy módszertani keret és fogalomhasználat, mely önmagában még nem feltétlenül érinti az érdemi következtetéseit. Az előzőekben csak arra kívántam rámutatni, hogy e módszertani keret és fogalomhasználat alapvetően téves. A jog fogalmánál alkalmazott elemzés, sem arisztotelészi értelemben, sem más értelemben nem fokális elemzés, a jog ideális fogalma nem fokális jelentése a jognak, és nem a fokális fogalmi kapcsolatok által kiemelt központi eset.

10. A fokális elemzés kiterjesztése a jogi fogalmakra

A fentiekben a fokális elemzés lehetőségét a jog fogalmára zártam ki, olyan mértékben, ahogy az a jelzett másodlagos vagy tökéletlen eseteket érinti. Nincs azonban kizárva, hogy ezt az analitikai eszközt - ha a remélnél szűkebb körben is - de lehessen a jog fogalmán kívül, egyéb jogi fogalmak elemzésére használni. Bár a fokális elemzés alkalmazását nagyrészt a jog fogalmára nézve kísérli meg, maga *Finnis* más terminusoknál is ír azok fokális jelentéséről, így például a tulajdon, az autoritás vagy a büntetés esetében (Finnis 1992:169,234,266).

Timothy Endicott ilyen előzmények után tesz javaslatot arra, hogy a jogi terminusok fokális elemzését tekintsük a jogértelmezés lényeges eszközének. Javaslatát *Finnis* módszerének elfogadásán, értelmezésén és továbbgondolásán alapszik (Endicott 2001:4-8). Elképzelése röviden a következők szerint összegezhető. A jogi terminusok jelentős része nem definiálható klasszikus értelemben, és megértésük mindig függ attól, hogy milyen célból használjuk azokat (vö. Finnis 2007:318). A terminus alkalmazásának, vagy a terminust tartalmazó jogszabály célja egyben meghatározza egy adott jogi terminus központi esetének kiválasztását is. A központi eset lényegében az adott terminus jó (helyes vagy jellemző) példáját jelenti. Mivel a jogi terminust különböző helyzetekben, körülmények között kell alkalmazni, az alkalmazás célja is módosulhat, ennek következtében a terminus központi esete, valamint így a jelentése is változhat. Így a jogértelmezésnek azzal kell kezdődnie, hogy a bíró "stabilizálja" a terminust, és ennek előfeltétele azon célok ésszerű megértése és azonosítása, melyek érdekében a terminust alkalmazni kell. Ezután lehet a terminus központi esetét kiválasztani, mely a jogalkalmazási mércét jelenti a konkrét esetben. A tényállásbeli esetet a központi esethez kell hasonlítani, és a hasonlóság mértéke dönti el, hogy a tényállásbeli eset besorolható-e a terminus fogalmi hatókörébe.

Látható, hogy *Endicott* elképzelésének már nagyon kevés köze van ahhoz, ahogy *Arisztotelész* például az "egészséges" szó használatára utalt. Ennek ugyanis csak egy központi esete lehet, e központi esetet nem kiválasztjuk vagy konstruáljuk, hanem azt a nyelvhasználatból logikailag ki lehet mutatni. E logikai (vagy nyelvhasználati) jelentés-kapcsolatok feltárása a lényege a fokális elemzésnek. *Endicott* módszere feltételezi (ahogy *Finnis* is), hogy bármely terminus esetében felfedezhetők (helyesebben meghatározhatók vagy konstruálhatók) fokális kapcsolatok, hiszen mindenütt lehet központi esetet azonosítani. *Arisztotelész* viszont nem hagy

kétséget afelől, hogy csak egyes poliszém szavak jelentései között fedezhető fel fokális kapcsolat, máshol ez teljesen hiányozhat. Az arisztotelészi módszerből lényegében csak két fogalom használata maradt meg: a központi eset és a fokális jelentés fogalma (melyek közül *Arisztotelész* egyébként egyiket sem használta). Ez arra elég, hogy azt a látszatot keltse, miszerint itt valódi fokális elemzés történne a jogi terminusok logikai jelentésviszonyának feltárására.

Ezek a problémák világosan érzékelhetőek *Endicott* vezető példáján, melyen alkalmazni kívánja a módszert a "szállás" (*accommodation*) szó alkalmazására a *Puhlhofer*-ügyben (R v Hillingdon LBC ex parte *Puhlhofer* [1986] AC 484). Az ügyben az alapkérdés az volt, hogy a *Puhlhofer*-család kaphat-e állami elhelyezést a hajléktalan személyek elhelyezéséről szóló 1977-es törvény alapján. Ennek egyik feltétele az volt, hogy a kérelmező ne rendelkezzen szállással. A négytagú *Puhlhofer*-család egy vendégházban, egy "bed and breakfast" szobában (egy helyiség) laktak, konyha és valamirevaló lakótér nélkül, a többi lakóval közös fürdőszoba-használattal. Vajon a törvény alkalmazásában "szállás"-nak nevezhető-e még ez az egy szoba, mely négy ember számára nyújtott menedéket? Az érvelés egészen visszanyúlt *Diogenész* hordójáig, mint a szállás esetleges periférikus esetéig, végül azonban a Lordok Háza az igényt elutasította, mert a lordbírók szerint *Puhlhoferék* szobája szállásnak minősült a törvény alapján, így nem feleltek meg a feltételeknek. *Endicott* megpróbálja szemléltetni, hogy a szállás szó központi esete, (mint a szállás jó példája), hogy szolgálhat mérceként a periférikus esetek (*Puhlhoferék* szobája, illetve esetlegesen *Diogenész* hordója) megítélésénél. E megítélés során az dönt, hogy a tényállásbeli szállás, milyen mértékben hasonlít a szállás központi esetéhez, melyet a törvény célját tekintve kell meghatározni. *Endicott* szerint az ügyben eljáró "bíróház határozata az arisztotelészi elveket munka közben mutatja be." (*Endicott* 2001:8).

Félek, én nem így látom. *Endicott*, *Finnishez* hasonlóan, szem elől téveszti, hogy a fokális kapcsolatok mindig poliszémiát feltételeznek. Amit bemutat, az lényegében a szállás fogalmának magvához tartozó eset és a holdudvarhoz tartozó esetek kapcsolata. Sem nála, sem a bíróság ismertetett határozatából nem derül ki, hogy a szállás szónak több jelentést tulajdonítottak volna. Az ügyben a kérdés olyan formában vetődött fel, hogy *Puhlhoferék* szobájáról állítható-e az, hogy az szállás, vagy sem. (És nem az volt a kérdés, hogy *Puhlhoferék* szobájáról milyen értelemben állítható az, hogy az szállás: ez feltételezné a szállás szó poliszém használatát.) A bíróság

egyszerűen azt állapította meg, hogy az igen alacsony színvonalú szállás is szállás (Mcewen 1991:138). Egy homályos szó jelentésének határait kellett meghúzni az ügy tényállása tükrében (*Russell-Waisman* vonal), nem pedig egy szó többféle jelentésének egymás közötti kapcsolatait kutatni, ami a fokális elemzés célja lett volna (*Arisztotelész* vonala). *Endicott* példájára sokkal inkább a prototípus-elemzés alkalmazható, csak a szállás központi esetét vagy jó példáját egyszerűen be kell helyettesíteni a szállás fogalmának prototípusával, és ehhez a prototípushoz hasonlítani a fogalom egyéb eseteit. (Ez legfeljebb annyiban kifogásolható, hogy a prototípus a mentális fogalmi reprezentáció formája, amely a fogalomalkotás során alakul ki, nem pedig mesterségesen kialakított esete egy szó használatának.)

11. Diogenész hordója, avagy a fokális elemzés alkalmazhatóságának korlátai a jogalkalmazásban

Mindez mutatja a fokális elemzés alkalmazhatóságának korlátait a jogalkalmazás során felmerülő jogértelmezésben. Egy adott jogtételben előforduló, konkrét terminus alkalmazása egy adott tényállás tekintetében csak igen ritkán veti fel *problémaként* a terminus többértelműségét, annak ellenére, hogy a terminus egyébként, általában véve lehet többjelentésű. Miért van ez így?

11.1. Egy jogtételben előforduló jogi terminus alkalmazása

Egy adott jogtételben előforduló, konkrét terminust a jogszabály önmagában olyan összefüggésekbe helyezi (és ezzel korlátozza) annak lehetséges és ésszerű használatát, melynek következtében tipikusan csak a terminus egyik jelentése jön szóba, akkor is, ha vannak egyéb jelentései is. Például az angol "*accommodation*" szó jelentheti a repülőgépen vagy a hajón az utas helyét is, de a hajléktalan személyekről szóló törvény összefüggéseiben a szó ezen jelentése ésszerűen fel sem merül. Továbbá maga a tényállás is kontextuális szűkítést jelent, olyan értelemben, hogy mindig konkrét kérdést indukál: a *Puhlhofer*-ügyben ez abban áll, hogy a "bed-and-breakfast" szoba szállásnak minősül-e. Nincs értelme azt a kérdést feltenni, hogy a szállás szó melyik értelmében minősülhet a tényállásbeli lakhely szállásnak, ugyanis a jogszabály kontextusa, egyetlen értelmet implikálva, maga teszi értelmetlenné a kérdést. (Ezért nem is vetődött fel ilyen formában a probléma).

Hipotézisként, felfogható-e egyáltalán a szállás szó többjelentésűnek a *Puhlhofer*-ügy keretein belül? Tegyük fel, hogy a nyelvhasználatban van a szállás szónak olyan tág jelentése, melynek folytán a szállás szó állítható *Diogenész* hordójáról is ugyanúgy, mint egy villáról vagy vidéki kastélyról (szállás₍₁₎). Tegyük fel, hogy van a szállás szónak olyan jelentése is, amely legalább jellemző (esetleg szükséges) tulajdonságként magában foglalja az elkülöníthető lakó-, alvó-, tisztálkodási és étkezési teret (szállás₍₂₎). Ekkor tehető fel úgy a kérdés, hogy a kérdéses törvény alapján, melyik értelemben vett szállás hiánya teszi jogosulttá a kérelmezőket az állami elhelyezésre?

Itt két alapvető probléma merülne fel. Amennyiben az így tételezett jelentések közül választani is kellene a jogalkalmazónak, ehhez a választáshoz a fokális elemzésnek semmi köze nem lenne. Mennyiben járulna hozzá a választáshoz a két jelentés közötti logikai vagy nyelvhasználati viszonyok feltárása? Lényegében semmivel. A másik probléma az, hogy a fenti megkülönböztetés nem jelentene poliszémiát. A szállás₍₁₎ ugyanis fölérendelt (hiperoním) fogalma lesz a szállás₍₂₎ fogalomnak, hiszen ez utóbbi mindössze a szállás₍₁₎ egyik konkrét formája, azaz hiponímája, amely osztja a fölérendelt fogalom fogalmi lényegét, hiszen a fölérendelt fogalom, mindig állítható az alárendelt fogalomról. Így nemcsak arról van szó, hogy a fokális elemzés nem segítené a jogértelmezést, hanem arról is, hogy e példában a fokális elemzés nem is végezhető, mert fel sem merül az arisztotelészi értelemben vett fokális kapcsolat.

Úgy tűnik nem járható az az út, hogy egy életlen fogalmi határokkal rendelkező terminus holdudvarát önálló, tág jelentésnek, míg fogalmi magvát egy szűkebb, de másik jelentésnek fogjuk fel, tulajdonképpen két fogalmat konstruálva. Ez a "mesterséges" poliszémia azért nem lehetséges, mert a fogalmi holdudvart is átfogó, tételezett, tágabb jelentés szükségképpen fölérendelt fogalma lesz a fogalmi magra utaló szűkebb jelentésnek.

A *Puhlhofer*-ügyben tehát egyszerűen arról volt szó, hogy a bíróság megállapította, miszerint az adott kontextusban univok szállás szó fogalmi határai hol húzódnak a "bed-and-breakfast" szoba vonatkozásában (fogalmi mag és fogalmi holdudvar kontextusa). Míg a bíróságok korábban megállapították, hogy az átmeneti menedék (R v Ealing London Borough Council ex parte Sidhu (1982) 80 LGR 534), vagy az éjjeli menedék (R v Waverley District Council ex parte Bowers (1983) QB 238), illetve a

lakhatatlan lakóhely (R v South Herefordshire Borough Council ex parte Miles (1984) 17 HLR 82) a szállás fogalmi határain kívül esett a törvény alkalmazásában, *Puhlhoferék* lakóhelye, viszont még a fogalmi határokon belül volt (Mcewen 1991:138). Így itt nincs helye fokális kapcsolatok keresésének.

11.2. Több jogtételben előforduló jogi terminus eltérő célú alkalmazása

A fentiek egy adott jogszabály egy adott terminusára vonatkoztak. Viszont kérdés, hogy felmerülhet-e a fokális elemzés akkor, ha más jogszabályokban ugyanazon szót más összefüggésekben használja a jogalkotó. Például *Diogenész* hordója egyetlen ésszerű értékelés sem minősülhet szállásnak (*accommodation*) a fenti angol-walesi törvény alapján (Endicott, 2001, 8.). Viszont akkor, ha *Diogenész* ENSZ-alkalmazott lenne és valaki szándékosan "erőszakos támadást" hajtana végre a hordó ellen, mellyel veszélyeztetné a bölcs személyét vagy személyi szabadságát is, minden ésszerű értékelés alapján nemzetközi bűncselekménnyel állnánk szemben, ugyanis az Egyesült Nemzetek saját és kiegészítő személyzetének biztonságáról szóló nemzetközi szerződés (New York, 1994. - Magyarországon törvénybe iktatva a 2001. évi XIII. törvénnyel) 9. cikke alapján, ennek minősül a személyzet (magán)szállása (*accommodation*) elleni erőszakos támadás. Ebben az esetben aligha lehetne arra hivatkozni, hogy ez nem "szállás" (*accommodation*) az egyezmény értelmében.^[7]

Endicott erre a helyzetre állítja fel a terminus központi esetének kontextuális függőségéről szóló teóriáját, részben *Finnisre* visszautalva (*context principle*). Eszerint egy terminus központi esete attól függően változik, hogy az adott terminust tartalmazó jogszabály célja vagy funkciója mi (Endicott, 2001, 6.). Mivel más a funkciója a fent idézett két jogszabálynak, ennek megfelelően a szállás szónak is más lesz a központi esete, és változik a jelentése.

A joggyakorlat olyan értelmezése ellen, mely szerint egy adott szó jelentésváltozáson megy át az alkalmazás kontextusától függően, aligha emelhető kifogás. Úgy vélem azonban, hogy ennek a jelenségnek nincs köze a fokális fogalmi elemzéshez. Ennek alátámasztására négy érvet kívánok felhozni.

(1) Jelöljük a szállás szót a hivatkozott 1977-es angol-walesi törvény alapján szállás_(a)-nak, míg a hivatkozott ENSZ-egyezmény alapján szállás_(b)-nek,

fenntartva azt a lehetőséget, miszerint nem biztos, hogy a két esetben a szó külön jelentést hordoz. Az egyik alapvető probléma *Endicott* teóriájánál, hogy sem a szállás_(a), sem a szállás_(b) esetében nem beszélhetünk fokális jelentésről, legalábbis arisztotelészi értelemben. Ezt a szállás_(a) vonatkozásában a fentiekben már próbáltam bizonyítani, arra a következtetésre jutva, hogy a fogalmi mag és fogalmi holdudvar összefüggése áll fenn (tehát egy fogalmon belüli kapcsolat), és szállás_(a)-nak az adott összefüggésekben nincs több jelentése, ami a fokális kapcsolat előfeltétele lenne. Így nincs központi esete sem, mely a fokális kapcsolat elsődleges esetét jelentené. Ezek az érvek közvetlenül alkalmazhatók a szállás_(b) esetre is.

(2) A másik alapvető probléma annak magyarázat nélkül hagyása, hogy a szállás_(a) és a szállás_(b) használata során miért lenne más a központi eset a szó kétféle használatakor. Miért változna a szó központi esete, (ha már ezt a megtévesztő kifejezést használjuk), ha például áttérünk a szállás_(a) használatáról, a szállás_(b) használatára. Kétségtelen, hogy a szállás_(b) értelme tágabb, sokkal több esetet ölel fel, mint a szállás_(a) esete. Ez azonban önmagában még nem indokolja, hogy a szállás jellemző esete mindkét esetben ne lenne ugyanaz. Azért, mert tágabban húzzuk meg a fogalmi határokat az egyik esetben, nem biztos, hogy a központi eset változik, hanem *a hasonlóság kritériumait változtatja meg a jogszabály eltérő funkciója*. Amennyiben azonos központi esetet feltételezünk, a tágabb fogalmi határokat az magyarázza, hogy a szállás_(a) használatakor magasabb hasonlósági követelményeket állítunk a periférikus esetekkel szemben, a központi esethez viszonyítva, mint a szállás_(b) használatakor. A szó használatához kapcsolódó funkció és cél változása korántsem vezet a központi eset megváltozásához.

(3) Úgy vélem, hogy a szállás szónak, tekintettel a szállás_(a), akár szállás_(b) használatára, nincs több jelentése. Természetesen az alkalmazás összefüggéseinek változásával a jelentés módosulhat, és eltérő jelentésváltozatok alakulhatnak ki. (A jelentés és jelentésváltozatok összefüggéseire és problémájára l. pl. Cruse 1987:51-54; Cruse 2000:119-123; Murphy 2002:404-422). Azonban nem szabad elfeledni, hogy a szállás szó általános értelme ugyanaz maradt: az eltérő kontextustól módosulhat ugyan a jelentése, de az alap- vagy általános (tkp. lexikai) jelentés nem változik, tehát nincs szó poliszemiáról, ami feltétele lenne a fokális elemzésnek.

(4) A fentiekkel ellentétben és feltételesen, fogjuk fel a szállás szót többjelentésűnek, a szállás_(a) és szállás_(b) használatánál. Mi lenne a két jelentés viszonya? Láthatjuk, hogy az egyik esetben a jogalkalmazás tágabb értelemben, másik esetben szűkebb értelemben használja. Ami az 1977-es angol-walesi törvény alapján szállásnak minősül, szállásnak minősülhet az 1994-es ENSZ-egyezmény szerint is. Mivel ez utóbbi szóhasználata tágabb, fordítva ez már nem igaz. Másképpen megfogalmazva, szállás_(a)-ról mindig állítható, hogy szállás_(b), azonban szállás_(b)-ről nem mindig állítható, hogy szállás_(a). *Diogenész* hordója nem minősülne szállás_(a)-nak, de valószínűleg tekinthető szállás_(b)-nek. Mivel a két feltételezett jelentés nem egyszerűen kapcsolódna egymáshoz, nem csak részben fedné át egymást, hanem az egyik (szállás_(b)) átfogná és magában foglalná a másikat (szállás_(a)), nem beszélhetünk ugyanazon szó két jelentéséről. Azért, mert egy szó kontextustól függően szűkebb értelmet kap az egyik, mint a másik esetben, még nem jelenti azt, hogy több jelentése lenne. Továbbra is egy fogalomról van szó, azonban az egyik esetben a fogalom magva (a fogalom alá eső, ésszerűen nem vitatható esetek köre) tágabb, mint a másik esetben, a szó használatának eltérő körülményei miatt. Ez a jellemző, és periférikus esetek közötti hasonlósági kritériumok megváltoztatása miatt következhet be

Mindez azt mutatja, hogy a fokális elemzés ilyen vonatkozásban a jogértelmezés számára nem alkalmazható eszköz. Ezt tulajdonképpen *Endicott* is megengedi: "...nem kell nagy hangsúlyt fektetni Arisztotelész *prosz hen* homonímiájának fogalmára, mely (amennyire rövid és utaló megjegyzései erre irányulnak) feltételezi, hogy egy központi eset van, amelyre utalással a terminus összes alkalmazását meg lehet érteni. Arisztotelész nem állította, hogy szükség van a célok vizsgálatára, melyre tekintettel egy esetet, mint központi esetet lehet azonosítani, Finnis azonban így tesz;..." (Endicott 2001:10).

12. Következtetések

A jelen tanulmányomban felhozott érvek alapján a következő tételek fogalmazhatók meg.

(1) A jogi terminusok jelentős része nyitott fogalmat vagy fogalmakat takar, és e terminusokra klasszikus értelemben leíró definíciót nem lehet adni. Ilyen a jog fogalma is, melynek definiálását már *Hart* is feladta. A több fogalmat, illetve több jelentést rejtő terminusok elemzésének egyik módjára

Arisztotelész mutatott rá, aki - jól meghatározható filozófiai célból - megpróbálta feltárni számos általános terminus jelentéseinek belső viszonyrendszerét (a strukturált többértelműség fokális elemzése).

(2) Az arisztotelészi módszert a jog fogalmának elemzésére *Finnis* próbálta alkalmazni, *Arisztotelész* egyik félreérthető és nem túl szerencsés elemzését követve. Azonban *Finnis* módszere legalább három vonatkozásban különbözik *Arisztotelész* módszerétől: (a) a jog központi esetét nem a nyelvhasználatból meríti, hanem értékítéleteken alapuló mesterséges konstrukciót hoz létre (a jog ideális esete); (b) a felhozott másodlagos esetek vonatkozásában a jog nem többjelentésű fogalom, tehát a terminus a vizsgált összefüggésekben nem mutathat fokális fogalmi kapcsolatokat; (c) a *Finnis* által feltárt fogalmi kapcsolatok nem a jog terminusa által jelölt fokális (logikai vagy nyelvhasználaton alapuló) jelentésviszonyok, hanem egy fogalmon és jelentésen belüli, a fogalmi mag és a fogalmi holdudvar közötti viszonyrendszere, a fogalom alá eső jellemző esetsoportoknak. *Finnis* módszerét nem lehet sem arisztotelészi, sem új típusú fokális elemzésnek tekinteni.

(3) *Endicott* megkísérelte *Finnis* elemzési módszerét kiterjeszteni általában a jogi terminusokra, és így egy újabb analitikai eszközre szert tenni a jogértelmezés és -alkalmazás területén. Ez a kísérlet sikertelennek ítéhető, aminek két általános oka van. A jogtétel részeként előforduló terminus alkalmazási lehetőségei kontextuálisan már annyira leszűkülnek (részben a jogtételben megmutatókozó nyelvi környezet, részben a konkrét tényállás miatt), hogy ritkán merül fel értelmezési problémaként a terminus jelentései közötti választás nehézsége. Míg általános, mindent átható értelmezési probléma, hogy a jogi terminusok homályosak (azaz fogalmi határaik nem tisztázottak), addig nem általános probléma a lexikális értelemben vett többértelműségük (l. Szabó 2001b:99-101). Márpedig a fokális elemzés akkor lehetséges, ha egy terminus többféle jelentése közötti viszonyokat kívánjuk feltárni.

A sikertelenség másik általános oka, hogy amennyiben egy jogi terminus többféle jelentése gondot is okozna a jogértelmezés során, a jelentések közötti választáshoz, a jelentések közötti, esetlegesen fennálló fokális kapcsolatok feltárása nem járulna hozzá.

(4) Éles különbséget kell tenni egy terminus különböző jelentései közötti viszonyok feltárására szolgáló fokális elemzés, valamint a terminus által

jelölt fogalom fogalmi magja és fogalmi holdudvara közötti fogalmi viszonyok feltárása között. A jogalkalmazásban igazán hatékony analitikai eszköznek ez utóbbi bizonyul, és tulajdonképpen mind *Finnis*, mind *Endicott* elemzése erre irányul. Viszont lényeges analitikai hibát követnek el: a fogalmi mag és holdudvar viszonyának elemzésénél a fokális elemzés fogalmait használják (pl. fokális jelentés, központi eset, stb.), és a fokális elemzés modelljébe kívánják az elemzésüket beburkolni. Ezzel lényegében összemossák a kétféle elemzési módszert.

(5) Úgy tűnik, hogy a fokális elemzésnek a jogalkalmazásban nincs lényeges szerepe. A fokális elemzés nagy szerepet az általános jogi terminusok, általános (tudományos) elemzésénél kaphat (pl. felelősség, kötelem, gondatlanság, felrőhatóság, jogviszony, stb.). Itt szükségessé válhat a jelentésviszonyok feltárása és tisztázása annak érdekében, hogy a jogi terminus által jelölt fogalmakról világos képet kapjunk. E jelentésviszonyok természetesen nemcsak fokálisak lehetnek, hanem analogikusak vagy metaforikusak is. Azonban itt vissza kell térni az eredeti arisztotelészi módszerekhez, és egy terminus jelentéseinek feltárásánál a köznapi illetve szakmai nyelvhasználatot kiindulópontnak venni. Nagyszerű példát mutat e tekintetben *Tóth Lajos*, a kissé elfeledett debreceni jogtanár, aki elemzéseit tipikusan éppen az *endoxa* feltárásával kezdi (pl. a felelősség terminus sokszínű használatára nézve, Tóth 1914:42-45). Mindez azonban már egy másik tanulmány tárgya.

Hivatkozott munkák:

Arisztotelész munkáinak forrásai:

--*Metafizika*: Metafizika . Lectum, Szeged 2002.; *Metaphysica*.

(Ford./komm. Ferge G.) Logos, Budapest 1992.

--*Kategóriák*: Aristotle I. Categories. On Interpretation. Prior Analytics. Harvard University Press, Cambridge (MA) 1983.; *Arisztotelész, Organon*. (Szerk. Szalai S.) Akadémiai, Budapest 1979.

--*Második Analitika és Topika*: Aristotle II. Posterior Analytics. Topica. Harvard University Press, Cambridge (MA) 1989.

--*Fizika*: Aristotle IV. Physics Books I-IV.; Aristotle V. Physics II. Books V-VIII. Harvard University Press, Cambridge (MA) 1980.

--*Nikomakhoszi Etika*: Nikomakhoszi Etika. Európa, Budapest 1987.

--*Eudémosz Etika és Nagy Etika*: Eudémosz etika; Nagy etika . Gondolat, Budapest 1975.

- Bix, Brian: H. L. A. Hart and the "open texture" of language. 10 *Law and Philosophy* 1991/1. 51-72. o.
- Bódig Mátyás: *Jogelmélet és gyakorlati filozófia*. Bíbor, Miskolc, 2004.
- Boros Gábor (szerk.): *Filozófia*. Akadémiai, Budapest, 2007.
- Cajetanus (Thomas de Vio): *De Nominum Analogia*. Forrás: <<http://www.documentacatholicaomnia.eu/>> (2010. július 7.)
- Chandler, Daniel: *Semiotics: the basics*. Routledge, London 2007.
- Cooper, John M.: *Reason and Emotism*. Princeton University Press, Princeton, 1999.
- Cruse, Alan: *Lexical Semantics*. Cambridge University Press, Cambridge 1987.
- Cruse, Alan: *Meaning in Language*. Oxford University Press, Oxford 2000.
- Edel, Abraham: *Aristotle and His Philosophy*. Transaction Publishers, New Brunswick 1996.
- Endicott, Timothy A. O.: How to Speak the Truth. 46 *American Journal of Jurisprudence* (2001) 229-248. Forrás: <<http://papers.ssrn.com/>> (2010. július 7.) A forrásnak megfelelő oldalszámozás!
- Fiasse, Gaëlle: *L'autre et l'amitié chez Aristote et Paul Ricoeur: analyses éthiques et ontologiques*. Peeters, Paris 2006.
- Finnis, John: *Grounds of Law and Legal Theory: A Response*. 13 *Legal Theory* (2007) 315-344. o.
- Finnis, John: *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon, Oxford 1992.
- Gény, Paul: *Institutiones Dialecticae*. Gregorianum, Róma 1933.
- Grassl, Wolfgang: Mik azok a nyitott fogalmak? *Magyar Filozófiai Szemle* 1981/1. 131.
- H. Varga Márta: A "hiány"-t jelentő denominális fosztóképzős melléknevek szemantikai ellentétpárjai. *Magyar Nyelvőr* 2005/1. 104.
- Hart, Herbert L.A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press, Oxford 2001.
- Kiefer Ferenc (szerk.): *Strukturális magyar nyelvtan*. 3. Morfológia. Akadémiai, Budapest 2000.
- Kiefer Ferenc: *Jelentélmélet*. Corvina, Budapest 2007.
- Lacey, Nicola: *State Punishment*. Routledge, London, 1988.
- Little, Edward Filene: *Two essays on the Origins of Metaphysics*. Writers Club Press, Lincoln (NE) 2002.
- Lloyd G.E.R.: *The Revolutions of Wisdom*. University of California Press, Berkeley 1989.
- Losonc Alpár: A nemzet mint értelmezés. *Regio*. 2002/4. 116. o.
- Lyons, John: *Semantics I-II*. Cambridge University Press, Cambridge, 1978.

Majtényi Balázs: A nemzetfogalom a magyarországi közjogban és közpolitikai vitákban. In: Szarka László - Vizi Balázs - Majtényi Balázs - Kántor Zoltán: Nemzetfogalmak és etnopolitikai modellek Kelet-Közép-Európában. Gondolat, Budapest 2007. 153. Forrás: <www.mtaki.hu>

Mann Wolfgang-Rainer: The Discovery of Things: Aristotle's Categories and Their Context. Princeton University Press, Princeton, 2000.

McDaniel, Kris: Ways of Being. In: Metametaphysics: new essays on the foundations of ontology. (Eds. Chalmers, D.; Manley, D.; Wassermann, R.) Oxford University Press, Oxford 2009.

Mcewen, Martin: Housing, Race and Law. Routledge, London 1991.

McInerny, Ralph M.: Aquinas and Analogy. Catholic University of America Press, 1996.

Murphy, Gregory L.: The Big Book of Concepts. MIT Press, Cambridge (MA) 2002.

Murphy, Mark C.: Natural Law Jurisprudence. 9 Legal Theory (2003) 241-267.

Nagy Károly: Nemzetközi jog. Püski, Budapest 1999.

Owen, Gwilym E.L.: Aristotle and Plato in the Mid-Fourth Century. In: Papers of the Symposium Aristotelicum. (Eds. During, I. and Owen, G.E.L.) Elanders, Göteborg 1960.

Pakaluk, Michael: Aristotle's Nichomachean Ethics: an introduction. Cambridge University Press, Cambridge 2005.

Rodriguez-Blanco, Veronica: Is Finnis Wrong? Understanding Normative Jurisprudence. 13 Legal Theory (2007) 257-283.

Russell, Bertrand: Vagueness. 1 The Australasian Journal of Psychology and Philosophy 1923 június, 84-92. Reprinted in: Vagueness: A Reader. (Eds. Keeffe, R.; Smith P.) MIT Press, Cambridge (MA) 1999. 61-68.

Schnapper, Dominique: La Communauté des citoyens - Sur l'idée moderne de nation. Gallimard, Paris 2003.

Smith Pangle, Lorraine: Aristotle and the philosophy of friendship. Cambridge University Press, Cambridge 2003.

Solt Kornél: Jogi logika. MTA/Seneca, Budapest 1996.

Szabó Miklós (a): Játsszunk! In: Ius humanum. (Szerk. Szabó M.) Bíbor, Miskolc 2001.

Szabó Miklós (b): Trivium. Bíbor, Miskolc 2001.

Tóth Lajos: Magyar magánjog. Általános tanok. Csáthy, Debrecen 1914.

Waismann, Friedrich: Verifiability. Proceedings of the Aristotelian Society Vol. 19. (1945) Supplement, 119-150. o.

Ward, Julie K.: Aristotle on Homonymy. Cambridge University Press, Cambridge 2007.

Wehrle, Walter: The myth of Aristotle's development and the betrayal of metaphysics. Rowman and Littlefield, Lanham 2000.

Williams, Glanville L.: Language and the Law III. 61 The Law Quarterly Review (1945)

Williams, Stephen G.: Ambiguity and Belief. In: Logic, Thought and Language. (Ed. Anthony O'Hear) Cambridge University Press, Cambridge 2002.

Wilson, Malcolm C.: Aristotle's theory of the unity of science. University of Toronto Press, Toronto 2000.

Wittgenstein, Ludwig: Filozófiai vizsgálódások. Atlantisz, Budapest 1998.

Zwicky Arnold M. – Sadock, Jerrold M.: Ambiguity Tests and How to Fail Them. In: Syntax and Semantics 4. (Ed. Kimball, J. P.) Academic Press, New York 1975. 1-36.

[¹] Ezúton is köszönöm Prof. em. Dr. Békési Imre, Prof. Dr. Nagy János és Dr. Tóth Szergej nyelvész kollégáim segítségét, melyet egyes nyelvi problémák háttérének megvilágításához nyújtottak.

[²] Nyitott fogalmak alatt értem azokat a fogalmakat, melyekre nem adható a nyelvhasználatot megfelelően leíró definíció *per genus et differentiam*. Ez a felfogás egy árnyalattal különbözik attól, amit *Waismann* vezetett be annak idején (Waismann 1945:119-134; Grassl 1981:131-138). Ki kell azonban emelni, hogy *Waismann* nem "nyitott fogalmakról" irt szó szerint, hanem a fogalmak vagy terminusok "nyitott szövedékéről" (*open texture of concepts, Porosität der Begriffe*; Waismann 1945:121,123-127, 133).

[³] Természetesen ez nem zárja ki a normatív igénnyel fellépő definíciókra vonatkozó javaslatokat, melynél az a kérdés, hogy miképpen kellene használnunk egy terminust, (l. pl. Schnapper 2003).

[⁴] Természetesen ez a *logosz* szónak csak az egyik jelentése.

[⁵] Ez vitatott az Arisztotelész-szakértők egy kisebb része által: vannak, akik szerint az egészséges szóhoz hasonló jelentésszerkezettel rendelkező szavak nem sorolhatóak be az arisztotelészi értelemben vett homonimák körébe, hanem egy különálló kategóriát alkotnak (l. erre pl. Little, 2002:114; Lloyd 1989:199; Ferge 1992:623).

[⁶] A *philia* szót akkor sokkal szélesebb értelemben használták, mint ma a barátságot, alapjelentésében az emberi vonzalmak nagy részét átfogta, l. a *Nikomakhoszi Etika* VIII. és IX. könyvét.

[⁷] A hivatalos magyar szöveg helytelenül és szűkítőleg "lakás"-ról szól.

Juhász Zita

A halákhikus jog teoretikus princípiumai avagy egy szakrális jogrend pozitivitása

1. Autonóm vagy heteronóm jog

A jog örök dilemmája autonómiája és heteronómiája, azaz valamiféle heterogén normativitásban történő megalapozása, továbbá utóbbi indokoltsága vagy szükségtelensége között feszül. Pozitivitás és metajusnak alárendeltség szüntelen rivalizáló alternatívája az európai kultúrában nemcsak feloldhatatlannak és eldönthetetlennek tűnik, de a jog konstans és lényegi jellemzőjének. E szempontból érdekes megvizsgálni egy olyan antik eredetű jogrendszert, melyben a maga endogenitásban ez a problematika fel sem merült. Amikor azután saját európai jogi kultúránk szemléletmódjával és eszköztárával szembesülünk e jogi szisztémával, az óhatatlanul visszahat önmegértésünkre s az utalt fundamentális feszültség természetének pontosabb megragadására.

Az európai kultúra legszámottevőbb zsidó öröksége a kinyilatkoztatás eszme. E kinyilatkoztatás eszme lényege két szempontból ragadható meg. Egyrészt a kinyilatkoztatás tartalma valamiféle az emberhez képest külső ráadásul felsőbb eredetű tudáskészlet, mely az ember részére átadatik, s melyet egyébként az ember saját erejéből nem birtokolhatna. Másfelől a kinyilatkoztatás forrása az Isten, s ennek a tudáskészletet birtokló és azt átadó Istennek az eszméje egyszerre szolgál formális és tartalmi biztosítékként az átadott tudáskészlet igazságára és valósággal való megfelelésére. Ez az európai kultúrához képest exogén kinyilatkoztatás eszme a kereszténység által inkulturálódik. A kereszténység azonban - alapítója továbbá első zsinata révén - nem az eredeti zsidó kinyilatkoztatás eszmét viszi tovább. A kereszténységben ugyanis a kinyilatkoztatás tartalma alapvetően egy teológiai jellegű tudáskészlet, azaz az „új szövetség” által szerződésesen őrzésre és betartásra felvállalt örökség egy depositum fidei vagy hitletétemény. Ezzel szemben a zsidó kinyilatkoztatás tartalma egyáltalán nem teológiai vagy filozófiai, hanem kifejezetten jogi jellegű tudáskészlet, s ennek megfelelően az Örökkévalóval kötött szövetség által a zsidó nép a mózesi depositum juris vagy jogletétemény fenntartására, érvényesítésére köteles kontraktuális felelősséggel. A zsidó néppel kötött isteni szövetség, azaz az Örökkévaló és a zsidó nép közötti kétoldalú szerződés tárgya a Mózesnek a Szináj-hegyén írásban illetve szóban átadott törvény érvényesítése. E koncepcióban tehát nem valamiféle emberi önerőből elérhetetlen filozófiai nyelvre fordítva dogmatizálható vallási képzetkészletet tartalmaz a kinyilatkoztatás, hanem egy jogi aktussal felvállalandó kifejezetten jogi tudáskészletet. Az a tudás, mely emberi erőből elérhetetlen és

ezért isteni kinyilatkoztatásra szorul, az egy ideális és tökéletes jogrend törvénytára és jogi struktúrája. Azáltal, hogy a kinyilatkoztatás tartalma egy jogrend megalapítása, azáltal maga a jog válik isteni alapításúvá. Ennek ellenére ez a jog nem egy metajogként működő isteni jog, hanem kifejezetten egy evilági jogrend. E jogrend voltaképpen abszolút pozitivista, lévén hogy egészében tételezett jog, mely nem tartalmi kritériumok, materiális értékek alapján bizonyul érvényesnek, hanem pusztán kibocsátása okán, hiszen szerződéses elfogadásakor senki sem vizsgálta tartalmi kritériumok, materiális értékek alapján. Pontosan kibocsátója okán – lévén, hogy az isteni eredet az abszolút igazság forrása – érvényesülhet ab ovo formálisan tartalmára tekintet nélkül. Mivel e jog kibocsátója Mózesen keresztül maga az Isten, úgy tűnhet mintha e szakrális jog éppen nem pozitivista volna. Valójában azonban egy abszolút pozitív joggal állunk szemben azzal az apró, de annál jelentősebb különbséggel, hogy az érvényes kibocsátók sorába fel van véve az Isten. Ám ez az Isten csupán a pozitív jogrend megalapításakor kibocsátó, s akkor is csak mögöttesen, mivel a törvényt érvényesen Mózes hirdeti ki. Ráadásul mivel ez az Isten éppen egy pozitív jogrendet hoz létre, egyszeri érvényes és szerződésesen elfogadott kibocsátásával egy soha többé rá nem szoruló autonóm jogi struktúrát teremt. A zsidó depositum juris valójában tehát egy kategorikusan pozitív és autonóm jogrendszer, mely soha nem szorul semmiféle heterogén megalapozásra, semmiféle heteronómiára, sem isteni jog, sem természetjog, sem az ész törvénye formájában. E szakrális jogrendnek a feltétlen pozitivitását generáló teoretikus princípiumait kísérli meg bemutatni jelen stúdium.

2. A zsidó jog alapnormája és jogforrási hierarchiája

A zsidó jog fundamentális strukturáló tényezője, hogy az Isten a Szináj-hegyén Mózesnek nem csupán az írott Tórát, de a szóbeli Tórát is kinyilatkoztatta. Ez a szóbeli törvény koncepció nem rokonítható sem az antik hellén agraphoi nomoi elképzeléssel, sem a római jogi jus non scriptummal. A zsidó szóbeli Tóra ugyanis hangsúlyozottan nem valamiféle a jogot konzerváló vagy forradalmasító és abban számításba vett metajog, hanem éppen a pozitív jognak a kinyilatkoztatott pozícióba történő emelése. A szóbeli Tórába vagy Tóra sebealpébe tartozik ugyanis az egész zsidó jogból mindaz, ami nem szerepel kifejezetten az írott Tórában vagy Tóra sebikhtavban, azaz legtágabb értelemben a halákha^[1] összes corpora minden történelmi formájában.^[2] Míg tehát a Tóra sebikhtav egy mindörökre hatályosnak kihirdetett kódex, addig a Tóra sebealpe egy történelmi joganyag. Minthogy a jog lényegi jellemzője, hogy szabályozásában alapvetően követi a valóságot s csak ennek keretén belül képes az eljövendők alakítására, indokolt hogy egy isteni alapítású jogrend számoljon a jog ilyen jellegével. Pontosan ezt fejezi ki a Tóra sebealpe. A szóbeli Tóra fogalma az isteni eredetű jogrend szüntelen aktuális valósághoz történő igazításának, azaz a pozitív és

történeti jognak az ugyancsak isteni genezissel jellemzett binomiális csúcspozícióba helyezése az isteni eredetű kódex mellé. Minthogy a pozitív jog mindenkor történetileg változó jog, a zsidó szakrális jog nem egy örök és változatlan isteni jog, hanem annak deklarációja, hogy éppen pozitívításában és szükségszerű módosulásaiban örök és változatlan, mintegy az Isten által ab ovo ismert és kihirdetett. Míg az írott törvényt, mint kódexet elegendő volt a Szináj-hegyén Mózesnek átadni és rajta keresztül az Istennel szerződéses viszonyra lépő népnél kihirdetni, addig a szóbeli törvény átadása a successio Mosaicán keresztül történik. A Misna Avot traktátusa rögzíti a szóbeli Tóra átadásának hagyományláncát: „Mózes átvette a Tórát a Szinájon és átadta azt Józsuának, Józsuának a véneknek és a vének a prófétáknak és a próféták átadták a Nagy Gyülekezet férfúinak.”^[3] A Nagy Gyülekezet, azaz az Ezra után alakult százhusz tagú hivatalos tóramagyarázó és jogalkotó testület tagjai a névtelenség homályába vesző írástudók (szófrim), tőlük veszi át a szóbeli Tórát a Misna által zugot-nak nevezett öt tudóspáros, akik után következnek a tannák, majd a jeruzsálemi és babiloni amórák, a Talmud lezárói, átadva a hagyományt az utánuk következő korok halákhikus tekintélyeinek.

Az írott és a szóbeli Tóra, azaz a kodifikált és a történeti alkotmány binomiális csúcspozíciója mellett is azonban a zsidó jog kelsen értelemben vett alapszabálya e kettősség egységbe rendezése, tudniillik hogy a zsidó jog összes - az írott Tórán kívüli, azaz a szóbeli Tórába tartozó - jogi normája ki van jelentve valamiképpen már az írott Tórában. Így nyer konstitucionális jelentőséget az írott Tóra, mely ráadásul ily módon módosíthatatlan örök alkotmányul szolgál, sem hozzátenni, sem elvenni belőle nem lehet, mivel rejtett módon mindent tartalmaz. A történeti valóság változásainak megfelelő módosításokat nem kell az alkotmányba foglalni, mivel abban eleve minden benne van. Ettől kezdve csupán explicitté kell illetve lehet tenni a kimerítő és tökéletes alkotmány esetlegesen implicit tartalmát. Az az elképzelés, hogy az írott Tórában impliciten vagy expliciten az egész zsidó jog benne foglaltatik annak pozitívításával és történetiségével egyetemben, az alapszabály kategorikus érvényességének kijelentése. Ezen alapul az egész jogrend érvényessége s egyszersmind ezáltal biztosítódik.

A kelsen alapszabályának megfelelően maga az írott Tóra határozza meg, azaz teszi érvényessé a halákhá jogforrásait. A zsidó vallási jogtudósok a Tóra számos helyén beazonosították a jogalkotásra való felhatalmazást, a fundamentális szakaszban azonban a következőt tekintették:

„Midőn eldönthetetlen lesz előtted valami az ítéletben, vér és vér között,^[4] jog és jog között,^[5] sérelem és sérelem között,^[6] bármely pörös ügy kapujában,^[7] akkor kelj föl és menj el a helyre, melyet kiválaszt az Örökkévaló a te Istened. Menj oda a levita papokhoz és a bíróhoz, aki lesz abban az időben, és kérdezd, hogy tudtadra adják az ítélet igéjét. És te cselekedjél azon ige szerint, melyet tudtadra adnak a helyről, melyet kiválaszt az Örökkévaló; vigyázz, hogy cselekedjél mind a szerint, amire téged tanítanak. Azon tan szerint, melyre téged tanítanak és az ítélet szerint,

melyet neked mondanak, cselekedjél; ne térj el az igétől, melyet tudtodra adnak, se jobbra, se balra.”^[8]

E szakasz a halákhikus tudósok minősítésében nem csupán általános felhatalmazás, hanem a jogforrások három kategóriába sorolt pontos deklarálása. Az „azon tan szerint, melyre téged tanítanak” kitétel a törvényhozásra (takkana és gezera), a szokásjogra (minhág), az esetjogra (máásze) és a jogi érvelésre (szevara) vonatkozik, míg „az ítélet^[9] szerint, melyet neked mondanak” meghatározás az interpretációra, az „azon ige szerint, melyet tudtodra adnak” definíció pedig a szóbeli Tóra tradíciójára.^[10] Ily módon minden jogforrás alapja és érvényességének forrása az írott Tóra.

3. A transzcendens eredetű jog lényegi immanenciája

A transzcendens eredetű jog alapvető immanenciája fejeződik ki abban, hogy bár annak anyaga Istentől származik, érvényessége nem az isteni kibocsátáson alapul, hanem ennek emberi elfogadásán. A kibocsátó egyrészt a nép szuverén vezetője Mózes aktusa, másrészt a szuverén nép döntése^[11] által van kibocsátóként elismerve. Ily módon a transzcendens eredetű jog szubsztanciális immanenciája az annak elfogadására, átvételére, elismerésére és betartására irányuló társadalmi szerződésben foglaltatik. Ez a társadalmi szerződés azonban eltérően az ugyanilyen tárgyú újkori elméletektől, nem ember és ember között, de Isten és ember, pontosabban Isten és nép között történik. E szerződés által válik a transzcendens jog immanenssé. A nép által vállalt szerződéses kötelezettség az isteni genezisű jogrend evilági érvényesítése, s minthogy minden jogrend lényegi racionalitása és alapvető funkciója a társadalmi rend fenntartása, a zsidó nép is ezt kapja szerződéses ellenértékként. Ez a szerződés teszi érvényessé és alapnormává a Tórát, utóbbi érvényessége tehát nem transzcendens eredetéből adódik, hanem kizárólagosan a szövetségkötésből.^[12]

A szövetségkötés által érvényesként elismert alaptörvény már önmagában a jog pozitívításának dokumentálása.^[13] Az ezen nyugvó jogrend önnön alakításának teljes felelősségét a halákhikus tekintélyekre ruházta, az e felhatalmazottságon nyugvó jogalkotás módját a fentebb bemutatott módon alkotmányosan formalizálva. Minthogy az írott Tórán kívüli és az írott Tórában deklarált jogforrásokból származó jogi normák összessége az ugyancsak Mózesnek átadott szóbeli Tóra fogalma alá van rendelve s egyúttal az írott Tóra alá szubszumálva annak implicit tartalmaként, adódott a kérdés, hogyan volt lehetséges, hogy Mózes ilyen roppant méretű joganyagot mindössze negyven nap alatt elsajátított. „A válasz, hogy az Örökkévaló az alapelveket tanította meg Mózesnek.”^[14] Az írott törvénnyel együtt tehát Mózes az annak értelmezéséhez illetve a jogrend alakításához szükséges alapelveket vette át és adta tovább.^[15] E problémafelvetés is érzékelteti, hogy a rabbinikus reflexió a jogot kifejezetten pozitívnak tekintette transzcendens eredete mellett. Hogy a zsidó jogban e kettősség mennyire nem

disszonáns, sőt valójában mennyire inkább az egyetlen lehetséges egység, annak eklatáns bizonyítéka a Halákha két teoretikus princípiuma: hogy „a Tóra az égből van” és „a Tóra nincs az égben”.^[16] Azaz a transzcendens eredetű jogrend e világban érvényes és hatályos, az érvényesítéséhez és hatályosulásához szükséges minden felhatalmazás az evilági hatalmakra van bízva.

4. Karizmatikus vagy racionális jog

Amint Mózes a felmerülő - jogi szabályozást igénylő - problémákat az Örökkévaló színe elé viszi,^[17] s a Tőle revelált jogi megoldásokat hirdeti ki, úgy egy szakrális eredetű jogrend esetében kézenfekvő probléma, hogy a legfelsőbb isteni fórumhoz történő apellálás mindvégig e jogrend strukturális jellemzője marad-e. Előzetes kérdésként felmerül Mózes karizmatikus uralmának elhatárolása az azt megelőző karizmatikus uralmaktól, s ily módon az általa kihirdetett jogrend megkülönböztetése és elválasztása az azt megelőző tradicionális jogrendtől, ily módon téve kétségtelenné a mózesi jog pozitivitását. Maimonidész szerint az alapelv az, hogy minden tilalom és engedély kizárólagos alapja, hogy az Örökkévaló Mózesnek adta törvényét, és sohasem az, hogy a Mózes előtti prófétáknak parancsolta. Ily módon bár az Örökkévaló már Noénak megtiltotta az élő állat húsának fogyasztását, e tilalom alapja mégsem a Noénak adott isteni törvény, hanem a Mózesnek a Szináj-hegyén átadott törvény. Ugyanígy bár már Ábrahám körülmetélte magát és háza népét, a szövetségkötés jeleként értett circumcisio gyakorlata az Örökkévaló által Mózesen keresztül adott parancsnak engedelmeskedik.^[18] A Mózes utáni próféták tekintetében egyrészt megállapították, hogy „az összes próféta a Szinájról kapta próféciját”, másfelől minden nemzedék valahány halákhikus tekintélye ugyancsak a Szinájról kapta saját halákha-részét.^[19] E megállapításból olybá tűnhet, mintha a halákhikus jogban a jogrend fenntartása és alakítása egyszerre volna karizmatikus és professzionális rétegre bízva. A fentebb idézett alapvető törvényhely megerősítheti e feltevésünket: „Midőn eldönthetetlen lesz előtted valami az ítéletben ... Menj oda a levita papokhoz és a bíróhoz”.^[20] A zsidó vallási jogtudomány azonban a levita papok és bírók megjelölést egy csoportnak tekintette. A papi funkció tekintetében a Lévi törzsének adott mózesi áldásból indultak ki: „Tanítják törvényeidre Jákobot és tanodra Izraelt.”^[21] A papi funkció így a tanítással esik egybe, s e megállapításnak köszönhetően maradhatott fenn a második templom pusztulása után is a judaizmus, továbbá e funkcióazonosítás következtében vehetik át a papi, azaz tanító funkciót a vallási tanítók. A jogalkotás és jogfejlesztés tekintetében a felmerülő „eldönthetetlen eset” vonatkozásában úgy vélték, hogy annak megoldása a törvény tanítóira és a bírókra van bízva. A csoport e két tagjának meghatározását azonban vagylagosnak minősítették: az „és a bíróhoz” kifejezésből kiindulva kompetensnek számított a bíróság akkor is, ha egyetlen papot sem tartalmazott.^[22] Miután a papi feladatot a

tanításban azonosították, szükséges pontosítani a próféta funkció mibenlétét. A szóbeli Tóra successio Mosaicájában a próféták veszik át a hagyományt s adják tovább a nagy Gyülekezet férfiúinak. Maimonidész azonban hangsúlyozza, hogy e szerepükben nem prófétákként, hanem minden más bölcshez hasonlóan, azaz vallási jogtudósokként tevékenykedtek. A próféta kifejezetten próféta funkciója nem a halákha megállapítása, alakítása, hanem a nép buzdítása a Tóra iránti engedelmségre s megdorgálása engedetlensége esetén.^[23] Ebből következően a próféta jogi vitában nem hivatkozhat álláspontja isteni forrására, illetve ha mégis azt teszi, azt halákhikusan azaz a pozitív jog szempontjából nem kell és nem lehet figyelembe venni. A próféta e minőségében a pozitív joghoz sem hozzá nem tehet, sem el nem törölhet belőle semmit, s ha egy jogi álláspont mellett annak isteni eredetével érvel, akkor egyenesen hamis prófétának számít.^[24] Mivel a próféta funkciója a morális rend része, s nem a pozitív jogrendé. A Szifra Leviticus 27,34-et^[25] kommentálva értelmezi úgy, hogy az „ezek a parancsolatok” azt jelenti, hogy Mózes mindent átadott, vagyis a Mózes utáni próféták nincsenek többé felhatalmazva semmilyen újításra.^[26] A jeruzsálemi Talmud^[27] a prófétát a király olyan képviselőjéhez hasonlítja, mely a király aláírásával és pecsétjével bizonyítja mandátumát. Ugyanis a prófétákkal kapcsolatban a Tóra kijelenti: „és ad számodra jelt vagy csodát”.^[28] Ezzel szemben a bölcsek olyan királyi meghatalmazottakhoz hasonlíthatók, akikben a király parancsára - aláírás és pecsét nélkül is - meg kell bízni. Lévén, hogy a Tóra róluk azt mondja: „azon tan szerint, melyre téged tanítanak cselekedjél”.^[29]

A halákhikus jog pozitívására vonatkozó bevett nézet^[30] mutatkozik meg a Talmudban megörökített alábbi történetben:^[31] „Azon a napon R. Eliezer a világ összes ellenvetését előhozta. De nem fogadták el tőle.” Ezek után R. Eliezer álláspontja helyességének bizonyítására a szentjánoskenyérfa, a vízesést és a tanház falait hívta. Bár a szentjánoskenyérfa elmozdult helyéről, a vízesés visszahúzódott, a tanház falai pedig meghajoltak, a bölcsek nem fogadták el ezeket bizonyítékoknak. R. Eliezer végső érvként az égi hangot hívta, s az ki is jelentette, hogy „az érvényes szabályok minden esetben úgy vannak, ahogy ő mondja”. R. Jehosua azonban „a lábára állt és mondta: 'Nem az égben van'^[32]”. „Mit jelent: 'Nem az égben van'? R. Jirmijé mondta: A Tórát már a Szináj hegyen átadták. Minket nem érdekel az égi hang, mert már a Szináj hegyen megírtad a Tórában: 'A többség szerint dönts'^[33]”. Sem a természeti csoda, sem a természetfeletti hang nem avatkozhat be a pozitív jogba, mely az alapnorma által tétélezetten a többségi elv mentén működik. A történet azonban még ennél is továbbmegy, s a következő konklúzióban kulminál: „R. Nátán találkozott Elijáhuval^[34] és megkérdezte tőle: Mit csinál a Szent, áldott legyen, ebben az órában?^[35] Azt felelte: Nevetett és szólt: A fiaim legyőztek engem, a fiaim legyőztek engem.” Noha a kisebbségben maradó R. Eliezer nézetének helyességét az égi hang kinyilvánította, maga a Tórát adó Isten elismeri a bölcsek többségi döntését valamint, hogy a többséget alkotó halákhikus tekintélyeknek joguk van semmibe venni a metajogi behatást, hiszen kötelességük a jognak pozitívításában

történi fenntartására irányul. Ezért mondja az Örökkévaló, hogy gyermekei legyőzték őt.

5. A szakrális jog történetisége

Az európai kultúrában az isteni és a természetjognak egyaránt jellemzője, hogy örök és változtathatatlan. Mint fentebb láttuk, a zsidó jogban ugyanez a két követelmény a történetileg változó jog valahány hatályos formáját implicite magában foglaló írott Tóra két tulajdonsága. Ekként azon egyetlen feltétel által, hogy a Tóra sebikhtav rejtett módon a pozitív jog összes történeti formáját magában hordozza, valójában a szakrális jog pozitivitása és történetisége affirmálódik örök és változtathatatlan érvénnyel. Az előzőekben ismertetett jogrendszer strukturáló Tóra-szakasz azon kitételéből, hogy „menj oda... a bíróhoz, aki lesz abban az időben” két dologra következtek. Alapjelentésének azt tekintették, hogy minden kor minden bírósága egyenlő. A második szentély pusztulását követően, amikor a lerombolt jeruzsálemi kultikus központot a javnei tanház kulcspozíciója váltja fel, a „menj oda” kifejezést a javnei bíróságra értették.^[36] Később azután éppen egy javnei bölcs, R. Jósze érvel amellel, hogy mivel egyetlen bíró sem működhet máskor, mint a maga idejében, így e törvényi meghatározás egyedüli értelme az lehet, hogy az abban az időben elismert és köztiszteltben álló bíróhoz kell fordulni.^[37] Ez azonban egy olyan értéktartalmat vinne be a jogba, mely akadályozná pozitivitását. Következésképp megállapították, hogy minden halákhikus tekintélyt egyenlőnek kell tekinteni bölcsessége mértékére tekintet nélkül. Isten előtti értékében és ítélkezési kompetenciájában is egyenlő Jerubál bírósága Mózes bíróságával, Sámson bírósága Áronéval, Jeftáé Smuelével, a legjelentéktelenebb bírók a legnagyobb ősi bölcsékkel.^[38] Ahogyan a Prédikátor mondja: „Ne mondd: hogy van az, hogy az előbbi napok jobbak voltak emezeknél? Mert nem bölcsességből kérdezted ezt!”^[39]

Ennek ellenére a halákha, mint történeti jog pontosan számon tartja örökségét és gondosan különbséget tesz az ősből és újabb keletű nézetek között, s általánosságban az előző korok bölcsseit nagyobb tiszteletben részesíti. A halákhikus jog minden korszakában risonimnak (előbbieket) nevezik az előző nemzedék bölcsseit, s acharonimnak (utóbbiak) az utánuk következőket.^[40] Az acharonimnak nem állt jogában vitatni a risonim nézeteit: az amórák éppúgy nem cáfolhatták a tannák nézeteit, mint a gáonok az amórákét, majd a risonim a gáonok nézeteit, s az acharonim a risonimét.^[41] A gáonikus korszakban ennek ellenére egy nagyon fontos teoretikus princípiumot állítottak fel. A hilkheta kevatraé alapelv értelmében mindig a későbbi bölcsék nézetei szerinti a törvény. Az elv időbeli hatályának kezdetét azonban Abbaje és Rava idejében, az i.sz. 4. században pontosították. A szabály szerint Abbaje és Rava koráig a korábbi bölcsék nézete volt követendő a későbbiek ellentétes nézetével szemben, míg attól

kezdve a későbbieké. E vezérelv alkalmazása feltételhez kötött volt: a későbbi bölcsnek el kellett sajátítania az adott kérdéssel kapcsolatban született minden korábbi véleményt, azokra hivatkozni kellett és nem tekinthette azokat tévesnek, ugyanakkor kortársai előtt bizonyítani kellett saját álláspontja helyességét. Mindezek hiányában gondatlannak számított, s az alapelv ilyen esetben nem érvényesült. A princípium felállításának indokoltságát abban látták, hogy a későbbiek belátták a korábbiak megállapításait, okadatolták, hogy miért utasították el azokat, ekként döntésükben a korábbiak is egyetértenének velük. Ezen kívül a későbbiek ismerik a korábbiak nézeteit, a korábbiak viszont nem ismerhették a későbbiek véleményét. Annak okát, hogy Abbaje és Rava idejét tekintik vízválasztónak abban látták, hogy addig a tanár a tanuló kizárólagos tanítója és abszolút felettese volt, míg attól kezdve tanáruk véleményén kívül más nézeteket is megismerhettek a tanulók, akik véleménye így szélesebb halákhikus anyagon alapult, mint tanáraiké.

6. A szakrális jog kategorikus pozitivitása

A halákhikus tekintélyek kizárólagos jogértelmezési és jogalkotási felhatalmazottsága törvényi alapjának tekintett utalt szakasz fontos mozzanata, hogy „ne térj el az igétől, melyet tudodra adnak, se jobbra, se balra”.^[42] Utóbbi szófordulatot úgy értelmezték, hogy a zsidó vallási jogtudósok rendelkezéseinek akkor is engedelmességre kell, ha a balra mondják, hogy jobb és fordítva. A bölcsek által tételezett normák tehát tartalmukra tekintet nélkül, azaz formális kibocsátásuknál fogva érvényesek. Nachmanidész^[43] e kategorikus pozitívítás alapján azt tekintette, hogy „a parancsok forrása parancsolta”, racionalitása pedig abban áll, hogy elősegíti a jogegységet és a jogbiztonságot.^[44] Ezzel szemben Jichak Abrabanel^[45] a tartalmi érvényesség követelményét támasztotta, mivel „az Örökkévaló Tórája az abszolút igazság keresésének megtestesítése, az Örökkévaló igaz és az Ő Tórája igaz”.^[46] Utóbbi értelemben tehát a jobb és bal az igaz és hamis, helyes és helytelen értékpároknak feleltethető meg. A jellemzőbb elgondolás azonban úgy tekintette, hogy a „jobb és bal” tartalmától függetlenül a helyes jog területe, s a feltétlen engedelmisség kötelezettsége egyáltalán nem a tartalmi tévedésre vonatkozik.

Abrabanel kortársa Jichak Arama az „Akedat Jichak” című főművében az igazságosság és méltányosság szempontjából közelíti meg ugyanezt a problémát. Deuteronomium 32,4-ből indul ki fejtegetéseiben, mely szerint „igaz^[47] és méltányos^[48] Ő.^[49]” E tórai megállapítást Arisztotelész^[50] szerint értelmezi, akárcsak a Zsoltáros kijelentését: „Igazságos^[51] az Örökkévaló mind az útjain és méltányos^[52] mind az ő művei iránt”.^[53] Arama Arisztotelészt követő érvelésében ez azt jelenti, hogy noha az Isten hirdette ki az általános érvényű törvényt, minthogy azonban „méltányos mind az ő művei iránt” valódi törvényhozói szándéka nem kívánja az általános szabály kategorikus érvényesülését minden helyzetben. Az egyedi esetek elbírálásakor tehát nem feltétlenül az általános

szabályokat kell követni, hanem ha az igazságtalanságot eredményezne, akkor a békét és a méltányosságot kell szem előtt tartani, hiszen ellenkező esetben megkérdőjeleződne, hogy „mind az Ő útjai jog; hűség Istene, semmi jogtalanság”^[54]. A halákhikus jog ilyen méltányosságra törekvő jellegének bemutatására példaként egy kivételes szabályt ismertet. Fontos polgári jogi szabály volt, hogy a bizonyítási teher a felperesre hárul.^[55] Azonban amikor az alperes erőszakos ember volt, akkor a felperesi tanúk nem mertek vallomást tenni, s ezért a bizonyítási terhet az általános szabállyal ellentétben az alperesre hárították.^[56] Az arisztotelészi méltányosság-koncepció megfelelőjeként azonosította a Tóra „Igazságos és méltányos Ő” kijelentését, melynek vezérelvül kell szolgálnia minden dilemma-helyzet feloldásához. Arama szerint Deuteronomium 17,8-13 kifejezetten a méltányos megoldást igénylő dilemma helyzetek ilyen elbírálására kötelezés. Az „a helyről, melyet kiválaszt az Örökkévaló” a Négyszögű Csarnok hetvenegy tagú bíróságát, a Nagy Szanhedrint vagy Legfelsőbb Bíróságot jelölte, ahová kétséges esetekben a bíróságok legfelsőbb fórumként fordulhattak. Ennek döntése mintegy jogegységi határozatként kötelezte az összes alsóbb bíróságot az annak megfelelő ítélkezési gyakorlat folytatására.^[57] Arama erre a legfelsőbb fórum által kétséges esetben kérelemre hozott döntésre vonatkoztatja, hogy akkor sem lehet eltérni döntésüktől, ha a jobbra mondják, hogy bal és megfordítva. E koncepcióban a jobb és bal az általános törvény szerinti és a kivételes eset által indokolt méltányosságon alapuló döntést jelenti. Ezt erősíti meg a hivatkozott Tóra-szakaszt záró szankció: „Azon férfi pedig, aki gonosz szándékból azt teszi, hogy nem hallgat ... a bíróra – haljon meg.”^[58] Ilyen értelemben mondja a Talmud, hogy „az ítélet a törvény szerinti és nem a törvény szerinti, a kor követelményeinek megfelelően” lévén hogy „nem a törvény a törvény, hanem amit a kor követel”.^[59] Arama értelmezésében a „törvény szerinti” ilyen esetekben a méltányosságra törekvő döntés jelenti, mely annyiban „nem a törvény szerinti”, hogy nem az általános érvényű törvényt alkalmazza. A Tóra azáltal, hogy az általánosan érvényes törvény részévé teszi a méltányos elbírálás követelményét, az emberek és cselekedeteik összes lehetséges fajtáját magába foglalja, s ily módon teljesíti a középkori filozófia tökéletes isteni joggal szemben támasztott követelményét, melyet Arama a Zsoltáros megállapításával illusztrál: „Ő, aki egyetemben alkotja szívüket, aki figyel mind a tetteikre.”^[60] Arama végül jogfilozófiai fejtegetéseit vallásfilozófiai szinten zárja a szakrális jogrend természetének megfelelően: A méltányosság követelményét magában foglaló alapszabály által tökéletes isteni jog bölcsék általi elismerésének tekinti azon kijelentésüket, hogy „Minden bíró, aki csak egyetlen órában igaz ítéletet kísérel hozni, amely valóban az igazságnak felel meg, azt az írás úgy tekinti, mintha a Szentnek, áldassék Ő, partnere lett volna a teremtés művében.”^[61] A Talmud kerettörténetében az egész nap a bíróságon ülő elcsigázott bírónak tanította Rav Chija, hogy az „Ott állt a nép Mózes előtt reggeltől estig”^[62] nem azt mondja, hogy Mózes ténylegesen egész nap ítélkezett, hiszen akkor nem maradt volna

ideje a Tóra tanulmányozására. Hanem hogy minden bíró a Teremtő partnere, hiszen a teremtés művéről is azt jegyzi fel a Tóra, hogy „Lett este és lett reggel: egy nap”.^[63] A teremtett világ vagy teremtés rendje fenntartásaként értett pozitív jogrend méltányos ítélkezéssel történő érvényesítése tórai bizonyítékaira utal, hogy tudniillik a Tóra a bírót a rendszerint Isten neveként használt elohim kifejezéssel jelöli több esetben.^[64] Annál is inkább, minthogy a kigyó is azt mondta: „Olyanok lesztek, mint Isten, jót és rosszat tudók”,^[65] s ez a bölcsék magyarázatában azt jelenti, „világok teremtői”^[66] lesztek. Arama értékítéletében a pusztán az általános szabályok alapján döntő bíró, lévén hogy nem hű a valódi igazsághoz, lerombolja a világot, ahogyan Jeruzsálem pusztulásáról mondták a bölcsék: „Jeruzsálem csak azért pusztult el, mert ők ott a Tóra igazságai szerint ítélkeztek,”^[67] s az ártalmas bíró összes típusa közül ezt tekinti a legveszedelmesebbnek. A pozitív jogban lefektetett méltányos elbírálás alapkövetelménye által az „igazságos és méltányos” Isten „a szikla – feddhetetlen az ő cselekvése, mert mind az ő útjai jog”.^[68] Arama végül e Tóra-szakasz Maimonidész Móré Ketuvim-beli értelmezését idézi: „Mindezeknél éppoly bámulatot kelt Isten törvényeinek bölcsessége, mint amily bámulandók az ő művei: „A szikla, tökéletes az ő műve, mert mind az ő utai igazság” (Deuteronomium 32,3). Evvel azt akarja mondani: Miként művei a lehető legtökéletesebbek, úgy az ő intézkedései a legméltányosabbak, hanem a mi értelmiségünk sokkal korlátoltabb, semhogy felfoghatnók valamennyi művei tökéletességét és minden intézkedései helyességét.”^[69]

E Maimonidész-idézet ellenére kettejük véleménye pontosan ellentétes volt, ahogy arra Arama reflektált is. Maimonidész ugyanis a következőképpen érvelt: „Amit ezen kívül tudni kell, az, hogy a Tóra nincs tekintettel idegenszerű dologra. A Tóra ugyanis nem vet ügyet arra, ami ritkán fordul elő. Hanem mindenben, mellyel valamely gondolatra, erkölcsre vagy hasznos cselekedetre indítani akar, tekintettel van a tárgyak sokaságára (illetve az esetek gyakoriságára –K.M.^[70]), de nem vet ügyet arra, amely ritkán fordul elő, sem a kárra, mely egyes emberre abból az illető hajlamból vagy abból az illető törvényes intézkedésből háramlik. Mert a Tóra isteni dolog, és tekintettel kell lenni azon természetes viszonyokra, miknek általános előnyei azokban magukban (ti. a természet viszonyaiban -K.M.) foglaltatnak (A nehézkes mondat értelme: A Tóra mint isteni tárgyról azt lehetne feltenni, hogy feltétlen jót kell előidézni úgy az összes emberiségre, mint az egyes emberre nézve. Ámde tekintetbe veendő az is, hogy a természet szintén isteni valami, s mégsem okoz feltétlen jót az egyes embernek, hanem abban az összesség, illetve a világegyetem részesül. –K.M.), és mégis következnek belőlük egyes károk, amint ez már általunk és mások által is ki lett fejtve. (E mondat értelme: a hittörvény intézkedései – párhuzamba állítva a természet működésével – ugyanazon eredményre vezetnek, ti. a feltétlen jó kizárására. Így pl. mint Schemtow mondja, a halálbüntetés a társadalomnak óvszerűül szolgál, de feltétlen jónak nem tekinthető, mivel ártatlanok is elítélhetők téves ítélet alapján. A természet rendje szerint az eső pl. nem feltétlen jó, mert idején és mértékén kívül

kárt okoz. –K.M.) S emez elmélkedés alapján nincs min csodálkozni, ha a Tóra célja nem valósul minden egyes emberben, hanem az következik okvetlenül belőle, hogy léteznek emberek, kiket ama Tóra szerinti útbaigazítás nem tökéletesít, mivelhogy ugyanazon nem természetes alakjai sem hozzák elő minden egyes lénynél azt, amit kellene. Mert mindez egy Istentől ered, s aki azt létrehozza egy s ugyanaz, „s valamennyien egy pásztor által adattak” (Qohelet 12,11). Ennek ellenkezője lehetetlen, már pedig kifejtettük, hogy a lehetetlennek természete állandó, mely soha nem változik. S ezen elmélkedésből az is következik, hogy lehetetlen, miszerint a törvények az idők változó viszonyaihoz alkalmazottan adattak legyen, hasonlóan a gyógykezeléshez, mely minden egyes ember jelenlegi vérmérséklete szerint alkalmazandó. De igenis szükséges, hogy a hittörvény szerinti útbaigazítás legyen határozott s mindenre kiterjedő, s legyen az bár némely emberre nézve kívánatos, másokra nézve meg nem kívánatos. Mert ha az az emberek szerint alkalmazkodnék, akkor az egész emberiségen kár esnék és „a te szavaidat a viszonyokhoz alkalmaznád”. (Azaz nem bírnának általános érvénnyel. Ld. Chullin 9a; Sabbat 35b. –K.M.) S ennek okáért nem volna helyénvaló, hogy amit a Tóra első céljául tűzte ki, időtől vagy helytől függővé tétetett legyen, de igenis határozott és az egészre kiterjedő érvénnyel kell hogy bírjanak a törvények és szabványok, amint Isten szólt: „Egy törvény legyen nektek” (Numeri 15,15); célul pedig kitűzettek azon intézkedések, melyek a nagy többségre terjednek ki, amint ezt kifejtettük.”^[71] Míg Arama Arisztotelész hatására tartalmi követelményeket támaszt a joggal szemben, addig Maimonidész kifejezetten visszautasítja azt. Ennek ellenére maga Arama is – minthogy a görög filozófia ösztönzésére a létező halákhikus jog teoretikus princípiumait vizsgálja – csupán addig megy, hogy a pozitív jogba formálisan beépített méltányossági követelmény által látja biztosítottnak a tartalmi követelmények megvalósulását. A „jobb” és „bal” az ő megítélésében sem abszolút kategóriapár, hanem pusztán relatív. Úgy véli, az általános igazsághoz képest a különös eset egyedi igazsága „bal”, ugyanakkor az egyén szempontjából éppen ez a „bal” számít „jobb”-nak. Arama az utalt példával, a bizonyítási teher megfordításával igazolja, hogy ez a módszer a halákha lényegi sajátossága.

Arama kor- és sorstársa Abrabanel a „jobb” és „bal” ugyanilyen értelmezése mellett foglal állást. Az általános szabályt lényegileg igazságosnak és méltányosnak jellemzi, mely azonban bizonyos esetekben sem nem igazságos, sem nem méltányos. A Szanhedrin traktátus Haju Bodekin fejezetéből veszi szemléletes példáját mondanivalója alátámasztására. A szándékos emberölés halálbüntetéssel történő szankcionálása ugyanis rendkívül szigorú alakiságokhoz volt kötve. A gyilkosság után legalább két tanúnak a következőket kellett bizonyítania: magát az elkövetés tényét, hogy felismerték az elkövetőt, hogy a gyilkosság elkövetése előtt figyelmeztették az elkövetőt, s hogy az elfogadta ezt a figyelmeztetést. E skrupulózus szabályok felállítását az az elvi megfontolás indokolta, hogy kivégzésre csak akkor kerülhessen sor, ha az elkövető tudatában volt annak, hogy tette szankciója halálbüntetés lesz. Vagyis magából az általános

szabályból következtek e részletszabályok. Abrabanel arra figyelmeztet, hogy eme formális követelményekhez történő merev ragaszkodás a gyilkosságok számának növekedéséhez, s a társadalom pusztulásához vezetne. Aramához képest így nála a „Jeruzsálem csak azért pusztult el, mert ők ott a Tóra igazságai szerint ítékeztek”^[72] - megállapítás nem pusztán filozófiai, de társadalmi szempontból aggasztó. Büntetőjogi példája hathatósan érzékelteti a magán- és a közérdek összeütközését. Ez esetben ugyanis az általános törvény az egyén érdekeit szolgálja a közérdekkel ellentétes módon. Amennyiben az ítélet a törvény előírásainak megfelelően jár el, az a közösség pusztulását okozza. Az utalt talmudi kijelentés így módon azt sugallja, hogy nem a Tóra szoros értelemben vett törvényei szerint kell a bírónak ítélniük, nem ahhoz kell hűnek lenniük, hanem a Tóra generális princípiumaihoz s az abban foglalt értékekhez. Abrabanel hangsúlyozásában nem az általános törvényi szabályok által védett egyéni jogokat kell a jogalkalmazóknak biztosítani, hanem a Tóra legfőbb és fundamentális alapelveként a jogrendet fenntartó közösség megmaradását. Nem kell tehát a törvényt átvágni a hegyen,^[73] hanem a körülményeknek megfelelően kell értelmezni s azokhoz igazodva rugalmasan alkalmazni.

Mind Arama, mind Abrabanel, a legszigorúbban visszautasította a „még ha azt mondják is, hogy a jobb az bal és a bal az jobb” tévedésként értelmezését. A pozitív jogon belül maradv a jogalkalmazói döntést mindenkor érvényesnek tekintették, s annak jobb- illetve baloldali pozícióját abban látták, hogy adott jogszabály szoros értelemben vett technikai jellegű alkalmazása volt vagy pedig a jogrend generális princípiumaiból levezett döntés. Abrabanel a „ne térj el az ígétől, melyet tudtadra adnak, se jobbra, se balra” szakasz elemzésének konklúziójában erről az „ígéről” megállapítja, hogy az az, amit a bölcsek határoznak a kor követelményeinek megfelelően. Az általa használt kifejezések törvényhozási aktusra utalnak. Így koncepciójában az általános szabály és az egyedi eset különös körülményeinek olyan ütközésekor mikor a közérdek és a magánérdek kiemelt jelentőséggel konfrontál egymással, a kollízió feloldásának eszköze nem lehetett jogalkalmazói interpretáció, hanem pusztán törvényhozási aktus (takkana) bíróság által történő kihirdetése. A zsidó jog struktúráját egyfajta idealizált és csupán korai szakaszában jellemző állapotában mutatta be, melyben minderre egyedül a Legfelsőbb Bíróságnak volt hatásköre. A valóságban ezzel szemben a Nagy Szanhedrin törvényhozási hatáskörét utóbb más bíróságok kapták meg, a rendes bíróságok pedig szokásos ítélezési eljárásukban mindenkor arra törekedtek, hogy az interpretáció által ne csupán mechanikusan alkalmazzák a jogszabályokat, de az egyedi eset „valódi igazsága szerint” „igaz ítéletre” jussanak.

7. Végső konklúziók

Az előzőekben tárgyalt írott tórai mondat magyarázatában Rasi^[74] abból indult ki, hogy a szövegben első helyen „az igétől, melyet tudtadra adnak” helyezkedik el, s a „se jobbra, se balra” csupán azt követi. Így a mondat jelentését abban határozta meg, hogy akkor sem szabad a halákhikus tekintélyek döntésétől eltérni, ha a „jobb” és „bal” ténylegesen nem úgy van, mint ahogy azt „igéjük” kijelenti. E definícióból kitűnik, hogy a szakrális jog pozitivitása következtében egyfelől nem garantálható a jogalkotók döntésének tartalmi helyessége, másrészt tartalmi kritériumok beépítésével formálisan nem korlátozható az emberi értelem logikai szabályai és az elsajátított szakrális jogi szaktudás mentén kialakítódó véleményük szabadsága. A Talmud így fogalmazza meg: „ezek tisztátalannak nyilvánítanak és azok tisztának nyilvánítanak, ezek megtiltanak és azok megengednek, ezek kijelentik: nem használható, és azok kijelentik: használható. Azt mondhatná valaki: hogyan tanulhatok Tórát ily körülmények közt? Azért áll: „Egy pásztortól adattak”, azaz egy Isten adta...”^[75] A halákhikus jog fundamentális alapelve értelmében tehát a jog pusztán formálisan határozható meg, tartalmában nem. Minden nézet és annak ellenkezője mellett is hozhatók fel érvek. Ezért támasztották azt a követelményt a közjogi ügyekben hatáskörrel felruházott Szanhedrin leendő tagjaival szemben, hogy a kétségkívül tisztátalannak számító csúszómászó féregről is képesek legyenek az írott Tóra alapján bebizonyítani, hogy tiszta. E kompetencia tette ugyanis alkalmassá a zsidó vallási jogtudósokat arra, hogy a valóság követelményeivel szemben inkonzisztenssé váló Tóra konzisztenciáját helyreállítsák, azaz a szakrális, örök és „változtathatatlan” jogot mindenkor a realitáson alapuló pozitív jogként működtessék közjogi ügyekben. Az inkonzisztencia ilyen szükséghelyzeteire vonatkoztatták a Zsoltáros szavait: „Ideje cselekedni az Örökkévalóért”.^[76] A jogtudósok vélemény szabadságának egyetlen fentebb ismerttetett korlátja volt: ismerniük kellett az esetre vonatkozó minden véleményt. A Talmud szavaival: „Tedd füledet tölcserré és szerezz értelmes szívet, hogy meghalld azoknak szavát, akik azt mondják: tisztátalan, s azokét, akik azt mondják: tiszta, - azokét, akik azt mondják: tilos, s azokét, akik azt mondják: meg van engedve, - azokét, akik azt mondják: használhatatlan, s azokét, akik azt mondják: használható.”^[77] Ily módon felvértezve lehettek képesek a felmerülő szükséghelyzetig kisebbségiként létező álláspontot olyannyira megerősíteni, hogy azt a többség magáévá tegye. Ellenkező esetben, azaz ha valamely bölcset szembesítették azzal, hogy nem ismerte valamely elődje nézetét, vissza kellett vonnia véleményét.

Valóság és jogi norma kollíziójának megoldása másképpen működött magánjogi esetekben.^[78] Ezek ugyanis teljes egészében a bíró hatáskörébe tartoztak. Ilyen ügyekben a bírót kizárólag annak kellett vezetnie, „amit szemei látnak,”^[79] azaz saját értelmezése, gyakorlata és mérlegelési joga alapján döntött. Ítéletének három elemet kellett egyesítenie: az igazságot,^[80] a jogot^[81] és a békét.^[82] E bíróságok a városkapukban ülészetek, s minthogy a kapu^[83] szónak ugyanaz a gyöke, mint az

értékelésnek,^[84] így mindhárom követelményt racionális értékelés és az eset körülményeinek megfelelő gondos bírói mérlegelés alapján kellett teljesíteni. A három követelmény körülményeknek megfelelő érvényesítése azt is jelentette, hogy időnként valamelyiket fel kellett adni a másik érdekében.^[85]

A halákhikus jog eddigiek alapján nyilvánvaló jellemzője, hogy alapkoncepciója szerint minden eldöntendő esetben egynél több eredmény lehetséges. A kazuisztikában gyökerező zsidó vallási jogtudomány sosem alakította ki egy olyan axiomatizált jogrendszer eszméjét, melyben a precíz jogalkotás által mechanikussá tehető a jogalkalmazás. E struktúrában nem létezik abszolút értelemben vett „jobb” és „bal”, a jog mindenkor tételezése és nem tartalmi kritériumok által érvényes. A pluralitás a jogrendszer alapvető intézményeinek^[86] megszűnése előtt eleven tapasztalattá vált a Hillél és Sammaj tanháza^[87] között folytatott vitákban. Gyakorlati okokból kénytelenek voltak az egyik iskola – nevezetesen Hillél tanháza – tanításának autenticitását kinyilvánítani. Azonban már e döntést is az alapozta meg, hogy Hillél iskolája indokolt esetben mindenkor kész volt a másik tanház véleményét elfogadni. Később a Misna összeállításakor nemcsak a többségi, de a kisebbségi véleményeket is feljegyezték pontosan abból az elvi megfontolásból, hogy az aktuálisan kisebbségbe szorult s ezért érvénytelen nézet, bármikor aktuálissá, többségivé és érvényessé válhat. Ennek fundamentuma, hogy maga a teljes Tóra is ilyen módon adatott át Mózesnek, azaz úgy, hogy abban minden nézet mellett és ellen is található érvek. Az írott Tóra implicit komplexitásának eszméje ily módon vált a jog pozitivitásának alapjává. A halákha vallási jogtudósai által reflektáltan a jogi igazság és a méltányosság, a közérdek és a magánérdek általuk megvalósított harmonizálása sohasem a Tóra módosítása vagy derogálása, sohasem tévedés, hanem mindenkor a jog konstituálása. Ekképpen az általuk meghatározott „jobb” sohasem „bal” és a „bal” sohasem „jobb”, hanem éppen mindenkor az általuk deklarált a „jobb” és a „bal”. A mózesi depositum fidei tartalma a depositum juris, azaz a jogrend szükségessége, egysége és isteni eredete, valamint pozitivitása. A halákhikus jogrendet más jogrendekkel összevetve azt találjuk, hogy utóbbiakban a jog pusztán származtatott érték. Ezért keresik szüntelen megalapozásukat vagy mondanak le hangsúlyozottan arról. Ezzel szemben a halákhában a jog abszolút érték, hiszen a kinyilatkoztatás tárgya. Ez a transzcendens eredetű Tóra már nem az égben van, hiszen a Szinájon átadták. Ennek fenntartása a világba deszcendált transzcendencia konzervációja, másrészt az immanencia transzcendencia által megalapozott egyetlen tökéletes autonómiája, pozitivitása. Mindez sejteti, hogy az európai kultúrában származtatott értéként létező jog szüntelen önnön autonómiájáért, pozitivitásáért folytatott küzdelme origója, amikor a depositum juris a kereszténységben depositum fideivé változva összetalálkozott a valóságstruktúrából értékévé módosuló platóni dikaiosszal.

^[11] A törvény jelentésű héber mispát főnév arám megfelelője a hilchetá, ebből képzett újhéber kifejezés a halákha, ugyancsak törvény értelemben. A halákha egyrészt az írott Tórán kívüli jogforrásokból eredő jogszabályokat jelöli, másrészt a zsidó jog egészét a mispát ivrit szinonimájaként.

^[12] A Tóra sebealpe valójában a halákha kifejezéshez hasonlóan két értelemben használatos. Egyrészt jelöli a fenti értelemben vett totalitást, másrészt ezt a komplexitásként értett szóbeli Tórát magát is két részre osztották. Utóbbi felosztásban megkülönböztették mindazt a joganyagot, ami szoros értelemben a successio Mosaica által átadott tradíció része, másrészt a halákhikus tekintélyek által alkotott egyéb joganyagot. Ily módon a szóbeli Tóra egyrészt az írott Tórán kívüli jogforrásból származó minden jogi normát magában foglalja, szűkebb értelemben terminus technicusként a hat zsidó jogforrás közül pusztán a tradícióból származó jogszabályokra utal.

^[13] Misna (a továbbiakban M jelöléssel), *Avot* 1,1

^[14] Bén dám ledám, azaz gyilkossági ügyben

^[15] Bén din ledin, azaz polgári jogi ügyben

^[16] Bén nega lenega, azaz testi sértés ügyében

^[17] Ti. a bíróságok a városkapukban ülészetek

^[18] Deuteronomium 17,8-11 (IMIT-Biblia, Budapest, 1993. Végig ennek fordítását közöljük.)

^[19] Az ítélet azaz din szót használták ugyanis az írott Tórában szereplő és abból kifejtett Tóra értelmezési szabályok által művelt Tóra interpretációra, azaz a midrás ha-Tórára is. Ehhez ld. J.Z., *Interpretatio Judaica*.

^[10] Maimonidész, *Misné Tóra* (A továbbiakban: MT), Mamrim 1,1-2

^[11] Vö. Józsuá-féle alapszerződés, Ezra alatt az alapszerződés megújítása.

^[12] Vö. pl. Exodus 34,27; Deuteronomium 29,11.13.14; Exodus 31,15-től az egyes különös törvények tekintetében.

^[13] Magában az írott Tórában megörökítődik, hogy a létező törvény nem nyújtott minden esetre kielégítő megoldást. Leviticus 24,10-16 szerint például blaszfémia miatt az elkövetőt őrizet alá helyezték, „hogy döntsön nekik az Örökkévaló igéje szerint”, hogy milyen szankcióval sújtsák. Numeri 9,1-14 arról számol be, hogy a rituálisan tisztátalanok nem mutathatták be a peszachi áldozatot az első hónap tizennegyedik napján, s ezért „odaléptek Mózes és Áron elé azon a napon. És mondták neki azok a férfiak: Mi tisztátalanok vagyunk halott ember által; miért csorbíttassunk meg abban, hogy nem mutatjuk be az Örökkévaló áldozatát az ő idejében Izrael fiai között? És mondta nekik Mózes: Megálljatok, hadd halljam, mit parancsol az Örökkévaló felőletek. És szólt az Örökkévaló Mózeshez, mondván...” Numeri 15,32-36-ban a szombatot fát szedegetőt helyezték őrizetbe, „mert nem volt eldöntve, mi történjék vele”. Numeri 27,3-11-ben egy öröklési jogi joghézaggal találkozhatunk. Czelofchád lányai azt kérik Mózesztől, hogy a fiúörökös nélkül meghalt atyjuk után örökölhessenek. Mózes miután az Örökkévaló színe elé viszi a problémát, megállapítja ilyen esetben a lányok öröklési jogát. Ebből azonban egy újabb probléma következik, minthogy a törzsi vagyonszerzéséhez vezethet a lányörökösök idegen törzsbelivel kötött házassága. Numeri 36,5-9 ki is mondja, hogy a lányörökösöknek törzsen belül kell házasodniuk. Mint ezen esetekben is látható, az isteni kinyilatkoztatás által kapott törvényt Mózes hirdeti ki a népnek. A fentebb idézett Deuteronomium 17,8-11a Tóra után felmerülő problémák, joghézagok megoldása tekintetében a halákhikus tekintélyeknek adott általános felhatalmazást.

^[14] *Exodus Rabba*, Ki Tisza 41,6

^[15] Jozséf Albó spanyol zsidó filozófus (1444-ben halt meg) lehetetlennek tartotta, hogy az írott Tóra minden lehetséges esetet felöleljen, azaz hogy tökéletes, változtathatatlan és zárt kódex legyen, mivel egyetlen könyv nem foglalhat magába végtelen számú lehetséges esetet. Ebből következtetett arra, hogy az alapelvek voltak Mózesnek szóban kinyilatkoztatva a Szináj-hegyén, s hogy ezen alapelvek alkalmazásával kell minden nemzedék halákhikus hatalmainak az új jogszabályokat megalkotnia. *Széfér halkkarim* 3,23.

^[16] Babiloni Talmud (a továbbiakban Tb) *Bava Mecia* 59a/b, *Temura* 16a. Deuteronomium 30,12-n alapul.

^[17] Pl. „És odavitte Mózes ügyüket az Örökkévaló színe elé.” Numeri 27,5

^[18] Maimonidész kommentárja Misna *Chullin* 7,6-hoz

^[19] Exodus Rabba, *Jitro* 28,4

^[20] Deuteronomium 17,8-9.

^[21] Deuteronomium 33,10.

^[22] *Szifré*, Deuteronomium, Softim, 154.

^[23] MT, *Jeszodé haTóra* 9,2

^[24] Im. 9,4

^[25] „Ezek a parancsolatok, melyeket parancsolt az Örökkévaló Mózesnek Izrael fiai részére a Szináj hegyén.”

^[26] *Szifra*, Bechukkotai 13,7

^[27] Tj *Berakhot* 1,4. 3b

^[28] Deuteronomium 13,2

^[29] Deuteronomium 17,11

^[30] Ti. a történet főszereplője R. Eliezer ellentétes álláspontra helyezkedett.

- [311] Tb Bava Mecia 59a/b Domán István fordítása. In: A Babilóniai Talmud. Budapest, 2007
- [32] Deuteronomium 30,12
- [33] Exodus 23,2.
- [34] Ti. a prófétával
- [35] Ti. a R. Eliezer és R. Jehosua közötti vita alatt
- [36] *Szifré*, Deuteronomium, Softim, sec.153
- [37] Uo.
- [38] Kohelet Rabba 1,4. Tb Ros haSana 25b
- [39] Qohelet 7,10
- [40] A kifejezések bibliai előfordulása: Qohelet 1,11: „Nincs megemlékezés az előbbiekről, s az utóbbiakról sem, akik lesznek majd, nem lesz megemlékezés azoknál, kik legutóbb lesznek.”
- [41] A zsidó jog történeti felosztását a vezető bölcsek elnevezéséhez kötjük, így beszélünk tannaita, amóra, gáonikus majd rabbinikus korszakról. Utóbbin belül ugyancsak a risonim és acharonim megkülönböztetést alkalmazzuk speciális jelentésben: a 11-16. századik tevékenykedő bölcseket nevezük risonimnak, a 16. századtól működőket pedig acharonimnak.
- [42] Deuteronomium 17,11
- [43] Az i.sz. 13. században élt spanyol zsidó talmudista és filozófus.
- [44] Nachmanidész Deuteronomium 17,11 kommentárja
- [45] Az i.sz. 15.században a Spanyolországból történt kiűzetés idején élt spanyol zsidó kommentátor és filozófus.
- [46] Abrabanel, Deuteronomium 17,8- kommentárja
- [47] Az eredeti héber kifejezés: caddik
- [48] Az eredeti héber kifejezés: jasar. A jasar jelentése egyenes, ez azonban nem adná vissza Arama mondanivalójának lényegét.
- [49] Ti. az Isten.
- [50] Arisztotelész a Nikomakhoszi etikában (V, 13-14) leszögezi, hogy az igazságos és a méltányos dolog azonos nemű, s megkülönböztetésükben „A nehézséget az okozza, hogy a méltányos dolog igazságos ugyan, de nem a törvény szerinti értelemben, hanem úgy, hogy mintegy kiigazítása a törvény szerinti igazságos dolognak. Ennek magyarázata abban rejlik, hogy a törvény mindig csak általános érvényű, viszont bizonyos dolgokban általános érvénnyel nem lehet helyesen intézkedni. Oly esetekben tehát, mikor mégis okvetlenül kell intézkedni általános érvénnyel, holott pedig ezt helyesen megoldani lehetetlen, a törvény mindig a nagy átlagot veszi, de emellett nagyon jól tudja, hogy ebben az eljárásban hiba van. S mindamellett jól van ez így, mert a hiba nem a törvényben van, sőt nem is a törvényhozóban, hanem a tárgy természetében, hiszen az emberi cselekvések tárgya eleve ilyen természetű. Oly esetben tehát, mikor a törvény intézkedik ugyan általános érvénnyel, de felvetődik valami kérdés, amely az általános határozatokon kívül áll, az a helyes eljárás, hogy amiben a törvényhozó hézagosan járt el, s előírásainak túlságos egyszerűsítése révén esetleg hibázott, ott helyre kell hozni a mulasztást úgy, ahogy valószínűleg maga a törvényhozó is kívánná, ha véletlenül jelen volna, s ahogy – ha ilyen esetről tudott volna – már a törvényben is intézkedett volna. Eszerint tehát a méltányos dolog igazságos, sőt még jobb is bizonyos igazságos dolgoknál, csakhogy nem az általános értelemben vett igazságosnál, hanem az általánosítás miatt keletkezett hibánál. Tehát a méltányosság lényege: a törvényt helyesbíti ott, ahol abban az általánosítás miatt hézag mutatkozik.” (1137b) (Szabó Miklós fordítása.) Arama e szakaszt parafrázálja érvelése kiindulópontjaként.
- [51] Az eredeti héber kifejezés: caddik
- [52] Az eredeti héber kifejezés: chaszid. Jelentése kegyes.
- [53] Zsoltárok 145,17
- [54] Deuteronomium 32,4
- [55] Tb Bava Mecia 2b; Bava Kamma 46b.
- [56] Tb Ketubbot 27b; Bava mecia 39b.
- [57] M, Szanhedrin 11,2
- [58] Deuteronomium 17,12
- [59] (Kadin veselo kadin) Tb Jevamot 90b
- [60] Zsoltárok 33,15
- [61] Tb Sabbat 10a a valóban az igazságnak megfelelő igaz ítélet a din emet leamito
- [62] Exodus 18,13
- [63] Genesis 1,5
- [64] Exodus 21,6; 22,7-8
- [65] Genesis 3,5
- [66] Genesis Rabba, 19.sz.
- [67] Tb Bava Mecia 30b
- [68] Deuteronomium 32,4
- [69] Maimonidész, *A tévelygők útmutatója*. III. 49. Fordította Klein Mór. Logos Kiadó, Budapest, 1997. 1009.old.
- [70] A magyar fordító Klein Mór megjegyzése

[\[71\]](#) Uo. III. 34. 897-899.old.

[\[72\]](#) Tb Bava Mecia 30b

[\[73\]](#) Tb Szanhedrin 6b; Latin megfelelője: „Fiat justitia, ruat caelum”

[\[74\]](#) 11.századi francia zsidó szövegmagyarázó.

[\[75\]](#) Tb Chagiga 3b. Molnár Ernő fordítása In: A Talmud könyvei. Reprint 1989

[\[76\]](#) Zsoltárok 119, 126

[\[77\]](#) Tb Chagiga 3b. Molnár Ernő fordítása Uo.

[\[78\]](#) Bén din ledin, azaz „jog és jog között” ítélve

[\[79\]](#) „mert egy bíró csak azt ítélje meg, amit a szemei látnak” Tb Bava Batra 131a

[\[80\]](#) emet

[\[81\]](#) mispat

[\[82\]](#) salom

[\[83\]](#) saar

[\[84\]](#) siúr

[\[85\]](#) Pl. az igazságot a békéért vagy fordítva. Tj Berakhot 1,4; 9a szerint a bűnösök és a sértettek közötti béke nem mindig jó a tágabb környezet számára sem.

[\[86\]](#) Templom, Szanhedrin, Nászi vagy fejedelem

[\[87\]](#) Az i.e. 1. és az i. sz. 1. században működtek.

Kocsis Miklós
Társadalom – állam – felsőoktatás. A felsőoktatási autonómia
értelmezési
tartományai

1. A felsőoktatás társadalmi környezete

A felsőoktatásban az elmúlt években – a világ fejlettebb részein: évtizedekben – lezajlott nagyarányú változások következtében világszerte *radikálisan megváltoztak* az oktatás, illetve a nevelés céljairól és feladatairól vallott elképzelések. A változások ugyan az egész oktatási szférát érintették, ugyanakkor leglátványosabb módon a felsőoktatás területén figyelhetőek meg. A változások a felsőoktatás majd’ minden szegmensét áthatották; a szakirodalomban számos értekezés született, amely a modern felsőoktatási intézmény ésszerű struktúráiról, betöltendő funkcióiról és hatékony működéséről, a felsőoktatás szereplőiről és ezek életmódjáról kialakult újszerű nézetek bemutatására, és a tendenciák felvázolására vállalkozik.^[1]

A felsőoktatásban mindannyiunk által érzékelhető jelentős változások közül kiemelendők a) a felsőoktatás iránt megnyilvánuló növekvő társadalmi igény, b) ennek következtében a tömegképzés és az oktatói létszám növekedése, c) az ezzel szükségszerűen összefüggő strukturális változások, d) a felsőoktatás-politika újszerű irányai – legjellemzőbb módon: a Bologna-folyamat^[2] – és mindezek hatására az a „felsőoktatók” mindennapjait meghatározó lélektani változás, amelynek alapja *a felsőoktatás, mint társadalmi alrendszer* szerepének megváltozása.^[3] A nagy létszámexpánzió során a korábban egyedülként létező egyetem mellett minden fejlett országban létrejöttek a nem-egyetemi szektor intézményei, amelyek rövidebb idejű képzést, általában a munkaerőpiacon jól hasznosítható ismereteket adnak. Az angolszász országokban a lineáris modell vált általánossá, amelyben a képzés egyes szintjei egymásra épülnek, majd ez a modell terjedt el a világ legnagyobb részén. A kontinentális Európában a duális modell a jellemző: az egyetemekkel párhuzamosan működnek a főiskolák, országonként meglehetősen eltérő rendszerben.

A nagyarányú változások kiindulópontja tehát a felsőoktatás expánziójában keresendő. A második világháború előtt a tipikus felsőoktatási korcsoportok kevesebb, mint 10 %-a járt felsőoktatási intézménybe; a hatvanas évektől Európa nyugati felén kezdetben rendkívül gyors, majd lassuló mértékben növekvő hallgatói létszám figyelhető meg, az ezredfordulóra pedig az arány egész Európában meghaladta az 50 %-ot.^[4] Ez már a tömegességgel azonosítható; szakértők szerint a növekedés megállíthatatlan, mert a kimaradás az egyén

számára komoly kockázatokat jelent.^[5] A hallgatói tömeg összetétele „társadalmi származás és előképzettség, motiváció, karriertervek szerint egyre heterogénebbé vált, ami sokféle érdek és érték megjelenítésével járt. A leendő munkaadók köre hasonlóképpen megnőtt, és változatos igényekkel jelentkezett”^[6] hiszen a legkülönbözőbb ágazatok és szektorok foglalkoztatják a nagyszámú diplomást. Éppen nagy létszámuk, valamint a gazdasági recesszió adottságai következtében egyáltalán nem garantált a végzettek elhelyezkedése. A hallgatók igényei ezért fokozottan arra készítetik a felsőoktatást, hogy a munkaerőpiac aktuális és várható követelményeihez alkalmazkodjon, háttérbe szorítva az akadémiai és a hosszú távú gondolkodásból adódó szempontokat.^[7] Mindez eddig nem ismert kihívásokat jelentett a felsőoktatás, mint most már egyre nagyobb jelentőségű, önálló társadalmi alrendszer számára. Ennek következtében mind az államok, mind a felsőoktatási intézmények komoly kihívásokkal kénytelenek szembenézni.

E változás okai, jellemzői és következményei valamennyi, a felsőoktatással bármifajta kapcsolatba kerülő személyt foglalkoztatnak; ennek szubjektív oka az a minden emberre jellemző tulajdonság, hogy az egyén reflektál arra, amivel foglalkozik. E tevékenység akkor válik tudományos igazság-kereséssé – és később talán diszciplínává –, ha a reflexiókat megfogalmazó egyének saját szakterületük tudományos apparátusának igénybevételével elemzik a körülöttük lezajló, élet- és munkaviszonyaikra hatással lévő folyamatokat, és e megállapításaikat a tudományos közösség elé viszik annak érdekében, hogy azokról diskurzus bontakozhassék ki, „hiszen a szellemnek, s a tőle teremtett kultúrának egyik lényeges vonása az ellentétekben való fejlődés”.^[8] Kornis Gyula e tekintetben akként fogalmaz, hogy „a gondolatot cáfolat, a tézist antitézis, az állítást tagadás, az ortodoxiát herezis, az alkotást kritika, az érzelmet ellentétes érzelem, a támadást ellentámadás váltja fel”.^[9] A szellemnek ez az ellentétekben való „dialektikai mozgása”, az ellentétes szellemi irányzatoknak hullámszerű kanyargása az egész emberi kultúra: a vallás, a művészet, politikai és gazdasági élet, sőt a tudomány és filozófia fejlődésének is jellemzője. A szellem mozgásából rendszerint két ellentétes irány bontakozik ki, de a dualizmusnak ebből a harcából mindig erőfeszítés, fölfelé törés, alkotókedv, új meg új értékek fölismerése, új meg új eszmények kultusza s a meglévő valóságnak ezek értelmében való reformálása támad. Az emberi szellemnek ez a szerkezete egyik fő mozgatórugója annak a törekvésnek is, hogy a szellem alkotta kulturális intézmények, így a felsőoktatási intézmények is, folyton megújodjanak, reformok útján fejlődjenek.^[10] „*A felsőoktatás, mint probléma*” körül napjainkban a társadalom különböző csoportjaiban világszerte kibontakozó elméleti és gyakorlati vitáknak egyik központi kérdése, hogy korunk társadalmainak egyre inkább a tömegoktatás szolgálatába állított felsőoktatási intézményekben miként lehet majd az új évezred igényeinek valóban megfelelő értelmiségi szakembereket képezni.^[11] E kérdést a felsőoktatás-kutatók számos szempontból körüljárták, és közülük jó néhányan – saját tudományterületük legjobb ismerői – adekvát válaszokat fogalmaztak meg ezzel kapcsolatban: a felsőoktatás kérdéskörének történeti, elméleti és gyakorlati

szempontokat egyaránt figyelembe vevő feldolgozására vállalkozva a mai kutató rendkívül gazdag nemzetközi és hazai szakirodalomra támaszkodhat.^[12] Ezek segítségével megállapítható, hogy a felsőoktatás szerveződését alapvetően meghatározó autonómia-fogalom tartalma és funkciója mögött meghatározott igények és feltevések állnak. A kísérlet, hogy az autonómia mai és jövőbeni jelentéstartalmát meghatározzuk, a fogalom tartalmi alapjának és a felsőoktatási intézmény és az állam kapcsolatával összefüggő részkérdéseinek meghatározását igényli; ezt követően dönthető el az, hogy milyen mértékben szükséges biztosítani a felsőoktatási autonómiát, és annak mit kell tartalmaznia.

2. A felsőoktatási autonómia fogalmának átalakulása

2.1. A felsőoktatási autonómia alanyainak kooperációja

A felsőoktatás rendszerének különös sajátossága volt a korábbi korszakokban, hogy koherens, rendszerszintű és kimunkált képzete volt saját megújításáról. E képzet összetevőit azok a – különböző aktorok részéről felmerülő – érdekek képezték, amelyeknek irányultságuk időnkénti eltéréseitől függetlenül közös jellemzője volt, hogy céljuk kivétel nélkül a felsőoktatás korszerűsítésének szándéka: ennek következtében a felsőoktatás, mint szakpolitika tematizálását nagy részben maga a felsőoktatás határozta meg, saját belső „törésvonalainak” megfelelően. Napjainkra ugyanakkor ezzel a tényezővel nem számolhatunk: ennek oka többek között az autonómia-fogalom félreértettségéből következik. A felsőoktatásról szóló 2005. évi CXXXIX. törvény (a továbbiakban: Ftv.) megalkotása körüli, majd a hatálybaléptetésével összefüggő viták során^[13] széles teret nyert az az alapjaiban téves felfogás, amelynek értelmében az államnak a felsőoktatási intézmények életébe való mindenfajta beavatkozási szándéka alkotmányellenes. E tévképzetet nagyban erősítették az Alkotmánybíróságnak az Ftv.-t érintő előzetes normakontroll-határozatai, és az ezek következményeként megszorított visszafogott oktatás-irányítási megnyilvánulások is.^[14] E tényezők következtében a kontrollját vesztett felsőoktatás különböző részterületei zsákutcás fejlődési irányt vettek. Az intézmények vélt gazdasági önállósága csődközeli helyzetekhez vezetett, az indokolatlanul túlfejlesztett szakstruktúrák negatív munkaadói reakciókat eredményeztek, a társadalom részéről pedig tiltakozás fogalmazódott meg a felsőoktatási reform egyes – önmagában egyébiránt kevésbé hatékony – elemeivel szemben (lásd elsősorban a tandíj kérdését^[15]). E negatív visszacsatolásokat a felsőoktatási autonómia alanyai nem tudták megfelelően értékelni, aminek az intézményrendszerre nézve is negatív következményei lettek. Gyengültek, némely esetben a minimumra szorultak vissza azok a különböző érdekcsoportok között korábban megfigyelhető együttműködési formák^[16], amelyek a felsőoktatási intézmények igazgatásának kiindulópontjait jelentették: az egyes oktatói csoportok és a hallgatói önkormányzatok között^[17] és az egyes csoportokon belül megfigyelhető

diszfunkciók megjelenésére nem születtek – nem is születhettek – adekvát oktatás-irányítási reakciók. Ennek következtében a felsőoktatással kapcsolatos, rendszerszintű konstruktív gondolkodás megszűnt, és így a felsőoktatás-irányítás sem kap olyan impulzusokat, amelyek figyelembevételével pozitív irányba befolyásolhatná a felsőoktatásban zajló folyamatokat.^[18] Következtetesként megfogalmazható, hogy a felsőoktatási autonómia alanyai között korábban fellelhető rendszerszintű egyetértés megszűnésének oka a korlátlan autonómia fogalmának tévképzetéből táplálkozik, és paradox módon minimálisan az autonómia-fogalom megváltozását, pesszimista felfogás szerint erodálódását is maga után vonja, ami az alábbi veszélyeket is magában hordozza a) a fragmentálódás, b) az atomizálódás és c) a balkanizálódás veszélyét. A fragmentálódó felsőoktatás különböző szegmensei egymástól függetlenül működnek, nem alkotnak rendszert, az atomizálódás következtében minden intézmény – azon belül minden kar, tanszék, stb. – csak saját munkájával törődik, tevékenységét nem illeszti, az nem is illeszkedik a nagyobb egységbe, végső soron a felsőoktatás egészébe, a balkanizálódás következményeképpen pedig mindegyik releváns érdekcsoport a másik rovására próbál támogatáshoz jutni, létét fenntartani, teret nyerni.^[19]

2.2. A felsőoktatási autonómiát meghatározó állami-társadalmi környezet

Az autonómia-fogalmának átalakulásával párhuzamosan a felsőoktatás jelentős változásokon esett át, és hasonlóan nagy – vagy még jelentősebb kihívások előtt áll.^[20] E folyamatok során megváltozott az állam szerepe, és ezzel párhuzamosan megváltoztak azok az elvárások is, amelyeket a társadalom támaszt a felsőoktatással szemben. Mindezek kölcsönhatásaként veszélybe került a felsőoktatás hagyományos „minősége” is, ami ugyancsak nyugtalanító jelenség; a minőségbiztosítás fogalma alatt a szakirodalom „egy intézmény, szervezet, szféra, vagy ágazat azon tevékenységeit érti, amelyeknek célja, hogy az általuk nyújtott szolgáltatások, illetve termelt termékek a felhasználók igényeit kielégítsék”.^[21] A fogalmi problémák nehézségeire utal, hogy miközben ez a definíció a piac szereplői esetében nagyjából triviális, a felsőoktatás esetében több „felhasználót” lehet azonosítani: a hallgatót, a szüleit, a gazdasági szféra szereplőit, a munkaadókat, a tudományos szférát, illetőleg magát a társadalmat. Ezeknek az egymásra ható folyamatoknak következtében a felsőoktatás személyzete is új helyzetbe került. Közhelyessé váltak egyrészt – az állam részéről felmerülő – olyan megállapítások, miszerint az intézmények nem megfelelően használják fel a részükre biztosított forrásokat^[22], a társadalom – különösen a munkaadói szervezetek^[23] – részéről pedig az a kritika fogalmazódott meg, hogy az intézmények nem szolgálják ki kellően a társadalom igényeit, nem adnak a hallgatóknak „piacképes” tudást. Említést érdemel emellett, hogy számos ország fiskális megszorításokra kényszerült, s ennek nyomán előtérbe került a felsőoktatás racionalizálása, hatékonyságának növelése is. A társadalom és az

állam irányából jelentkező – nem egyszer ellentétes irányú – elvárásokra a felsőoktatás intézményrendszere a felsőoktatási autonómia fogalmának előtérbe helyezésével próbál(t) felelni. Ennek a próbálkozásnak még az sem szabott határt, hogy a hagyományosan független szellemiségű elmélet igénylő felsőoktatás személyzetének körében is végbement expanzió következtében jelentősen csökkent azoknak a minőségi „felsőoktatóknak” az *aránya*, akik szubjektív feltételeik – képességeik – fennállásának okán jogot formálhatnának az autonómia valamilyen formájára. Megfogalmazódott a felismerés, hogy a Magna Charta Universitatum nem tud támpontot adni ezeknek a kihívásoknak a kezelésére, hiszen „a munkaerőpiac világszerte széttöredezett, kiszélesedett a nyertesek és a vesztesek közötti különbség, és a reménytelen kiszorulás ellen egyetlen védekezésnek a tanulás látszik. További nyomás nehezedik a felsőoktatási szektorra, hogy mindenkit befogadjon”.^[24] Kétségtelen tényként kezelendő tehát, hogy a magyar felsőoktatás a huszonegyedik század elején válságjelenségeket mutat. Ezt mi sem bizonyítja jobban, mint az, hogy az oktatásért felelős miniszter 2006-ban az alábbiak szerint foglalta össze a magyar felsőoktatás helyzetét:

- a) a hallgatók létszáma 15 év alatt négyszeresére nőtt, miközben az infrastrukturális adottságok mindössze 30 százalékkal bővültek;
- b) a meglévő infrastruktúra végletesen leromlott;
- c) a korábbi elitképzés struktúráját és tartalmát fenntartva a tömegképzés csak rosszul működhetett;
- d) a kiadott diplomák száma és jellege eltávolodott a munkaerő-piaci igényektől;
- e) a felsőoktatási intézmények gazdaságilag megbénítva, „szocialista nagyvállalként” működtek, az állam nem hagyott nekik gazdasági önállóságot;
- f) az 1996 és 2000 között végbement intézményi integráció megrekedt a formai egyesülés szintjén.^[25]

Az ilyen folyamatok állandó táptalaját jelentik az autonómiára, mint végső mentsvárra való hivatkozásoknak. Így volt ez a korábbi felsőoktatási „válságidőszakokban” is: a céhszerű formában működő középkori egyetem nem tudott alkalmazkodni a polgárosodás kihívásaihoz, az ezt követő modellben – a tizenkilencedik századtól kezdődően – az állam finanszírozta az intézményeket; ez nem vetett fel problémát mindaddig, amíg a források nem csökkentek. Ezután jelent meg a kollektív autonómia fogalma az intézményi autonómiával szemben. E hivatkozások központi gondolata, hogy a tudomány művelői külső befolyásoktól mentes módon végzik a tevékenységüket, amit az állam a szükséges mértékig finanszíroz. Ez a „mítosz”^[26] azonban nem beszél arról a felelősségről, ami a tudomány szociális funkciójának megfelelően terheli a tudomány művelőit: nevezetesen arról a felelősségről, hogy a rendelkezésükre álló forrásokat a lehető legoptimálisabban használják fel annak érdekében, hogy azzal a társadalom tagjainak javát szolgálják. A felsőoktatási autonómia napjainkban nem jelenthet – ahogyan a közfelfogással ellentétben a korábbi korokban sem jelentett – abszolút függetlenséget: *összhangban kell lennie a gazdasági, társadalmi és politikai környezet követelményével. A felelősség érvényesítésének többféle*

formája ismert, de szinte minden esetben a minőség követelményének előtérbe helyezésével áll összhangban. A modern felsőoktatás-igazgatási rendszerekben – amint az fentebb látható volt – külön szervezetrendszerek alakulnak a felsőoktatás minőségének ellenőrzésére, amelyekben mindkét, a felsőoktatással szemben elvárásokat megfogalmazó tényező, a társadalom és az állam szereplői is helyet kapnak.^[27] E szervezetek megjelenése újszerű elem a felsőoktatásban: nem ismerünk a felsőoktatási intézmények történetéhez mérhető nagy hagyományú és számottevő felsőoktatási akkreditációs rendszerek; ezek mindenütt nagyjából egy időben – az 1990-es évek folyamán – alakultak ki. Ennek oka egyrészt az, hogy a felsőoktatási rendszer egyre inkább rákényszerül a transzparenciára, s ezzel kapcsolatban arra, hogy munkája minőségéről információkat adjon, másrészt az, hogy a felsőoktatási szférában egyre jelentősebb verseny is a minőségi szempontokat helyezi előtérbe.^[28] Az autonómia funkcionálásának szempontjából ez azt a kérdést veti fel, hogy mennyiben korlátozhatóak az intézmények és azok tagjai – a minőség érdekében – úgy, hogy a tudomány szabadsága ne sérülhessen. A felsőoktatási intézmények nem nélkülözhetik az autonómiát, amely „minden tudományos munka éltető eleme”.^[29] Az autonómia elvéhez való ragaszkodás mellett gondoskodni kell ugyanakkor arról is, hogy egyrészt az intézmények az autonómiával élni tudjanak, másrészt pedig az ezt ellenőrző állami szervek el tudják látni feladataikat. E munka során számos szempontot kell figyelembe venni. Elsőként azt, hogy az akkreditációs modellek nehezen érthetőek meg a mögöttük álló kormányzati politikák nélkül: az akkreditációs rendszerek egy-egy nemzeti kormányzati politika részét képezik; az akkreditációs végrehajtó szervezetek pedig mintegy beékelődnek a felsőoktatás és a kormányzat szférája közé.^[30] Másodsorban azt, hogy a kiemelkedő „minőség” csak olyan területen jöhet létre, amelyet egészében áthat a „kiválóság kultúrája”. A kiválóság soha nem tartós vívmány: mindig újabb és újabb kihívásokkal kell szembenéznie. Ritka esetekben érvényesülhet egész intézmények vonatkozásában is, de gyakrabban csak egyes karok vagy más intézményen belüli egységek jellemzője. A kutatás jellege és intenzitása (ahogyan más tevékenységeké is) országoként, intézménytípusonként és egyes intézményenként jelentős eltéréseket mutat.^[31] Több évtizedes emellett az a felismerés is, hogy az állami és önkormányzati hatóságoknak oly ellenőrző jogkört kell biztosítani, amely lehetetlenné teszi a tanszabadság örve alatt netán megkísérelhető (...) állam- és társadalomellenes [törekvéseket] (...), és meggátolja a tanítási és tanulási szabadsággal üzőt visszaélést, azoknak vétkes szabadossággá fajulását”.^[32] Az European University Association 2001. szeptemberében új koncepciót fogadott el a felsőoktatási minőségügyéről. Ennek keretében leszögezi, hogy az akkreditáció a programok és intézmények minőségére utaló minimumkövetelmények teljesítésének nyilvánosságra hozott formális elismerése. Így az akkreditáció az adekvát mechanizmus ahhoz, hogy az oktatás minimumkövetelményei teljesüljenek, és ezért a minőség biztosítás érdekében tett első lépésnek tekinthető.^[33] Ugyanakkor az akkreditáció csak és kizárólag erős belső intézményi minőségértékeléssel

együtt használható. Ez a rendszeres belső önértékelés azonban lényegesen nagyobb hangsúlyt kap, ha kiegészül egy független értékelő szervezet által végrehajtott külső értékeléssel.^[34]

Az autonómia szükségességét – amint az fentebb látható volt – a tudomány szabadságának kényszerítő erejével indokolták, vagyis azzal, hogy a tudományos módszerek autonómia nélkül alkalmazhatatlanok.^[35] Kérdés, hogy a megváltozott társadalmi feladatok közepette az autonómiának milyen funkciót szükséges biztosítani annak érdekében, hogy továbbra is a tudomány szabadságának érvényesülését szolgálja?

A felsőoktatást az különbözteti meg más oktatási formáktól és szintektől, hogy itt a tudományosság jelenti a képzés lényegi ismervét, ha ennek érvényesülési módja és mértéke közvetlenül függ is a szakiránytól és a konkrét képzési céltól. Ennyiben a felsőoktatás nem elsősorban intézmény, hanem tevékenység; értelmes és szabályozott kereteket éppen nem azzal adhatunk neki, ha adott intézményrendszerbe merevítjük, vagy látszólagos és látványos szervezeti-adminisztrációs átalakításokkal „reformáljuk” hanem úgy, hogy öntörvényű mozgását segítjük érvényre juttatni. Megállapítható, hogy sem a feltétlen és teljes felsőoktatási autonómia, sem a teljességgel centralizált állami irányítás nem szolgálja a tudomány érdekét: az intézményben éppúgy benne rejlenek a jogokkal való visszaélés forrásai, ahogyan az állami hatalomban. Az egyéni és kollektív autonómiák összességéként értelmezett *intézményi autonómia mértéke napjainkban attól függ, hogy mennyiben képesek az intézmények együttműködni az állammal és a társadalommal annak érdekében, hogy az általuk birtokolt, vagy létrehozandó tudást az állam megfelelő mértékben finanszírozza, a társadalom pedig rendeltetésének megfelelően hasznosítsa.*

2.3. Az állami-társadalmi környezet által kiváltott hatások

A háromoldalú megegyezés bármelyik oldalán felmerülő hiátus súlyos következményekkel járhat.

a) Az állammal történő „meg nem egyezés” az *intézmények finanszírozását, ennek következtében létét veszélyeztetheti* (függetlenül attól, hogy esetlegesen nem állami intézményekről van szó, hiszen utóbbiak szintén rendelkeznek állami forrásokkal). A nem kis részben szociális szempontok által motivált állam egyre nagyobb mértékben igyekszik szabályozni a felsőoktatás egyes rész kérdéseit – felvételi követelmények átalakítása, stb. Ezt még az sem szorítja háttérbe, hogy – finansziális okok miatt – nem egy esetben lehetőséget ad a magántőke megjelenésének is, hiszen a növekvő ágazat egyre nagyobb költségvetési terhet jelent, az állam felelőssége ezáltal fokozódik. Az állami források szűkössége egyrésztől politikai vitákat generál, másrésztől elkerülhetetlenné teszi a felsőoktatás átláthatóvá tételét^[36], ami azonban sok esetben az intézményi érdekcsoportok ellenállását válthatja ki.

b) A társadalommal való megegyezés hiánya az intézmények *rendeltetését teheti relatívvá*: amennyiben nem képesek a kutatási eredményeket a társadalom számára hasznos oktatási produktummá transzformálni, nem reménykedhetnek azokban a támogatási formákban, amelyek a globalitás viszonyai között elengedhetetlenek a fennmaradás szempontjából. A társadalom a felsőoktatási intézményektől oktatási oldalról „kiművelt emberfőket, intézményei és vállalkozásai számára megfelelő szaktudással rendelkező szakembereket vár. Kutatási területen az az igénye, hogy az alap és alkalmazott kutatási problémái megoldásában az egyetem segítsen (pl. járuljon hozzá gazdasági, tudományos és kulturális versenyképességének erősítéséhez, a mindennapi életet tegye szebbé, könnyebbé).”^[37] A tudomány ügye – elsősorban a mindennapokban szükségessé váló fejlesztések szükségessége okán – annak ellenére válik egyre inkább a társadalom ügyévé, hogy összetettsége folytán a társadalom jelentős hányada csak felhasználóként kerül vele kapcsolatba. Amennyiben az intézmények ennek a paradox követelménynek nem felelnek meg, a társadalom – a globalitás lehetőségeivel élve – más lehetőségeket keres a jövő nemzedékek képzése érdekében, amivel a tudományos tevékenységet is végző felsőoktatási intézmény alaptevékenységeinek egyikét veszélyezteti. E megállapításra rímel Burton R. Clark gondolata, aki szerint a felsőoktatási autonómia napjainkban úgy értelmezendő, hogy „nem egy támogatótól függ az intézmény,^[38] Barakonyi Károly pedig úgy fogalmaz, hogy „egy adott egyetem irányítási modellje annak a függvényében fejlődik, hogy az adott országban az állam, a piac és az akadémiai közösség között milyen viszonyrendszer alakult ki”.^[39]

A szakirodalomban számos szerző „új társadalmi szerződés” szükségességét hangsúlyozza.^[40] Ennek oka *egyrészt* az, hogy a felsőoktatás-politika által generált, a társadalom jelentős rétegeit foglalkoztató európai felsőoktatási reformfolyamatok – amelyek Bologna-folyamatként kerültek be a köztudatba – nagyban érintik az intézményi autonómia kérdéskörét is: megadja ugyanis a lehetőséget az intézményeknek a határokon átnyúló együttműködések kialakítására, amellyel – a reform szándéka szerint – részben függetleníthetik magukat az állami függőségektől. *Másrészt* megemlítendő, hogy – amennyiben elfogadjuk, hogy a felsőoktatási autonómia klasszikus elmélete szerint a tudománynak megfelelő távolságra van szüksége a társadalomtól annak érdekében, hogy tevékenységét zavartalanul folytathassa –, a tudományt akár önálló társadalmat befolyásoló tényezőnek is tekinthetjük. Az autonómia az intézmények számára alapfeltétel ahhoz, hogy a társadalom változó igényeire reagálni tudjanak, és e válaszait teljes mértékben figyelembe vehessék.^[41] Az intézmények ugyanakkor csak akkor válhatnak innovatívvá és akkor képesek reagálni a változásokra, ha *autonómiát kapnak ám ennek fejében elszámolási kötelezettséggel tartoznak*. Ebben a rendszerben az államnak a szakpolitikai célkitűzések, finanszírozási mechanizmusok, oktatási, kutatási és innovációs ösztönzők keretében kell irányítási célkitűzéseit megvalósítania, az intézményeknek pedig fel kell készülniük arra, hogy az autonómia ára a teljes körű, és következményeket maga

után vonó elszámolási kötelezettség teljesítése. Ehhez azonban új központi és belső irányítási rendszerekre is szükség van, amelyek stratégiai prioritásokon és a humánerőforrások szakmai irányításán, beruházási és igazgatási eljárásokon alapulnak.^[42]

2.4. A felsőoktatási autonómia és a felelősség kölcsönhatása

A felsőoktatási autonómia XXI. századi értelmezése során előtérbe kell helyezni tehát azt a fajta megközelítést, amelynek alapja az a felismerés, hogy *az államnak nem elsősorban az intézmény- és szakalapítások során, tehát előzetesen kell érvényesítenie az ellenőrzés megvalósítására irányuló reális igényét, hanem utólagos elszámoltatás keretében, a minőség, a hatékonyság és társadalommal közösen kialakított célkitűzések elérésének függvényében.* Az autonómia fogalmának kitüntetett helyen szereplő rész-elemévé válik a felelősség fogalma. Paradox módon ennek növekedéséhez az Alkotmánybíróság korábbi fejezetekben kritizált, az autonómia fogalmát túlságosan tágan értelmező határozatai jelenthetik az alapot: a szélesebb körű autonómia ugyanis – figyelemmel arra, hogy a társadalom és az állam egyre erőteljesebb igényeket támaszt a felsőoktatással szemben – nagyobb mértékű felelősséget indukál. „Egyes csoportok szerint az akadémiai szabadságot veszély fenyegeti, a felsőoktatásban érvényesülő trendek következményeként. Ezzel egyidőben a felsőoktatási intézmények nyomás alá kerültek, hogy a közpénzeket a társadalom egészének érdekei szerint használják fel. A legtöbb országban az egyetemeken folyó munka koncepciójának újragondolása következett be. Ebben az összefüggésben *az egyetemi szabadságot az egyetemnek a társadalommal szemben fennálló kötelezettségei keretében kell újragondolni.* Ez azt is jelenti, hogy az egyetemi oktatók, kutatók, miközben saját céljaikat követik, felelősek az intézmény céljainak teljesüléséért, mivel a tevékenységükhöz szükséges alapokat és feltételeket az intézmény biztosítja. (...) Nem korlátozhatóak kutatási eredményeik közreadásában (...), ez a nagyobb szabadság azonban az eredményeket (kimeneteket) illetően akadémiai tevékenységükkel kapcsolatos *nagyobb felelősséggel* kell, hogy együtt járjon.”^[43] A felelősség két irányban értelmezhető. A *belső felelősség* az intézményi autonómia alanyainak és választott képviselőinek egymással szemben fennálló felelőssége, amelyet a demokratikus döntéshozatali technikák alakítanak ki, *a felelősség külső oldala* pedig a társadalom és az állam irányában nyilvánul meg.^[44] Dworkin ezzel összefüggésben akként fogalmaz, hogy „az állam meghatározhatja, hogy hány egyetemet és kutatóhelyet tart fent, kiválaszthatja, hogy milyen új fakultásokat hoz létre, az egyes tudományos testületek meghatározhatják, hogy az állami támogatást milyen szempontok szerint osztják el, az egyetem vezetősége dönthet arról, kit alkalmaz oktatóként és kit nem. De abban a pillanatban, hogy valakit egy intézmény tudományos munka elvégzésére alkalmazni kezd, biztosítani kell az illető számára a lehető legszélesebb szabadságot, onnantól kezdve őt a

véleményszabadság fokozott védelme illeti meg. Ezért cserébe a tudományszabadságot gyakorlók morális kötelezettsége, hogy megfeleljenek annak a felelősségnek, amelyet az oktatói és kutatói munka a vállukra terhel. A fokozott védelem ugyanis csakis a fokozott felelősséggel indokolható”.^[45] A felsőoktatási autonómia történelmi, társadalmi, szakpolitikai és alkotmányos alapjának, valamint jogi és szervezeti megvalósulásának vizsgálata rámutatott a téma összetettségére és arra, hogy az autonómia klasszikus felfogása a huszonegyedik század társadalmi körülményei közepette nem tartható. A tudomány szabadságát biztosító felsőoktatási autonómia – amint az fentebb látható volt – nem kizárólag az állammal szembeni védelemként fogható fel; az állam, a társadalom és a tudomány közötti újszerű kapcsolat megköveteli a felsőoktatási autonómia korszerű értelmezési kereteinek kialakítását is, amelynek során felmerülő szükségszerű konfliktusokat ebben az értelmezési kereten belül kell szemlélni, nevezetesen akként, hogy az autonóm felsőoktatási rendszernek a társadalmi felelősségvállalás érdekében és annak határáig kell biztosítania a tudomány szabadságát.^[46] Ez azonban csak akkor lehetséges, ha az autonómiát garantáló jogi szabályozás, és a megvalósulást biztosító szervezetrendszer teljességgel összehangoltak. Ennek érdekében az államnak a saját hatáskörébe tartozó területeken – alkotmányozás, az alkotmány értelmezése, alsóbb szintű jogalkotás, jogalkalmazás, felsőoktatás finanszírozása – kellő biztosítékokat kell nyújtania a felsőoktatás számára ahhoz, hogy saját belső szervezetét optimálisan alakíthassa ki. A felsőoktatási intézmények feladata, hogy a rendelkezésére álló anyagi és szellemi erőforrásokat racionális módon, belső konfrontációktól mentesen használja fel. E feladatok megvalósítása a rendelkezésre álló gazdaságtudományi és szervezetszociológiai kutatások eredményeinek felhasználásával érhető el. Mindezek mellett a tudomány művelőinek jogállásával kapcsolatos rendezendő kérdéseket sem szabad figyelmen kívül hagyni.

A társadalom-állam-felsőoktatás kontextusában folyamatos tehát a törekvés az autonómia és az elszámoltathatóság egyensúlyának megteremtésére. Ennek eszköze az adott társadalom (nemzeti) felsőoktatási alrendszerében érvényesülő autonómia gyakorlatának vizsgálata, amely információt szolgáltat a felsőoktatási reformok kivitelezéséhez.

3. A felsőoktatási autonómia fogalmi átalakulásának hatásai

3.1. Az intézményrendszert érintő következmények

Az Alkotmány 70/F. § (2) bekezdése szerint az állampolgárok számára képességeik alapján hozzáférhetővé kell tenni a felsőfokú oktatásban való részvételt. Ebből következik az állam kötelessége az Alkotmány 70/F. § (2) bekezdésének megfelelő felsőfokú intézményrendszer működtetésére (anyagi stb. feltételei biztosítására), ugyanakkor – ebből fakadóan – az állam joga a felsőfokú intézmények működési rendjének a kialakítása. Az, hogy az oktatás és a kutatás

szervezeti formában a felsőoktatási intézmények keretei között valósul meg, szükségszerűvé teszi, hogy az intézmények rendelkezzenek az önkormányzás bizonyos fokával, és e jogukat törvény védelmezze. Ugyanakkor e szervezeti keretek megalkotásakor nem maga a szervezet az elsőrendű: amint az fentebb bizonyítást nyert, annak kialakítása minden körülmények között az tudomány szabadsága jogosultjainak tevékenységét kell szolgálnia, funkciója tehát ennek biztosítása. Jelentős körülményként értékelendő ugyanakkor, hogy a tudományos élet szabadságát – a korábbi elméleti felfogásokkal ellentétben – nemcsak külső, hanem belső veszélyek is fenyegetik. A felsőoktatási intézmények önkormányzatainak ezeknek a veszélyeknek a leküzdését is szolgálniuk kell. A felsőoktatási intézmény, amelynek karai közötti középkori hierarchia a XIX-XX. századi reformok következtében megszűnt, újszerű szervezeti kihívásokkal kénytelen szembenézni. A jelentős mértékben differenciálódott tudományosság önkormányzata új a korábbiaknál hatékonyabb koordinációs mechanizmusokat tett, illetőleg tesz szükségessé. Természetes, hogy ezek megvalósítása – az erőforrások arányos elosztása, a kínálkozó lehetőségek optimális kihasználása, stb. – komoly belső és külső konfliktusokkal terhelt; a felsőoktatási intézmények szervezeti egységei közötti együttműködés alapja e tekintetben is kizárólag a tudomány és az oktatás szabadságának kiteljesítése lehet.

Figyelembe kell venni azt is, hogy az egyetem nem a tudományos élet szigete; részese – tárgya, alanya, olykor kezdeményezője – az őt körülvevő társadalmi és politikai folyamatoknak, ezek irányában természetes kapcsolódási pontokkal rendelkezik. Autonómiájának és ebből eredő önkormányzati jogainak *funkciója napjainkban már nem a szólásszabadság biztosítása, mint a középkor évszázadaiban, hanem a társadalom és az állam érdekében végzendő tudományos és oktatómunka keretfeltételeinek biztosítása.* Ennek megvalósulása esetén hatása számos területen megmutatkozhat, hiszen – a posztmodern kor sajátosságai miatt^[47] a tudomány vált a fejlődés meghatározó, kulcsfontosságú tényezőjévé. E felismerés arra kell, hogy ösztönözze a felsőoktatási autonómia alanyait, hogy a rendelkezésükre álló tudományos és egyéb kapacitásokat optimális mértékben használják fel. Annak veszélye, hogy az ekkénti nagyfokú önállósággal az alanyok egy része nem képes élni – illetőleg azzal visszaél –, mind elméleti szempontból, mind empirikus tapasztalatok alapján valós. A közjog szempontjából mindez akkor válik relevánssá, amikor az autonómiával való visszaélés szintje a tudomány és az oktatás szabadságának érvényesülését veszélyezteti. *E kedvezőtlen tényezők kiküszöbölésének eszköze az autonómia korlátozásával lehetséges. E korlátozás megvalósulhat belső és külső formában is. A belső korlátozások az önkormányzatiság gyakorlásával valósulhatnak meg, a külső korlátokat az állam – fentebb már tárgyalt – beavatkozási jogának terjedelme jelentheti.*^[48] Ennek a kényes egyensúlynak a kialakításában kap szerepet a közjog: a tudomány szabadságának garantálása és a hatékony működést biztosító jogi eszközök megteremtése annak függvénye, hogy a jogalkotó és jogalkalmazó, valamint az alkotmánybíraskodást végző szervek helyesen

értelmezik-e és képesek-e élni az Alkotmány által biztosított keretekkel. A magyar alkotmánybíráskodás fentebb hivatkozott elemzése során látható volt, hogy e határokat nem egy esetben valamennyi érdekelt csoport átlépte. Az intézményi önkormányzatok belső szabályozása azért szükséges, hogy megteremtsék az egyensúlyt a különböző szervezeti egységek, illetőleg az egyes tudományok között. E biztosítékok, illetőleg maguk a kialakítandó egyensúlyi helyzetek is a tudomány művelését kell, hogy szolgálják. Az ilyen szervezeti megoldások hatékonyságát azonban nem szabad túlértékelni. Az egyes intézményi erőcsoportok egymásra hatásának révén a tudomány művelésének ürügyén ugyanis az eredeti szándékoktól messzire vezető folyamatok is elindulhatnak; ezek megakadályozásának érdekében normatív keretek és beavatkozási lehetőségek kialakítása is indokolt lehet. A közjogtudomány feladata ennek kapcsán, hogy a felsőoktatási autonómia fogalmának adekvát értelmezési keretein belül maradván olyan dogmatikai alapot biztosítson, amelynek eredményei mind az esetleges alkotmányozás, mind a felsőoktatásra vonatkozó alsóbb szintű szabályozás módosítása során felhasználhatóak. A fentiek alapján a felsőoktatási intézményeknek a társadalommal szorosabbá váló kapcsolatának következménye, hogy a társadalom képviselői egyre nagyobb szerepet vállalnak a felsőoktatási intézmények működésének ellenőrzésében (ún. társadalmi tanácsok tagjaiként, minőségbiztosítási szereplőként, stb.). Figyelembe kell venni továbbá azt is, hogy folyamatosan változnak azok az értékek, amelyek követését a társadalom elvárja a felsőoktatástól: az 1990-es évek első felében a demokratizálás, „a kapuk kinyitása” volt a fő érték, ezt követően a gazdasági értelemben vett hatékonyság, a XXI. századra a nagy növekedés következtében veszélybe került minőség ügye vált a fő kérdéssé.^[49] Ennek következtében is a felsőoktatási intézményekben egyre inkább háttérbe szorul a hagyományos kollegiális irányítási forma, mind általánosabbá válik az egyetemi kormányzás modellje.^[50] Az állammal és a társadalommal fennálló dinamikus kapcsolat állandó változása, egyensúly-eltolódása a felsőoktatási intézmények stratégiájának, és ezzel egyidejűleg belső szervezetének, valamint intézményi kultúrájának újragondolása válik szükségessé.^[51] Az egyetemi kormányzás paradigmájának – Magyarországon elsősorban Barakonyi Károly nevével fémjelzett – kutatása során a felsőoktatási autonómiát jelentős mértékben érintő szervezeti reform-javaslatok kimunkálására került sor. Ez a modern oktatás-irányítási forma szorosan összefügg a felsőoktatási autonómia korszerű koncepciójával, hiszen ez az oktatás-irányítási modell kizárólag a felsőoktatási autonómia korszerű értelmezésének keretei között teljesedhet ki. Clark a felsőoktatási intézmény egyik legfontosabb jellemzőjeként említi, hogy azt „professzionális menedzsment irányítja, különböző forrásokból nyeri jövedelmét, kiépít olyan egységeket (ún. fejlesztő perifériákat), amelyek nem tartoznak a költségvetési intézmények elszámolási rendje alá, hanem egyértelműen vállalkozásként működnek, van olyan akadémiai háttérháza, amely versenyképes teljesítményt tud és hajlandó felmutatni, végül pedig az egyetem minden egysége

és munkatársa elfogadja és követi a vállalkozói szemléletet”.^[52] Első hallásra paradox de éppen ez a modell ad esélyt a háttérbe szorított akadémiai értékek pozíciójának javítására: az autonómia fokát az határozza meg, hogy milyen mértékben hajlandóak és képesek az intézmények összefogni az állammal és a társadalommal – speciális csoportjaként a gazdasággal – a tudás közös termelésére és továbbfejlesztésére.^[53] Annak érdekében, hogy a felsőoktatási autonómia a fentebb vázoltaknak megfelelően tudjon működni, az intézmények belső életét is érintő jelentős változásokra van szükség. Ennek érdekében megalapozottnak és a felsőoktatási autonómia korszerű értelmezésébe beleillőnek tekintem azokat a javaslatokat^[54], amelyek értelmében az intézményi önkormányzat részeként az oktatási és tudományos tanács – a mai szenátus – mellett külön igazgató (vagy vezető) tanácsot kell létrehozni. Ennek tagjai az intézmény kellő felsőoktatás-politikai és tudománypolitikai előélettel rendelkező tagjai lehetnének, külső tagjai pedig a kormányzat és a régió képviselői. Az intézmény gazdálkodásának felügyeletére és ellenőrzésére külön testület – felügyelő vagy ellenőrző – bizottság létrehozása indokolt, az intézmény napi operatív vezetését, igazgatási menedzsmentjének irányítását pedig monokratikus szervre, kancellárra – a mai főtitkárra – kellene bízni.^[55] „Stratégiai választaknál, alapvető pénzügyi kérdésekben a fejlett országokban a szenátus tanácsadó szerepet tölt be. Akadémiai ügynek minősítjük az oktatási-kutatási tevékenységgel szorosan összefüggő, oktatói/tudományos felkészültséget igénylő feladatok ellátását. (...) Nem minősíthető viszont akadémiai kompetenciának pl. a szakok fejlesztésével, megszüntetésével, a szakstruktúra stratégiai alakításával kapcsolatos végső döntések meghozatala, ahol a társadalmi érdekek elsőbbséget kell élveznie a lokális érdekekkel szemben”.^[56] E szervezeti formák létrehozása során különös figyelemmel kell lenni arra, hogy a tudományos, oktatási és kutatási tevékenység szabad művelésének alapvető biztosítója az önkormányzatisággal, autonómiával rendelkező felsőoktatási intézmények megteremtése – amely az állam intézményvédelmi kötelezettségének része.^[57] Az Alkotmánybíróság fentebb elemzett határozataiból azonban nem következik az, hogy egyes, az intézmény gazdálkodására lényeges hatást gyakorló (de a tudományos szabadság érvényesülése szempontjából nem meghatározó) döntéseknél alkotmányos akadály lenne annak, hogy a törvényhozó valamely autonómián kívüli szerv hatáskörébe utalja a *döntés célszerűségének* a vizsgálatát. Ilyen kérdésben még az *előzetes hozzájárulás* megkövetelése sem veti fel az Alkotmány 70/F. és 70/G. §-ainak a sérelmét, mindaddig, amíg a korlátozás az autonómia egyéb elemeit, a tudományos és szervezeti önállóságot nem veszélyezteti.

3.2. Oktatás-irányítási következmények

A posztmodern államnak, mint a szabadságjogok biztosítójának – éppen e jogok biztosítása érdekében – jelentős beavatkozási lehetősége van az intézmények életébe. Ennek oka az a korábban kimutatott összefüggés, amely szerint a

szabadsággal élni nem tudó intézmények maguk jelentik a legnagyobb gátját a tudomány szabadsága érvényesülésének.

A tudomány szabadságának létjogosultságát napjainkban a társadalmi hasznosság jelenti. A „szabad tudományosságot” kizárólag a társadalmilag hasznosítható ismeretek, és a haladás igazolhatja.^[58] A tudományos siker persze természetesen nem garantálható; ezért van felelőssége a tudományos közösségnek mind a kutatás tárgyának kiválasztása, mind a cél elérése érdekében alkalmazott módszerek tekintetében, hiszen amennyiben ezek a választások nem a legoptimálisabb irányba mutatnak, úgy önmaguk – ti. a tudomány művelői – lehetnek gátjai a cél elérésének.

A tudomány szabadságának biztosítása tehát cél; ennek gyakorlása és gyakorlásának mikéntje a tudomány művelőinek – a fenti kötöttségeken túl – szabad belátásán nyugszik, ez azonban nem teszi kötelezővé a jogalkotó számára konkrét szervezeti formák kialakítását; ez az a pont, ahol a beavatkozási lehetőségek a legszélesebbek. *A szervezeti és tárgyi feltételek biztosítására csak korlátozott mértékben vonatkozik az autonómia fogalma, ami e tekintetben elsősorban eljárási garanciákat jelent,* hiszen a tudomány szabadsága nem magát az intézményt, hanem a tudomány művelőit illeti meg. Az intézmények kialakításának mikéntje a jogalkotó felségterülete mindaddig, amíg a kialakított formák a tudomány szabadságának érvényesülését nem akadályozzák.^[59]

A tudomány és a kutatás társadalmi funkciójának kérdése napjaink egyik legizgalmasabb szakpolitikai területe: az állami beavatkozás mértékének és jogi kereteinek tisztázatlansága számos érdemi diskurzus eredője. A társadalmat, és a modern államokat fenyegető veszélyek^[60] kétségtelenné teszik, hogy a tudomány művelőinek a társadalom érdekében kell kifejteniük tevékenységüket. Alkotmányjogi szempontból a dilemma úgy értékelendő, hogy mennyiben kell korlátozni a felsőoktatási autonómiát annak érdekében, hogy a tudomány művelői ennek a társadalmi elvárásnak meg tudjanak felelni. Ésszerűnek látszik az a következtetés, hogy a felsőoktatási autonómia korlátozását a tudomány művelői a tudomány szabadságának korlátozásaként fogják értékelni. Ez az elsőre kézenfekvő konzekvencia azonban csak annyiban igazolható, amennyiben a korlátozás tényleges tudományos tevékenységre vonatkozik; a „felelős szabadság”-felfogásának megteremtését célzó kísérletek nem tekintendők e körbe tartozónak. A közérdek, illetőleg a társadalmi szükségletek kielégítése a felsőoktatási autonómia korlátozásához vezethet.^[61] Hangsúlyozandó: ez nem a tudomány szabadságának korlátozása, hanem az állam objektív intézményvédelmi kötelezettségének aktív oldala; biztosítania kell azt, hogy az az intézményrendszer, amelyet a kulturális jogok érvényesülésének érdekében maga hozott létre, megfelel a rendeltetésének.^[62] Ennek egyebek mellett az Alkotmánybíróság elfeledett megállapításainak egyike is alapot szolgáltat; ennek értelmében a „miniszter jogosultsága az állam által a felsőoktatási intézmény rendelkezésére bocsátott eszközök hatékonyságának és jogszerűségének ellenőrzésére az önállósággal való visszaélést akadályozza; ^[63]

Schmidt Péter alkotmánybíró ugyancsak erre utalt, amikor megjegyezte, hogy a miniszter felügyeleti jogköre nem a jogalanyok jogainak védelmét szolgálja, hanem az objektív jogvédelem eszköze.^[64] Ez az elv egyben a beavatkozás korlátainak terjedelmére is választ kínál. Az esetleges állami beavatkozásnak szükségesnek és arányosnak kell lennie, módozatainak kialakítása tekintetében a kockázatok és a megszüntetendő káros hatások egyensúlyára kell figyelemmel lenni, különösképpen azért, mert a túlszabályozott, bürokratizált társadalmi berendezkedés, a hatalom önmagánál fogva és önmagával szemben váltja ki az ellenállást.^[65] Ugyanez igaz természetszerűleg a felsőoktatás finanszírozására is, amelynek célja a fentieknek megfelelően a tudomány műveléséhez és az oktatás szabadságával való éléshez szükséges feltételek biztosítása. A jelenlegi rendszerben ugyanakkor a rendelkezésre álló erőforrások ésszerű és hatékony felhasználása sok esetben a tudomány szabadságára hivatkozva válik lehetetlenné.^[66]

^[1]Lásd összefoglalóan: Philip H. Coombs: *The World educational Crisis – A System Analysis*, Oxford University Press 1968, illetőleg Maurice Kogan – Marianne Bauer – Ivar Bleiklie – Marie Hinkel: *Transforming Higher Education. A Comparative Study*. JKP, London 2000, továbbá Ase Gornitzka – Maurice Kogan – Alberto Amaral: *Reform and Change in Higher Education. Analysing Policy Implementations*. CHER – Springer, Dordrecht 2005

^[2] „A reform legnagyobb jelentőségű és a leglátványosabb változást elindító eleme a képzési rendszerek összehangolása, a duális modellről a lineáris (több ciklusú) modellre való áttérés. A nemzetközi tapasztalatok szerint a lineáris modellnek több előnye van a duális modellel szemben, amennyiben rugalmasabb, a hallgatói mobilitás szempontjából kedvezőbb, alkalmasabb és hatékonyabb a hallgatói tömegek befogadására, kezelésére, végül feltehetően olcsóbb is.” Hrubos Ildikó: *A XXI. század egyeteme*. *Educatio* 2006. 4. sz. 9-10. o.

^[3] Inayatullah szerint a felsőoktatók világszerte más- és más effektusok csapdájába kerültek. Kissé karikatúraszerűen az alábbiakat ismerteti: a) McDonald's effektus: a felsőoktatás egy megamarket, amely csakis növekedni kíván; a profit a ki- és belépők számából adódik; a gyorsaság a fő igény, nem a mélység; tanulás kívánság szerinti időben; a márkanév, a sztenderd választék és minőség a fontos – a fogyasztónak mindig igaza van. b) Microsoft effektus: on-line oktatás, a tudás egyre gyorsabban elavul - a tér és az idő kihívása. c) Mullah effektus: egyetlen igazság, egyetlen ponthoz kötött világnézet van; világos határok, amelyeket nem lehet átlépni – ez az effektus a nyugati egyetem, a független tudós ellenében lép fel. d) Madonna-effektus: nem az általános érvényű tudás a fontos, hanem az egyén kívánsága, amely akár naponta, a divat szerint változik – a piac relevanciája ez, de nem a hagyományos értelemben vett piacé, hanem azé, amely a sztárkultusz mechanizmusai szerint működik, irracionális és mulékony érzelmek által vezérelve. e) Leegyszerűsített racionalitás-effektus: csakis a gazdasági növekedést, a jólétet szolgáló tudás számít; a tudást, mint technikát szemléli; itt is vannak falak, de nem olyan nyilvánvalóak, mint a Mullah modellben – a modern emberbe a szocializáció során beépített mozgatórugók nem engedik átlépni azokat.” Sohail Inayatullah: *Alternative Futures of Universities*. Paper presented at the conference „Future of University” organised by the Academic Cooperation Association, Vienna 2005. Idézi Hrubos Ildikó: *A XXI. század egyeteme... 11. o.*

^[4] Martin Trowe: *Problems in the Transition from Elite to Mass Higher Education*. OECD, Paris 1974

^[5] Hrubos Ildikó: *Gazdálkodó egyetem, szolgáltató egyetem, vállalkozói egyetem*. In: *A gazdálkodó egyetem* (szerk. Hrubos Ildikó). Új Mandátum Kiadó, Budapest 2004. 14. o. Mindezeket túl „a felsőoktatásban résztvevők aránya továbbra is növekszik a világ minden térségében. A legfejlettebb országokban már megközelítette vagy elérte azt a szintet, amely felett a felsőoktatási továbbtanulás általánosnak mondható (japán szakértők szerint országukban nemsokára megközelíti a 100%-ot a felsőfokú beiskolázás). Az arányok növekedése ezekben az országokban elsősorban a demográfiai apály hatásának tudható be, egyre csökken ugyanis a tipikus életkorú népesség aránya. Az abszolút telítettség felé közeledő országok és régiók már arra készülnek, hogy fokozatosan más hallgatói merítési bázist is elérjenek. A nem tipikus életkorúak és a külföldi hallgatók tömeges bevonása lehet a megoldás.” Hrubos Ildikó: *A XXI. század egyeteme... 11. o.*

^[6] Hrubos Ildikó: *A XXI. század egyeteme... 2. o.*

- [7] Hrubos Ildikó: A felsőoktatás dilemmái a tömegessé válás korszakában. Oktatókutató Intézet, Budapest 1999. 5. o.
- [8] Kornis Gyula: Az egyetemi oktatás főbb kérdései. In: Magyar Felsőoktatás (szerk. Martonffy Károly). Az 1936. év december hó 10-től december hó 16-ig tartott országos felsőoktatási kongresszus munkálatai. Közzéteszi Hóman Bálint M. Kir. vallás- és közoktatásügyi miniszter, Budapest 1937. 15. o.
- [9] Kornis Gyula: Az egyetemi oktatás... 15. o.
- [10] Kornis Gyula: Bevezetés a tudományos gondolkodásba. Budapest 1922
- [11] Redl Károly: A fakultások vitájának előtörténetéhez. In: Az európai egyetem funkcióváltozásai (szerk. Tóth Tamás). Professzorok Háza, Budapest 2001. 57. o.
- [12] Ennek összefoglalását lásd: Tóth Tamás: Az európai egyetemek és a modern filozófiák. <http://www.phil-inst.hu/tudrend/Tt/egy-kot/toth1.htm>. Emellett lényeges utalni arra, hogy 2002-ben jelent meg a Bostoni Egyetem Nemzetközi Felsőoktatás-kutató Központja és a Palgrave Kiadó gondozásában a *The Decline of the Guru: The Academic Profession in Middle-Income and Developing Countries* című könyv, amely 13 fejlődő országban elemzi az akadémiai és egyetemi szakma változásait. A kötet globális kontextusban vizsgálja a felsőoktatási és akadémiai szakma jellemzőit kezdve a dél-amerikai államoktól az ázsiai országokon keresztül az Arab-öböl, az afrikai kontinens és a kelet-európai régió államaiig, tehát lényegében a perifériához tartozó államok akadémiai rendszerei kerülnek ismertetésre. A bevezető tanulmányt követően minden fejezet egy adott ország – három latin-amerikai ország (Mexikó, Argentína, Brazília), négy ázsiai ország (Kína, Malajzia, Korea, India), három európai ország (Lengyelország, Bulgária, Oroszország), két afrikai ország (Nigéria, Dél- Afrika) és az Arab-öböl országai – felsőoktatási rendszerét mutatja be. A könyv legfontosabb megállapítása, hogy a periféria országainak felsőoktatási rendszereinek legfontosabb célja a tanítás, a tudás előállítás és átadása a szélesebb közvélemény és a gazdaság számára. Az első probléma, hogy a fejlődő országokban a felsőoktatás expanziója gyorsított ütemben és nagyon nagy arányban zajlott le. Ezzel párhuzamosan azonban az akadémiai munka infrastrukturális feltételei nem fejlődtek, és gyakran az állami támogatás is korlátozott mennyiségű. A fentiekhez kapcsolódóan komoly hátránya az akadémiai intézményeknek, hogy csekély függetlenséggel rendelkeznek, és az akadémiai kutatások gyakran mások által erőltetettek. A különbségek ellenére azonban megfigyelhetők világméretű trendek az akadémiai szférában. Ezek közül a legfontosabb probléma a tömegesedés, a felelősség, a privatizáció és a marketingesedés kérdésköre. Ezek a jelenségek mindenképpen a globalizáció és a verseny növekedésének a hatásaként jelentek meg, és az akadémiai szféra felhígulását okozzák. A tömegesedés okozta felhígulásról sok szó esik Magyarországon is, azonban újdonságként hathat a privatizáció szerepe, mely arra kényszeríti a felsőoktatási intézményeket, hogy tanításon kívüli tevékenységekre fókuszáljanak a nagyobb bevétel elérése érdekében. Lásd erről részletesen Philip G. Altbach: *The Decline of the Guru: The Academic Profession in Middle-Income and Developing Countries*. Palgrave, Boston 2002. 437 o.
- [13] Ladányi Andor: Az új felsőoktatási törvény: problémák és kérdőjelek. Magyar Közigazgatás 2005. 9. sz.
- [14] Kocsis Miklós: A felsőoktatási joggal összefüggő újabb alkotmánybíróági határozatokról. Jura 2008. 1. sz.
- [15] Lásd erről Kocsis Miklós: tandíj-viták alkotmányjogi háttértörténetéről. De Jure 2007. 12. sz. 36-40. o.
- [16] A rendszerváltoztatást követő felsőoktatási átalakulásokról szólva Fábrí György utal arra, hogy az – 1991 tavaszán megrendezett – I. Országos Felsőoktatási Fórum előkészítő dokumentumainak megalkotása „rektorok, professzorok, kutatók, hallgatói vezetők vitáinak, írásainak, műhelymunkáinak és egyéni szellemi vállalkozásainak közegében” történt. Lásd erről részletesen Fábrí György: *Képzetek és akaratok: A magyar felsőoktatás hosszú évtizede 1988-2009*. Kutatási jelentés. Oktatókutató Intézet, Budapest 2003
- [17] Lásd a már korábban is említett rektorválasztások kérdését.
- [18] Barakonyi Károly ennek kapcsán utal arra, hogy a rendszerváltoztatás óra nem készült el a magyar felsőoktatás stratégiai terve annak ellenére, hogy arra mind maga a rendszerváltoztatás, mind – egy évtizeddel később – a bolognai folyamat kényszerítő okot szolgáltatott volna. Barakonyi Károly: *Bevezetés*. In: *Bologna „Hungaricum”* (szerk. Barakonyi Károly). Új Mandátum Könyvkiadó, Budapest 2009. 11. o.
- [19] A felosztás tekintetében lásd Hans Seidel: *Introductory Adresses*. In: Carin Berg (szerk.): *Academic Freedom and University Autonomy...* Idézi Hrubos Ildikó: *A felsőoktatás dilemmái...* 13. o.
- [20] E kihívásokkal összefüggésben lásd Hrubos Ildikó: *A XXI. század egyeteme*. *Educatio* 2006. 4. sz.
- [21] Polónyi István: *A munkaerőpiacra orientált felsőoktatási minőségbiztosítás*. In: Polónyi István (szerk.): *A felsőoktatás minősége*. FKI, Budapest 2006. 10. o.
- [22] Lásd ennek kapcsán Ulrich Teichler: *The Conditions of the Academic Profession: an international comparative analysis of the academic profession in Western Europe, Japan and the USA*. In: Peter Maassen – Frans v. Vught (szerk.): *Inside Academia. New challenges for the academic profession*. De Tijdstroom, Utrecht 1996, valamint Umberto Eco: *The University's Role in a Media Universe*. In: *Universities and the Media. A partnership in institutional autonomy?* *Observatory Magna Charta Universitatum – Bononia University Press, Bologna 2005*
- [23] Stig Stromholm: *From Humboldt to 1984 – Where are We Now?* In: Arnold Burgen (szerk.): *Goals and Purposes of Higher Education in the 21st Century*. Jessica Kingsley Publishers, London and Bristol 1966
- [24] A kormányzatok szociális megfontolásból növekvő mértékben beavatkoznak a felsőoktatás életébe, a költségvetési finanszírozás nehézségei következtében megengedik a magánsektor sokszor kontrollálatlan

megjelenését, térnyerését. Hrubos Ildikó: A XXI. század egyeteme 11. o. Lásd erről továbbá Stephen Lay: The Interpretation of the Magna Charta Universitatum and its Principles. Bononia University Press, Bologna 2004.

^[25] Forrás: „Tudást mindenkinek”. Cselekvési terv. www.okm.gov.hu

^[26] A „mitosz” kifejezést Hrubos Ildikó is alkalmazza. Hrubos: A XXI. század egyeteme. 4. o.

^[27] Hrubos Ildikó szerint a tömegessé válás és a versenyhelyzet együttes hatására válik mindent átható kérdéssé a minőségbiztosítás, minőségirányítás ügye. Az akadémiai világtól egyáltalán nem idegen a folyamatos megmértetés, hiszen az előléptetés, a tudományos fokozatok megszerzése, az elkészült írásművek lektorálása, a kutatási eredmények opponensekkel szembeni megvédése szerves része a professziónak. Minél nehezebb a vizsga, minél kritikusabb az opponens, minél nehezebb publikálni egy neves folyóiratban, annál értékeesebb a munka. Mondhatni, hogy ez az akadémiai világ mazochizmusának megnyilvánulása. A megmértetés azonban a kollégák, a szakértők előtt történik, tehát a „céhen belül”. Idegenkedéssel fogadják viszont, ha „külső” értékelő lép a színre. Minderre természetesen szükség van, hiszen a tömegessé válás következtében a kormányzatoknak „fogyasztóvédelmi” feladatokat is el kell látniuk. A nagyra nőtt és drága ágazat számára a támogatások elosztásánál is figyelembe kell venni valamilyen értékelést, amely kellően meggyőző és érthető a társadalom, az adófizetők képviselői számára is. A leegyszerűsített, egyben túlbürokratizált eljárások, a nem az adott közeg és tevékenység természetéhez illeszkedő módszerek azonban destruktívak lehetnek. Lásd erről Hrubos Ildikó: A XXI. század egyeteme 12. o. továbbá Torsten Kalvemark: The love of quality assurance: academic masochism as a way of life. In: Bernd Wachter (szerk.): Higher Education in a Changing Environment. Internationalisation of Higher Education Policy in Europe. ACA Papers, Bonn 2004

^[28] Utóbbi kapcsán lásd Polónyi István: A munkaerőpiacra orientált felsőoktatási minőségbiztosítás... 10. o.

^[29] Hóman Bálint: A felsőoktatás reformja. Magyar Felsőoktatás (szerk. Martonffy Károly). Az 1936. év december hó 10-től december hó 16-ig tartott országos felsőoktatási kongresszus munkálatai. Közzéteszi Hóman Bálint M. Kir. vallás- és közoktatásügyi miniszter, Budapest 1937. 10. o.

^[30] Kozma Tamás: Bevezetés. In: Kozma Tamás – Rébay Magdolna (szerk.) Felsőoktatási akkreditáció Európában. Oktatókutató Intézet, Budapest 2003. 5. o.

^[31] Lásd erről: ÁSz Jelentés 22. o.

^[32] Hóman Bálint: i. m. 10. o. Kornis Gyula idézi ennek kapcsán a klasszikus történetet, miszerint valamikor Ptolemaiosz egyiptomi király arra kérte Euklideszt, hogy egészen rövid úton tanítsa meg őt, mint királyt a geometriára. „Nincs királyi út a geometriához” – volt Euklidesz válasza. Kornis hozzáteszi, hogy „nincs proletár út a tudományhoz”. Ide csak egy út vezet: a tehetség és a szellemi munka útja, amelyet a társadalmi rangfokozat és vagyoni helyzet csak külsőszerűen módosíthat. Kornis Gyula: i. m. 16. o.

^[33] Lásd ezzel összhangban Ralf Müller-Terpitz: Verfassungsrechtliche Implikationen der Akkreditierungsverfahren. Wissenschaftsrecht. 42. köt. 2009. 116-135. o. illetőleg Christian Heitsch: Rechtsnatur der Akkreditierungsentscheidungen/Prozessuale Fragen. Wissenschaftsrecht 42. köt. 2009. 136-163. o.

^[34] Polónyi István: A munkaerőpiacra orientált... 17. o. ennek megfelelően idézi Homonnay Györgyné: A felsőoktatási minőségbiztosítás európai elvei c. munkáját. Akkreditációs értesítő 2003 március.

^[35] Vö. például Arnold Köttgen: Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität. In: Neumann – Nipperdey – Scheuner: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Berlin 1954. 299. o.

^[36] Hrubos Ildikó: A felsőoktatás dilemmái... 5. o.

^[37] Barakonyi Károly: Egyetemi kormányzás Magyarországon. FTT, Budapest 2007. 8. o. Sajnálatosan azonban „az oktatók foglalkoztatási nyomása rendszerint felülírja a tényleges társadalmi igényeket. Az egyéni terhelések mérése (kötelező óraszámok előírása) és a formális teljesítmények szigorúbb számonkérése tovább torzítja a képet: az egyén is mindent megtesz, hogy óraszám legalább formálisan elérje a megkívánt szintet (akár a racionalitás rovására is) – az oktatók leleményes módon növelik kimutatott óraterhelésüket. A végeredmény: az oktató – a saját szemszögéből egyébként racionálisnak minősíthető – reagálása az infrastruktúra túlterheléséhez, a hallgatói óraszámok növeléséhez, a választható tárgyak és a specializációk, végső soron a szakok túlbúrjánzásához vezet. Ilyen körülmények között végső fokon súlyosan sérül a programok koherenciája, de az oktatás minőségéért való felelősség is.” Lásd Barakonyi: uo. 11. o.

^[38] Burton R. Clark: Creating Entrepreneurial Universities. IAU Press, 1988

^[39] Barakonyi Károly: Egyetemi kormányzás Magyarországon. FTT, Budapest 2007. 3. o.

^[40] Stephen Lay: The Interpretation of the Magna Charta Universitatum and its Principles. Observatory Magna Charta Universitatum – Bologna University Press, Bologna 2004. illetőleg Schlett István: A „felvilágosult ész” esete a felsőoktatással. Kölcsey Intézet, Budapest 2004. továbbá Michael Gibbons: Engagement with the Community: a new basis for university autonomy in a knowledge society. In: Managing University Autonomy. University autonomy and the institutional balancing of teaching and research. Proceedings of the Seminar of the Magna Charta Observatory 15 September 2005. Bononia University Press, Bologna, 2005. 142. o.

^[41] „Európa szellemi tőkéjének mozgósítása: tegyük lehetővé az egyetemek teljes körű hozzájárulását a lisszaboni stratégiához!” COM/2005/0152

- ^[42] Ezzel összhangban lásd: Communication from the Commission to the Council and the European Parliament delivering on the modernisation agenda for universities: Education, Research and innovation. COM (2006) 208. A Jelentés hozzáteszi, hogy „ugyancsak szükséges, hogy az egyetemek felszámolják karokra, tanszékekre, laboratóriumokra és igazgatási egységekre való széttagoltságukat, és erőiket egyesítve a kutatás, tanítás és szolgáltatás intézményi prioritásaira fordítsák. A tagállamoknak kell felépíteni és jutalmazni az egyetemeken belüli irányítási és vezetési kapacitásokat. Ezt megtehetik az egyetemi irányítási és vezetési képzésnek szentelt nemzeti testületek felállításával, amelyek tanulhatnak a már meglévőktől.” A jelentést egyébiránt az európai hallgatói ernyőszervezet, az ESIB élesen kritizálta, elsősorban azért, mert a) aggódott a tagállamok ráfordítási hajlandóságának hiánya miatt; b) a 17 millió európai hallgató véleményét képviselő ESIB nem lett bevonva a tárgyalásokba; c) a Bizottság állásfoglalása önellentmondásokkal terhes; d) a Bizottság állásfoglalásában a munkanélküliség ellen küzdelem és a felsőoktatási szektor fejlesztéséhez stratégia nem volt hozzárendelve.
- ^[43] Paulo Santiago – Karine Tremblay – Ester Basri – Elena Arnal: Tertiary Education for the Knowledge Society. Volume 1: Special Features: Governance, Funding, Quality. OECD 2008. Idézi Barakonyi Károly: Az egyetemirányítás bukdácsoló reformja. In: Bologna „Hungaricum” (szerk. Barakonyi Károly). Új Mandátum Könyvkiadó, Budapest 2009. 175. o.
- ^[44] A növekvő autonómiának természetesen nagyobb felelősséggel kell együtt járnia. Luciano Modica: More Autonomy, More Accountability. In: Managing University Autonomy. University autonomy and the institutional balancing of teaching and research. Proceedings of the Seminar of the Magna Charta Observatory 15 September 2005. Bononia University Press, Bologna, 2005.
- ^[45] Ronald Dworkin: Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution. Oxford University Press 1996. 244-260. o.
- ^[46] Ezzel összhangban áll az „Európai kutatói Charta is, amely a kutatók szabadságát a „szakmai felelősséggel” együttesen értelmezi. Lásd A kutatók európai chartája. http://ec.europa.eu/eracareers/pdf/kina21620b2c_hu.pdf. 11. 0.
- ^[47] Ádám Antal: Alkotmányi értékek és alkotmánybíráskodás. Osiris, Budapest 1998. 9-23. o.
- ^[48] Lásd ezzel összefüggésben Per Nyborg: Institutional autonomy and higher education governance. Implication of the Bologna Process in South East Europe. Council of Europe Conference, Strasbourg 2003. 4. o.
- ^[49] Hrubos Ildikó: A XXI. század egyeteme. 2. o.
- ^[50] Barakonyi Károly: Egyetemi kormányzás Magyarországon. FTT, Budapest 2007. 4. o.
- ^[51] Barakonyi Károly: Egyetemi kormányzás Magyarországon. FTT, Budapest 2007. 6. o.
- ^[52] Burton R. Clark: Creating Entrepreneurial Universities. Organizational Pathways of Transformation. Pergamon Press, Paris 1998
- ^[53] Georg Winckler: The entrepreneurial university. University autonomy in Europe. Paper presented at the conference „Future of University” organised by the Academic Cooperation Association. Vienna, 30 November-2 December 2005. Idézi Hrubos: A XXI. század egyeteme 6. o. „A modell terjedésére és európai relevanciájára utal, hogy tizenöt évvel később az akadémiai értékek legfőbb védelmezője, az intézményi szint képviselője, az Európai Egyetemi Szövetség konferenciái kifejezetten az egyetemek finanszírozásával, a vállalati kapcsolatokkal, a külső források keresésével foglalkoznak, és a vállalkozói egyetem modellt már mint általánosan ajánlott megoldást említik”. Uo. Marginson szerint a hagyományos akadémiai szabadság az állam által ellenőrzött határokon belül, irányítás mentén képzelhető csak el. Simon Marginson: How Free is Higher Education? Higher Education Research and Development 1997. 16. sz. 359–369. o.
- ^[54] A konkrét javaslatok tekintetében lásd Barakonyi Károly: Egyetemi kormányzás Magyarországon. FTT, Budapest 2007
- ^[55] Hasonló gondolatokat vet fel Ladányi Andor is. Ladányi Andor: Az új felsőoktatási... 534. o. A kancellári modell története lásd Jürgen Heß: Die Geschichte des Universitätskanzlers im Spannungsfeld zwischen Staatsaufsicht und Hochschulautonomie. Wissenschaftsrecht 33. köt. 2000. 332-342. o., jelenkori szerepe tekintetében Maximilian Wallerath: Der Universitätskanzler in der Hochschulleitung. Wissenschaftsrecht 37. köt. 2004. 203-223. o.
- ^[56] Barakonyi Károly: Egyetemi kormányzás Magyarországon. FTT, Budapest 2007. 16. o.
- ^[57] 41/2005. (X. 27.) AB határozat
- ^[58] Rudolf Smend: Das Recht auf freie Meinungsäußerung. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. 4. sz. 1928. 44. o. illetőleg Ernst-Joachim Meusel: Grundprobleme des Rechts der außeruniversitären „staatlichen” Forschung. Darmstadt 1982
- ^[59] Erre példaként hozható fel, hogy a korábban szinte szentként tisztelt „kar” fogalmát az Ftv. már nem részesíti különös védelemben, azok egyes intézményekben tapasztalható dominanciája történelmi körülményekre, illetőleg helyi sajátosságokra vezethető vissza. Erre utal a BVerfGE 35, 79/116. is.
- ^[60] Ádám Antal: A magyar Alkotmányból hiányzó alapértékekről. Közjogi Szemle 2009. 1. sz. 2. o.
- ^[61] Wolfgang Hasenclever – Andreas Trepte: Koordinierte Autonomie? Wissenschaftsrecht – Wissenschaftsverwaltung – Wissenschaftsförderung. Mohr Siebeck, Tübingen 1993. 96-110. o.

^[62] Vö. Kay Hailbronner: Die Freiheit der Forschung und Lehre als Funktionsgrundrecht. Hansischer Gildenverlag Heitmann, Hamburg 1979, valamint Dieter Lorenz: Wissenschaft zwischen Hochschulautonomie und Staatsintervention. Juristischenzeitung 1981. 113. o.

^[63] 1310/D/1990. AB határozat

^[64] Schmidt Péter alkotmánybíró különvéleménye a 1310/D/1990. AB határozathoz.

^[65] Michael Foucault: Il faut défendre la société. Hautes Études, Gallimard Seuil. Cours au Collège de France 1976. Idézi Kucsera Tamás Gergely: Az országos felsőoktatási hallgatói képviselő és a magyarországi hallgatói önkormányzati modell fejlődéstörténete 1988-2008. Doktori értekezés, kézirat, Pécs 2010

^[66] Erre utal BVerfGE 35. 79/121. Megjegyzendő, hogy a német felsőoktatási intézményekben a költségvetési és pénzügyi kérdések nem tartoznak a tudomány autonómiájának körébe. A német felsőoktatási intézmények klasszikus pénzügyi autonómiával nem rendelkeznek, csupán költségvetésükre vonatkozóan tehetnek javaslatot. Ezzel összefüggésben lásd Wolfgang Zeh: Finanzverfassung und Autonomie der Hochschule Duncker & Humblot, Berlin 1973. illetőleg Otto Kimminich: Wissenschaft. In: Ingo von Münch (szerk.): Besonderes Verwaltungsrecht. Walter de Gruyter, Berlin & New York 1988. 835. o. továbbá The University within the research System: An international comparison; Science and society, Constitutional problems, the national experiences (szerk. Andrea Orsi Battaglini – Fabio Roversi Monaco). Nomos, Baden-Baden 1991

Kovács Anna: Bangó Jenő: A belga-szindróma^[*]

A Gondolat kiadó jelentette meg *Bangó Jenő, a Belga szindróma* című könyvét. A szerző korábban megjelent publikációi (pl.: *Országdarabolás Európában*) ill. könyve, (*A vallon kakas és flamand oroszlán között. Belgium német nyelvű közössége, 2007*) mind a témában való mélyreható kutatását és jártasságát fémjelzik. A mű megalapozottágának és a szerző akár belgákat is meghazudtoló naprakészségének bizonyítékeként elengedhetetlen megemlíteni néhány releváns életrajzi vonatkozást:

Bangó Jenő 1934-es szombathelyi születése ellenére ma belga állampolgár. Szociológiából diplomát a leuveni egyetemen szerzett, ahol doktorált is. Tanári funkciót töltött be Svájcban, Bankwagában a Kongói Köztársaságban, Düsseldorfban illetve az Aacheni Technikai egyetemen és Katolikus szakfőiskolán. Kutatómunkát végzett Liège-ben a Provinciális Iparfejlesztő Társaságnál. Színes életrajza nagy élettapasztalatról tesz tanúbizonyságot, mely hozzásegítette ahhoz, hogy magyarként, a belgáknak is példamutató módom igazodjék az általa csak „belga labirintusnak” nevezett, belga valóság útvesztőiben. A könyv tehát, melyet kezében tart az olvasó e labirintus megfejtéséül szolgál, reménytelennek tűnő ösvényeit próbálja megvilágítani, tisztázván Nyugat-Európa egyik kicsiny, de annál kardinálisabb jelentőségű államának szintén kardinális problémáit. A bizonyos belga labirintus útvesztőiként említhető a szerző által alaposan körüljárt belga föderális állam államszervezete, a föderális államot alkotó régiók, ezek egymáshoz való viszonya, illetve a vallon kakas és flamand oroszlán ellentéte, továbbá ide sorolható nem utolsó sorban az előzőek esetleges következményeként a belga szétválás, annak hátrányaival, illetve az együttélés és annak nehézségei, állandó viszályai. Ezen szignifikáns kérdések körüljárása tekintetében a teljességre törekvés végig megfigyelhető a mű folyamán. A könyv központi témájának lényegretörő megragadása mégis talán az író metaforájával történhet legautentikusabban:

„Könyvem, témáját tekintve egy társadalmi, politikai napló egy nem kívánt terhességről, ahol a megszületett gyermek életképessége kérdéses ”

Olvasmányos stílusa folytán bátran ajánlom a könyvet minden érdeklődő európai állampolgárnak, hiszen Belgium helyzete nemcsak a flamandokat, vallonokat és

a német nyelvű közösséget érinti kizárólagosan, hanem Brüsszelen, mint az egyesült Európa multikulturális fővárosán keresztül az egész Európai unió érintett lehet. Szerkezeti szempontból logikusan tagolódnak a mű fejezetekre, melyek behatóan vizsgálják a fent említett kérdéseket.

A rendszeresség és következetesség elvét betartva a szerző gondolatmenetét betartva kívánok haladni, kezdve a föderális belga királyság államalkotó tagjainak leírásával, melyek a mai „belga betegség” kiváltói és egyben elszenvedői is:

Német belgák: A szerző a laikus számára is jól érthető módon tisztázza a különféle nemzetiségeket az első pár fejezetben, kezdve a 0.7% -os német nyelvű belgákkal. Történelmi helyzetük alakulását alapos gondossággal kíséri végig, mely alapján levonja a mindenki számára egyértelműen körvonalazódó következtetést, miszerint Kelet – Belgium az idők során a környező nagyhatalmak játéklabdája volt. A magyar párhuzam megvonása e tekintetben a magyar olvasó számára a helyzet könnyebb átértékelését hivatott elősegíteni. A mű folyamán gyakran bukkannak fel magyar vonatkozások, párhuzamok, integrálván a szerző nagy elméleti és gyakorlati tapasztalatait két hazája tekintetében. Ezen magyar vonatkozások jelentőségére maga a szerző is felhívja a figyelmet a bevezetésben. Visszatérve a belgiumi német közösségre, a tárgyilagosan közölt adatokból megtudhatjuk, hogy fővárosa Eupen, az összlakosság pedig mindössze 74 665 fő és 1919-ben csatolták Belgiumhoz Németországtól. A szerző nem győzi hangsúlyozni az egyébként tényleg egyedülálló helyzetet:

„Nincs a világon még egy ország, mely megengedné magának azt a luxust, hogy lakossága 0.7% -ának ilyen fokú autonómiát biztosítson ”

Alapos elemzés után megtudjuk, hogy az „ilyen fokú autonómia” mit is takar pontosan: van külön parlamentjük, kormányuk, bíróságuk, de nincs külön nevük és himnuszuk sem. Érdekességképpen említi a szerző azt a tényt, ami egyébként a kis lakosságszámból és az autonómia működtetéséhez szükséges tisztviselők számának arányából adódik: a miniszterekkel legjobban ellátott régió, mert minden 17 000 német belga egy minisztert tudhat magáénak. A többi „belga nemzetiséghez” való viszonyuk alapján az író egyértelműen kijelenti, hogy az eupeniek autonómia óhaja nem terjed ki az állampolgárságuk megváltoztatására. Lambertz miniszterelnök ugyanakkor kijelenti:

„Ha Belgium eltűnne, akkor nagyon szerencsétlenek lennénk egy darabig, de nem fogunk elkeseredni, akkor kezünkbe vesszük sorsunkat ”

Vagyis, mint kiderül a nyilatkozatból, a német belgák jól láthatóan nem kifejezetten szorgalmazzák a szétválást, de ha már egyszer esetlegesen megtörténne, igyekezni fognak a legjobban hasznukra fordítani a tőlük függetlenül előállt helyzetet.

Vallonok: Szintén élethűen, „bennfentesen” festi le az író a vallon életmódot, a vallon polgárt illetve a vallon valóságot. A fejezet azt az érzetet kelti, hogy bár magyar a szerző, mégis mintha a vallon társadalom részeseként írná sorait. E bennfentesség jegyében itt is rábukkanhatunk egy érdekességre, miszerint a vallon politikusok flamand szemmel már-már egészségtelen vígkedélyűsége lehetlenné teszi a velük való érdemi, komoly tárgyalást.

Történelmüket tekintve külön kiemeli az író, hogy gazdaságuk 200 évvel ezelőtt a szénre, a fekete aranyra épült és virágzott, szemben az akkoriban gyengélkedő flamand gazdasággal. A mai helyzet éppen fordított, köszönhetően a flamand autópárnak. A flamandok ezen jelen gazdasági eltolódás végett zsörtölődnek, hivatkozván arra, hogy ők tartják el a vallonokat. A szétválás tekintetében a szerző a közvéleménykutatás eredményeire támaszkodva állítja, hogy a vallonok 60 % -a örömmel fogadná csatlakozásukat Franciaországhoz. A két országot (mármint Belgiumot és Franciaországot) a kulturális és adminisztratív haza fogalmával jellemzi a vallonok szempontjából. Vallónia és Franciaország jellegzetességei ugyanazok, melyeket az olvasó is konstatálhat a vallon életmód és szemléletmód bemutatása alapján. Ezek alapján joggal vetődik fel a kérdés, hogy az imént említett kulturális és adminisztratív haza miért válik el egymástól.

Ezen kérdéssel felvetés szükségességét indokolja néhány, az író által felvetett ténymegállapítás is, miszerint számtalan vallon vállalkozás van már francia kézben, illetve a franciák 50% -a szívesen venné Vallónia csatlakozását. Kérdéses azonban, hogy a vallonok mennyire tudnák megemészteni „luxus autonómiájuk” betagozását a Francia Köztársaságba. A vallon kérdést nyitva hagyja a szerző, de annyit előre bocsát, hogy a multikulturalizmust továbbra is vállalniuk kell, ideértve a toleranciát és az emberi jogok védelmét is. A multikulturalizmus a világban számos helyen jelen volt már és van is, ahogy láthatjuk ezt író által felhozott példa, Ausztrália vagy Kanada esetében. Az író mintegy sugallja „vallonjainak”: ha nekik ment, nektek is menni fog! Vallon szimpátiáját a fejezetvégi, valószínűleg flamand honfitársaknak címzett Schiller idézettel nyomatékosítja:

„Becsüljétek meg, ez egy vallon!”

Flamandok: történelmüket és életmódjukat tekintve nem olyan bőbeszédű az író, mint amilyen a vallonok tekintetében volt. A fejezetben igyekeznek eloszlatni a jó kormányzás illetve a flamand gazdasági csoda mítoszát. Előbbi ellen szól, mégpedig igen jelentős akadályként a felduzzasztott állami apparátus, utóbbi ellen pedig az, hogy a csoda jelzőt a gazdaság csak a vallon gazdasághoz képest érdemelte ki. Mindezek tekintetében a fejezet végén világosan kiolvasható a szerző vallonok iránti aggodalma:

„A többség zsarnoksága a demokrácia legnagyobb veszélye lett. A flamand többség gazdasági ereje tudatában kizsákmányolhatja a francia-vallon kisebbséget.”

A demokrácia természetesen a hatalomból ill. politikából való egyenlő részesedést jelenti, de ez ilyenformán sajnos sehol nem valósult meg. Az éppen gazdaságilag jobban pozícionált fél nyilvánvalóan jobban tudja érdekeit érvényesíteni és meg is teszi azt. Nyilvánvalóan a szóbanforgó érdekek érvényesítését nem áldozná fel senki a demokrácia eszméjének oltárán. A vallonok sem tennék, és valószínűleg nem is tették, amikor gazdasági hatalommá lettek a szénnek köszönhetően 200 évvel ezelőtt, szemben a gyöngye Flandriával.

Brüsszel: Európa multikulturális fővárosának a szerző külön fejezetet szentel. A flamand-vallon vitának érzékeny pontját képezi a város hovatartozása. A szerző a fejezet során több megközelítésben is bizonyítani próbálja, hogy Brüsszel csak és kizárólag történelmileg flamand:

- a flamandok demográfiai súlya alig éri el a 10-15% -ot, ennek ellenére utal arra, hogy a „flamand agresszivitás” jegyében a döntéshozók úgy viselkednek, mintha a flamandok legalább 3 millióan lennének. A flamand képviselők számát önkényesen állapították meg a parlamentben, ami azóta is tabu.

- Ezt a „flamandizmust” ellensúlyozván azonban, a francia nyelv, mondhatni uralkodik a városban. A nyelvi győzelmet jól lefesti, hogy a flamandok többsége beszél franciául, a vallon viszont akkor sem szólal meg flamandul, ha éppen tud valamennyire.

Az író szemrehányóan jegyzi meg, hogy a flamandok nem hajlandók tudomást venni ezen realitásokról, csupán gyermeki álmaikat dédelgetik, hogy Brüsszel visszakerül a flamand régióhoz. Az író csatlakozván a francia többséghez tiltakozik ez ellen, hisz meg kell maradni a realitások talaján. Abszurdum lenne, hogy a francia nyelvű többségből kisebbséget csináljon 10 százaléknyi flamand.

Félretéve viszont az olykor fájdalmas és bosszantó realitásokat, emocionális oldalról közelítve a „város-visszafoglaló” óhajt is átérezhetjük, főleg mi magyarok, hiszen határon kívüli történelmi városaink magyar lakosság száma a „realitásnak” megfelelő százalékarányt valószínűleg már szintén nem éri el, vagy ha el is érné, akadnának más, e sokat emlegetett realitás egyéb különböző kritériumaiba ütköző akadályozó körülmények. A kérdés igazságos eldöntése lehetetlen és mivel a politikának és a történelemnek nem szükségszerű eleme az igazságosság, egyszerűbb is az ilyen kétes tartalmú, viszonylagos fogalmakat félretenni. Visszatérvén Brüsszelre, joggal emlegetik azt Európa Jeruzsálemeként.

A fent tárgyalt kérdések kielemezése után, sorra véve a Belgiumot alkotó elemeket, melyeket a Bangó Jenő által lefestett kép alapján felfoghatunk akár úgy is, mint a Belgiumot széthúzó erőket, tömören levonhatjuk a következtést, amit az író a szánkba ad:

„Belgium egy állam, anélkül, hogy nemzet volna, mesterséges alakulat, amit mindenki tud, még ha nem is beszélnek róla. Kierőszakolt házasság gyümölcse, ahol a házasfelek kezdettől fogva tudták, hogy nem élhetnek együtt és közeleg az elválás órája.”

A megfogalmazás talán kicsit éles és drámai, melyet jól ellensúlyoz az a megnyugtató tény, hogy a megközelítőleg 180 éves ellentét fennállása ellenére eddig még nem nyúltak fegyverhez és a szembenállás nem torkollott vérengzésbe úgy, ahogy az Európa más népei esetében történt.

Összefoglalván tehát, a könyv *három logikai egységre* bontható. *Első részéből* megtudhatjuk hogyan épül fel a Belga királyság, az író azt elemeiben vizsgálja. *Az ezt követő gondolati egységben* viszont a szerző az egész Belga királyságot, mint egységet illetve a politikai életét taglalja különböző aspektusokból, a *harmadik gondolati egység* pedig az állam esetleges felbomlását, annak forgatókönyveit ill. a felbomlás vonzatait tárgyalja. Az első részletesebb elemzésére véleményem szerint azért volt szükség, mert enélkül a második kettő aligha érthető meg. A harmadik ez első alapján felvázolt helyzetre vonatkozó következtetéslevonás, találgatás a jövőre nézve.

A másodikra a teljesség igénye nélkül csak a főbb gondolatok erejéig térnék ki:

- Más államokkal való összehasonlítás után az író egyértelműen leszögezi, hogy Belgium az utolsó nyugat – európai katolikus királyság. Szemben Hollandiával, a király uralkodik, de nem kormányoz, a belgák pedig nem alattvalói, hanem

honfitársai. A különböző régiók véleménye természetesen eltér e kérdésben is, a flamandok nagyrészt támogatják a királyság intézményét, a vallonok kevésbé, a legkirályhűbbek a német belgák. (ebben talán az is közrejátszik, hogy a királyi család egy német eredetű hercegi család) Abban a kérdésben viszont mindenki egyetért, hogy a királyi család „eltartása” rendkívül sok pénzt emészt fel.

-A provinciák és a szenátus kérdése, illetve föderáció, konföderáció kérdésköre szintén alapos vizsgálatnak van alávetve. A fejezetekből kiderül, hogy Belgiumnak már amúgy is túlduzzasztott adminisztrációs rendszere van, a kicsiny országhoz képest sok szálon (talán túl sok szálon) intézik az ország ügyeit. Azzal foglalkoznak, hogy alakítsanak-e provinciákat vagy ne, alakítsák-e a föderációt rendkívül sok plusszköltséggel konföderációvá vagy ne. Cselekvésre nem igazán szánják el magukat, amint az elmúlt 180 év is mutatja, pusztán jóízűen vitatkoznak. Mindez az olvasóban olyan érzést kelt, mintha kissé mesterségesen generált problémák nyomán a belga nemzedékek lételeme lenne ez a folytonos elégedetlenség saját helyzetükkel szemben és komolyabb elszántság nélkül pusztán fölös energiájukat kívánnák ekképp levezetni.

„Jobb vitatkozva együtt élni, mint gyűlölködve szétválni”

Vitatkozási kedvüket támasztja alá az író által tett azon ténymegállapítás is, miszerint Belgium a pártokrácia hazája. A kormány ülészeit és döntését megelőzi a pártelnökök ülése és döntéshozatala. Nincs nagy belga nemzeti párt és az egyes nagy politikai családok tovább osztódnak flamand, vallon, német pártokra, minden közös struktúra nélkül. Nemcsak a pártok száma túl sok, de a választások száma is meghaladja a normális kereteket. Idézőjelesen akár azt a következtetést is levonhatjuk, hogy a belgák igyekeznek biztosítani maguknak saját életük megfelelő bonyolultságát, egész nagy sikerrel. Technikai szempontból annyi megjegyezhető, hogy ez a rész a laikus olvasó számára talán nehezebben érthető, mint az előző, mert a különféle pártok, politikusok, valamint főbb célkitűzéseik felsorolásából arra következtethetünk, hogy az író e tekintetben arra épít, hogy az olvasó többé-kevésbé tisztában van a belga napi politika szereplőivel, főbb kérdéseivel.

Az utolsó gondolati egységet a belga vízió kibontakoztatásaként jellemezhetnénk legtömörebben. Az író levonja a lehetséges következtetéseket az addig kifejtettek alapján, mintegy lezárván addigi fejtegetéseit. Elemzéseiből egyértelműen kiderül, hogy fő válóoknak a flamand-vallon kérdést tartja, a 0.7%-os német nyelvű közösség itt nem nyom sokat a latba. A flamandok nagy része

szívesen megszabadulna a gyengébb gazdaságú visszahúzó erőtlől, Vallóniától. A szétválás ugyanakkor komplikált és rendkívül költséges. A kérdést tovább bonyolítja Brüsszel hovatarozása, ahol külső szereplőként lép be az Európai unió, még több ismeretlenessé varázsolván az amúgy sem egyszerű helyzetet, hiszen a város sorsa nemzetközi jelentősége révén nem tekinthető kizárólag belga magánügynek. Mindezek mentén akarva, akaratlanul is eljut a szerző az országdarabolásig, amely tekintetében több opciót tár elénk olyan magától értetődő és könnyed tárgyilagossággal, hogy már-már kedvünk támadna azonnal hozzálátni Belgium darabolásához. Véleményem szerint a belga tagoknak már a feldarabolás tényében való megegyezésig is rendkívül nehézkes lenne eljutni, nemhogy egybehangzóan kiválasztani valamelyik forgatókönyvet a sok közül. Azt a kérdést tehát, hogy lesz e szükség egyáltalán valamelyik forgatókönyvre és ha igen, akkor melyikre, az író nyitva hagyja, de egyet bizton állít: fegyveres konfliktus nem fog a helyzetből kinőni. Így legalább azt az egyet megtudjuk, hogy mire nem fog sor kerülni. Személyes véleménye vagy inkább reménye végigfut a mű során, mely szerint minden fejtegetése ellenére Belgium nem fog feldarabolódni, királyság marad, de más formában lesz jelen Európában. Nem kívánja Belgium feloszlását, melyet a szóbanforgó helyzet kissé kesernyés, csalódott konstatálása tükröz:

„az európai egyesülés bajnokából a belsőszétválás szócsöve lett...”

A mű nem kíván megoldással szolgálni a Belga szindrómára, a könyv nem egy százegyedik belga darabolási vagy „nem darabolási” kísérlet, pusztán egy felülnézeti helyzetképet nyújt Európa egy jelentős államának realitásairól. A korábban említett belga labirintus útvesztőit vázolja fel tehát, és emeli az olvasót ezek fölé, segítvén abban, hogy el ne tévedjen, de a helyes út kiválasztásában nem kíván befolyásolni. A könyv tehát, napló. Az író szavaival élve társadalmi és politikai napló. Ténymegállapítások sorozata szociológiai és politikai helyzetet illetően. Objektíven mutatja be a belga szindrómát, de azért személyes véleményét helyenként elcsíphetjük a sorok között.

[*] Budapest: Gondolat Kiadó, 2009.

Molnár András
**Dennis J. Goldford: The American Constitution and the Debate
over Originalism* c. könyvéről**

Az originalista alkotmányértelmezés megjelenése az 1950-es-60-as évek alapjogi aktivizmusára adott reakció volt; hirdetői az amerikai Legfelsőbb Bíróság alapjog-kiterjesztő gyakorlatával szemben az alkotmányszöveg eredeti jelentését tekintették az alkotmánybíráskodás egyetlen hiteles forrásának. Az irányzat csillaga ma már leáldozóban van, ám képviselői között megtalálhatni még az 1986-ban, Reagan elnök által a Legfelsőbb Bíróságra kinevezett Antonin Scaliát, valamint Robert H. Borkot, akinek ugyanazon elnök általi jelölése 1987-ben bukott meg részben a sajtó vehemens ellenállása nyomán.

Dennis J. Goldford, a Drake University oktatója 2005-ös munkájában ezen irányzat központi téziseit veszi górcső alá. A szerző nem a szó szoros értelmében vett jogtudományi elemzést végez. Fő megállapítása szerint hibás az originalizmus központi tételéből fakadó előfeltevés, miszerint elkülöníthető az alkotmányszöveg XVIII. (az alkotmányozók, illetve az alkotmány ratifikálói által meghatározott) és XXI. századi (a kor jogértelmezői által meghatározott) értelme, helyette csak annyit jelenthetünk ki, hogy a korunk jogértelmezője által a XVIII. századi alkotmányozóknak, ratifikálóknak tulajdonított, valamint a korunk jogértelmezőjétől eredő alkotmányértelmezésről beszélhetünk, emellett az originalizmus tulajdonképpen nem felel meg az önmaga által támasztott demokratizmus-, illetve objektivitáskövetelményeknek. Ezen túlmenően az originalizmus nem alkalmas az alkotmányszöveg kötelező ereje okainak alátámasztására sem.

A bevezetőt leszámítva a könyv tíz fejezetből áll. Az első fejezet (*The Politics of Originalism*) az originalista tanok politikai aspektusait firtatja. A szerző – nem meglepő módon – az 1960-as esztendőkkal kezdi fejtegetéseit, utalva az ez idő tájt végbement forradalmi változásokra a közéletben, majd a rákövetkező évtizedek konzervatív „ellenforradalmára.” Az alkotmányjog nyelvén e fejlemények az állam cselekvési szabadságában tükröződtek. Az alapjogokat szélesítő ítéleteket a konzervatív kritikusok „politikai ítéleteknek” bélyegezték, és az ebbe az irányba húzó joggyakorlat helyébe az alkotmány „eredeti jelentéséhez” hű alkotmányértelmezési módszert preferálták. Ez a módszer „originalizmus” néven vált ismertté. A szélesebb közönség előtt e felfogás először Edwin Meese szövetségi főügyész és William Brennan, a Legfelsőbb Bíróság bírāja közötti vita során mutatkozott meg.

Mindezek ismeretében óhatatlanul felmerül a kérdés: vajon az originalizmus szükségképpen egyfajta politikai értelmezési mód, mely mindig az azt felkaroló ideológiai tábornak kedvező döntéshez vezet? Goldford válasza: nem. Álláspontja

indoklását azzal kezdi, hogy megkísérli behatárolni a „konzervatív” és a „liberális” szavak jelentéstartományát. E vállalkozás nehézségét jelzi azzal, hogy rámutat: a kifejezések több módon is kitölthetők tartalommal. A „konzervatív” jelzővel illelhetjük a többségi uralom korlátozására törekvő – ez a XVIII. századi értelmezés –, a szabadságjogok szűkítő felfogását és a magánélet szabályozásának szélesebb körű megengedését valló, vagy éppen a gazdasági életbe való beavatkozást hevesen ellenző személyt, míg ezzel szemben a „liberális” szóval egyaránt utalhatunk a többségi uralom kiterjesztését pártoló – amennyiben a XVIII. századi kontextust tartjuk szem előtt –, a szabadságjogok körének bővítéséért és a magánszféra, az individuum fokozottabb védelméért síkra szálló, valamint a gazdasági élet megregulázását inkább elnéző egyénekre.

E definíciók rögzítése után Goldford a Hugo L. Black bíró nevével fémjelzett inkorporációs doktrínát hozza fel nemleges válaszának alátámasztásaként. Hugo Blacket 1937-ben jelölte a Legfelsőbb Bíróságra, és közel harminc évig teljesített szolgálatot országának legfőbb bírói fórumán. Az inkorporációs tan a Bill of Rights és a tizennegyedik alkotmánykiegészítés köré épül. Lényege annyi, hogy a tizennegyedik alkotmánykiegészítésben található „szabadság” (*liberty*) fogalmának tulajdonképpen magában kell foglalnia a teljes Bill of Rights-ot, pontosabban az alapjogokat tételesen felsoroló első nyolc kiegészítést. Ezzel a Bill of Rights alkotmányos garanciái – melyek csak a szövetségi jogalkotó, a Kongresszus kezét kötik meg – alkalmazhatók a tagállami törvényhozók túlkapásai ellen is. Az elképzelés sohasem nyert komoly támogatást a Legfelsőbb Bíróságon, voltaképpen egyedül Black képviselte következetesen. Relevanciáját az adja, hogy Black az alkotmány szerzőinek akaratára hivatkozott érvelésében. Úgy vélte, elképzelésével anélkül terjeszthetők ki az alkotmányos garanciák, hogy homályos természetjogi okfejtésekhez kellene folyamodni. Goldford számára ezen állásfoglalás annak példája, hogy originalista típusú érvelés is vezethet „liberális” – a jelen esetben: alapjog-kiterjesztő – eredményhez. Az 1965-ös *Griswold v. Connecticut*-ítéletben aztán Black a „konzervatív” eredmény mellett száll síkra, ám addig több olyan ítélettel találkozhatunk, amelyben Black döntése „liberálisnak” nevezhető.

A második fejezet (*The Concept of a Living Constitution*) az „élő alkotmány” elméletét és annak az originalizmussal való szembenállását vizsgálja. Az élő alkotmány gondolata tulajdonképpen akár Thomas Jeffersonig visszavezethető, aki James Madisonnal folytatott vitájában amellet érvelt, hogy a tartalmilag merev, minden további generációt ugyanolyan módon kötelező alkotmány helyett az volna az ideális, ha minden generáció „újraírná” magának az alkotmányt, azaz saját korához igazítaná rendelkezéseinek értelmét. A szakmai életben a madisoni felfogás győzedelmeskedett, ám Jefferson elképzelései új löketet kaptak a XX. század derekán, amikor a Warren-bíróság tevékenysége nyomán számos teoretikus az alkotmányos (elsősorban alapjogi) rendelkezések frissítésében látta a bíróságok szerepét, sőt, egyesek szerint a bíróságok legitim módon hoznak

alapjog-kiterjesztő „progresszív” döntéseket, amennyiben a Kongresszus tétovázik a szóban forgó alapjogok biztosításával.

Az originalizmus és az élő alkotmány elméleti szembenállásánál két véglet mutatható ki. Az egyik véglet egy merev alkotmány, amely bizonyos idő elteltével avíttá válik, és nem képes hatékony szabályozási alapokat nyújtani korának problémáira. A másik véglet a túlon túl rugalmas alkotmány, ebben az esetben annak veszélye áll fenn, hogy a gyakori változtatások aláássák a rendelkezések kötelező erejét, hiszen ugyanaz a rendelkezés az egyik pillanatban homlokegyenest mást jelenthet, mint a másikban. Ennek alapján az élő alkotmány elmélete – originalista vitapartnereik szemében – tulajdonképpen önellentmondásnak tekinthető. Goldford cáfolja ezt a megállapítást, ám nem egyik vagy másik oldal mellett foglal állást, hanem azokat meghaladva rámutat, hogy az originalisták implicit módon megkülönböztetik a szöveg jelentésének (*meaning*) és értelmezésének (*understanding*) fogalmát, amely fölött az élő alkotmány teoretikusai gyakran elsiklanak – és persze az utóbbi mellett foglalnak állást, egész pontosan annak az alapításkori változata mellett. Az alkotmányt elkerülhetetlenül a korhoz kell igazítani, különben az első végletbe esünk, a kötelező erő problémája pedig úgy oldható fel, ha elkülönítjük az alkotmány és az alkotmány értelmezésének kötelező erejét, és az előbbinek erősebb kötőerőt tulajdonítunk.

A harmadik fejezetben (*Interpretivism and Originalism*) két elméleti vita kerül bemutatásra. A szerző által „interpretivizmusnak” (*interpretivism*), illetve „non-interpretivizmusnak” (*noninterpretivism*) nevezett irányzatok központi kérdése az, hogy egy jogi rendelkezés alkotmányellenességének megállapítása során a bírók csak az alkotmány szövegében – explicit vagy implicit módon – megtalálható normákhoz folyamodhatnak-e, avagy „külső” normákhoz, az igazságosság átfogó alapelveihez is. Az originalizmus és a „nonoriginalizmus” (*nonoriginalism*) szembenállása azon a kérdésem alapul, hogy a bírók csak az alkotmányszöveg szerzői, illetve ratifikálói által szem előtt tartott értelem alapján alkalmazhatják-e az alaptörvényt, avagy a jelenkori értelem alapján. A teoretikusok hajlamosak azonosként felfogni a két vitát. Velük szemben Goldford a kettő elválaszthatósága mellett érvel. Az egyes irányzatokon belüli eltérő pozíciók ismertetését követően arra a végkövetkeztetésre jut, hogy az interpretivizmus-vita a klasszikus természetjog-jogpozitivizmus szembenállás modern megfelelője, ezzel szemben az originalizmus-vita a tételes jog keretein belül maradó értelmezési lehetőségekre vonatkozik.

A negyedik fejezet (*The Paradox of Originalism*) az originalizmus mellett szóló leggyakoribb érvek bemutatásával kezdődik. Ezek két kategóriába sorolhatók. A jelentésem alapuló (*literary*) érvek alappremisszája a következő: a szöveg sem többet, sem kevesebbet nem rejt magában, mint a szerző szándékát. A politikai (*political*) érvek kategóriájának három leggyakoribb érve a következő.

1. A bíraskodást a „jog, nem az emberek uralmának” kell áthatnia; a szerzők és ratifikálók szándéka, illetve a bírók személyes véleménye közül – ha a jog semlegessége jelent számunkra valamit – az előbbit kell választanunk.

2. Az alkotmányos hatalommegosztás csak a szerzők, ratifikálók szándékát szem előtt tartó bírói önmegtartóztatással őrizhető meg.

3. Az alkotmányozók rendelkeztek demokratikus legitimitációval arra, hogy a későbbi kormányzati döntéshozókat kötelezzék, ugyanez nem mondható el a kijelölés (és nem választás) útján hivatalt nyerő bíróról. Az originalizmus tehát demokratikus, a bírók eredeti értelemtől való eltávolodása nem.

Ez utóbbi érvre reagál Goldford, amikor rámutat, hogy voltaképpen a jelenkor többség viselkedésének a múltbeli többség által való korlátozása szintén antidemokratikus. Vagyis a többségi demokrácia elvét hirdető originalisták maguk is az antidemokratizmus csapdájába estek – Goldford ezt az ellentmondást nevezi az originalizmus paradoxonának.

Az alkotmány Goldford érvelése szerint nem tisztán demokratikus (többséguralmi) dokumentum, mert bizonyos eljárások tekintetében a múltbeli többség megköti a jelenkori többséget. A beleegyezés elve választ adhatna erre a kérdésre, ez azonban megint csak nem kielégítő: az originalisták ugyanis a beleegyezést egy konkrét történelmi pillanathoz kötik, míg a demokráciaelv azt követelné meg, hogy az folyamatosan fennálljon. Az ellentmondás egy másik síkon is kimutatható: Goldford meglátása szerint az originalisták egyszerre alátámasztják és elvetik a nyelv kötelező erejét. Egyfelől ugyanis azt tartják, hogy az alkotmány nyelvezetének egy meghatározott korhoz kötött értelme képes strukturálni az emberek életét (amennyiben meghatározza az államberendezkedés alapjait). Másfelől azonban ez a konkrét (alapításkori) értelem csak egy a későbbi korok kontextusában születő egyéb értelmezési lehetőségeknek, és kötelező erejét tulajdonképpen nem támasztja alá az originalisták demokráciaérve.

Az ötödik fejezetben (*The Problem of Objectivity*) a szerző az originalizmus objektivitás-igényét járja körbe. Az originalisták egyik fő érve nézeteik elfogadtatása mellett az, hogy módszerük objektív módon segít meghatározni az alkotmány passzusainak értelmét (szemben az élő alkotmány híveinek szubjektív értelmezésével). Az ebben rejülő problémák felvázolását Goldford azzal kezdi, hogy rámutat: az originalizmus értelmezéseméleti alapját a szövegértelmezés pozitivistá elmélete adja, mely szerint az írott szöveg értelmezésénél a szerzőre kell elsődlegesen koncentrálni. Ha ehhez hozzáadjuk Goldford korábbi megállapítását, vagyis azt, hogy az originalista felfogás mögött kimutatható az előfeltevés, miszerint a szöveg maga és annak értelmezése elkülöníthető egymástól, akkor láthatjuk, hogy a szerző értelmezésének preferálásával csupán egy lehetséges értelmezést helyezünk előnybe a többivel szemben. Ez az amerikai alkotmány megalkotóira és ratifikálóira is vonatkozik. Ám ha egyszer a szöveg „elvált” a szerzőjétől, annak nincs „különös hozzáférése” a szöveghez: ő maga is csak egy olvasóvá válik a sok közül.

További problémát jelent az eredeti szándék és az eredeti jelentés megkülönböztetése. Az előbbi középpontba helyező irányzat a „kemény” originalizmus (*hard originalism*), az utóbbit középpontba helyező a „puha” originalizmus (*soft originalism*). Goldford e két felfogást Robert Bork nézeteit elemezve ismerteti, rámutatva, hogy Bork idővel a kemény originalizmusról átállt a puhára, vagyis későbbi munkásságában azt tartja mérvadónak, hogy az adott rendelkezés megalkotásakor az adott társadalmi kontextusban milyen jelentéssel bírtak az adott szavak.

A hatodik fejezet (*The Epistemology of Constitutional Discourse I/1*) központjában az alkotmányozók eredeti szándékának megismerhetősége áll. Goldford episztemológiai szempontból kritizálja az originalizmus mögöttes premisszáját, miszerint a szöveg és annak értelme valami külsődlegesen adott dolog, melyet objektív módon feltárhatunk. Szerinte ez a tétel tarthatatlan, hiszen az értelmezés folyamata során mi magunk vagyunk azok, akik „megteremtjük” az alkotmányozók szándékát, pontosabban az arról alkotott felfogást, legyen az az „alkotmányozók eredeti szándéka”, avagy bármi egyéb. Ezt az érvet „értelmezési fordulatnak” (*interpretive turn*) nevezi, mivel alkalmazása révén az objektivitás alapja (az alkotmányozók szándéka) „kívülről” „belülre” kerül, vagyis az értelemadás folyamatának részévé válik. Ez abból következik, hogy nincs, ami behatárolhatná az alkotmányozók szándékáról alkotott felfogásunkat. Ily módon nem a saját alkotmányértelmezésünk és az alkotmányozóké között húzhatunk választóvonalat, hanem a saját alkotmányértelmezésünk és a saját, az alkotmányozók értelmezéséről alkotott értelmezésünk között. Ez az eltérés pedig fokozati jellegű (mivel bármilyen következtetés szükségképpen értelmezés eredménye), szemben az originalizmus pozitivista alapjával, ahol minőségi különbség húzódik a „világos”, illetve a „nem világos” (másképp: „értelmezésre nem szoruló”, illetve „értelmezésre szoruló”) szöveg között.

A hetedik fejezetben (*The Epistemology of Constitutional Discourse II/1*) a szerző Keith Whittington originalizmussal kapcsolatos nézeteit veszi behatóbb elemzés és kritika alá. A fejezet tulajdonképpen a Whittington által felvetett kérdést („Az alkotmányértelmezés valóban megköveteli az originalizmust?”) és az arra adott választ („Igen.”) járja körbe, és végül ellentétes válasszal zárul. Whittington szerint két ok teszi szükségessé az originalizmust: egyrészt annak igénye, hogy meghúzzuk a határt az alkotmányértelmezés, illetve az alkotmány jelentésének megalkotása között, másrészt pedig az, hogy az írott szöveg nem autonóm, csak megalkotójának szándéka alapján értelmezhető híven, ellenkező esetben jelentéstartalma bizonytalan. Goldford ezzel szemben úgy érvel, hogy a bizonytalanság épp a szöveg autonómiájának elismerése, illetve az értelmezés és a jelentésteremtés viszonyának újragondolása mellett oldható fel.

A nyolcadik fejezetben (*The Ontology of Constitutional Discourse I/1*) Goldford amellet érvel, hogy az originalizmus nem képes számot adni az alkotmány kötelező erejéről (*binding capacity*), mert az alapjául szolgáló pozitivista metaelmélet nem képes számot adni az alkotmány társadalomalakító

jellegéről (*constitutive character*). Az originalista álláspont szerint ugyanis az alkotmány szövege kötelező a jövőre nézve (vagyis mederbe tereli a társadalom jövőbeli alakulását), ez pedig azonos az alkotmányszöveg eredeti jelentésével. Az alkotmányszöveg és az eredeti jelentés originalista azonosításával azonban elvetésre kerül az alkotmány társadalomalakító jellegének lehetősége. Goldford ezen az alapon kritizálja az originalizmust, és saját értelmezélméletét állítja a helyébe, mely nem vitatja az imént bemutatott két tétel elválaszthatóságát. Ehhez kapcsolódóan elveti a jog vizsgálatának „külső” szemléletmódját, amennyiben tagadja, hogy a jog megérthető lenne pusztán az emberek küldő magatartásának vizsgálatával.

A kilencedik fejezetben (*The Ontology of Constitutional Discourse /II/*) a szerző részletesebben elemzi az alkotmány társadalomalakító jellegét. Szerinte az alkotmányt az különbözteti meg egyéb dokumentumoktól – például az irodalmi művektől –, hogy keretet szab a társadalom mindennapi folyamatainak, vagyis bizonyos magatartások az alkotmány által rendelkezésre bocsátott fogalmak és társadalmi berendezkedés keretében mennek végbe. Goldford szerint ennek belátása elengedhetetlen az alkotmány természetének helyes megértéséhez. Az elmélet választ ad az alkotmány kötelező erejének kérdésére is. Goldford felrója az originalistáknak, hogy nem képesek az alkotmány kötelező erejéről számot adni, ugyanis felfogásukban az alkotmány szövegének egy bizonyos értelemváltozata kötelező. Ezt elfogadva azonban azt láthatjuk, hogy a kötelező jelleg mind inkább felenged, ahogy egyre jobban távolodunk az alkotmányozás időpontjától. Ez abból is adódik, hogy az originalisták az alkotmányszöveget egyfajta külsődleges objektumnak tekintik, Goldford ezzel szemben élő társadalmi gyakorlatként tekint rá. Míg az originalistáknál az alkotmányszövegnek nincs önálló, értelmezéstől független jelentése, addig a szerző interpretív elmélete szerint van, és ez lehetővé teszi, hogy az alkotmányt kötelezőként fogjuk fel.

A tizedik fejezet (*Conclusion*) lényegében összefoglalja a könyv eddigi mondanivalóját. A kiinduló előfeltevés szerint az alapítók célja az volt, hogy az írott alkotmány révén egy adott elképzelés szerint tereljék mederbe a jövő folyamatait, az alkotmány pedig a tételes jog egy különleges fajtája, mely az államberendezkedés alapjait fekteti le, és az értelmezés során magát a dokumentumot, nem pedig valamiféle elvont morális kódexet kell értelmezni. Az originalisták úgy vélik, nézeteik megfelelnek e kritériumoknak, ám Goldford az originalizmus paradoxona segítségével kimutatja, hogy az irányzat valójában nem felel meg az önmaga által támasztott követelményeknek. Mindezekon túlmenően az originalizmus gyakorlati működőképességét bizonyos episztemológiai akadályok, továbbá az is nehezíti, hogy nem tud számot adni az alkotmányszöveg kötelező jellegéről. Az originalizmus ezért nem megfelelő alap az alkotmányjogi diskurzus számára, helyette a szerző az ún. interpretív módszert javasolja, mely nem külsődleges objektumként tekint az alkotmányra, hanem élő társadalmi gyakorlatként. E módszer segítségével biztosítható a kötelező erő záloga, az

önálló jelentés, melynek feltételezését a szerző ugyanúgy hiányolja az originalizmusból, mint az élő alkotmány elméletéből.

Goldford könyvének legfőbb erénye az originalizmus jól megalapozott kritikája. E kritika talán kissé idejétmúlt is, hiszen az originalizmus mint alkotmányértelmezési mód már sokkal kevésbé elevenen van jelen az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának joggyakorlatában, mint két-három évtizeddel ezelőtt. A demokrata Obama elnök eddigi kinevezései ugyancsak az – 1980-as évek „konzervatív fordulatával” szoros összefüggésbe hozott – irányzat térvesztése felé mutatnak. A mű egyfajta visszatekintésnek is felfogható, egy olyan jogelméleti probléma összegző kritikájának, amelyről elmondható, hogy a világ legrégebbi ma is hatályos, írott alkotmányával rendelkező ország jogéletének specifikus problémája.

*-Cambridge University Press, New York, 2005, xi, 305 pp.

Müller György

Még egyszer kormányzati viszonyainkról az új alkotmánykommentár „A Kormány” című fejezete kapcsán

A Jogelméleti Szemle 2010. évi 1. számában jelent meg cikkem (Kormányzati viszonyainkról az új alkotmánykommentár „A Kormány” című fejezete kapcsán), amelyet nem recenzióknak szántam. Az alkotmánykommentár vonatkozó fejezete, amelyben általam is elismert érdemei mellett számos problematikus pontot látok, alkalmat adott, hogy a magyar kormányzati berendezkedés néhány eleméről, a kormány felépítéséről, belső viszonyairól és a szerkezetének meghatározásáról – a kommentárhoz nem is feltétlenül kötődve, az ott alig (esetleg csak lábjegyzetben) vagy egyáltalán nem érintett kérdésekben is – kifejtsem véleményemet. Számítottam rá, hogy a cikkekre, amely bőven tartalmaz – bizonyára nem kellemes és vitára is ingerlő – bíráló megjegyzéseket, választ kapok, amely a fejezet társszerzőjétől, Térey Vilmostól a Jogelméleti Szemle 2010. évi 2. számában meg is érkezett (Térey Vilmos: Csodaváróknak. Válasz Müller György: „Kormányzati viszonyainkról az új alkotmánykommentár »A Kormány« című fejezete kapcsán” című írására). A válasz némileg személyeskedő éllel már címében is állítólagos csodaváró hajlamaimat veszi célba, de attól tartok, érvelés nélkül, pusztán erőlködő élcelődésével nem talált. Arról ugyanis nem szól, amit pedig részleteztem, hogy mihez képest maradt el írásom szerint a csoda: az alkotmánykommentár megjelenésének kivételes körülményei, közjogi méltóságok és alkotmányjogászok sokat ígérő méltatásai és különösen szerkesztőjének a mércét igen magasra állító (mondhatnám a művet fényező) nyilatkozatai miatt.

Tulajdonképpen akár irigyelhetném is vitapartnerem magabiztosságát és tévedhetetlenségbe vetett hitét, mert, ugyan a cikkből nem mindenre reagál, a kormánystruktúra meghatározásáról szóló részre egyáltalán, véleményemből – részlet- vagy ténykérdésben sem – semmit nem fogad el, de még csak kételyei sem támadnak.^[1] (Habár a kibontakozó szakmai vitának, és ebben egyetértünk, örül.) Már-már mulattató, amikor nincs jobb, a végső érv: ami nem jelenik meg az Alkotmányban, a kommentár számára nem is létezik, vagy ilyenkor az értelmezési pálya felszabadul. Ezért nem kerül szóba, hogy 12 évig vitathatóan ugyan, de önálló minisztertípusként – kulcsszereplőként és többnyire a miniszterelnök helyetteseként – kormánytag volt a Miniszterelnöki Hivatal vezető miniszter. (És lám, a törvények – 2010 nyarán az alkotmánymódosítások is – tényleg jönnek-mennek, a második Orbán-kormány felállításával húsz év után miniszterestől megszűnt a Miniszterelnöki Hivatal, pontosabban a

Miniszterelnökséggel meg a közigazgatási és igazságügyi tárcával megkettőződött.) Ha pedig az Alkotmány nem definiálja a kormánybizottságot, akkor a szervtípusra akár a rossz példák (másféle tárcaközi testületek) is lehetnek jók.

Nézetkülönbségünk lényege abban áll, hogy álláspontom szerint csupán az alkotmányszöveg jogdogmatikai alapú magyarázata a kormányzati viszonyokról keveset mond, a kommentár szerkesztési elvével szemben a teljesebb és helytállóbb képhez mellőzhetetlen az alacsonyabb szintű joganyag (kormány szervezeti törvények, működési szabályok), a megismerhető kormányzati gyakorlat és a politikai összefüggések figyelembevétele is. (Természetesen az alkotmányszöveg alatt és nem helyette, ahogy ezt Térey Vilmos próbálja nekem tulajdonítani.) Az előző írásomban említetteken túl számomra a szemléleti korlátot jelzi, hogy az államtitkári rendszer, amely a kormányzati berendezkedés fontos és izgalmas kérdése, a legrövidebben sem fér bele a kommentárba, mert az államtitkárokra az alkotmányszöveg éppen csak utal. Habár nem kétséges, hogy a kommentárnak „A Kormány” című fejezete a témával foglalkozók számára megkerülhetetlen szakirodalmi munka, azonban akik – jogászok is – a kormányzati viszonyokról átfogó és a valóságra is kiterjedő ismereteket szeretnének szerezni, szűk értelmezési kerete miatt jobban járnak, ha helyette politikatudományi kézikönyvet forgatnak.^[2]

A válasz számos kérdéssel foglalkozik, amelyek többségére, mivel csak magamat ismételném, nem térek vissza. Akit a vita részletei érdekelnek, nyilván elolvassa írásainkat és a kommentár vonatkozó részét. A miniszterelnök helyzetét és a kormányon belüli viszonyokat illetően azonban kiegészítem múltkori véleményem.

a) Térey Vilmosnak nagyon nem tetszik felfogásom a miniszterelnök kormányon belüli meghatározó szerepéről, arról pedig különösen, hogy a miniszterek neki alárendelődnek. (A múltkori megfogalmazást megismételve: nemcsak jogon kívüli, hanem jogi értelemben is.) Egyébként korábbi munkáimban többször hangot adtam, hogy hajlamosak vagyunk a miniszterelnök kormányon belüli hatalmi pozícióját alátámasztó jogi eszközök jelentőségének a túlértékelésére. A közjogi háttér fontos, de erejét sokkal inkább a politikai viszonyok és a politikai háttér határozzák meg: a kormányzó pártnak vagy pártoknak a parlamenti többsége és egysége, kisebbségi kormányzás esetén a külső támogatás megszerzése, a kormányfőnek a pártján belüli súlya és a koalíciós viszonyok.^[3] Az egymást követő kormányok viszonyainak összehasonlítása pedig 1998-tól abba az irányba mutat, hogy a miniszterelnöknek a kormányzaton belüli hatalma – az eredeti alkotmányos helyzet és a második Gyúresány-kormány megalakulásáig a jogi eszköztár érintése nélkül – erősödött. (Például azzal, hogy a kormányfő szervezeti háttéréként a Miniszterelnöki Hivatal a politikai és a közigazgatási koordináció központjává fejlődött.) A miniszterelnök kormányon belüli meghatározó szerepe és a megerősödése azonban nem a hatalmi ágak

(parlament és kormány) közötti viszonyról vagy valamiféle antidemokratikusba hajló rendszer kialakulásáról szól. (Ezért fog mellé Térey Vilmos, amikor a miniszterelnök kormányon belüli dominanciájával vagy annak kimondásával szemben főérvként hozza fel, hogy a parlamentáris kormányforma lényegével is szembehelyezkedik.)

Az 1990 óta érvényes alkotmányos helyzete szerint, szemben a lehetséges másik és a korábbi kormánymodellel, amikor a kormányfő nem több mint első az egyenlők között, a magyar kormány miniszterelnöki kormány.^[4] Éppen azért, mert az Alkotmány szerint a miniszterelnök szerepe nem merül ki a kormányülés vezetésében, hanem hozzá kötődik – lehet, hogy helytelenül – a kormányprogram, övé a kormányalakítás (a miniszterek kinevezésének, menesztésének, illetve a kormányátalakítás lehetőségével), ő jelöli ki helyettesét és a kormányba, amelynek felépítését egyébként a parlament dönti el, tárca nélküli minisztereket állíthat be. Az pedig evidencia, hogy mindez parlamenti támogatás nélkül nem lehetséges, mert hiányában a miniszterelnök megbukik. És természetesen, ahogy erről volt szó, a miniszterelnök alkotmányos és politikai helyzete nem feltétlenül azonos: a jogok gyakorlásakor a miniszterelnöki mozgásteret a politikai viszonyok befolyásolják, jogait a koalíciós megállapodások akár el is téríthetik. (Az 1998-as koalíciós megállapodások szerint a kispárt- és az MDF-vezetésű minisztériumok politikai államtitkárainak személyét az akkori törvényi szabályozással szemben a miniszterelnök jogának csökkentésével a miniszterek jelölhették.^[5]) A magyar rendszert gyakran kancellári típusú kormányzásként jellemzik, mivel kialakításához a német berendezkedés és az alaptörvény 1990-ben és később is mintát adott, mégis félrevezető, mert a mai német kancellár helyzetének és lehetőségeinek felülértékelésével és félreértésével korlátlan diktatórikus jellegű kormányfői túlhatalmat sejtet.

1990-ben ugyan az alkotmányos helyzetének megerősítése ezt célozta, de az alkotmányszöveg nem mondja ki a lényegét, hogy a miniszterelnök irányítja kormánya tevékenységét. (Sőt a miniszteri rendeltetést meghatározó – lényegében 1949 óta érintetlen – 37. § még csak nem is utal a miniszterelnökre: A miniszterek a jogszabályok rendelkezéseinek és a kormány határozatainak megfelelően vezetik az államigazgatásnak feladatkörükbe tartozó ágait, és irányítják az alájuk rendelt szerveket.) Az irányító szerep, amely az alkotmányos helyzetének megfelel, mégis vitathatóan az Alkotmány alatt, előbb 2006-ban, majd 2010-ben két kormány szervezeti törvényben (2006. évi LVII. és a 2010. évi XLIII. törvény) köztudottan német mintára azzal fogalmazódott meg, hogy a miniszterelnök a kormányprogram keretei között meghatározza a kormány politikájának általános irányát. A kormányon belüli irányítási viszony nem önmagában ebből következik, hanem a folytatásból, amely a miniszter játékterét a miniszterelnöki jogokhoz köti. A miniszter mindkét törvény szerint a kormány általános politikájának, vagyis a miniszterelnök által meghatározott kormányprogramnak és politikai iránynak a keretei között tevékenykedik.^[6]

b) Ugyan nem feltétlenül rokonszenvezünk ezzel, de a kormányfői jogok mellett látni kell, hogy az MDF-SZDSZ megállapodását realizáló 1990-es alkotmánymódosításokkal kialakított kormányzati berendezkedésben a miniszternek a parlamenttel szembeni politikai felelőssége lényegében kiüresedett. A bizalmatlansági szabályokból következően a miniszterek közvetlen politikai felelősséggel az alkotmányszöveggel szemben (39. §) nem a kormánynak és a parlamentnek, hanem a miniszterelnöknek tartoznak. Az Alkotmány kimondja a miniszter parlamenti felelősségét, de tartalmatlanná teszi, mert 1990-ben azzal a megfontolással kizárta ellene a bizalmatlansági indítványt, hogy nem illik a miniszterelnök erős pozíciójához és a konstruktív bizalmatlanság intézményéhez. Magyarországon a parlament a rendelkezésére álló eszközeivel – az interpellációval, a kérdéssel, az azonnali kérdéssel és a beszámoltatással, sőt kinevezésük előtt a bizottsági meghallgatásokkal – kellemetlenkedhet a minisztereknek, de a bizalmatlanság kifejezhetőségének hiánya miatt következmények nélkül. (Ennek problémáját a leglátványosabban még az Antall-korszakban érzékelhettük, amikor egyik miniszternek az interpellációs válaszait a parlament talán tíznél is több alkalommal nem fogadta el, de a miniszterelnök és az érintett felmentéssel vagy lemondással a politikai konzekvencia levonását nem látta szükségesnek.)

c) Cikkem nem foglalkozott a konstruktív bizalmatlansággal, Térey Vilmos mégis talált vitatni valót. Könnyű megcáfolni, hogy a konstruktív bizalmatlanság nem keletkezett a miniszterelnök és a miniszterek között alá-fölérendeltségi viszonyt, főleg, ha nem is állítottam. Szövegemet más helyen is félreérti, vagy ami valószínűbb, az ellenérvelés egyszerűbbé tétele érdekében roppant kreatívan – kevésbé eufemisztikusan: önkényesen és pontatlanul – kezeli és értelmezi. Ezt teszi akkor is, amikor felrója, hogy kritika nélkül írtam a miniszterelnök kormányt helyettesítő lehetőségéről, arról, hogy egy személyben is hozhat kormánydöntéseket. Pedig a megértő magyarázat ellenére, ami abból következik, hogy az erős szabályozási jog a mai kormányfői modelltől egyáltalán nem idegen, a lehetőség alapját ingatagnak és vitathatónak minősítettem. (Éppen a kommentárnak a cikkben idézett álláspontja miatt, amely szerint a kormány szerepét a miniszterelnök sem veheti át.) Az Alkotmánybíróság 2005 óta hallgat az ügyben, amelyre egyfajta válaszként, habár 2004-ben ellenzékként a parlamentben a Fidesz támadta az első Gyurcsány-kormánynak az összes elődje által is követett gyakorlatát, a felhatalmazást a második Orbán-kormány új ügyrendje is tartalmazza.^[7] Noha 2010-ben igazán kínálkozott az alkalom, hogy e helyett a kétharmados parlamenti többséggel kormányzó pártszövetség – a kormányzati viszonyokon a miniszterelnök-helyettesi tisztség beállításával amúgy is változtató alkotmánymódosítással – a miniszterelnök saját jogán járó rendeletalkotási lehetőségét szélesítse ki.

Ha már szóba jött a konstruktív bizalmatlanság – antidemokratikus és a kormány parlamenti felelősségét korlátozó hatásai miatt nem feltétlenül kedvelt –

intézménye: 1990-ben az MDF-SZDSZ megállapodás nyomán az ellenzéki lehetőségek korlátozásaként a kormányzás stabilitásának céljával került az Alkotmányba. A miniszterelnök megerősített helyzetét a parlamenttel, pontosabban az ellenzékkel szemben ugyan mindig jelképezte, de a parlamenti erőviszonyok miatt hosszú ideig a kormányt védő felesleges túlbiztosításnak tűnt. Gyakorlati alkalmazása ellenzéki eszközként 2008 tavaszáig, amikor a szocialista-szabaddemokrata koalíció felbomlása után a második Gyurcsány-kormány mögött már nem állt biztos parlamenti többség, az esély reményével fel sem merülhetett. (De 2009 márciusában is, mivel az ellenzék nem képzett egységet, elbukott az MDF elnökének kísérlete, mert még a konstruktív bizalmatlansághoz szükséges képviselői aláírás sem gyűlt össze.)

A szembenálló politikai oldalak között húzóódó igen mély szakadék miatt a mi viszonyainkra eddig kevésbé igaz, hogy a konstruktív bizalmatlanság a koalíciós társak egymással szemben bevethető fegyvere lenne.^[1] (A nagyobb vagy legnagyobb kormánypárt mindig zsarolható volt azzal, hogy a kisebbik koalíciós partner kilátásba helyezi a szakítást. Ezért engedményekre kényszerülhetett és aggódhatott a kisebbségi kormányzástól, de attól nem, hogy a koalíciós társ átáll az ellenzékhez, majd a konstruktív bizalmatlansági indítvánnyal megvalósul a kormányváltás. Amint ez történt 1982-ben a Német Szövetségi Köztársaságban.) Ami viszont érdekes, hogy a magyar politikai gondolkodásban a konstruktív bizalmatlanság tulajdonképpen eredeti céljának elfelejtésével nem minősül kizárólag ellenzéki eszköznek, hanem a ciklus közbeni miniszterelnök-váltáskor a kormányoldal is használhatja. Először 2004-ben Medgyessy Péter távozásakor (utólag jól érzékelhetően feleslegesen) még csak fontolgatta, 2009-ben pedig, amikor Gyurcsány Ferenc helyébe Bajnai Gordon lépett, alkalmazta is. A kormánypártok számára egyrészt azért előnyös a konstruktív bizalmatlanság, mert a leendő miniszterelnök elkerülheti a kormányprogram előterjesztését. Másrészt, és ez a fontosabb ok, a kormányfő egyébként sokkal inkább kézenfekvő lemondásával szemben a köztársasági elnök távoltartásával nemcsak gyorsabban és kényelmesebben, hanem kiszámíthatóbban lebonyolítható a kormányváltás. Megjegyzem, a konstruktív bizalmatlanság bevetésére a kormányoldalt akár még az ellenzék is biztatja.

^[1] Például az a megfogalmazás, amely szerint jogi minősége szerint a kormány nem testületi szerv, legalább annyi önbírálatot kiválthatna, hogy félreérthető és pontosítást kíván. Herbert Küpper – Térey Vilmos: 33. § A Kormány szervezete és megalakulása. In: Az Alkotmány kommentárja. II. kötet. Szerk.: Jakab András, Századvég Kiadó, Budapest, 2009, 1338. o. A válaszból értesültem, de nem tudom értelmezni, hogy az általam használt művel szemben a második kiadás tekinthető autentikusnak.

^[2] Körösnéyi András – Tóth Csaba – Török Gábor: A magyar politikai rendszer. Osiris, Budapest, 2006. V. fejezet: A kormány és a közigazgatás. 104-140. o.

^[3] Lásd például: A kormányzati rendszer átalakítása 2006-ban. Közjogi Szemle, 2009. 2. szám 12. o.

^[4] Sári János: A kormány. In: Alkotmánytan I. Alapfogalmak, alkotmányos intézmények. Szerk.: Kukorelli István. Osiris kiadó, Budapest, 2003, 367. o.

^[5] Megállapodás a Fidesz–Magyar Polgári Párt és a Magyar Demokrata Fórum közös kormányzásáról és együttműködéséről. Megállapodás a Fidesz–Magyar Polgári Párt és a Független Kisgazda-, Földmunkás- és

Polgári Párt közös kormányzásáról és együttműködéséről. In: Magyarország politikai évkönyve 1999. Szerk.: Kurtán Sándor, Sándor Péter, Vass László. Budapest, Demokrácia Kutatások Magyar Központja Alapítvány, 893-900. o.

^[6] Lásd a 2006. évi LVII. törvény 28. és a 2010. évi XLIII. törvény 34. §-át, amelyek szerint a miniszter a kormány általános politikájának keretei között vezeti a minisztériumot. A testületi jelleg miatt a törvények azt is kimondják, hogy a miniszterek tevékenységét a kormány irányítja (13. és 16.§).

^[7] Lásd az 1144/2010. (VII. 7.) Korm. határozat 77. pontját.

^[8] Lásd Szentpéteri Nagy Richárd érdekes írását: A konstruktív bizalom. Élet és Irodalom, 2009. április 24. 5. o.

Nótári Tamás

A Magyar Jogászegylet 1906-os vitája a szerzői jogi törvényről

Az első magyar szerzői jogi törvény – az 1884. évi XVI. törvény – Arany László kezdeményezését követően Apáthy István előterjesztése alapján született meg. A törvény korszerű, a polgári viszonyokhoz igazodó kodifikációt valósított meg, a szellemi tulajdon máig meg nem haladott elméleti alapjáról kiindulva.^[1] Nem hagyható figyelmen kívül ugyanakkor, hogy e törvényt hamarosan számos kritika érte: ezek közül a legérdemibb építő jellegű bírálatot a Magyar Jogászegylet 1906-ban e tárgyban rendezett vitája nyújtotta. Írásunkban ezt kívánjuk bemutatni, illetve elemezni.

Márton Miksa felszólalása

Márton Miksa,^[2] a színpadi szerzők egyesületének tagja, felszólalása érdemi részében felhívta a figyelmet a szerzői törvény hibáira. Nem tért ki a törvény szakaszaira egyesével, hanem csak általánosságokban mutatott rá a szerzői törvény hibáira, melyekről a gyakorlatban is meggyőződött már.

Nézete szerint az 1884-es szerzői jogi törvény hatályba lépése óta számos olyan tényező, amelynek viszonyait a szerzői törvény szabályozta, a törvény hatályba lépése óta nagy mértékben megváltozott, különös tekintettel a kor a színpadi és írói viszonyaira. Beszédében Márton Miksa nem kívánt politikai véleményt nyilvánítani, vagy okfejtésbe bocsátkozni, azonban a következőkre hívta fel a jelenlévők figyelmét: „... a magyar íróember nemcsak a kultúra oltárán áldozó pap: a magyar íróember az ő tollával, a szónok a szavával, a festő az ecsetével: egy katona, akinek a szava, az írása a fegyvere: fegyver, amely egyesít, amely terjeszti a magyarságot, amely meghódítja a magyar elem számára a hazát és amely biztosítja a magyarság fennállását.”^[3] Felhívta a figyelmet arra, hogy az irodalmi élet igen is jelentős szerepet tölt be a nemzeti életben, kiemelkedő feladatot lát el a magyarság szellemisége fenntartásában, s hogy akik tisztelettel állnak az irodalmi élet előtt, azok örömmel láthatják, hogy irodalmunk meg tudta tartani minden külső nyomás, ráhatás ellenére is a „maga faji magyar voltát, speciális magyar színét”.^[4] Követelményeket állított fel a szerzői jogról szóló törvénnyel szemben, amelyek megtartását mindenekelőtt kívánta elérni a reform kapcsán. A törvénnyel szemben támasztott elvárásai között szerepel, hogy más törvényhozással ellentétben sokkal radikálisabban védje meg a tulajdonjogot.

Kiemeli, hogy a kiadói ügyleteknek a kereskedelmi törvény csupán a viszony üzleti jellegét szabályozta, és csak azon jogügylet tartalmát vette figyelembe, amelybe a szerző a kiadójával lép, és nincsen tekintettel a szerzői jogosítványok tartalmára. Példaként említi, hogy a német törvényhozás taxatívén felsorolja a szerző azon jogosítványait, amelyekkel a kiadóval szemben élhet: ezek közé tartozik a fordítás, valamint az átdolgozás joga (utóbbinak a zeneműveknél lehet kiemelkedő szerepe), ezt követően rátér a szerzői törvény részletes elemzésére. Megemlíti, hogy a szerzői törvény nem elég radikális: a törvénycikk 1. szakasza tartalmazza az általános intézkedést, amely a törvény legfőbb tétele is egyben – ez rendelkezik az író, szerző művének többszörözésére, közzétételére és forgalomba hozatalára vonatkozóan, ám ez a rendelkezés szerinte nem tartalmaz minden lényeges elemet. Márton Miksa véleményét követve már az első szakasz is rendkívül szűk körű szabályozást ad, s ezekre a későbbiekben részletesen kitér. A következő kritika a 6. szakaszt éri: az első szakasz hiányosságait mintha itt szeretné kárpótolni a jogszabály, vagyis azt a problémát, hogy a szerzői jog fogalmát nem az elvárásoknak megfelelően definiálta, felsorolja a szerzői jog bitorlásának eseteit. Mintha ellensúlyozásként jelenne meg, hogy ki az, aki a szerzői jogot megsérti, majd ebből esetleg következtethetünk arra, hogy mi is valójában a szerzői jog. Ezzel a fordulattal viszont egy másik problémát vet fel a törvény, mégpedig azt, hogy a bírósági eljárás során mind az 1., mind pedig a 6. szakaszt figyelembe kell venni, s a bíró mindkettőhöz kötve van. Miután a bitorlást hét pontban sorolja fel, mely taxatívának tekinthető, felmerülhet olyan eset, amely kapcsán nem lehet egyik lehetőséget sem alkalmazni, mert nincs a felsoroltak között, ám a szerzői jogot mégis megsértették, a bíróság pedig nem állapíthatja meg a bitorlás esetét a szerzői jog kapcsán, tehát a törvény nem éri el célját, nem védi kellőképpen a szerzőt és annak jogát. Az előadó így indokolja a ezt: *„Amidőn tehát a törvényt, a melynek első kelléke a precizitás, a világosság, ilyen hézagokat hagy, legelső, legfőbb meghatározásai tekintetében, akkor világos, hogy bizonytalanság, ingatagság származik a judicatura terén...”*.^[51] Az előbb ismertetett gondolatokban megfogalmazódik az a lehetőség is, miszerint a bíró kiterjesztően kezeli a fent említett szakaszokat a könnyebb alkalmazhatóság érdekében, ebben az esetben viszont könnyen meginoghat a jogszolgáltatásba vetett hit. Márton Miksa hivatkozik mind az osztrák, mind a német szerzői törvény rendelkezéseire. Véleménye szerint a német törvény rendkívül precízen szabályozza a jognak ezen területét, s úgy látja, hogy a németek tökéletesen kimunkált szerzői joggal rendelkeznek az abban található konzervatív elemek ellenére. Mintaként szolgálhat az osztrák törvény is, amelynek előnye, hogy területileg is közelebb áll hozzánk, így még jobban azonosítható saját rendelkezéseinkkel. Ezzel szemben a francia joggal kapcsolatban kritikai észrevételeket tesz, és nem is hivatkozik rá, indokolva ezt azzal, hogy Franciaországban a vonatkozó jogszabály elavult, s így a századforduló táján már inkább csak a jogszolgáltatás eredményeit alkalmazzák, nem pedig a tételes intézkedéseket. Az osztrák jogszabály röviden és tömören adja meg a szerzői jog

bitorlásának definícióját: „*a szerzői jog bitorlásának tekintendő a szerzői műnek a szerző engedelmé nélkül való átdolgozása*”.^[6]A hazai törvény hiánya tehát abban rejlik, hogy ha valaki szabadon rendelkezhet saját alkotása felett, miért ne rendelkezhetne annak átdolgozása, felhasználása felett is? A bírósági gyakorlatban ez további problémákat vet fel, mert a jogi szabályozás híján csak az akták gyűlnek az ezzel kapcsolatos ügyekben. Gyakran fordul elő, hogy novellából, elbeszélésből drámát készítettek, így ez egy tipikus esete annak, hogy megvalósul az átdolgozás. Ebben az esetben az ekkor hatályos jogszabály nem tartalmaz olyan rendelkezést, amely védelmet nyújtott volna a szerzők számára az átdolgozással szemben. A felszólaló következő példaként az írói levelet hozza fel, amely korábban gyűjteményes kiadásban jelent meg, és igen kedvelt műforma volt, a törvény azonban ezekről még csak említést sem tesz, tehát nem is szabályozza ennek tárgykörét, ellenben a német törvény határozottan rendelkezik erről is.

A következő komoly problémát a kivonatok szabályozatlansága adja, vagyis az, hogy mit szabad átvenni a szerzeményből, és mit nem. A törvény 9. szakasza kimondja, hogy „*a már megjelent mű egyes helyeinek, vagy kisebb részeinek szó szerinti idézése nem tekintetik a szerzői jog bitorlásának*”, majd folytatva „*a közzétett kisebb dolgozatoknak a cél által indokolható korlátolt terjedelemben való felvétele oly nagyobb munkába, amely tartalma szerint önálló, tudományos műnek tekinthető*”.^[7]A törvény ezen részében taglalja azt, hogy a szerzőt milyen jogától fosztják meg, itt egy korrekt, pontos meghatározást várnánk, azonban csak homályos, átláthatatlan törvényi meghatározást találunk. Feltehetőleg az indokolja a rendszeres visszaéléseket a szerzői joggal, hogy az nem támaszt megfelelő jogbiztonságot, morális és etikai értéket, így mindenki szabadon járhat el a joghézagok miatt e téren a művekkel, hiszen nincs vele szemben alkalmazható megtorlás vagy megfelelő büntetés. Ennek következménye, hogy a szerzők nem bíznak a szerzői törvényben, szemben a büntető jogszabályokkal, hiszen az abban lefektetettek sokkal érthetőbbek és átláthatóbbak, tehát kikényszeríthetők, így jobban garantálják a jogbiztonságot.

Márton szerint szerkezeti felépítését tekintve sem mondható jónak a szerzői jogról szóló törvény, mert az átláthatatlanság jellemzi, amellet pedig előfordul, hogy a kérdéseket összevegyíti, vagy olyan részben rendez, ahová az azok rendszertanilag nem volnának besorolhatók. Az előadó felhívja a figyelmet a törvény 1. szakaszának második mondatára, amely bizonyítja ezt a rosszul felépített szerkezetet, aminek szöges ellentéte az osztrák szerzői törvény 7. szakasza („*az olyan műveknél, amely szellemileg több részre el nem különíthetők, a rendelkezési jog a szerzőket csak együttesen illetheti*”^[8]) Vagyis anyagi kérdésekben beszélhetünk oszthatóságról, amely lehet akár arányos is, de a rendelkezési jog oszthatatlan.

A következőkben az előadó a fordítást érintő rendelkezéseket vitatja, amely szintén kiegészítést igényelne. A fordítás a szerzői jog legelemibb részét képezi, így méltán érdemes vele bővebben is foglalkozni, ahogyan ezt Márton Miksa is

tette. Mint a korábbiakban már kiderült, hogy a szerző rendelkezik a mű közzététele, forgalomba hozatala, a terjesztés és az ezzel kapcsolatos határidők, módok felől, akkor a fordításról is annak kell rendelkeznie, hiszen ez a terjesztés egyik formája. Jelentős kérdés tehát, hogy a művet ki fordítja más nyelvre, ami egyúttal a szerző egyik legfőbb érdeke is. A törvénnyel szemben felhozható az a generális probléma, hogy a szerző csak akkor rendelkezhet a fordítás felett, ha erre vonatkozó jogát fenntartotta. A pontosnak ismét nem mondható törvényi szabályozás a 7. szakaszban a következőképpen alakul: „...*hogy a szerzői jog bitorlásának tekinthető az eredeti műnek a szerző beleegyezése nélkül való fordítása, ha a szerző az eredeti mű címlapján a fordítás jogát magának fenntartotta, feltéve, hogy a fordítás közzététele az eredetinek megjelenésétől számítandó egy esztendő alatt megkezdett és három esztendő alatt befejezett*”. A homályos és érthetetlen fogalmazás talán egyik legjobb példájaként ragadható meg a fenti törvényi idézet. Pontosán nem derül ki belőle, hogy kire nézve állapítja meg a határidőket, és ennek mi a kezdő- és a végpontja. Márton Miksa által felvett újabb probléma a 7. szakasszal kapcsolatban: „*színműveknél a fordításnak az eredeti mű megjelenésétől számítandó hat hó alatt teljesen be kell fejeznie*”. Ezzel szemben támasztott kérdése, hogy „*kinek kell befejeznie, és mikortól számítatik a hat hónap?*”^[9] Kérdése második felére ugyan maga adja meg a választ saját tapasztalatai alapján, miszerint az első előadás napjától számítódik, hamarosan megérkezik a válasz a hallgatók köréből is: a jogosult fordítónak kell befejeznie.

A következő érvelése a 46. és a 48. szakaszt érinti, pontosabban ezeket tartja sérelmesnek. A jogszabály 46. szakasza rendelkezik a szerzői jog bitorlásáról a zeneművek esetében: „*A szerző beleegyezése nélkül kiadott minden olyan átdolgozás, amely sajátlagos szerzeményen nem tekinthető*”. Ezzel a szakasszal állítja szembe újfent az osztrák törvény 32. szakaszát, amely megállapítja azokat az eseteket, amelyekben a zenemű átdolgozása jogsértést valósít meg, és amelyekben ezt a megengedi az átdolgozónak: „*bizonyos variációkat, fantáziákat bizonyos zeneművekből szabad csinálni, másokat pedig nem szabad*”.^[10] A fentebb említett szakasz után kitér az általa még sérelmesebbnek tartott 48. szakaszra is. Nem tekinthető a szerzői jog bitorlásának egy megjelent írói mű zenemű szövegeként való felhasználása, s ebből következik, hogy a költők művei szabadon felhasználhatók. A törvény ezen részét véleményezve Márton elmondja, hogy ez a szerző legelemibb jogával ellenkezik, hiszen a vers vagy szöveg felett csak a szerzőnek kellene rendelkeznie. Ez a felhasználási lehetőség a méltányossággal ellentétes, hiszen a zeneíró felhasználja a művet és ebből ő jövedelemhez jut, míg a mű eredeti szerzője semmilyen ellenszolgáltatást nem kap ezért cserébe, pedig nélküle nem lenne bevétele a zeneszerzőnek sem. Márton a következő példát hozza ezzel kapcsolatban: „... *'A falu rossza' mint népszínmű íródott és Hubay Jenő zeneszerző egy operát csinált belőle. Tót Edéné beperelte Hubay Jenőt jogtalan felhasználás és szerzői jogbitorlás címen. A curia a 48-ik szakasz alapján hozta meg az ítéletét, hogy kivéteket a bitorlás fogalma alól az*

olyan szöveg, amely természeténél fogva csakis a zeneszerzésre nézve bír jelentőséggel, amilyen az opera, oratórium szövege.”^[11]

Márton szerint a törvény a színpadi művek védelmét nem tartja elég fontosnak, ami az 50. szakaszból is látható, miszerint a színpadon kívül a színpadi művekből nyitányok, felvonásközi és egyéb zenerészek a jogosult beleegyezése nélkül előadhatók, a szerzők azonban ezen szakasznak köszönhetően esnek el bevételi forrásuktól. Az osztrák törvény szerint ellenkező szabályozást hoz, mivel ott szerző zenéjének felhasználásáért ellenérték jár. A 51. szakaszt Márton Miksa szintén sérelmesnek találja, miszerint a többszörözve megjelent és áruba bocsátott zeneművek nyilvánosan a jogosult beleegyezése nélkül is előadhatók, amennyiben a szerző a mű címlapján vagy a mű elején az előadási jogot nem tartotta fenn magának. A fordításra vonatkozó szakasznál ez még jobban sújtja a szerzőt, hiszen a szerzőnek a legalapvetőbb joga a színpadi mű nyilvános előadása. Arra hivatkozik, hogy a német szabályozás szintén liberális, de csupán bizonyos esetekben: jótékony célú estélyeken, amelyen a részvétel ingyenes, valamint a közreműködők is térítés nélkül végzik munkájukat; a magyar szabályozás azonban korlátozás nélkül szabad prédává teszi, és egy formasághoz köti a szerzői jog érvényesülését, holott a szerzőtől nem követelhető, hogy külön fenntartsa magának egy formális jog érvényesülését.

Az 52. szakasz szerint, ha a műnek több szerzője van, a nyilvános előadás tekintetében az 1. szakasz második és harmadik bekezdése azon eltéréssel alkalmazandó, hogy a szöveges zeneműnek előadásához – ideértve a zenés színműveket is – rendszerint elég a zeneszerző beleegyezése. A felszólaló szerint érthetetlen, hogy a zeneszerző munkáját miért ítélik meg máshogy, mint a szövegíróét, és miért adnak neki nagyobb rendelkezési jogot.

A szerzői jogról szóló törvény 58. szakasza a színpadi művek előadására vonatkozik, megállapítja, hogy jogsértése esetén *„kártérítésül fizetendő a jogosulatlan előadásból befolyt egész jövedelem az azokra fordított költségek levonása nélkül”*. Ez a korabeli gyakorlattal ellentétes, mert a sértett csak bizonyos részt kaphat meg. Ha ez a törvényi szakasz valóban helytállna, akkor minden szerző azt figyelné, hogy mikor sértik meg a szabályokat, keresné az összeütközést, ezzel pedig azt, hogy részére átadják kártérítés gyanánt az egész befolyt jövedelmet. Valószínűleg itt valami tévedés lappang – állítja –, hiszen Magyarországon a kártérítés alapja az egész jövedelemnek csak az a része lehet, amely a szerzői jogdíjnak megállapításául szolgál.

A szerzői törvény számos kérdéstről nem rendelkezik, azonban a fejlődéssel elkerülhetetlen a gépi többszörözéssel, a közzététellel és a forgalomba hozatallal kapcsolatos szabályok megalkotása: nem lehet megfelekedni arról, hogy a fejlődésnek köszönhetően mindig jönnek korszerűbb, modernebb technikák, amelyek a jog területén is problémákat vetnek fel. A fentebb említett gépi többszörözésre, a közzétételre és forgalomba hozatalra nincsen korrekt törvényi meghatározás, a német törvény ezzel szemben előrelátóbban számolva a technikai fejlődésekkel, kimerítően leírja, hogy mit takar a *gépi többszörözés* fordulat.

Konkrét kérdés például, hogy a fonográf gép-e, és hogy lehet-e a szerzői jogot bitorolni, ha fonográf útján adjuk vissza a szerző munkáját. A német szabályozás szerint a fonográf útján nem lehet elkövetni a jogbitorlást, a francia jog viszont szigorúbban szabályozza ezt a kérdést, mert náluk már arra alkalmas eszköznek minősül a fonográf is.

Az elévüléssel kapcsolatban felmerülő, reformra szoruló szabályok sorából kiemeli a 36. szakaszt, amely kimondja, hogy a szerzői jogbitorlás megbüntetése, továbbá az okozott kár és jogtalan gazdagodás iránt támasztható kereset három év alatt évül el, még pedig a három év azzal a nappal kezdődik, amelyen a jogosulatlanul többszörözött példányok terjesztése megkezdődött, vagy a mű közzététele megtörtént. Ezt Márton méltánytalannak tartja, kevesli a három évet, ezen felül ésszerűtlennek tartja az elévülési idő kezdetének meghatározását is. Ha például a szerző külföldre utazik hosszabb időre, ezalatt valaki kiadhatja a művet, és ha a szerző csak négy év múlva érkezik haza, és szerez a történekről tudomást, a jogérvényesítési idő már lejárt, mert már több, mint három éve kezdődött meg a terjesztés, és nem tud fellépni a bitorlóval szemben. Méltányosabb megoldás lenne, ha az elévülési időt nem a terjesztés megkezdésétől számítanák, hanem a szerző tudomásszerzésétől, hiszen ez a szabály a szerző érdekeit védi, így azt az ő ismereteihez, tudomásához kellene inkább igazítani.

A törvény perjogi részével kapcsolatban is talált kifogásolandót, ismét saját tapasztalata alapján: nem tartja méltányosnak, hogy a szerzői joggal kapcsolatos keresetek ítélet meghozatali ideje egy évnél hosszabb. Márton eddigi praxisa során még nem fordult elő, hogy a bíróság egy éven belül hozott ítéletet szerzői jogi keresetben: „...nem beszélek a kártérítésről, amelyet az összeg nagysága szerint meg lehetne hagyni az illetékes bíróságnál, de magának a szerzői jog bitorlásának tényét a törvényszéki és jegyzőkönyvi eljárásnak, a mely a mint tudjuk, fájdalom, nagyon elhúzódik, fenntartani, flagráns jogsértővel szemben”.^[12]

Említést tesz továbbá arról, hogy a szerzői jog terén hazánkban mekkora a bizonytalanság, valamint a külfölddel fennálló kapcsolatokról. Sérelmezi, hogy az ország „kiesett” a Berni Egyezményből,^[13] és sok külföldi állammal, nem vagyunk jó kapcsolatban, ami „valódi rabló gyakorlatot” teremtett. Hangsúlyozza, hogy a Szerzők Egyesülete minden erőfeszítést megtesz azért, hogy a maga hatáskörében eljárjon, és a például a budapesti amerikai konzullal egyeztetve megpróbálja megteremteni a viszonyosságot a két ország között.

Kenedi Géza felszólalása

Kenedi Géza^[14] meglátása szerint általánosan szerencsétlen vonás a magyar jogalkotásban, hogy minden törvényünk akkor került becikkelyezésre, amikor abban az országban, ahonnan származik már idejétmúltnak tekintették (ez az elmaradottság egyéb hazai jogágakban is előfordult). A szerzői jogunkat is az

1870. évi német szerzői törvény recepciójának tartja, azonban ez Németországban 1884-re elavultnak számított. „*Meg akarom ragadni ezt a régi törvényt, hogy kritika alá vessem és az intézményeket s a törvénynek nagy motívumait keressem, és mindig kisiklik a kezeim közül. Mindig találok – a mint jól részletezte a t. előadó úr – töredékes intézkedéseket, a melyek rosszak, részben nincs is értelmük vagy a melyek közül soknak, ha van is értelme, inkább ne volna az az értelme.*”^[15] – kezdi meg érdemi beszédét Kenedi Géza. Az előző felszólalóval hasonló véleményen van a reformot illetően, a kérdés tehát nem az, hogy szükséges-e a reform, hiszen ez egyértelműen kitűnik a jelenlegi helyzetből, hanem az, hogy milyen irányba haladjon. Kenedi Géza véleménye több ponton eltér a korábban felszóló Márton Miksa meglátásaitól. „*A haladó műveltség a gondolatok és – mert hiszen zenéről is van szó – az érzelmek kifejezése és terjesztése tekintetében tulajdonképpen ezen törvény keltétől kezdve nem produkált sok új instrumentumot.*” A telefonon és a fonografon kívül lényegében csak a mozgókép jelent meg új eszközként, tehát csak ezeknek az eszközöknek a szabályozását kellene belevenni a törvénybe, melyet a németek részben meg is tettek, hiszen az ő törvényük 1901-ben jött létre. A következőkben néhány példát említ felszólalásában. Az elsők között szerepel a Telefon Hírmondóval^[16] kapcsolatos eset, mikor is felidézi, hogy milyen nehezen helyezték el a dogmatikai fogalmak között, annak ellenére, hogy szerzői jogi és sajtójogi vonatkozása megkérdőjelezhetetlen volt. (A Telefon Hírmondó útján az egyik magyar költő versét elterjesztették az egész városban. Pert is indítottak ebben az ügyben, amelynek keresetében azt állították, hogy ez gépi többszörözés útján történt, első fokon az volt az ellenvetés, hogy ez nem gépi, hanem csak akusztikai többszörözés. Első fokon ezért elvesztették a pert, a másodfokon kihasználták viszont azt, hogy a bíróság szigorúan ragaszkodik a fogalmi meghatározásokhoz, és ezzel érveltek. A bíróság végül megállapította – túlságos fogalomhoz kötöttség nélkül – a bitorlást.) Hasonló problémát vetett fel ebben az időben a büntető törvényi szabályozás szempontjából a villamosság lopása, vagyis, hogy a villamosság anyag-e vagy sem, ez nem volt eldöntve, azonban az biztos volt, hogy elvétele a lopás tényállását kimeríti. A német szabályozás erre külön kitért, megállapította, hogy a villamosságot el lehet lopni, noha nem anyag. Kenedi a gondolkodás és a jogtudomány kimagasló fejlődését tartja a reform fő indokának, valamint azt, hogy időközben már számos fogalom sokkal precízebb meghatározást nyert, s hogy a jogsértő cselekmények száma is bővült. A szerzői jog esetében a *lopása* helyett – ami igazából nem is mondható lopásnak, hiszen nem a hagyományos értelemben vett tulajdonról van szó, hanem más természetű jogról – inkább elsajátításról, más szellemi termékének bitorlásáról kellene beszélni. Ezen gondolatok kifejtése után hívja a fel a hallgatóság figyelmét arra, hogy ha reformálni akarnak, akkor ne feledkezzenek meg arról, hogy a kiskapukat az emberek rendszerint megtalálják, így érdemes ezek felderítésére és kiküszöbölésére is komoly gondot fordítani. Némiképp idealisztikus és a jog reaktív természetétől idegen véleménye szerint lényeges szempont lenne, ha a bírót arra motiválnák, hogy ne a csalárdságok után járjon, hanem mindig előtte.

„A szerzői jogok védelmét a nagy közérdek és az egyéni szempont tekintetében két vezető gondolat kell, hogy vezesse, irányozza mindenkor.”^[17] Az egyik gondolat lényege az, hogy az eszmék, gondolatok szabadsága, terjedése az egész társadalomban minél szélesebb körben, korlátozás nélkül történjen. Hosszútávú reménye Kenedinek, hogy a szabad terjedés teljesen korlátlan legyen, de ez csak akkor valósulhat meg, ha az állam nagyobb törődést mutat majd a kultúra, a művészet termékei iránt; a másik az, hogy a szerző védelme, valamint a saját jogainak védelme, mely a szerzői jog védelmét jelenti, és egyben a közérdeket is szolgálja.

Felmerül Kenediben a kérdés, hogy „*vajon igazságos dolog-e az, hogy az emberi értelem teremtő munkájának védelme alatt egyszersmind a selejtességek, a hitványságok és a romboló elmeproductumok is ilyen védelemben részesüljenek?*”^[18] Ezzel azt kívánja tudatni a hallgatósággal, hogy ugyan a nagy költők hasznát is vennék ennek a reformnak, kell-e védeni azokat, akik „ponyva műveket” írnak az igazi irodalmi művekhez nem hasonlítható szókinccsel és témában. Előadásában megemlíti, hogy véleménye megegyezik Mártonéval a bitorlás tekintetében, ő is úgy gondolja, hogy a megfogalmazás pontatlan, nem tökéletes: érdemes összehasonlítani az 1901-es német törvénnyel, mert meglepően tapasztalhatjuk, hogy akkoriban Németországban mennyivel fejlettebb, mennyivel nagyobb érdekeket ölel fel e törvények tendenciája, ami még inkább indokolja, hogy a magyar szerzői jogról szóló törvény helyett újat alkossanak. A nehézséget abban látja, hogy a gyakorlatban meg kell határozni, azt hogy ki az irodalmi mű tulajdonképpeni tulajdonosa, ez azonban könnyedén bonyodalmat okozhat: a szerző, vagy az ügynökség, amelyre átruházta, vagy az akire az ügynökség átruházta. Nem szabad megfeledkezni arról, hogy a szerzői jog kizárólagosságot jelent, erre hoz is Kenedi egy példát, miszerint egy híres író eladta a művét egy kiadónak, amelyre a neve rá volt írva, aki szerzett jogával élt, fellépett egy másik kiadó egy korábbi szerződéssel, hogy neki már korábban eladta a szerző, pontosan hat évvel korábban. Előfordult olyan eset is, amikor akár két három, vagy több kiadó is fellépett ilyen igénnyel, miszerint nekik már korábban eladták a művet. Nem említett Kenedi neveket, de azt még hozzátette, hogy az írók gyakran elfelejtik, hogy melyik művüket adták már el, és így meglehetősen sok per indul. Ezek során „*megtörténik azután az, hogy abba botlik a perlő, a ki a bitorlást nem követte el, hanem jogszerű alapon állott és mégis a törvény értelmében, miután erről provideálva nincs, megfenyítik és kártérítésre kötelezik, legalább az interesse megtérítésére, holott ebben ártatlan*”.^[19]

A szerző halála után ötven évig tart a szerzői jogi védelem, s ez további kérdéseket is felvet. A német szabályozás a következő képen alakul: ezen intézményeknél sokkal nagyobb figyelmet kapott a közérdek, amennyiben harminc év van kitűzve a szerző halála után, de mégis egy kikötéssel, amely a kiváló, megbecsült műveknek védelmét jelenti, nevezetesen ha ebben a harminc évben kiadták a művet, akkor további tíz évig tart a védelem. Ez a kitétel a tudományos, matematikai művekre vonatkozik, mert gyakran előfordul, hogy a valós értéke

csak később a technika előrehaladtával derül ki, és akkor további tíz évig még fenntartják a szerzői jogokat. Ez a legmagasabb szintű szellemi munka védelmét jelenti. Egy ehhez hasonló szabályozás nálunk is megállná a helyét, így az ötven évet csökkentenék, ami a nemzeti kultúra érdeke is lenne.

A magyar törvényben az irodalmi mű lefordítási joga, valamint a szerző fordítási jogának megszorítása elfogadhatatlan. Értelmetlen és hasztalan lenne azt a szabályt fenntartani, miszerint a szerző halála után ötven évig ne lehessen újabb fordításokat végrehajtani tehát *„a szerzőnek saját művéhez, hogyha egy bizonyos nyelven kiadta, halála után még ötven évig joga legyen és ha ezen munkát lefordítva akár maga, akár más által kiadatja, ez korlátozva legyen öt esztendőre, de ezen felül is még azon föltételekhez legyen kötve, hogy az első év alatt a fordítás kiadását megkezdheti és három esztendő alatt befejezze”*.^[20] Jogsérelem ez a szerzőnek is, melyet külföldön a törvényhozási gyakorlat kezelhetőbben oldott meg. A korszerűtlen szabályozást még a korábbi, 1870-es birodalmi törvényből emeltük át, a német törvény megalkotásakor uralkodott Németországban az a nézet, hogy az irodalmi műveknek és a német szellemnek a hatása a birodalmi eszme felébredésének idején ne legyen korlátozva, s ezzel azt kívánták elérni, hogy a német birodalmi eszme és kultúra *„fészkelje be magát más országokba is”*. Magyarországon ez el is érte célját, hiszen a törvényt átvettük tőlük, de ez nem mondható szerencsés lépésnek, hiszen ezzel együtt minden hibáját átvettük, ahelyett hogy a törvényhozás jobban átvizsgálta volna ezt a szabályt, és módosító intézkedésekkel élt volna a hatékonyabb törvény létrehozása érdekében.

A felszólalása során érintett következő témakör a megzenésítés problematikája. Kenediben is felháborodást kelt azon eljárás, amelyet itthon alkalmaztak ekkoriban a szerzővel szemben. A törvény sem megfelelő, mert szabályai szerint nem minősül bitorlásnak az az eset, ha valamely írói művet felhasználnak egy zenemű elkészítéséhez, és a szöveg zenekísérettel együtt készül el.^[21] Ismételten felmerül a fentebb már említett példa *A falu rossza* című művel kapcsolatban. A mű írója, Tóth Ede örökösei pert indítottak az opera szövegkönyvének írója ellen, aki a művet elsajátította; az ügy az országos szakértői bizottság elé került, ahol megállapításra került, hogy az operában előforduló alakok, nevek, karakterek, az események sora a Tóth Ede által készült művel azonosak, az opera tehát teljes egészében másolata Tóth művének, minden lényegesebb változtatás nélkül használták fel. A szakértői bizottsága a megállapításait előterjesztette a bíróságnak, amelyben megfogalmazta, hogy *„ez egy legtisztább bitorlás s a bíróság kimondta, hogy – rettenetes betűmagyarázat, a melytől Magyarország judicaturája igen sok kérdésben nem tud szabadulni – hogy ez nem bitorlás, mert a törvény ezt megengedi.”*^[22] Már ebből a példából is világosan kitűnik, hogy a szerzői jogról szóló törvény reformja nem tűrhet halasztást. Az 1901-ben készült német szabályozás jóval fejlettebb, mert annak értelmében a költemények egyes részeit vagy kisebb költeményeket szabad megzenésítéshez felhasználni.

A következőkben egy olyan körülményről beszél, amely egyértelműen meghatározza, hogy a reform szükséges és kikerülhetetlen. Ez a fordítás jogának

kérdése egy olyan országban, ahol a művészeti termékek, eszmék befogadásával gyorsan fejlődik a kultúra, valamint a nemzeti irodalmi műveket rendkívüli módon óvni kell. Ebben az országban, Magyarországon kiemelkedő jelentősége van, hogy a művek fordításával kapcsolatos jogszabályok milyenek, hiszen ezek alapján dől el, az esetleges jogsértés problémája, továbbá kérdéses az is, hogy milyenek legyenek a nemzetközi szerződések, melyekkel a fordítási jogot a hazai igényeinknek megfelelően szabályozzuk. Magyarország az irodalmi művek tekintetében nagyon keveset „exportál” külföldre, azonban ehhez képest rendkívül sok mű érkezik hozzánk. Irodalmi mérlegünk rendkívül deficitese, hiszen hatalmas mennyiségben áramlik be az országba leginkább Németországból irodalmi mű. Ezzel kapcsolatban azt a kérdést veti fel, hogy miként fizessük meg a beáramló importot és hogy ha már tényleg fizetünk adót egy idegen kultúrának, miért fizessük: *„Selejtesebb, gyengébb, hitványabb művek nagy sokaságáért-e, vagy módjában van-e törvényeit úgy elrendezni, hogy ha már védi az idegen fordításokat, tegye úgy lehetővé a fordítás biztosítását, hogy az a mi abban az idegen kultúrában igazán becses és csakugyan képes gazdagítani a nemzet életét és kultúráját, az előnyben részesüljön.”*^[23] Nem kétséges, hogy a nemzetközi szerződéseket ezen elv alapján kellene megkötni.

Felszólalása következő pontja a Berni Egyezmény kérdése. A hazai szerzői törvény készítésekor, az 1800-as évek végén a Berni szerződés alapjai már le voltak rakva, ennek ellenére Magyarországon elkészült egy nem helytálló törvény. 1906-ra az európai államok nagy része ratifikálta az egyezményt, kivéve Ausztria-Magyarországot. A Berni Egyezmény lényege, hogy a szerző fordítási jogát biztosítja a maga államában, külföldön tíz évet ad a fordítás megkezdésére, ha megkezdtek a fordítást ugyanazon jogokat, amelyeket otthon élvez, ez sokkal nagyobb biztonságot jelent a nagy irodalmi művek számára. Ezzel a szabályozási módszerrel tehetnének szert az értékes magyar irodalmi művek külföldi piacokra, fontos lenne tehát belevenni a reformba az Egyezmény szabályait – ezt a nézetet a kereskedők és a kiadók is vallják. Annak idején nem hazánk érdeke volt, hogy a nemzetközi szerződést ne ratifikáljuk, azt csehek és a lengyelek hiúsították meg, hogy német kultúra előretörését Ausztriában gátolják. Zárógondolatában Kenedi Géza megemlíti, hogy törvényhozási apparátusunk nagyon nehezen képes adaptálni a törvényt, pedig kiemelkedő fontosságú lenne azt a nemzet érdekeihez alkalmazni: *„Azon lények, melyek alkalmazkodni nem tudnak, tengenek vagy elsorvadnak: ez természeti törvény.”*

Szalai Emil felszólalása

Szalai Emil^[24] véleménye szerint – az előző felszólalókat követve – a magyar szerzői jog mélyreható reformra szorul, bár ő nem találja annyira kétségbeejtőnek a jelenlegi szerzői joggal kapcsolatos helyzetet, de nem is emelné ki az 1884. évi

XVI. törvénycikket, mint a jogalkotás remekét. Sem szövegezését, sem koncepcióját, sem szerkezetét tekintve sem mondható elsőrendű munkának, ám egy megfelelő bíró kezében használható a jogszabály, de csak akkor, ha a bírónak van érzéke a művészeti és az irodalmi élet iránt. Egy hiányos, pontatlan fogalmazású, régi törvény alkalmazhatóságán segíthet a bírói gyakorlat és a jogszokás, ha nem akad fenn az esetleg kevésbé jól kidolgozott jogszabályhelyeken, a bíró a jogalkalmazás során pótolhatja a hiányokat. A régi szabályok hatékony alkalmazására példaként említi meg a francia joggyakorlatot, ahol a szerzői jog szabályozásánál hasonló a helyzet a magyarhoz.

Véleménye szerint a hazai törvény jobban sikerülhetett volna, ha megalkotásakor figyelembe veszik a képviselendők érdekeit. A bíróság védelmében felhozható, hogy rendkívül kevés esetben kerül hozzájuk szerzői joggal kapcsolatos ügy, így igen ritkán kerültek abba a helyzetbe, hogy a szerzői joggal összefüggésben kelljen ítéletet hozniuk. Elmondható továbbá az is, hogy a művészek, írók és kiadók az esetlegesen jogsértésnek vélt ügyeiket tétlenül túrték, nem éltek a jog adta védelemmel, túrték, hogy jogosulatlanul elvegyék tőlük műveiket, visszaéljenek azokkal. Ennek következtében a bírósági gyakorlatban nem jelentek meg az ilyen tárgyú keresetek sem, eddig csak néhány fordult elő a fővárosban, sok vidéki bíróság előtt még nem is volt szerzői joggal kapcsolatos per. Elképzelhető, hogy a helyzet másként alakult volna, ha csak a budapesti, kolozsvári és marosvásárhelyi bíróságokat ruházták volna fel hatáskörrel a szerzői jogi kérdésekben, és így az elbírálás szakmai színvonala is magasabb lett volna. Ha csak az előbb említett három törvényszék előtt intézték volna a pereket, akkor a gyakorlat jobban kiforrott volna, és szakszerűbben kezelték volna az ügyeket, hiszen itt koncentráltak volna a hasonló ügyek, ami a bírák számára is könnyebbséget jelenthetett volna.

Szalai nem a szerzők jogvédelmére tenné a hangsúlyt a reformban – szerinte ez benne foglaltatik a jelenlegi törvényben is, és csak értelmezés kérdése – inkább társadalmi jellegű intézményeket emelne be. Meglátása szerint fel kell hívni a szerzők figyelmét arra, hogy keressenek jogvédelmet, és kérjék a sérelmek bírósági orvoslását, amellyel felismernék a szerzők, hogy a jelenlegi törvény alapján is anyagi előnyöket érhetnek el, és vissza lehetne szorítani az irodalmi életben a növekvő számú illegális műveket; ennek legkézenfekvőbb formája egyesülések, szakegyletek létrehozása, és a művészek ezen körökbe tömörítése lenne.

Szalai nem tartja helyesnek a reform oly módon történő megvalósítását, amely csak a szerzők (anyagi) érdekeit emeli ki, és erre tekintettel alkotja meg a szabályozást, be kell látni ugyanis, hogy a szerzőknek morális, erkölcsi érdekei is léteznek. A szerzők csak egy része vélekedik úgy, hogy elsődleges célja a művével vagyona gyarapítása, többen inkább arra helyezik a hangsúlyt, hogy saját gondolataikat, eszméiket hirdessék, terjesszék el. Némely kiadó is inkább ezt kívánja elérni az anyagi javak gyarapítása helyett: létezik ugyanis olyan kiadó, amely non-profit jelleggel jött létre, például egy politikai párt vagy társadalmi

mozgalom, amelynek lételeme az irodalmi mű eszméjének terjesztése, de itt elsődlegesen nem is az a cél, hogy a bevételeit növelje, hanem hogy híveket, követőket toborozzon eszméinek. Több író gondolja úgy, hogy művének elismeréseként nem anyagi javakat vár, hanem azt, hogy minél szélesebb réteg ismerje meg műveit. A társadalom és az állam érdeke, hogy a művek minél szélesebb körben terjedjenek, azonban szintén ezek érdeke az is, hogy az anyagi előnyök is gondolkodásra serkentsenek, illetve, hogy az írással, gondolkodással rendszeresen foglalkozzanak. Természetesen szükséges az is, hogy akinek tehetsége van az íráshoz, az anyagilag is biztosítva legyen, megélhetését művészi munkásságából tudja fedezni. „*A kultúra és a szerző anyagi érdekeinek harmóniája kell tehát, hogy a vezérmotívum legyen a szerzői jog reformjánál.*”^[25] Az előbbi gondolatnak kellene meghatároznia az irányt a szerzői jog reformja során, kiváltképp a nemzetközi vonatkozású területen és a fordítás kapcsán. Megemlíti Kenedi Géza beszédéből azt a gondolatmenetet, hogy a hazai irodalom kevésbé jelentős az export területén, annál jelentősebb az importja. Mérlegelendőnek tartja, hogy a hazai értékeket és érdekeket tartjuk-e elsőbrendűnek, vagy az egyébként is jól megfizetett szerzők műveit. Felesleges minél előbb arra törekedni, hogy a fordítási jog szabályozásával és nemzetközi szerződésekkel szerzői díjak formájában egyre nagyobb vámot fizessünk a könyveket vámmentesen behozó országoknak. Ez fontos szempont a Berni egyezménybe történő belépés kérdésében – Szalai ezért nem támogatja a Berni Egyezményhez való csatlakozást sem^[26].

A reform során különös hangsúlyt kell fektetni arra, hogy az új törvény úgy legyen átdolgozva, hogy anyagi hasznot szerezzünk az importált szerzeményekből a jelenleg hatályos szabályozás helyett, amely alapján a külföldi szerzők művei jelenleg vám megfizetése nélkül áramlanak be az országba, ezzel a fordulattal esélyt adva a magyar kiadóknak, fordítóknak arra, hogy nagy mennyiségben beáramló külföldi irodalom magyar nyelven kerüljön forgalomba, és ezzel nyereséget is termeljen. A színvonalas külföldi munkák elterjedésének is kedvez, ha a piacon versenyhelyzet alakul ki. Kenedi véleményével ellentétben áll azon gondolata, miszerint a népszerű tudományos munkák magyar nyelvű kiadásait igen is szélesebb körben, alacsonyabb áron kell a piacra vinni.

Külön kiemeli a nyilvános előadás jogának kérdését, mivel ennek szabályozását eléggé homályosnak ítéli meg. A nyilvános előadás egy speciálisnak mondható műfaj a szabályozás tekintetében, hiszen ez nem a hagyományos értelemben maradandó, kevésbé kézzel fogható alkotás, ezért itt eredeti, önálló rendelkezések szükségesek. Szalai szerint szintén meglehetősen sértő a törvénycikk 50. szakasza, amely a színdarabok nyitányait nem védi meg. Példaként Kacsóh Pongrác *János vitézét* hozza fel: zenei előadások bemutatására alakult vállalkozások, mint például a zenés kávéházak vagy zenetermek becsalogatják a nézőket (belépődíj megfizetése mellett vagy emelt árakat alkalmazva) a *János vitéz* zenéjével, azonban az előadás alatt mást sem hall a vendég, mint az *Egy rózsaszálat*. Egy másik dal esetén, amely egy színdarab része, országszerte

énekelték, zenekarok játszották, de a szerzőnek csak minimális összeget fizetett a kiadó, mikor az első előadás előtt eladta neki. Az osztrák és német törvény ennél sokkal szigorúbban a szerző javára szabályoz, mert minden előadásért külön fizettet a szerzőnek díjat, míg a hazai szerzők azonban a színdarabok zenéjének előadási jogáért szinte semmit sem kapnak a törvényi rendelkezés alapján. A törvény 51. szakaszát Szalai érvényben hagyná a színpadi művek zenéjére nézve is, amit azzal indokol, hogy gyakran a zeneszerző és a színházak érdeke, hogy minél szélesebb körben ismert legyen a dal, mellyel nézőket csábíthatnak be az előadásokra.

A törvény büntetések és kártérítések fejezetét hasznavehetetlennek titulálja, amely szerinte is halaszthatatlan átalakításra szorul. Az alapelvek tekintetében ez a rész rendkívül elavult, és a gyakorlati életben bebizonyosodott, hogy ezek a szabályok a szerzői jog védelmét kevésbé biztosítják. A bitorlással kapcsolatos törvényi rendelkezések büntetőjogi szabályozásra jellemző módon lettek létrehozva, s talán – jegyzi meg – ezért is viseli a fejezet a büntetések címet. Ezzel szemben a cél az „anyagi kárpótlás” lenne, s a büntetésnek is inkább a szerző javát kellene szolgálni: kevésbé látszik reálisnak, hogy ha a szerző látja, hogy a büntetésből befolyt összeg az államkincstárt gyarapítja, ő maga pedig a jogsérelme miatt semmit sem kap, pert indítana az ügyben, viszont ha az erkölcsi kárpótlás mellett anyagi előnye is származna a perből, akkor előbb lépne fel a bíróságnál jogsértés esetén. A német szabályozás elsőrendűnek tartja a szerző kártérítését, az ehhez kapcsolódó fejezet címe a *Rechtsverletzungen*: a kártérítést helyezi a középpontban, a büntetés kérdése másodlagos, a bíróság által kiszabott bírság összege a szerzőt illeti meg, amely mellett büntetés is kiszabandó, ami az államkincstárat illeti meg.

Marton Sándor felszólalása

Marton Sándor^[27] előadása kezdetén leszögezi a reformmal kapcsolatos alapelveit. Az első, amit megemlíti, hogy a szerző munkájának anyagi javait magának kell élveznie, vagyis a szellemi tevékenységet materiálisan csak a szerzőnek lehessen „kizsákmányolnia”. A másik irány a szerző erkölcsi értékeinek megóvása. A szerzőnek ez a két irányú védelme összeütközésbe kerül az államérdekkel, pontosabban a kulturális érdekekkel, „*az emberi elme productumaiban rejlő művelődésfejlesztő erő az összességnek biztosíttassék, a mi szükségképpen a szerző oltalmi igényeinek korlátozásával jár*”.^[28] A korlátozás abban nyilvánul meg, hogy a forma, amelybe a szerző művét önti csak a saját belsőjéből fakad, azonban minden szerző a közös emberi kultúrkincsből meríti ihletét műve elkészítéséhez, és ehhez csak a saját eszméit, gondolatait fűzi hozzá. Ennek megfelelően megemlíti az olasz törvényt, amely szerint a szerző az emberiség számára dolgozik és a társadalmi rend a szerzőnek csupán művének –

a védelmi időn belüli haszonélvezetét biztosítja. (Marton hangsúlyozza, hogy Jhering a személyjogi felfogás révén a bitorlási keresetet *iniuriarum actio*nak minősítette, amire a századfordulós szerzői jogi rendszerekben maximum az a római jogi utalás található, amit Ulpianus éppen az *iniuriarum actio*ról beszélve fejtett ki: „...*iniuriam damnum accipiemus ... culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit*”.^[29])

Bőséges irodalommal rendelkezett a német vagyoni jogi felfogás, amely szerint a szerzői jog tulajdonjog – a legszélsőségesebb e téren Proudhon felfogása, aki az író, aki könyvét eladja, a bájait áruba bocsátó nőhöz hasonlítja. Marton nézete szerint a római jog és az antik világ a szerzői joggal kapcsolatban semmit nem hagyott ránk, amiből e kérdésnél kiindulhatnánk, csak a nyomtatás és a papír elterjedésének köszönhetően vetődött fel ennek a problémája, leginkább a kiadók szempontjából, ugyanis a szerzői jog az utánnomási tilalmakból fejlődött.

Kevés elérhető jogforrásból kiindulva Suhajda János magánjogában azt tanácsolja az íróknak, bíróknak, hogy „*ki ki segítsen magán, amint lehet*”. Marton példaként említi Rákosi Jenő esetét: 1878-ban a Gyapjú utcai német színház igazgatója a *Niniche* című darab előadását hirdette, azonban ennek a darabnak az előadási jogát Rákosi Jenő, a Népszínház igazgatója szerezte meg, így kérték a darab előadásának betiltását a rendőrségtől, s a premier estéjén az előadást be is tiltották. Természetesen a német színház igazgatója fellebbezett az ügyben, azonban a rendőri intézkedést másodfokon is jóváhagyták. 1878-ban, amikor már szerte Európában megalkották a szerzői jogi törvényeket, a rendőri beavatkozást magánjogi természetű ügyben a prevenció általános elvével indokolták. Ilyen körülmények között jelent meg a Kisfaludy társaság évkönyveiben az írói és művészi tulajdonjogról szóló törvényjavaslat tervezete, amit Arany László, aki az írói és jogászai szakma határán tevékenykedett, készített el, s ami az 1884. évi XVI. törvénycikk alapját képezi. Marton véleménye teljes mértékben megegyezik a korábban felszólalókéval a tekintetben, hogy a szerzői jogról szóló törvényt radikálisan csak úgy reformálható, ha erre egyszerre kerítenének sort a kiadói jog megreformálásával.

Marton a fordítás jogával kapcsolatban a törvénycikk 7. szakaszát fenntarthatónak tartja abból a célból, hogy a művek széles körben eljussanak az olvasókhöz. A szerző joga kellően védett, mert saját jogosult fordítása esetén a rendes szerzői jogi elévülési időt élvezi, vagyis a *volenti non fit iniuria* elve érvényesül. Ha a szerző ezen jogával nem él, feltehető, hogy műve közkinccsé válását nem akarja megakadályozni. Eltörleendőnek tartja azonban a fenntartási és bejelentési eljárást, és a fordítás tekintetében a szerzőnek fenntartott védelmi idő egységesen három évben akarná meghatározni.

A törvény indoklása szerint a bitorlás természete azt hozza magával, hogy a szerzői jogi jogsérelem úgy orvosolható, ha azt rövid idő alatt torolták meg. A bitorlás megtorlása Marton gondolatai szerint is büntetőjogi elemeket hordoz, s ebből következik, hogy a bitorlás sértettjének majdnem ugyanazon jogai vannak, mint a büntetőjog magánindítványos cselekményeinek körében a sértett félnek.

Az elévülési idő meghatározása összhangot teremt a büntető törvénnyel: a szerzői törvény 22. szakasza megvalósul a bitorlás a mű többszörözött első példánya (jogosulatlan) elkészültével, az elévülés azonban a 36. szakasz szerint a terjesztés megkezdésétől, a mű közzétételétől kezdődik. A szerző vagyoni érdeke ellen elkövetett bitorlásnak csak a szerzői törvény 23. szakaszában rögzített bitorlást, az üzletszerű áruba bocsátást és terjesztést lehet tekinteni, az ezzel kapcsolatos kereset elévülése azonban a terjesztés utolsó napjával veszi kezdetét. Ha a szerző a rendelkezésére álló három év alatt nem kívánt élni a jogával, akkor vélelmezhető, hogy nem is tekintette azt sérelmesnek.

Az átdolgozásra áttérve, felteszi a kérdést, hogy meddig megengedett, és mikor bitorlás az átdolgozás. E ponton elítéli a német szabályozást, mert túl szigorúnak találja, hogy a szerző kizárólagos joga elbeszélő művét színművé alakítani és viszont. *„A szerző műve az az egyéni és érzékelhetővé tett alak, melyben saját gondolatait megjeleníti.”*^[30] Ebből fakad, hogy a tiszta plágium nem meríti ki a bitorlás tényállását: mások gondolatainak feldolgozása akár új művet is eredményezhet. A plágium és a bitorlás között a határt Marton szerint nem lehet abszolút hatállyal megvonni, esetenként kell vizsgálni, hogy az alapgondolat feldolgozása révén önálló irodalmi vagy művészi munka jött-e létre. A 9. szakasz 1. bekezdése szerint az egyes művek kisebb részei, illetve kisebb dolgozatoknak a cél által indokolt terjedelemben való felvétele önálló tudományos műbe megengedett – tehát fontos az, hogy az a mű, amibe importálják az nagyobb tudományos munka legyen.

A képzőművészeti alkotások tekintetében a törvény alapos revízióját követeli. A 61. és 62. szakaszok összevetése szembeötlő analógiát mutat: a 61. szakasz 2. bekezdése az utánképzést a szerzői jog bitorlásának tekintetik akkor is, ha az eredeti művet más műfajban, vagy más műnemben utánozzák; a 62. szakasz 2. bekezdése szerint azonban nem tekintendő szerzői jog bitorlásának, ha az egyes másolatok nem forgalomba hozatal céljából készültek. *„Itt az anomália; míg az ugyanazon műnemben az egyszerű copizálás fennakadás nélkül állandóan történhetik addig a külön önálló munkát igénylő más műnemben való átdolgozás még egyes példányokra is tiltott.”*^[31]

Felveti a zenei művekre vonatkozó szerzői jog bitorlásának kérdését a gramofonra vagy fonográfra történő alkalmazása kapcsán. A német törvény szerint ez többszörözésnek minősül: *„durch Platten, Walzen und ähnliche Bestandteile von Instrumenten ... welche zur mechanischen Wiedergabe von Musikstücken dienen”*, ami egész Európában megengedett, kivéve Magyarországon. A szerzői jogról szóló törvény 5. szakasza szerint szerzői jog bitorlásának tekinthető az írói mű gépi többszörözése, de a 2. bekezdés szerint gépi többszörözés a leírás is, ha az a gépi többszörözés helyett alkalmazzák. A zeneműveknél nem a hangjegy vagy a kotta részesül védelemben, hanem maga a zenei gondolat. A bitorlás a 45. szakasz szerint – megfelelően alkalmazva az 5. szakaszt és annak 2. bekezdését – mindazon módon elkövethető, amelyeken zenei gondolatot, a szerző hangcsoportosításait oly módon rögzíti, hogy arról a zenei

gondolat reprodukálható. A hangjegy is csupán a hang előállítására szolgáló eszköz, a hang azonban nemcsak hangjeggyel, hanem sok más eszközzel, így fonográffal is utánképezhető. A zenei művek védelme esetében tehát Marton szerint nem elegendő az, hogy a hangjegyek ne legyenek nyomdai úton többszörösíthetők, védelmet kell biztosítani az írói művek esetében arra a lehetőségre is, hogyha az a vakok számára készül dombornyomással, és védelem kell a zeneművek esetében is, ha nem a hangjegyek többszörösítésével, hanem más módon történik a többszörözés.

A német törvény 22. szakasza a zeneszerzők jogának megszorítását tartalmazza, magyar szerzői törvény a 9. szakaszban taxatív felsorolja a szerző természetes jogát korlátozó intézkedéseket, azonban nem tartalmaz megszorításokat a többszörözés és a közzététel megengedett formái kapcsán. A német szabályozástól függetlenül a századfordulón hatályos magyar szabályozás a zenemű gramofon útján történő forgalomba hozatalát jogsértő magatartásnak minősítette.

A német szerzői törvény tárgyalásánál a *Reichstag* felkérte a kancellárt, hogy azon államokkal, melyek az 1886. évi szeptember 9-i Berni Egyezményhez csatlakoztak, kezdjen tárgyalásokat arról, hogy a szerző engedélye nélkül a zeneműveknek átvitelét tiltsák meg bármilyen hangszerre, amellyel a zeneművek visszaadhatók. Többszörösítésről tehát csak akkor beszélnek, ha meghatározott számban, olyan formában állítják elő a művet, amelyből a szerző gondolatának közlése másokkal lehetővé válik, de nem kell ugyanolyan formában elkészíteni, mint az eredetit. Nem szükséges továbbá, hogy ugyanazt a közönséget célozzák meg vele, a mechanikus többszörözés tehát a mű más érzékszervek útján való érzékelést is elősegíti. A gépi többszörözésre kimondták, hogy formai, célzati, lényegi szempontok alapján a nyomtatással egyenértékűek, így a bitorlás szempontjából is egy kategóriába sorolhatók azzal – a szakértő ugyan valamelyest élvezheti a hangjegyek olvasását, de annak olvashatósága nem feltétele a zenemű szerzői jogi oltalmának, a nagyközönség ezt csak hangok formájában élvezheti. A szerzői jogról szóló törvény cikk 46. szakasza kimondja: „*A szerzői jog bitorlásának tekintetik, a zeneműnek a szerző beleegyezése nélkül kiadott minden olyan átdolgozása, mely sajátlagos szerzeménynek nem tekinthető. Ilyenek ... a zeneműnek egy vagy több hangszerre berendezése ... vagy dallamainak ... lenyomata.*” Marton szerint ebből következik, hogy a gramofon a zenemű gramofon-hangszerkészülékre való berendezése.

Marton szerint Kenedi álláspontja – miszerint a szerzői jogi védelmet a ponyvaművekre ne terjesszék ki – elavult nézet. Felmerül számára a kérdés, hogy a védelemből való kirekesztés nem ellenkező hatást váltaná-e ki, és versenyképességük jobb lenne a piacon: ha egy mű valóban obszcén tartalmú, akkor a hatályos büntető törvény adott tényállása alá tartozik. Egy ponton egyezik a véleményük: nem feltétlenül kell minden nyomtatott terméket szerzői joggal védeni, ekkortájt ugyanis számos nyomtatott anyagot próbáltak védeni a szerzői jog segítségével, amelyek a bírói jogszolgáltatásnak köszönhetően oltalom alá is

kerültek (például árjegyzékeket, programokat, színlapokat). Ezt a felszólaló helytelennek ítéli, mivel szerinte ezek a termékek a tisztességtelen verseny keretébe tartoznak, nem pedig a szerzői jog tárgykörébe.

Marton és Kenedi álláspontja államszerződések tekintetében teljesen megegyezik: az államszerződések kérdése gazdasági kérdés. Hibás intézkedésnek véli az első szerződést, amelyet hazánk Franciaországgal kötött 1866-ban a szerzői jog tárgyában, mikor a francia műveket tekintve a fordítás védelmi határideje korlátlan volt, míg a magyar művek nem részesültek semmilyen védelemben. Statisztikai adatok hiányában ugyan, de ismereteire hivatkozva állítja, hogy évente mintegy ötszáz idegen nyelvű irodalmi mű és körülbelül negyven színmű kerül fordításban színpadra Magyarországon. Ebből következik, hogy nagy összeget juttatunk külföldre a fordítási jogok megszerzéséért, hozzánk viszont ennek csak töredéke érkezik vissza. Érdemes lenne szerinte a német törvényhozási gyakorlatot követni, és „iparpolitikai szempontból” szűkíteni a szerzők jogait.

Fényes Samu felszólalása

Felszólalásában Fényes Samu^[32] azon a nézeten van, miszerint a hazai szerzői törvény feltétlenül és általában minden tekintetben a lehető legrosszabb. Nézete szerint a kultúra és a szerzői jog védelme számára előnyösebb volna, hogy ha nem is létezne ez a szabályozás.

Márton Miksához hasonlóan a törvény 7. szakaszát próbálja értelmezni, majd arra a megállapításra jutott, hogy a törvény ezen szakasza érthetetlen: „*De mi, akik azt mondjuk, hogy nem értjük, még mindig többet értünk belőle, mint azok akik azt mondják, hogy értik, mert ki azt mondja, hogy érti az egyáltalán nem érti*”.^[33] Megdöbbenőnek tartja a törvényben, hogy a bitorlás kapcsán a legelső lehetséges tényállás, hogy bitorlást követ el az, aki egy holt nyelven készült művet fordít le élő nyelvre. Rávilágít arra, hogy ezt is a korábbi német szabályozásból vettük át, s hogy a németeknél azért került bevezetésre e szabályozás, mert a *Sprachwissenschaftliche Gesellschaft* akarták biztosítani a jogot a holt nyelvű fordításokra, s ennek Németországban meg is volt a maga jelenősége, hiszen e társság nagy mennyiségű keleti holt nyelvű szövegeket adott ki – mindegy azonban Magyarországon kevés szükség lehet. Mindez annyit jelentett, hogy érdemesebb a műveket holt nyelven megírni, és azt magyarra fordítani, mert így öt évnyi védelmet élveznek.

Megállapítja, hogy a 7. szakasz 3. bekezdése azonban valóban a hazai érdekeknek megfelelően lett kimunkálva, miszerint csak akkor minősül bitorlásnak az engedély nélküli fordítás, ha egy év alatt a fordítást megkezdték, és három év alatt be is fejezték. Rámutat a törvény hézagos szerkezetére, miszerint az az egyik mondatban kimondja, hogy a közzétételnek kell egy éven belül megkezdődnie, a

másikban pedig már úgy fogalmaz, hogy a fordításnak kell megkezdődnie, ami nem ugyanaz. Ha tehát valaki egy éven belül kezdi meg a fordítást és a három év letelte után adja ki azt, akkor az már nem minősül bitorlásnak, viszont ha három éven belül adja ki, akkor sem áll fenn a bitorlás esete. Érdekes momentum a szabályozásnak, hogy a színművek esetében a fordítást az eredeti megjelenésétől számított hat hónapon belül be kell fejezni. „*Minthogy a bevezetésben a bitorlás eseteit statuálja a szakasz, nyilvánvalólag azt kellene itt érteni, hogy az a kijelentés van itt, hogy az eredeti megjelenéstől számított hat hó alatt be kell fejezni, hogy a bitorlás létrejött. De ennek igazán nincs értelme, hogy quasi parancsolólag megszabja, hogy hogy kell bitorolni, tehát csak másik értelmét lehet ennek az intézkedésnek tulajdonítani.*”^[34] Az imperatív norma természeténél fogva nem minősíthető szerzői védelemnek.

A törvény hibája, hogy nem védi kellőképp a vagyoni jogokat, mert egy év után szabaddá teszi a fordítást, illetve több irodalmi műből csak egy gyűjteményes kiadást lehet kiadni a szerzői jog védelme alatt. „*Csak e két sarkalatos kívánalmat lehet a szerzői törvényhez kötni, hogy megvédelmezze a szerző anyagi érdekeit, munkájához való jogát, tehát vagyoni jogait, másodszor megvédelmezze az ő munkája egyéniségét, tehát erkölcsi jogkörét és minthogy e célokat ez a törvény meg nem valósítja, tehát olyan törvényt kell alkotni, a mely ezt a két postulátumot érvényesíti.*”^[35]

A következőkben Kenedi álláspontját taglalja a ponyvaregényekkel kapcsolatban. Kenedi védelmet adna az erkölcstelen, alacsony színvonalú munkák ellen, mellyel Fényes Samu is egyetért a tekintetben, hogy nincsen olyan fórum, amely meghatározná, hogy mi minősül obszcenitásnak. Figyelmet érdemel szerinte, hogy a világirodalmi viszonylatban Magyarországon kiemelkedően magas a pornográf munkák száma, ennek oka – mondja – feltehetőleg az is, hogy ezeket bárki elveheti, a három év, mely védi a szerzőt, fordítót gyorsan letelik, ez után pedig szabad prédává válik a mű, könnyedén telíthetik vele a piacot; nem kerül semmibe, nem kell hozzá tudomány, sem nyelvismeret, és egy haszontalan irodalmat kapunk. Tudományos könyv szerinte viszont alig akad magyar nyelven a piacon, leszámítva egy-két művet. Megfordítva az előbbi okfejtést a szerzői jognak védelmeznie kellene hosszú éveken át a selejtet, hogy a selejt írója csak magas anyagi ellenszolgáltatás fejében adja át munkáját többszörösítésre, s ez azzal járna, hogy a selejt ára felemelkedne, így nem lehetne olcsó kiadványokkal a piacra lépni.

Fényes Samu véleménye szerint a szerzői törvény reformja nem valósítható meg másképpen, csak úgy, ha az írók védelmet kapnak a fordításoktól és a gyűjteményes kiadásoktól, s ezért az idegen művek fordítóira nézve is ezen oltalmi jognak a szerző halála harminc-negyven évig kellene érvényesülnie.

^[1] Ehhez lásd Arany L.: *Az írói és művészi tulajdonjogról*. Budapesti Szemle, 20. 1876. 225–257; Kenedi G.: *A magyar szerzői jog*. Budapest, 1908; Knorr A.: *A szerzői jog magyarázata*. Budapest, 1890; Kováts Gy.: *Az írói és művészi tulajdonjog*. Budapest, 1879; Mezei P.: *A szerzői jog története a törvényi szabályozásig (1884:XVI. tc.)*. Jogelméleti Szemle 2004/3; Nótári T.: *A szerzői jog bitorlásának kérdésköre első szerzői jogi törvényünkben*. In: Nótári T.–Török G. (szerk.): *Prudentia Iuris Gentium Potestate. Ünnepi tanulmányok Lamm Vanda tiszteletére*. Budapest, 2010. 305–323; Petkó Mihály: *A szerzői jogi szabályozás története*. Collega 6. 2002/5. 23–27; Senkei-Kis Z.: *A szerzői jog kialakulása és fejlődése*. Első Század, 2007/1. 322–331.

^[2] Márton Miksa (1871–1936) hírlapíró, ügyvéd. Jogi tanulmányait Budapesten, Berlinben és Bécsben végezte, majd doktorátust szerzett és Budapesten ügyvédi irodát nyitott. Hosszabb ideig több napilap színikritikusa volt. Az 1900-as években mint zenekritikus működött, majd színházi és irodalmi ügynökséget alapított, amely az előkelőbb magyar írók műveit juttatta el a külföld nagyobb színpadjaira.

^[3] Szladits K. (szerk.): *A szerzői jogról szóló törvény reformja. A Magyar Jogászegyletben 1906. évi március havában tartott vita. Márton Miksa, Kenedi Géza, Szalai Emil, Marton Sándor és Fényes Samu felszólalásaival*. Budapest, 1906.5.

^[4] Szladits 1906. 5.

^[5] Szladits 1906. 8.

^[6] Szladits 1906. 8.

^[7] Szladits 1906. 10.

^[8] Szladits 1906. 11.

^[9] Szladits 1906. 13.

^[10] Szladits 1906. 14.

^[11] Szladits 1906. 14.

^[12] Szladits 1906. 18.

^[13] 1886-ban, Bernben fogadták el az irodalmi és művészeti művek védelméről szóló Berni Egyezményt.

^[14] Kenedi Géza (1853–1935) ügyvéd, publicista, író. Pécsen és Budapesten jogot végzett; 1888-tól ügyvédi gyakorlatot folytatott (az Áchim-perben a Zsilinszky fivérek védője). 1881-től a Pesti Hírlap szerkesztője, 1902-től Az Ujság főmunkatársa. 1910-18-ban kormánypárti országgyűlési képviselő. A Tanácsköztársaság után a Szózat, a 8 Orai Újság, 1926-tól a Budapesti Hírlap munkatársa, 1921-től a Kisfaludy Társaság tagja.

^[15] Szladits 1906. 22.

^[16] A Telefonhírmondó, az első beszélő újság: 1893. február 15-én szólalt meg először Puskás Tivadar bűvös hírközlő szerszáma a Telefonhírmondó. Színhelyül szolgált Budapesten a Magyar utca 6. számú házban néhány szoba. Igaz, önálló vezetékhálózata akkor még nem volt, így „adásait” csak a telefonállomásokon keresztül hallgathatták. A telefontulajdonosok kérhették közvetlenül a központtól a Telefonhírmondó kapcsolását. Ez a megoldás sok panaszhoz lett a forrása. Külső zajok, áthallások akadályozták a kifogástalan vételt.

^[17] Szladits 1906. 25.

^[18] Szladits 1906. 25.

^[19] Szladits 1906. 26.

^[20] Szladits 1906. 27.

^[21] 1884. évi XVI. tc. 48. § *A szerzői jog bitorlásának nem tekintetik továbbá a megjelent írói műnek a zenemű szövegéül felhasználása, ha a szöveg a zenekísérettel együtt nyomatik le.*

^[22] Szladits 1906. 30.

^[23] Szladits 1906. 31.

^[24] Szalai Emil (1874–1944) ügyvéd, jogi író. 1900-tól budapesti ügyvéd, főleg a szerzői joggal foglalkozott, részt vett a szerzői törvény tervezetének előkészítésében és megvitatásában. Ügyésze, illetve jogtanácsosa volt a Magyar Színpadi Szerzők Egyesületének, a Budapesti Színigazgatók Szövetkezetének, a Filharmóniai Társaságnak. 1923 és 1938 között a liberális irányzatú *Jogállam* című jogi szakfolyóirat egyik szerkesztője volt. 1944-ben az auschwitz-i koncentrációs táborba hurcolták, ott is halt meg. Számos külföldi regényt fordított magyarra.

^[25] Szladits 1906. 38.

^[26] Szalai ezzel együtt 1922-ben – kommentárral ellátva – közétette az Egyezmény szövegét becikkelyező törvényt.

^[27] Marton Sándor (1871–1939?) 1910-ben alapította a színművek közvetítésével foglalkozó és szerzői jogok képviseletét ellátó vállalkozását. Marton tizenöt évig ügyésze a Magyar Színpadi Szerzők Egyesületének és az Újságkiadók Szövetségének. Működése során több száz magyar színpadi művet helyezett el külföldön, többek közt Molnár Ferenc, Herczeg Ferenc, Fodor László, Bíró Lajos műveit. Külföldön a magyar irodalmi és színpadi szerzők jogi képviseletét látta el. A vállalkozás színpadi művek szerzői jogainak értékesítésével (minden előadási és kiadási jog), színházak felé színművek közvetítésével foglalkozó kiadóvállalattá fejlődött.

^[28] Szladits 1906. 45.

^[29] Ulpianus, *Digesta Iustiniani* 9, 2, 5, 1.

^[30] Szladits 1906. 51.

^[31] Kováts 1879. 41.

^[32] Fényes Samu (1863–1937) ügyvéd, regény- és drámaíró, filozófiai, szociológiai és jogi író, a radikális polgárság szószólója. 1907-ig Kassán volt gyakorló ügyvéd, aztán Budapestre költözött. 1908-ban megindította az *Úttörő* című hetilapot, 1911-ben az *Úttörő Társaság*ot, amelynek célja a szabadgondolkodás és tudomány népszerűsítése volt. Vezetője volt a Szabadgondolkodók Magyarországi Egyesületének. Főleg német filozófusokkal foglalkozott, Nietzsche fő művét, az *Also sprach Zarathustrát* ő fordította le magyarra először. Antiklerikális és ateista nézeteiért a Tanácsköztársaság bukása után börtönbe került. 1920-ban emigrált és Bécsben a *Diogenes* című lapot szerkeztette, amelyben József Attilának is meg jelentette néhány versét. Élete utolsó éveit Bukarestben töltötte, ott is kiadta lapját, a *Diogenest*. Jogbölcseleti munkákat is írt.

^[33] Szladits 1906. 70.

^[34] Szladits 1906. 72.

^[35] Szladits 1906. 72.

Nótári Tamás
Milena Polojac: Actio de pauperie and Liability for Damage
Caused
by Animals in Roman Law
(Belgrade 2003. 245 oldal)

Milena Polojac „*Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*” című monográfiája az állatkárok római jogi szabályozástörténetét elemzi, különös tekintettel az *actio de pauperie*, vagyis az állattartó alapvetően noxális jellegű felelősségének fejlődésére. Az állatkárokból fakadó kötelmeket a római jog ún. vegyes jellegű kötelmekként tartotta számon – anélkül, hogy ezt a fogalmat összefoglaló jelleggel megalkotta volna –, tekintettel arra, hogy ezeket a iustinianusi felosztásba (*contractusok, delictumok, quasi contractusok, quasi delictumok*) nem lehetett besorolni.^[1]

A római jog nem ismert általános jellegű szabályt az állatkárokból fakadó igény megtérítésére, szabályozásukra azonban igen korán, már a tizenkéttáblás törvény idejében sor került. Polojac kiemeli, hogy a római jog nem vonta az állatokat a „büntetőjog” szabályozási körébe, ellentétben az ókori kelet jogrendszerével, illetve bizonyos görög városállamok jogával.^[2] Áttekintő jelleggel, mintegy történeti kitekintésként említést tesz ugyanakkor több, ezen archaikusabb felfogást tükröző normáról. Így például az *Exodus* szerint a szabad ember halálát okozó ökröt meg kellett követni, húsát azonban nem volt szabad megenni.^[3] A mezopotámiai és a hettita jog tarifális büntetést határozott meg erre az esetre.^[4] Érdemes megemlíteni, hogy a XIII. és XVII. század közötti időszakból Polojac szintén példálózó jelleggel kiemel bizonyos eseteket, amelyek típuspéldái lehetnek az állatokkal szemben lefolytatott eljárásoknak, amelyek során a világi bíróságok szabályos tárgyalást folytattak le az emberek halálát okozó állatokkal szemben, és az állatot például kötél általi, illetve tűzhalálra ítélték.^[5] A legkorábbi, forrásszerűen igazolható eset 1386-ból származik Normandiából, amikor egy kötél általi halálra ítélték egy (vad)disznót egy gyermek megölése miatt: az ítéletet a város főterén hajtották végre, az állatot pedig emberi ruhába öltöztették. Ausztriában például a XVII. században börtönbüntetésre ítélték egy kutyát, amiért egy kormányzati tisztviselőt megharapott. Az utolsó, „állatvádltal” szemben hozott ítélet 1906-ból (!) származik Svájcbl, amikor egy kutyát rablógyilkosságban való bűnrészesség miatt halálra ítélték.^[6] Mindezen eseteket csupán a jogi kurrióiumtörténet szellemében emeltük ki – Polojac is csak e szándéktól vezérelve említi ezeket: munkája a római jog állatkár-felelősségét taglalja.

Érdeklődésének középpontjában az *actio de pauperie* áll, amely eredetileg a háziállat károkozásának esetére vonatkozott, később azonban már csak azon esetekre, ha az állat természetellenes vadsága okozta a kárt. A *sedes materiae* a forrásokban általában jól elhatárolható: mind a iustinianusi *Digesta* és az *Institutiók*,^[7] mind pedig Paulus *Sententiái* önálló titulusban tárgyalják e keresetet.^[8] A tényállás legkorábbi előfordulási helye a tizenkéttáblás törvény, amely valószínűleg a „*si quadrupes pauperiem faxit, ni sarcit, noxae dato*”^[9] fordulattal szabályozta a károkozás esetén a tulajdos általi kártérítés megfizetésének, illetve ennek hiányában az állat *noxába* adásának kötelezettségét.^[10] A szerző ezzel összefüggésben hosszabban taglalja az állatok e szemszögből lehetséges klasszifikációját a római jogban, aminek szempontjait a rómaiak egyfelől az állatok alaptermészetében, másfelől az ember számára történő hasznosíthatóságukban határozták meg. Az első szempont szerint a vad- és a háziállatok között heyleztek el a megszelídíthető, például teherhordásra használható állatok, a második szempont szerint külön kategóriát kepeztek a *iumenta*, a *res manicipi* körébe tartozó állatok és az egyéb négy lábúak, vagyis a *quadrupes*, amelyek alatt ház állatokat értettek.^[11]

Polojac érdekes elemzést nyújt a *pauperies* mint a kereset ényegét érintő kifejezés etimológiája kapcsán is: a vonatkozó *nomen* a *pauper* melléknévvvel áll kapcsolatban, hamarosan azonban önálló jelentést kapott *állatkár* értelemben – ugyanakkor a szerző nem foglal állást azon (teljes biztossággal valóban megválaszolhatatlan) kérdésben, hogy miért éppen e kifejezést implementálta a jogi terminológia e tartalom kifejezésére.^[12] Ezt követően behatóan elemzi az *actio de pauperie* sorsának alakulását a *praetori* jogfejlesztés tükrében, vagyis azon *actio utilist*, amit a *praetor* azon esetekre adott, amikor a kárt nem az eredeti körbe tartozó állatok, hanem bármely más állat, vagyis magántulajdonban álló házi- vagy vadállat okozta.^[13] Az *actio de pauperie* és a korai jogtudomány kapcsolatán belül kiemeli Q. Mucius Scaevola^[14] és Ser. Sulpicius Rufus^[15] *responsumait*, amelyeket a *Digesta*, azon belül pedig Ulpianus közvetítésével ismerünk, amelyek értelmében az állat természetes vadságából eredően lehet, emberi mulasztás, illetve vétkekesség esetében pedig nem lehet helye a vonatkozó *actio* megadásának.^[16] A klasszikus *iurisprudentia* állatkárokhöz való viszonyulásának elemzése során Polojac kiemeli, hogy a klasszikus jogtudomány jutott el odáig, hogy az *actio de pauperie* csupán a háziállatok *contra naturam* vadsága esetén áll meg, és ennek kapcsán – ennek részletes bemutatására itt nem nyílik lehetőség – hosszabban analizálja a *feritas contra naturam*-szöveghelyeket, illetve talál magyarázatot e fogalom tartalmára.^[17]

Könyvének másodi fejezetében a szerző először a noxális felelősség kérdéskörét elemzi, ennek során először a noxális keresetek problematikájával, ezek természetével és a *pater familias* *noxába* adási jogával foglalkozik behatóan.^[18] Ezt követően az *actio de pauperie* noxális természetét taglalja: ennek során a szakirodalomban található nézeteket, elsősorban Kaser,^[19] Ankum,^[20] Biondi,^[21] Kerr Wylie^[22] és Robbe^[23] álláspontját ismerteti, és vonja le ezek ütöztetésével, a

forráshelyek elemzése fényében saját következtetéseit.^[24] A *noxae* fogalmának elemzése során, illetve a *noxae deditio* intézményének lényegét feltárandó szintén részletesen foglalkozik a szakirodalomban kialakult nézetekkel, az előbb említett szerzőkön kívül De Visscher,^[25] Sargenti^[26] és Pugliese^[27] álláspontjával,^[28] valamint a passzív legitimáció kérdéskörével e kereset tekintetében.^[29]

A monográfia harmadik fejezete az állatok által okozott károk kapcsán az *actio de pauperie* mellett/helyett alkalmazott egyéb jogi eszközökre tér ki. Vagyis az *actio de pastu pecorisra*,^[30] amely az idegenbe belegelő állat gazdája ellen volt indítható már a tizenkéttáblás törvény szerint is,^[31] az *actio ex lege Aquiliára*, amely olyan esetekre vonatkozott, amelyben a kárt okozó ember az állatot eszközként használta fel a károkozó magatartáshoz,^[32] az *actio de ferisre*,^[33] valamint a *lex Pesonalia de canére*, amely az *actio de pauperie* hatályát a köztársaság idején kiterjesztette a kutyákra is, amelyek korábban vadállatoknak számítottak.^[34] A könyvet összegzés, irodalomjegyzék, forrás-, név- és tárgymutató zárja.^[35]

Összegzésként megállapíthatjuk, hogy a belgrádi romanista, Milena Polojac monográfiája a témakört jó érzékkel, alaposan, a források és a szakirodalom beható ismeretével feldolgozó, stílusosan pedig kellemes olvasmányt nyújtó munka, amely mindeképpen megérdemli, hogy a benne foglaltak helyet kapjanak a nemzetközi romanisztika felelősségi kérdésekk foglalkozó szakirodalmában.

^[1] Földi A.–Hamza G.: *A római jog története és intézményei*. Budapest, 2010. 580.

^[2] Polojac 17.

^[3] Exodus 21, 28.

^[4] Polojac 10.

^[5] Ehhez bővebben lásd K. v. Amira: *Thierstrafen und Thierprocesse*. Innsbruck, 1891.

^[6] Polojac 13.

^[7] D. 9, 1; Inst. 4, 9.

^[8] Sent. 1, 15.

^[9] XII tab. 8, 2.

^[10] Polojac 19.

^[11] Polojac 24.

^[12] Polojac 26.

^[13] Polojac 28. skk.

^[14] D. 9, 1, 1, 11.

^[15] D. 9, 1, 1, 4.

^[16] Polojac 36. skk.

^[17] Polojac 42. skk.

^[18] Polojac 55. skk.

^[19] M. Kaser: *Das altrömische ius*. Göttingen, 1949.

^[20] H. Ankum: Actio de pauperie et actio legis Aquiliae. In: *Studi Sanfilippo, II*. Milano, 1982. 13–59.

^[21] B. Biondi: *Actiones noxales*. Cortona, 1925.

^[22] J. Kerr Wylie: Actio de pauperie. In: *Studi Riccobono, IV*. 1936. 459–521.

^[23] U. Robbe: L'Actio de pauperie. *Rivista italiana per le scienze giuridiche, N.S. VII*. 1932. 327–384.

^[24] Polojac 76. skk.

^[25] F. De Visscher: La nature juridique de l'abandon noxal. *RHD* 9. 1930. 411–471.

^[26] M. Sargenti: Contributo allo studio della responsabilità noxale in diritto romano. In: *Publicazioni della Univ. di Pavia* 1949. 59–135.

^[27] G. Pugliese: Appunti in tema di azioni noxali. In: *Scritti Carnelutti, II*. Padova, 1950. 115–156.

^[28] Polojac 93. skk.

[\[29\]](#) Polojac 133. skk.

[\[30\]](#) Polojac 171. skk.

[\[31\]](#) XII tab. 8, 7.

[\[32\]](#) Polojac 183. skk.

[\[33\]](#) Polojac 193. skk.

[\[34\]](#) Polojac 202. skk.

[\[35\]](#) Polojac 207. skk.

Pokol Béla

Alkotmányozás és a Szent Korona-eszme

A most elindult alkotmányozási munkák jó alkalmat jelentenek arra, hogy szemügyre vegyük a Szent Korona-eszmét. Sokszor elfogult viták, túlzások és minősítések jellemzik a nyilvánosságban a korábbi magyar íratlan alkotmányt és ebben a Szent Korona-eszmét, de próbáljuk meg elfogulatlanul vázolni röviden ennek történetét. Ehhez alapmunkák Eckhart Ferenc valamikori monográfiája és napjainkból elsősorban Kocsis István és Zétényi Zsolt könyvterjedelmű feldolgozásai. Nézzük meg mit jelentett Szent Korona-tan a magyarság történeti változásaiban, és milyen segítséget tud adni a mai alkotmány szövege számára.

(Történeti formálódás) Az uralom átvételének különböző formái voltak a középkorban (pl. a longobárd királyok lándzsát kaptak ekkor) és a római hatásra terjedtek el a római impérium jelvényei: a korona, a bíborpalást, és ezek a germán uralkodók jelképeivé is váltak, a frank Nagy Károlynál már a korona a császári hatalom kifejezője volt. A koronázást az egyház beolvasztotta a király felkenésének az ótestamentumból származó szertartásába, és ezzel a VIII-IX. század óta ez szentségi jellegűvé vált, a koronázással lett „Isten kegyeméből uralkodó” a király. További fejlődése a korona eszméjének, hogy már egy 835-ös iratból az derül ki, hogy a korona két értelemben vált használhatósá, egyrészt a koronaékszert jelentette magát, de használták már a királyi hatalom értelmében is, mint a főhatalom jelvényét. Az 1100-as évek tanúsága szerint Angliában is használták így a korona szót, és a királyi bírácoknak fenntartott pereket, mint a korona jogköreit nevezték, és később már a királyi jogköröket is a „korona jogaival” fejezték ki, sőt az általánosodás menetében király helyett már „Anglia koronája” kifejezést is használtak (*corona Anglie*), majd egy idő után a „korona birtokai” azt jelentik, hogy ezeket nem idegenítheti el a király, ezek nem taroznak a személyes javai közé, és ezzel a király és a állam fogalmi körének elkülönülése kezdődött el. A királynak a koronázási esküben meg kellett ígérni 1200-as évek végétől mind Angliában, mind a franciáknál és a magyaroknál, hogy visszaszerzi a korona jogait, birtokait, amit elődje elidegenített, ezzel megszegve koronázási esküjét. *Így a korona mint a király személyétől független entitás (állam) kifejezésévé kezdett válni.*

Az 1200-1300-as években a kancelláriai dokumentumokban mind a magyaroknál, mind a cseheknél úgy is szerepelt, mint a királyi hatalom kifejezése, mint a király jogainak forrása, mely a pápai kúria buzdítására ment át a dokumentumokba, és ezekben a magyaroknál még sűrűbben vált használhatósá, szemben a cseheknél

inkább elvétve. Egyáltalán, noha az egész korabeli Európában közösen volt használatos a koronaeszme, de a magyar kancelláriai gyakorlatban ez kiemelkedő volt, és sok fordulatban használták a legkülönbözőbb iratokban. Az 1200-s évek közepétől kezdődött el az iratok tanúsága szerint, hogy a koronát „szent” jelzővel egészítették ki (*sacra, sanctissima*), mivel a koronának szentség jelleget tulajdonítottak, mely a király személyét is megszenteli.

A korona király személyétől elválása és mint az egész ország államhatalmának kifejezése az 1400-as években Angliában is látható, pl. 1436-ban mondja Bath és Wells püsköke, hogy „A korona alakjában az ország kormányzata jelenik meg, mert az arany a közösség uralmát, a korona virágai és díszítő drágakövei a királynak vagy uralkodónak méltóságát és tisztségét jelzik”. Vagyis a korona mint ékszer leválik a királyról, és mint az uralkodói jogosítványok fogalmi köre általánosabb szinten stabilizálódik értelmileg, és a változó királyok fölött a változatlan királyi hatalom, majd államhatalom alakul át e fogalom.

Magyarországon a király mellett önállóan a korona, mint a folyamatos állami hatalom fogalma az 1300 évek végén először a külkapcsolatokban és nemzetközi jellegű szerződésekben jelent meg, pl. 1381-ben a velencei köztársasággal kötött szerződésben azért, hogy ne csak az adott királlyal kötött szerződés legyen ez súlyt helyeztek arra, hogy a magyar államot jelentő koronával kötött szerződés legyen ez, mely a későbbi királyokat is köti. Vagyis a hiányzó „államhatalom” kifejezés pótlása a korona fogalmával itt jól észlelhető. Lényeges, hogy miközben az 1300-as évek végére a többi országban a korona már az egész országot és az ország államát jelentette, nálunk ez megmaradt a királyi hatalom jelzésére, és lehet találni olyan törvényszöveget is 1386-ból, ahol épp az ország és a királyi hatalom szembeállításánál használták a királyi hatalomra a korona szót, kizárva ebből az egész országot - *respublikát* az államra és *regnumot* az országra használva, szembeállítva ezeket szent koronával. Ám az 1387-es rendek általi királyválasztás után, amikor Luxemburgi Zsigmondot hívják meg az ország királyának lassan világossá válik, hogy a szent korona az ország koronáját jelenti, amelyet egy király megkaphat, de tőle elválasztva az még az ország koronája, annak kifejezője. Ettől kezdve indul meg, hogy „Magyarország koronája” lesz a kifejezés: *corona regni* és mellette *regnum Ungarie*, míg korábban *corona regia* (királyi korona) mellett a *rex*, a király személye volt a kifejezés. Ettől kezdve alakult ki fokozatosan, hogy a bárók is a hatalomgyakorlás részeként értik magukat – különösen, amikor 1401-ben egy fél évre fogságra vetik a bárók Zsigmondot, és egyedül gyakorolják az országban a hatalmat. Ezzel a korona elvált ez időre a király személyétől, és a bárók gyakorolták a hatalmat pusztán a koronával együtt, de a király személye nélkül. Ekkor vésték meg a pecsétet „*Sigillum sacre corone regni Hungariae*” felírással, és Kanizsai János esztergomi érsek a „szentkorona kancellárja” címet veszi fel, nem a király kancellárja címet, noha mikor a király kiszabadul, újra a királyi kancellár címet kezdi használni.

Lényeges, hogy a Nagy Lajos halála utáni bizonytalanságban a szentkorona királyi hatalomtól elszakadása és az ország egész főhatalmának jelzése ezzel tisztábban előbukkan, de azért ez nem vált át teljesen erre az értelemre, és még sokáig a királyi hatalom kifejezése maradt.

Még egy változást jelentett az Anjouk körüli harcokban, majd a Zsigmond királlyá választása körüli időkben, hogy a hatalom átruházásában az egyházi felkenéssel átruházás helyett egyre inkább a rendek általi királyválasztás és hatalom-átruházás bukkant fel. Bizonytalan marad azonban még ekkor, hogy a korona átruházói, a rendek egyben a korona tagjai-e. I. Ulászló halála után, amikor a bárók Országtanácsa válik a főhatalommá, kizárólag csak az „ország koronája” szerepel az adománylevelekben, és a koronának tett szolgálatok, melyeket az adomány bizonyít. Ettől kezdve *Magyarország folyamatos államhatalmának jelzésére válik használatossá a szentkorona*, és ezzel a királyi hűség helyett az állampolgári hűség eszméje bukkán fel halványan az adományozásokban.

A Szent Korona-eszme összefonódása az organikus állameszmével szintén egyházi eredetű: az egyház mint Krisztus misztikus teste, és az egyház misztikus testének feje így Krisztus. Ez továbbfejlődve Angliában a „király két teste elvben” vált ismertté 1559-ben, egyik a természetes teste, másik a politikai teste, mely utóbbinak tagjai az ő alattvalói. A szentkorona-eszme és az organikus állameszme összeolvadása Werbőczy ideje előtt történt meg, mivel a magyar birodalom mint test és az egyes csatolt részek mint ennek tagjai merültek fel egyre inkább az 1400-as évek első évtizedeitől. Előtte már elterjedt, hogy a bárók - és Hunyadi János kormányzása óta a nemesek is - az ország tagjai, és az is, hogy a bárók Országtanácsa a korona hatalmát gyakorolja az ország ügyeinek intézése közben, de új Werbőczynél az, hogy az organikus állameszmét kifejezve a „Szentkorona tagjainak” mondja a rendeket, és minden nemes a Szentkorona tagja lett nála. Ezzel igazolta ugyanis az „*una eademque nobilitas*”, az egységes nemesség tézisének. De ezen kívül nem jelenik meg a Tripartitumban az organikus Szentkorona-eszme.

Mohács után, a Habsburgok idején jó ideig nem fejlődött tovább a Szentkorona-eszme, korona alatt leszűkítve a királyi hatalmat értették, és a koronát a királlyal azonosították ismét. A Habsburgok nevében tárgyaló főhivatalnokok nem is értették pl. amikor Bocskayék küldöttei a régi formulákkal a rendek nevében „a korona és a király tekintélyét” külön említették irataikban, és ők a reális tárgyi koronát (ékszert) tudták csak érteni alatta, és jelezték, hogy azt jól őrzik. De később azért általánosabban a „királyi hatalom” értelmében használták a bécsi udvar hivatalnokai is magyar viszonylatban a magyar királyi hatalom értelmében a korona kifejezést, és a magyar korona mellett a cseh korona kifejezés is mint a uralkodó különböző országok feletti királyi hatalmának értelmében lett használatos. Sőt kezdett kialakulni, hogy az egyes elvesztett országrészek és volt

tartományok visszaszerzésénél a szentkorona jogára hivatkozás volt az alap, és ha visszakerült, akkor az a Szent Koronába tért vissza, és így a *Szent Korona eszméje fokozatosan mint a területi integritás kifejezésévé* is vált az 1600-as évek folyamán, pl. Bethlen és II. Mátyás közötti tárgyalásokon így szerepelt a korona kifejezés, és így volt az 1700-as évek folyamán is.

Az 1800-as évek években ismét a királlyal azonosították a koronát a bécsi udvar főhivatalnokai és velük vitában a magyar rendek is, de rendek között azért felmerült a korábban kialakult átfogóbb magyar Szent korona-eszme is az 1790-es vitákban. Ám fontos volt az a fejlemény, mely végre létrehozta az „állam” kifejezést a nyelvújítási forrongás során. A reformkorszakban még a „státust” kezdték erre használni a latinból átvéve - mely régebben a rendeket jelentette - és kiszorítva ezzel a respublica kifejezést. De megjelent a „status” magyar fordításaként az „álladalom” a nyelvújítás alatt (1796-ban volt az első előfordulása), majd 1850-es években az „állam” rövidebb alakja.

A Szent Korona eszméje az 1800-es években úgy is megjelent a politikai vitákban, mint a magyar állam hagyományos területeinek integritása, és ennek nevében követelték az egyes részeket, illetve szálltak szembe a bécsi udvar ezt sértő intézkedéseivel, pl. amikor Erdély unióját Magyarországgal megszüntette az abszolutizmus az 1850-es években, vagy Horvát-Szlavónországot elszakította Magyarországtól. Így a kiegyezés tárgyalásai alatt a Szent Korona területi integritásának eszméje a középpont volt. Ez idő alatt kezdte Deák a korábbi „Szent Korona országai” helyett „Szent István koronája országai”-t használni írásaiban. Míg a területi integritás követelésének jogalapjaként Deák sűrűn használta a Szent Korona-eszmét, addig a közjogi viszonyokban ezt nem használta fel De már előtte Széchenyi sem kedvelte ezt, mivel a nemeseken kívül a parasztságot politikai jogokkal ellátni ezzel nem lehetett. (Bár Kocsis István jelzi könyvében, hogy ez egy kihúzott mondat volt Széchenyi Hitel című munkájában, és nem került nyomtatásban, illetve Kocsis idéz hosszú mondatokat arra, hogy Széchenyi tisztában volt azzal, hogy a Szent Korona-eszme adta garanciák segítették a magyar államiság fenntartását a Habsburgokkal szemben!)

A kiegyezéssel megvalósul a területi integritás helyreállítása, és ekkor a Szent Korona-eszme másik oldala, a közjogi viszonyok alanyainak helyzetének kifejezése válik ismét fontossá, a *szentkorona mint közjogi egység* (és nem mint területi egység) mely az alkotmányos törvényhozásban létezik, és ezt Hajnik Imre 1867-es tankönyve indította el. Ő beszélt először a „szentkorona testéről”, mely az Országgyűlésben jelenik meg. Egy ideig ez nem hatott, de Concha Győző 1891-ben egy vitában nagy hangsúllyal ezt képviselte, és szélesebb körben elfogadottá tette ezt, majd Timon Akos az 1900-as évek elejétől ezt egy életen át propagálta. Timon azzal hozott újat Hajnikhoz és Conchához képest, hogy a Szent Korona misztériumát és misztikusságát sokféle formában hangoztatta.

Kocsis István „A Szent Korona tana. Múltja, jelene, jövője” c. 1995-ös könyvében alapjaiban elfogadja a fenti, Eckharttól származó értelmezést, de ő - vele szemben - a „törvénysértés jogot nem létesíthet”-elv alapján az ország hajdani egységének visszanyeréséhez ma is felhasználhatónak látja a Szent Korona-tant. Álláspontját úgy lehetne röviden összefoglalni, hogy miként 1790-ben II. József abszolutizmusával szemben a magyar rendek és az 1860-as évek során Deák Ferencék a kiegyezésért harcolva sikerrel támaszkodtak erre a tanra, most is ugyanezt kell tennünk, és a siker most sem maradhat el. A kérdés tehát csak az lehet, hogy mennyire reális ez a feltételezés, mert a magyarság nemzeti-kulturális szerveződésének állapota és ennek romlása már rég túl van azon a szinten, melynek rémítő víziója Széchenyi Istvánt az örületbe kergette valaha, így minden segítség után kapni kell.

Sajnos, azonban a válasz nem mutathat az optimizmus irányában. A fő gond Kocsisék törekvésével, hogy eltúlozzák azt, amit a magyar államiság megtartásában a Szent Korona közjogára hivatkozás és a melletti kitartás ténylegesen tett. A lényeg inkább az volt az akkori sikereknél, hogy a reális gazdasági és társadalmi hatalmi szerveződésben a magyar nemesség erős maradt a Habsburgokkal szemben, és a magyarok passzív rezisztenciája mellett azok hosszabban nem tudtak sikerre jutni, illetve a Habsburgok külső bajai ezzel egyesülve engedésre készítették a dinasztiát. *Ezt a siker egyedül a Szent Korona-tannak tulajdonítani, és ebből azt levonni, hogy a mai körülmények között is csak ugyanezt kell tenni - hibás lenne a magyarság sorsát illetően.* Ti. mára pl. a teljes magyar pénzrendszer 95%-a külföldi kézre került, a teljes magyar termelési tulajdon 75%-a idegen kézben van, a társadalom vezető elitjei között azok rendelkeznek a szellemi szektorok forrásaival, a média és a kultúraterjesztés nagy részével, akik a nemzeti társadalmi szerveződéssel szemben a globális uralmi rend csoportjaival fonódnak össze. Vagyis a magyarság mai reális gazdasági társadalmi-hatalmi helyzetét már nem lehet a Deák korához hasonlítani, hogy az ő „makacsságát” sikerre vivőnek vélhessük. Hogy összehasonlítással éljek, ez olyan lenne, mintha azt állítanánk, hogy Izrael állam létrehozását a világ zsidósága a valamikori hazában való hit erejével tudta volna elérni. Ez a hit a zsidóság egy részében létezett, és ennek volt ereje, de nem hiszem, hogy bárki is vitatná a világ zsidóságának pénzügyi erejét ebben és az Izrael állam létrehozására törő erők közvetlen támogató kapcsolatát a világ akkori nagyhatalmainak vezető köreivel.

Ez a hasonlat persze mutatja az eszmék korlátjai mellett azok részleges erejét is, és az ősi magyar íratlan alkotmány követelményeinek megőrzése, illetve a Szent Korona-eszme nemzeti identitásban játszott szerepének fontossága miatt fel kell venni ezt az új alkotmány preambulumba. Ha az idők jobbra fordulnak egyszer, a megőrzött eszmét még fel lehet használni, de ehhez a magyar gazdasági erő, a

kultúra, médiaviszonyok és nem utolsósorban a népesedési viszonyainkban kellene fordulatot elérni.

Szabó Kornél
A fiatalkori „sexual-reproduktív-health”
néhány etikai, jogi kérdése

Ötven éve lehet „szex” reprodukció nélkül, 20 éve van reprodukciós szex nélkül, és ma már letetséges reprodukció a menopausa után, 60 éves kor felett.

A fiatalkori szexualitás, a prenatális diagnosztika és a magzati in utero terápia módszerei, a családtervezés, születésszabályozás napjainkban is alkalmazott destruktív („negatív”-nak nevezett módszerei), a fogamzásgátlás, a művi meddővétel és a terhességmegszakítás jogi szabályozása számos nehezen megválaszolható, jogi és etikai kérdést vetnek fel. .

Újabbak az asszisztált reprodukció körébe tartozó módszerek (harmadik személy színrelépése), az embriókutatás, a szex-szelekció, az őssejtkutatás és végül a médiaslágere, a klónozás, a „halhatatlanság” biotechnológiai megoldása.

Ezen első közleményben a fiatalkori szexualitás néhány releváns kérdését tekintjük át.

Az emberi szaporodás évezredek óta meghatározó kérdése minden humán társadalomnak, szabályok és egész szabályrendszerek alakultak ki.

A témához kötődő etikai, jogi kérdések bizonyos szempontból tökéletesen azonos megítélés alá esnek a sporttal és a politikával. Nevezetesen mindenki beszél róla, mindenkinek van véleménye róla, és mindenki bizonyos benne, hogy ért hozzá. A többség szilárd elképzelésekkel rendelkezik, ezért a viták hevesége belátható időn belül nem fog csökkenni.

A kérdéskör egyik legvitatottabb pontja a **fiatalkori szexualitás**.

Etikai és jogi szempontból is egy igen kényes területről van szó, hiszen napjainkban

a nemi érés de különösen a szexuális élet kezdete lefelé tolódó a reproduktív életszakasz extrem kezdeti végpontjára, sőt az alá a 10-11 éve korosztályba.

Ezen a jogilag „forró” területen számos megválaszolhatatlan kérdéssel találkozunk,

nem tudjuk, hogyan lehet megkerülni a szülői „beleegyzés” kérdését, hiszen

a serdülő, vagy még annál is fiatalabb gyakran szülei tudta nélkül létesít szexuális kapcsolatot, szülei tudta nélkül kér orvosi tanácsot.

Szomorú terület a nemi erőszak áldozatává vált kisgyermek, személyiség, és adatvédelme.

Az alábbiakban

A fiatalkori szexualitás kérdései

Közismert tény, hogy a javuló szociális és táplálkozási, nutritionalis feltételekkel párhuzamosan a fiatal lányok nemi érése az elmúlt évszázadban egyre alacsonyabb életkorra tolódott. Ezzel párhuzamosan a szexualitást sem veszi már körül a misztérium köde, sokkal könnyebb az információszerzés (internet, néhány évvel idősebb fiatalok stb.), a kortársak részéről is növekszik a nyomás az első szexuális élmény begyűjtésére.

Természetesen adódik a kérdés, a biológiai érettségen túl mikortól tekinthetünk érettnek egy embert/gyermeket/fiatalt szexuális kapcsolat létesítésére, esetleg életközösségi párkapcsolat kialakítására, végső soron pedig gyermek vállalására? A jogi szabályozáson kívül miféle külső és belső tényezők tesznek alkalmassá egy fiatalt az információk mérlegelésén alapuló, számára helyes döntés meghozatalára?

Az elmúlt évekig a fiatalkori szexualitással foglalkozó tanulmányok főként a 15-19 éves korcsoporttal foglalkoztak, az e kor alatti nemi aktusok lehetőségét szigorúan a kriminalisztika tárgykörébe száműzve. Mégsem kerülhetjük meg a jelenséget, éppen növekvő gyakorisága okán. Helyesebbnek látszik a különböző fiziológiai, szociokulturális és jogi szempontok miatt három korcsoportban külön tárgyalni a kérdést: fiatal, közepes és kései adolescens életkori osztályokat felállítva. Míg a kései (18-19 évesek) és középső (15-17 évesek) csoportokba sorolás egyértelműnek látszik, a fiatal adolescens kor meghatározása nem alakult ki egyértelműen. Ide sorolhatjuk a 10-14 éveseket, de egyes szerzők külön csoportot hoztak létre a 10-11 évesek számára, főként fiziológiai éretlenségük miatt (1).

Amennyiben egy fiatalt érettnek tekintünk a szexualitásra, akkor elsőként a test érettségét kell megvizsgálnunk, ez evidens alapfeltétel. A pubertással együtt járnak emocionális, kognitív és viselkedésbeli változások is, azonban ezeket már messze nem olyan könnyű számszerűleg paraméterezni, mint például a szexuáliszteroidok szintjét vagy a másodlagos nemi jellegek kialakulását. Közismert tény, a fiúk átlagban egy-két évvel később lépnek be a pubertásba. Lányoknál a nemi érettség talán legáltalánosabban elfogadott küszöbe az első menses megjelenése. Ez, a már említett életkori eltolódást okozó világtrendet is figyelembe véve, egyéni és környezeti faktoroktól függően

általában 11 és 14-15 éves életkor között következik be. A menses megjelenése ugyanakkor csak a leglátványosabb jele a nemi érésnek, de ezzel még nem teljes a kép. Vázizomrendszeri, csontrendszeri változások, az emlő és az uterus fejlődése ekkorra még nem fejeződtek be. Hiányosságok mutatkoznak a lubrikáció terén is, tehát ebben a korban egy felnőtt férfival történő aktus a pszichés sokkhatáson túl komoly fájdalmat is okoz, valamint a szöveteket traumatizálhatja. Ráadásként az érpálya megnyílásával járó sérülések nagyobb gyakorisága a szexuális úton terjedő betegségek átvitelét megkönnyíti. Mindezeket összefoglalva elmondhatjuk, 14 éves életkor alatt a lányok még nem érettek fiziológiailag a nemi aktushoz. A 15-17 évesek közt azok a lányok, akik relatíve korán tapasztalták meg első mensesüket (11-13 évesen), testileg már elég érettnak mondhatók, de később menstruáló társaik még nem. A 18. életév betöltésével gyakorlatilag minden lány belép az élettanilag alkalmas szakaszba.

Fiúk esetében a nemi érés általában a 12-16. életév között zajlik (ellentétben a lányok 10-14. életévével), ennek első fázisa a test fizikai növekedése és fejlődése, az első ejakuláció (semenarche) ezt 12-24 hónappal követi csak. A fiúknál is megfigyelhető a semenarche idejének egyre korábbra tolódása a társadalmi jólét függvényében (például Maliban 16.8 év az átlag, az Amerikai Egyesült Államokban ugyanez 13.4 év). Az adolescens fiúk testi jegyeiket tekintve világátlagban a 16-17. életévükre válnak férfivá (2). Penetratív szexuális aktusra a férfi nemi szervek már jóval a semenarche és a herék mértének végleges elérése előtt alkalmassá válnak. Mindezek rávilágítanak arra, hogy a testileg még nem teljesen kifejlett fiúk esetében lezajlott szexuális aktus számukra nem jelent akkora veszélyt a szexuális úton terjedő betegségek szempontjából (kisebb penis, ezáltal a hámsérülések kisebb veszélye), továbbá kisebb a partner teherbe ejtésének valószínűsége is (alacsonyabb spermiumszám, semenarche előtt orgazmus ejakuláció nélkül). A probléma itt későbbi férfivá szocializálódásukban és helytelen magatartásminták elsajátításában rejlik inkább.

A lányok fertilitása a menarchét követő első években viszonylagosan alacsony, köszönhetően a hosszú, rendszertelen, sokszor anovulációs ciklusoknak. Ilyenkor az esetlegesen megfogant terhességek vetelési kockázata is magasabb. Különválik ezáltal a nemi aktusra való alkalmasság és a gyermekszülésre való alkalmasság, utóbbi a korán serdülő lányok esetében a 15-16. életévre tehető, később serdülő társaiknál a 18. életév környékére. Ez a korai gyermekszülést érdemnek, elvárásnak tartó társadalmakban okozhat feszültségeket, kiváltképp a későn érő lányok számára. A még nem alkalmas életszakaszban teherbe eső lányoknál szignifikánsan magasabb a terhességet és szülést komplikáló szövődmények felleptének esélye. Ilyenek különösen a terhességi hipertonia, elhúzódó tágulási szak, téraránytalanság, urogenitális fistulák kialakulása, postpartum vérzés, koraszülés, alacsony születési súly, magasabb perinatalis morbiditás és mortalitás.

Tovább lépve a testi jegyeiken, a serdülő fiatal agyi struktúrájában is fejlődés tapasztalható, aminek következtében másként éli meg érzelmeit és

interperszonális kapcsolatait. Változik az empátia és a szociális kötődés tartalma is. Befolyásolják a viselkedésmintázatot a nemi hormonok (lányoknál a női szexuáliszteroidok némileg libidocsökkentő hatással is vannak, míg fiúknál a beinduló tesztoszterontermelés hirtelen és nagymértékben emeli a szexuális vágyat). 10-12 éves kor előtt a prefrontális agyi kéreg még nem éri el végleges fejlettségét. Ez az a terület, mely az impulzuskontrollért, komplex gondolkodásmintákért és absztrakciós képességekért felelős. Körülbelül 12-14 éves lányokban és 13-15 éves fiúkban alakul ki az a képesség, amely segítségével a környezet ingereit megfelelő társadalmi és egyéni kontextusban képesek értékelni, azokra adekvát érzelmi válaszokat adni. A felnőttkorra jellemző, végleges absztrakt gondolkodási fenotípus lányoknál 14-16, fiúknál 15-17 éves korban állandósul.

Továbbra is nyitott a kérdés, mikortól tekinthetünk valakit elég érettnak a szexualitáshoz és esetleg ennek folyamányához, a gyermekvállaláshoz. Az mindenképpen elmondható, 14 éves életkor előtt sem testileg, sem kognitív szempontok alapján nem alkalmasak a fiatalok erre. Jóval magasabb a sérülések, fertőzések esélye, nehezen védik meg egészségüket és jogaikat. Többnyire 15-17 éves korban játszódik le az első nemi aktus, ekkorra jó esetben már alkalmasak többé-kevésbé a fiatalok minderre, de ideális esetben a 18. életév az, amikor már elég stabil élettani és mentális háttér birtokában vághatnak bele párkapcsolati életük testi fejezetébe.

Irodalom

1. Dixon-Mueller R. How Young Is „Too Young”? Comparative Perspectives on Adolescent Sexual, Marital and Reproductive Transitions. *Studies In Family Planning* 2008;39:2-9.
2. Barker, G.
What About Boys? A literature Review on the Health and Development of Adolescent Boys.
2000, Geneva: World Health Organization.
3. Füzesi K A magzati és újszülöttsebészet lehetőségei hazánkban. Sikerek és gondok. *Nőgyógyászati és Szülészeti Továbbképző Szemle* 2004;8: 256-260.
4. Füzesi K. Praenatalisan diagnosztizált anomáliák elbírálása és sebészeti megoldása. *Lege Artis Medicinae* 1996;6: 416-419.

Szabó Kornél
A reprodukciós egészség
„izgalmas” etikai, jogi kérdései

Az emberi szaporodás évezredek óta meghatározó kérdése minden humán társadalomnak, szabályok és egész szabályrendszerek alakultak ki.

A témához kötődő etikai, jogi kérdések bizonyos szempontból kiemelkedő nézőpontba kerülnek. Nevezetesen mindenki beszél róla, mindenkinek van véleménye róla, és mindenki bizonyos benne, hogy ért hozzá. A többség szilárd elképzelésekkel rendelkezik, ezért a viták hevesége belátható időn belül nem fog csökkenni.

Ezek után vegyük sorra, mik a kérdéskör legnépszerűbb és legvitatottabb pontjai:

A prenatális diagnosztika és a magzati (in utero) terápia módszerei.

A negatív családtervezéssel kapcsolatosak a komolyabb társadalmi felkavaró erejű témák „legöregebbjei”, mint a **fogamzásgátlás, a művi meddővétel és a terhességmegszakítás**, extrém esetben a fetocídium.

Újabb keletűek az asszisztált reprodukció körébe tartozó módszerek (különös tekintettel az esetlegesen belépő harmadik személyre), az embriókutatás, a szex-szelekció, az őssejtkutatás és végül a kor médiaslágere, a klónozás.

Kialakultak olyan feltétlenül szükséges etikai elvek, melyek minden orvosi közreműködéssel végrehajtott, a humán reprodukcióhoz köthető eljárás során kötelező jelleggel szem előtt tartandóak. Ezeket részben jogszabályok is rögzítik, részben pedig a gyakorlatilag teljeskörű társadalmi konszenzus gondoskodik maradéktalan érvényesülésükről.

Négy fő elv sorolható ebbe a kategóriába:

- 1./ Jogszerűség. Az eljárásnak meg kell felelnie a mindenkori hatályos törvényeknek. Jelenleg az 1997. évi CLIV. törvény rendelkezései az irányadók.
- 2./ Egyértelmű segítség a páciensnek. Tekintettel a beavatkozások kényes mivoltára, illetve azoknak sokszor nem egy kórállapot gyógyítására irányuló szándékára, már nem elégséges az évszázados „nil nocere” (ne árts!) elv, hanem egyértelműen pozitív hatással kell rendelkezniük a magát az egészségügyi szakszemélyzet gondjaira bízó ember számára.
- 3./ Igazságosság. A sokszor és sok szempontból heterogén csoportot alkotó páciensek azonos megítélés és elbírálás alá kell hogy essenek, illetve közöttük különbségtétel kizárólag orvos-szakmai szempontok alapján tehető.

4./ Megfelelés a társadalmi közmegegyezés védett értékeinek. A tradicionális erkölcsi értékek megőrzése mellett az újonnan kialakult, nemegyszer még csak kialakulóban lévő értékek beemelését társadalmi többségi szinten kell elfogadtatni.

A humán reprodukciós etika és a vonatkozó jogelvek a jelenkori etikai kutatások célkeresztjében állnak, a korábban szilárdnak hitt elvek ingoványosodása mellett kell értékelnünk az új jelenségeket. Mindezen bizonytalanságok fő okaként az utóbbi bő öt évtized orvos- és biotechnológiai vívmányait kell megneveznünk.

A szaporodásetikai viták lángját az asszisztált reprodukció (ART), ezen belül az in vitro fertilizáció (IVF) lobbantotta fel.

Ötven éve lehet „sex” reprodukció nélkül (orális anticoncepció), húsz éve van reprodukció „sex” nélkül (IVF), és legújabban van reprodukció a 60. életév után.

Az asszisztált reprodukciót szorgalmazzák azzal érveltek, hogy a férfi meddőség (infertilitás) még a modern orvoslás számára is nehezen, gyakran egyáltalán nem kezelhető probléma, az örökbefogadható gyermekek száma erősen korlátozott, és valljuk be, az örökbefogadó szülők jelentős része sem fogad szívesen örökbe „akármilyen” gyermeket. Döntő érv volt az is, hogy így az addig meddő pár részben, vagy nagyon sokszor teljesen saját gyermeket nevelhet fel genetikai értelemben véve is, ez pedig a szülő-gyermek kapcsolat erejét jelentősen növeli, a családot összetartó erőt eredményez.

A jelenlegi magyar törvényi szabályozás is csak kiegészítő, hiánypótló szerepet szán a mesterséges módszereknek az emberi szaporodás előmozdításában, véleményünk szerint teljesen helyesen. Az emberi faj biológiai fenntartása mellett a szexualitás számos egyéb aspektusból is részét kell hogy képezze a párkapcsolatnak, ezért annak kikapcsolása a nemzés folyamatából csakis a meddőség igazolt fennállása esetén tartható helyénvalónak. A törvény szellemisége is ebből táplálkozik, ugyanis Magyarországon mesterséges megtermékenyítési programba egy pár kizárólag akkor vonható, ha a meddőség alapos kivizsgálása és bizonyítása után az annak kezelésére tett egyéb módszerek sikertelennek bizonyultak. A jogszabály a programba bevehető személyek körét is meghatározza. Mesterséges megtermékenyítő eljárás alkalmazható különmeműek házastársi vagy élettársi közösségében, illetve ritka esetben egyedülálló nőnél is, ha az illető nő életkora vagy meddősége miatt gyermeket természetes úton nagy valószínűséggel nem vállalhat. A jogalkotó nem engedi meg azonos neműek (praktikusan és természetesen itt nők) élettársi közösségében a megtermékenyítést spermabankban tárolt spermiumokkal, valamint préembrió beültetését ilyen homoszexuális kapcsolatban élő nőnél, szem előtt tartva a megfogant gyermek egészséges pszichoszexuális fejlődéshez való jogát és érdekét. A társadalmak világszerte egyre elfogadóbbak a homoszexuális tartós párkapcsolatban élőkre vonatkozó szabályozást tekintve, ám hazánkban – a

világon a jelenlegi többségi nézethez hasonlóan – a gyermekek szocializálódását az állam a konvencionális (heteroszexuális) családmódban támogatja.

Maguknak az ivarsejteknek is nagyon hasonló a jogi és az etikai megítélésük, talán kijelenthető, hogy a jogalkotó ezen a területen megtalálta az erkölcsi konszenzust a közfelfogással. Az ivarsejt a megtermékenyítés előtti természetes állapotában az emberi test részét képezi. A testtől ugyan fizikailag elválasztható (akár mesterséges úton is), de ez nem befolyásolja az ivarsejt azon tulajdonságait, melyek az örökletes emberi tulajdonságok hordozójává teszik azt. Genetikai állományát és új emberi egyed létrehozásában való potenciális képességét tekintve a létrehozó személyt mint csepp a tengert képviseli, attól eszmeileg elválaszthatatlan, függetlenül a kinyerés, tárolás és felhasználás későbbi módjától. Az ivarsejt mindaddig rendelkezik eme tulajdonságokkal, míg megtermékenyülésre sor nem kerül, vagy megtermékenyítő/megtermékenyíthető képességét el nem veszíti. Mindezek miatt az ivarsejttel végzett bármiféle eljárásba való adományozói beleegyezés kötelezően megkívánt, egyoldalú joggyakorlás, mely bármikor egyoldalúan visszavonható, míg az adományozott ivarsejt felhasználása meg nem történt.

Hatályos egészségügyi törvényünk a fenti, főként etikai szabályok szerint rendelkezik az ivarsejtek adományozásáról és felhasználásáról, de szükséges volt néhány más, inkább már technikai jellegű szabályozót és megszorítást is beépíteni. Már említettük, hogy csak a szakhatósági jogosítványokkal felruházott egészségügyi szolgáltatóknál lehetségesek ilyen típusú beavatkozások és az ivarsejtek tárolása. Az emberi genom épségének megőrzése érdekében Magyarországon ivarsejtet 35. életévét be nem töltött személy adományozhat. A beleegyezés tekintetében az írásbeliséget a törvény köti ki, hiszen elvileg más formában is megadható lenne az (például szóban vagy ráutaló magatartással), de ezeket a jogalkotó kizárta, pontosan a precíz adminisztráció és az utólagos ellenőrizhetőség érdekében. A donornak bizonyos személyes adatairól is nyilatkoznia kell, ezek elsősorban biológiai jellegűek, kezelésük és tárolásuk megfelelő titoktartás mellett történik a szolgáltató részéről.

Már egészen más a helyzet a megtermékenyített ivarsejtekkel, azaz a préembriókkal és az embriókkal. A jog sarkosan tesz különbséget az ivarsejtekre és a megtermékenyített ivarsejtekre vonatkozólag, hiszen az embrió (a továbbiakban ide értjük a préembriót is, mert az embrióval azonos jogi megítélés alá esik a következő szempontok szerint) már nem azonos egyik létrehozó fél genetikai állományával sem, továbbá nem tekinthető a két fél genetikai anyagának pusztán matematikai összegződésének sem. Új személyiség, a belőle potenciálisan kifejlődő ember tulajdonságainak letéteményese. A még be nem ültetett embrió sorsáról a házastársak, illetve a létrehozó felek közösen jogosultak dönteni valamelyik fél haláláig, illetőleg az embrió beültetésének megtörténteig. A közös rendelkezési jogra a viszonyukban bekövetkezett változásoknak (pl.: házasság vagy élettársi közösség megszűnése) hatása nincs,

ám az egyik fél rendelkezési jogáról írásban lemondhat (jogtechnikailag: közokiratban vagy teljes bizonyító erejű magánokiratban) egyoldalúan.

Fontos a donor szemszögéből is áttekinteni az adományozás folyamatát, főképp annak az adományozóra való hasznosságát érintve, mivel ez motiválja őt cselekvésében. Az ivarsejt vagy embrió saját családalapítás céljára történő adományozása esetén egyértelmű a haszon: saját genetikai sikerét éri el általa. Bonyolultabb a donor hasznát kutatnunk, ha mint harmadik személy lép be a szaporodási folyamatba, hiszen itt a gyermek ugyan genetikai értelemben az övé, ellenben nem saját családjában nő fel és a társadalom sem ismeri el a donor gyermekeként, szociális kapcsolatai is a recipiens családjához kötik majd. Tovább árnyalja a helyzetet, hogy ivarsejt- vagy embriódonációért anyagi ellenszolgáltatás nem köthető ki, illetve nem fogadható el.

A Polgári Törvénykönyv szerint az embert a jogképeség a fogantatástól illeti meg, de a jogkeletkezés feltétele az élveszületés, tehát visszaható jellegű. Itt a jogban is visszatükröződik az a biológiai tény, hogy egy megfogant embrióból nem feltétlenül fejlődik új emberi lény.

Sorba véve az anya és az embrió vagy méhmagzat közti érdekellentéteket, elsőként azokról a konfliktusokról kell megemlékeznünk, melyek terhesség megszakítással, azaz az embrió vagy méhmagzat elpusztításával végződnek. Ezek kiemelt jelentőségűek, mert időben megfordíthatatlanok, utólagos korrekciójukra és a magzat kárpótlására nincs lehetőségünk, tehát a beavatkozás engedélyezése és végrehajtása szigorú törvényi és hatósági kontrollt igényel. Morálisan legkönnyebben indokolható és elfogadható az az eset, amikor a terhesség vagy a szülés az anya életét és/vagy egészségét komolyan veszélyezteti. Ekkor a legtöbb társadalmi réteg elfogadja a már valóságossá vált emberi élet (az anya) védelmében a még feltételes emberi élet (az embrió) feláldozását.

Legtöbb problémát – erkölcsi értelemben – az egészséges anyák várhatóan egészséges magzatainak elpusztítása vet fel, ilyenek a Magyarországon engedélyezett terhesség megszakítások akkor, ha a terhesség bűncselekmény következménye (a magzat nem felelős fogantatásának körülményeiért), végül pedig az anya súlyos válsághelyzetében végzett interrupciók.

Az anya-magzat relációban kialakuló érdekellentétek következő lépcsőfokán már a magzat élete nem kerül veszélybe, de egyéb jogai csorbulnak. Elképzelhető, hogy az anya a magzat egészségére nézve folytat káros tevékenységet (pl. dohányzás, kábítószer élvezet). Általánosságban véve is elmondható, hogy az anya minimálisan erkölcsi, egyes országokban jogi szinten is felelősséggel tartozik a magzatát veszélyeztető, elkerülhető hatások kiküszöböléséért, illetve a magzatára nézve veszélyes életviteltől való

tartózkodásért. Az anya bizonyos tevékenységektől eltiltható, egyes esetekben vele szemben kényszerintézkedés is gyakorolható. Ilyen esetekben feltételül szabja a hazai jog a betöltött 24 hetes magzati életkort, tekintettel arra, hogy a WHO direktívája ettől a kortól kezdve szülésről, ezt megelőzően vetelésről tesz említést.

Speciális esete az érdekütközéseknek a többes terhesség, ahol egyrészt a klasszikus anya-magzat érdekellentéttel kell számolnunk, de emellett megjelenik két másik típus is. Ütközhet a két, három vagy még ennél is több magzat érdeke egymással, ugyanis a többes terhességekben fokozott a magzati morbiditási és mortalitási arány, tehát elviekben egy magzat akkor tudná maximálisan kihasználni a benne rejlő genetikai potenciált, ha egyedül lenne az anyaméhben. A több magzat nagyobb kockázatot jelent az anyai szövődmények szempontjából is, így paradox módon bizonyos tekintetben az anya is ellenérdekelt a többes terhességgel szemben. Ésszerű szabályozással elviselhető szintre kell szorítani az anyai és magzati morbiditást, mortalitást, eközben a lehetséges maximális számú magzatot kell megtartani. Amennyiben ikerterhességben valamelyik magzat az élettel összeegyeztethetetlen vagy igen súlyos fejlődési rendellenességet mutat (hitelt érdemlően bizonyítható a kórállapot), úgy viszonylag egyszerű helyzetben vagyunk a szelektív terhesség megszakítást illetően. Várhatóan teljesen egészséges magzatok és hármas vagy többes ikerterhesség esetében a magyar jog az embrióredukciót kettős ikerterhesség eléréséig engedélyezi a már ismertetett megfontolásból. A többes terhesség redukcióját még két sajátos vonás egészen bizonyosan árnyalja. Tudni kell, hogy az ikermagzatok szelektív elpusztítása esetén mindig szükséges egy bizonyos vetelési kockázattal számolni a többi magzat tekintetében is, így előfordulhat, hogy pontosan a többi (általában kettő) magzat érdekében végzett redukciós műtét vezet azok elpusztulásához. Végül érdemes megemlíteni azt is, hogy a modern szülészetben az ikerterhességek oroszlánrészéhez az asszisztált reprodukciós technikák részét képező ovulációindukció és/vagy a több préembrió beültetése (utóbbit azzal a megfontolással hajtják végre, hogy a beültetett több embrióból legalább egy fejlődésnek induljon az anya méhében) vezet, Így nagyon várt, olykor éveken át óhajtott terhességekről van szó, amelyekben egy vagy több embrió elvesztése - még tervezett feláldozás esetén is – komoly lelki teherrel a szülők számára.

A modern orvostudomány számtalan módszerrel képes befolyásolni az emberi szaporodást, egyre biztatóbb kísérletek folynak az embrió tulajdonságainak megváltoztatása érdekében. Napjainkban az örökletes tulajdonságok - melyekről sokáig azt hittük, a fogantatás pillanatában végérvényesen eldőlték – egyre erőteljesebben befolyásolhatók génmanipulációs eljárásokkal, de a folyamattal párhuzamosan felerősödtek azok a hangok is, melyek követelik ésszerű korlátok felállítását a génebészetben. Sőt azt is

mondhatjuk, a genomikus manipuláció kritikája időben megelőzte magának a technikának a kialakulását. Vajon miért alakult ez így? A génsébeszet (illessük ezzel a népszerű és a köztudatban elterjedt névvel) igencsak kétélű fegyver. Egyrészt képes már csírájában elfojtani egyes veleszületett, öröklődő betegségeket (pl. autoszómális recesszív anyagcserezavarok, melyek egyébként fatálisak vagy az életminőséget nagymértékben csökkentik), így a társadalom és az adott egyén számára is óriási haszonnal bír. Másrészt viszont befolyásolhatók lesznek vele olyan veleszületett emberi tulajdonságok, melyek nem tartoznak a genetikai betegség kategóriájába, mindössze a módszert alkalmazó személy egyéni megítélése szerint hasznosak vagy károsak (mint például egy bizonyos testmagasság, szemszín), ezáltal a fajnemesítés eszközévé válhat. Meg kell találni a határt, ameddig a társadalmi erkölcs még helyesli a genom megváltoztatásával járó beavatkozást, és ami fölött már nem fogadja el, és ezt a jövőben biztosan sokat vitatott határt kell a majdani törvényalkotónak jogszabályban rögzítenie. A nehezen meghúzható határvonal a „betegség” és a „nem előnyös tulajdonság” között fog húzódnival. Hatályos egészségügyi törvényünkben idézve: „Az emberi génállomány megváltoztatására irányuló vagy azt eredményező kutatás, beavatkozás kizárólag megelőzési, kórismézési vagy gyógykezelési indokból és kivételekkel- csak akkor végezhető, ha a kutatásnak, beavatkozásnak nem a leszármazottak genetikai állományának megváltoztatása, illetve új egyed létrehozása a célja.” (Eü. Tv. 162. szakasz) A törvény szerinti kivételek: nemhez kötötten öröklődő megbetegedések és „egyéb várható megbetegedések” megelőzése.

A génsébeszet gondolköréhez szervesen kapcsolódik a prenatális diagnosztika, mint a génszintű terápiát és módosítást szükségképpen megelőző állapotfelmérő eljárások összessége. Mai tudásunk birtokában a születést megelőző diagnosztikai szűrőmódszerek jelentősége zömében inkább még nem a későbbi terápia kiválasztásában és megtervezésében van, hanem a felismert anomáliák súlyosságának függvényében az esetleges terhesség megszakítás melletti érvként szólhatnak.

Egyre komolyabb in utero terápiás lehetőségek állnak rendelkezésünkre, azonban a terhesség korai szakaszában kiszűrt igen súlyos fejlődési rendellenességek megoldása nagy tömegben továbbra is a terhesség művi megszakítása. Mi következik mindebből? Egyértelműen csak olyan elváltozást érdemes és etikus szűrni, ahol a diagnózis felállítását cselekvés követheti, amely lehet terápia és terhesség megszakítás is. A szülőket ugyanis a gyermek betegségének tudatával terhelni úgy, hogy sem ők, sem az orvostudomány nem tehet és nem is tesz semmit ellene, erkölcsileg elítélendő lenne. A szűrőmódszerek többsége az anya és a magzat számára nem jár kockázattal, vagy csak igen minimális kockázattal jár (pl.: ultrahangos vizsgálatok, vérvétel), ezeket használjuk a napi gyakorlatban rutin szűrőmódszerekként, természetesen a rutin módszerek köre erősen függ az adott ország egészségügyi kultúrájától és anyagi teljesítőképességétől. A magasabb beavatkozási kockázattal járó szűrőeljárások,

főként ha nem gyakori betegségek kimutatására irányulnak, nem ajánlhatóak rutin módszerek. Ilyenek például a magzatvízből és a chorionbolyhokból történő mintavételezés, amelyek vetélési kockázata 1% körül van. Ezeket csak a betegség megalapozott gyanúja esetében érdemes és etikus a terhes nőnek felajánlani (3,4).

Prenatális diagnosztikával lehetőségünk nyílik a születendő gyermek nemének meghatározására is, (amelynek befolyásolását a hatályos hazai törvények büntetni rendelik), A születendő gyermek nemének jóslására és befolyásolására évezredek óta történnek próbálkozások, a középkori francia lovagok unilaterális kasztrációjától kezdve a megalapozott tényeken nyugvó, de viszonylag alacsony hatékonysági rátával működő diétás megszorításokig. A tényleges lehetőség a XX. század vége óta áll az emberiség rendelkezésére.

Alapjában véve három lehetőség áll a rendelkezésünkre, ha a családban felnövő gyermek nemének meghatározására.

A szex-szelekció prekonceptcionális formájában- az X és Y kromoszómákat hordozó spermiumok szétválogatásával érik a kívánt nemű embrió fogantatását. Posztkonceptcionális módszerek esetén a prenatális diagnosztikát hívják segítségül a megfogant préembrió vagy embrió nemének meghatározásához, majd a nem kívánatos nemű terhességet művileg megszakítják. Végül említést érdemel a mára már történelmi jelentőségűvé vált posztnatális szex-szelekció, amely a gyakorlatban egyenlő az infanticidiummal. A történelem számos példát szolgáltatott erre, főként a lányok kárára: a lány újszülötteleket megfojtották, vízbe dobták, vagy egyszerűen csak kirakták az erdőbe azzal az önámító magyarázattal, hogy egy jó szellem majd úgyis felveszi őket. Napjainkra az aktív infanticidium kevés elszigetelt példától eltekintve már eltűnt a társadalmakból, viszont passzív formájára még lehet példát találni. Kínában közismert szokás, hogy a dzsunkákról a folyóba ugráló és játszó kisgyermekek közül a fiúk hátrára a szülők levegővel telt marhahólyagot kötnek, a lányok viszont ilyen „védőfelszerelést” nem kapnak.

Az emberi reprodukció széles palettájából két, viszonylag újkeletű technikával foglalkoznunk kell ezen tanulmány keretein belül is, mivel hatalmas társadalmi felzúdulást váltottak ki már önmagukban csak a lehetőségük megemlékezésével is. Ezek a préembriókon való kísérletezés és a klónozás.

Összességében az emberi préembriókon folytatott kutatásokban résztvevőknek azt kell szem előtt tartaniuk, hogy egy rendkívül sérülékeny, könnyen kizsákmányolható, de lehetőségeiben egy eljövendő embertásunkat magában hordozó, tiszteletre és csodálatra méltó sejtcsoportról vagy lényről van szó, a kutatások protokollját is ennek megfelelő igényességgel és méltósággal kell kidolgozni és engedélyezni. A fejlett országokban érvényes szabályozást követi a hazai is, ezért vegyük sorra az idevágó főbb pontokat, melyek szavatolják a préembriókkal való megfelelő bánásmódot.

Embrióval vagy préembrióval kísérletezni kizárólag előzetesen jóváhagyott kutatási terv alapján lehet. Szükséges beszerezni az Egészségügyi Tudományos

Tanács Humán Reprodukciós Bizottságának egyedi engedélyét. A kutatásba bevonni csak emberi reprodukciós céllal fogantatott, szám feletti („feleslegessé” vált) embriót lehet, kifejezetten kutatási céllal emberi embriót létrehozni nem szabad. Emberi és állati ivarsejtek egymással nem termékenyíthetők meg, emberi embrió állat testébe nem ültethető be. Egymással genetikailag egyező egyedek nem hozhatók létre: a klónozás tilalma. Embriót a fogamzással kialakult tulajdonságoktól eltérő tulajdonságú egyed létrehozására felhasználni tilos: az emberi fajnemesítés csírájában való elfojtására irányuló tilalom. Kutatási programban felhasznált embrió emberi szervezetbe nem ültethető be. A kutatásban felhasznált embrió legfeljebb 14 napig tartható életben.

Az embriókatástól egy lépés, vagy annyi sem választja el a **klónozást**, amelynek során genetikailag teljesen azonos egyedek létrehozása a cél. Az ötlet a science fiction világából az elmúlt pár évtizedben robbanásszerűen került át a tudomány asztalára, hatalmas viharokat kavarva.

Végül aktuálisabb, főként a családi kötelekeket érintő jogi és etikai vonatkozású problémakört tárgyalunk (5).

Olyan párok is gyermekhez juthatnak a **dajkaterhesség** (másnéven **béranyaság**) intézményén keresztül, akiknél a nő valamilyen kórállapotánál fogva nem lenne képes a terhesség kiviselésére. Dönthetnek ekkor úgy, hogy egy harmadik személyt, a béranyát bízzák meg saját vér szerinti gyermekük kiviselésével, aki ezért anyagi ellenszolgáltatást kap(hat). A genetikai szülők ekkor azért fizetnek, hogy a béranya 9 hónapon keresztül gondoskodjon gyermekükről. Egyesek vitatják ezt a munkabér jellegű meghatározást, egyszerűen gyermekvásárlásról beszélnek. Két lehetőség kínálkozik az embrió nyerésére: IVF segítségével hozható létre, illetve ha az anya a biológiai apa által megtermékenyíthető, akkor a természetes úton fogant embriót a méhürből kimoshatják. Mindkét eljárás befejező mozzanata az embriónak a dajkaterhes méhébe való ültetése.

A dajkaterhesség intézményének igénybevétele az összes résztvevő számára magas kockázatot rejt magában. Komoly a biológiai kockázat is, amely érintheti a magzatot vetélés formájában, illetve a dajkaterhest az átlagost jóval meghaladó anyai morbiditási mutatók képében. Minden esetben keletkezhetnek jogorvoslatot, de legalábbis morális állásfoglalást igénylő súrlódások, ha egy család a legintimebb szférájába idegen személyt kénytelen beengedni. Nem tisztázott még teljesen, hogy van-e joguk a genetikai szülőknek a béranya életmódjának ellenőrzésére születendő gyermekük érdekében, és ha igen, úgy milyen mélységben tekinthetnek bele a számukra idegen személy magánéletébe, pláne milyen magatartásformákat írhatnak elő számára, vagy tilthatják el bizonyos tevékenységek gyakorlásától. Lehet-e, érdemes-e ezeket előre szerződésben rögzíteni? A válasz valószínűleg igen, mert ez esetben még az embrió beültetése előtt tisztázzák a felek, kölcsönösen mit várhatnak el

egymástól, és a későbbiekben kipattanó esetleges viták alkalmával a szerződés szövege iránymutatást nyújthat a probléma rendezéséhez. Esetleg előfordulhat az a szituáció is, amikor a terhesség hónapjai alatt a dajkaterhes olyan mértékben kötődni kezd a szíve alatt hordott magzathoz, hogy születéskor nem hajlandó azt a biológiai szülőknek átadni, akár az ellenszolgáltatásról is lemond az újszülöttért cserébe. Mi nyom ilyenkor többet a latban: a biológiai szülők genetikai befektetése, vagy a magzatot kiviselő nő szervezetének és pszichéjének szintén jórészt biológiai jellegű befektetése a ráadásként vállalt komoly terhességi kórállapotok kockázatával egybevéve? Mi a teendő, ha a béranya a terhesség kapcsán maradandó egészségkárosodást szenved, netalán meghal? Kell-e egyáltalán kártérítést fizetni ilyenkor, és kinek (genetikai szülők, biztosító)? Milyen egészségügyi szolgáltatásokra jogosult a béranya terhessége kapcsán, aki tudatosan vállalt a saját gyermekkel való terhességét nagyságrendekkel meghaladó egészségügyi kockázatot?

Leszögezzük, hogy az igazán éles kérdések általában harmadik személy biológiai/genetikai közreműködése esetén kerülhetnek elő. Leggyakrabban felvetett probléma, hogy adományozott ivarsejttel vagy embrióval történt megtermékenyítést követően a genetikai vagy a szocializáló szülő tekintendő szülőnek. A jogszabályok a szocializáló szülőt privilegizálják a családi egység fontosságára hivatkozva. Mikor ismerje meg a gyermek fogantatásának körülményeit, kiváltképp ha idegen ivarsejt is felhasználásra került benne? Az elemzők gyakorlatilag kivétel nélkül egyetértenek abban, hogy a gyermeknek joga van megismerni ezeket az adatokat, de az elkerülhetetlen és általában nagy pszichotrauma miatt a tényfeltárás időpontjáról rendelkeznek eltérő véleményekkel. A többségi vélekedés ezt az időpontot a nagykorúvá válással azonos dátumra teszi. Miféle polgári jogi kötelek keletkeznek a családban a nem vér szerinti - vagy csak félig vér szerinti - gyermek és a szülők között? A magyar jog úgy rendelkezik, hogy a mesterséges úton fogant gyermek a vér szerintivel azonos jogokkal bír például az örökösödés és egyéb polgári jogi viszonyok terén. A jogalkotó hozzáállásának indoka valószínűleg az lehet, hogy a mesterséges úton (tehát szándékosan) fogantatott gyermek pontosan annyira óhajtott és tervezett volt, sőt gyakran még jobban is (!), mint a vér szerintiek. A szülők családjukat teljessé tévő gyermekre vágytak, tehát a jogrend is elvárhatóan ekként kell hogy kezelje az ily módon fogant gyermeket, tekintet nélkül a sajnálatos módon szükségessé vált genetikai „helyettesre”, akit a szülők elkerülhető esetben feltételezhetően (gyakorlatilag biztosan) nélkülöztek volna. Már említettük korábban a donor szükségképpen anonimitását a recipiens előtt (ez nem azt jelenti, hogy bizonyos biológiai jellegű adatokat ne ismerhetne meg a reipiens, de kizárólag csak személyazonosításra alkalmatlan módon). Az ivarsejt vagy embrióadományozáskor az adományozó nyilatkozatban a jog és az erkölcs

is a születendő gyermekekről való lemondást diktálja. Az sem mindegy a társadalom genetikai sokszínűségének megőrzése érdekében, hogy egy adományozótól hány utód származhat. Magyarországon ez négyben van maximálva.

Jelen tanulmány az emberi szaporodáshoz kötődő orvosi tevékenységekből fakadó lehetőségek, problémák és esetleges megoldások óriási csokrából csak néhányat, reményeink szerint a közvéleményt és a szakmát leginkább érdeklőket ragadott ki, de ezeknek többszöröséről lenne lehetőségünk beszámolni. A szabályalkotás sajnos nem képes minden aktuális problémát azonnal megoldani, szükségképpen csak a frissen kipattanó vitás pontok nyomán próbálja a helyes utat kijelölni.

Magyarországon az emberi reprodukcióval kapcsolatos szakmai ténykedéseket övező vitákat több fórumon is lehet rendezni. A polgári vagy büntetőjogi felelősség megállapítása egyértelműen a Magyar Köztársaság Bíróságára tartozik. Tisztán etikai jellegű kérdésekben az Egészségügyi Tudományos Tanács Etikai Bizottsága dönt, míg a humán reprodukciós eljárások engedélyezése, szakmai irányítása, a protokollok kidolgozása és az idevágó jogszabályok előzetes véleményezése az Egészségügyi Tudományos Tanács Humán Reprodukciós Bizottságának feladata.

Helyes, előremutató jogszabályalkotással egyértelművé tehető a tudományterületben rejlő lehetőségek és korlátok, de ez egészen bizonyosan nem fog megfelelni valamennyiünknek. Fontos tehát az állandó társadalmi párbeszéd, ezzel a lehető legkisebbre szorítható az elégedetlenek száma, viszont a lehető legtöbb családnak segíthetünk saját életüket a kívánt gyermekkel teljessé tenni.

Irodalom

1. FIGO

Recommendations on Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology.

FIGO, 2006, www.figo.org

Gergely Szalóki

Legal Aspects of Capital Structure in project finance

1) What is the project finance?

The Black's Law dictionary provides such a definition that emphasizes the security aspect of the project finance. Namely, project finance is "a method of funding in which the lender looks primarily to the money generated by a single project as security for the loan."^[1] Many other definitions give emphasis for this attribute, that the loans are not backed up by assets of the project sponsor, but rather by the receivables of the project company;^[2] however, mentioning other factors which are important.^[3] Finnerty highlighted the investors' interest and the separate nature of the project from every other participant as well.^[4] Wallenstein^[5] stresses even more that the project requires an entity on its own that carries out the project; Huang and Knoll^[6] join to this view. Esty went further giving more emphasis on the independence of the project, and naming the two most relevant financial source of fund raising (lenders' loan as non-recourse debt and sponsors' equity contribution) in project finance.^[7] Collins, Zhang and Facciolo also stress the non-recourse nature of project finance.^[8] These definitions, however, do not reflect every aspects of project finance which are important. For instance, that project finance may be constructed in a not completely non-recourse basis, when the lenders find the future revenues of the project insufficient for financing the repayment of the loan.^[9] In this hybrid, limited recourse system, the lenders have opportunity, in certain circumstances, to look to the assets of the project sponsors. Other definitions also stress that the main feature of project finance is that the lenders look primarily to the cash of flow of the project, however, put emphasis on the legal nature as well, when stating that project finance is a set of contracts. Penrose's definition emphasizes the independence of the project and the projects company that the loan is repaid solely from the revenue generated by the project, and states that project finance is mainly a group of contracts.^[10]

Other definitions highlight that project finance is a solution for off-balance sheet accounting treatment, which means that the project sponsors does not have to report the project debts in their balance sheet, therefore they can increase their ability to take more credits.^[11] However, the product of the post-Enron legislation, the Sarbanes-Oxley Act has taken almost completely away this "safety-net".^[12] Wood's definition, involving banks, is quite different when stating that project finance is the financing of long-term infrastructure and industrial projects based upon a complex financial structure; it is a set of transactions under which a single project (e.g. construction of a cable network or a bridge) is developed; it is often referred to as a special area of banking.^[13]

Miyamoto cites the ‘OECD agreement on new rules for project finance’ when defining its meaning.^[14] To this definition seven essential criteria is added, which are attributable to the project finance: setting up a special purpose company, appropriate risk sharing, project cash-flow is sufficient for the repayment of the loan, priority deduction from project revenues of operating costs and debt service, no sovereign repayment guarantee, asset-based securities for proceeds/assets of the project, limited or no recourse to the sponsor.^[15]

There are various possibilities of defining the notion of project finance; however, we think that emphasis should be put on its two main features: the non-recourse debt and that usually the receivables of the completely independent project company serves as security for the loan, because these features are the most distinctive from the other types of financing. There are, of course, other distinctive factors, such as the magnitude and complexity of the project which requires the sharing of project risk; allocating of which used to be one of the reasons of inventing project finance. The usual involvement of the host country/municipality (not rarely both of them are involved) which provides concession, the land for the project or provides other incentives for the investors such as money aids or tax allowances.

we think, therefore, that the proper definition should give an emphasis to other factors as well. Thus, according to our opinion, project finance is a set of transactions for establishing, building and financing a single, long-term project, which is meant to allocate the project risks among the project participants and to keep the project debt out of the project sponsors balance sheet and which is usually of high importance for the host country, (which therefore usually supports the project); by setting up a new – usually domestic – corporate entity, based upon a complex financial structure where the non-recourse or limited recourse debt is repaid primarily from the money, assets and rights generated by the project itself.^[16]

2) The capital structure of the project

The lenders provide the vast majority of the money necessary to the projects.^[17] The debt-equity ratio is usually ten-twenty percent equity and eighty-ninety percent debt.^[18] The debt from these lenders are usually senior debt, which means that they have the first right to the project assets.^[19] The debt is non-recourse to the project sponsors; it remains off of its balance sheet, because the borrower is the project company, not the project sponsor itself. This is a disadvantage from the lenders’ point of view, since the number of available security interests is potentially lower; the security package focuses only on the project company’s assets, especially on its cash-flow.^[20] Therefore the lenders usually require the project sponsors,^[21] to provide guarantees, warranties or covenants.^[22] In some case the project lenders set forth that there may be no changes in the project plans

without their consent.^[23] These commitments may turn the non-recourse debt into a limited recourse one, according to which the lenders have some recourse to the assets of the project sponsors.^[24]

When providing credit, the project lenders rely on the feasibility study prepared by the project sponsor. The feasibility study shows the viability and profitability of the project, which is the main ground for the lenders when deciding whether to provide the loan or not. The feasibility study analyzes the technical, financial, and other aspects of the project; it contains the project description, sponsors' arrangements, governmental arrangements, construction, etc. agreements, sources of funds, market study, financial projections and assumptions.^[25]

In this article, we shall discuss the different kinds of sources from which the capital to the project may arise: first, equity provided from the projects sponsors (2.1.); second, senior debt coming from the lenders (2.2.); third, mezzanine debt which may be provided also by the lenders (2.3.); moreover, there are special type of financing instruments apart from the rather orthodox lender-borrower scheme, such as the project leasing (2.4.) and the issuance of bonds by the project company (2.5.).

2.1. Equity

Equity is the part of the capital, which is contributed by the sponsors.^[26] The sponsors might opt to make an initial payment, which means that the sponsors provide the equity contribution even before they would approach the lenders.^[27] The advantage is that it might ease to find lenders to the project, and the lenders might lend for lower interest, as at the early stages of the project less debt capital is necessary.^[28] The disadvantage of the initial payment is the opportunity cost, as they could have invested the amount paid as equity in other transactions.^[29]

The other option for the sponsors is to make a final payment, meaning that they will provide the equity contribution only when the debt capital is paid by the lenders.^[30] The main advantage of this solution lies in leaving open the opportunity for making other investments; on the other hand, on this way the lenders take higher risk, therefore the interest rate might raise as well.^[31]

In practice, however, sponsors take the interim solution, the make stage payment, which is to contribute the equity capital in tranches, combining the advantages and disadvantages of the initial and final payment, construing a fair balance between the different interests of the lenders and the sponsors.^[32]

2.2.Senior debt

This contribution to the project coming from the lenders is secured by a security interest which provides for priority over other creditors; meaning, that in the event

of bankruptcy, senior debt must be repaid before other creditors receive any payment. Such security interest is commonly provided in the form of mortgages over assets; however, in the case of project financing the receivables of the project company is used mainly as collateral e.g. by way of charge or security assignment. The secured loan is usually not provided up-front but it is drawn by tranches as the project company needs funds. Moreover, the credit facility is divided according to the aim of the funding.^[33] The largest amount, called as base facility, as a not revolving facility meaning that the amount repaid by the borrower cannot be borrowed again, is provided at the construction phase in order to cover the upcoming costs of the construction.^[34] The working capital facility, as its name also indicates, is used in case of shortage in cash in order to finance e.g. the payments made towards the contractors.^[35] Stand-by facility is an accessory part of the credit drawn only when the first two facilities are proven to be insufficient. This facility represents therefore a higher risk to the lenders, who stipulate higher interest rate in consideration.^[36] VAT facility is for the early stages of the project, if advance payment of the tax must be made.^[37] The last three facilities are commonly disbursed as a revolving facility.

2.3. Mezzanine debt

It is a hybrid form of capital, since it combines the features of debt and equity.^[38] Mezzanine debt varies as to the forms it may take: hybrid financial products with many equity characteristics (e.g. it increases the ratio of the equity in the capital^[39]); loan to the sponsors secured by an equity interest in the project company; and loan to the project company subordinated to the senior debt.^[40] In some mezzanine financing the lender provides only equity either to the sponsor or the project company directly; in turn, it will gain option or warrant to the shares of the companies taking the mezzanine debt respectively.^[41] Mezzanine debt differs significantly from equity, because in the latter case the equity provider already has an equity ownership interest and does not need to foreclose to gain an equity ownership interest in the borrower.^[42]

Mezzanine debt is usually more expensive from the borrowers' point of view as the senior debt, because mezzanine debt is practically unsecured^[43] since it is subordinated to the senior debt.^[44] It represents higher risk, so the lenders look for higher return, though not by stipulating a higher interest rate.^[45] The real consideration for the lenders taking the higher risk, however, is that the mezzanine debt embeds equity instruments (usually warrants) attached, which increases the value of the subordinated debt, and allows for greater flexibility, making mezzanine debt look more like equity.^[46]

In a usual scheme the project company would be provided with the senior debt using its revenues as collateral and the mezzanine debt would be taken by the sponsors encumbering their equity in the project company. Therefore, the

mezzanine lender would have a claim against the equity interest in the project company, but would have no claim against its assets. Default under the mezzanine loan would not trigger the foreclosure under the senior loan and vice versa.^[47] The project company obtains separate financing from a senior lender; thus, the mezzanine lender and senior lender do not share the same collateral and borrower. Furthermore, the mezzanine debt is subordinate to the senior debt; therefore foreclosure of the senior debt will leave the mezzanine lender with valueless equity interest collateral.^[48]

The mezzanine debt allows the sponsors to raise the capital needed to the project for the least cost, and, on the other hand, does not endanger the position of the senior lenders.^[49] Mezzanine debt entails an inherent conflict between the senior and the mezzanine lenders,^[50] therefore, mezzanine loan documents, particularly the loan and intercreditor agreements, must not conflict with the senior loan documents.^[51] It must also note that mezzanine debt can complicate senior loan negotiations by virtue of the need for the two lenders' cooperation.^[52]

2.4. Project Leasing

This way of raising capital to a project has appeared only recently in structured finance.^[53] In this scheme the project company shifts the risks associated with the planning and construction (e.g. the completion risk, permitting risk) to a leasing company which undertakes to build the project (in the United Kingdom it is widely utilized to finance independent power plants^[54]), and in consideration it receives leasing fee from the project company once the operation has been started; the technique might be useful in PPP, especially in BOT transactions;^[55] however, might be suitable for other project finance schemes as well.^[56] The project leasing entails three elements and advantages that are worth to be mentioned and discussed in detail: funding, asset and risk management and taxation as the latter might be a huge incentive to utilize this financing technique.^[57]

In the field of funding this is an introduction of a new financing scheme, under which the project may be carried out.^[58] The leasing company raises capital to the completion of the project usually from banks. So, the project lenders provide the loan to the leasing company, not to the project company.^[59] Transferring of the risk is an inherent characteristic of this scenario,^[60] as the title to the project assets remains with the leasing company until the completion of the project; it bears all the risks that may arise during this phase.^[61] Moreover, it is a financial benefit to have an earlier access to the tax allowances (depreciation allowances most commonly, however, it depends on the tax regulation of the host country) which the leasing company may pass over at least partly to the project company by reducing the leasing fee, which enhances the project viability.^[62]

2.5. Project Bonds

This is an alternative way of raising capital to the project; the sponsors obtain funding through the private placement of project bonds, usually to certain institutional investors.^[63] The use of bonds when raising capital to a project may take various forms, which may be categorized according to the stage of the project in which the bonds are issued, or participants issuing the bonds. However, in either way the project sponsors have to take into account when structuring the deal the role and perspective of the rating agencies. The rating agencies analyze the terms of the financing, in particular focusing on the rights of the lenders, as these rights will form the basis of the rights of the purchasers of the bonds.^[64] The rating agencies shall also take into consideration which stage of the project is to be financed by the issuance of bonds, as e.g. in the contraction phase higher risk is assumed.^[65]

The most common way of utilization is to issue bonds when the project is already established and performs well.^[66] In such case by issuing bonds the project company either refinances its former financial obligations or expands the already existing operation of the project.^[67]

The other way is to raise the initial capital to the project by issuing bonds. In this way, just like in the orthodox lender-borrower scheme, the revenues generated by the project services the repayment of the debts.^[68] Although, arguing with Croke stating that despite cost of issuance (e.g. cost of the rating agency) capital markets offer cheaper source of money,^[69] this way of financing might be more costly than taking senior or mezzanine debt, since at this stage all of the risks are assumed yet (and the risks are not diversified as only one project is at hand), which might cause the interest rate increased, and the non or limited recourse nature does not encourage prospective investors to contribute money to a project which does not have any assets at the early phase.

Also the idea came up when securitization became a preferred tool in financing^[70] and raising capital to securitize project revenue thereby raising capital directly from the capital markets.^[71] Croke mentions to possible way to arrange such transaction: on one hand, he suggests to set up a special purpose vehicle in which the project assets and the accompanying risks are pooled and which would then issue the securities back up by the assets transferred; on the other hand, assets along with the risks may be transferred to an already established securitization vehicle, which better access to liquidity and credit enhancement devices.^[72] He also states that the first way seems to be more costly as disclosure requirements are more strict,^[73] however, it is more flexible as to the sale point of view, as the securities are issued in tranches which are subordinated to each other, and the lowest in the rank will absorb the losses first, thereby providing a more secured position to the holders of the higher level securities.^[74]

Wallenstein, however, is rather skeptic about the viability of combining securitization with project finance. He argues that there is only a limited or no

incentive for the sponsors to securitize the revenue stream coming from the project company. The sponsors already achieved the off-balance treatment and non recourse nature of the transaction by setting up the project company, so establishing a special purpose vehicle with the one and only aim to issue securities back up by the project revenues gives nothing to them in this regard; meanwhile, this scheme brings higher costs.^[75] However, he does not deny the possibility of securitizing the project revenues once the project is completed and generates stable income; which would practically mean refinancing of the initial financial obligations by issuing bonds.^[76] His idea that such a securitization would stimulate the local capital markets especially the bond market^[77] is also worth to be considered when the project participants, most probably the host country, tries to achieve the twin goals of project finance.

Conclusions

In our view, there might be project finance transactions that are of lower risks along with stable and predictable revenue which enables the sponsors to utilize securitization when raising capital to the project more easily and cheaper than loan by providing more attractive investment opportunity to the investors; however, it might be difficult to achieve as in case of high interest rates the sponsors are more likely turning to the capital markets, but investors might be satisfied with the relatively high and safe bank interest rate and give their money to the banks rather. On the other hand, in case of low interest rates, the investors might seek higher return investments and take more risk therefore, but sponsors might be satisfied with taking the loan and financing the project by senior and mezzanine debts. Although, refinancing the existing debts by issuing project bonds may be still a viable option once the completion risk is behind and more of the risks are not assumed anymore, and the project has started to generate income.

^[1] Black's Law Dictionary, 8th ed. 2004, see: *financing*

^[2] "Project finance is the financing of a particular economic unit in which a lender is satisfied to look initially to the cash flow and earnings of that economic unit as the source of funds from which a loan will be repaid and to the assets of the economic unit as collateral for the loan." Nevitt, P.K., F.J. Fabozzi: Project Financing, 7th edition, Euromoney Books; London 2000 p. 1

"Project finance is debt finance technique used for the development of a public infrastructure project, where the lenders look primarily to the cash flow produced by the project to service their debt rather than to other sources of security..." Catherine Pédamon: How is convergence best achieved in international project finance?; Fordham International Law Journal, April 2001 p. 1274;

"...building and operating a large-scale, long-term, revenue generating infrastructure project...capital...is provided principally by the lenders who rely for repayment on the receivables." Carl S. Bjerre: Project finance, securitization and consensuality, Duke Journal of Comparative and International Law, Spring 2002 p. 416

^[3] "...when the lenders place primary reliance on the revenues of the new project for repayment. Also [...] lenders will use the assets and contracts of the project as security." Katharine C. Baragona: Symposium: Markets in

Transition: Reconstruction and development part two – Building up to a drawdown: International project finance and privatization – Expert presentations on lessons to be learned, *Transnational Lawyer* 2004 p. 140

^[14] “Project finance is the raising of funds to finance an economically separable capital investment project in which the providers of the funds look primarily to the cash flow from the project as the source of funds to service their loans and provide the return of and a return on the equity invested in the project.” John D. Finnerty: *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*; New York, 1996 p. 2

^[15] “Project finance generally results in the creation of a new cash-flow producing asset.” Stephen Wallenstein: *Situating project finance and securitization in context*, *Duke Journal of Comparative and International Law* 2002 p. 450

^[16] “...sponsoring entity sets up a project as distinct legal entity and raises funds through the project, which issues securities. The investors, thus, look to the project’s cash flow for their return.” Peter H. Huang, Michael S. Knoll: *Corporate finance, corporate law and finance theory*, *Southern California Law Review*, November 2000 p. 183

^[17] “Project finance involves the creation of a legally independent project company financed with non-recourse debt (and equity from one or more sponsors) for the purpose of financing a single purpose, industrial asset.” Benjamin C. Esty: *Modern Project Finance, Teaching Notes*; New York 2004 p. 25

^[18] “...borrowing gobs of money from large lenders on a non-recourse basis,” Cindy Collins: *The few, the proud, the big...Booming international project finance work lures the heavy-hitters*, *Of counsel*, November 18 1996 p. 9
“Project finance is a technique of non-recourse financing that is not primarily dependent on the credit support of the [project] sponsors or the value of the physical assets involved, but rather depends upon the expected performance of the project itself” Jay Facciolo: *Project finance by Clifford Chance*, Book review, *Boston University International Law Journal*, Spring 1993 p. 169; Nan Zhang: *Moving towards a competitive electricity market? The dilemma of project finance in the wake of the Asian financial crisis*, *Minnesota Journal of Global Trade*, Summer 2000 p. 718

^[19] Wendy N. Duong: *Partnerships with monarchs – Two case studies: Case two partnerships with monarchs in the development of energy resources: Dissenting an independent power project and re-evaluating the role of multilateral and project financing in the international energy sector*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Spring 2005 pp. 75-76

^[10] “A project company is a group of agreements and contracts between lenders, project sponsors and other interested parties that creates a form of business organization that will issue a finite amount of debt on inception; will operate in a focused line of business; and will ask the lenders look only to a specific asset to generate cash flow as the sole source of principal and interest payment and collateral.” James Penrose: *Project finance and debt rating criteria*, *Journal of International Banking Law* 2001 p. 220; James Penrose, Peter Rigby: *Project Finance and debt rating criteria: part 1*, *International Energy Law & Taxation Review* 2001 p. 227;

“...project finance is a set of legal contracts, arrangements, and relationships that, when put together, typically creates a single-purpose operating entity that, in turn, creates a product or service.” Collins 1996 p. 8

^[11] “...project finance as a solution of balance sheet debt.” Katrina Dick: *Project finance in telecoms*, *Computer and Telecommunications Law Review* 2005 p. 183

^[12] Duong 2005 p. 79

^[13] “Under project finance, banks provide finance for a single project and take a large part of the risk of the success or failure of that project.” Philip R. Wood: *Project Finance, Subordinated Debts and State Loans*; London 1995 p. 3

^[14] “Project finance transactions are defined as a financing of a particular economic unit in which a lender is satisfied to consider the cash flows and earnings of that economic unit as the source of funds from which a loan will be repaid and to the assets of the economic unit as collateral for the loan.” Ken Miyamoto: *Measuring local legal risk premium in project finance bonds*, *Virginia Journal of International Law*, Summer 2000 pp. 1127-1128

^[15] Miyamoto 2000 p. 1128

^[16] Gergely Szalóki: *Securing performance in power projects*, Saarbrücken 2009

^[17] Albert H. Savelberg: *Einführung Projektfinanzierung*, Euroforum Verlag 2008 p. 31

^[18] Collins 1996 p. 11; Baragona 2004 p. 146

^[19] Baragona 2004 p. 146

^[20] Andrea De Gaetano: *Risks and security packages in project finance transactions in the Italian public sector*, *Journal of International Banking Law and Regulation* 2005 p. 38

^[21] Penrose 2001 p. 222; Penrose-Rigby 2001 p. 229

^[22] Zhang 2000 p. 719-720

^[23] Wood 1995 p. 27

^[24] Duong 2005 p. 76

^[25] Baragona 2001 p. 148

^[26] Savelberg 2008 p. 58

^[27] Savelberg 2008 p. 59

^[28] Savelberg 2008 p. 59, 62

- [\[29\]](#) Savelberg 2008 p. 62
- [\[30\]](#) Savelberg 2008 p. 60
- [\[31\]](#) Savelberg 2008 p. 62
- [\[32\]](#) Savelberg 2008 p. 60, 62
- [\[33\]](#) Savelberg 2008 p. 62
- [\[34\]](#) Savelberg 2008 p. 63
- [\[35\]](#) Savelberg 2008 p. 63-64
- [\[36\]](#) Savelberg 2008 p. 64
- [\[37\]](#) Savelberg 2008 p. 64
- [\[38\]](#) See Jeanne A. Calderon: Structuring mezzanine investments with hope of achieving long term capital gains tax treatment, *Real Estate Law Journal*, Summer 2004; Savelberg 2008 p. 65-66
- [\[39\]](#) Dr. Beda Wortmann: Projektfinanzierung, Rechtliche Seite, Euroforum Verlag 2008 p. 14
- [\[40\]](#) See Calderon 2004
- [\[41\]](#) See Steven Horowitz, Lise Morrow: Mezzanine financing, American Law Institute - American Bar Association Continuing Legal Education, January 12-14, 2006
- [\[42\]](#) See Joseph Philip Forte: Mezzanine finance: A legal background, American Law Institute - American Bar Association Continuing Legal Education, ALI-ABA Course of Study, March 27 - 28, 2008
- [\[43\]](#) Wortmann 2008 p. 14
- [\[44\]](#) Savelberg 2008 p. 67
- [\[45\]](#) See Calderon 2004 and Horowitz 2006
- [\[46\]](#) Savelberg 2008 p. 66
- [\[47\]](#) See Horowitz 2006 and David W. Forti, Timothy A. Stafford: Mezzanine debt: Suggested standard form of intercreditor agreement, American Law Institute - American Bar Association Continuing Legal Education ALI-ABA Course of Study, March 27 - 28, 2008 p.
- [\[48\]](#) See Thomas R. Fileti: Subordinate and mezzanine real estate financing, American Law Institute - American Bar Association Continuing Legal Education, ALI-ABA Course of Study, July 30 - August 2, 2008
- [\[49\]](#) See Calderon 2004
- [\[50\]](#) See Forte 2008
- [\[51\]](#) Jan Sternin, Stacey M. Bergen: Servicing mezzanine loans A to Z, Practising Law Institute, Real Estate Law and Practice Course Handbook Series, February 2003 p. 636
- [\[52\]](#) See Horowitz 2006
- [\[53\]](#) Stefano Caselli, Stefano Gatti: Structured finance: Techniques, products and market, Springer, 2005 p. 96-97
- [\[54\]](#) Denton Wilde Sapte LLP: Public-Private Partnerships: BOT Techniques and Project Finance, Euromoney Books 2006 p. 130; Savelberg 2006 p. 131
- [\[55\]](#) Denton 2006 p. 130
- [\[56\]](#) Denton 2006 p. 132
- [\[57\]](#) Caselli 2005 p. 98
- [\[58\]](#) Denton 2006 p. 130
- [\[59\]](#) Savelberg 2008 p. 72
- [\[60\]](#) Caselli 2005 p. 102
- [\[61\]](#) Denton 2006 p. 70-71
- [\[62\]](#) Denton 2006 p. 130, 132
- [\[63\]](#) Savelberg 2008 p. 73; James J. Croke Jr.: New developments in asset-backed commercial paper, Practising Law Institute, Commercial Law and Practice Course Handbook Series, December 4-5, 2008 p. 941
- [\[64\]](#) Croke 2008 p. 942;
- [\[65\]](#) Croke 2008 p. 942-943
- [\[66\]](#) James J. Croke Jr.: Project finance and securitization: A natural hybrid, Symposium: Markets in Transition: Reconstruction and Development Part Two – Building Up to a Drawdown: International Project Finance and Privatization Expert Presentations on Lessons to Be Learned, *Transnational Lawyer* 2004 p. 163; Wallenstein 2002 p. 452
- [\[67\]](#) Loren Page Ambinder, Nimali de Silva, John Dewar: The mirage becomes reality: Privatization and project finance developments in the middle east power market, *Fordham International Law Journal*, April 2001 p. 1050-1051, fn. 93
- [\[68\]](#) Croke 2004 p. 160
- [\[69\]](#) Croke 2004 p. 160, 162
- [\[70\]](#) Hal s. Scott, Philip A. Wellons: International Securities Regulation, New York 2002 p. 260-263
- [\[71\]](#) Bjerre 2002 p. 422
- [\[72\]](#) Croke 2004 p. 161-162
- [\[73\]](#) Croke 2004 p. 162
- [\[74\]](#) Croke 2004 p. 161

[\[75\]](#) Wallenstein 2002 p. 452

[\[76\]](#) Wallenstein 2002 p. 452

[\[77\]](#) Wallenstein 2002 p. 453

Antal Szerletics

The Moral Foundations of Legal Paternalism.

PhD dissertation

(abstract)

I. The aims of the thesis

The overall aim of this thesis is to examine the conceptual and justificatory issues of paternalism both from a theoretical and practical perspective. My hypothesis is that traditional autonomy-based justifications fail to provide an adequate moral rule to regulate paternalism. I will attribute this failure to a number of different factors. I argue, among others, that (a) traditional justifications use essentially contested notions such as autonomy, voluntariness or consent; (b) tend to overemphasize autonomy and underemphasize other values; (c) attribute value to autonomy on a contingent basis (i.e. the value of autonomy is the consequence of modernity); (d) adopt the harm principle as a deontological principle; (e) reflect the underlying idea of state neutrality that can be subjected to extensive criticisms; (f) look for comprehensive and formal rules that are

applicable in all paternalistic situations, while self-harming decisions are mostly based on subjective and incommensurable preferences.

Beginning with the age of the Enlightenment, paternalism came increasingly to the forefront of philosophical attention. Ever since this period, the dilemma of regulating self-harming behavior has occupied the mind of many moral and legal philosophers. For the past two centuries, the discourse has been dominated by the harm principle of John Stuart Mill. The principle, when stating that “[...] the *only* purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others”, provides a clearcut rule in relation to paternalism: it plainly excludes paternalism from the sphere of legitimate state interventions.^[1] Taking Mill seriously, paternalism would not be an overly interesting question, either from a legal or an ethical perspective, because the harm principle regulates the question in a comprehensive manner. How come then that paternalism still raises so many theoretical controversies and generates so much debate in public discourse?

Obviously, the harm principle is far from being an uncontested formula. It is an essentially liberal precept that has been subjected to numerous criticisms, mainly because its radical prohibition of paternalism seems untenable in modern societies. There are several cases when

paternalism is not only unobjectionable, but expressly necessary. In principle, I agree with Feinberg that “[...] the [main] problem is to reconcile somehow our general repugnance for paternalism with the apparent necessity, or at least reasonableness, of some paternalistic regulations”.^[2] There are a lot of competing justificatory theories of paternalism, and we may rightfully ask which one handles self-harming actions most “successfully”. The existence of these competing theories partly explains the controversial character of paternalism, especially when we take into account that the debates over paternalism are heavily laden with moral and political presuppositions. These often preclude the possibility of rational discussion. However, there is a deeper problem that contributes to the controversial nature of paternalism, independent of political orientation or personal moral convictions. It is related to any theory that strives to give a comprehensive rule for paternalism. In my opinion, paternalism is such a complex and delicate issue that it is impossible to devise one overarching principle that could adequately “govern” all of its dealings.

II. The method and relevance of the research

(II.1.) Paternalism has been a favorite “playground” of moral philosophers for the last forty years. It has generated an immense amount of literature and articles still keep popping up regularly until this day.

Although Hart already touches on the issue of paternalism in *Law, Liberty and Morality* (1963), the beginning of the intense debate can be attributed to the publication of Joel Feinberg's and Gerald Dworkin's seminal papers in 1971 and 1972.^[3] An important stage in the development of the doctrine was the appearance of Feinberg's comprehensive book on paternalism published as part of his four-volume *magnum opus*, entitled *The Moral Limits of the Criminal Law*. The theoretical discourse continues with changing intensity. New scientific trends place the topic into new perspectives. For example, the recent idea of "libertarian paternalism", using the methodology of behavioral economics, focuses on the question of preference formation and the application of non-coercive forms of paternalism. Newly emerging ethical theories, such as the ethics of care, demand the re-examination of previous justificatory models based on traditional ethical approaches.

(II.2.) The protection from self-harming behavior is not only a persistent theoretical question but also a fact of life that emerges in new and complex forms with the increasing multicultural and pluralistic nature of modern societies. Paternalism often becomes the "battlefield" of conflicting worldviews. Technological advancement also creates new moral dilemmas with paternalistic implications (e.g. euthanasia). Consequently, paternalism

is a highly relevant issue nowadays. A more personal reason for my research is the paternalistic attitude that permeates Hungarian politics and Hungarian society. The heritage of socialism persists until today, mainly in the form of extensive welfare regulations.

(II.3.) The approach of my thesis is predominantly theoretical. There is a huge variety of philosophical arguments and justificatory theories related to paternalism. One of my objectives is to try and “clean up the conceptual mess” that characterizes this field. My approach is “meta-theoretical” to a certain extent, in the sense that it is a discourse on paternalistic discourses: it presents, evaluates and critically reflects on different justificatory theories of paternalism. I primarily conceive paternalism as an ethical dilemma. Although it often becomes a legal issue in the form of paternalistic regulations and related cases, there are questions of paternalism that never enter the field of law. If the paternalistic actor is not the state (e.g. paternalism in private relations), law does not prescribe what is “the right thing to do” in self-harming cases. Additionally, it seems that paternalistic legal regulations and decisions are mostly backed up by ethical arguments and the outcome of those decisions depends on the balancing of these arguments. In the light of this, it is no surprise that paternalistic cases most often appear at the level of constitutional

adjudication. Paternalistic intervention can be conceived as the collision of certain fundamental rights (e.g. the right to self-determination, the positive duty of the state to protect its citizens, etc.) but the balancing procedure often reflects ethical arguments. Despite the fact that there are established “tests” in the jurisprudence of high courts to resolve the collision of fundamental rights, I am convinced that decisions related to paternalism are largely determined by ethical arguments.

(II.4) There are three possibilities to justify an ethical dilemma such as paternalism.^[4] (A) The top-down model follows the traditional syllogism-model of applying pre-existing rules in law.^[5] It works by subsuming a particular case under a general norm (principle, rule, ideal, etc.). This deductivist model functions well in simple cases that can be brought directly and unambiguously under one specific moral principle. Unfortunately, paternalistic cases are not so easy to decide because the abstract rules regulating paternalism are indeterminate and there are often conflicting ethical principles that require careful balancing. Let us take a simple autonomy-based justificatory rule for paternalism; for example that “paternalistic interventions are justified as long as they do not violate the autonomy of the subject”. Two problems render the top-down model inoperable here. The first one is related to the abstract character of the rule

(i.e. it does not specify the exact meaning of autonomy); the second problem is in the balancing of ethical principles (e.g. that the principle of benevolence can sometimes overrule autonomy). (B) The bottom-up strategy of justification is an inductivist method which claims that paradigmatic cases and particular judgments allow us to draw moral conclusions independently of general norms. This model is comparable to the precedent-system of the common law. In chapter 4, I advocate a contextual and case-based justification for paternalism. However, I would not absolutize the bottom-up or “casuistic” method. (C) Just as moral intuitions and moral principles, general rules and individual cases seem to mutually influence each other in a sort of “reflective equilibrium”. The way I use cases in the thesis will reflect this approach: I aim to show how moral intuitions and moral principles clash in hard cases of paternalism.

(II.5.) The method of my theoretical investigation is mainly analytical. The debate over paternalism is dominated by English and American authors and I will only take a short phenomenological “excursion” related to Heidegger’s philosophy. As it will become apparent from the beginning of the thesis, the negative connotations of paternalism are the results of modernity and the Age of Enlightenment. Thus, my thesis has a modern/postmodern dimension besides its ethical/political dimension.

The analysis of cases is based on traditional black-letter legal analysis, with an “outlook” to the constitutional system of Hungary and to the established jurisprudence of the European Court of Human Rights. The scope of my research is limited to the examination of paternalistic moral dilemmas and their representation in the case-law of the Hungarian Constitutional Court and the European Court of Human Rights. I am not going to give a comprehensive empirical overview of paternalistic legal regulations, partly because it is irrelevant for my theoretical investigation, and also because it seems impossible to examine all laws and judicial decisions related to the issue. The notion of paternalism is extremely wide, especially when benefit-promoting forms are also taken into consideration. In a certain sense, all forms of welfare regulations and institutions, from public education to health insurance policies, can be considered as paternalistic interventions.

(II.6.) My work is particular and comprehensive at the same time. It is particular in the sense that it focuses only on one liberty-limiting principle and it is comprehensive because it tries to place paternalism into the wider context of ethics and political philosophy. To understand paternalism is to understand the underlying ethical and political theories. After the critical examination of these theories, I sketch the framework of an alternative approach inspired by the ethics of care and virtue ethics. I do not attempt to

come up with a comprehensive theory, partly because I believe that such a theory is an impossibility and partly because of the limits of care in the public sphere. My aim is to provide guidelines that can sufficiently handle hard paternalistic cases on an *ad hoc* basis. Thus, the practical relevance of my thesis can be identified as providing a set of ethical arguments for legal practice.

III. The overview and the results of the research

My thesis consists of four substantive chapters. These chapters can be divided into two groups. The theoretical investigations of the first three chapters (chapters 2, 3 and 4) make up the larger part of my work, while I discuss practical legal issues in the last chapter (chapter 5).

(III.1.) The second chapter deals with the definitional and justificatory questions of paternalism. Although it might seem easy at first sight to give an account of paternalism, there is a large variety of substantially different definitions in the philosophical literature. The analysis will show that almost all definitions make reference (1) to the violation of liberty and/or autonomy of the subject (which I will call the “element of interference”) and (2) to the prevention of self-harm (which I will term the “element of benevolence”). The element dominating the

definitional discourse is the “element of interference”. I try to demonstrate how definitions gradually extend this element (from negative liberty in the direction of positive liberty and personal autonomy) to cover the most diverse forms of paternalism. Since almost any action can be interpreted as “interfering” with someone else’s autonomy (cf. the impossibility of completely self-regarding actions), the question emerges if “interference” is a necessary element of paternalism at all. I argue that one should be careful with overemphasizing this element and propose that it’s more enlightening to concentrate on the “benevolent motive” of the paternalistic actor. It seems that, on a rudimentary level, paternalism only implies benevolent motives. Following the question of definition, for the sake of conceptual clarity, I make distinctions with respect to the “external” and “internal” aspects of paternalism, separating the concept from other liberty-limiting principles (i.e. moralism, the harm principle and the offense principle) and identifying different subcategories within the concept.

The second part of chapter 2 critically presents the most commonly used justificatory models of paternalism. I distinguish between three basic approaches of justification, corresponding to the three main trends of normative ethics. I focus primarily on autonomy-based (deontological) justifications, because these are predominant in the discourse. I separate

deontological theories in two groups: voluntariness- and consent-based justifications. The voluntariness-model will be presented through Joel Feinberg's theory. I point out some weaknesses in his theory, especially connected to "evaluative" self-harming decisions. These decisions are fully voluntary but they might seem irrational or unreasonable for others because they represent unusual and essentially subjective preferences. Feinberg's theory is unable to handle such decisions. Consent to paternalism might also be able to justify paternalistic interventions. I examine five types of consent: contemporaneous, prior, subsequent, anticipated and hypothetical. I draw attention to the imperfections of these approaches. My main argument is that consent often seems to hide other standards, such as rationality or voluntariness.

(III.2.) The third chapter is an attempt to deconstruct the traditional autonomy-based approach to paternalism. Each of the four sections deals with a fundamental problem that questions the validity of deontology-based justifications. In the first section, I scrutinize the notion of autonomy. I argue that due to its complex character, it is not evident to determine if a specific paternalistic intervention violates autonomy or not. Personal autonomy is constituted by external and internal components that can be oppositely affected by different interventions. Paternalistic deception or

manipulation, for example, interferes with the internal elements of autonomy (i.e. it affects mental presuppositions) while increasing the number of available options (i.e. the external components) at the same time. Moreover, the value attributed to autonomy is not universal. It seems contingent on social-historical circumstances, so theories that gear the justification of paternalism to the violation of autonomy necessarily become contingent as well. It is only in the modern age that people attribute a distinguished value to autonomy. With the failure of the “Enlightenment-project”, the “myth” of autonomy gradually dissolved. As emphasis shifts from the individual to the community, the approach to paternalism also changes from rejection to (limited) acceptance.

The second section examines the problems associated with the harm principle of John Stuart Mill. This principle sets a blanket prohibition to legal paternalism and moralism which is justified through a utilitarian reasoning by Mill. However, there is an apparent tension between Mill’s commitment to utilitarianism and his categorical approach towards liberty. This tension is resolved by replacing the utilitarian justification of the harm principle with deontological ethics. I will demonstrate that this “interpretational change” is already implicit in *On Liberty* and it becomes fulfilled in the theories of modern liberal authors (e.g. Joel Feinberg, Gerald

Dworkin). Taking into account this interpretational shift, a strange paradox appears: while the absolute character of Mill's prohibition is gradually abandoned through different methods of "softening" the harm principle, the utilitarian justification is replaced by a deontological background, which is more suitable for justifying categorical prohibitions.

The following section presents some "hard" cases of paternalism that challenge the validity of autonomy-based justifications in practice. These cases cannot be prohibited by the harm principle because they cause no harm to others. Neither can they be prohibited on soft paternalistic grounds since all self-harming decisions are based on perfectly voluntary choices. Still, our moral intuition tells us, even if we endorse liberal principles, that some of these self-harming actions are just "not right" and should be restricted (or at least, there is nothing wrong with restricting them). The cases I discuss are related to physical protection (e.g. crashhelmet and safetybelt regulations), dangerous substances (e.g. cigarette and alcohol consumption), active voluntary euthanasia and certain aspects of the protection of human dignity. I do not aim to give an exhaustive examination of all related cases or regulations. I neither claim that this section contains a conclusive argument against deontological paternalism. I would only like

to present some “stubborn counterexamples” that raise doubts about the adequacy of autonomy-based theories.

The last section of chapter 3 “elevates” the discussion on paternalism to the level of political philosophy. Autonomy-based justifications of paternalism are strongly connected to the idea of state neutrality. This is not a coincidence, taking into account the common deontological background of the harm principle and liberal neutrality. The basic idea here is that citizens in modern pluralistic societies hold different views about what constitutes a good and valuable life for them. Thus, the state should be neutral towards the competing conceptions of the moral good and should not interfere with the autonomous choices of competent individuals. I will present the ideas of John Rawls and Ronald Dworkin related to paternalism and demonstrate how the separation between the “right” and the “good” is criticized by communitarian authors.

(III.3.) The fourth chapter presents “alternative approaches” to paternalism. These approaches are inspired by three ethical trends that have recently appeared (or re-appeared) on the theoretical palette, often associated with “postmodernism” or, in MacIntyre’s terminology, with the “failure of the Enlightenment Project”. I briefly present virtue ethics, perfectionism and the ethics of care and show that just as these theories

bring along a new perspective compared to Kantianism and utilitarianism in general; they substantially change our approach towards paternalism as well. While not particularly convinced by perfectionism due to its elitist and authoritarian implications, I argue that virtue ethics and the ethics of care are capable of providing new, more practical (but less comprehensive) guidelines for the justification of paternalism than the traditional autonomy-based approach. I examine the connection between paternalism and the virtue of care. Even though paternalism is not a virtue in itself, it can be conceived as the “manifestation” of care. Approaching paternalism from this perspective removes the negative connotations that became attached to the concept during the Enlightenment-period and shifts the focus of attention from the principle of autonomy to the principle of benevolence. Consequently, the traditional hard-soft distinction of paternalism will appear as outdated in this context. Hard paternalism, if motivated by genuine care and empathy, seems to be justified because it can improve the character of both the paternalistic actor and the subject. I argue that it can also increase autonomy, especially if we reinterpret the notion of autonomy in a relational way. Care is an essential element of human relations and, presupposing that autonomy exists and develops *within* social relations, caring paternalism can hardly be conceived as a violation of personal autonomy. The ethics of care brings along a contextual and case-sensitive

approach and advocates an “ad hoc” justification for paternalism. This corresponds to my critique of comprehensive ethical theories.

(III.4.) The fifth chapter contains an analysis of the jurisprudence of the Hungarian Constitutional Court and the European Court of Human Rights. Concerning Hungarian case-law, I examine “typical” harm-preventing forms of paternalism, including the regulation of drugs, euthanasia, medical sterilization or the compulsory vaccination of children. My aim is to explore the moral presuppositions that determine the Court’s approach related to self-harming cases. Despite the professed value-neutrality of the Court,⁶ there is a suspicion that it handles paternalism in a “biased” way. The Court generally refrains from explicitly adopting positive moral values. However, deciding hard cases of paternalism necessarily implies taking sides in the moral debate, even if the decision is “wrapped up” in a neutral ideology. My analysis of the European Court’s jurisprudence focuses on the issue of “paternalistic moralism”. I include a short theoretical overview of legal moralism (i.e. the Hart-Devlin debate and its repercussions) to show that questions of moralism and paternalism are strongly connected and they often overlap. I examine moralistic restrictions related to the right of privacy (i.e. homosexuality and

prostitution) and the right to freedom of expression (i.e. obscenity, pornography and blasphemy).

(III.5) The harm principle, from its very inception, represented the quest of modernity for a principle that is able to “govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion or control”.^[7] Mill argues that the absolute respect for freedom will always maximize social utility and individual well-being in the long run. It is quite obvious that this is not the case, thus, the utilitarian justification of the harm principle was gradually replaced by deontological ethics. I try and demonstrate that this interpretational change is already implicit in Mill’s theory. The second interpretational shift makes a move from deontology to perfectionism: it is Joseph Raz who reinterprets the harm principle in a perfectionist manner. Paralelly, and somewhat contrary to these developments (at least to the first interpretational change), a gradual “softening” of the principle takes place. The soft-paternalistic strategy of Feinberg aims to requalify hard paternalistic interventions as soft paternalism by showing that the self-harming action was not taken voluntarily. The introduction of the offense principle, as a legitimate liberty-limiting principle, facilitates the prohibition of non-harmful, but universally disliked, unpleasant or offensive behaviour (public nuisances,

public immorality, etc.). Limiting the scope of the harm principle only to coercive interventions is also a possible method of “softening”. These efforts clearly demonstrate that it is illusory that a single principle can comprehensively regulate all dilemmas created by paternalism.

(III.6.) Since citizens in modern pluralistic societies hold different views about what constitutes a valuable life, it is a common liberal claim that the state should be neutral towards the competing conceptions of the moral good, while enforcing the “right” (i.e. the basic rules that keep society together). It seems to me that the key question is how to determine which acts belong to the sphere of the right and which to the sphere of the good. The common answer is that claims about the good are essentially controversial while the “principles of justice [the sphere of the right] are objective and interpersonally recognizable” and they extend only to constitutional essentials and to principles that regulate the basic structure of society.^[8] The harm principle seems to belong to the realm of the “right” and reflects the “ideology” of liberal neutrality. Paternalism is excluded by the harm principle because there seems to be no overlapping consensus in most cases of paternalism. Instrumental forms of paternalism (e.g. seatbelts and other safety regulations, restrictions on smoking, consumer protection, etc.) do not reflect particular conceptions of the good, thus, they fall outside

of the scope of the harm principle. As a consequence of their interconnectedness, criticisms directed against state neutrality necessarily affect the issue of paternalism. My aim is to present the main arguments that plausibly question the principle of liberal neutrality. If we accept these criticisms as valid, they give a “final blow” to the harm principle and force us to look for alternative justificatory theories.

(III.7.) The aims of my empirical research are twofold. Firstly, I would like to provide vivid examples of paternalism that demonstrate the frequent discrepancy between our moral intuitions and moral principles. Following the method of “reflective equilibrium”, it is not only moral principles that inform our moral intuitions, but moral intuitions also affect and sometimes contradict moral principles. The evaluative decisions in chapter 3.3 (e.g. active voluntary euthanasia in *Pretty v UK*, dwarf-tossing in *Wackenheim v France*, shooting-game prohibition in *Omega*, crash-helmet regulation in *Chahal*, smoking restrictions in *Wöckel v Germany*, etc.) are “hard nuts to crack” for autonomy-based theories, because, if the harm principle and the soft-hard distinction were taken seriously, the actions in these cases should not have been prohibited. They are based on perfectly voluntary choices and cause no harm to others. Still, our moral intuition tells us that some of these self-harming actions are just “not right”

and should be restricted (or at least, there is nothing wrong with restricting them). These intuitions are reflected in the court rulings as well. Obviously, these “stubborn counterexamples” are not conclusive counterarguments, but they raise serious doubts about the adequacy of our traditional moral principles. The second aim of the empirical investigation is to explore what moral arguments and presuppositions determine court decisions and how the problem of paternalism is transformed to a legal question. The Hungarian constitutional jurisprudence reveals a value neutral approach. The principle of state neutrality, i.e. that the state has no right to impose particular moral standards on its citizens is reiterated in numerous cases.^[9] Following Kantian inspiration, the Court attributes an inherent value to autonomy that is derived from the right to human dignity: “the right to human dignity means that the individual possesses a core of autonomy and self-determination beyond the reach of all others, whereby [...] the human being remains a subject and cannot be transformed into an instrument or object”.^[10] Correspondingly, the Court approaches paternalism from a deontological perspective. It emphasizes voluntariness as being decisive in paternalistic cases.^[11] The capacity for voluntary choice seems to be determined on a sliding scale. Even though the age of general competence is fixed in the Civil Code, “it is primarily up to the legislator to decide whether it is justified to apply, [...] an age limit different from that of

general disposing capacity, and if yes, to what extent.”^[12] Of course, autonomy-based arguments are complemented with consequentialist considerations (e.g. the possible social effects of permitting certain self-harming conducts, like drug consumption, voluntary sterilization, euthanasia, etc.). We may aptly characterize the Court’s approach to paternalism as a form of “deontology, spiced with consequentialism”. As for the “legal transformation” of paternalism, generally two constitutional requirements clash in the examined cases: the right to self-determination (an unenumerated right implicitly derived from the right to human dignity) and the State’s “institutional” duty to guarantee certain rights, for example, “the highest possible level of physical and mental health to everyone living in the territory of the Republic of Hungary”. The case law of the European Court of Human Rights is particularly rich when it comes to the protection of morals (“paternalistic moralism”), but there is no clear tendency in the jurisprudence. The Court sometimes upholds Member States’ moralistic regulations,^[13] but sometimes rejects them.^[14] Moralistic state regulations appear in the Convention’s framework mostly as interferences with the right to privacy (e.g. the issue of homosexuality) or the right to freedom of expression (e.g. obscenity and pornography). The margin of appreciation doctrine seems to give a wide discretion to Member States for moralistic interventions, especially in freedom of expression cases. The Court tries to

refrain from perfectionism in cases where there is no “European uniform conception of morals”. But non-interference can represent a biased commitment here as well: it leaves perfectionism to Member States, but it is not sure that they are in a better position to assess positive morality than the Court. Reference to the “fuzziness” of morals seems to be a good excuse for the Court to hide behind the margin of appreciation doctrine. Although the protection of morals is explicitly mentioned as a legitimate aim in the limitation clauses of the European Convention, from a theoretical viewpoint, paternalistic moralism is not easy to justify.

(III.8) Caring paternalism prevails only in direct personal relations. It would be a mistake to “assume that justified forms of public paternalism exactly parallel those of personal paternalism”.^[15] Law treats people under abstract descriptions and presupposes a certain degree of standardization. Nevertheless, care can find its way through the barrier of abstraction by the “infrastructure of care”. If benevolent paternalism is a manifestation of care and care is a virtue, then the state has a perfectionist task to develop the “infrastructure of care”, that is, the institutions, organizations, practices and shared beliefs by which a society nurtures mutual care among its members.^[16] Consequently, the task of legal paternalism can be conceived as developing this “infrastructure” rather than directly coercing people to

their “own” good. Since generalized paternalistic regulations are insensitive to the context in which paternalism takes place, it makes more sense to foster the virtue of care in people who, if the presupposition of virtue ethics is right, will find the appropriate way to respond to particular paternalistic dilemmas. Still, we must be very cautious with perfectionist paternalistic policies. From a critical perspective, if we conceive the state as an instrument of domination, legal paternalism that lacks the element of care is nothing else than a mask for exploitation. “The distant and impersonal relations of bureaucracies foster the opposite of sincerely cooperative [i.e. caring] paternalism, that is, conflictful paternalism – exploitative relations in the guise of paternalism.”^[17] Thus, paternalism, (especially its benefit-promoting versions) can have an ideological role. Some commentators even conclude that “it is inherently dangerous to accept any form of state paternalism as truthful or legitimate”.^[18] This is obviously an exaggeration, but it is true that oppressive state interventions can be disguised by benevolence, hence the distinguished value of autonomy and the negative connotations attached to paternalism in modern times. On the other hand, autonomy is also ideological to a certain extent: it represents Enlightenment’s false promise of independence that people can succeed and reach individual self-fulfillment without caring about each other (cf. the “myth” of autonomy in chapter 3.1.4).

LIST OF RELEVANT PUBLICATIONS

Paternalism and Euthanasia: the case of Diane Pretty before the European Court of Human Rights, in *Diritto e Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*, 10/2010. Eds. Giorgio Maniaci, Giorgio Pino, Aldo Schiavello. Palermo, Italy (2010).

Paternalism, Perfectionism and Liberal Neutrality in Humanitas Journal of European Studies, 3/2009, pp. 125-137. Ed. A.H. Wentkowska. Sosnowiecz, Poland, 2009.

The Theoretical Aspects of Legal Moralism, in *Silezian Journal of Legal Studies*, 1/2009, pp. 98-111. Ed. dr. Barbara Mikolajczyk. Katowice, Poland, 2009.

Perfectionism in the Pluralistic State - How to Reconcile the Principle of Liberal Neutrality with Legal Paternalism and Moralism?, in *Jogelméleti Szemle*, 3/2008. Eds. dr. Pokol Béla, dr. Karácsony András, dr. Szabó Béla, dr. Gyórfi Tamás. Electronic journal available at <http://jesz.ajk.elte.hu/>

Defining Paternalism, in *Jogelméleti Szemle*, 4/2008. Eds. dr. Pokol Béla, dr. Karácsony András, dr. Szabó Béla, dr. Gyórfi Tamás. Electronic journal available at <http://jesz.ajk.elte.hu/>

Liberty-limiting principles, with Special Attention to the Issue of Legal Paternalism and Moralism, in *Collega* 1-2/2009, pp. 97-102. Eds. dr. Máthé Gábor, dr. Vörös Imre, dr. Domokos Andrea, dr. Fábián Ferenc. Budapest, 2009.

Coming to Terms with the Past: Reconciliation or Punishment for the Perpetrators of Past Crimes?, forthcoming article in the next volume of *Series on Transitional Justice*, Intersentia, Antwerp, 2010. General eds. Stephan Parmentier, Jeremy Sarkin, Elmar Weitekamp.

Jogi paternalizmus, in *Elpis Filozófiai Folyóirat*, 2/2008 pp. 151-164. Eds. Galba Zsolt, Rosta Kosztasz. ELTE-BTK, Institute of Philosophy, Budapest, 2008.

Friedrich Nietzsche államról, jogról, politikáról, in *Themis - Az ELTE ÁJK jogász PhD hallgatóinak tanulmányai*, 2008 december. Eds. dr. Gönczöl Katalin, dr. Takács Péter, dr. Nagy Marianna. Electronic journal www.ajk.elte.hu

Társadalmi igazságosság és a polgári törvénykönyv egyes rendelkezései, in *Studia Collegii de Stephano Bibo Nominati - OTDK dolgozatok 2005*, pp. 541-565. Ed. dr. Sántha Ágnes. ELTE Bibó István Szakkollégium, Budapest, 2006.

^[1] John Stuart Mill, *On Liberty*, (1975) at 10.

^[2] Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law - Harm to Self*, vol. 3 (1986c) at 111.

^[3] These articles have been reprinted several times. For the original publications, see Joel Feinberg, *Legal Paternalism*, 1 *Canadian Journal of Philosophy* 105 (1971) and Gerald Dworkin, *Paternalism*, 56 *The Monist* 64 (1972).

^[4] Tom L. Beauchamp, James F. Childress, *The Principles of Biomedical Ethics*, (2009) at 195.

^[5] Mark Van Hoecke, *Law as Communication*, (2002) at 172.

^[6] László Sólyom, *Az alkotmánybíraskodás kezdetei Magyarországon*, (2001) at 689

^[7] Mill (1975) at 10.

^[8] Richard J. Arneson, *Liberal Neutrality on the Good: An Autopsy*, in Steven Wall, George Klosko (eds.), *Perfectionism and Neutrality*, (Lanham: Rowman & Littlefield, 2003) at 195, 206.

^[9] Cf. 21/1996. (V.17.) AB.

^[10] See, e.g. 39/2007. (VI. 20) AB.

^[11] Cf. 521/1996. (V.17.) AB ; 4/2004. (XII. 13.) AB; 43/2005. (XI. 14) AB.

^[12] 43/2005. (XI. 14) AB, section 4.1.

^[13] Cf. Müller v Switzerland; Otto Preminger Institute v Austria; Laskey, Jaggard and Brown v UK.

^[14] Cf. Dudgeon v UK.

^[15] John Kultgen, *Autonomy and Intervention – Parentalism in the Caring Life*, (New York: Oxford University Press, 1995) at 161.

^[16] *Ibid.* 30.

^[17] Jack D. Douglas, *Cooperative vs. Conflictful Paternalism*, in Rolf Sartorius (ed.), *Paternalism*, (1983) at 197.

^[18] *Ibid.* 198.

Péter Takács:
Reader's Report on Antal Szerletics' dissertation,
entitled „The Moral Foundations of Legal Paternalism”
(2010)

submitted to University of Gent (Belgium) and University of ELTE
(Budapest, Hungary) in the framework of a jointly supervised PhD (*co-*
tutelle) project

Object of this review is a scholarly elaborated paper, consists of 237 pages, entitled as mentioned above. It is organized in table of contents, preface, introduction (pp. 1–10), four substantial chapters (pp. 11–205), ‘conclusion’ (pp. 206–214), bibliography of aprox. 220 titles (pp. 215–228) and an index of cases in different jurisdictions (pp. 228–231). *Substantial chapters* deal with definitional and justificatory questions of paternalism (ch. 2), a ‘deconstruction’ of its deontological approach, touching on problems of liberal neutrality (ch. 3), and its philosophical background in different moral theories, namely virtue ethics, perfectionism, and ethics of care (ch.4). One of the main chapters analyses different cases concerning paternalism and legal moralism in two jurisdictions (ch. 5). Number of *footnotes* is 787.

The subject matter of the paper, namely ‘paternalism’ or ‘looking for the proper scope and justification of paternalism’ – triggering off lively problems and raising deep philosophical, moral and legal questions during the past four or five decades – is not only a *legitimate*, but undoubtedly a **timely object of research**. From a historical perspective it is a modern and *up-to-date* topic embedded in a *long tradition* of moral and legal philosophy with centuries-old background principles, time-honored theoretical (and ideological) patterns and ‘good old’ solutions.

The first virtue of the dissertation is that its author has managed to find a **balance** between a *modern* phenomenon and the old *traditions* of its possible analytical framework. The most important of these traditions

seems to be that of “legal moralism” of Anglo-American jurisprudence in the 20th century (centering around the famous Hart-Devlin debate), which, in part, leads us back to the debate initiated by J. S. Mill during the 19th century. Since the main theses of liberal political philosophy were continuously challenged, in this context, basically by conservatives (J. F. Stephen, Lord Devlin, other), the author of a dissertation on paternalism has to face the need of treating (not to say recycling) an intellectual tradition of two centuries. In my view, Antal Szerletics did it well and laudably.

By the detailed analysis he contradicted, though, one of his statements (“paternalism has been a favourite ‘playground’ of moral philosophers ...”). This statement proved to be an exaggeration: after reading this thesis it might be evident that in many respect paternalism was not a “playground”, but rather a “battle-field” for principle-driven moral philosophies and theory-obsessed scholars looking for a “single right answer” in all cases.

Secondly, I think that the author has also managed to develop a **good balance** between *moral* philosophy (in which field he seems to feel himself more comfortable, and on which he seemingly dwells on with greater pleasure) and *legal* theory. Looking for, as the title suggests, the moral foundation of a legal phenomenon he examines thoroughly the **case law** in *two jurisdictions*, namely that of the Hungarian Constitutional Court and European Court of Human Rights (and by passing in some others). The evaluation of the practice and argumentation of the Hungarian Constitutional Court is, in my view, **legally correct** and theoretically well-founded; assessments of decisions of European Court of Human Rights are instructive and informative. I agree with the statement that in spite of the professed value-neutrality of the Hungarian Constitutional Court, it handled paternalism in a “biased” way. Even though deciding hard cases of paternalism necessarily implies taking sides in the moral debate, the Hungarian Court generally refrained from explicitly adopting positive moral values.

I have found it praiseworthy that that the author throws a **glance** at the *political consequences* of paternalism; mainly in those cases in which it is customary to do so in the literature, viz. those concerning the problems of liberal conception on neutrality of the state. I could not find, however, any reason for failing to do so in case of his preferred solution to the problem, viz. being silent about the political and *institutional consequences* of justified paternalism on the basis of the *ethics of care*, supposedly different of a neutral state. If it has any reason at all, it might be that theorizing

paternalism on the basis of ethics of care, is just a newly 'acquired taste' in the realm of theories.

Mr. Szerletics examines the problems basically and almost exclusively by **analytical method**, occasionally alluding historical connections, and sometimes being indicative of the historical development of ethical and philosophical ideas. In my view, the analytical method is legitimate, appropriate, and productive. After all, this is the dominant way in the literature concerned. So in this way he is able to be very much in line with the mainstream of the literature in the dissertation. I think, all reader will acknowledge and appreciate the **huge volume** of the used, interpreted, applied and criticized literature, listed at the end of the dissertation. Incidentally, the style of the text is clear, the way of wording is smart and unbiased, reflecting a due measure of detachment that might be required in case of a scholarly paper.

In many points the author summarizes long debates and gives **comprehensive**, almost **encyclopedic overviews** of one or other phases of these debates. Educated primarily as a lawyer, I was impressed by these general overviews of ethical theories of centuries, including the development of the last two or three decades as well. I was impressed, too, by the basically **tentative** manner of finding solution for paternalistic dilemmas in the field of moral theory, which found its way, finally, to a determined and definite position.

The structure of dissertation is the product of a careful and long-matured consideration. Maybe some sections could be relocated (e.g. theoretical questions of legal moralism, c.f. 5. 2. 1, from the chapter dealing with the practical cases of courts could be moved to chapter 3 or to a new one), these minor possible changes however does not affect the main lines of the picture. The **firm structure** suggests that the author's main concern is centering basically around justification. In my reading of the paper, **justificatory problems**, in fact, spread over chapter 2.2., in which it is indicated in the title, and they fill considerable space in chapter three. This question, however, is only a matter of numbering, not a substantial one.

As far as the main statements of the paper are concerned, I agree with many of them. I refer here only to some of these.

For example, the author demonstrated that the harm- and offense-principles are not incontestable formulas, and if they could prohibit paternalism in all cases, it would go against our moral intuition. This intuition, namely that some form of moral sense tells us, even if we endorse

liberal principles, that in certain cases self-harming actions (not to mention those harming consenting others) are not right and should be restricted. In this way, the dissertation struggles with the problem and contradiction stated by Joel Feinberg. That is to say it is centred around the need **to reconcile** the general **repugnance for paternalism** with the apparent **necessity**, or at least **reasonableness**, of some paternalistic **regulations**. Since one side of this contradiction (namely the general repugnance, and the prohibition of paternalistic action) was well grounded during the past centuries, no wonder, that an author with a general overview of the question seems to dwell on on the other side, namely on the **justification** of paternalism. By this I mean that if paternalism is such a *complex and delicate issue*, as the author states, and it is impossible to devise one overarching, “single right” principle that could prohibit it, it will turn out to be impossible to find a justification for the opposite. No principle could adequately “govern” all problems of it.

After the critical examination of the traditional theories, the author of the paper has delineated a framework of an **alternative approach**. It was inspired by the **ethics of care** and, partly, virtue ethics. We are told that it does not aim a comprehensive theory, partly because the author believes that such a theory is impossible, and partly because it is confined basically to the private sphere. More precisely, there are limits of this approach in the public sphere. I personally would be sceptical about the possibility of the dividing line between these two spheres, exactly in the case of paternalism. To which one could we connect, for example, problems of usurious lending? If usurious lending, I mention by passing, belongs to the scope of paternalism, as the author seems to accept, it is painfully underestimated in the paper.

The author states that virtue ethics and the ethics of care are capable of providing new guidelines (and, practically, a set of ethical arguments for legal practice) for the justification of paternalism and handle paternalistic cases on an *ad hoc* basis. He hopes that ethics of care brings about a contextual and *case-sensitive approach*, since comprehensive ethical theories do not work well. He strives for thinking of paternalism as the “manifestation of care”, and try to remove the negative connotations that became attached to the concept earlier. In many ways the **basic tone** of the dissertation is a hope in the fruitful theoretical framework and its force. In my view for this approach it would be important to elaborate how to make distinctions between the private and public spheres, and what kind of institutional settings are involved when ethics of care is applied in this field.

In spite of these minor reservations and misgivings, I think that the dissertation is of a high standard quality, and excellent regarding the main concepts, structure, analysis, new approaches and argumentation.

General evaluation. Considering the above mentioned merits and the high quality of the paper, and the theoretical achievements of the author, I recommend for the examination board to accept this dissertation as satisfying all the requirements of a standard PhD thesis. I recommend, too, that the examination board do give admission for Mr. Antal Szerletics to the second part of the exam.

TÁRCZY EDIT ZSUZSANNA

Irányelvjavaslat a fogyasztói jogokról

Bevezetés

Az Európai Unió jelenleg azzal a kihívással néz szembe, hogy a 2009. december 1. - én hatályba lépett Lisszaboni Szerződés módosította az EK és az EU Szerződést is, és – bár nem lépett azok helyébe – számos változást hoz. Főbb célkitűzései között szerepel a hatékonyság növelése, ezen belül pl. a jobb életszínvonal biztosítása az európai polgárok számára. Ehhez viszont a fogyasztóvédelmi terület fejlesztése feltétlenül szükséges. Az Európai Unió az elmúlt évek fogyasztóvédelmi irányelveivel új útra lépett, melyen már nem akarja a tagállamokra bízni a szabályozást. Így szakít a minimál klauzulák alkalmazásával és teljes harmonizációra törekszik. Erre a folyamatra tökéletes példa a fogyasztói jogokról szóló irányelvjavaslat.

Célok, vélemények, szerkezet

2008 októberében látott napvilágot a Bizottság - a fogyasztók jogaira vonatkozó - irányelvjavaslata. Ez a dokumentum annak a 2004- ben megkezdett felülvizsgálatnak az eredménye, melynek célja a meglévő szabályozási keret egyszerűsítése és kiegészítése volt, valamint „olyan valódi fogyasztói belső piac kialakítása, amely megfelelő egyensúlyt teremt a magas szintű fogyasztóvédelem és a vállalkozások versenyképessége között, a szubszidiaritási elv tiszteletben tartása mellett”.^[1] Ennek érdekében került sor a fogyasztóvédelmi irányelvek átvizsgálására.

A javaslat megalkotásának alapvető oka, hogy a fogyasztóvédelmi irányelvek tipikusan minimál klauzulákat alkalmaznak és ennek eredményeképpen a tagállamok gyakran eltérnek az adott jogforrás rendelkezéseitől, így kialakítva egy széttagolt szabályozást az Unión belül. Ennek pedig egyenes következménye a fogyasztók bizalmatlansága és idegengedése a határon átnyúló ügyletek lebonyolításától.

Ezen problémák megszüntetése érdekében a javaslat az üzlethelyiségen kívül kötött szerződésekről szóló 85/577/EGK irányelvet, a fogyasztókkal kötött szerződésekben alkalmazott tisztességtelen feltételekről szóló 93/13/EGK irányelvet, a távollevők között kötött szerződésekről szóló 97/7/EK irányelvet, valamint a fogyasztási cikkek adásvételéről és a kapcsolódó jótállásról szóló 1999/44/EK irányelvet egyetlen jogi aktusba foglalja, és eltávolodik a minimál klauzulák alkalmazásától. Végül pedig, - akárcsak a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok tilalmáról szóló 2005/29/EK, valamint a fogyasztói hitelmegállapodásokról szóló 2008/48/EK irányelv esetében - a teljes harmonizációra törekszik. Ezen kívül, az eddigi ágazati megközelítés helyett horizontális megközelítéssel él.

A Bizottság 2007. február 8.- án fogadta el a fogyasztóvédelmi joganyag átvizsgálásáról szóló zöld könyvet és felszólította az érdekelteket véleményeik benyújtására.

A válaszolók nagy része szorgalmazta az olyan horizontális aktus elfogadását, ami a vállalkozások előtt álló és /vagy a fogyasztókat a határon túli vásárlásoktól elriasztó lényeges akadályok felszámolását célozza. ^[ii]

A Régiók Bizottsága ugyan támogatta a belső piac egységesítését, valamint a fogyasztók és a vállalkozások közötti ügyletek belső piaca működőképességének javítását, de úgy vélte, a szóban forgó irányelvjavaslat nem alkalmas arra, hogy megerősítse a fogyasztók határon átnyúló kereskedelemben vetett bizalmát, továbbá ellenezte a teljes harmonizációt is. Ez utóbbi indoka, hogy - a testület véleménye szerint - a teljes harmonizáció megfosztaná a tagállamokat a speciális fogyasztóvédelmi szabályozás lehetőségétől.

Mindezek miatt a Régiók Bizottsága egy differenciált megközelítést támogat, mely meghagyná a tagállamok szabályozási mozgásterét. Mindazonáltal, a technikai jellegű szabályozásoknál elfogadhatónak tartja a teljes körű harmonizációt. ^[iii]

Az Európai Parlament is több kritikát fogalmazott meg. Így kifejtette, hogy a Bizottság javaslata eltávolítja az Unió fogyasztóvédelmi kötelmi jogát az általános kötelmi jogtól és ezzel egy európai fogyasztóvédelmi kódex felé haladó folyamatot indít el. Ez a kódex nélkülözné a nemzeti jelleget, és élesen megkülönböztetné a vállalkozások és a fogyasztók, valamint a vállalkozások közötti szerződéseket. A Parlament nem kifogásolja egy ilyen joganyag létrejöttét, de felhívta a Bizottságot, hogy adjon egyértelmű tájékoztatást a terveit illetően. A Parlament további vizsgálatokat is sürget, mivel nem biztos benne, hogy a fent említett szabályozási széttöredezettséget valóban a minimál klauzula alkalmazása okozta, illetve arról sincs meggyőződve, hogy a problémát megoldaná a teljes harmonizáció.

Az irányelvjavaslat - indoklásában - rögzítette, hogy tiszteletben tartja a szubszidiaritás elvét. Ennek értelmében - azokon a területeken, amelyek nem tartoznak kizárólagos hatáskörébe - a Közösség csak akkor és annyiban jár el, amennyiben a tervezett intézkedés céljait a tagállamok nem tudják kielégítően megvalósítani, és ezért a tervezett intézkedés terjedelme vagy hatása miatt azok közösségi szinten jobban megvalósíthatók.

A Parlament aggodalmát fejezte ki az elv tiszteletben tartásával kapcsolatban, kifejtve, hogy ha megvalósul a teljes harmonizáció, a készülő irányelv - és a jövőben ennek mintájára megalkotott jogforrások is - rendeletként működne. Ez problémát jelentene, egyrészt mert a nemzeti kötelmi jogi szabályokat nem lehetne alkalmazni a rendeletként funkcionáló irányelvvel szemben, másrészt - mivel rendelet - jellegről beszélünk - a tagállamok nem rendelkezének mérlegelési jogkörrel. Vagyis összességében a fogyasztóvédelmi kötelmi jog szabályait - a kötelmi jogét, melynek legtöbb viszonya a felek szabad akarata szerint alakul - egységesen és kötelező jelleggel szabályozná egy irányelv.

Itt kell megemlíteni, hogy eredetileg a Bizottság nem a fogyasztóvédelmi kötelmi jog átalakítását, hanem a kötelmi jogra vonatkozó közös referenciakeret (Common Frame of Reference, azaz: CFR) kialakítását tűzte ki célul. Ennek feladata - a közös terminológia és szabályok tekintetében - a legjobb megoldások biztosítása lett volna, illetve az, hogy ilyen módon a közösségi jogalkotó számára eszköztárként működhessen az inkonzisztenciák kiszűrésére, valamint a meglévő rendelkezések egyszerűsítésére és egyértelművé tételére. 2005 - ben a Bizottság háttérbe szorította ezt a tervet és az irányelvjavaslat már nem is utal a közös referenciakeretre. A Parlament ezt a lépést is nehezményezte, és javasolta a közös referenciakeret és az irányelvjavaslat közötti különbségek vizsgálatát, annak érdekében, hogy a két gyakorlatot össze lehessen kötni.

A Parlament kétségét fejezte ki a megalkotandó irányelv gyakorlati hatásainak jellegével kapcsolatban is, mivel a javaslat hatálya nem egyértelmű, így nem definiálható a nemzeti szabályokkal való kapcsolata, az alkalmazás vonatkozásában. A Parlament véleménye szerint e miatt még növekedhet is a nemzeti szabályok széttöredezettisége.^[iv]

A Bizottság nem osztja a Parlament - szubszidiaritási elvvel kapcsolatos - aggodalmát. Véleménye szerint az irányelvjavaslat megfelel nemcsak ennek az elvnek, hanem az arányosság elvének is.

Előbbi azért alkalmazandó, mert bár a javaslatot illetően a Közösség nem rendelkezik kizárólagos hatáskörrel, de a tagállamok nem tudják megoldani a szétagoltság problémáját, mivel a már létező irányelvek minimális harmonizációs záradékait eltérő módon alkalmazzák. A problémát csak egy közösségi összehangolt fellépés tudná megszüntetni, több okból kifolyólag.

Egyrészt, mivel a javaslat teljes harmonizáción alapul, hatása kedvező lenne a kiskereskedelmi piacra. Másrészt, a javaslat egységes szabályrendszert alkotna, így biztosítva egységesen magas szintű fogyasztóvédelmet.

Az arányosság elvének való megfelelést először is az indokolja, hogy a javaslat csak a fogyasztói szerződések jogának alapvető elemeit szabályozza. Továbbá, a javaslat belföldi és határon átnyúló szerződésekre egyaránt vonatkozik. Előbbiek bevonása a javaslat hatálya alá arányban van a közösségi szabályok egyszerűsítésének céljával, mivel így elkerülhetővé válik a kettős szabályozás.^[v]

Malcolm Harbour – az Európai Néppárt – Európai Demokraták frakció koordinátorának - véleménye szerint ez az irányelv majd egyszerűsíti a tagállamok különböző szabályait, csökkenti a fogyasztók útjában álló akadályok számát és növeli a fogyasztók választási lehetőségeit. A javaslat rapporteur – e *Andreas Schwab*. Ő kifejtette, hogy az irányelv csak a fogyasztó és a kereskedő közötti szerződési aspektusok harmonizációját akarja megvalósítani, vagyis egyéb szerződési aspektusok szabályozása még várat magára.^[vi]

A javaslat szerkezete a következő: az első fejezet definíciókat tartalmaz és megállapítja a teljes harmonizáció elvét. A második fejezet azokat a lényegi információkat tartalmazza, amelyeket a kereskedő köteles közölni valamennyi

fogyasztói szerződés megkötése előtt, valamint a fogyasztók nevében szerződést kötő közvetítők tájékoztatásra vonatkozó kötelezettségeit. A harmadik fejezet - amely csak a távollevők között és az üzlethelyiségen kívül kötött szerződésekre vonatkozik - konkrét tájékoztatási kötelezettségeket ír elő, valamint az elálláshoz való jogot is szabályozza.

A negyedik fejezet rögzíti, hogy a kereskedő két éves időtartamon keresztül felelős a fogyasztó felé, amennyiben az áruk nem felelnek meg a szerződésnek. Új szabályt vezet be, amely alapján a fogyasztóra csak akkor száll át az árukkal kapcsolatos kárveszély, ha a fogyasztó - vagy az általa kijelölt, a szállítótól eltérő harmadik személy – az árut átveszi. Az ötödik fejezet olyan tisztességtelen szerződési feltételekre vonatkozik, melyeket egyedileg nem tárgyaltak meg.

A hatodik fejezet az általános rendelkezésekről szól, a hetedik a záró rendelkezésekről.

A 2005/29/EK irányelvhez hasonlóan, ez az irányelv is listát fog tartalmazni a tisztességtelen feltételekről, méghozzá kettőt. Az első (II. számú melléklet) azon feltételek szerepelnek majd, melyek minden körülmények között tisztességtelennek minősülnek, a másodikon (III. számú melléklet) pedig azok, melyeket - a kereskedő ellenkező bizonyításáig - tisztességtelennek kell tekinteni. ^[vii]

A javaslat főbb elemei 1.

A tervezett irányelv preambuluma több pontban kifejti a jogforrás megalkotásának okait. Ezek bővebben ugyanazokat az okokat ismertetik, mint amikről már korábban szó volt.

A 41. pont hangsúlyosabb a többinél, mivel itt a jogalkotó külön kiemeli, és vastaggal jelöli, hogy a fogyasztó nem tartozik kártalanítani a kereskedőt a hibás áru használatáért. Ez a szabály akkor alkalmazandó, mikor az áru nem rendeltetésszerű.

A javaslat az irányelv első fejezet 4. cikkében rögzíti a teljes harmonizáció alkalmazásának tényét, rögzítve, hogy: „a tagállamok nem tarthatnak fenn, vagy vezethetnek be a nemzeti jogaikba az ebben az irányelvben megállapított rendelkezésektől eltérő rendelkezéseket, azaz eltérő szintű fogyasztóvédelmet biztosító szigorúbb vagy kevésbé szigorú előírásokat”. ^[viii]

Az 5. cikk (második fejezet) felsorolja, hogy a kereskedő – a szerződés megkötése előtt adott tájékoztatása során – milyen információról köteles tájékoztatni a vevőt. Ez feladat csak akkor terheli, ha a felsorolt információk a körülmények alapján nem nyilvánvalóak. Ugyanakkor a javaslat előírja, hogy ezek az adatok az adásvételi és a szolgáltatási szerződés elválaszthatatlan részét képezik.

A 7. cikk (második fejezet) a közvetítőkre vonatkozó külön tájékoztatási kötelezettségről szól. A közvetítő – a szerződés megkötését megelőzően – köteles tájékoztatni a fogyasztót arról, hogy ő egy másik fogyasztó nevében vagy javára

jár el. Ez azért fontos, mert az így létrejött szerződés két fogyasztó – és nem kereskedő és fogyasztó – között jön létre, és így nem tartozik az irányelv hatálya alá.

Amennyiben a közvetítő e tájékoztatási kötelezettségének nem tesz eleget, úgy kell tekinteni, mintha a szerződést a saját nevében kötötte volna.^[ix]

A harmadik fejezet a távollévők között és az üzlethelyiségen kívül kötött szerződésekre vonatkozik, és – akárcsak az előző fejezet – azoknak az információknak a felsorolásával kezdődik, melyek a szerződés elválaszthatatlan részét képezik. A kereskedő az említett két szerződéstípus esetében is köteles ezeket közölni, viszont itt már nem találjuk az „amennyiben azok a körülmények alapján nem nyilvánvalóak” kitévelt az adatokra vonatkozóan.

Minthogy a távollévők közötti szerződések jellegüknél fogva számos kockázatot hordoznak a fogyasztók számára, a javaslat külön cikkben foglalkozik a formai követelményekkel.

A szerződés elválaszthatatlan részét képező információkat világosan, közérthető nyelven kell megfogalmazni – olvasható módon – és át kell azokat adni a fogyasztónak, vagy a rendelkezésére kell bocsátani, még a szerződés megkötése előtt.

Amennyiben a felek telefonon tárgyalnak, a telefonbeszélgetés elején a kereskedő köteles felfedni személyazonosságát és a telefonhívás kereskedelmi célját.

A tájékoztatási kötelezettség szélesebb körű abban az esetben, ha a szerződést olyan adathordozón kötik, melyen az információk megjelenítésére korlátozott hely és/vagy idő áll rendelkezésre. Ilyenkor ugyanis a kereskedő – az említett adathordozón – köteles megadni a termék lényeges tulajdonságait és az – a második fejezetben, az általános tájékoztatási követelményeknél említett – adóval növelt árat, vagy – amennyiben a termék jellegéből adódóan az árat nem lehet előre ésszerűen kiszámítani – az ár kiszámításának módját. Továbbá köteles közölni – adott esetben – az összes fuvardíjat, szállítási, vagy postaköltséget, illetve, amennyiben e költségeket nem lehet ésszerűen előre kiszámítani, fel kell tüntetnie azt a tényt, hogy esetlegesen további költségek merülhetnek fel.

Mindezekon felül, a fogyasztó – távollévők közötti szerződések megkötése után – tartós adathordozón megerősítést kap az információkról.

Bár a javaslat már korábban rögzítette a teljes harmonizáció alkalmazását, de a távollévők közötti szerződések formai követelményeire vonatkozó rendelkezések után még egyszer megtiltja, hogy a tagállamok a fent említettektől eltérő formai követelményeket tegyenek kötelezővé.^[x]

A javaslat meglehetősen hosszan tárgyalja a fogyasztó elállási jogát.

A fogyasztó tizennégy napon belül elállhat – indoklás nélkül – a távollévők között, vagy az üzlethelyiségen kívül megkötött szerződésektől. Utóbbiak esetében az elállási időszak attól a naptól kezdődik, amikor a fogyasztó aláírja a megrendelőlapot, vagy – azokban az esetekben, amikor a megrendelőlap nem papír alapú – amikor a fogyasztó a megrendelőlap egy példányát egy másik tartós

adathordozón megkapja. Előbbiek esetében az elállási időszak attól a naptól kezdődik, amelytől a fogyasztó, vagy az általa megjelölt, a szállítótól eltérő harmadik személy átveszi a megrendelt árukat, de csak akkor, ha a szerződés áruk értékesítésére vonatkozik. Amennyiben a szerződés szolgáltatás nyújtására vonatkozik, az elállási időszak a szerződés megkötésének napjától kezdődik.

Minthogy a kereskedő kötelessége tájékoztatni a fogyasztót az elállási jogáról, ezért ha ezt elmulasztja, az elállási időszak kitolódik az ő kárára, vagyis az említett időszak három hónappal az után jár le, hogy a kereskedő maradéktalanul teljesítette szerződéses kötelezettségeit.

Két garanciát még rögzít a javaslat. Az első, hogy a fogyasztó még az elállási határidő előtt köteles értesítést küldeni. Ez garancia a másik fél számára, mivel csak az elküldés teljesítésével lehet az elállási határidő teljesítettnek tekinteni.

A második garancia mindkét fél felé irányul, mivel azzal, hogy a javaslat megtiltja a tagállamoknak, hogy azok megtiltsák a felek – elállási időszak alatti – teljesítését – a szerződésből eredő kötelezettségeikre nézve -, megerősíti, hogy a szerződéses viszonyok alakulása azért alapvetően a felek szabad akaratától függ.

Az első garancia esetében a fogyasztó a kereskedőt elállási szándékáról tartós adathordozón, vagy egy saját szavaival megírt nyilatkozatban tájékoztatja. Annak érdekében, hogy a fogyasztó ne hibázzon, a javaslat I. melléklete tartalmaz egy szabvány elállási nyilatkozatot. Annak érdekében, hogy a fogyasztó helyzete az elállás vonatkozásában – a tagállamok egyéb szabályai miatt – ne legyen eltérő államonként, a javaslat megtiltja, hogy az általa felsorolt formai követelményeken túl a tagállamok továbbiakat írjanak elő.

Az Interneten megkötött, távollévők közötti szerződés esetén a kereskedő megteheti, hogy biztosítja a fogyasztó számára a szabvány elállási nyilatkozat elektronikus formában történő kitöltését a saját honlapján. Ez tehát csak lehetőség, nem kötelesség.

Elállás esetén mindkét felet terhelik kötelezettségek.

A kereskedő mindenekelőtt – az elállásra vonatkozó nyilatkozat kézhez vételétől számított harminc napon belül – visszatéríti a fogyasztó bármilyen befizetését. Adásvételi szerződésnél viszont visszatarthatja a visszatérítést addig, míg vissza nem kapta az árukat, vagy a fogyasztó bizonyítékot nem szolgáltat arra vonatkozóan, hogy az árukat visszaküldte. A kettő közül a korábbi időpontot kell figyelembe venni.

Azon adásvételi szerződések esetében, amelyeknél az árukat a fogyasztó, vagy a fogyasztó kérésére egy harmadik személy az elállási időszak lejártá előtt átveszi, a fogyasztó – attól az időponttól számított 14 napon belül, amikor értesítette a kereskedőt az elállásról – köteles visszaküldeni az árukat vagy átadni azokat a kereskedőnek, vagy a kereskedő által az átvételre felhatalmazott személynek, kivéve, ha a kereskedő maga ajánlja fel az áruért történő kiszállást.

A fogyasztó csak az áruk visszaküldésének közvetlen költségeit viseli, kivéve, ha a kereskedő beleegyezik ennek a költségeknek a viselésébe. A

fogyasztó csak az áruk természetének és működésének felméréséhez szükséges kezeléssel adódó értékcsökkenést meghaladó értékcsökkenésért felel. A fogyasztó nem felel az értékcsökkenésért, amennyiben a kereskedő az elállási jogról való értesítést elmulasztotta.

Amennyiben a szerződés szolgáltatási jellegű és az irányelv hatálya alá tartozik, a fogyasztó nem viseli az elállási időszakban teljesített szolgáltatás teljes vagy részleges költségeit.

A javaslat ezután felsorolja – mind a távollévők közötti, mind az üzlethelyiségen kívül kötött szerződések vonatkozásában – azokat az eseteket, melyeknél nem alkalmazható az elállási jog. A rendelkezés tehát nem kogens jellegű, a javaslat rögzíti is, hogy a felek megállapodhatnak arról, hogy az esetek két kategóriájára vonatkozó tilalmat nem alkalmazzák.

A harmadik fejezet végén, a javaslat felsorolja, hogy a fejezet rendelkezései milyen távollévők közötti és üzlethelyiségen kívül kötött szerződésekre nem vonatkoznak. Ide tartozik pl. a 2008/48/EK irányelv hatálya alá tartozó hitel; illetve az üzlethelyiségen kívül kötött, biztosításra vonatkozó szerződés is. [\[xi\]](#)

A javaslat főbb elemei 2.

Külön fejezet szól az adásvételi szerződésre jellemző fogyasztói jogokról. A hatály azonban itt már nem annyira szigorú, mivel a tagállamok dönthetnek úgy, hogy a használt áruk nyilvános árverésére nem alkalmazzák a fejezet rendelkezéseit.

Ugyanakkor eleve nem is kell a szabályokat alkalmazni a kereskedő által kicserélt alkatrészekre, ha a kereskedő javítással orvosolta a hibát. Továbbá, a fejezet vonatkozik az előállítandó vagy legyártandó áruk szállítására irányuló szerződésekre is. [\[xii\]](#)

Uniós szinten új elem a szállításra és a kárveszély fogyasztóra történő átszállására vonatkozó szabályozás.

A rendelkezések értelmében a kereskedő a szerződés megkötésétől számított legkésőbb harminc napon belül szállítja az árukat. Amennyiben ennek nem tesz eleget, a fogyasztó jogosult az addig befizetett összeg visszatérítésére a szállítási időponttól számított hét napon belül.

Főszabály szerint a kárveszély akkor száll át a fogyasztóra, amikor a fogyasztó – vagy az általa kijelölt harmadik fél – a szállítótól átveszi az árukat. Ugyanakkor, ha a fogyasztó – vagy az általa kijelölt személy – nem tette meg az áruk átvételéhez szükséges, megfelelő lépéseket, akkor az átszállásra a felek által elfogadott időpontban kerül sor.

A javaslat szól a szerződésszerűségről és arról, hogy milyen feltételek teljesítése esetén kell vélelmezni a szerződésszerűséget.

Ezt követően a javaslat szól az áru hibájáról és arról, hogy ez esetben a fogyasztó milyen jogokkal rendelkezik. Ezek a jogok (javítás/csere, az ár csökkentése, a szerződés felmondása) a szavatossági jogokra hasonlítanak.

Ha a kereskedő bizonyítja, hogy a hiba orvoslása javítás vagy csere útján jogellenes, lehetetlen vagy a számára aránytalan erőfeszítéssel járna, a fogyasztó választhat az árendedmény és a szerződés felmondása között. Kiegészítő feltétel azonban, hogy a fogyasztó nem mondhatja fel a szerződést jelentéktelen hiba esetén.

A fogyasztó védelme érdekében a javaslat négy olyan esetet határoz meg, melyek esetében a fogyasztó az említett négy jog közül bármelyikkel élhet. Ezek a helyzetek: a kereskedő kifejezetten vagy hallgatólagosan visszautasította a hiba orvoslását; a kereskedő ésszerű időn belül elmulasztotta a megfelelés hiba orvoslását; a kereskedő megpróbálta orvosolni a hibát, jelentős kényelmetlenséget okozva ezzel a fogyasztónak; vagy ugyanaz a hiba rövid időn belül többször előfordult.

A kereskedő a kárveszély átszállásától számított két évig felel a fogyasztó felé.

Végül, a negyedik fejezet szól a jótállásról is. Meghatározza, hogy mit kell tartalmaznia és kijelenti, hogy a jótállási nyilatkozatot tartós adathordozón is a fogyasztó rendelkezésére kell bocsátani, ha kéri.

A fogyasztó védelme érdekében a javaslat rögzíti, hogy a jótállás érvényességét nem érinti, ha a kötelező tartalmi elemekre, illetve a tartós adathordozóra vonatkozó rendelkezéseket nem tartják be.^[xiii]

A javaslat ötödik fejezete azokra a kereskedő által előre megszövegezett szerződési feltételekre vonatkozik, amelyeket a fogyasztó elfogadott, anélkül, hogy lehetősége lett volna azok tartalmának befolyásolására, különösen amennyiben ezek a szerződési feltételek egy előre kidolgozott szabványos szerződés részei.

Minthogy a tervezett irányelv teljes harmonizációt alkalmaz, ez a fejezet a legvitatottabb, hiszen tulajdonképpen kogens jelleggel valamennyi tagállam számára meghatározza az általános szerződési feltételek szabályait. Ugyanis a jelenleg hatályos magyar Ptk. is a következőképpen definiálja az általános szerződési feltételeket: az a szerződési feltétel, amelyet az egyik fél több szerződés megkötése céljából egyoldalúan, a másik fél közreműködése nélkül előre meghatároz, és amelyet a felek egyedileg nem tárgyaltak meg.^[xiv] Az Új Ptk. ettől csak annyiban tér el, hogy a definíció végén „és amelyet a felek utóbb egyedileg nem tárgyaltak meg” tétel szerepel.^[xv]

A fogyasztók védelme érdekében a szerződési feltételeknek világosan, közérthető nyelven megfogalmazottnak és olvashatónak kell lenniük. Ezen túl, ezeket a fogyasztó rendelkezésére olyan módon kell bocsátani, hogy ő valóban megismerhesse azokat a szerződés megkötése előtt.

A javaslat megtiltja a tagállamok számára, hogy formai követelményt írjanak elő a szerződési feltételek kifejezésmódját és azoknak a fogyasztó rendelkezésre bocsátásának módját illetően.

A bizonyítási terhet a kereskedő viseli, mivel ő bizonyít, ha azt állítja, hogy a feltételt egyedileg megtárgyalták.

Bár a javaslat két listát is tartalmaz a tisztességtelen szerződési feltételekről, de természetesen előfordulhat, hogy egy adott tagállamban alkalmazandó feltétel tisztességtelen voltához nem férhet kétség, ugyanakkor nem szerepel az említett listákon. Ezért a tagállamoknak kell gondoskodniuk arról, hogy az adott szerződési feltétel tisztességtelennek minősüljön, ha a jóhiszeműség követelményével ellentétben a felek szerződésből eredő jogaiban és kötelezettségeiben jelentős egyenlőtlenséget idéz elő a fogyasztó kárára.

Persze nem csak a jelentős egyenlőtlenség előidézése az egyetlen támpont a tisztességtelennek minősítés szempontjából, hanem a tisztességtelen jelleget azon termékek természetének a figyelembevételével kell megítélni, amelyekre vonatkozóan a szerződést kötötték. Ezen kívül hivatkozni kell a szerződéskötéskor fennálló minden olyan körülményre, amely szerepet játszott annak megkötésében, valamint a szerződés minden egyéb feltételére, vagy olyan más szerződés feltételeire, amelytől az adott szerződés függ. Végül, az illetékes hatóság köteles figyelembe venni a szerződés kereskedő által történő megszövegezésének és a fogyasztóval való közlésének módját is.

Minthogy a II. melléklet a minden körülmények között tisztességtelen szerződési feltételeket tartalmazza, a tagállamok kötelesek a listát egészében átvenni. A III. mellékletet is, csak itt a kereskedő bizonyíthatja a feltétel tisztességes voltát.

A javaslat a tagállamok feladatává teszi a megfelelő és hatékony eszközökről való gondoskodást annak érdekében, hogy ezekkel megakadályozzák a tisztességtelen feltételek – a tisztességtelen jelleg megállapítása utáni – további alkalmazását. Továbbá az államok feladata gondoskodni arról, hogy a jogi eljárások megindíthatóak legyenek.

Ezen túl, a javaslat feljogosítja az olyan személyeket vagy szervezeteket, akiknek a nemzeti joga szerint jogos érdeke fűződik a fogyasztók védelméhez, hogy eljárást kezdeményezzenek bíróság vagy közigazgatási hatóság előtt annak eldöntésére, hogy az általános használatra szánt kidolgozott szerződési feltétel tisztességtelen-e. A nemzeti közigazgatási hatóságok és bíróságok is kötelesek megfelelő és hatékony eszközökkel megakadályozni a tisztességtelen feltételek kereskedő általi alkalmazását.^[xvii]

A hatodik (általános rendelkezések) és a hetedik (záró rendelkezések) fejezet a tagállamok átvétellel kapcsolatos kötelezettségeivel foglalkozik.

Az irányelvhez három melléklet tartozik.

Az első az elállási jog gyakorlására vonatkozó információkkal foglalkozik, ennek keretében először felsorolja az elállási nyilatkozat kötelező tartalmi elemeit, majd az elállási nyilatkozat mintát csatolja.

A második melléklet (a fekete lista) meglepően kevés tételt tartalmaz. Csak öt olyan feltételt sorol fel, melyek mindig tisztességtelennek minősülnek.

Így tisztességtelen az a feltétel, melynek tárgya, vagy hatása: 1. a kereskedő felelősségének kizárása vagy korlátozása a kereskedőnek a fogyasztó halálát vagy sérülését okozó cselekedete vagy mulasztása miatt.

Tisztességtelen az a feltétel, melynek tárgya, vagy hatása: 2. a kereskedő felelősségének korlátozása a nevében eljáró képviselők által vállalt kötelezettségek vonatkozásában, illetve a kereskedő kötelezettségeinek teljesítését egy olyan egyedi feltételnek rendelik alá, amely kizárólag a kereskedőtől függ.

Tisztességtelen továbbá a feltétel, melynek tárgya, vagy hatása: 3. a fogyasztó jogai érvényesítésének kizárása vagy akadályozása bíróság előtti jogorvoslati eljárás kezdeményezése vonatkozásában, vagy más jogorvoslati lehetőség igénybe vételében, különösen azzal, ha a fogyasztót arra kötelezik, hogy kizárólag jogszabályi rendelkezések által nem kötött döntőbíróshoz forduljon.

Végül tisztességtelen az a feltétel, melynek tárgya, vagy hatása: 4. a rendelkezésre álló bizonyítékok korlátozása, vagy olyan bizonyítási teher fogyasztóra rovása, amelyet az alkalmazandó jog értelmében rendesen a másik szerződő félnek kellene viselnie; illetve 5. a kereskedő feljogosítása annak megállapítására, hogy az áruk vagy szolgáltatások szerződésszerűek-e, illetve a szerződés bármely feltételének értelmezésére vonatkozó kizárólagos jog megadása a számára

A tisztességtelennek vélelmezett szerződési feltételekről szóló III. melléklet (szürke lista) már jóval hosszabb, tizenegy tételt tartalmaz, viszont azok közül háromhoz kapcsolódóan külön szabályozza, hogy az említett három tétel mikor nem alkalmazandó.

Az utolsó, negyedik melléklet a hatályon kívül helyezett irányelveket sorolja fel.^[xviii]

Az irányelvjavaslat és a közös referenciakeret (CFR)

Ahogy arról már volt szó, a Bizottság eredetileg a kötelmi jogra vonatkozó közös referenciakeret kialakítását tűzte ki célul, melynek feladata - a közös terminológia és szabályok tekintetében - a legjobb megoldások biztosítása lett volna, illetve az, hogy ilyen módon a közösségi jogalkotó számára eszköztárként működhessen az inkonzisztenciák kiszűrésére, valamint a meglévő rendelkezések egyszerűsítésére és egyértelművé tételére.

A közös referenciakeret alapvető célja segíteni a fogyasztókat a határokon átnyúló ügyeltek vonatkozásában, és erősíteni a belső piacba megfelelő működésébe vetett bizalmukat. A Bizottság 2003 – ban tette közzé Akciótervét,

mely egy sokkal koherensebb európai kötelmi jog megalkotását tűzte ki célul. Azonban 2005 - ben a Bizottság háttérbe szorította ezt a tervet. Ezt a mellőzést az okozta, hogy politikai szemléletváltás következett be, miután a francia és a holland népszavazás elutasította az Alkotmányos Szerződést. Ezt követően ugyanis az első vitafórumon a felszólalók túl ambiciózusnak találták a CFR – t, a megalkotását viszont túl lassúnak.

A CFR – rel kapcsolatban az is felmerült, hogy egy új Európai Civil Code – ként fog működni. A referenciakeret alkotói azonban ezt tagadták, legalábbis abban a vonatkozásban, ha a „Civil Code” kifejezés kapcsán olyan jogi alkotásokra gondolunk, mint pl. a Code Napoléon. Ehhez még azt is figyelembe kell venni, hogy a „Code” (Kódex) kifejezéssel a tagállamok más – más jellegű joganyagokat illetnek, vagyis nem létezik egységes fogalom.^[xviii]

Ugyanakkor a már szintén említett, - 2007 februárjában elfogadott - a fogyasztóvédelmi joganyag átvizsgálásáról szóló zöld könyv már elválasztotta egymástól a CFR – t és a fogyasztóvédelmi acquis – t. A zöld könyv ugyanis már nem is célzott a CFR – re és úgy tűnt, hogy helyette inkább egy Európai Fogyasztóvédelmi, illetve egy Fogyasztói Jogokról szóló Kódex kialakítása felé haladó útra lépett az Unió. Az egyik – ezen úton megtett – lépés az irányelvjavaslat. Ez a dokumentum eltávolítja a fogyasztóvédelmi szerződési jogot az általános szerződési jogtól, ezzel is elősegítve az Európai Fogyasztóvédelmi Kódex létre hozását.

A születő irányelv és a CFR között több különbség is van. Először is, előbbi a fogyasztói szerződésekre vonatkozik, míg utóbbi szélesebb hatállyal bír, hiszen a CFR a tervek szerint mind a fogyasztói (B2C), mind a kereskedelmi (B2B) szerződésekre vonatkozó jogot tartalmazza majd. Továbbá, a közös referenciakeret az integráció útját választotta, míg az irányelv – a tervezete alapján – hozzá fog járulni a fogyasztói és a kereskedelmi szerződések közötti elkülönítés fenntartásához az európai szerződési jogban.

Az irányelvhez képest a közös referenciakeret magasabb szinten védi a fogyasztókat. Az irányelvtervezet tartalmazza a tájékoztatási kötelezettséget, de nem mondja meg a fogyasztóknak, hogy milyen jogorvoslati lehetőségekkel élhetnek, ha a szerződő fél nem tesz eleget az említett kötelezettségnek. A közös referenciakeretből viszont nem hiányzik a jogorvoslatok leírása.

Az irányelv fenntartja a - nem az információs kötelezettség elmulasztásához kapcsolódó – jogorvoslatok hierarchiáját, míg a CFR nem, valamint az irányelv meghagyja majd az eladó csere és javítás közötti választáshoz fűződő jogát. Az irányelv alapján a fogyasztó köteles tájékoztatni a kereskedőt a megfelelőség hiányáról - a felfedezésétől számított két hónapon belül -, ellenkező esetben elveszti jogorvoslati lehetőségét. A CFR nem tartalmaz sem ilyen tájékoztatási kötelezettséget, sem a jogorvoslati jog elvesztésének lehetőségét sem.

Kérdés persze, hogy ha az irányelvjavaslat alapján megszületik az irányelv, elfogadásra kerül, és alkalmazásra, akkor vajon szükség lesz – e még a CFR – re?

A Bizottság nem vetette el a CFR ötletét, és 2010 – re tervezi a megalkotását. Jelenleg úgy tűnik, hogy a közös referenciakeret – az eredeti terveknek megfelelően – eszköztárként fog működni, de már azzal a céllal, hogy segítse az Unió szerződési jogának fejlesztését. Az eszköztár funkció nemcsak azt jelenti, hogy a CFR – t fogják segítségül hívni az *acquis* felülvizsgálata során, hanem azt is, hogy felhasználják majd az új *acquis* tervezésekor is.

A Bizottság azt sugallja, hogy a tagállamoknak a CFR – t kellene alkalmazniuk az EU irányelvek implementálása során. Azonban, ez azt jelenti, a közös referenciakeretet a fogyasztói jogokról szóló irányelv végső szövegéhez kell majd igazítani. [\[xix\]](#)

Összegzés

A fogyasztói jogokról szóló irányelvjavaslat meglehetősen vitatott, mivel a születő irányelv nagy mértékű beavatkozást jelent majd a tagállamok kötetmi jogába, így pl. a szerződési feltételek területén, ráadásul két melléklet is alkalmazandóvá válik a jogforrás megalkotása után.

Az aggodalom nem alaptalan, hiszen az irányelv a kötetmi jog szabályait tenné egységessé - ami még nem lenne baj - és - bizonyos részeken - kiegészít. Márpedig a kötetmi jog alapvetően diszpozitív és az egyenrangú felek akaratától függő viszonyokból áll. Így az Unió megoldása vitatható.

2010 márciusában már olyan hír látott napvilágot, hogy a Bizottság – a Parlament és a tagállamok nyomására – fontolóra vette a teljes harmonizáció elvetését. Bár a javaslat céljait az említettek is támogatják, de szerintük az irányelv módosításokra szorul. Hangsúlyozzák, hogy a javaslatból nem tűnik ki annyira egyértelműen a szándék a fogyasztók védelmének erősítésére, mint a szándék a piac fejlesztésére nézve. [\[xx\]](#)

Több kutatásra és tanulmányra, szakmai fórumokra lenne szükség ahhoz, hogy egy ilyen kaliberű irányelv – megfelelő formában - elfogadhatóvá váljon.

Ez irányba ható első lépésként a javaslat rapporteur – e *Andreas Schwab* 2010 – ben ismertette a javaslat módosításáról szóló jelentésének első felét. Kifejtette, hogy a fogyasztói jogok teljes harmonizációja minden területen és minden típusú szerződésre alkalmazva jelenleg lehetetlen, így Schwab csak bizonyos területekre nézve kívánja alkalmazni a teljes harmonizációt, míg a többiekénél meghagyja a minimum harmonizációt.

Dokumentumának első része a fogalmak átfogó rendszerét nyújtja, pl. a távollévők között kötött szerződés új fogalmát is itt találjuk. A jelentés másik része egy rövid listát tartalmaz azokról az információkról, melyek ismertetése szükségesek bizonyos szerződéstípusok esetében. A jelentés tizennégy naptári napban határozza meg azt az időszakot, mely alatt a fogyasztó elállhat ezektől a szerződésektől. Schwab javasolja ezen időszak kiterjesztését egy évre, abban az esetben, ha a kereskedő elmulasztotta informálni a fogyasztót elállási jogáról. [\[xxi\]](#)

Június 24. – én Schwab ismertette a jelentés második felét, a szavazást valószínűleg idén ősszel tartják majd.

^{lii} Javaslat: Az Európai Parlament és a Tanács irányelve a fogyasztók jogairól Indoklás 1. pont, 2. o.

Elérhető az alábbi honlapon:

http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_HU_PROPOSITION_DE_DIRECTIVE.pdf

(utolsó lekérdezés: 2009. november 23.)

^{liii} Javaslat i. m. Indoklás 1., 2. pont, 3., 4. o.

^{liiii} A Régiók Bizottsága véleménye;

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:200:0076:0078:HU:PDF>

(utolsó lekérdezés: 2010. január 26.)

^{liiii} Európai Parlament, Jogi Bizottság: Munkadokumentum a fogyasztók jogairól 4. - 6. o.

Elérhető az alábbi honlapon:

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/dv/juri_dt%282009%29423804_/juri_dt%282009%29423804_hu.pdf

(utolsó lekérdezés: 2010. január 26.)

^{liiii} Javaslat i.m. Indoklás 2. pont, 6. - 8. o.

^{liiii} Consumer Rights Directive: Step forward for cross-border shoppers but further safeguards needed. Malcolm Harbour MEP and Andreas Schwab MEP

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://www.eppgroup.eu/press/showpr.asp?PRControlDocTypeID=1&PRControlID=7854&PRContentID=13680&PRContentLG=en>

(utolsó lekérdezés: 2010. március 16.)

^{liiii} Javaslat i. m. Indoklás 2. pont, 10. o.

^{liiii} Javaslat i. m. 17., 24. o.

^{liiii} Javaslat i.m. 24., 25. o.

^{liiii} Javaslat i.m. 26., 27. o.

^{liiii} Javaslat i.m. 27. - 31. o.

^{liiii} Javaslat i. m. 32. o.

^{liiii} Javaslat i. m. 32. - 35. o.

^{liiii} 1959. évi IV. törvény a Polgári Törvénykönyvről 205/A.§ (1) bek.

^{liiii} 2009. évi CXX. törvény a Polgári Törvénykönyvről 5:46.§ (1) bek.

^{liiii} Javaslat i. m. 35. - 38. o.

^{liiii} Javaslat i.m. 42. -47. o.

^{liiii} Christian von Bar: A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities, ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (May 2008); Vol. 12.1; 3. o.

^{liiii} Prof. Martijn Hesselink: The consumer rights directive and the CFR: Two worlds apart?

European Parliament – Briefing note; Legal Affairs February 2009; 2. – 4., 7. – 11. o.

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200903/20090310ATT51394/20090310ATT51394EN.pdf>

(utolsó lekérdezés: 2010. március 16.)

^{liiii} Consumer rights: „full harmonisation no longer an option”

Elérhető az alábbi honlapon:

http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20100317IPR70798/20100317IPR70798_en.pdf

(utolsó lekérdezés: 2010. augusztus 18.)

^{liiii} Consumer Rights: Better protection for consumers. Andreas Schwab MEP

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://www.eppgroup.eu/press/showpr.asp?PRControlDocTypeID=1&PRControlID=9428&PRContentID=16178&PRContentLG=en>

(utolsó lekérdezés: 2010. szeptember 4.)

IRODALOMJEGYZÉK

Szakcikkek:

Consumer Rights Directive: Step forward for cross-border shoppers but further safeguards needed. Malcolm Harbour MEP and Andreas Schwab MEP

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://www.eppgroup.eu/press/showpr.asp?PRControlDocTypeID=1&PRControlID=7854&PRContentID=13680&PRContentLG=en>

(utolsó lekérdezés: 2010. március 16.)

Christian von Bar: A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities, ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (May 2008); Vol. 12.1

Prof. Martijn Hesselink: The consumer rights directive and the CFR: Two worlds apart? European Parliament – Briefing note; Legal Affairs February 2009

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200903/20090310ATT51394/20090310ATT51394EN.pdf>

(utolsó lekérdezés: 2010. március 16.)

Consumer Rights: Better protection for consumers. Andreas Schwab MEP

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://www.eppgroup.eu/press/showpr.asp?PRControlDocTypeID=1&PRControlID=9428&PRContentID=16178&PRContentLG=en>

(utolsó lekérdezés: 2010. szeptember 4.)

Egyéb Internetes források:

Javaslat: Az Európai Parlament és a Tanács irányelve a fogyasztók jogairól

Elérhető az alábbi honlapon:

http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_HU_PROPOSITION_DE_DIRECTIVE.pdf

(utolsó lekérdezés: 2009. november 23.)

A Régiók Bizottsága véleménye;

Elérhető az alábbi honlapon:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:200:0076:0078:HU:PDF>

(utolsó lekérdezés: 2010. január 26.)

Európai Parlament, Jogi Bizottság: Munkadokumentum a fogyasztók jogairól

Elérhető az alábbi honlapon:

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/dv/juri_dt%282009%29423804_/juri_dt%282009%29423804_hu.pdf

(utolsó lekérdezés: 2010. január 26.)

Consumer rights: „full harmonisation no longer an option”

Elérhető az alábbi honlapon:

http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20100317IPR70798/20100317IPR70798_en.pdf

(utolsó lekérdezés: 2010. augusztus 18.)

JOGSZABÁLYOK

1959. évi IV. törvény a Polgári Törvénykönyvről 205/A.§ (1) bek.

2009. évi CXX. törvény a Polgári Törvénykönyvről

Tóth J. Zoltán
Büntetőjog az irodalomban, irodalom a büntető eljárásban.
Recenzió a Kiss Anna (szerk.): Bűntények a könyvtárszobából c.
kötetről

A Kiss Anna szerkesztésében megjelent „Bűntények a könyvtárszobából” című könyv^[1] egyike azon kevés, magyar szerzők által írott munkának, amelyek a jogelméletben „jog és irodalom” („*law and literature*”) névvel illetett jogtudományi irányzat körében születtek.^[2] Mint ahogy a hetvenes évektől mozgalommá vált irányzat neve is mutatja, az e körben publikáló szerzők (részben irodalmárok, részben jogászok, részben e két tudományterület határán mozgó egyéb értelmiségiek) ötvözni igyekeznek a jogtudomány és az irodalomtudomány megközelítéseit, módszertanát és eredményeit, hogy az egyik diszciplína belátásait a másik tudományterületre átvive hozzájárulhassanak annak fejlődéséhez. Bár elvileg mindkét diszciplína művelői profitálhatnának a másik felhalmozott tudásanyagából, a gyakorlatban mégis inkább a jogászok használják az irodalmat (illetve a filológia eredményeit), mintsem az irodalomtudósok a jogot. Ez alól a most bemutatandó kötet sem kivétel; a „Bűntények...” kifejezetten azzal a céllal született, hogy a jogászok számára segítsen a jog mélyebb megértésében irodalmi szövegek, mégpedig (jelen esetben) regények, novellák, drámák, illetve elbeszélő költemények jogi szempontú elemzésén keresztül. Ezt a célt azáltal próbálja elérni, hogy olyan „irodalmi jogeseteket” dolgoz fel, amelyek beleütköznek valamely büntetőjogi tényállásba, és ezen bűncselekmények elkövetői felelősségre vonásának útját igyekszik a büntető eljárás különböző lépcsőfokain keresztül bemutatni. A könyv alcíme is erre utal: „Interaktív iratmintatár büntetőjogi komplex gyakorlathoz és szakvizsgáláshoz”.

A „jog és irodalom” mozgalomához különböző típusú elemzések tartoznak. Ezeknek hagyományosan két fő formáját különböztetik meg: a „*jog az irodalomban*” („*law in literature*”) és a „*jog mint irodalom*” („*law as literature*”) irányzatait.^[3] Előbbi azt vizsgálja, hogy a jog (egyes jogszabályok, jogintézmények), a jogászság (egyes jogászai szakmák vagy a jogászság általában), a jog és erkölcs viszonya, a jog és igazságosság kapcsolata stb. hogyan jelenik meg az egyes irodalmi művekben vagy azok valamely, adott korszakhoz és/vagy helyhez és/vagy szerző(k)höz kötött csoportjában; míg utóbbi abból indul ki, hogy a jog- és az irodalomtudomány elemzési tárgya közös: az írott szövegek, illetve az azok által használt nyelv, és ezért az irodalmi szövegek értelmezése során nyert tapasztalatok felhasználhatók a jogi szövegek analízise során, a jogi szövegek helyes értelmének feltárása érdekében is (vagy éppen a filológiai hermeneutika

révén bizonyítható be a jogszabályszovegek megszüntethetetlen többértelműsége, immanens nyitottsága). Végül a „jog az irodalomban” alirányzat írásai (esszéi, tanulmányai, monográfiái stb.) lehetnek *analitikusak*, melyek egy-egy konkrét irodalmi műben (vagy ilyenek valamely körében) megjelenő jogi vonatkozásokat ismertetik és értelmezik; *reflexívek*, melyek az előbbi altípusba sorolható írások átfogó bemutatását adják, tehát azok összefüggéseit, a mozgalom történetét, a lehetséges klasszifikációkat stb. vizsgálják; és végül *instrumentálisak*, melyek az irodalmi műveket kifejezetten és közvetlenül valamely gyakorlati jogi cél érdekében használják fel.

A Büntények a könyvtárszobából is ez utóbbi csoportba tartozik, melyben a szerzők egy-egy irodalmi jogesetet vetítettek rá a való életre, és azt képzelték el, mi lenne, ha az adott regény, novella, dráma vagy elbeszélő költemény valamely szereplője által elkövetett bűncselekményt itt és most, a XXI. század Magyarországon bírálnák el. Hogyan indulna meg, hogyan folya le, és hogyan fejeződne be az eljárás; milyen iratok keletkeznének, és azoknak milyen tartalmi és formai elemeknek kellene megfelelniük. Mivel a bemutatandó kötet nem más, mint egy (valódi) iratmintatár, még akkor is, ha azok az esetek, amelyek alapján ezen iratminták készültek, fiktívek, ezért a könyvben megjelent írásoknak a szerzők elsődlegesen azt a szerepet szánták, hogy segítsenek megérteni a joghallgatóknak, a büntető eljárásjogban tájékozódni kívánó gyakorló jogászoknak, de legfőképpen a büntetőjogi (írásbeli) szakvizsgára készülőknek, hogy milyen eljárási lépcsőfokokon keresztül vezet vagy vezethet az út egy bűntény elkövetésétől kezdve a jogerős bírói ítéletig. Ehhez kapcsolódóan a könyv szerzői a különböző jogeseteket felhasználják arra, hogy teljességében bemutassák mindazokat az iratfajtákat, amelyek egy büntető eljárásban egyáltalán létrejöhetnek (és mindezt a büntető eljárás dinamikáját, időbeliségét szemmel tartva teszik meg), illetve hogy az egyes eljárási lépések kapcsán konkrét (bár természetesen fiktív) iratokon szemléltessék azt, hogy az egyes határozatoknak, jegyzőkönyveknek, felterjesztéseknek stb. pontosan milyen alaki kellékei és milyen kötelező tartalmi elemei vannak.

A könyv tematikus felépítéséhez a szerkesztő a büntető anyagi jogot, ezen belül is – egy kivétellel^[4] – a Btk. Különös Részében található bűncselekményi típusokat (konkrétan a Btk. Különös Rész egyes fejezeteinek vagy címeinek a megnevezését) hívta segítségül. Ennek alapján a könyv nyolc részből, egyes részek kisebb fejezetekből, azok pedig esetleg további alfejezetekből állnak,^[5] amelyeket a könyv elején Nagy Tamás kitűnő bevezetése („Mint/h/a iratokba lépnénk”) egészít ki. A nyolc rész nemcsak a leggyakrabban támadott jogi tárgyakat öleli fel, hanem tartalmaz igazi jogi kuriózumokat is, mint például a „jog és irodalom” mozgalom szerzői között meglehetősen ritkán elemzett katonai bűncselekmények köre (a Gárdonyi Géza: Egri csillagok című regényében a várát a töröknek titokban átadni kívánó Hegedüs István hadnagy és társai által elkövetett különböző katonai büntettek miatt lefolytatott eljárást ismerteti Hautzinger Zoltán).^[6] A kötetben található írások egy része továbbá nem a

„legrövidebb utat” választja a történet lezárásához, hanem szerzőjük (épp úgy, mint egy igazi író) beleszó az iratok ismertetésének dinamikus rendjébe olyan fordulatokat is, melyek nem vagy csak kevésbé tipikusak a büntető eljárások során, de a való életben kisebb-nagyobb rendszerességgel előfordulnak (természetesen azért, hogy az ilyen, nem tipikus iratokat is megismerhessék a büntető eljárásjog gyakorlati aspektusai iránt érdeklődők). Így például Kosztolányi Dezső Aranysárkánya kapcsán (szerző: Róth Erika) az elkövető, Liszner Vilmos fiatalkorú terhelt büntetőügyében házkutatás és lefoglalás elrendeléséről; Shakespeare „A velencei kalmár” című drámája kapcsán (szerzők: Mészáros Ádám és Szabó Imre) tartózkodási hely megállapítása érdekében tanú körözésének elrendeléséről, illetve annak visszavonásáról; ugyancsak Shakespeare (egy másik) hősével, Othellóval szemben megindult büntetőeljárásnak – annak halála miatti – megszüntetéséről (szerző: Kiss Anna); Csáth Géza „A kis Emma” című novellájában (szerző: Herke Csongor) az állatkínzással gyanúsított Csáti Gáborral szemben vádemelés elhalasztásáról, majd – annak eredményes eltelte miatt – szintén az eljárás megszüntetéséről szóló határozat is születik.

Két jogeset-feldolgozás külön is figyelmet érdemel, mégpedig azért, mert ezek írói nemcsak a konkrét ügyben szereplő iratokat mutatják be, hanem általánosságban ismertetik, hogy milyen fajtájú iratok keletkezhetnek *egyáltalán* egy büntető eljárásban; az egyik feldolgozott történet Kosztolányi Dezső Édes Annája, melyet a kötet szerkesztője, Kiss Anna, továbbá Gyepesi Áron és Lajtár István, a másik pedig Guillaume Apollinaire-től az „Egy ifjú Don Juan emlékiratai”, melyet Váradi Erika írt meg. E vonatkozásban az előbbi munka esetében a 23., az utóbbi esetében pedig a 166-170. oldalt ajánlhatjuk különösen az érdeklődő olvasó figyelmébe. Az utóbbi rész ráadásul abból a szempontból is kiemelkedő, hogy egy komplett táblázatba van foglalva, mégpedig időrendi sorrendben (külön nyomozati, ügyészségi és bírói szakra lebontva) az összes lehetséges eljárási cselekmény (illetve az annak során keletkező vagy keletkezhető irat), jelölve az irodalmi jogeset kapcsán az eljárás alá vont személy nevét, az irat keletkezésének (az eljárási cselekmény elvégzésének) időpontját, a cselekmény elvégzésére nyitva álló határidőt, az irat sorszámát és az oldalszámot is. Továbbá utóbbi olyan iratokat is bemutat, melyekkel egy joghallgató vagy nem gyakorló büntetőjogász egyébként meglehetősen kevés eséllyel találkozhat, és így nem is nagyon ismerhetne meg, mint például megkeresést környezettanulmány vagy születési anyakönyvi kivonat beszerzéséhez.

Ezenkívül vannak a kötetben olyan írások is, melyek továbbmennek a büntető eljárás szakaszán, és mintát adnak az olvasó számára a büntetés-végrehajtás során születhető iratokból is. Ilyen az Édes Anna elemzése, de ilyen Stendháltól a „Vörös és fekete” (szerzők: Kiss Anna és Mészáros Ádám) bemutatása is. Megtalálhatók továbbá a könyvben a Zola Nanáját bántalmazó, súlyos testi sértéssel vádolt Z. Fontan elleni; Ibsen magánokirat-hamisítással vádolt Nórájával szembeni (mindkettő szerzője: Fantoly Zsanett); Jókai Mór

„arany emberével”, a gazdasági bűncselekmények egész sorát elkövető Tímár Mihállyal szembeni (szerző: Elek Balázs); valamint Fazekas Mihály Lúdas Matyijában a rablással vádolt Döbrögi elleni eljárás egyes eljárási cselekményei során született iratok mintái is. Végül a kötetet Mészáros Ádámnak egy olyan tanulmánya zárja, mely – némileg kilógva a fentiekben bemutatott írások köréből – Radbruchnak a tételes törvény feletti valódi, igazságos jog általi primátusát valló híres formuláját mutatja be, amely (mármint a jog és igazságosság, tételes /pozitív/ jog és természetjog kapcsolata) szintén kedvelt írása a „jog és irodalom” mozgalom híveinek, és amelynek elemzése (vagy legalább a probléma felvetése) már-már elmaradhatatlan kelléke egy hasonló tárgyú tanulmánykötetnek.

Összességében a Büntények a könyvtárszobából egy olyan, büntető eljárásjogi és (kisebb részben) büntetés-végrehajtási iratmintákat prezentáló gyűjteményes mű, mely, ha – pusztán ezen vonatkozást tekintve – nem is egyedülálló a büntetőjogi, illetve büntető eljárásjogi szakirodalomban,^[1] de újszerű, interdiszciplináris megközelítésével és a mindenki által ismert irodalmi jogesetek feldolgozása miatti közérthetőségével és könnyű megszerethetőségével képes közelebb hozni a büntető eljárások gyakorlati ismereteit nemcsak a joghallgatókhoz, de egyfelől a gyakorló jogászokhoz, másfelől talán még a jog iránt érdeklődő laikusokhoz is.

[1] Kiss Anna (szerk.): Büntények a könyvtárszobából. Complex Kiadó, Budapest, 2010, 301 p.

[2] Ezek körébe tartoznak (a teljesség igénye nélkül): Nagy Tamás több munkája (például: Nagy Tamás: Néhány eljárás: Kafka-olvasatok a jogirodalomban. Jogelméleti Szemle, 2001/3. szám; Nagy Tamás: Jog és irodalom az antebellum korszak Amerikájában I. Jogelméleti Szemle, 2005/3. szám; Nagy Tamás: Josef K. nyomában / – jogról és irodalomról –/. Attraktor Kiadó, Máriabesnyő–Gödöllő, 2010.); H. Szilágyi István művei (például: H. Szilágyi István: A Gyűrűk Ura: a mese és a bontakozó jogászi bölcsesség. In: Amabilissimus – A legszeretettelőbbak egyike /Loss Sándor Emlékkönyv/. Debreceni Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Debrecen, 2005, 223-250. o.; H. Szilágyi István: Néhány megjegyzés a 'jog és irodalom' európai recepciójáról. In: Paksy Máté (szerk.): Európai jog és jogfilozófia. Konferenciatanulmányok az európai integráció ötvenedik évfordulójának ünnepére. Szent István Társulat, Budapest, 2008, 187-200. o.; H. Szilágyi István: Jog – Irodalom. Tanulmányok a „jog és irodalom” köréből. Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Összehasonlító Jogi Intézet, Szeged, 2010); a 2006 májusában a Pázmány Péter Katolikus Egyetem Állam- és Jogtudományi Karán „Jog és irodalom” címmel megrendezett szimpóziumon tartott előadások írott változatai (Cs. Kiss Lajos, Fekete Balázs, H. Szilágyi István, Horkay-Hörcher Ferenc, Nagy Tamás, Simon Attila, Sólyom Péter, Tattay Szilárd és – a jog és irodalom mozgalom egészével szemben szkeptikus – Varga Csaba tollából), melyek a *Iustum Aequum Salutare* folyóirat 2007/2., ez irányú tematikus számában jelentek meg; Kiss Anna: Bűnbe esett irodalmi hősök. Publicitas Art Media, Budapest, 2009 (illetve az e kötet alapjául szolgáló, eredetileg a *Mozgó Világban* és a *Csagyiban* napvilágot látott, a „jog és irodalom” tárgykörébe tartozó elemzések /ezek felsorolását lásd e könyv 8. oldalán, a 2. sz. lábjegyzetben!); a Fekete Balázs – H. Szilágyi István – Könczöl Miklós (szerk.): *Iustitia kirándul* – Tanulmányok a jog és irodalom köréből című tanulmánykötetben megjelent írások (Nagy Tamás, Hörcher Ferenc, Horváth Attila, Fekete Balázs, Tallár Ferenc, Somlai Dorottya, Könczöl Miklós, H. Szilágyi István, Jany János, P. Szabó Béla, Falusi Márton, Cserne Péter és Frivaldszky János tollából); Tóth J. Zoltán: Irodalom és büntetőjog: Koestler és Camus a halálbüntetésről. In: *Studia in honorem István Balogh*. Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Kara, Budapest, 2007, 117-129. o.; valamint az *Ügyészek Lapjának* „Jog és irodalom” című állandó rovatában megjelenő cikkek, tanulmányok, elemzések.

[3] Vö. pl.: Aristodemou, Maria: A jog és irodalom tanulmányozása: irányok és kapcsolódások, 194. o. In: Szabadfalvi József (szerk.): *Mai angol-amerikai jogelméleti törekvések*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 1996, 167-198. o.; illetve H. Szilágyi István: *Jog és irodalom*, 5. o. In: *Iustum Aequum Salutare*, 2010/1. szám, 5-27. o.! Ezek mellett Nagy Tamás önálló kutatási irányoknak tartja az ún. „narratív jogtudományt” („*narrative jurisprudence*”) vagy – másképpen – „jogi történetmondást” („*legal storytelling*”), valamint azokat az „intertextuális elemzéseket”,

amelyek azt mutatják meg, vajon „miként gyakorol és gyakorolt a múltban hatást egy-egy jogi szöveg valamely irodalmi mű szövegének a formálódására”. (Vö.: Jog és irodalom: A Gutenberg-galaxis fénye. Kiss Anna interjúja Nagy Tamással. In: Ügyvédlátó, 2010. május, 10-11. o.!) E. V. Gemmette abban a felmérésében, melyben azt vizsgálta, hogy az amerikai jogi karok tartanak-e, és ha igen, milyen típusú „jog és irodalom” kurzusokat, három irányzatot különböztetett meg: „*law in literature*”, „*literature in law*”, „*legal imagination*”. (Vö.: Gemmette, Elizabeth Villiers: *Law and Literature: Joining the Class Action*, 668. és 670. o. In: *Valparaiso University Law Review*, 1994-1995, pp. 665-859.!) Mindezek mellett célszerű önálló belső kutatási ágként elhatárolni továbbá (legalább) azokat az elemzéseket, melyek azt vizsgálják, hogy egy-egy konkrét irodalmi mű (vagy ezek valamely csoportja) hogyan befolyásolta a hatályos jog megváltoztatását, *de lege ferenda* elképzelések kialakítását és/vagy azok törvénné válását, mint például Charles Dickens írásai az árvaházakra vagy az adósok börtönére vonatkozó szabályokat (vö. pl.: Aristodemou: i. m. 175-176. o.); illetve azokat a kutatási irányokat, melyek az irodalom jogára („*law of literature*”) vonatkoznak, például szerzői joggal, irodalmi plágiumvitákkal stb. foglalkoznak, vagy irodalmi művekben (azok által) elkövetett bűncselekmények, szabálysértések vagy kártérítési követelést megalapozó polgári jogi (személyiségi jogi) jogsértések jogi szempontú elemzését tartalmazzák (ez utóbbi, ritkán előforduló írások közé tartozik például Sólyom Péter: *A művészet szabadsága és az esztétikai ítéletek című tanulmánya / Iustum Aequum Salutare*, 2007/2. szám, 95-109. o.). (A rendkívül tág problémahorizont általános bemutatásához összefoglaló módon lásd Aristodemou és H. Szilágyi e lánkjegyzet elején említett műveit!)

^[4] Ez a könyv II. része, amely a „Családon belüli erőszak” nevet viseli, amely fogalom nem büntetőjogi, hanem kriminológiai kategória.

^[5] A fejezetek elnevezésével kapcsolatos kritikaként elmondható, hogy az I. rész címe („Személy elleni bűncselekmények”) és e rész 3. fejezetének címe megegyezik egymással, holott az 1. és a 2. fejezet is a személy elleni bűncselekmények egy-egy kategóriájával foglalkozik, amint arra ez utóbbiak címe is utal („Élet elleni bűncselekmények”, illetve „Testi épség elleni bűncselekmények”), míg a 3. fejezet alapjául szolgáló „A velencei kalmár” esetében ez a kategorizálás nem történik meg, holott e dráma elemzése kapcsán valójában kifejezetten az emberi méltóság elleni bűncselekmény(ek) bemutatásáról (nem pedig – hasonlóképp az I. rész 1. és 2. fejezetéhez – általánosságban a személy elleni bűncselekményekről) van szó.

^[6] A könyv egyes részeinek címei a következők: „A személy elleni bűncselekmények” (I. rész); „Családon belüli erőszak” (II. rész); „A házasság, a család, az ifjúság és a nemi bűncselekmények” (III. rész) [valójában, a Btk. szóhasználatával nem „nemi”, hanem „nemi erkölcs elleni” bűncselekmények – T.J.Z.]; „A közrend elleni bűncselekmények” (IV. rész); „Gazdasági bűncselekmények” (V. rész); „Vagyon elleni bűncselekmények” (VI. rész); „Katonai bűncselekmények” (VII. rész); „Az emberiség elleni bűncselekmények” (VIII. rész).

^[7] Hasonló iratmintatárt tartalmaz például Herke Csongor: *Büntető eljárásjog c. könyve* (Dialóg–Campus Kiadó, Budapest–Pécs, 2007) a 357-463. oldalak között.

Vértesy László

Az állami beavatkozás jogi és hatékonysági vetülete

A mai államok többsége az egész világon, így Magyarország is, polgári társadalom, amely egy karakterisztikus értelmezési mód, és amely Kant, valamint Hegel által megfogalmazott *jogállapot* szerint épül fel, működik, gyakorolja a szuverenitást.^[1] Ebben a helyzetben bizonyos értelemben megvalósul az állami szuverenitás és a magánautonómia egyensúlya, valamint a legalitás – moralitás egysége, tehát egy olyan állapot, amely szükségképpen jogi állapotokban nyilvánul meg.^[2] Ennek egyik megoldása az angolszász *Rule of Law*, azaz Joguralom, amelynek tartalma mára többszörösen változott.^[3] A másik, a kontinentális, pontosabban a német (jog)filozófiai gyökerekre épülő *Rechtsstaat*,^[4] azaz Jogállam. Mindkét rendszerben ugyanaz az elv érvényesül, az állam és az állami szervek valamennyi cselekményét meg kell tudni feleltetni valamelyik jogszabálynak. Tehát az állami beavatkozásnak és annak mértékének is meg kell jelennie a joganyagban. A demokratikus berendezkedés következményeként politika és jog jellemzőem együtt rendezi a kérdést.

A jogállam egyidejűleg formai és tartalmi megközelítésből is értelmezhető, amelynek középpontjában az alkotmányos törvény és a jogszabályoknak megfelelő jogok és kötelezettségek érvényesülésének folytonos biztosítása: a *jogbiztonság* áll.^[5]

A jogállapot egyben *alkotmányos állapot* is, azaz a társadalom közrendjét – a kartális vagy ritkábban a történeti – alkotmány határozza meg, így normatív fogalommá is válik. A jogállamiságban *jogforrási hierarchia* uralkodik, melynek csúcán – paradox módon – az alaptörvény található.

I. A jogforrások

I.1. Az Alkotmány

A jogállamiság egyszerre eszme (*civitas ubi ius legesque valent*) és normatív fogalom is, amit az Alkotmány is tartalmaz. Az 1949. évi XX. törvényünk 2. §-a a következőképpen rendelkezik:

2. § (1) *A Magyar Köztársaság független, demokratikus jogállam.*

A jogszabály ennél pontosabban nem határozza meg a jogállamiságot, pedig a finn jogelmélet szerint ennek is alapvetően négy különböző fajtáját, modelljét lehet megkülönböztetni: i) liberális (jog)állam, ii) szubsztantív jogállam, iii) formális jogállam, iv) demokratikus vagy szociális jogállam.^[6] Az

Alkotmány szövegéből következően, és az Európai Unió követelményeknek megfelelően, ez a szociális jogállam kíván lenni.

Az Alkotmánybíróság egyik metaforája szerint *az alkotmány lámpása és kovásza a jogállamnak*: mint lámpás egyszerre mutat irányt és ragyogja be a jogállamot; mint kovász pedig erjeszti azt. Tehát az alaptörvényben meghatározott állami feladatok és követelmények mindössze általánosságban adnak útbaigazítást a szerepvállalás szükségességéről,^[7] megjelölve, hogy az adott kérdéssel külön törvényt kell alkotnia a jogalkotónak. Ebből következik, hogy a beavatkozás mértéke azonban a mindenkor Országgyűléstől, illetve a kormányzattól függ.

Az Alkotmányban rögzített állami kötelezettségek teljesítésével kapcsolatban az *Alkotmánybíróság* is fontos feladattal rendelkezik:^[8] figyelemmel kell kísérnie azokat, azaz megtörtént-e az alkotmányos követelmények szerint a szükséges jogalkotás. Itt két eset vizsgálható: sein (létezik-e a norma) és sollen (az alkotmányos legyen, érvényesül-e benne). Amennyiben nem született meg a jogszabály, akkor mulasztásos alkotmányértést állapít meg, és a jogalkotó szervet felszólítja, hogy orvosolja a hiányosságot.^[9] Azonban a jogalkotó felett nem rendelkezik utasítási, kötelezési, kikényszerítési joggal, tehát a felszólításnak nem tud hathatós érvényt szerezni. Amennyiben – az előzetes vagy utólagos vizsgálat szerint – az alkotmányellenes, akkor vagy az egész jogszabályt, vagy annak nem megfelelő részét megsemmisíti.^[10] Tehát a jogalkotónak ismételt kötelezettsége keletkezik, hogy feladatának eleget tegyen.

I.2. Az *aquis* szerepe

Magyarország az Európai Unió tagállama, ennek megfelelően bizonyos szuverenitásból eredő jogokat át engedett a közösségi intézményeknek.

2/A. § (1) A Magyar Köztársaság az Európai Unióban tagállamként való részvétele érdekében nemzetközi szerződés alapján - az Európai Uniót, illetőleg az Európai Közösségeket (a továbbiakban: Európai Unió) alapító szerződésekből fakadó jogok gyakorlásához és kötelezettségek teljesítéséhez szükséges mértékig - egyes, Alkotmányból eredő hatásköreit a többi tagállammal közösen gyakorolhatja; e hatáskörgyakorlás megvalósulhat önállóan, az Európai Unió intézményei útján is.

Az Európa klauzula^[11] (2/A. §) teremti meg az alapot az uniós jog szupremáciájára, így arra is, hogy az *acquis communautaire* közvetlenül legyen hatályos és alkalmazandó Magyarországon. Ennek megfelelően az előbb említett hierarchia annyiban változik meg, hogy az *acquis communautaire* kerül a hierarchia csúcsára.

Az Európai Unió működéséről szóló szerződés, legfrissebb módosítása a Lisszaboni Szerződés, 3. cikk szerint az Unió *kizárólagos hatáskörébe* tartoznak a következő területek:

- a vámunió,
- a belső piac működéséhez szükséges versenyszabályok megállapítása,
- a monetáris politika azon tagállamok tekintetében, amelyek pénzneme az euró,
- a tengeri biológiai erőforrások megőrzése a közös halászati politika keretében,
- a közös kereskedelempolitika.

Ezekben a témakörökben a magyar jogalkotásnak gyakorlatilag nincsen érdemi szerepe. A teljesség kedvéért érdemes megjegyezni, hogy az Unió szintén kizárólagos hatáskörrel rendelkezik nemzetközi megállapodás megkötésére, ha annak megkötését valamely uniós jogalkotási aktus írja elő, vagy ha az hatásköreinek belső gyakorlásához szükséges, illetve annyiban, amennyiben az a közös szabályokat érintheti, vagy azok alkalmazási körét megváltoztathatja.

A 4. cikk szerint az Unió a tagállamokkal *megosztott hatáskörrel* rendelkezik azokban az esetekben, ahol az Alkotmány olyan hatáskört ruház rá, amely nem tartozik a 3. és 6. cikkben^[12] felsorolt területekhez. Az Unió és a tagállamok között megosztott hatáskörök a következő fő területekre terjednek ki:

- belső piac,
- a szociálpolitikának az e szerződésben meghatározott vonatkozásai,
- gazdasági, társadalmi és területi kohézió,
- mezőgazdaság és halászat, kivéve a tengeri biológiai erőforrások megőrzését,
- környezetvédelem,
- fogyasztóvédelem,
- közlekedés,
- transzeurópai hálózatok,
- energiaügy,
- a szabadságon, a biztonságon és a jog érvényesülésén alapuló térség,
- a közegészségügy terén jelentkező közös biztonsági kockázatoknak az e szerződésben meghatározott vonatkozásai.

A fenti két nagy csoportba tartozó témakörökben a beavatkozásról és annak mértékéről az Európai Parlament, az Európai Tanács és az Európai Bizottság dönt. Ezt egészítheti ki az Országgyűlés és a kormány, de végig figyelemmel az uniós követelményekre. Tehát előállhat az a helyzet, hogy az európai érdek ütközik a tagállami érdekekkel, mert a szerepvállalás vagy túlzott, vagy éppen, hogy elégtelen lesz, mert 27 ország tekintetében nem egyszerű mindenki számára az egységes legjobb szabályt megalkotni.

Egyebekben érdemes kiemelni a közösségi jogelveket is: i) a szupremácia, ii) a közvetlen hatály, iii) a közvetlenül alkalmazandóság, valamint iv) a Simmenthal-elv stb. Mindezek tükrében, amiről a közösség már alkotott jogot, azokat szinte mechanikusan kell átültetni (lefordítani) és alkalmazni hazánkban. Kizárólag az irányelv enged némi teret a nemzetállami jogalkotónak. A közösségi jog megsértése kérdésében a legfelsőbb fórum az Európai Bíróság, amely hatalmas és izgalmas joggyakorlatot, precedens rendszert dolgozott ki.

I.3. A törvény

Az Alkotmányban meghatározott emberi és állampolgári jogok tartalmát az egyes *törvények* – és az Alkotmánybíróság értelmezései – konkretizálják. Az adott témakörben született jogszabály bizonyos mértékben korlátozhatja is az alkotmányos jog gyakorlását,^[13] erre iskolapélda a tulajdonhoz való jog. A korlátozás megítélésénél az alapjogi teszt, a szükségesség és arányosság, alapján döntenek.^[14] A megszorítás csak akkor egyeztethető össze a jogállamisággal, ha

- alapvető jog lényeges tartalmát nem érinti;
- más alapvető jog vagy kötelezettség védelme érdekében történik;
- a közérdek indokoltá teszi e jog korlátozását;
- a cél más módon nem érhető el;
- a korlátozás a cél elérésére alkalmas.

A szabályozás (beavatkozás) során azonban egyes jogok ütközhetnek is egymással, például az élethez való jog az önrendelkezés jogával, vagy a vállalkozás joga a tulajdonhoz való joggal. Az uralkodónak és elfogadottnak mondott társadalmi, illetve pontosabban az AB összetétele szerinti értékítélet lesz az a mérce, amely alapján az Alkotmánybíróság eldönti, hogy melyik alkotmányos jog az erősebb.^[15]

Az állami beavatkozás legtipikusabb és legelfogadottabb szintje a *törvény*. Az 1987. évi XI. törvény a jogalkotásról részletesen felsorolja azokat a témaköröket, amelyekről kizárólag törvényben lehet rendelkezni. Így az Országgyűlés törvényben állapítja meg

- a *társadalmi rendre*, valamint a társadalom meghatározó jelentőségű intézményeire, az állam szervezetére, működésére, és az állami szervek hatáskörére vonatkozó alapvető rendelkezéseket,^[16]
- a *gazdasági rendre*, a gazdaság működésére és jogintézményeire vonatkozó alapvető szabályokat,^[17]
- az *állampolgárok alapvető jogait és kötelességeit*, ezek feltételeit és korlátaikat, valamint érvényre juttatásuk eljárási szabályait.^[18]

A fent említetteken túl az Országgyűlés természetesen bármiről alkothat törvényt. Gyakorlatilag a mindenkori parlamenti többség dönti el, hogy milyen

rendelkezéseket építenek a jogszabályba, illetve milyen mértékben és mélységben kívánják rendezni az adott jogterületet.

I.4. A rendelet és egyéb jogforrások

A törvény kiemelt jelentőségű jogforrás, a közvetett (kivételesen a közvetlen) demokrácia jogalkotási eredménye, a törvény legitimálja az állami működést. Ebből vezethető le a *rendeletalkotás*, amely a törvénynél alacsonyabb szintű, és bizonyos körben lehet eredeti és/vagy átruházott (delegált) jogalkotói hatáskör.^[19] Ennek megállapítása, rendezése közjogi - alkotmányjogi téma.

Ennek megfelelően a következő szint a *Kormány*, amelynek szintén van eredeti jogalkotó hatásköre is, így *rendeletben* önállóan szabályozhat állami feladatot, természetesen a törvényalkotási kizárólagos ügkörökön kívül.

A politika és a jogalkotás itt is összefonódik. A kormány és a parlamenti többség közeli kapcsolatban áll, mivel az Országgyűlés szavaz bizalmat a miniszterelnöknek, tehát politikailag azonos beállítottságú a két állami szerv. A statisztikák szerint a megalkotott törvények mintegy 90%-át a Kormány terjeszti elő az Országgyűlésnek.^[20] Ennek tükrében alapvetően a Kormány dönti el – az alkotmányos és jogalkotási követelményeknek figyelembevételével –, hogy törvényben vagy rendeletben szabályozza az adott kérdést. Az utóbbi egyszerűbb, gyorsabb, mert megalkotása során a jogszabály kezdeményezése rendszerint nem merül fel.

A Kormányhoz szorosan kapcsolódik a kormányprogram és a jogalkotási program, ezekből derül ki a kormányzat, lényegében az állami beavatkozás összerendezett koncepciója. A *kormányprogram* egy önálló politikai műfaj, de nem kimondottan jogalkotási terv, mára tipikusan: esetlen közpolitikai általános ígért.^[21] A *jogalkotási program* megjelenési formája kormányhatározatot, amelynek elkészítésért az igazságügyminiszter felelős. A jogalkotási program öt évre szól, de ez sem terv, tehát nem biztos, hogy a feladatok megoldása úgy halad, ahogyan azt kijelölték.^[22] Nincs kifejezett kötelező ereje, nem teljesítése, figyelmen kívül hagyása nem jogi kérdés.

Az állami feladatok részletekben történő konkretizálása *végrehajtási rendeletekben* történik, amely lehet kormányrendelet, illetve miniszteri rendelet. Ennek hátterében jogtechnikai megfontolás áll, azaz az adott ágazatért felelős szerv, személy; tipikusan a miniszter áll jogalkotási szinten a legközelebb a szabályozott társadalmi viszonyhoz. Másfelől a túlzott részletezettségű kidolgozás indokolatlanul leterhelné az Országgyűlést, illetve a Kormány munkáját.

Ezzel kapcsolatban érdemes kiemelni, hogy jelenleg nem szabályozott az a kérdés, hogy mi a jogi eljárás arra nézve, ha az adott *végrehajtás egyáltalán nem* történik meg. Ez a hiányosság különösen egy törvény végrehajtási rendeletével kapcsolatban igazán érdekes, mivel az Országgyűlés nem irányít(hat)ja a

Kormányt vagy egy minisztert. Amennyiben a kérdés nem alkotmányos feladathoz kapcsolódik, úgy az Alkotmánybíróság szerepe sem jelentkezik, mivel nem történik mulasztásos alkotmányértés. Ebben az esetben a legegyszerűbb és leggyorsabb megoldás, ha a felhatalmazó (Országgyűlés vagy Kormány) maga szabályozza részleteiben a területet. Amennyiben a *végrehajtás ellentétes* magasabb jogszabállyal, akkor az Alkotmánybíróság vagy az előzetes normakontroll keretében, vagy – végső soron – az utólagos normakontroll során orvosolja a problémát.

Az állami irányítás egyéb jogi eszközei (ÁIEJE) – határozat, utasítás, statisztikai közlemény, jogi iránymutatás – tipikusan a már meglévő, vagy még leendő állami feladatok ellátásához szükséges, kapcsolódó joganyagot tartalmazzák, így ezek részletes elemzése itt nem szükséges.

Az állami szervek, az állampolgárok és más jogalanyok számára tulajdonképpen közömbös, hogy a fenti szintek melyikén történik a szabályozás, mert mindegyik mögött ott áll az alkalmazandóság követelménye, az önkéntes jogkövetés, és végső esetben az állami kényszer.

I.5. Kapcsolódó fogalmak

A jogállamiságnak ugyanannyira előnye, mint hátránya is a jogszerűség. A *törvényességi ellenőrzés* és a *felügyeleti jog (supervision)* gyakorlása során ugyanis kizárólag jogszabályszerűséget lehet vizsgálni, azaz az adott kérdés megfelel-e a rá vonatkozó anyagi és alaki jogi előírásoknak. Más kérdések, szempontok nem, vagy csak igen ritkán, akkor is marginálisan kapnak szerepet. Pedig az *ellenőrzés (control)* valójában egy széleskörű jogosítvány, az eredmények bírálatát jelenti, amelynek nem csak egy időszak végén kell érvényesülnie, hanem munkaközben is.^[23] Az ellenőrzés lehet i) politikai (parlament – kormány); ii) jogi; iii) költségvetési; iv) gazdaságossági; v) időszzerűségi; vi) célszerűségi; vii) eredményességi; viii) hatékonysági stb.

Másik megközelítésben a működés vizsgálható i) általános (közpolitikai vagy törvényességi); ii) adminisztratív; iii) jogorvoslati és pénzügyi menedzsment értelemben.^[24] A legnagyobb probléma az, hogy az egyes állami feladatok, igazgatási ágak működési színvonalának, hatékony működésük összehasonlítása bonyolult. Ugyanakkor az előbbi felsorolások végén álló egyes – kényes – kérdések mérése tekintetében egy egységes szemléletmódon alapuló különféle minősítési rendszerek kidolgozása mégsem lehetetlen. A jogállamiságnak megfelelően az eredményességi, hatékonysági ellenőrzés is normatív fogalom kell, hogy legyen. Erre a feladatra külön állami szervet is létre lehetne hozni.^[25]

Az állami jogi beavatkozás két további formája: a revízió és a dereguláció. Sajnos, a két fogalom Magyarországon az 1990-es években szinte összeolvadt, jelentésük zavarossá vált és a dereguláció maga alá gyűrte a revízió fogalmát.^[26]

A felülvizsgálat, mint *revízió* önálló technológia, amely a meglévő – korábban alkotott és jelenleg hatályos – jogi szabályozás keretei között marad: változtatni kíván azon reformszerűen, és nem radikálisan eljárva.^[27] Ennek során az érvényes szabályokat nemcsak szelektálja, de új szabályokkal is rendezheti, azaz megállapítja, hogy mely melyek azok, amelyek változatlanul, vagy változtatással lehetnek érvényesek, illetve melyeket kell hatályon kívül helyezni. Ez is jogalkotás, mivel eredménye új és/vagy módosított jogszabály. Átfogó revízióra jó példa a 2007. évi LXXXII. törvény egyes jogszabályok és jogszabályi rendelkezések hatályon kívül helyezéséről, amely az 1989. október 23. előtt alkotott joganyagot rendezte.

A *dereguláció* jogi értelemben a jogi (túl)szabályozottság mértékének csökkentését jelenti. Két válfaja van: a technikai és az érdemi dereguláció. A *technikai dereguláció* keretében a végrehajtott vagy párhuzamos jogszabályok és jogszabályi rendelkezések hatályon kívül helyezésével formai értelemben csökkenthető a jogi szabályozás, így a hatályosuló joganyag nem változik. Két sajátos altípusa van: az egyik amikor a jogalkotó magasabb szintű jogszabályban rögzített szabályozást általános jelleggel alacsonyabb szabályozási szintre utal, a másik az úgynevezett plain regulation szemléletű kodifikáció, amikor a már létező jogszabályi rendelkezéseket fogalmazzák újra úgy, hogy az kisebb terjedelmű és a jogszabály címetjei számára átláthatóbb, egyszerűbb legyen. Összességében, a technikai dereguláció a revízió fogalmába tartozik. Az *érdemi dereguláció* keretében a jogalkotó megváltoztatja, lecsökkenti a hatályos joganyagot, azaz megtisztítja felesleges jogszabályoktól. A dereguláció szoros értelemben vett jelentése az a művelet, amelynek végeredményeként a korábban jogszabállyal rendezett kérdést a jövőben egyáltalán nem kell jogilag szabályozni.^[28] (Erre kiváló példa a ZIL tehergépkocsik selejtezéséről szóló rendelet hatályon kívül helyezése.) Itt érdemes megjegyezni, hogy az Alkotmánybíróság jogszabály megsemmisítése nem dereguláció, ugyanis annak lényege az alkotmányellenesség megszüntetése.

II. A hatékonyság

Az amerikai közjogi, igazgatástudományi szakirodalom részletesen foglalkozott, foglalkozik a *hatékonyság* (*efficiency*) kérdésével. A 20. század első felében jelentkeznek először a vonatkozó különböző tudományos irányzatok. Ide sorolható a *social engineering* (társadalmi mérnökösködés),^[29] amely szerint a jogász tevékenység a mérnöki munkához hasonlítható; ahogyan a mérnök megtervez egy gépet vagy épületet, a jogásznak ugyanúgy kell megtervezni és kialakítani az emberek közötti viszonyokat. A *scientific management* (tudományos üzemszervezés) a legkiforrottabb elméleti rendszer, irányzat, amely a közfeladatok ellátásának hatékonyabbá tételét vizsgálta igazgatástudományi szempontból. A mozgalom számos eredménye közül itt a pénzügyi hatékonyságot érdemes kiemelni, amely már a 1920-as, 30-as években is jelentkezett,

legmarkánsabb példája Luther H. GULICK nevéhez fűződő *POSDCORB*.^[30] A mozaikszó betűi a vezetés egy-egy funkciót jelölik;^[31] a B – budgeting, a költségvetésre, költséghatékonyságra utal, azaz a feladatokhoz szükséges pénzügyi tervezésre, amelynek háttérében az USA akkori közigazgatásának költség-racionalizálása, olcsóbbá tétele állt. A pénzügyi szemlélet magyarországi meghonosodása nehézkes, pedig már MAGYARY Zoltán is próbálta bevezetni nálunk az 1930-as, 40-es években – sikertelenül.^[32] Egy másik modernebb rendszer a *PPBS* (planning-programming-budgeting system), amelyben ugyancsak fontos szerepet kap a szervezés, beavatkozás pénzügyi finanszírozhatósága, azaz a költség-haszon elemzés.^[33] Az egyik legújabb szemlélet pedig az *NPM*, az új közmenedzsment (New Public Management), amelynek középpontjában, az eddig uralkodó jogi szempontok mellett, a gazdaság(osság)i felfogás erőteljesebben érvényesülése áll.^[34] Továbbá itt említhető még a PPP (Public-Private Partnerships)^[35] és a good governance is.^[36]

A *hatékonyság* az elért eredmény és a felhasznált erőforrás közötti viszony. A hatékonyság – érdekes módon – Magyarországon normatív fogalom is. A jogállam igyekszik minden általa alkalmazott fogalmat jogilag is értelmezni. Az államháztartás működési rendjéről szóló 217/1998. (XII. 30.) Korm. rendelet 2. § 65. pontja szerint a hatékonyság: egy adott tevékenység során előállított termékek, szolgáltatások és egyéb eredmények, valamint az előállításukhoz felhasznált források közötti kapcsolat.

II.1. A Pareto-hatékonyság alkalmazhatósága

Amikor egy gazdaságban nem létezik olyan helyzet, amelyben egyik szereplő sem növelheti hasznosságát anélkül, hogy másvalakié ne csökkenne, akkor a gazdaság a *Pareto-optimum* (más néven Pareto-hatékonyság) állapotában van.^[37] Ezt a tételt az egész társadalomra, nemzet- vagy akár nemzetközi gazdaságra is alkalmazhatjuk. E szerint így a javak olyan eloszlása valósul meg, amelyet az egyének maguk végeznek el választási cselekvéseikkel, és amely megfelel egy szigorú kritériumnak: ebben az optimumban az egyén csak az által juthat kedvezőbb helyzetbe, ha mástól valamit elvesz. Másként kifejezve: a jólétet növeli minden olyan cselekvés, amely a gazdaságnak legalább egy szubjektumát kedvezőbb helyzetbe hozza, de senkinek sem rontja el a helyzetét. Ennek megfelelően *Pareto-javítást* hajtunk végre akkor, amikor egy gazdaságban a javaknak a gazdasági szereplők közötti elosztását úgy változtatjuk meg, hogy legalább egy szereplő jólétét javítjuk anélkül, hogy bárki más jóléte csökkenne. Egy elosztás akkor *Pareto-hatékony*, ha nem végezhető rajta Pareto-javítás. Ennek megfelelően a hatékonyság szemszögéből az állami beavatkozás akkor szükséges és igazolható, ha a társadalom egészére nézve Pareto-javítást eredményez, azaz megközelít vagy eléri az optimális állapotot.

Az állami beavatkozás irányulhat gazdasági folyamatkora is, amely a piaci versenyre is hatással bír. Az 1950-es években két amerikai közgazdász, Kenneth

ARROW és Gerard DEBREU, bebizonyította, hogy a versenyzői piac mechanizmusai által létrejött egyensúly bizonyos feltételek (pl. walrasi egyensúly)^[38] megléte esetén Pareto-hatékony, valamint hogy bármely Pareto-hatékony elosztás létrehozható a versenyzői piac segítségével.^[39] Ez a két megállapítás a jóléti közgazdaságtan két tétele. Ez persze nem jelenti azt, hogy a rendszer mindenki számára igazságos is, hiszen elvben végtelen sok Pareto-hatékony elosztás lehetséges, amelyek igazságossága között nagy különbségek lehetnek. Már Pareto is azt állította, hogy a megtermelt javak 80%-a a társadalom 20%-ához kerül a társadalomra jellemző vagyoneelosztás során. Az igazságosság kérdésének megítélése pedig nem a közgazdaságtan feladata, hanem inkább erkölcsi, jogi, filozófiai kategória.

A Pareto-hatékonyság merevségével elégedetlen közgazdászok bevezették a *potenciális Pareto-javítás* fogalmát, vagy más néven *Kaldor-Hicks féle hatékonyság*.^[40] A politika számára ugyanis nem lenne előnyös, ha kizárólag Pareto-hatékony döntéseket hozhatnának, és kártérítés, kártalanítás hiányában a vesztesek megvétózhatnák az ilyen rendelkezéseket. Ebbe az új fogalomba olyan változ(tat)ások is beleférnek, amelyeknek vannak vesztesei is, azzal a feltétellel, hogy a nyertesek többet nyerjenek, mint amennyit a vesztesek veszítenek.^[41] Így elméletileg a nyerteseknek meg van a lehetőségük arra, hogy kárpótolják a veszteseket, de a kompenzációnak nem kell ténylegesen megtörténnie.^[42] A társadalom jóléte összesített szinten javul, továbbá amennyiben egy alkufolyamat során a nyertesek felajánlják a veszteseknek nyereségük egy részét, hogy azok is elfogadják a helyzetet, akkor kialakulhat olyan végállapot, mely az eredeti állapothoz képest már Pareto-javításnak minősül.

II.2. A magánjogi és közjogi beavatkozás

A tárgyi jogot hagyományosan két nagy területre, jogágcsoportra,^[43] osztja a jogtudomány: közjogra és magánjogra.^[44] A közgazdaságtan szakértői pedig kétféle politikai érték szerint csoportosítanak: a hatékonyság és az újraelosztás. A két diszciplína azonban kombinálható, ugyanis az állami beavatkozás a jogon keresztül történik, amely gazdasági hatás(oka)t eredményez. A tapasztalatok szerint a magánjog újraelosztó szerepe csak kivételesen, különleges körülmények között és időnként igazolható, általában nem ez a szerepe. Az igazságos (vagy hatékony) újraelosztást a közjogi rendezésen keresztül lehet megvalósítani. A magánjoghoz képest a közjog redistributív jellegét a következő tények támasztják alá:^[45]

- az adórendszer közvetlenül az egyenlőtlenséget célozza, míg a magánjogi szabályok módosítása csak durva átlagokat ragad meg;
- a magánjogi szabályok átalakításának elosztási hatásai nehezen láthatók előre;
- a magánjogon keresztül megvalósított újraelosztás általában magas tranzakciós költségekkel jár;

- a magánjogon keresztül megvalósuló újraelosztás jobban torzítja a gazdaságot, mint egy progresszív adórendszer.

Fontos megjegyezni, hogy a közjog és magánjog teljes szétválasztása mára meghaladott, ugyanis kölcsönösen betüremkedik egymásba.^[46]

A normatív vagy adminisztratív szabályozás a jogalanyok, gazdasági szempontból az egyes érdekcsoportok javára szükségképpen eltorzítja a (szabad)piaci, üzleti megoldásokat. Így hatékonyságát ebből a szemszögből is meg kell vizsgálni.

A Nobel-díjas *COASE elmélete* szerint a *magánjogi* viszonyokba történő beavatkozás akkor *hatékony*, amennyiben a tranzakciós (ügyleti) költségeket csökkenti.^[47] (Ez azért rendkívül fontos, mert a walrasi egyensúly olyan állapotot feltételez, ahol nincsenek tranzakciós költségek.) Tehát úgy kell kialakítani a jogszabályok rendszerét, hogy minél kevesebb veszteség származzon a magánügyek megkezeléséből.^[48] Ugyanis ha az emberek közti ügyleteknek nem lenne tranzakciós költsége, a tulajdon tárgyai, az erőforrások a leghatékonyabb felhasználóhoz kerülnének. Tehát nemzetgazdasági szinten kell értékelni az eredményt. A valóságban azonban a tranzakcióknak, az ügyleteknek költsége van, ami a jogi védelemből adódik. Az emberi viselkedést ésszerű választás határozza meg, s ez lesz a jogilag előmozdítandó hatékonyság mércéje.^[49] A jog hatékonyságát, azaz nyereség-maximáló képességét az externáliák korlátozzák. A jog ugyanakkor képes ezeket a leghatékonyabb költségviselőre (költségmegalózóra) telepítve felszámolni. Erre kiváló példa, amikor a környezetvédelmi jog a környezet-károsító kibocsátásért felelősséget állapít meg,^[50] de akár a szabad frekvencia-gazdálkodás is magyarázható ezzel.^[51] A jogi kényszer segítségével létrejöhetnek olyan nem szándékolt ügyletek is, amelyek a hatékonyságot előmozdítják, ha az új felhasználó képes az erőforrást hatékonyabban felhasználni (kisajátítás teljes kártalanítás mellett).

A *közjog*, szűkebb értelemben a pénzügyi jog, szerepét az – igazságos vagy hatékony – *újraelosztásban* fentebb már igazoltuk. Azonban az előbbiekből az nem következik, hogy a *hatékonyságot* ne lehetne itt is elemezni, a bevételi rendszer, az eljárásjogok, de főleg a közigazgatás (pl. jó kormányzás) tekintetében, mivel ezen a területen az állami beavatkozás általában – jelentős – költségvonzattal bír, különösen mivel egy ezzel foglalkozó személyi állományt, bürokráciát kell fenntartani, továbbá ellenőrizni kell a szabályok, döntések betartását. Az engedélyezésnek és az ellenőrzésnek megvan a maga költsége, amelyet illetékek, igazgatási díjak vagy bírságok útján, vagy ha máshonnan nem, akkor egyéb forrásokból (tipikusan adókból) lehet előteremteni. A bevételi rendszer hatékonyságánál pedig az államháztartásban kimutatható költségek mellett figyelembe kell venni a gazdasági szereplők számára jelentkező implicit költségeket is. Az államháztartás ellenőrzésénél az azzal összefüggő jogosítványokat, hatásköröket is érdemes átgondolni, például az Egyesült Királyságban a számvetőszték bírósági jogkörrel is rendelkeznek.

II.3. Kapcsolódó fogalmak

Érdeemes még röviden szólni a *gazdaságosságról*, amely összefügg a hatékonysággal de a két fogalom jelentése nem azonos. A gazdaságosság lényege, hogy az eredményt minél kisebb ráfordítással, illetve a ráfordítással minél nagyobb eredményt elérni.^[52] Ennek megfelelően előállhat olyan helyzet, amely ugyan hatékony, de nem feltétlenül gazdaságos. A gazdaságosság is normatív fogalom, a 217/1998 (XII.30.) Korm. rendelet szerint egy adott tevékenység ellátásához felhasznált erőforrások költségének optimalizálása a megfelelő minőség biztosítása mellett.

A *jogi hatásvizsgálat* összetett művelet. Számos módszer komplex együttalkalmazása vezet eredményre. Ennek központi koordinátora az igazságügyminiszter.^[53]

Remek módszer az *előzetes hatástanulmány* készítése, amely szintén számos szemszögből vizsgálja az adott kérdését, beavatkozást. Ennek során érdemes lehetőséget biztosítani azoknak a jogalanyoknak, akikre vonatkozni fog a jogszabály (alanyi vagy személyi hatály), hogy kifejthessék álláspontjukat. Jelenleg csak a társadalmi szervezetek és az érdekképviseleti szervek jogosultak az állami szerveken kívül véleményezésre.

A *társadalmi vita* sajnos hazánkban nem-igen terjedt el, holott egy ideig ezt jogszabályi kötelezettség is kimondta.^[54] A környezetvédelmi törvénynél, az egységes hírközlési törvénynél, vagy az új polgári törvénykönyv kodifikációjánál lehetett vele újra találkozni – nem számottevő eredménnyel. Jelenleg a 2005. évi XC. törvény az elektronikus információszabadságról tartalmaz olyan rendelkezést, hogy a jogszabályok előkészítése során – a jogi szabályozás sokoldalú megalapozása és ezzel összefüggésben az önkéntes jogkövetés elősegítése érdekében – a jogszabály előkészítője biztosítja, hogy bárki véleményt nyilváníthasson, illetve javaslatokat tehessen a jogszabályok tervezetével kapcsolatban. A minisztérium honlapján a vélemények, javaslatok fogadásának lehetőségét meg kell teremteni, továbbá meg kell jelölni a véleményadásra nyitva álló határidőt. A jogszabály előkészítője mérlegeli a véleményezők észrevételeit, és az észrevételekről, valamint az elutasított észrevételek esetében - a nyilvánvalóan alaptalan észrevételek kivételével - az elutasítás indokairól összefoglalót készít, amelyet honlapján közzétesz. Az előkészítőt egyedi válaszadási kötelezettség azonban nem terheli. Hasonló kötelezettség vonatkozik az Országgyűlésre is a törvényjavaslatok tekintetében.

A *jogszabályok hatályosulásának utólagos vizsgálata*, azaz a joggyakorlat áttekintése pár év után is fontos értékmérő. A jogalkotásról szóló 1987. évi XI. törvény szerint a jogalkotó és a jogalkalmazó szerveknek figyelemmel kell kísérniük a jogszabályok alkalmazásának hatását, fel kell tárnuk az érvényre juttatásukat gátló körülményeket, és a tapasztalatokat a jogalkotásban is hasznosítani kell. Ennek során azt is vizsgálják, hogy a szabályozott kérdést, a felmerülő jogvita helyzeteket kielégítően oldja-e meg. A szakminiszter feladata,

hogy folyamatosan vizsgálja – az érdekelt minisztereknek és országos hatáskörű szervek vezetőinek bevonásával – a jogszabályok hatályosulását, és a vizsgálat eredménye alapján megtegye a szükséges intézkedéseket. E kötelessége nem érinti a Legfelsőbb Bíróság elnökének, a legfőbb ügyésznek a jogkörét. A jogszabályok hatályosulásának tapasztalatairól a szakminiszter a jogszabály-előkészítés során, illetőleg a jogalkotási program előkészítésekor tájékoztatja az igazságügyminisztert.

^[1] Vö. KANT, Immanuel: *Az örök béke.* és HEGEL, G.W.F.: *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte.* II. fejr. 3. b) pont, és *Phänomenologie des Geistes,* VII. fejr. 3. pont.

^[2] in TAMÁS András: *A közigazgatási jog elmélete.* Szent István Társulat, 2001. 205. o.

^[3] Legjelentősebb képviselője: Albert Venn DICEY.

^[4] A legnagyobb gondolkodók: Rudolf von GNEIST, Friedrich Julius STHAL, Robert von MOHL, Georg JELLINEK és természetesen Immanuel KANT, G.W.F. HEGEL.

^[5] in TAMÁS András: *A közigazgatási jog elmélete.* Szent István Társulat 2001. 228. o.

^[6] in TOURI, Kaarlo: *Four models of the Rechtsstaat.* Helsinki, 1990.

^[7] Vö. KLEIN, Eckart: *Az alapjogok meghatározása az alkotmányban.* in Alkotmányfejlődés és jogállami gyakorlat. Hans Seidel Alapítvány, 1994.

^[8] Vö. TAKÁCS Albert: *Az Alkotmánybíróság Magyarországon – tegnap és holnap között.* in Alkotmányfejlődés és jogállami gyakorlat. Hans Seidel Alapítvány, 1994. 139. o.

^[9] 1989. évi XXXII. törvény az Alkotmánybíróságról **49. §** (1) Ha az Alkotmánybíróság hivatalból, illetőleg bárki indítványára azt állapítja meg, hogy a jogalkotó szerv a jogszabályi felhatalmazásból származó jogalkotói feladatát elmulasztotta és ezzel alkotmányellenességet idézett elő, a mulasztást elkövető szervet - határidő megjelölésével - felhívja feladatának teljesítésére. (2) A mulasztást elkövető szerv a megjelölt határidőn belül köteles jogalkotói feladatának eleget tenni.

^[10] Részletesebben 1989. évi XXXII. törvény az Alkotmánybíróságról 34-43. §

40. § Ha az Alkotmánybíróság a jogszabály, illetőleg az állami irányítás egyéb jogi eszközének alkotmányellenességét állapítja meg, a jogszabályt vagy az állami irányítás egyéb jogi eszközét teljesen vagy részben megsemmisíti.

^[11] in *Az Alkotmány magyarázata.* KJK-KERSZÖV Jogi és Üzleti Kiadó Kft. 2003. 127. o.

^[12] 6. cikk Az Unió hatáskörrel rendelkezik a tagállamok intézkedéseit támogató, összehangoló vagy kiegészítő intézkedések végrehajtására. Ezek az intézkedések európai szinten a következő területekre terjednek ki: a) az emberi egészség védelme és javítása, b) ipar, c) kultúra, d) idegenforgalom, e) oktatás, szakképzés, ifjúság és sport, f) polgári védelem, g) igazgatási együttműködés.

^[13] 1949. évi XX. törvény a Magyar Köztársaság Alkotmányáról. **8. §** (1) A Magyar Köztársaság elismeri az ember sérthetetlen és elidegeníthetetlen alapvető jogait, ezek tiszteletben tartása és védelme az állam elsőrendű kötelessége. (2) A Magyar Köztársaságban az alapvető jogokra és kötelességekre vonatkozó szabályokat törvény állapítja meg, alapvető jog lényeges tartalmát azonban nem korlátozhatja.

^[14] 30/1992. (V. 26.) AB határozat „az állam akkor nyúlhat az alapjog korlátozásának eszközéhez, ha másik alapvető jog és szabadság védelme vagy érvényesülése, illetve egyéb alkotmányos érték védelme más módon nem érhető el. Az alapjog korlátozásának alkotmányosságához tehát önmagában nem elegendő, hogy az másik alapjog vagy szabadság védelme vagy egyéb alkotmányos cél érdekében történik, hanem szükséges, hogy megfelelően az arányosság követelményeinek: az elérni kívánt cél fontossága és az ennek érdekében okozott alapjogsérelem súlya megfelelő arányban legyen egymással. A törvényhozó a korlátozás során köteles az adott cél elérésére alkalmas legenyhébb eszközt alkalmazni. Alkotmányellenes a jog tartalmának korlátozása, ha az kényszerítő ok nélkül, önkényesen történik, vagy ha a korlátozás súlya az elérni kívánt célhoz képest aránytalan.”

39/2007. (VI. 20.) AB határozat (a szükségességi-arányossági teszt egyik újabb összegzése szerint) „az alapjogot korlátozó szabályozás akkor alkotmányos, ha alkalmas valamely legitim jogalkotói cél elérésére, továbbá megfelel a szükségesség és arányosság követelményeinek. Az emberek egyes alapvető jogainak korlátozásához legitim cél lehet mások alapvető jogainak védelme [...], továbbá az állam intézményes (objektív) alapjog-biztosítási kötelezettsége [...], valamint egyes alkotmányos közcélok érvényesítése [...]. Az állam csak abban az esetben korlátozhatja az alapjogokat, ha a legitim célok védelme más módon nem érhető el. [...] szükséges, hogy a korlátozás megfeleljen az arányosság követelményeinek: az elérni kívánt cél fontossága és az ennek érdekében okozott alapjogsérelem súlya megfelelő arányban legyenek egymással. A törvényhozó a korlátozás során köteles az adott cél elérésére alkalmas legenyhébb eszközt alkalmazni.”

^[15] lásd előző lábjegyzet

^[16] 1987. évi XI. törvény a jogalkotásról **3. §** A társadalmi rendre vonatkozóan törvényben kell szabályozni különösen a) az Alkotmányban felsorolt állami szervek működését, b) a társadalmi szervezetek és az érdekképviselői szervek jogállását, c) az országgyűlési képviselők és a tanácsstagok választását, valamint jogállását, d) a miniszterek és az államtitkárok jogállását és felelősségét, e) a népszavazást, f) a büncselekményeket, a büntetéseket és a büntetés-végrehajtást, g) a büntető, a polgári és az államigazgatási eljárást.

^[17] 1987. évi XI. törvény a jogalkotásról **4. §** A gazdasági rendre vonatkozóan törvényben kell szabályozni különösen a) a tulajdonviszonyokat, a magánszemélyek és a jogi személyek vagyoni viszonyait, b) az állam kizárólagos gazdasági tevékenységét, a népgazdasági tervezést, továbbá a gazdálkodó szervezetek jogállását és állami irányításuk alapvető rendjét, c) az állami pénzügyeket, az adókat és az adójellegű köteleességeket, d) a középtávú népgazdasági tervet és az állami költségvetést, e) a munkaviszony és a munkavédelem alapvető kérdéseit.

^[18] 1987. évi XI. törvény a jogalkotásról **5. §** Az állampolgárok alapvető jogai és kötelességei körében törvényben kell szabályozni különösen a) az állampolgárságot, b) a személyi szabadságjogokat és korlátozásukat, a külföldre utazásnak és az útlevél kiadásának a feltételeit, c) az egyesülési és a gyülekezési jogot, d) a sajtóra vonatkozó rendelkezéseket, e) a házasságot és a családot, f) az öröklést, a személyhez és a szellemi alkotáshoz fűződő jogokat és kötelességeket, g) a közérdekű bejelentések, javaslatok és panaszok intézését, h) a lelkiismereti szabadsághoz és a vallás szabad gyakorlásához fűződő alapvető jogokat és kötelességeket, i) az oktatást és a közművelődést, j) az egészségügyi ellátást és a társadalombiztosítást, k) a honvédelmi kötelezettséget, l) a személyi nyilvántartást.

^[19] in TAMÁS András: *Legistica*. Szent István Társulat 2009. 221. o.

^[20] A törvénykezdeményezés címzettjei a köztársasági elnök, a Kormány, az országgyűlési képviselő és az országgyűlési bizottság.

^[21] in TAMÁS András: *Legistica*. Szent István Társulat 2009. 220. o.

^[22] lásd előző lábjegyzet

^[23] in MAGYARY Zoltán: *Magyar Közigazgatás*. Királyi Magyar Egyetemi Nyomda 1942. 547-548. o.

^[24] in TAMÁS András: *A közigazgatási jog elmélete*. Szent István Társulat 2001. 353-357. o.

^[25] A 312/2006. (XII. 23.) Korm. rendelettel létrehozott Kormányzati Ellenőrzési Hivatal ennek a feladatnak nem felel meg. A KEHI ugyanis kizárólag az államháztartási törvényben a belső ellenőrzési szerv számára meghatározott feladatokat, az Európai Regionális Fejlesztési Alapból, az Európai Szociális Alapból, és a Kohéziós Alapból származó támogatások tekintetében az EU 2007-2013 programozási ciklusban az ellenőrzési hatósági feladatokat, valamint az egyéb európai uniós és nemzetközi támogatások tekintetében a kormányrendeletekben meghatározott ellenőrzési feladatokat látja el.

1992. évi XXXVIII. törvény az államháztartásról – Belső ellenőrzés **121/A. §** (10) A Kormány által kijelölt belső ellenőrzési szerv ellenőrzési jogköre kiterjed a) központi költségvetés, az elkülönített állami pénzalapok, a társadalombiztosítás pénzügyi alapjai, valamint - a Kormány vagy miniszter irányítása vagy felügyelete alá nem tartozó költségvetési szervek kivételével - a központi költségvetési szervek belső ellenőrzésére; b) a gazdálkodó szervezeteknek, a közalapítványoknak, az alapítványoknak, a kistérségi, megyei, térségi és regionális területfejlesztési tanácsoknak és - a pártok kivételével - a társadalmi szervezeteknek a központi költségvetésből, alapokból jutott pénzeszközök - ideértve a nemzetközi szerződések alapján kapott támogatásokat és segélyeket is - felhasználásának ellenőrzésére; valamint c) az a)-b) pontban foglaltakkal összefüggésben megvalósított beszerzésekre, az ezekre kötött szerződések teljesítésének vizsgálatára, ebben a vonatkozásában azon szerződő felekre is, amelyek a szerződés teljesítéséért felelősek, vagy abban közreműködnek. (11) A (10) bekezdésben meghatározott szerv hatásköre az állami kezesség vállalása és beváltása jogosságának ellenőrzésére is kiterjed. Ennek keretében a központi költségvetés mellett a tartozás eredeti kötelezettjénél és jogosultjánál is ellenőrizheti a kezességi szerződés feltételeinek betartását. (12) A (10) bekezdésben meghatározott szerv feladatát, hatáskörét és szervezetét a Kormány rendeletben határozza meg.

^[26] Erre kiváló példa FICZERE Lajos: *A hatályos joganyag deregulációs szempontú felülvizsgálatáról és csoportosításáról*. in Magyar Közigazgatás 1996/3. szám

^[27] in TAMÁS András: *Legistica*. Szent István Társulat, 2009. 254. o.

^[28] in TAMÁS András: *Legistica*. Szent István Társulat, 2009. 258. o.

^[29] in POUND, Roscoe: *Introduction to the Philosophy of Law*. Yale University Press, 1922, revised edition 1954. POUND, Roscoe: *Social Control through Law*. Yale University Press, 1942. POUND, Roscoe: *Justice According to the Law*. New Haven: Yale University Press, 1951.

^[30] GULICK, Luther – URWICK, Lyndall.: *Papers on the Science of Public Administration*. Institute of Public Administration, 1937.

^[31] POSDCORB: Planning, Organizing, Staffing, Directing, Coordinating, Reporting, Budgeting, azaz tervezés, szervezés, a vezetőt segítő szakértői-személyzeti munka, irányítás, egybehangolás, jelentés-beszámolás, költségvetés.

^[32] in MAGYARY Zoltán: *A közigazgatás legfőbb vezetése szervezési szempontból*. in Statisztikai Közlemények 1936. és MAGYARY Zoltán: *Magyar Közigazgatás*. Királyi Magyar Egyetemi Nyomda 1942.

- [33] Bővebben in SOLEM, James – WERNER, Herbert D.: *PPBS: A Management Innovation*. in Journal of Extension. 1968. 4.
- [34] SCHEDLER, Kuno: *New Public Management*. Haupt Verlag. 2006. valamint LANE, Jan-Erik: *New Public Management*. Routledge, 2000. MCLAUGHLIN, Kate – OSBORNE, Stephen P. – FERLIE, Ewan: *New public management: current trends and future prospects*. 2002.
- [35] OSBORNE, S. P. –szerk.: *Public-Private Partnerships – Theory and practice in international perspective*. Routledge, London, 2000.
- [36] Részletesebben lásd 3. fejezet
- [37] Lásd in CIRILLO, R.: *The Economics of Vilfredo Pareto*. Franck Cass and Company Limited, 1979. Ez termelésre átfordítva az jelenti, hogy nincs olyan output kombináció, amelyben oly módon nagyobb legalább az egyik termék mennyisége, hogy közben egyetlen másik termék mennyisége sem kisebb az eredeténél.
- [38] A Léon Walras szerinti egyensúly egy általános egyensúly – vagyis a gazdaság olyan állapota, amelyben minden piac egyensúlyban van – az alábbi tulajdonságokkal: i) a piacok mindegyike versenyzői piac; ii) nincsenek tranzakciós költségek; iii) a fogyasztók preferenciái nem függenek más gazdasági szereplők fogyasztásától, vagyis nincsenek externáliák (külső gazdasági hatások). A tétel kimondja, hogy a javak bármely kezdeti elosztásán alapuló walrasi egyensúly Pareto-hatékony. A javak kezdeti elosztását kell úgy kialakítani, hogy a létrejövő egyensúly a számunkra legkedvezőbb végső elosztás legyen.
- DAAL, J. Van: *The Equilibrium Economics Of Leon Walras*. Routledge, 1993.
- [39] ARROW, Kenneth & DEBREU, Gerard: *Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy*. in *Econometrica*. 1954. July, valamint in *Landmark Papers in General Equilibrium Theory, Social Choice and Welfare* Selected by ARROW, Kenneth & DEBREU, Gerard 2001.
- [40] KALDOR, Nicholas (Miklós): *The economics and politics of capitalism as a dynamic system*. Oxford University Press, 2003. és HAGEMANN, Harald – HICKS, John – HAMOUDA, O. F.: *The legacy of Hicks: his contribution to economic analysis*. Routledge 1995.
- ZERBE, Richard O.: *Economic efficiency in law and economics*. Edward Elgar Publishing Limited, 2001.
- [41] in STRINGHAM, Edward: *Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planing*. in *The Quarterly Journal of Austrian Economics* Vol. 4, No. 2
- [42] in COOTER, Robert – ULEN, Thomas: *Jog és közgazdaságtan*. Nemzeti Tankönyvkiadó 2005. 58. o.
- [43] in LÁBADY Tamás: *A magyar magánjog (polgári jog) általános része*. Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2000. 35. o.
- [44] in Digesta 1, 1, 1, 2. in FÖLDI András, HAMZA Gábor: *Római jog*. 1996, Nemzeti Tankönyvkiadó Rt. 52. o. ...e tudománynak két fő része van: A közjog az [a jog] amely a római államra vonatkozik, a magánjog az, amely az egyének érdekét tartja szem előtt; egyes dolgok ugyanis a köz hasznát szolgálják, mások a magánszemélyekét.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis: *A törvények szelleméről*. (1748) 1. könyv. 3. fejezet; (NEMES István – HORVÁTH Andor) Téka kiadó, Bukarest, 1987. 46. o. *Ha úgy tekintjük őket, mint akik társadalomban élnek, amelyet fenn kell tartani, vannak törvényeik, amelyek a kormányzók és kormányzottak közötti kapcsolatot szabályozzák, ezt közjognak nevezzük. Továbbá vannak olyan törvényeik, amelyek az állampolgárok egymás közötti kapcsolataira vonatkoznak – ez a magánjog.*
- SZLADITS Károly: *A magyar magánjog vázlatja*. Első Rész. Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, Budapest, 1933. 2. o. „Magánjogi tehát mind az a jogszabály, amely magánost más magános érdekében oly módon kötelez, hogy érvényesítéséről a másik (a jogosított) magános rendelkezik. Minden más szabály közjogi.”
- [45] in COOTER, Robert – ULEN, Thomas: *Jog és közgazdaságtan*. Nemzeti Tankönyvkiadó 2005. 21. o.
- [46] in LÁBADY Tamás: *A magyar magánjog (polgári jog) általános része*. Dialóg Campus Kiadó, Budapest, 2000. 24. o. vö. GROSSCHMID Béni: *Fejezetek kötelmi jogunk köréből II*. Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, Budapest, 1932. 1299. o. „Maga e választvonal alapeszméjében kategoricus, részleteiben esetleges” továbbá in SZLADITS Károly –szerk.: *Magyar magánjog I-VI*. Grill Károly Könyvkiadó Vállalata, Budapest, 1938. 1940. I. Általános rész, Személyi jog. 19. o. „A jogfejlődés irányzata a közjogi és magánjogi intézmények kombinációja és felcserélhetősége felé utal: új átcsoportosítások folynak le szemünk előtt, főleg az ú.n. gazdasági jog körében, melyek a közjogi és a magánjogi elemeket új szintézisben egyesítik.”
- [47] in COASE, Ronald H.: *The Problem of Social Cost*. in *Journal of Law and Economics*. 1960/3. magyarul *A társadalmi költség problémája*. in *A vállalat, a piac és a jog*. Nemzeti Tankönyvkiadó 2004. Példájában egy olyan kétágyas kollégiumi szobát említ, ahol egy dohányzó és egy nem-dohányzó diák lakik, a nem-dohányzó számára a dohányzás káros externáliának tűnik. Ha a szoba használatának jogai világosan rögzítettek, Coase szerint a szobában a füst mennyisége ugyanannyi lesz, akár szabad, akár tilos a dohányzás. Ha szabad dohányozni, akkor a nem dohányzó diák kell engedményeket, kompenzációkat ajánljon azért, hogy dohányos társa korlátozza szenvedélyét; ellenkező esetben a dohányos fog nagyobb hányadot ajánlani a lakbérből, csak ne kelljen mindig kimennie rágyújtani.
- [48] Részletesebben in COOTER, Robert: *The Cost of Coase*. in *Journal of Legal Studies* 1982/11.
- [49] Vö. COOTER, Robert – ULEN, Thomas: *Jog és közgazdaságtan*. Nemzeti Tankönyvkiadó 2005. 97-103. o.
- [50] http://www.enc.hu/lenciklopedia/fogalmi/jog/jog_gaz.htm

^[51] Coase 1959-ben a *Federal Communications Commission* (az Országos Rádió és Televízió Testület amerikai megfelelője) szabályozási gyakorlatát kritizálta. Amellett érvelt, hogy az államnak nem kell beavatkoznia a frekvencia-gazdálkodás részleteibe, és nem jelent problémát, ha két azonos frekvenciát használó adó egymást zavarja. Amennyiben világos, hogy milyen jogok mentén köthetnek egymással alkut a rádióadók, a frekvenciát hatékonyabban vagy nagyobb nyereséggel használó rádió messzebbre fog sugározni, és kisebb vételi körzetért anyagilag kompenzálni fogja a kevésbé jól működő másik rádióadót.

^[52] in MAGYARY Zoltán: *Magyar Közigazgatás*. Királyi Magyar Egyetemi Nyomda 1942. 136. o.

^[53] A jogalkotásról szóló 1987. évi XI. törvény kétharmados és még mindig nem módosították az IRM-nek megfelelően a szöveget.

^[54] A jogalkotásról szóló 1987. évi XI. törvényt módosító 1990. XXXI. törvény helyezte hatályon kívül a társadalmi vita fejezetet.